

# Crisis económica y PYME en la Unión Europea

Igone Altzelai

Profesora Agregada de Derecho Mercantil.  
Departamento de Derecho de la Empresa. UPV/EHU

Rosa Otxoa-Errarte

Profesora Asociada de Derecho Mercantil.  
Departamento de Derecho de la Empresa. UPV/EHU

y

Juan Manuel Velázquez

Profesor Asociado de Derecho Internacional.  
Departamento de Derecho de la Empresa. UPV/EHU

---

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo el estudio de las normas comunitarias dirigidas a las PYME y que resultan de especial interés en un contexto de crisis económica y financiera como la actual. A tal fin, hemos centrado nuestra atención en la propuesta de *Societas Privata Europaea*, la financiación de las PYME y las alternativas al crédito bancario, las ayudas estatales y las últimas tendencias en la normativa comunitaria para la reducción de la morosidad en los casos de litigios internacionales con PYME.

**Palabras clave:** PYME, Societas Privata Europaea, business angels, capital riesgo, híbridos financieros, ayudas estatales, competencia, morosidad, Small Business Act, Directiva 2000/35.

**Índice:** Introducción. 1. La Sociedad Privada Europea: una propuesta de la Comisión Europea para las PYME. 1.1. Preliminar. 1.2. Fundación de la Sociedad Privada Europea. 1.3. El capital y la protección de los acreedores. 1.4. Organización interna. 1.5. Posición de los socios. 1.6. Participación de los trabajadores. 2. Financiación de las PYME. Alternativas al crédito bancario. 2.1. Preliminar. 2.2. La participación de los trabajadores en el capital como instrumento de financiación. 2.3. Los denominados *Business Angels*. 2.4. Capital riesgo como instrumento de financiación. 2.5. Los híbridos financieros. 2.6. Los préstamos de los socios. 3. Ayudas estatales y PYME. 3.1. Preliminar. 3.2. Definición de ayuda estatal. 3.3. Marco normativo. 3.4. Tipos de control y seguimiento de las ayudas estatales. 3.5. Ayudas estatales para las PYME y crisis económica. 4. Últimas tendencias en la normativa comunitaria para la reducción de la morosidad en casos de litigios internacionales con PYME. 4.1. Preliminar. 4.2. *Small Business Act for Europe*, un instrumento programático para las PYME. 4.3. Mecanismos específicos para luchar contra la morosidad: La Directiva 2000/35 y su refundición. 5. Conclusiones.

---

## Introducción

Al abordar este trabajo relativo a las pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Unión Europea (UE) y la normativa comunitaria de que disponen para afrontar la situación de crisis económica y financiera actual, es importante aclarar de forma preliminar qué entendemos por PYME. Al respecto, conviene indicar que ya existe una noción utilizada por la Comisión de las Comunidades Europeas (Comisión) y formulada en su Recomendación, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas<sup>1</sup>. Se trata así de evitar la proliferación de múltiples definiciones en el ámbito comunitario y aplicar una única en toda la UE (también en el Espacio Económico Europeo, EEE), así como en todo tipo de políticas orientadas hacia las PYME. A tal fin, se elaboró este documento básico de referencia y las definiciones contenidas en él siguen estando en vigor.

Ahora bien, para definir la noción de PYME, hay que comenzar por concretar qué es una *empresa*. La noción de *empresa* está contenida en los artículos 48, 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (Tratado CE) y ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Además, esta noción se recoge en el Anexo de la citada Recomendación y su artículo 1 dice así: *Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular.*

Una vez definida la noción básica de *empresa*, corresponde fijar los requisitos que habrá de reunir para que sea calificada como PYME. De ello se ocupa la citada Recomendación, en cuyo Anexo el artículo 2 establece una serie de umbrales que definen las diversas categorías de empresas.

Se consideran *medianas empresas* aquellas que:

- Ocupan menos de 250 personas.
- Y tienen un volumen de negocios anual que no excede de 50 millones de euros y/o un balance general anual que no excede de 43 millones de euros.

Se consideran *pequeñas empresas* aquellas que:

- Ocupan menos de 50 personas.
- Y tienen un volumen de negocios anual y/o un balance general anual que no supera los 10 millones de euros.

Se consideran *microempresas* aquellas que:

- Ocupan menos de 10 personas.
- Y tienen un volumen de negocios anual y/o un balance general anual que no supera los 2 millones de euros.

---

<sup>1</sup> Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, DO L 124 de 20 de mayo de 2003.

A ello hay que añadir otro requisito importante y es que una PYME ha de ser una empresa independiente. Éste es un dato esencial ya que estos requisitos no se aplican, por ejemplo, a una empresa si ésta es subsidiaria de otra empresa más grande. Los datos mencionados han de aplicarse a la empresa en todo su conjunto, lo cual incluye a las filiales situadas en otros Estados miembros y fuera de la UE. Con el fin de evaluar la posición económica real de la empresa y calificarla como PYME se definen los conceptos de empresa *autónoma*, empresa *asociada* y empresa *vinculada*, (art. 3 del Anexo).

Realizadas estas precisiones, nos resta indicar que nuestro trabajo se va a ocupar de aquellas cuestiones relativas a las PYME que resultan de especial interés en un contexto de crisis económica y financiera. A tal fin, hemos centrado nuestra atención en el estudio de la normativa comunitaria acerca de los siguientes temas: (I) la propuesta de *Societas Privata Europaea*, (II) la financiación de las PYME y las alternativas al crédito bancario, (III) las ayudas estatales y (IV) las últimas tendencias en la normativa comunitaria para la reducción de la morosidad en casos de litigios internacionales con las PYME.

## 1. La Sociedad Privada Europea: una propuesta de la Comisión Europea para las PYME

### 1.1. Preliminar

Según los datos ofrecidos por el Portal europeo para las PYME el 99,8% de las empresas radicadas en la UE son pequeñas y medianas empresas y son ellas las que ofrecen en 67,1% de los puestos de trabajo en el sector privado dentro del ámbito del mercado interior europeo. Poco más hay que añadir para subrayar el papel que las mismas juegan en el desarrollo económico europeo. Sin embargo su acceso a ese mismo mercado es complicado debido, entre otras razones, a la diversidad de modelos societarios que ofrecen las distintas legislaciones nacionales y al esfuerzo en asesoramiento y en gestión administrativa que supone operar a través de filiales con distinto régimen jurídico. Este obstáculo es el principal que el legislador comunitario quiere solventar con la creación de un nuevo tipo de sociedad mercantil, la *Societas Privata Europaea*, con implantación en toda la Unión. Al derecho nacional de cada Estado sólo deberá recurrirse en aquellos aspectos no regulados por el futuro Reglamento y no contemplados en los Estatutos elaborados por los socios<sup>2</sup>. Las materias que quedan fuera del ámbito del derecho societario quedan también reguladas por el derecho nacional del estado en que la *Societas Privata Europaea* tenga su domicilio: hablamos del derecho fiscal, concursal, laboral o contable.

La Comisión presentó con fecha 25 de junio de 2008 un Proyecto de Reglamento (PR) que recoge la normativa que regulará esta nueva forma social<sup>3</sup>. El 10 de marzo de 2009 el

<sup>2</sup> *Vid.* Artículo 4.II del Proyecto de Reglamento (PR). El texto puede consultarse en <[www.europeanprivatecompany.eu](http://www.europeanprivatecompany.eu)> Un ejemplo es el de la impugnación de los acuerdos sociales.

<sup>3</sup> La propuesta se enmarca dentro de la iniciativa denominada *Small Business Act*, un plan para responder a las necesidades de las PYME, impulsar su crecimiento y aprovechar así el potencial económico que las mismas representan en el seno de la Unión. La Comunicación de la Comisión lleva por título *Pensar primero a pequeña escala - Small Business Act para Europa: iniciativa a favor de las pequeñas empresas*. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la misma puede consultarse en <[www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)>

Parlamento aprobó el texto pero introduciendo propuestas de modificación que afectan a elementos esenciales del proyecto. Se prevé que el Reglamento pueda entrar en vigor el 1 de julio de 2010. Antes el Consejo deberá aprobar el texto definitivo, previa resolución de cuestiones tan importantes como la necesidad o no de un capital mínimo para su constitución, la exigencia de un elemento de transnacionalidad para la misma o la articulación de la participación de los trabajadores en la gestión social, que han merecido respuestas diferentes de ambas instituciones.

La *Societas Privata Europaea* es, en principio, una alternativa para aquellas PYME que actúen en un ámbito transnacional. Con un esquema básico muy semejante al de nuestra sociedad de responsabilidad limitada (SL). Es una sociedad con personalidad jurídica propia, responsabilidad limitada de sus socios y un régimen flexible en cuanto a la transmisión de las participaciones. Permitirá la apertura de filiales o sucursales en países de la UE distintos al de constitución, sin necesidad de observar las especificidades de cada legislación nacional, rebajando así de forma notoria los costes de constitución y funcionamiento. Ese elemento de transnacionalidad, sin embargo, no está todavía claramente determinado. Así, mientras el texto propuesto por la Comisión no exige actividad transnacional para la constitución y permite que sociedades que operan en un solo Estado puedan constituirse como *Societas Privata Europaea*, el Parlamento sí requiere esa implantación en más de un Estado de la Unión<sup>4</sup>.

El modelo propuesto por las instituciones de la UE es un modelo muy flexible. Si bien las relaciones externas, para salvaguardar la seguridad jurídica, están reguladas por derecho necesario, el ámbito interno queda a disposición de los socios, a quienes se encomienda la tarea de complementar el régimen legal a través de unos Estatutos que tienen un amplio contenido obligatorio<sup>5</sup>. Son ellos los que habrán de determinar la cuantía del capital, el valor de las participaciones, los requisitos para la adopción de acuerdos o la estructura del órgano de administración.

## 1.2. Fundación de la Sociedad Privada Europea

La *Societas Privata Europaea* puede ser fundada por una o varias personas físicas o jurídicas<sup>6</sup>. Además, junto con la constitución originaria, el Proyecto de Reglamento prevé su constitución por transformación, fusión o escisión de sociedades ya existentes. Un aspecto a

---

<sup>4</sup> Esa dimensión supranacional habrá de probarse a través de alguno de los siguientes elementos: la intención de ejercer una actividad empresarial transnacional o la presencia de un objeto de carácter transfronterizo; el objetivo de tener una presencia activa en más de un Estado miembro; la presencia de establecimientos en diferentes Estados miembros o una sociedad matriz inscrita en otro Estado de la UE. Vid. <[www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)>, enmienda 70 al Proyecto de Reglamento. Como el lector podrá advertir, se trata de criterios que pueden ser fácilmente soslayados.

<sup>5</sup> La *Societas Privata Europaea* ofrece un mayor juego a la autonomía privada que el ofertado por las formas societarias nacionales equiparables. Esa mayor libertad en la configuración estatutaria ofrece innegables ventajas en especial para la formación de grupos internacionales. Pero al mismo tiempo puede ser un factor negativo desde el punto de vista de la protección de los acreedores sociales o los socios minoritarios. El Anexo I de la propuesta de Reglamento recoge el contenido mínimo que han de tener los Estatutos. La exigente función de regulación a través de los Estatutos hace de la *Societas Privata Europaea* una forma interesante para su utilización por los grupos de sociedades, pero puede ser un obstáculo para las pequeñas empresas independientes, pues implicará un incremento de los costes que supone el necesario asesoramiento. Salvo que el legislador ofrezca un contrato tipo al que puedan recurrir estas empresas.

<sup>6</sup> Las personas jurídicas han de tener su domicilio registral, su centro de administración o su principal establecimiento en un Estado de la Unión, vid. artículo 3.1 en relación con artículo 3.3 PR. No se exige, sin embargo, que las personas físicas estén domiciliadas en la UE para poder ser socios de una *Societas Privata Europaea*.

tener en cuenta en el texto propuesto es el de que el domicilio estatutario no ha de coincidir necesariamente con aquél en el que radique su principal establecimiento o explotación o su centro de administración. Ambos domicilios pueden corresponder a Estados diferentes<sup>7</sup>. El traslado de domicilio dentro de la UE se prevé asimismo posible sin especiales dificultades<sup>8</sup>.

Respecto de las formalidades que la constitución de la *Societas Privata Europaea* requiere se advierten diferencias destacables entre el texto propuesto por la Comisión y el aprobado por el Parlamento. La inscripción en el Registro nacional correspondiente al domicilio estatutario es requisito constitutivo de la fundación de la sociedad, pero ya aquí comienzan las diferencias señaladas. Mientras en el texto del Proyecto presentado por la Comisión se requiere un control único que puede quedar en manos, bien del correspondiente órgano administrativo o judicial nacional, bien del notario autorizante de la escritura<sup>9</sup>, en el texto aprobado por el Parlamento han de tener lugar los dos cumulativamente, salvo que los socios utilicen el modelo oficial de Estatutos, en cuyo caso no sería necesaria la intervención notarial<sup>10</sup>. El Parlamento considera, por otro lado, que un Registro Central Europeo debería recoger un listado de todas las *Societas Privata Europaea* inscritas en los distintos registros nacionales.

### 1.3. El capital y la protección de los acreedores

Desde el punto de vista de la protección de los derechos de los acreedores, el régimen diseñado por la Comisión se orienta según el modelo anglosajón de protección de la solvencia, por lo que no prevé la determinación de un capital mínimo fijado legislativamente. La Comisión parece hacer suya la idea de que un capital elevado no supone realmente una mayor garantía para los acreedores de la sociedad, quienes preferirían frente al mismo garantías individuales, bien personales, bien reales, que aseguraran el cobro de sus créditos<sup>11</sup>. La constitución de una *Societas Privata Europaea* sería posible, según el texto presentado por la Comisión, con un capital de 1€<sup>12</sup>, siendo además totalmente libre la constitución de reservas, que podrían crearse (o no) a través de los estatutos. El Parlamento, sin embargo, no comparte

<sup>7</sup> Vid. artículo 7 PR. Discutible es si ambos han de situarse dentro de la Unión o si es posible que el principal establecimiento esté fuera de la misma, como entiende el *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht* (Grupo de Trabajo Derecho Empresarial Europeo) en su informe publicado en *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2008, p. 899. El establecimiento de un domicilio estatutario distinto del que correspondería a su principal centro de explotación permite a los socios elegir el régimen jurídico que se va a aplicar a la sociedad, más allá de las disposiciones del Reglamento y de los Estatutos aprobados por los mismos. Así, una *Societas Privata Europaea* inscrita en Gran Bretaña pero con su centro de explotación en España estaría sometida al ordenamiento británico en aquellos aspectos no regulados por el Reglamento, y también al derecho laboral, fiscal, contable o concursal de las islas.

<sup>8</sup> Vid. Artículo 35.1 PR.

<sup>9</sup> Artículo 10.4 PR.

<sup>10</sup> El Proyecto de la Comisión no contiene ese o esos modelos que podrían simplificar el quehacer de los socios fundadores. Quizá en lo que resta de proceso legislativo hasta la aprobación del Reglamento podamos contar con ellos. De lo contrario habrá que dejar en manos de los expertos societarios la elaboración de los mismos.

<sup>11</sup> Así lo pone de manifiesto en la fundamentación del Proyecto correspondiente al capítulo cuarto, *vid.* pág.8.

<sup>12</sup> Vid. Artículo 19.4 PR. La nueva forma social iría en la línea de las últimas reformas nacionales llevadas a cabo en algunos Estados como Francia, con la reforma de 1 de agosto de 2003, y que siguen la marcada por las legislaciones anglosajonas; y como Alemania con la reforma de noviembre de 2008 que crea la *Unternehmergesellschaft* como especialidad de la limitada que no requiere de capital mínimo.

esta perspectiva. Según su propuesta sólo sería posible una constitución con ese mínimo de 1€ cuando los estatutos prevean la firma, por parte del órgano de administración, de un *certificado de solvencia*. En ese caso sólo podrá procederse a la distribución entre los socios cuando los administradores, además de a la elaboración del balance, estén obligados a realizar un test de solvencia que indique que tras el reparto la sociedad no va a tener problemas para responder de sus obligaciones. En otro caso, si los Estatutos no hacen una previsión en este sentido, se habría de requerir un capital mínimo de 8.000€. Así pues, los socios fundadores tendrían en sus manos la posibilidad de optar por uno de ambos sistemas.

En esa misma línea de *liberalización* de la fundación, y teniendo en cuenta que el capital deja de cumplir las funciones que tradicionalmente se le han asignado, el texto del Proyecto diverge del régimen aplicable a nuestra SL. No se prevé que el capital haya de estar desembolsado en el momento de la constitución o no se establecen medidas de control para la fundación por medio de aportaciones no dinerarias. Se recoge simplemente el principio de que el socio está obligado a realizar su aportación y no puede ser liberado de dicha obligación<sup>13</sup>. Las consecuencias del incumplimiento no están reguladas en el Reglamento, por lo que habrá de acudir al régimen del Estado en que la *Societas Privata Europaea* esté inscrita y en concreto al de la forma social correspondiente (en nuestro caso a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que regula las de sociedades de responsabilidad limitada)<sup>14</sup>.

Sí recoge en cambio el texto del Proyecto medidas de protección del patrimonio social ante su distribución entre los socios<sup>15</sup>, la adquisición de sus propias participaciones<sup>16</sup> o la reducción del capital social<sup>17</sup>, todas ellas inspiradas en el texto de la Segunda Directiva, relativa al capital. En cuanto al primero de los aspectos, como ya hemos señalado, el Proyecto abandona la concepción del capital como *dique de contención* del patrimonio que debe quedar en manos de la sociedad sin ser repartido entre los socios. Esto significa que podrá repartirse patrimonio siempre que el activo restante sea suficiente para cubrir las deudas sociales<sup>18</sup>. Los estatutos pueden exigir, para poder proceder al reparto, la declaración (*certificado de solvencia*) por parte del órgano de administración de que tras el mismo, y durante todo el año siguiente a su realización, la *Societas Privata Europaea* estará en condiciones de pagar sus deudas al vencimiento<sup>19</sup>. El sistema se garantiza estableciendo la responsabilidad de los socios por la

---

<sup>13</sup> Habrán de ser los socios quienes en los Estatutos determinen el momento en que deberán realizarse las aportaciones, la forma de valorar las aportaciones no dinerarias o la susceptibilidad de ser objeto de aportaciones de las obligaciones de prestaciones de servicios, entre otros aspectos. *Vid.* Anexo I, PR.

<sup>14</sup> *Vid.* artículo 20.3 PR.

<sup>15</sup> No se contemplan, por el contrario, los eventuales pagos de la sociedad a los miembros de sus órganos, en particular del órgano de administración. En este aspecto serán de aplicación las normas del Estado en que esté inscrita la *Societas Privata Europaea*.

<sup>16</sup> Según el artículo 23.2 PR la *Societas Privata Europaea* sólo puede adquirir sus propias participaciones cuando estén totalmente desembolsadas y con medios susceptibles de distribución entre los socios según el artículo 21 PR.

<sup>17</sup> El artículo 24.2 PR reconoce a los acreedores el derecho a exigir judicialmente el establecimiento por parte de la *Societas Privata Europaea* de garantías que aseguren el cobro de sus créditos. Eso sí siempre que prueben que la reducción pone en peligro ese cobro (art. 24.3 PR).

<sup>18</sup> *Vid.* artículo 21.1 PR, que deja a salvo la existencia de reservas indisponibles establecidas en los estatutos sociales, que sí cumplen una función de retención patrimonial. El Parlamento enmienda esta norma recuperando la idea del capital con función de garantía de los acreedores, *vid.* enmienda 35 al artículo 21.

<sup>19</sup> *Vid.* artículo 21.2 PR. El certificado de solvencia deberá estar en poder de los socios antes de que éstos adopten el acuerdo de distribución correspondiente.

distribución indebida, en la cuantía de la cantidad percibida, y la de los administradores por el daño irrogado al patrimonio social<sup>20</sup>. Respecto de la primera de estas responsabilidades el Proyecto de la Comisión establece un requisito que el Parlamento, entendemos que con acierto, rechaza. La restitución procedería, según el primero, *siempre que la Societas Privata Europaea demuestre que el socio conocía la irregularidad o que, habida cuenta de las circunstancias, no podía ignorarla*.

Respecto de la responsabilidad de los miembros del órgano de administración, si bien se establece en el artículo 31.4 PR una responsabilidad por los daños irrogados por un comportamiento contrario al Reglamento, a los Estatutos o a alguna resolución de los socios, se remite en el artículo 31.5 PR a las legislaciones nacionales de los Estados miembros para regular la responsabilidad en situación de crisis de la *Societas Privata Europaea*. La Comisión parece no haberse atrevido a buscar un consenso entre las variadas fórmulas que nos ofrecen esas legislaciones, desaprovechando una buena ocasión para articular un régimen unitario de protección de los acreedores que, si no bascula sobre el capital, deberá hacerlo sobre la responsabilidad de los órganos de gestión. El tema tiene una trascendencia indudable para el funcionamiento de la sociedad y de sus órganos. Así, por ejemplo, el órgano de administración de una *Societas Privata Europaea* inscrita en España estará sometido a la responsabilidad del Artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por la tardía disolución; si la *Societas Privata Europaea* está inscrita en Francia deberá responder por una *action en comblement du passif*<sup>21</sup> en caso incluso de una leve falta de gestión, cuando no haya patrimonio suficiente para saldar las deudas de la sociedad en el seno de un procedimiento de insolvencia; si está inscrita en Gran Bretaña responderá por *wrongful trading*<sup>22</sup>, si ha continuado con la actividad cuando debiera haber previsto la entrada en situación de insolvencia; si lo está en Alemania, podrá exigírsele responsabilidad por la apertura tardía del procedimiento de insolvencia<sup>23</sup>. Los modelos de responsabilidad en los Estados miembros presentan importantes diferencias, de forma que éste será uno de los elementos a tener en cuenta por los fundadores a la hora de decidir en cuál de ellos inscriben su sociedad. Es también de gran interés para los acreedores, puesto que, como hemos señalado, el centro de gravedad de la protección de sus intereses se traslada desde la disciplina del capital y lo hace precisamente hacia la responsabilidad de los órganos encargados de la gestión social.

#### 1.4. Organización interna

La Comisión ha querido dotar a esta nueva forma social del máximo de flexibilidad en el ámbito de su organización interna. La estructura de la dirección, órganos y funciones que los mismos han de desempeñar, queda en gran medida en manos de los socios. El Proyecto

<sup>20</sup> Vid. artículo 31.4 PR.

<sup>21</sup> Artículo 651-2 *Code Commerce*.

<sup>22</sup> Section 214, *Insolvency Act* 1986.

<sup>23</sup> § 823. II, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* y § 64.1 *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung (GmbHG)*.

prevé como obligatorio un órgano de administración que *podrá ejercer todas aquellas facultades que no hayan de ser ejercidas por los socios en virtud del Reglamento o de la escritura de constitución*<sup>24</sup>. Serán los estatutos los que habrán de determinar la estructura y la composición del mismo. Es posible optar por un modelo monista o por uno dualista que incorpore un consejo de vigilancia. En cualquier caso será también en los estatutos donde hayan de establecerse los criterios para el nombramiento y destitución de los administradores; donde conste qué administradores tienen la facultad de representar a la sociedad, así como su régimen de actuación; o donde se establezcan las reglas para la delegación de las facultades del órgano de administración en otra persona. Lo que sí establece el texto del Proyecto es el régimen de responsabilidad que les es exigible a los administradores. Éstos deben actuar en todo momento en defensa del interés de la sociedad<sup>25</sup>, con la diligencia y el conocimiento que es razonablemente exigible para el desarrollo de la actividad que constituya el objeto social. Responden ante la sociedad de las pérdidas o daños que hayan ocasionado con su comportamiento contrario a las disposiciones del Reglamento, de los estatutos o a los acuerdos adoptados por los socios<sup>26</sup>. No establece el Proyecto ninguna responsabilidad ante los socios o los terceros acreedores, que deberá regirse por el derecho nacional del Estado en que esté inscrita la *Societas Privata Europaea*<sup>27</sup>.

La Junta General no aparece como órgano necesario en el sentido en que la conocemos en las legislaciones nacionales. Es cierto que los acuerdos que afectan a la financiación de la sociedad, a su estructura, al nombramiento de los administradores o auditores, etc. los adoptan los socios, pero el texto del Proyecto no considera necesario que los socios se reúnan físicamente en una asamblea<sup>28</sup>. Los administradores están obligados únicamente a remitir a los socios las propuestas de acuerdo y la información necesaria para que éstos puedan adoptar una decisión fundada. Los plazos y la forma en que se haga esa remisión, así como la forma de adoptar los acuerdos y las mayorías precisas deben ser reguladas en los estatutos. El Proyecto tampoco regula la impugnación de los acuerdos sociales que se deja en manos de la legislación nacional correspondiente al domicilio registral de la *Societas Privata Europaea*<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Vid. artículo 26.1 PR. El Parlamento introduce un inciso según el cual *Las resoluciones de los socios serán internamente vinculantes para el órgano rector*, que necesita de interpretación. Creemos que la modificación sugerida sólo tiene sentido si se interpreta como una competencia de los socios para tomar acuerdos o dictar instrucciones en aspectos que no están expresamente contemplados en el Reglamento o en los Estatutos, pero que no son por ello de exclusiva competencia de los administradores como parecería sugerir el texto presentado por la Comisión. Sería la interpretación más acorde con la figura de una sociedad con una estructura personalizada.

<sup>25</sup> El artículo 31.3 PR establece la obligación de abstenerse de tomar decisiones cuando los intereses personales del administrador estén en situación de conflicto con los de la sociedad. También en este punto la regulación debe ser completada por los estatutos.

<sup>26</sup> El Proyecto de la Comisión establece la responsabilidad solidaria de los administradores que hayan intervenido en el acto, el Parlamento modifica la norma invirtiendo la carga de la prueba en el mismo sentido que lo hace la Ley española de sociedades anónimas, señalando que la responsabilidad no será extensiva a los administradores que puedan demostrar que están exentos de culpa y que hayan dado a conocer su desacuerdo con la inobservancia de las obligaciones, *vid.* art 31.4 PR y enmienda 51 del Parlamento.

<sup>27</sup> Vid. artículo 31.5 PR.

<sup>28</sup> Vid. artículo 27.3 PR.

<sup>29</sup> Vid. artículo 27.4 II PR.



## 1.5. Posición de los socios

De la misma forma que la determinación del capital con el que se funda la sociedad es decisión libre de sus socios, lo es también la configuración de las obligaciones y de los derechos que les corresponden en cuanto a tales. En el texto del Proyecto se recogen el derecho de información<sup>30</sup>, el derecho de voto<sup>31</sup>, y entre los denominados derechos de la minoría, la posibilidad de solicitar de los administradores el planteamiento de una propuesta de acuerdo o el derecho a solicitar judicialmente el nombramiento de un experto independiente que informe sobre la posible vulneración de preceptos legales o de los estatutos de la *Societas Privata Europaea*<sup>32</sup>, se entiende que por parte del órgano de administración aunque la norma no lo dice expresamente. Entre las obligaciones de los socios, el Proyecto únicamente menciona la de aportar<sup>33</sup>, dejando las consecuencias de su incumplimiento al derecho nacional del Estado en que se haya inscrito la *Societas Privata Europaea*.

Las participaciones no han de ser iguales, es posible crear participaciones de diferentes clases, por ejemplo, participaciones sin derecho de voto<sup>34</sup>. Un aspecto novedoso, si comparamos el Proyecto con nuestra Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es el de la libertad en el régimen de transmisión de las participaciones. Sólo existen limitaciones a la misma si se han contemplado en los estatutos, que pueden incluso excluir esa transmisibilidad<sup>35</sup>.

Sí contempla el texto del Proyecto de la Comisión la posibilidad de excluir a los socios, así como el derecho de separación, para hacer frente a los conflictos planteados entre los mismos y que puedan afectar al funcionamiento de la sociedad. El artículo 17 del Proyecto establece como causas de exclusión el daño grave a los intereses de la sociedad o el hecho de que la permanencia del socio en la misma sea perjudicial para el desenvolvimiento del negocio. Es necesario un acuerdo de exclusión de los socios y, además, una decisión judicial en el mismo sentido. Será así mismo el juez quien, en caso de decretar la exclusión, determine si son los socios restantes o la sociedad quienes adquieren las participaciones del socio excluido y el precio de las mismas. El artículo 18, por su parte, recoge las causas que permiten al socio ejercitar un derecho de separación: pérdida de una parte relevante del patrimonio de la sociedad, traslado del domicilio social inscrito a otro Estado miembro, modificación significativa de la actividad objeto de sociedad y transcurso de tres años sin reparto de dividendos, siempre que la situación económica de la sociedad lo hubiera permitido.

## 1.6. Participación de los trabajadores

En este aspecto hay que volver a hablar de reseñables diferencias entre ambas propuestas. La Comisión establece que la *Societas Privata Europaea* estará sujeta a las normas sobre participa-

<sup>30</sup> Vid. artículo 28 PR.

<sup>31</sup> Se deduce de la necesidad de adopción de acuerdos por mayoría, lo que presupone ese derecho de voto.

<sup>32</sup> Vid. artículo 29.1 y 2 PR.

<sup>33</sup> Vid. artículo 20 PR. Sería esta una ocasión para recoger la obligación de fidelidad por parte de los socios que pudiera servir de cláusula general en la resolución de conflictos entre los mismos y con la sociedad. No lo ha estimado así, sin embargo, la Comisión, cuyo texto no recoge manifestaciones expresas del mismo.

<sup>34</sup> Vid. exposición de motivos, aclaraciones al capítulo III del PR. Anexo I, con el contenido obligatorio de los estatutos.

<sup>35</sup> Vid. Anexo I en relación con el artículo 16 PR.

ción que sean de aplicación en el Estado miembro en que tenga su domicilio social. Sin embargo el texto aprobado por el Parlamento establece importantes salvedades a ese principio, que no será aplicable en determinados supuestos. Así, si la *Societas Privata Europaea* emplea a más de 1000 trabajadores y más de una cuarta parte del total de los empleados trabaja habitualmente en un Estado miembro (o en varios) donde se prevé un mayor nivel de participación, se aplicará la Directiva 2001/86/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. La misma norma será de aplicación cuando la *Societas Privata Europaea* emplee en total entre 500 y 1000 trabajadores y más de un tercio del total trabaja habitualmente en uno o varios Estados donde se prevé un mayor nivel de participación que en el Estado miembro en que tiene su domicilio social la *Societas Privata Europaea*.

## 2. Financiación de las PYME. Alternativas al crédito bancario

### 2.1. Preliminar

Los problemas de financiación de las PYME han merecido desde hace décadas la atención de la literatura especializada y de las instituciones tanto nacionales como europeas. No son los únicos a los que se enfrentan; desde la dificultad para encontrar clientes hasta la escasa disponibilidad de personal directivo con experiencia, pasando por los obstáculos relacionados con la competencia o con la carga administrativa a las que se ven sometidas, hay un amplio abanico de problemas con los que tienen que enfrentarse para hacerse un lugar en el mercado y mantenerlo. Con todo, la dificultad para acceder a una financiación adecuada a sus posibilidades ha sido uno de los lastres que tradicionalmente han limitado su capacidad de crecimiento. Así lo pone de manifiesto una vez más la última encuesta realizada por el Banco Central Europeo<sup>36</sup>, donde son precisamente las PYME españolas las que aparecen en primer lugar en el ranking de las que tienen dificultades para obtener crédito. La situación, pues, es especialmente grave en este momento para nuestras PYME.

Los problemas financieros de nuestras empresas han sido en primer lugar el predominio de la financiación bancaria como fuente de fondos ajenos, que justo en el presente momento se hace más difícil de conseguir. A ello hay que añadir que cuando las empresas acceden a la misma lo hacen en peores condiciones<sup>37</sup>. En segundo lugar encontramos también una limitación en cuanto a la consecución de fondos propios que se hace básicamente a través de la autofinanciación, a lo que contribuye la dificultad en el acceso al Mercado de Valores<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Los datos pueden consultarse en: <[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/finance/data/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/finance/data/index_en.htm)>

<sup>37</sup> Así se indica también en la referida encuesta del Banco Central Europeo (BCE) realizada entre junio y julio de 2009.

<sup>38</sup> La forma social más utilizada por las PYME es la de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SL), cuya normativa no permite la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones. Como *odiosa norma restrictiva* habla de la misma FERNANDEZ DEL POZO, L., en 'La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada', *RGD* 596, 1994, p. 5443. Esta limitación en el acceso a la financiación, que según ROJO, fue uno de los temas más polémicos en el interior de la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, ha sido ampliamente criticada en nuestra doctrina. ROJO, A., 'La sociedad de responsabilidad limitada. Problemas de política y técnica legislativa', en BONARDELL/ MEJÍAS/ NIE-TO (coord.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, p. 71.

Los momentos de crisis han de ser aprovechados para introducir cambios en el comportamiento que permitan combatir las causas que han llevado a esa crisis y sentar los cimientos de un futuro distinto. Las PYME han de aprovechar la actual crisis financiera para modificar el diseño de la que ha sido su estrategia financiera en el pasado. Las pequeñas y medianas empresas españolas han basado su financiación, en buena medida, en fondos ajenos obtenidos de las instituciones crediticias; fondos que, para mayor dificultad en términos de coste, se han obtenido a corto plazo. Esta estructura financiera, como repetidamente ha puesto de manifiesto la Comisión<sup>39</sup>, implica un incremento de los costes y una mayor vulnerabilidad ante los cambios que se producen en el mercado, como dolorosamente hemos podido comprobar a lo largo de los dos últimos años. Las PYME necesitan financiación ajena a largo plazo, pero también necesitan fortalecer sus recursos propios *índice de solvencia, garantía de estabilidad y permanencia, el más seguro baluarte de la empresa*<sup>40</sup>.

La configuración de la estructura financiera de una empresa, la adecuada selección de los medios de financiación constituye el problema más complejo, y, a la vez, uno de los de mayor trascendencia con vistas a garantizar el mantenimiento de la misma en el mercado.

Hemos mencionado la financiación ajena y los recursos propios; en las páginas que siguen haremos además referencia a algunos de los denominados *híbridos financieros*, instrumentos cuyas características se aproximan más a las que definen el capital propio unas veces, más a las que definen el capital ajeno otras. Hablamos, por ejemplo, de préstamos participativos, créditos subordinados, o préstamos de los socios que integran la estructura financiera de la sociedad.

## 2.2. La participación de los trabajadores en el capital como instrumento de financiación

De las distintas formas de participación de los trabajadores en la empresa la participación financiera es la que menos atención ha merecido entre nosotros tanto a nivel legislativo como en la práctica de nuestras sociedades. Y ello a pesar de que desde la UE se ha instado a los Estados miembros a articular un marco normativo de fomento de fórmulas de participación en el capital, en especial, a través de la creación de incentivos fiscales o minimizando los riesgos que la misma puede suponer para los trabajadores<sup>41</sup>.

Durante la década de los 90 la participación financiera ganó terreno en las empresas europeas. Pero han sido básicamente las empresas cotizadas las que han utilizado distintas

<sup>39</sup> Ya desde la Comunicación de la Comisión sobre los problemas financieros de las PYME, de 10 de noviembre de 1993.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El fortalecimiento de los recursos propios*, Madrid, 1992, p. 5.

<sup>41</sup> Ya en 1991 el conocido como Informe PEPPER (*Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results*) analizó la participación en los distintos miembros y originó una Recomendación de la Comisión con el objetivo de impulsar la misma. En 1996 el *Informe PEPPER II* apuntaba la escasa actividad en ese sentido, si bien ponía de manifiesto el apoyo de algunos Estados mediante incentivos fiscales y otras medidas legislativas. En un esfuerzo por fomentar esa política en más Estados, la Comisión publicó en 2003 una nueva Comunicación relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores.

fórmulas, como la entrega de acciones o de opciones sobre acciones. Y lo han hecho sobre todo en los Estados en los que se ha aprobado un marco normativo de fomento de las mismas, caso de Francia o Inglaterra<sup>42</sup>.

La participación de los trabajadores en el capital de las PYME no ha tenido, sin embargo, la misma evolución. Las pequeñas y medianas empresas se enfrentan a problemas específicos a la hora de introducir planes de incentivación de la adquisición de participaciones por sus trabajadores. A sus costes y a la fuerte carga de trabajo administrativo que conllevan estos planes tal y como están contemplados en la normativa que les es aplicable, hay que añadir la reticencia que en las sociedades de carácter más personalizado pueden tener los socios fundadores a la inclusión de los trabajadores en su proyecto empresarial.

A pesar de ello, desde las instituciones europeas se insiste<sup>43</sup> en los beneficios que a los trabajadores, a las empresas y a las economías nacionales puede reportar el incremento de este tipo de participación. Para los trabajadores supone un incremento de sus ingresos a través del reparto de beneficios (si bien es cierto que entraña también una asunción de parte del riesgo que el desarrollo de la actividad empresarial conlleva). Para los empresarios un mayor compromiso de aquellos con el futuro de la empresa<sup>44</sup>, además de un incremento en su dotación de fondos propios, que otorga a la empresa una mayor estabilidad, liquidez y supone una reducción de los gastos que la financiación alternativa por medio de fondos ajenos supondría.

Y se insta a los legisladores nacionales a establecer medidas para que este tipo de participación *se convierta en una característica estructural de los sistemas económicos europeos*<sup>45</sup>. Se reconoce, eso sí, que habrán de tenerse en cuenta las especificidades de las PYME, que presentan como primera necesidad la de garantizar una adecuada transparencia de los resultados y de las perspectivas financieras y de beneficio.

El legislativo español no se ha caracterizado precisamente por su celeridad en atender estos requerimientos de la UE y apenas se han tomado medidas para avanzar en el sentido propuesto desde Bruselas.

En el caso de nuestra comunidad autónoma, el gobierno vasco participa algo más activamente en esta política de promoción de la participación de los trabajadores en el capital de las sociedades a las que prestan sus servicios, subvencionando, por ejemplo, tanto los gastos generados a la sociedad como consecuencia directa de la suscripción de acciones o partici-

---

<sup>42</sup> Una visión de derecho comparado puede consultarse en LANDA J.P. (coord.), *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Bomarzo, 2004. En España contamos a estos efectos con el artículo 81.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) sobre asistencia financiera y poco más. (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, BOE 28 de 1 de febrero de 1990).

<sup>43</sup> Vid. la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2009, sobre la Agenda Social Renovada.

<sup>44</sup> Se habla de una mejora en la productividad y de una mayor fidelización de los trabajadores que cuentan con acciones o participaciones de su empresa.

<sup>45</sup> Vid. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores*, COM (2002) 364 final, de 26 de febrero de 2003.

paciones por sus personas trabajadoras, como la suscripción de acciones o participaciones por sus personas trabajadoras<sup>46</sup>.

### 2.3. Los denominados *Business Angels*

La figura de los *ángeles de los negocios* nace en los EEUU en los años 20 del siglo pasado de la mano de inversores particulares que comenzaron a aportar su propio dinero para salvar los espectáculos de Broadway que la crisis ponía en peligro. Suele también mencionarse como uno de los ejemplos del origen de esta forma de financiación el que dio nacimiento a una de las empresas que hoy son referencia absoluta de la industria electrónica: Hewlett Packard. Frederick Terman, decano del Departamento de Ingeniería de la Universidad de Standford dejó 500 dólares Hill Hewlett y Fred Packard, licenciados que le habían relatado su proyecto empresarial. Terman no sólo les dejó el dinero, además les asesoró en el desarrollo de su negocio y puso a su disposición la red de relaciones que les permitió iniciar el mismo. Esta es la esencia de un *business angel*. Hablamos de un inversor privado, solvente desde el punto de vista financiero, que aporta además sus conocimientos y su red de contactos personales.

Esta idea inicial ha ido evolucionando y los *Business Angels* se han profesionalizado, de forma que hoy se agrupan en redes (*Business Angels Network, BAN*) que están creando un nuevo mercado de oferta y demanda de capitales. En Europa son Reino Unido, Alemania y Francia los Estados miembros donde más activas son estas redes. El mercado español, por el contrario, es uno de los menos desarrollados en la UE<sup>47</sup>. El carácter discreto que ha tenido este tipo de inversión informal, que lo hace poco conocido, ha hecho que los emprendedores no hayan buscado el acceso a estos inversores.

Los *ángeles* suelen invertir en empresas que se encuentran al inicio de su andadura o en una fase de expansión. Las cuantías aportadas están entre los 25.000 y 250.000 € y su salida de la empresa suele hacerse a medio plazo (entre tres y cinco años)<sup>48</sup>. Las redes operan preferentemente a escala regional, cubren una población media de cuatro a cinco millones de habitantes, y sus decisiones de inversión pueden verse afectadas por motivaciones no estrictamente financieras y de carácter muy diverso: vinculación familiar, satisfacción pro-

<sup>46</sup> Vid. Orden de 17 de junio de 2009, de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, por la que se establecen las ayudas para la participación de personas trabajadoras en empresas, *BOPI* 9 de julio de 2009. Estas ayudas se condicionan a la previa elaboración de un Plan de participación institucional de personas trabajadoras, siendo beneficiarias las sociedades que otorguen acciones o participaciones a sus trabajadores o los propios trabajadores, quienes podrán participar en el capital de la empresa directamente o por medio de una sociedad instrumental creada al efecto. La norma requiere en este último supuesto que los trabajadores adquieran, como mínimo, el 10% del capital social de la empresa de la relación laboral.

<sup>47</sup> Eso no quiere decir que no contemos con esta alternativa de financiación. La Red Española de *Business Angels* (ESBAN) cuenta con redes adheridas en Barcelona, Madrid, Valencia, Castilla la Mancha, Galicia, Baleares y Canarias. Puede consultarse en <www.esban.com> Por otro lado, cinco redes españolas BNAC y XIP en Cataluña, BANM en Madrid y BANG y UNIBAN en Galicia están adheridas a la red europea EBAN (*European Business Angels Network*). Entre nosotros contamos con EBAN Euskadi que es una red promovida por tres asociaciones empresariales vascas: ADEGI, CEBEK y SEA. Un interesante y reciente estudio sobre el tema puede consultarse en <www.ipyme.org>, *Los Business Angels, innovando la cultura financiera de las empresas*.

<sup>48</sup> Vid. Boletín Económico de Información Comercial Española (ICE) n. 2876, de 2006, p. 12.

fesional, desarrollo económico de su zona de residencia, etc. Por esto mismo suelen estar dispuestas a aceptar condiciones menos rigurosas en cuanto a la protección de su inversión: están dispuestas a entrar desde el inicio en el capital social, no realizan análisis tan detallados como los que efectúan, por ejemplo, las entidades de capital riesgo, aceptan rentabilidades inferiores o son más pacientes con la desinversión.

Queremos subrayar que las inversiones realizadas por los *Business Angels* incrementan el volumen de fondos propios de la empresa que cuenta con su aportación, lo que tiene efecto directo en el incremento de su capacidad para obtener financiación adicional en forma de fondos ajenos.

#### 2.4. Capital riesgo como instrumento de financiación

Nuevamente hemos de hacer referencia a un instrumento ampliamente asentado en el mundo anglosajón, pero que en nuestro país está todavía a una gran distancia de la media europea. Se introduce a mediados de la década de los setenta pero hasta el año 2000 no alcanza un volumen significativo. En sus inicios la actividad estuvo ligada a las administraciones públicas, pero hoy en día el sector privado es el más dinámico en el ofrecimiento de esta forma de financiación<sup>49</sup>. Precisamente con el objetivo de impulsar la utilización de esta fórmula se aprueba el 24 de noviembre de 2005 la nueva Ley reguladora de las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras<sup>50</sup>.

La Ley define las entidades de capital riesgo en su artículo 2 como aquellas *cuyo objeto principal consiste en la toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras y de naturaleza no inmobiliaria que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de Bolsa de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la OCDE*.

La participación de los inversores en el capital de la sociedad suele ser, de ordinario, minoritaria. Su objetivo no es controlar la sociedad en la que invierten, sino conseguir beneficio con la desinversión. Puede ser pasiva, pero es habitual que haya una colaboración

---

<sup>49</sup> En 2005 sólo el 18% de las sociedades y gestoras de fondos de capital riesgo son de capital público, *vid.* Boletín Económico del Banco de España, abril 2007, p. 103. Entre estas entidades -la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) incluye un listado de las mismas- además de las promovidas por municipios o comunidades autónomas, nos encontramos con otras impulsadas por el sector financiero a través de los bancos y cajas y, cada vez con más presencia, con las pertenecientes a familias de tradición empresarial con un importante patrimonio que invierten en proyectos ajenos. En Euskadi las principales entidades de capital riesgo son EZTEN participada por SPRI y el Gobierno Vasco; SEED Capital por la Diputación Foral de Bizkaia y varios bancos y cajas; HAZIBIDE, impulsada por la Diputación Foral de Álava, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y Caja Vital; y TALDE, fondo formado por socios industriales y financieros como Iberdrola, las cajas de ahorro vascas, Elkarkidetza, etc.

<sup>50</sup> En nuestra Comunidad y en la Comunidad Foral de Navarra, al amparo de la potestad legislativa propia en materia tributaria se han regulado, además, las denominadas *Sociedades de Promoción de Empresas* con un marco jurídico parcialmente diferente al aplicable al resto del Estado. Sin embargo buena parte de estas entidades más que a la promoción o el fomento en empresas mediante la participación temporal en su capital, parecen haberse utilizado para que los inversores se beneficiaran de las ventajas fiscales que el sistema aporta en su propio proceso de crecimiento. En este sentido, RECONDO, R. 'El Capital Riesgo Foral, en el País Vasco y Navarra', *Revista Española de Capital Riesgo 2* (2009), p. 60 ss.

extrafinanciera, una labor de asesoramiento por parte de la entidad de capital riesgo, que no significa sustitución en la gestión. La inversión es además temporal<sup>51</sup>, aunque el plazo medio de mantenimiento de las mismas se está dilatando en estos momentos de crisis que desaconsejan la desinversión, y puede instrumentarse utilizando distintas figuras de financiación. Si nos limitamos a la inversión en sociedades de responsabilidad limitada -por ser la forma más presente en las PYME- las principales serán la adquisición de participaciones sociales (que podrán ser privilegiadas)<sup>52</sup> y el otorgamiento de préstamos participativos.

Por último queremos subrayar que, si bien tradicionalmente el capital riesgo se ha centrado en la financiación de empresas en fase de lanzamiento o de expansión<sup>53</sup>, los últimos años se ha producido un incremento significativo de operaciones dirigidas a sociedades maduras, en ocasiones en proceso de reestructuración<sup>54</sup>.

## 2.5. Los híbridos financieros

En los epígrafes anteriores hemos expuesto fuentes de financiación a las que pueden acudir las PYME más allá de las entidades financieras más tradicionales y de las que pueden obtener fondos propios, básicamente capital. Los mismos sujetos arriba indicados pueden ofrecer también fondos a través de instrumentos que igualmente refuerzan la estructura financiera de las sociedades que los reciben, pero cuyas características se aproximan más a las que definen el capital propio unas veces, más a las que definen el capital ajeno otras<sup>55</sup>. Queremos destacar entre ellos los siguientes:

### 2.5.1. Los préstamos participativos

Esta figura de financiación de las empresas, conforme<sup>56</sup> a su regulación legal, tiene las siguientes características distintivas:

- La retribución del capital invertido se liga con la evolución de la actividad de la empresa que recibe el préstamo.

<sup>51</sup> De un entorno medio entre tres y diez años habla la Asociación Española de Capital de Inversión (ASCRI), *vid.* <www.ascr.org>

<sup>52</sup> La desinversión en la Sociedad Limitada cuenta con las dificultades que se derivan de su carácter de sociedad cerrada, será algo que habrá de contemplarse en los Estatutos y que quizá pueda compensarse por medio del otorgamiento de privilegios de contenido económico, que la ley no impide.

<sup>53</sup> La doctrina especializada utiliza la terminología anglosajona y habla en este caso de *seed financing* y *start-up financing*.

<sup>54</sup> Se habla entonces de *expansion Financing* (en las etapas de crecimiento), *bridge Financing* (cuando se utiliza como puente hacia la financiación bursátil), *buy out/buy in Financing* (principalmente cuando son equipos directivos con el apoyo de las entidades de capital riesgo los que adquieren el control de la empresa) y *turnaround* (en supuestos de reestructuración o reorientación de la empresa participada con dificultades). *Vid.* GARCIA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYME*, 2003, p. 360 ss.

<sup>55</sup> De *financiación de entresuelo*, *mezzanine financing* habla la doctrina anglosajona.

<sup>56</sup> Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento de la liberalización de la actividad económica y la posterior Ley 10/1996 de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.

- Es deuda subordinada, es decir, que el prestamista participativo se sitúa después de los acreedores comunes en orden a la prelación de créditos.
- Se consideran patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de la sociedad previstas en la legislación mercantil.
- Los intereses pagados son deducibles del impuesto de sociedades;
- Y, por último, y para mantener las garantías frente a terceros, el préstamo sólo podrá amortizarse anticipadamente si se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios.

Además de estos préstamos participativos específicamente regulados es posible el otorgamiento de créditos subordinados que no se retribuyan con la participación en beneficios<sup>57</sup>.

### 2.5.2. Las cuentas en participación

Figura de naturaleza jurídica controvertida<sup>58</sup>, es un contrato entre dos sujetos en virtud del cual uno de ellos (*cuentapartícipe*) aporta bienes, dinero o derechos a otro (*gestor*), obligándose éste a aplicar dicha aportación a una determinada actividad empresarial, que desarrollará independientemente y en nombre propio, y a informar, rendir cuentas y dar participación al cuentapartícipe en las ganancias y también en las pérdidas que resulten del negocio. Regulado por el Código de Comercio en los artículos 239 a 243, es un instrumento que permite al gestor (en nuestro caso sería la PYME) obtener fondos o recursos propios sin ceder el control de la gestión ni modificar la estructura financiera de la empresa al no contraer una deuda por el importe de la aportación.

Lo hemos situado entre los instrumentos híbridos porque no hay un consenso sobre su calificación como fondos propios. El Plan General de Contabilidad parece situar los fondos aportados por el cuentapartícipe entre los fondos ajenos. Se trata de deudas que figuran en el pasivo corriente del balance. También el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha señalado que *el contrato de cuentas en participación participa de la naturaleza de un contrato por el que se cede la utilización de un capital mediante remuneración, por lo que la renta que obtiene el partícipe no gestor es la contraprestación derivada de la cesión a un tercero de capitales propios... para su registro contable se han de emplear las cuentas de acreedores por operaciones en común*. No consideramos, sin embargo, que sea la calificación correcta. Creemos que el cuentapartícipe no es un acreedor, sino un socio y su aportación debe considerarse como parte del capital propio del receptor del mismo. Según el Código de Comercio las aportaciones en cuentas en participación soportan íntegramente las pérdidas, de modo que no es razonable asignarlas a una partida de acreedores por operaciones en común.

---

<sup>57</sup> La subordinación es una figura del derecho privado que se asienta en el principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil y cuyo contenido y alcance puede ser, en principio, libremente acordado por las partes.

<sup>58</sup> Mientras para un sector de la doctrina mercantilista constituye un tipo de sociedad, interna, sin personalidad jurídica propia, para otro se trata de una figura contractual ajena al derecho de sociedades, sería un contrato de colaboración o un contrato de financiación. Para la primera de las posturas *vid.* EIZAGUIRRE, J.M., *Derecho de sociedades*, 2001, p. 221, para la segunda, VICENT, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 2008, p. 957.



## 2.6. Los préstamos de los socios

Por último una, también breve, referencia a la financiación que los propios socios pueden ofrecer a la sociedad más allá de la aportación en forma de capital. La concesión de crédito por parte de los socios (en cualquiera de sus formas, incluidas la prestación de garantía o la cesión de bienes) ofrece las ventajas básicas de la flexibilidad por una parte, y de un tratamiento fiscal más favorable, por otra. La financiación a través de fondos ajenos es más rápida y más simple de formalizar que un aumento de capital; y no está sujeta a exigencias de publicidad. Más sencilla es también la recuperación de esos fondos si dejan de ser necesarios. Los socios pueden de este modo responder más ágilmente a las necesidades de financiación que varían en función de las condiciones de mercado. Además el préstamo es una deuda de la sociedad y su restitución constituye un gasto, al igual que las ganancias que se reparten como intereses.

Más allá de la reducción de costes y de la flexibilidad, la financiación por parte de los socios otorga estabilidad e independencia a la sociedad. Estabilidad, pues no altera las relaciones de poder establecidas en el contrato de sociedad, e independencia, porque evita que los terceros otorgantes eventuales de la financiación impongan condiciones que constriñan la capacidad de la empresa para fijar la política que considere oportuna. Por último ofrece la ventaja del incremento de liquidez. La dotación de fondos puede hacerse por un tiempo indeterminado y con renuncia a la rescisión unilateral, lo que libera a la sociedad de la necesidad de adoptar medidas en orden al mantenimiento de la liquidez necesaria para su devolución. Mientras las dificultades a la hora de hacer frente al pago de las cuotas establecidas y los intereses vencidos pueden actuar como señal de alarma y llevar a los terceros a poner término lo antes posible a su relación con la sociedad, los socios estarán, de ordinario, dispuestos a soportar problemas de liquidez y renunciar a una inmediata rescisión de contrato con la perspectiva de obtener en forma de beneficios futuros la recompensa por su sacrificio.

Hemos dicho más arriba que los préstamos de los socios son fondos ajenos de la sociedad. Tenemos que finalizar, sin embargo, señalando que el legislador los *reclifica* como fondos propios en el caso de que se abra un procedimiento concursal. La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (Ley concursal) en su artículo 92 califica como subordinados los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, entre las que están, según el artículo 93 los socios titulares del 10% del capital (si la empresa no cotiza en bolsa). El pago de estos créditos sólo se hará tras la satisfacción íntegra de los créditos ordinarios, lo que supondrá en la práctica que los socios raramente van a recuperar la inversión realizada en esta forma. Es decir, todas las entregas de fondos que hagan los socios, independientemente de la forma en que se hagan, van a estar sometidas al riesgo empresarial, van a constituir materialmente capital propio una vez que se manifieste la crisis empresarial (podrán ejercitarse además acciones de reintegración si los socios han recuperado los fondos prestados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, artículo 71.3.1º de la Ley concursal).

No es infrecuente que los socios en el momento de decidir qué cantidad de fondos aportan a la sociedad y en qué forma jurídica lo hacen opten por conjugar la aportación a capital y el otorgamiento de préstamos (u otras fórmulas de análogo significado económico para la sociedad receptora). Puede tratarse de préstamos que se otorgan en cumplimiento de pres-

taciones accesorias<sup>59</sup> (de forma que integran el contrato de sociedad), o en cumplimiento de obligaciones establecidas fuera de los estatutos, en pactos parasociales fundamentalmente<sup>60</sup>. Son aportaciones, en amplio sentido, que integran el plan financiero de la sociedad desde el inicio; fondos otorgados a largo plazo que complementan un capital escriturado insuficiente para acometer todas las inversiones proyectadas y que son resultado de un acuerdo entre los socios en respuesta a la cuestión de con cuánto capital financian la actividad que promueven y en qué forma jurídica lo aportan. Las razones de elegir esta vía pueden ser, como hemos señalado, muy legítimas y no puede decirse que sustituyan siempre al capital propio, por eso no nos convence la recalificación automática que establece la legislación concursal. Creemos que sería más coherente con nuestro sistema proceder a la misma sólo en aquellos casos en los que los préstamos sustituyan al capital propio necesario para afrontar con un mínimo de garantía de éxito la actividad económica impulsada por los socios.

### 3. Ayudas estatales y PYME

#### 3.1. Preliminar

Las PYME desempeñan una función fundamental en la economía europea, sin embargo, estas empresas presentan unos problemas de competitividad que preocupan a las propias PYME, a los Estados y a las autoridades de la UE. Esos problemas están en buena medida detectados y las instituciones comunitarias trabajan continuamente en su estudio y en las medidas a adoptar. Entre las dificultades a que se enfrentan las PYME y que obstaculizan su desarrollo destacan la desproporcionada carga administrativa y normativa, el difícil acceso a la financiación, las dificultades para la investigación y la innovación y la adaptación a los requerimientos medioambientales. A estas dificultades hay que sumar otros ámbitos en los que las PYME se encuentran en desventaja, como pueden ser el de la fiscalidad, la falta de competencias o capacidades, las dificultades de acceso a los contratos públicos, los actos contrarios a la competencia y a la competencia desleal, las rigideces de la normativa laboral, el acceso al mercado único, el acceso a programas de la UE, la morosidad, el acceso a mercados internacionales, el acceso a la información y el asesoramiento, la inestabilidad de la economía mundial, el coste de la energía o la propia definición de PYME<sup>61</sup>. Con el fin de paliar estos problemas, son numerosas las políticas comunitarias de apoyo a las PYME.

En el plano estatal, las PYME (y las demás empresas) también reciben ayudas por parte de las diferentes autoridades y entidades públicas. Pero estas medidas de apoyo pueden llegar a afectar a dos pilares básicos de la UE como son: la unidad de mercado y la libre compe-

---

<sup>59</sup> GALLEGO SANCHEZ, E., manifiesta sus dudas respecto de la conveniencia de admitir las prestaciones accesorias como instrumento para reforzar las bases económicas de la sociedad, *vid. Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, 1996, p. 120.

<sup>60</sup> *Vid.* al respecto SACRISTÁN, M., 'Prestaciones accesorias', *RdS*, n.º extr., 1994, p. 319 ss.; PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, 1996, p. 209 ss.

<sup>61</sup> Comisión, Informe de los resultados de la consulta pública sobre la Ley de la pequeña empresa para Europa, abril 2008.

tencia. En este sentido, son numerosos los casos de decisiones de la Comisión, del Tribunal de Primera Instancia (TPI) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre incompatibilidad con el mercado común de determinadas ayudas públicas<sup>62</sup>.

En particular, por lo que respecta a la Comunidad Autónoma del País Vasco, hay que recalcar que la conflictividad se agudiza, debido a las competencias tributarias de que disponen sus Territorios Históricos<sup>63</sup>. Tenemos amplia experiencia en casos que han tenido un eco importante y que tienen su origen en medidas de reducción de impuestos adoptadas por los Territorios Históricos, precisamente en el ejercicio de sus competencias normativas de carácter tributario. Entre ellos destacan las popularmente llamadas *vacaciones fiscales*.

Las *vacaciones fiscales* son medidas adoptadas por las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos del País Vasco en el ejercicio de sus competencias tributarias y tienen por objeto conceder determinados beneficios fiscales a las empresas. Se centran fundamentalmente en los ámbitos del Impuesto de Sociedades, con tipos más reducidos, y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), con bonificaciones en la cuota por la creación de nuevas empresas, por inversiones en activos fijos materiales, I+D, exportación, contratación o formación de personal, ahorro energético, mejora del medio ambiente, etc. Las normas forales que prevén este tipo de beneficios son especialmente polémicas debido a que podrían concebirse como ayudas públicas a las empresas del territorio en cuestión y, en su caso, ser ilegales, por afectar a la competencia y a los intercambios comerciales, es decir, ser incompatibles con el mercado común. Por eso han sido frecuentes los recursos interpuestos por otras comunidades autónomas limítrofes, federaciones o confederaciones de empresarios, sindicatos o por el propio Estado español<sup>64</sup>.

Sin embargo, en este ámbito puede decirse que hay un antes y un después de la sentencia del TJCE de 6 de septiembre de 2006 en el asunto *Azores*<sup>65</sup>. En esta sentencia el TJCE se pronuncia acerca de si la existencia de un tipo de gravamen menor se puede considerar ayuda de Estado o, dicho de otro modo, sobre los requisitos que debe tener una normativa de carácter regional para no ser considerada como ayuda de Estado.

En nuestro entorno, con anterioridad a la sentencia *Azores*, cabe señalar los casos *Daewoo* y *Ramondín*. En ellos, mediante dos Decisiones de 24 de febrero y 22 de diciembre de 1999, la Comisión declaró que ciertas medidas fiscales adoptadas por la Diputación Foral de Álava, en concreto, la concesión de un crédito fiscal del 45% en favor de la empresa *Daewoo* y la concesión de este mismo tipo de crédito así como la reducción de la base imponible del impuesto so-

<sup>62</sup> Ver la web de la Comisión, Dirección General de la Competencia, sobre ayudas de Estado: <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html)>

<sup>63</sup> CRUCELEGUI, J.L., *Repercusiones del control de las ayudas públicas en el País Vasco*, *Ekonomiaz* 61 (2006), p. 232-253; DÍEZ ESTELLA, F. y DÍEZ MORENO, F., *Las ayudas de Estado en las llamadas 'vacaciones fiscales'*, *La Ley* 9 (Nueva época) May-Jun. 2009, p. 61-73; ORENA, A., *Ayudas de Estado y cuestión prejudicial*, *La Ley* 9 (Nueva época) May-Jun. 2009, p. 107-117.

<sup>64</sup> DÍEZ ESTELLA, F. y DÍEZ MORENO, F., *Las ayudas de Estado en las llamadas 'vacaciones fiscales'*, *La Ley* 9 (Nueva época) May-Jun. 2009, p. 61-73, afirman que ante el TJCE se han planteado más de 40 asuntos, que han dado lugar, por el momento a 7 sentencias (del TJCE y del TPI) pero que también son numerosos los recursos interpuestos ante las instancias estatales, ya sea el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

<sup>65</sup> Sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2006, *Portugal c. Comisión* (as. C-88/03 '*Azores*').

bre sociedades en favor de la empresa *Ramondín* constituían ayudas de Estado ilegales e incompatibles con el mercado común. Las Decisiones de la Comisión fueron impugnadas ante el TPI, que desestimó los recursos interpuestos por las partes demandantes mediante las sentencias de 6 de marzo de 2002. Estas sentencias fueron confirmadas en casación por el TJCE<sup>66</sup>.

En cambio, con posterioridad al caso *Azores*, la sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008 introduce nuevos criterios de valoración de las normas fiscales aplicando la nueva doctrina. Esta sentencia resuelve siete cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco originadas por los recursos de las comunidades autónomas de Castilla y León, la Rioja y el sindicato UGT contra las *vacaciones fiscales* aprobadas en 2005 en los tres Territorios Históricos del País Vasco. Según la doctrina *Azores*, para poder contar con un sistema impositivo propio, éste ha de tener encaje en la Constitución del Estado (autonomía institucional); el poder regional que apruebe las normas debe tener autonomía para dictarlas, es decir, no deben requerir autorización del Estado (autonomía procedimental) y la merma recaudatoria que generen no debe ser compensada por la Administración central (autonomía económica). Pues bien, el TJCE entiende que las normas adoptadas por dichas entidades infraestatales cumplen estos requisitos y, por tanto, no constituyen ayudas de Estado incompatibles con el mercado común.

Como consecuencia de todas estas decisiones provenientes sobre todo de la UE, pero también de instancias judiciales nacionales, podemos afirmar que se ha generado un clima de cierta prudencia o de respeto hacia las ayudas públicas. Ha servido para sensibilizar y concienciar en parte a la sociedad y a los poderes públicos de que no se puede hacer uso de las medidas de ayuda de cualquier manera, sino que es preciso respetar las reglas del Tratado CE. Luego, eso mismo ha provocado recelo, desconfianza e inseguridad de las empresas hacia las ayudas que convocan las diferentes autoridades públicas, muchas veces con el ánimo de atraer a posibles inversores. Recibir una ayuda estatal está muy bien pero ¿y si dentro de un tiempo se declara ilegal y hay que devolverla? A pesar de ello, lo cierto es que continuamente se siguen convocando y otorgando ayudas públicas.

Éste es *grosso modo* el contexto en el que nos situamos y desde este punto de partida vamos a tratar de precisar otras cuestiones más concretas como qué es (y qué no es) una ayuda estatal, cuál es el sistema de control de las ayudas estatales en general, cuáles son las normas aplicables a las PYME en particular y cuál es el desarrollo que se está produciendo en la UE en torno a las ayudas estatales, especialmente en el marco de la crisis financiera y económica actual.

### 3.2. Definición de ayuda estatal

El Tratado CE regula las ayudas estatales en los artículos 87 a 89 pero no contiene una definición legal de ellas. Por otra parte, las normas derivadas del Tratado tampoco ofrecen

---

<sup>66</sup> Sentencias del TJCE, de 11 de noviembre de 2004, *Ramondín, S.A., Ramondín Cápsulas, S.A. y Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava c. Comisión* (as. ac. C-186/02 P y C-188/02 P) y *Daewoo Electronics Manufacturing España, S.A. y Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava c. Comisión* (as. ac. C-183/02 P y C-187/02 P).

una noción jurídica expresa, por lo que es preciso extraerla de su interpretación. El artículo 87 del Tratado CE, en su apartado 1, se limita a decir que *serán incompatibles con el mercado común, 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.*

Seguidamente el artículo 88 del Tratado CE encomienda a la Comisión la tarea de controlar las ayudas estatales e impone a los Estados miembros el deber de informar a la Comisión con antelación suficiente cualquier proyecto dirigido a conceder o modificar una ayuda estatal (*requisito de notificación*). Sin embargo, el Tratado CE no pretende que la Comisión realice el control y seguimiento de todos los tipos de medidas de ayuda a las empresas, su ámbito de aplicación se centra sólo en aquellas medidas que reúnan los requisitos del artículo 87, apartado 1. Dichos requisitos serían, en concreto, los siguientes: (1) una ventaja económica; (2) imputable al Estado; (3) de carácter selectivo y (4) con repercusiones sobre la competencia y el comercio entre los Estados miembros<sup>67</sup>. Veamos cada uno de ellos.

### 3.2.1. Ventaja económica

La ayuda debe suponer una ventaja o inyección económica que la empresa no habría obtenido en el ejercicio normal de su actividad. Se trata de un aporte económico que en circunstancias normales no realizaría un inversor privado<sup>68</sup>, es decir, que no responde a la lógica del mercado. Ahora bien, esta aportación económica, esta transferencia de recursos públicos a la empresa, no equivale necesariamente a una subvención. Puede realizarse *bajo cualquier forma* (Art. 87.1 Tratado CE).

Hay numerosos ejemplos de ayuda que no son subvenciones. Puede tratarse de exenciones fiscales, reducción en cargas o cotizaciones sociales, arrendamientos o compra de terrenos propiedad del Estado por parte de una empresa a un precio inferior al de mercado, ventas de terrenos al Estado por parte de una empresa a un precio superior al de mercado, acceso privilegiado de una empresa a ciertas infraestructuras sin necesidad de pagar cánones, obtención por parte de una empresa de fondos de capital riesgo de origen público en condiciones más ventajosas que las que hubiese impuesto un inversor privado, exoneración de pagos de multas, aportaciones de capital, adquisiciones masivas de productos o servicios de una empresa, reducciones de los tipos de interés, garantías de crédito, etc.

<sup>67</sup> Comisión (Dirección General de Competencia), *Vademécum: Legislación comunitaria en materia de ayudas estatales*, de 30 de septiembre de 2008, p. 5-6. Puede consultarse en <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/studies\\_reports.cfm](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm)>. En adelante, *Vademécum 2008*.

<sup>68</sup> El TJCE ha establecido el criterio del inversor privado y se acoge a él también para calificar la licitud de las inversiones realizadas en las empresas públicas. *Vid.* la sentencia del TJCE, de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión* (as. C-142/87), *Rec.* p. I-1005 y la sentencia del TPI, de 30 de abril de 1998, *Cityflyer Express Ltd c. Comisión*, (as. T-16/96), *Rec.* p. II-760.

### 3.2.2. *Imputable al Estado*

El término de *ayuda estatal* hace referencia a todo el conjunto de *ayudas públicas* que pueden ser otorgadas a las empresas por cualquiera de los poderes o entes públicos reconocidos en el ámbito jurídico de cada Estado miembro, independientemente del carácter de su procedencia, ya sea estatal, regional, local o corporativo. Para la UE todas estas ayudas públicas son *ayudas estatales*, ya que se sitúan bajo la responsabilidad del Estado al que pertenecen. Éste es el criterio fijado por la jurisprudencia del TJCE y del TPI<sup>69</sup>.

Las normas comunitarias sobre ayudas estatales exigen que las medidas que implican una ventaja económica procedan de fondos públicos, de las autoridades estatales, regionales o locales, o de bancos, fundaciones u otros entes públicos. Por tanto, las ayudas no necesariamente deben ser concedidas por la administración del Estado *stricto sensu*. Pueden provenir también de otros organismos de Derecho público o privado designados por el Estado o las autoridades públicas de un Estado. Imaginemos, por ejemplo, el caso en que se encomienda a un banco privado la gestión de un régimen estatal de ayudas a las PYME.

### 3.2.3. *Carácter selectivo*

Además, las ayudas estatales deben tener carácter selectivo, han de estar destinadas a empresas determinadas. Esto es lo que les va a diferenciar de las denominadas *medidas generales de apoyo a las empresas*. Estas medidas de apoyo se conceden automáticamente, de forma generalizada, sin hacer uso de ningún poder discrecional. Es el caso, por ejemplo, de la mayoría de las medidas fiscales de alcance estatal o de las ayudas concedidas a todas las empresas de un determinado sector económico. Sin embargo, una medida se considera selectiva si las autoridades o entes que la administran hacen uso de cierto poder discrecional.

También puede cumplirse el requisito de carácter selectivo cuando la medida se aplica exclusivamente a una parte del territorio de los Estados miembros. Éste es el caso de todos los regímenes de ayudas sectoriales y regionales<sup>70</sup>.

### 3.2.4. *Repercusiones sobre la competencia y el comercio*

Finalmente, las ayudas que reúnen los requisitos anteriores deben tener un efecto potencial sobre la competencia y el comercio entre los Estados miembros. Serán ilícitas aquellas que puedan afectar negativamente a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falseen o amenacen falsear la competencia.

No se consideran ayudas estatales, en el sentido del artículo 87.1 del Tratado CE, las concedidas a empresas que operan en un mercado exclusivamente local, regional o circunscrito a un Estado. Es preciso que el (los) beneficiario(s) de la ayuda desarrolle(n) su actividad en un merca-

---

<sup>69</sup> Sentencia del TJCE, *Italia c. Comisión*, de 2 de julio de 1974; Sentencia del TJCE *Steinike & Weinlig*, de 22 de marzo de 1977; Sentencia del TPI *Friuli-Venezia Giulia c. Comisión*, de 15 de junio de 1999; Sentencia del TPI *Glaswerke Ilmenau c. Comisión*, de 8 de julio de 2004.

<sup>70</sup> *Ibid.*

do en el que existen intercambios comerciales entre Estados miembros. Ello no implica que estas empresas beneficiarias hayan de ser necesariamente exportadoras. Dada la interdependencia entre los mercados en que actúan las empresas comunitarias, puede ocurrir que un Estado conceda una ayuda a una empresa no exportadora pero que sus productos compitan con los productos procedentes de otros Estados miembros. En este caso, la ayuda puede hacer que la producción interior se mantenga o aumente y en consecuencia otras empresas europeas no beneficiadas con la ayuda vean disminuidas las posibilidades de exportar sus productos al Estado en cuestión<sup>71</sup>.

Todo esto parece indicar que para que la ayuda pueda producir efectos en un mercado interestatal, habrá de tener cierta envergadura. Por ello las ayudas de escaso importe no entran en el ámbito de aplicación del artículo 87.1 del Tratado CE. El Reglamento (CE) n° 1998/2006 de la Comisión, de 15.12.2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (Reglamento *de minimis*)<sup>72</sup> las define como aquellas que no superan un determinado umbral económico (art. 2.2):

- 200.000 euros por empresa, durante cualquier período de tres ejercicios fiscales.
- 100.000 euros, si la empresa beneficiaria de la ayuda se dedica al transporte de mercancías y de pasajeros por carretera.

Cabe indicar que este Reglamento se aplica exclusivamente a las ayudas *transparentes*, es decir, a aquellas en las que se puede determinar previamente el equivalente bruto de subvención sin necesidad de efectuar una evaluación de riesgo (art. 2.4 Reglamento *de minimis*). Su aplicación se extiende a las ayudas concedidas a las empresas de casi todos los sectores económicos, con excepción de algunos como la pesca y la acuicultura<sup>73</sup>, la agricultura (en determinados casos)<sup>74</sup>, las actividades de exportación e importación<sup>75</sup>, el sector del carbón<sup>76</sup>. En cambio, no se aplica a las ayudas concedidas a empresas en crisis (art. 1 Reglamento *de minimis*).

### 3.3. Marco normativo

El Tratado CE en sus artículos 87 a 89 contiene las bases del régimen jurídico relativo a las ayudas estatales. No obstante, éste es un tema complejo y de gran trascendencia por

<sup>71</sup> Sentencias del TJCE de 13 de julio de 1988, *Francia c. Comisión*, (as. 102/87), *Rec.* p. 4082; y de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, (as. C-142/87), *Rec.* p. 1005.

<sup>72</sup> *DOL* 379 de 28 de diciembre de 2006, p. 5. Este Reglamento, que será de aplicación desde el 1 de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2013, ha sustituido al anterior Reglamento (CE) de la Comisión n. 69/2001, de 12 de enero de 2001. Además de revisar los umbrales, ha supuesto la novedad de incluir al sector del transporte por carretera en su ámbito de aplicación, eso sí, con un umbral específico adaptado al tamaño medio de las empresas que operan en ese sector (considerando n. 3).

<sup>73</sup> Reglamento (CE) n. 104/2000 del Consejo.

<sup>74</sup> Las ayudas concedidas a las empresas que operan en la producción primaria, transformación y comercialización de los productos agrícolas que figuran en la lista del anexo I del Tratado CE en los casos previstos en el artículo 1 del Reglamento *de minimis*.

<sup>75</sup> Las ayudas vinculadas directamente a las cantidades exportadas a terceros países o a Estados miembros, a la creación y funcionamiento de una red de distribución o a otros gastos de explotación vinculados a la actividad de exportación. También se excluyen las ayudas subordinadas a un uso de bienes nacionales con preferencia sobre los bienes importados.

<sup>76</sup> Según se define en el Reglamento (CE) n. 1407/2002.

lo que cuenta también con normas importantes de derecho derivado, además de numerosas comunicaciones y directrices de la Comisión<sup>77</sup> y decisiones del TJCE y el TPI que con su labor interpretativa han ido dando respuesta a las lagunas que se han planteado en torno a la materia.

En principio, las ayudas que reúnen los requisitos del artículo 87.1 del Tratado CE son incompatibles con el mercado común. Pero la incompatibilidad no equivale a prohibición. De hecho, en los apartados 2 y 3 del artículo 87 se detallan casos de excepciones en los que ayudas estatales en principio incompatibles pueden considerarse compatibles<sup>78</sup>.

Como regla general, los Estados miembros tienen el deber de notificar a la Comisión cualquier proyecto de ayuda estatal antes de proceder a su aplicación. Luego corresponde a la Comisión decidir si la medida propuesta puede acogerse a una excepción y, por tanto, considerarse compatible con el mercado común, o si la considera incompatible y ordena su supresión o modificación (art. 88 del Tratado CE).

Por su parte, la Comisión, desde la Dirección General de la Competencia y sobre la base de la experiencia adquirida con el tiempo en el ejercicio de sus poderes, ha desarrollado criterios específicos para determinar si una medida de ayuda notificada reúne los requisitos para acogerse a una excepción. A fin de garantizar la transparencia y la seguridad jurídica estos criterios se hacen públicos, si bien a través de instrumentos muy diversos: reglamentos, comunicaciones, marcos comunitarios, directrices o cartas a los Estados miembros. Como veremos, la regla general de incompatibilidad contenida en el artículo 87 apartado 1 del Tratado CE cuenta con numerosas salvedades, la mayoría de las cuales tiene su base en el apartado 3, letras a) y c). A continuación vamos a proceder a clasificar y sistematizar estas excepciones y criterios de la Comisión distinguiendo varios bloques.

<sup>77</sup> Todos los reglamentos, comunicaciones, marcos comunitarios y directrices están disponibles en la página web de la DG Competencia: <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/)>

<sup>78</sup> Vid. Los apartados 2 y 3 del artículo 87 del Tratado CE.

2. *Serán compatibles con el mercado común:*

- a) *las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;*
- b) *las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;*
- c) *las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.*

3. *Podrán considerarse compatibles con el mercado común:*

- a) *las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;*
- 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;*
- 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;*
- d) *las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;*
- e) *las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.*



### 3.3.1. Las ayudas regionales

La Comisión ha publicado los criterios utilizados para evaluar y autorizar las ayudas estatales concebidas para resolver problemas regionales a través de las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013<sup>79</sup>.

### 3.3.2. Normas horizontales

La Comisión también ha definido criterios y normas de tipo horizontal, aplicables a aquellas ayudas destinadas a resolver problemas específicos de las empresas y que no se refieren a ningún sector económico en concreto. Algunas de estas normas han quedado derogadas en virtud del Reglamento General de Exenciones por Categoría aprobado en 2008<sup>80</sup>. No obstante, siguen siendo de aplicación las orientaciones de la Comisión sobre las siguientes categorías de ayudas:

- Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente<sup>81</sup>.
- Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación<sup>82</sup>.
- Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis<sup>83</sup>.
- Directrices comunitarias sobre ayudas estatales y capital riesgo para pequeñas y medianas empresas<sup>84</sup>.
- Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (2005/842/CE)<sup>85</sup>.
- Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público<sup>86</sup>.
- Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas<sup>87</sup>.

<sup>79</sup> DO C 54, de 4 de marzo de 2006, p.13.

<sup>80</sup> Reglamento (CE) n° 68/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DO L 10, de 13 de enero de 2002, p. 20.); Reglamento (CE) n° 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DO L 10, de 13 de enero de 2002, p. 33); Reglamento (CE) n° 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DO L 337, de 13 de diciembre de 2002, p. 20. Este Reglamento debía haber expirado el 31 de diciembre de 2006, pero fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2007, por el Reglamento (CE) n° 1040/2006, y posteriormente hasta el 30 de junio de 2008, por el Reglamento (CE) n° 1976/2006).

<sup>81</sup> DO C 82 de 1 de abril de 2008, p. 1.

<sup>82</sup> DO C 323 de 30 de diciembre de 2006, p. 1.

<sup>83</sup> DO C 244 de 1 de octubre de 2004, p. 2.

<sup>84</sup> DO C 194 de 18 de agosto de 2006, p. 2.

<sup>85</sup> DO L 312 de 29 de noviembre de 2005, p. 67.

<sup>86</sup> DO C 297 de 29 de noviembre de 2005, p. 4.

<sup>87</sup> DO L 318 de 17 de noviembre de 2006, p. 17.

### 3.3.3. Normas sectoriales

Es preciso señalar una idea básica y es que las normas generales sobre ayudas estatales no se aplican, o sólo se aplican de forma limitada, a los sectores vinculados a la producción y comercialización de los productos de la agricultura y la pesca<sup>88</sup>. Las normas que regulan las ayudas en estos sectores se establecen básicamente en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario y forestal 2007-2013<sup>89</sup> y en las Directrices para el examen de las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura<sup>90</sup>. En el seno de la Comisión, estas Directrices son responsabilidad de la Dirección General de Agricultura y Desarrollo Rural y de la Dirección General de Asuntos Marítimos y Pesca, respectivamente, y no de la Dirección General de la Competencia.

Asimismo, la Comisión ha definido su criterio con respecto a las ayudas estatales en algunos sectores económicos que presentan problemas o condiciones particulares. En el portal de la Dirección General de la Competencia<sup>91</sup> están disponibles las normas sobre ayudas estatales en relación con los siguientes sectores: sector financiero, banda ancha, radiodifusión, producción cinematográfica y audiovisual, electricidad, servicios postales, construcción naval, siderurgia, fibras sintéticas y vehículos de motor.

También, debemos hacer especial mención al sector del transporte. En el transporte por carretera son aplicables la mayoría de normas generales sobre ayudas estatales, aunque cuenta con algunas excepciones<sup>92</sup>. Sin embargo, las ayudas en los demás sectores del transporte (por ferrocarril, aéreo, por vías navegables interiores y marítimas) se rigen por normas sectoriales. Al efecto existe una Unidad de Ayudas Estatales en la Dirección General de Energía y Transportes, la cual, a su vez, es también competente para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales en el sector del carbón.

### 3.3.4. Instrumentos de ayuda específicos

La Comisión, desde la Dirección General de la Competencia, también ha elaborado algunas comunicaciones relativas a otros instrumentos de ayuda destinados a las empresas, tales como garantías, ayudas fiscales, aportaciones de capital, etc. Las orientaciones de la Comisión a este respecto se centran en las siguientes comunicaciones:

- Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> La lista de los productos mencionados figura en el anexo I del Tratado CE.

<sup>89</sup> DO C 319 de 27 de diciembre de 2006, p. 1.

<sup>90</sup> DO C 84 de 3 de abril de 2008, p.10. Para más información sobre las normas aplicables en estos sectores ver las Unidades de Ayudas Estatales de la DG Agricultura y Desarrollo Rural y de la DG Asuntos Marítimos y Pesca.

<sup>91</sup> <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/specific\\_rules.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/specific_rules.html)>

<sup>92</sup> Por ejemplo, las ayudas para la adquisición de vehículos de transporte de mercancías por carretera están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *de minimis* y el límite máximo de la ayuda por empresa se reduce de 200.000 a 100.000 euros.

<sup>93</sup> DO C 155 de 20 de junio de 2008, p. 10 y corrección de errores de la p. 15 en el DO C 244 de 25 de septiembre de 2008, p. 32.

- Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos<sup>94</sup>.
- Comunicación de la Comisión a los Estados miembros con arreglo al apartado 1 del artículo 93 del Tratado CE por la que se aplican los artículos 92 y 93 del Tratado al seguro de crédito a la exportación a corto plazo<sup>95</sup>.
- Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas<sup>96</sup>.

### 3.3.5. *Reglamento General de Exención por Categorías*

En los últimos años la Comisión ha llevado a cabo un proceso de modernización y simplificación de los procedimientos relativos a las ayudas estatales con el fin de reducir los trámites administrativos y contribuir a que los Estados miembros orienten mejor sus inversiones hacia los objetivos de la Estrategia de Lisboa (2000-2010) para el crecimiento, el empleo y la competitividad. En este contexto se sitúa el Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE (RGEC)<sup>97</sup>. El RGEC deroga varios reglamentos de exención por categorías anteriores y unifica el marco jurídico estableciendo un listado en el que incluye nuevas categorías de ayudas estatales (26 categorías en total) exentas del requisito de notificación previa y autorización por la Comisión:

#### Cuadro 1

#### **Clasificación de las medidas de ayuda del Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE (RGEC).**

|  |  |
|--|--|
| Ayudas regionales<br>(Cap. II, Secc. 1)                                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas regionales a la inversión y al empleo (art. 13).</li> <li>– Ayudas a pequeñas empresas creadas recientemente (art. 14).</li> </ul> |
| Ayudas a la inversión y al empleo en favor de las PYME<br>(Cap. II, Secc. 2) | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas a la inversión y al empleo a favor de las PYME (art. 15).</li> </ul>   |
| Ayudas a iniciativas empresariales de mujeres<br>(Cap. II, Secc. 3)          | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas a pequeñas empresas recientes creadas por empresarias (art. 16).</li> </ul>  |

<sup>94</sup> DO C 209 de 10 de julio de 1997, p. 3.

<sup>95</sup> DO C 281 de 17 de septiembre de 1997, p. 4. Esta Comunicación debía aplicarse hasta el 31 de diciembre de 2002, pero en 2001, la Comisión adoptó una modificación (DO C 217 de 2 de agosto de 2001, p. 2) y prorrogó asimismo su validez hasta el 31 de diciembre de 2004. Este año fue prorrogada de nuevo hasta el 31 de diciembre de 2005 (DO C 307 de 11 de diciembre de 2004, p. 12) y en 2005 ha vuelto a modificarse y prorrogarse hasta 2010 (DO C 325 de 22 de diciembre de 2005, p. 22).

<sup>96</sup> DO C 384 de 10 de diciembre de 1998, p. 3.

<sup>97</sup> DO L 214 de 9 de agosto de 2008, p. 3. Entró en vigor a los 20 días de su publicación, el 29 de agosto de 2008 y será aplicable hasta el 31 de diciembre de 2013 (art. 45 RGEC).

|   |  |
|---|--|
| <p>Ayudas para la protección del medio ambiente<br/>(Cap. II, Secc. 4)</p>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas a la inversión para las empresas que puedan superar las normas comunitarias para la protección del medio ambiente o aumentar el nivel de protección del medio ambiente en ausencia de normas comunitarias (art. 18).</li> <li>– Ayudas para la adquisición de nuevos vehículos de transporte que superen las normas comunitarias o que incrementen el nivel de protección del medio ambiente a falta de normas comunitarias (art. 19).</li> <li>– Ayudas para la protección del medio ambiente concedidas para la adaptación de las PYME a las futuras normas comunitarias (art. 20).</li> <li>– Ayudas para la protección del medio ambiente concedidas a la inversión en medidas de ahorro energético (art. 21).</li> <li>– Ayudas a la inversión para la protección del medio ambiente destinadas a la cogeneración de alta eficiencia (art. 22).</li> <li>– Ayudas a la inversión para la protección del medio ambiente destinadas a la promoción de energía procedente de fuentes de energía renovables (art. 23).</li> <li>– Ayudas para estudios medioambientales (art. 24).</li> <li>– Ayudas en forma de reducciones fiscales de los impuestos medioambientales (art. 25).</li> </ul> |
| <p>Ayudas a las PYME para servicios de consultoría y para su participación en ferias comerciales<br/>(Cap. II, Secc. 5)</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas a las PYME para servicios de consultoría (art. 26).</li> <li>– Ayudas a las PYME para su participación en ferias comerciales (art. 27).</li> </ul>   |
| <p>Ayudas en forma de capital riesgo<br/>(Cap. II, Secc. 6)</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas en forma de capital riesgo (art. 29).</li> </ul>   |
| <p>Ayudas de investigación y desarrollo e innovación (Cap. II, Secc. 7)</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas a proyectos de investigación y desarrollo (art. 31).</li> <li>– Ayudas a estudios de viabilidad técnica (art. 32).</li> <li>– Ayudas a las PYME para financiar los costes de derechos de propiedad industrial (art. 33).</li> <li>– Ayudas de investigación y el desarrollo de sectores agrícola y pesquero (art. 34).</li> <li>– Ayudas a empresas jóvenes e innovadoras (art. 35).</li> <li>– Ayudas para servicios de asesoramiento en innovación y de apoyo a la innovación (art. 36).</li> <li>– Ayudas para la cesión de personal altamente cualificado (art. 37).</li> </ul>  |
| <p>Ayudas a la formación<br/>(Cap. II, Secc. 8)</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas a la formación (art. 39).</li> </ul>   |
| <p>Ayudas a favor de los trabajadores desfavorecidos y discapacitados<br/>(Cap. II, Secc. 2)</p>                            | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Ayudas para la contratación de trabajadores desfavorecidos en forma de subvenciones salariales (art. 40).</li> <li>– Ayudas en favor de los trabajadores discapacitados en forma de subvenciones salariales (art. 41).</li> <li>– Ayudas para compensar los costes adicionales de contratación de trabajadores discapacitados (art. 42).</li> </ul>   |

En los casos previstos por el RGEC los Estados miembros pueden conceder las ayudas de forma inmediata, sin necesidad de notificarlas previamente, ya que se declaran compatibles con el mercado común de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.1 del Tratado CE. Los Estados se limitan a informar posteriormente a la Comisión acerca de la ayuda, de forma resumida, mediante un formulario. Para acogerse al régimen de exención, las medidas de ayuda deben cumplir las condiciones fijadas en el RGEC entre las cuales destaca, por su importancia, el requisito de *transparencia*<sup>98</sup>. Las ayudas han de ser transparentes, es decir, su equivalente en subvención bruta ha de poder calcularse previamente con exactitud sin necesidad de efectuar una evaluación del riesgo (arts. 2.6 y 5 RGEC) y la información resumida que debe remitirse a la Comisión tras la concesión de la ayuda también ha de ser transparente (art. 9 RGEC).

El RGEC permite acumular diferentes ayudas previstas en él, siempre que se refieran a costes subvencionables identificables diferentes. En cambio, no permite acumular ayudas que correspondan (total o parcialmente) a los mismos costes subvencionables, si tal acumulación supera la intensidad más elevada o el importe máximo de ayuda previsto para cada una de las categorías (art. 7 RGEC).

Este régimen de exenciones se aplica a casi todos los sectores de la economía (art. 1 RGEC), pero debemos recordar que hay sectores total o parcialmente excluidos tal y como se ha explicado anteriormente (apartado III.3).

### 3.4. Tipos de control y seguimiento de las ayudas estatales

Como consecuencia del proceso de modernización y, sobre todo, de la aprobación del RGEC, es preciso distinguir dos modalidades de control de las ayudas: el control *ex post* para las ayudas exentas del requisito de notificación previa y el control *ex ante*, cuando las ayudas estatales están sujetas a la notificación previa.

#### 3.4.1. Control *ex post*

Por lo que respecta a las medidas de ayuda exentas de notificación previa por el RGEC, son ayudas *per se* autorizadas. Son los propios Estados miembros los que deben autoevaluarse y decidir si sus medidas de ayuda se ajustan a la normativa, teniendo presente que *a posteriori* la Comisión podría examinar el caso. La Comisión realiza un control *ex post* de este tipo de medidas que le han sido comunicadas una vez concedidas (art. 10). Por su parte, los Estados miembros tienen la obligación de publicar en Internet el texto íntegro de la medida y mantenerlo expuesto mientras la medida siga vigente. Asimismo, deben llevar registros pormenorizados de ellas que contengan la información necesaria para demostrar que cumplen los requisitos establecidos y deben elaborar un informe anual, en formato electrónico, sobre la aplicación del RGEC (art. 11).

<sup>98</sup> Se reitera el criterio de transparencia previsto en el Reglamento de *minimis*. *Op. Cit.*

El RGEC no se aplica a las ayudas individuales concedidas en aplicación de un régimen de ayudas o como ayudas *ad hoc*, cuyo equivalente en subvención bruta supere unos determinados umbrales. Éstas están sujetas a notificación individual (art. 6).

#### 3.4.2 Control *ex ante*

El procedimiento de control de las ayudas sujetas a la obligación de notificación previa se rige básicamente por el Reglamento (CE) 659/1999 de Consejo, de 22.03.1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE<sup>99</sup> (ahora arts. 87 y 88). Posteriormente se aprobó el Reglamento de la Comisión (CE) 794/2004, de 21.04.2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del citado Reglamento (CE) No 659/1999 del Consejo<sup>100</sup>.

Los Estados miembros y sus autoridades, a través de su Representación Permanente, tienen la obligación de notificar a la Comisión los proyectos de ayuda que no están exentas de este requisito. Las modificaciones de ayudas ya existentes también han de ser notificadas<sup>101</sup>. A fin de simplificar y acelerar los trámites, existen unos impresos de notificación normalizados para la mayor parte de las categorías de ayuda y un programa informático específico (*SANI*). Si la notificación está incompleta, la Comisión solicita información adicional y normalmente, el Estado miembro tiene un plazo de veinte días para facilitarla.

Ciertas modificaciones menores de ayudas existentes y determinados tipos de ayuda que sólo requieren verificar que la medida es conforme con las normas y prácticas existentes, pueden notificarse según un sistema de notificación simplificado y siguen un procedimiento de decisión más rápido<sup>102</sup>.

La Comisión cuenta con un plazo de dos meses para examinar la ayuda prevista. Dicho plazo empieza a computarse a partir del momento en que la Comisión dispone de toda la información necesaria para evaluar el asunto y la notificación puede considerarse completa. Este examen previo puede concluir con la decisión de no formular objeciones. En ese caso se puede ejecutar la medida de ayuda.

Si, tras el examen previo, la Comisión tiene dudas sobre la compatibilidad con el mercado común de la ayuda notificada, puede decidir incoar el procedimiento previsto en el artículo 88.2 del Tratado CE. En estos casos, se abre una investigación formal, con la publicación de la descripción de la ayuda en el Diario Oficial (también en la *web* de la Comisión), para que el Estado miembro y los interesados puedan formular sus observaciones. Al final de la investigación, la Comisión adopta una decisión definitiva, que puede ser positiva, que permite conceder la ayuda, negativa o positiva pero con ciertas condiciones. El plazo para este tipo de investigación es de 18 meses. Luego, en virtud

---

<sup>99</sup> DO L 83 de 27 de marzo de 1999, p. 1.

<sup>100</sup> Reglamento de la Comisión (CE) 794/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) No 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, DO L 140, de 30 de abril de 2004, p.1.

<sup>101</sup> Artículo 1.c) del Reglamento 659/1999.

<sup>102</sup> Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas ayudas estatales, DO C 136 de 16 de junio de 2009, p. 3.

del artículo 230 del Tratado CE, todas las decisiones pueden ser objeto de recurso ante el TJCE.

### 3.4.3. Ayudas ilegales

Según el artículo 88.3 del Tratado CE es ilegal cualquier ayuda que se lleve a efecto sin la autorización de la Comisión. Por tanto, si ésta recibe alguna información acerca de una presunta ayuda ilegal procederá a investigarla. Solicitará información al Estado en cuestión y adoptará una decisión. Al efecto, la Comisión puede decidir requerir al Estado para que suspenda la concesión de la ayuda hasta que ella se pronuncie e incluso puede ordenarle que recupere provisionalmente la ayuda. Si el Estado no cumple con lo que se le ha requerido, la Comisión puede someter el asunto ante los tribunales comunitarios por violación del Tratado CE<sup>103</sup>.

Si, finalmente, la Comisión estima que la ayuda es ilegal puede ordenar su recuperación. Exigirá al Estado en cuestión que adopte las medidas necesarias y podrá recabar la colaboración de los tribunales nacionales. El Estado que no adopte las medidas oportunas podrá ser sometido ante los tribunales comunitarios por esta inobservancia.

En cualquier caso, conviene recordar que tanto los preceptos del Tratado CE, las normas establecidas en los reglamentos comunitarios (por su efecto directo) como las decisiones de la Comisión y del Consejo son obligatorias en todos sus elementos para los Estados miembros y, por tanto, son exigibles ante sus tribunales por parte de cualquier sujeto interesado, público o privado, nacional o extranjero comunitario.

Por su parte, los beneficiarios de una ayuda declarada ilegal pueden probar que han sufrido una pérdida económica por su puesta en marcha y posterior recuperación. En ese caso, podrían presentar una reclamación de daños y perjuicios ante los tribunales nacionales<sup>104</sup>.

## 3.5. Ayudas estatales para las PYME y crisis económica

Una vez expuesto el marco normativo y el sistema de control y seguimiento previstos para las ayudas estatales con carácter general, vamos a centrar nuestra atención en las ayudas destinadas a las PYME. Al respecto, conviene recordar inicialmente que, al igual que otras empresas, las PYME pueden beneficiarse de *medidas generales de apoyo* (como pueden ser, por ejemplo, las medidas de impulso a la educación y formación o una reducción general de la fiscalidad sobre los costes sociales) y que estas medidas generales no constituyen ayuda estatal (*vid.* apartado II.3). Asimismo, pueden beneficiarse de medidas de escasa cuantía o *ayudas de minimis* que tampoco tienen consideración de ayuda (*vid.* apartado II.4).

<sup>103</sup> Ver la Sentencia del TJCE, de 20 de septiembre de 2007, *Comisión c. España* (as. C-177/06).

<sup>104</sup> Sentencia del TJCE, de 19 de junio de 1973, *Carminé Capodongo c. Azienda Agricola Maya* (as. C-77/72), *Rec.* 1973 p. 611 y la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros c. La Poste y otros* (as. C-39/94), *Rec.* 1996 p. I-03547.

### 3.5.1. Ayudas estatales para las PYME

Las PYME son destinatarias de muchas medidas de apoyo que constituyen ayuda estatal en el sentido del artículo 87.1 del Tratado CE y que, lógicamente, tienen que respetar el marco normativo general y los procedimientos aplicables a las ayudas estatales que acabamos de exponer. No obstante, podemos afirmar que el proceso de modernización de las normas sobre ayudas estatales ha resultado especialmente beneficioso para las PYME. En el marco de la Estrategia de Lisboa para el crecimiento, el empleo y la competitividad, la Comisión inició este proceso modernizador, en ejecución del Plan de Acción de Ayudas Estatales (PAAE)<sup>105</sup>, para incitar a los Estados miembros a que orientaran sus inversiones hacia los objetivos de la citada Estrategia y ha dado sus frutos en el sentido indicado<sup>106</sup>.

El primer efecto beneficioso que destacamos de este proceso es que han aumentado las posibilidades de conceder ayudas estatales a las PYME. Para percatarse de ello no hay más que lanzar una mirada al RGEC (cuadro 1). Del listado de las 26 categorías de ayudas exentas de notificación previa, más de un tercio son ayudas destinadas a pequeñas empresas o a PYME<sup>107</sup>. El RGEC contiene normas especiales para las ayudas a la inversión y el empleo exclusivamente dirigidas a este tipo de empresas, además de incluir la ayuda al capital de riesgo. Asimismo, el RGEC ha ampliado el elenco de las exenciones de notificación a cinco nuevos tipos de ayuda que antes no estaban dispensados (ayudas al medio ambiente, ayudas de innovación, ayudas de investigación y desarrollo para grandes empresas, ayudas de capital riesgo y ayudas a empresas recientes creadas por empresarias) y las PYME pueden acogerse a todas las categorías de ayuda permitidas por el Reglamento<sup>108</sup>: tanto a las ayudas estatales destinadas específicamente a ellas, como a las medidas de ayuda destinadas a las grandes empresas.

Esta posibilidad no es una mera hipótesis o una oportunidad difícil de aprovechar, al contrario, las PYME cuentan con facilidades para ello. Como ya se ha indicado (apartado III.5), el RGEC fija distintas intensidades para cada categoría de ayuda, es decir, establece unos porcentajes máximos de los costes que la ayuda puede subvencionar (art. 2). También permite la acumulación de las ayudas exentas de notificación, siempre que dichas medidas de ayuda se refieran a costes subvencionables diferentes (art. 7). Pues bien, habida cuenta de las deficiencias de mercado y las desventajas competitivas que sufren la PYME, el RGEC les permite beneficiarse de intensidades de ayuda más elevadas y ello les facilita la posibilidad de acumular los diversos tipos de ayuda. Aunque tengan que respetar unos límites máximos, estos límites son más elevados<sup>109</sup>. Así, por ejemplo, una PYME puede acumular una ayuda para un proyecto de formación (ayuda de formación, art. 39), otra para comprar una máquina (ayuda a la inversión para PYME, art. 15) y otra para participar en ferias (para PYME, art.

---

<sup>105</sup> Comisión, Plan de acción de ayudas estatales - Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009, COM (2005) 107 final, de 7 de junio de 2005.

<sup>106</sup> RGEC, Exposición de motivos, n. 4, 15, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 62.

<sup>107</sup> RGEC, artículos 14, 15, 16, 20, 26, 27, 33, 35.

<sup>108</sup> Comisión, DG Competencia, *Handbook on State aid rules for SMEs*, 25.02.09, p.5, en: <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/studies\\_reports.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html)>

<sup>109</sup> Las intensidades de ayuda permitidas por el RGEC también varían en función del tipo de región.



27), sin tener que pasar por el procedimiento de notificación, puesto que corresponden a actividades diferentes o costes subvencionables diferentes.

En segundo lugar, hay que añadir que el RGEC ha contribuido enormemente a simplificar las normas sobre ayudas, ya que las categorías de ayuda que contempla están exentas del requisito de notificación previa. Los Estados miembros realizan su autoevaluación y pueden decidir la concesión de esos tipos de ayudas inmediatamente, limitándose a informar luego a la Comisión. Además, el RGEC representa una medida especial a este respecto ya que consolida en único texto las normas existentes sobre las exenciones por categorías en los diversos instrumentos y sectores, lo que contribuye a una mayor armonización y simplificación.

En tercer lugar es preciso reconocer al RGEC su contribución en favor de una mayor seguridad jurídica para las empresas beneficiarias, puesto que asegura la autorización de la Comisión y disipa el temor a que las ayudas sean declaradas ilegales y las empresas compelidas a su devolución.

Finalmente, por lo que respecta a los sectores de excepción, cabe añadir que las ayudas a las PYME también se han consolidado y simplificado. Las excepciones afectan esencialmente a las ayudas estatales en los sectores de: pesca y acuicultura, agricultura, carbón, construcción naval, acero y fibras sintéticas.

### 3.5.2 Ayudas estatales y crisis económica

En los últimos años la Comisión ha estado centrada en la ejecución del Plan de acción de ayudas estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 – 2009 (PAAE)<sup>110</sup>. Sin embargo, en 2008, la crisis económica y financiera acaparó su atención y elaboró varias Comunicaciones relativas al papel de las ayudas estatales en la situación de crisis y el proceso de recuperación. Dos de ellas están dirigidas a las instituciones financieras<sup>111</sup> y una tercera es de carácter general, denominada “Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera” (*Marco temporal*)<sup>112</sup>. También elaboró la Comunicación relativa al Plan europeo de recuperación económica<sup>113</sup>. En este contexto, la Comisión trata de evitar que las intervenciones públicas menoscaben el objetivo de conseguir reducir y dirigir mejor las ayudas estatales. Sin embargo, es consciente de la nueva situación y de las dificultades que presenta por lo que entiende que es necesario tomar medidas, aunque sea temporalmente.

<sup>110</sup> COM (2005) 107 final, de 7 de junio de 2005.

<sup>111</sup> Comunicación de la Comisión, “La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial”, DO C 270 de 25 de octubre de 2008, p. 2 y Comunicación de la Comisión “La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia”, DO C 10 de 15 de enero de 2009, p. 3.

<sup>112</sup> DO C 16, de 22 de enero de 2009, p. 1. Posteriormente se introdujeron algunos ajustes técnicos y la Comunicación fue publicada en DO C 83 de 07 de abril de 2009, p.1.

<sup>113</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, Un Plan Europeo de Recuperación Económica, COM (2008) 800 final, de 26 de noviembre de 2008.

Así, a través del *Marco temporal* ofrece a los Estados una serie de posibilidades adicionales para hacer frente a los efectos de las restricciones crediticias del momento. En este sentido, introduce varias medidas que pueden aplicarse hasta el 31 de diciembre de 2010, con el fin de paliar las excepcionales dificultades que tienen las empresas, y especialmente las PYME, para acceder a la financiación.

La situación de crisis económica no sólo puede afectar a empresas débiles con problemas de solvencia, sino también a empresas solventes que habrán de enfrentarse a los nuevos problemas como la falta de demanda y la falta de crédito. Las PYME, que de ordinario ya tienen más dificultades para acceder a la financiación que las grandes empresas, pueden verse especialmente afectadas. Por todo ello, con apoyo en el artículo 87.3 del Tratado CE (*poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*) se prevén nuevas medidas y algunas modificaciones temporales de los instrumentos existentes en relación con los siguientes extremos:

- Se fija un techo de ayuda compatible de hasta 500.000 € en metálico por empresa, para el período comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010<sup>114</sup>.
- Las garantías del Estado para préstamos en forma de reducción de la prima que debe pagarse por un período limitado se consideran ayudas estatales compatibles con el mercado común. Las PYME pueden beneficiarse de una reducción de hasta un 25 % de la prima anual que debe pagarse por nuevas garantías durante los dos años siguientes a la concesión de la garantía. Las garantías deben concederse hasta el 31 de diciembre de 2010 y no pueden superar el 90% del préstamo<sup>115</sup>.
- Las ayudas en forma de bonificación de tipos de interés aplicables a todos los tipos de préstamos se consideran compatibles con el mercado común. Se aplica a los contratos concluidos antes del 31 de diciembre de 2010, incluye préstamos de cualquier duración, aunque los tipos de interés reducidos pueden aplicarse a los pagos de intereses hasta el 31 de diciembre de 2012<sup>116</sup>.
- Las ayudas en forma de reducción del tipo de interés para préstamos de inversión relativos a productos que mejoren de forma significativa la protección del medio ambiente también se consideran compatibles con el mercado común. Las PYME pueden beneficiarse de una reducción del tipo de interés del 50 % (25 % para las grandes empresas) y la bonificación del tipo de interés se aplicará durante un periodo máximo de dos años a partir de la concesión del préstamo<sup>117</sup>.
- Se derogan temporalmente las Directrices sobre capital riesgo de 2006. Por lo que respecta a las PYME, se incrementa el tramo de financiación de 1,5 millones de euros a 2,5 millones de euros y se reduce el nivel mínimo de participación privada del 50 % al 30 %<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> *Marco temporal*, n. 4.2.2.a) y g) y 4.7.

<sup>115</sup> *Marco temporal*, n. 4.3.2.a).

<sup>116</sup> *Marco temporal*, n. 4.4.

<sup>117</sup> *Marco temporal*, n. 4.5.

<sup>118</sup> *Marco temporal*, n. 4.6.2

No obstante, la aplicación de estas medidas está sujeta a determinadas condiciones que resumimos como sigue:

- Las medidas son aplicables hasta el 31 de diciembre de 2010.
- Estas medidas se aplican exclusivamente a las empresas que no estaban en crisis el 1 de julio de 2008, aunque se declararan en crisis después, como consecuencia del contexto de crisis económica y financiera.
- Estas medidas no pueden acumularse con las ayudas mínimas para los mismos costes subvencionables. El importe de la ayuda de *minimis* recibida después del 1 de enero de 2008 debe deducirse del importe de la ayuda compatible concedida para el mismo propósito al amparo del Marco temporal. Pueden acumularse con otras ayudas compatibles o con otras formas de financiación comunitaria, siempre que se respeten las intensidades de ayuda máxima indicadas en las Directrices o en el RGEC.

Finalmente, es preciso añadir que los Estados miembros tienen que notificar los regímenes de ayudas que contienen esta medidas y que, una vez aprobado dicho régimen, pueden conceder las correspondientes ayudas individuales sin necesidad de notificar.

#### **4. Últimas tendencias en la normativa comunitaria para la reducción de la morosidad en casos de litigios internacionales con PYME**

##### **4.1. Preliminar**

Nos proponemos analizar los principios que deben materializarse en una nueva cobertura jurídica a disposición de las PYME, en el marco de la UE, para luchar contra el problema de los retrasos en el cumplimiento de relaciones contractuales. En concreto, nos referimos a las nuevas directrices de las instituciones de la UE donde se transmite la idea de que resulta vital la reducción de los retrasos en los pagos, especialmente, cuando las perjudicadas son las PYME. Procede a continuación realizar unas acotaciones generales previas sobre la materia a analizar.

En primer lugar, cabe decir que nos ocuparemos del análisis de la *Small Business Act for Europe (SBA)* y de la Propuesta de Refundición de la Directiva 2000/35, por tratarse de los dos documentos de carácter más reciente y dadas las limitaciones de extensión del trabajo. Descartamos así del estudio las vías de resolución ante la jurisdicción ordinaria así como las vías alternativas de resolución de controversias<sup>119</sup>. Esto es, el Reglamento 44/2001; el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia<sup>120</sup> y fundamentalmente

<sup>119</sup> Sobre la pujanza de las formas privadas de resolución de controversias en el comercio internacional ver, entre otros, el reciente trabajo de KERBER, W., 'Institutional Change in Globalisation: Transnational Commercial Law from an Evolutionary Economics Perspective', *German Law Journal*, vol. 9, n. 4, pp. 411-436 y en concreto p. 422, refiriéndose al arbitraje privado. Un ejemplo más del interés del legislador por la cuestión es la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, *DO L* 136 de 24 de mayo de 2008, p. 3. Ver el magnífico análisis de ORDÓÑEZ SOLÍS, D., 'La Directiva sobre mediación y sus efectos en el derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia', *La Ley* 7165, 30 de abril de 2009.

<sup>120</sup> Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo sobre procedimientos de insolvencia, *DO L* 160, de 30 de junio de 2000.

el Reglamento 805/2004 por el que se crea un título ejecutivo europeo<sup>121</sup>; el Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo<sup>122</sup> y el Reglamento 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía<sup>123</sup>.

## 4.2. *Small Business Act for Europe*, un instrumento programático para las PYME

### 4.2.1. Características generales

La *SBA*<sup>124</sup> es el ejemplo paradigmático de una iniciativa global de toma en consideración de las PYME como agente económico merecedor de una atención especial y que encuentra continuidad en el proyecto de reforma de la Directiva 2000/35<sup>125</sup> y en la Resolución del Parlamento de 22 de abril de 2009<sup>126</sup>. La *SBA*, no obstante, es un documento sin fuerza vinculante<sup>127</sup> donde se materializa la importancia que para el crecimiento económico de la UE tiene la mejora de las condiciones de funcionamiento de las pequeñas empresas. En esta convicción se estima fundamental el estímulo por parte de las administraciones de la labor y el espíritu empresarial y la correlativa asunción de riesgos. El pensamiento *pensar primero a pequeña escala* como subtítulo de este documento encierra esta idea dirigida fundamentalmente a los gobiernos e intenta fijar en las líneas de política legislativa de los Estados la toma en consideración de las PYME y sus intereses y la promoción de su crecimiento y consolidación.

De los diez principios programáticos enumerados en la *SBA* sólo el VI expresa alguna medida en la dirección que nos ocupa: *La UE y los Estados miembros deben facilitar el acceso de las PYME a la financiación, ... y desarrollar un marco jurídico y empresarial que propicie la puntualidad de los pagos en las transacciones comerciales*<sup>128</sup>. Entre las acciones

<sup>121</sup> Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *DO L* 143 de 30 de abril de 2004.

<sup>122</sup> Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, *DO L* 399, de 30 de diciembre de 2006.

<sup>123</sup> Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, *DO L* 199/1, de 31 de julio de 2007.

<sup>124</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Pensar primero a pequeña escala. *Small Business Act* para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas”, COM (2008) 394 final, de 9 de junio de 2008.

<sup>125</sup> Ver la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Refundición), COM (2009) 126 final, de 8 de abril de 2009.

<sup>126</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores, 2008/2233 (INI).

<sup>127</sup> Ver p. 4 de la *SBA*: *La denominación simbólica de ‘Act’ de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYME en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros mediante: una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros; tales principios, ... son esenciales para aportar valor añadido a escala de la UE, crear condiciones equitativas para las PYME y mejorar el marco jurídico y administrativo de la UE.*

<sup>128</sup> Ver p. 14 de la *SBA*: *Además, las PYME tienen a menudo una insuficiente dotación de capital propio, agravada por la cultura europea de la demora en el pago. Dependiendo del país, las PYME tienen que esperar por término medio entre veinte y más de cien días para cobrar sus facturas. Una de cada cuatro insolvencias se debe a demoras en los pagos. Esto provoca cada año la pérdida de 450.000 puestos de trabajo y de 25.000 millones de euros.*

establecidas en dicho punto VI no destaca ninguna concreta en términos de lucha contra la morosidad, sino que más bien están destinadas a la mejora en las condiciones y el acceso a la financiación.

Desde esta apreciación no se puede decir que -al contrario de lo que sucede con otros fines allí señalados la *SBA*- vaya a contribuir a la mejora de los mecanismos procesales de simplificación de las reclamaciones para las PYME. Es cierto que, a continuación de los principios generales<sup>129</sup>, en la *SBA* figuran una serie de nuevas propuestas legislativas guiadas por el principio de *pensar primero a pequeña escala* entre las que destacaríamos la modificación de la Directiva 2000/35 *para garantizar que se pague puntualmente a las PYME en toda operación comercial*. Es quizás, la única medida concreta allí mencionada en la lucha contra la morosidad.

#### 4.2.2. La eficacia del *soft law* para mejorar las condiciones de las PYME

La última reflexión realizada nos sitúa ante el tema genérico de la virtualidad de las técnicas de reglamentación de *soft law* para actuar y modificar situaciones concretas en el ámbito internacional incluso en un espacio de integración como la UE donde el nivel de compromiso entre los Estados miembros debe ser notable para la consecución de fines comunes. Cabría plantearse, en definitiva, si una iniciativa de estas características, como la *SBA* en su conjunto, y que no puede ser catalogada ni siquiera como ley modelo, tratándose más bien de una guía legislativa, puede servir siquiera al resto de fines, tan ambiciosos, como los que enumera.

No nos referimos a las actuaciones legislativas concretas que en la *SBA* se proponen en forma de reglamentos o directivas, especialmente en el caso de los primeros, porque en esos casos sí se plantean normas vinculantes para los Estados miembros, aunque no haya previsto ningún reglamento específico para el objetivo de garantizar la puntualidad en los pagos. En cambio, sí surgen dudas en el caso de los principios que la *SBA* plantea transformar en actuación política concreta cuya consecución se traslada a la Comisión y a los Estados miembros respectivamente (*se invita a los Estados miembros a*) y, en concreto, sobre el VI relativo a propiciar los pagos en las transacciones comerciales, especialmente en las de carácter transfronterizo.

Si partimos de cuatro funciones esenciales que desempeña con carácter general cualquier manifestación de *soft law* comunitario<sup>130</sup> podemos determinar que la *SBA* las cumple y que su utilidad, desde ese punto de vista, estaría justificada. Sin embargo, todo va a depender de la existencia de normas de carácter vinculante que desarrollen los fines allí recogidos.

Sobre la posición del TJCE en esta materia cabe destacar dos cuestiones. En primer lugar, si el eventual incumplimiento por la Comisión de las obligaciones que en la *SBA* se le impo-

<sup>129</sup> Ver p. 5 de la *SBA*.

<sup>130</sup> Estas serían: función de avance del *hard law*, sondeando la posibilidad de posteriores normas de carácter vinculante en la materia; como alternativa al *hard law* en aquellos ámbitos en los que no quepa una normativa de carácter vinculante; como complemento al *hard law* en aquellos casos en que no sea posible una regulación completa de carácter vinculante y como parámetro de interpretación del *hard law* que sirva como marco de referencia. Seguimos en este punto a Ricardo Alonso García, ver ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, pp. 120-128.

nen es susceptible de dar lugar al correspondiente recurso de anulación. En segundo lugar, si sería admisible un recurso prejudicial solicitando al TJCE pronunciarse acerca de si una determinada normativa estatal incumple los términos que la *SBA* hace a los Estados miembros para que se adopten determinadas medidas legislativas a favor de las PYME.

En la sentencia *Grimaldi*<sup>131</sup> se establece la diferencia entre *efectos vinculantes* y *efectos jurídicos* y se deja fuera de toda duda la competencia del Tribunal para pronunciarse con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad sin excepción alguna. No obstante la sentencia se refiere a recomendaciones y dictámenes<sup>132</sup>.

Resulta de interés también la sentencia *Friesland Coberco Dairy Foods BV contra Inspecteur van de Belastingdienst/Douane Noord/cantor Groningen*<sup>133</sup>. Allí, citando el asunto *Grimaldi*, a propósito de que en dicha decisión se atribuye al Tribunal competencia para pronunciarse sobre la interpretación de cualquier acto de las instituciones de la Comunidad, se afirma que el acto en cuestión -conclusiones del Comité del Código Aduanero- no cumple con ese requisito. Hay que recordar que el artículo 267 del tratado de Lisboa modifica el artículo 234 del Tratado CE dando cabida como actos de instituciones comunitarias no sólo a los adoptados por las instituciones de la UE, sino también por sus órganos y organismos.

Esta sentencia plantea además un supuesto de hecho que reviste un interés añadido en el caso que nos ocupa como es el eventual conflicto entre normas de *soft law*. Éste es un caso más que posible, ya que la *SBA* contiene múltiples medidas de estímulo a la actividad empresarial (vg. fomentar los esfuerzos de las PYME para internacionalizarse) que pueden chocar con otras emitidas, por ejemplo, por el Comité del Código Aduanero (vg. interpretación de la normativa sobre régimen de transformaciones con control aduanero) sin ir más lejos.

Por último, destacaríamos las conclusiones del Abogado General en el asunto *Lodato Gennaro & C. SpA contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra SCCI*<sup>134</sup>. Sigue en sus razonamientos la doctrina *Grimaldi* aplicada al caso de unas directrices sobre ayudas al empleo hechas públicas en sendas comunicaciones de la Comisión. Nuevamente, se nos brinda un escenario donde podrían surgir contradicciones entre lo previsto en la *SBA* y una medida de estas características y ello obligaría al TJCE a posicionarse en un caso de conflicto entre dos normas de *soft law*.

En definitiva, se quiere dejar patente que elegir una técnica de regulación de estas características para incorporar medidas importantes de fomento de las PYME, como sucede con

<sup>131</sup> Sentencia del TJCE (Sala segunda) de 13 de diciembre de 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles* (as. 322/88), *Rec.* 1989, p. 04407.

<sup>132</sup> Incluso para algún autor, el hecho de que el artículo 230 del Tratado CE excluya la posibilidad de recurrir en anulación los actos legislativos que no sean recomendaciones y dictámenes abre una eventual vía de recurso directo de aquellos otros actos que tengan efectos jurídicos aunque no vinculantes. Ver ALONSO GARCÍA, R., 'El soft law comunitario', *Revista de Administración Pública* 154, enero-abril 20001, pp. 63-94, en concreto pp. 87-88 (nota 44).

<sup>133</sup> Asunto C-11/05, *Rec.* 2006, I-04285.

<sup>134</sup> Asunto C-415/07, *Rec.* 2009. También porque en la ulterior sentencia se siguieron los razonamientos del abogado general sobre la cuestión sin ni siquiera reproducirlos, admitiendo sin lugar a dudas la posibilidad de recurso prejudicial sobre dichas directivas. Ver la sentencia del TJCE, de 2 de abril de 2009 (Sala segunda), *Rec.* 2009.

la *SBA*, puede acarrear con frecuencia problemas interpretativos que aún no han encontrado solución en el marco comunitario.

En el sentido de reforzar el cumplimiento de las obligaciones recogidas en la *SBA* se dirige la sugerencia del Comité de las Regiones<sup>135</sup> de fijar un orden de prioridades entre las acciones recogidas en dicho texto y de evaluar anualmente de forma detallada los progresos de la política llevada a cabo en los Estados a favor de las PYME en relación con las pautas allí fijadas.

### 4.3. Mecanismos específicos para luchar contra la morosidad: La Directiva 2000/35 y su refundición

#### 4.3.1. Contexto general de la nueva propuesta

Tal y como se establece en la propuesta de la nueva Directiva (punto 3)<sup>136</sup> *en las operaciones comerciales entre agentes económicos o entre agentes económicos y los poderes públicos muchos pagos se efectúan después del plazo acordado en el contrato o establecido en las condiciones comerciales generales. Aunque ya se hayan suministrado las mercancías o se hayan prestado los servicios, las facturas correspondientes se pagan con mucho retraso respecto del plazo previsto. Esta morosidad influye negativamente en la liquidez de las empresas, complica su gestión financiera y afecta a su competitividad y rentabilidad cuando se ven obligadas a solicitar financiación exterior.* Como es evidente ello entraña un riesgo aún mayor en periodos de crisis económica, al hacerse más difícil la obtención de financiación.

En este contexto, ya clásico, el intento de puesta a disposición de las PYME de herramientas legales eficaces llegó, en el marco de la UE, con la Directiva 2000/35 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que es el ejemplo más explícito de esta preocupación, aunque la detección del mismo date de tiempo atrás<sup>137</sup>.

En el momento actual se ha planteado la reforma de dicho texto ante la constatación de que el problema sigue existiendo en la misma dimensión y que las legislaciones de los Estados miembros presentan divergencias en cuestiones decisivas para las PYME como el plazo de pago (demasiado largo muchas veces) en las transacciones comerciales con administraciones públicas.

Las causas de que la morosidad en las operaciones comerciales siga aumentando son variadas. Vienen enumeradas en el preámbulo de la Propuesta, directamente extraídas del estudio de evaluación de impacto (*impact assessment*)<sup>138</sup> y a ellas habría que añadir la gran

<sup>135</sup> Ver Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema Pensar primero a pequeña escala -*Small Business Act* para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, DO C 120 de 28 de mayo de 2009, pp. 17-22.

<sup>136</sup> *Cit.*

<sup>137</sup> Ver antecedentes en considerando 2 de la propia Directiva 2000/35. Quizás el más inmediato fuera la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995 (DO L 127 de 10 de junio de 1995) que el Parlamento Europeo instó a la Comisión a estudiar la posibilidad de convertirla en una propuesta de Directiva del Consejo en el plazo más breve posible (DO L 211 de 22 de julio de 1996).

<sup>138</sup> COM (2009) 126 final, de 8 de abril de 2009.

magnitud de la recesión económica que cuando se redactó el texto no se conocía más que en sus primeras manifestaciones. Estas serían, sin entrar en detalles: la estructura del mercado (gran competencia y miedo a dañar las relaciones comerciales con los clientes), las condiciones macroeconómicas cambiantes (aumento de la morosidad y dificultad de encontrar financiación alternativa), acceso a la financiación y dificultades presupuestarias (las empresas deudoras ven en la morosidad una forma eficaz y barata de financiar sus propios negocios y los poderes públicos un cauce de salvar las restricciones presupuestarias), las prácticas de gestión financiera y de gestión del crédito (no favorecen las reclamaciones de pago cuando se producen retrasos) y la ausencia de soluciones eficaces (que genera falta de motivación al pago en los deudores predispuestos a ello y de deseos de reclamación en los acreedores ante la perspectiva de incurrir en costes).

En cuanto al contexto legislativo, la Propuesta va en coherencia con lo expuesto en la *SBA*, en las Comunicaciones de la Comisión sobre un Plan Europeo de Recuperación Económica<sup>139</sup>, Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa<sup>140</sup> y Un mercado único para la Europa del siglo XXI<sup>141</sup> y complementa otras medidas de actuación. Algunas diseñadas para actuar *a priori*, como la Directiva 2006/123 relativa a los servicios en el mercado interior<sup>142</sup> y la Directiva 2007/64 sobre servicios de pago en el mercado interior<sup>143</sup>. Otras *a posteriori*, como la Directiva 2002/8 destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios<sup>144</sup>; la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>145</sup> o los Reglamentos 805/2004, 1896/2006, 861/2007 y 1346/2000.

#### 4.3.2. Proceso de elaboración y objetivos

En el trabajo se marcan una serie de objetivos divididos en generales, específicos y operativos que cualquier iniciativa comunitaria contra la morosidad debería tener en cuenta.

Los objetivos generales fueron dirigidos a la consecución de otros grandes objetivos globales establecidos en la Comunicación de la Comisión “Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa”<sup>146</sup>; a coadyuvar a la consecución de las metas establecidas en la *SBA*<sup>147</sup>; a facilitar el buen funcionamiento y realización efectiva del mercado interior mediante la superación de las barreras a las operaciones comerciales

---

<sup>139</sup> De 8 de abril de 2009, SEC (2009) 477 final.

<sup>140</sup> COM (2005) 24, de 2 de febrero de 2005.

<sup>141</sup> COM (2007) 724 final, de 20 de noviembre de 2007.

<sup>142</sup> De 12 de diciembre de 2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 376 de 27 de diciembre de 2006.

<sup>143</sup> De 13 de noviembre de 2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 319 de 5 de diciembre de 2007.

<sup>144</sup> De 27 de enero de 2003 del Consejo, DO L 26 de 31 de enero de 2003.

<sup>145</sup> De 21 de mayo de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 316 de 26 de noviembre de 2008.

<sup>146</sup> COM (2005) 24 final, de 2 de febrero de 2005.

<sup>147</sup> Concretamente a reducir significativamente la carga administrativa de las empresas, mejorar su tesorería y ayudar a más personas a convertirse en empresarios.



transfronterizas<sup>148</sup> y, finalmente, a que las medidas que se adopten supongan un impulso para superar la actual crisis económica y contribuyan a la aplicación del Plan Europeo de Recuperación Económica<sup>149</sup>.

En cuanto a los objetivos específicos, una iniciativa de estas características debe dotar a los operadores económicos de un entorno de negocio donde se promueve el pago puntual de los créditos comerciales. Para ello hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la competitividad comercial en Europa, en particular en relación a las PYME, mejorará con la reducción de la morosidad y con un acortamiento de los excesivamente largos plazos de pago, especialmente en el caso de las administraciones públicas. En segundo lugar, hay que lograr que el efecto disuasorio de la morosidad en las transacciones comerciales internacionales se vea reducido.

Por lo que hace a los objetivos operativos, se toman dos en consideración. En primer lugar, se considera importante oponer a los deudores medidas que los disuadan efectivamente de incurrir en morosidad o de dilatar en exceso los plazos de pago. En segundo lugar, se opta por ofrecer a los acreedores medidas que les permitan ejercer plena y eficazmente sus derechos cuando se produzca demora en el pago.

#### *4.3.3. Medidas descartadas previamente y medidas no legislativas estudiadas y descartadas en una fase posterior*

Las medidas destinadas a la consecución de estos objetivos estudiadas por el grupo de trabajo y sometidas al criterio de las empresas consultadas se dividieron en legislativas y no legislativas.

Entre las que se descartaron destacan las siguientes: derogación de la Directiva 200/35; creación de un Fondo Europeo que financiara a las PYME sin coste alguno; creación de un nuevo programa que aumente las capacidades de las PYME en evaluación de clientes, cobro de créditos pendientes, seguros de crédito y *factoring*; exención de IVA para los ingresos en concepto de intereses por morosidad; promocionar el uso de diferentes sistemas de garantía de pago o de programas de crédito y financiación.

#### *4.3.4. El caso particular de los ficheros públicos de morosos. Referencia al caso español*

Entre las medidas no legislativas nos detendremos en la publicación de listas de morosos y, con carácter previo, haremos una referencia a la regulación de la cuestión en España.

No existe legislación específica comunitaria sobre la cuestión más allá de la genérica Directiva 95/46/ relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>150</sup>. Este texto esta-

<sup>148</sup> La Comunicación de la Comisión que recoge las claves de la reforma del mercado único ("Un mercado único para la Europa del siglo XXI", COM (2007) 724 final, de 20 de noviembre de 2007) establece que la Comisión examinará iniciativas para fomentar las buenas condiciones para las PYME y para mejorar el marco de las condiciones de trabajo.

<sup>149</sup> COM (2008) 800 final, de 26 de noviembre de 2008.

<sup>150</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, DO L 281, de 23 de noviembre de 1995.

blece como condición para el tratamiento de datos personales el consentimiento inequívoco del interesado (art. 7a). Esta Directiva fue adaptada en España por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD)<sup>151</sup> que en su artículo 29.2 se refiere a la prestación de servicios de información de datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. La norma puntualiza en su apartado 4 que *sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos*. Este artículo excepciona el principio de consentimiento en la transmisión de datos personales en beneficio del interés público de transparencia necesaria para prestar estos servicios<sup>152</sup>, al igual que se propone en la iniciativa comunitaria examinada y que se apartaría de lo expresado en la Directiva 95/46.

En desarrollo de esta ley orgánica se dictó el correspondiente Reglamento (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre<sup>153</sup>) cuya sección 2ª (arts. 38 a 44) se centra en el tratamiento de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Por su paralelismo con la iniciativa estudiada en el *Impact assessment* que venimos analizando resulta interesante trazar las líneas por las que discurre esta normativa reglamentaria.

El fichero de datos funciona con información que suministran los acreedores quienes, a su vez, la solicitan llegado el momento. Los requisitos de esta información, según artículo 38, deben ser *determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado* y consisten, en primer lugar, en que exista una deuda previa, vencida, exigible e impagada y respecto de la cual no se haya producido reclamación judicial o administrativa. Esta última apreciación parece que va encaminada a evitar incluir datos sobre deudas que aún están pendientes de una decisión por parte del órgano ante el que se ha planteado la reclamación y no a exigir que se produzca dicha reclamación para que se incluyan los datos en el fichero. Esta interpretación también se deduce del tercer requisito (art. 38.1 c) que exige el requerimiento previo de pago.

En segundo lugar, sólo se permite la inclusión de deudas con una antigüedad máxima de seis años.

Se incluye en el reglamento la obligación del acreedor de informar previamente al deudor en el momento de celebración del contrato y, en todo caso, al requerirle de pago que los datos del impago podrán ser transferidos al fichero correspondiente (art. 39).

Se establece, a su vez, la obligación del encargado del fichero de notificar (art. 40) al deudor, de quien se reciba información de carácter personal, por cada deuda, *por medios fiables*. Este requisito de la notificación *por medios fiables* ha dado lugar a discrepancias que han obligado a un posicionamiento de los Tribunales españoles sobre la cuestión.

<sup>151</sup> BOE nº 298 de 14 de diciembre de 1999.

<sup>152</sup> Ver sobre la cuestión MESA MARRERO, C., 'La regulación reglamentaria de los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito', *Actualidad Civil* 19, noviembre 2008, pp. 2057-2076 y en concreto p. 2059.

<sup>153</sup> BOE nº 17 de 19 de enero de 2008.

En concreto, resulta interesante el criterio expresado por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª), de 31 de mayo de 2006, en un recurso presentado contra Resolución dictada por la Agencia Española de Protección de Datos<sup>154</sup>. Un particular fue incluido como moroso en el fichero ASNEF (Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito)<sup>155</sup> tras no cumplir con los pagos de un crédito por él solicitado y eso le impidió la realización de posteriores operaciones financieras. Según dicha organización la inclusión del particular en sus ficheros le fue notificada efectivamente a lo que éste alega que no hubo recepción alguna en ese sentido e interpuso la correspondiente denuncia ante la Agencia de Protección de Datos que dictó resolución sancionadora contra ASNEF, acto que dicha organización recurrió ante la Audiencia Nacional. La sentencia cita a otra sentencia anterior de 22 de enero de 2003<sup>156</sup>, pero para llegar a un resultado diferente, considerando que el fichero de notificaciones siempre ha sido prueba de que ha existido una notificación real, siendo éste el criterio que debe ser tenido en cuenta por la Agencia de Protección de Datos al margen de que el interesado alegue que no recibió dicha notificación. Éste último argumento se considera rebatible con el hecho de que el propio interesado conocía que sus datos estaban en el fichero de ASNEF y a esa entidad debía dirigirse en sus quejas. La sentencia de 31 de mayo de 2006 finalmente estima el recurso contencioso-administrativo por considerar que la propia Agencia ha considerado esta forma de notificación a través de ficheros como válida en otras ocasiones y cambiar ese criterio puede deteriorar la necesaria seguridad jurídica<sup>157</sup>. Se trata de una apreciación que podría ser exportada a una iniciativa similar en el ámbito de la UE si finalmente se pusiera en marcha.

Un principio a respetar en este tipo de informaciones públicas es el de calidad (art. 4 LOPD y art. 28 del Reglamento) que lleva tanto a verificar la veracidad de los datos en el momento de su inclusión como a cancelar el fichero una vez saldada la deuda. Al hilo de este principio cabría preguntarse sobre a quién es atribuible la responsabilidad por la falta de veracidad y actualización de los datos: al titular del fichero o al acreedor que proporciona los datos. Parece razonable un reparto de la responsabilidad según los casos<sup>158</sup>. No obstante,

<sup>154</sup> *RJCA/2006/365*.

<sup>155</sup> <[www.asnef.com](http://www.asnef.com)> Dicho fichero se nutre de datos aportados por más de 300 entidades. En España hay más de cien empresas similares a ASNEF.

<sup>156</sup> *Ningún precepto legal ni reglamentario exige, ciertamente, que la comunicación dirigida a los interesados sobre la inclusión de sus datos personales en el fichero deba cursarse por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que deje constancia documental de la recepción. Sin embargo, existiendo preceptos legales que imponen como obligatoria esta comunicación (artículos 5.4 y 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999 [RCL 1999, 3058] y que tipifican como infracción grave el incumplimiento de este deber de información (artículo 44.3.I de la propia Ley Orgánica) debe concluirse que cuando el destinatario niega la recepción recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación. De otro modo, si para considerar cumplida la obligación bastase con la afirmación de tal cumplimiento por parte del obligado, resultaría en la práctica ilusoria y privada de toda efectividad aquella obligación legal de informar a los interesados.*

<sup>157</sup> *La Agencia de Protección de Datos tiene un contacto frecuente y estrecho con las empresas responsables de ficheros de solvencia patrimonial y crédito, y muy particularmente con ASNEF... Quiere esto decir, y nos movemos ahora en el terreno de la seguridad jurídica, que si esta empresa, u otras del sector; ajustan sus actuaciones a los criterios que se desprenden de las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos... no pueden verse 'sorprendidas' por un cambio de criterio en el seno de un procedimiento sancionador...*

<sup>158</sup> Esta es la opinión mantenida por MESA MARRERO, C., *cit.*, p. 2067 y CASADO OLIVA, C., 'Régimen especial para la actividad de solvencia patrimonial y crédito', en: MAZO PORTERA, A. /RAMOS SUÁREZ, F. (Dir.), *La protección de datos en la gestión de empresas*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 204.

la LOPD sólo establece (art. 43) la responsabilidad de los responsables de los ficheros. En cambio, el Reglamento (art. 43) incide en el deber del acreedor de suministrar datos exactos y veraces remitiéndose al régimen sancionador de la LOPD. Es decir, el Reglamento de desarrollo excede su ámbito competencial atribuyendo responsabilidad a los acreedores, medida a todas luces razonable pero no prevista en la LOPD que sólo prevé sanción para los responsables de los ficheros<sup>159</sup>.

Sin embargo, y a modo de ejemplo reciente (pero remitiéndose a unos hechos anteriores a la entrada en vigor del reglamento), la sentencia del TS de 24 de abril de 2008<sup>160</sup> confirma la recurrida en casación y condena al acreedor (Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria) por intromisión ilegítima en el honor en aplicación de la LO 1/1982 (art. 7.7)<sup>161</sup>, al haber proporcionado una información errónea de datos personales de uno de sus clientes a dos empresas que gestionan registros de solvencia patrimonial a la retirada del particular de la lista de morosos que finalmente los incluyeron en sus ficheros informáticos. Dicha sentencia desarrolla su argumentación en una interesante distinción entre *derecho al honor* y *derecho a la intimidad* (art. 18 de la Constitución Española, 7.4 y 7.7 respectivamente de la LO 1/1982).

El recurso de casación de la empresa acreedora, condenada en instancia y en apelación, se centra en que la petición de la demanda es que se considere una intromisión ilegítima en el *derecho al honor* y lo que se ha producido realmente es una conculcación del *derecho a la intimidad*<sup>162</sup>. El Tribunal, aún reconociendo la confusión<sup>163</sup> entre ambos conceptos en las sentencias recurridas, establece -en referencia a criterios de doctrina jurisprudencial de dicha Sala del TS- que *la inclusión de una persona en el llamado registro de morosos, erróneamente sin que concurra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación*. Por tanto, nada parece impedir que la sanción contra los acreedores que no transmitan información veraz venga vía artículo 18 de la Constitución Española y LO 1/1982 (arts. 7.4 o 7.7) al margen de lo que establezca la LO 15/1999 y el propio RD 1720/2007.

Por último, otro aspecto interesante son las condiciones de acceso a dichos ficheros. El artículo 42 del Reglamento establece la condición de que los ficheros sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado y fija tres situaciones donde operaría una presunción *iuris tantum* de que esa necesidad se considera probada.

<sup>159</sup> Ver MESA MARRERO, C., *cit.*, p. 2070.

<sup>160</sup> Rec. 2221/2002; Sala 1ª.

<sup>161</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, BOE nº 115 de 14 de abril de 1982.

<sup>162</sup> Considerando 1: *El recurso... sigue resaltando... que la 'revelación de datos' a que se refiere el artículo 7.4 de aquella ley, tampoco se da en la inclusión en un fichero durante breves días en los que nadie lo ha consultado; insiste en la distinción entre honor e intimidad y en que la demandante no invoca ninguna vulneración al derecho a la intimidad y supone quebrantar el principio de congruencia el contenido de la sentencia recurrida.*

<sup>163</sup> Considerando 4: *La declaración y condena en las sentencias de instancia son en protección al derecho al honor; aunque en la argumentación lo relaciona y confunde con la intimidad, pero el objeto de un recurso es el fallo, es decir, la incorrecta aplicación del ordenamiento al caso planteado, pero no la argumentación que conduce, como en este caso, a un fallo correcto.*

Son sólo algunas consideraciones, tomando como referencia el modelo español, que sirven para hacer énfasis en la problemática concreta que puede surgir en torno a la implantación de medidas de publicación de datos sobre los morosos aunque sea sólo un ejemplo no idéntico al analizado en este estudio de impacto.

La inclusión de la medida fue finalmente rechazada tras el estudio de impacto, aún valorando sus múltiples ventajas, por las dificultades que la puesta en marcha de una medida de estas características podría suponer para las PYME.

En primer lugar, parece factible que sean reacias a individualizar y exponer públicamente a determinados deudores por razones comerciales y también por temor a ser demandadas por suministrar información no exacta a un determinado fichero. De la misma manera, en general, las bondades de informar y utilizar la información sobre morosos es un peso que lastra más a las PYME que, en la mayoría de los casos, son las víctimas de dichos retrasos y no los culpables.

En segundo lugar, se arguyeron las dificultades que entraña desvelar la información útil oculta entre miles de balances anuales para lo que es necesario intermediarios (*credit rating agencies*) que la presenten de una manera práctica y eficaz. La otra alternativa sería que los Estados miembros regularan la gestión de esta información a través de ficheros o registros públicos con el coste, la necesidad de cambios legislativos y el peligro de diferencias en la implementación de estas medidas que para las relaciones comerciales supondría. No obstante, este argumento es rebatible ya que en muchos países existen ficheros privados supervisados por entes públicos como la Agencia Nacional de Protección de Datos en el caso de España. Sería una medida mixta sobre la que se podría haber profundizado en la Directiva en un intento de unificación de las legislaciones nacionales en la materia.

Por último, y dada la imprescindible colaboración que se requeriría de todas las empresas, los costes administrativos serían muy altos e inasumibles para las PYME. La necesidad de gestionar información de diferentes clientes y relaciones comerciales que se verifican a lo largo de todo un año es una tarea demasiado pesada para los operadores económicos obligados a guardar todos esos datos para ofrecer una imagen real de cuales son en realidad los clientes morosos. Resulta muy significativo, en todo caso, que sean las grandes empresas así como las administraciones públicas las principales morosas.

#### *4.3.5 Reformas concretas de orden legislativo incorporadas en la propuesta de reforma de la Directiva 2000/35 y opciones de reforma legislativa finalmente descartadas*

##### **A. Pagos entre empresas**

Se sometió a estudio en el análisis de impacto la posibilidad de armonizar los plazos de pago entre las empresas. Este es uno de los puntos clave en la lucha contra la morosidad junto con la determinación de los intereses de demora, su devengo automático y el derecho del acreedor a resarcirse por los costes que le supone el cobro retardado, entre otros. De hecho es la fecha de pago, lógicamente, la que determina el concepto de morosidad tal y como viene definido en el artículo 2.2 de la Directiva y artículo 2.4 del Proyecto de reforma. Aunque la regulación de estos preceptos difiere en unos términos que pueden tener su relevancia.

Primero, se mantiene la permisión de conceder un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes en la fijación del plazo de pago tanto en las operaciones entre empresas como entre éstas y las administraciones públicas. Sobre esta cuestión y los riesgos de que la capacidad de decidir de las PYME sea reducida a la mínima expresión, sobre todo cuando contratan con empresas de mayor volumen económico o con administraciones públicas, nos ocuparemos más adelante al hacer una valoración general de la Propuesta de reforma.

Segundo, la nueva redacción (art. 2.4 del Proyecto) remite a los plazos recogidos en los artículos 3.2 y 5.4 para la consideración de que el deudor ha incurrido en morosidad cuando la regulación actual (art. 2.2. de la Directiva) sólo se refería al incumplimiento de los *plazos legales o contractuales de pago*. En cuanto a los plazos generales, la propuesta ofrece una regulación más tajante y clara, estableciendo el plazo de pago no pactado en treinta días<sup>164</sup>. Dicho plazo límite para la morosidad queda garantizado por la regulación específica que el Proyecto establece sobre cláusulas abusivas en relación a aquellas que no lo respeten<sup>165</sup>.

No obstante, sí hay algunas cuestiones relativas a esta regulación, tanto en la Directiva como en la propuesta de reforma, que deben ser puestas de relieve porque ofrecen una redacción un tanto confusa. Nos referimos a la calificación de abusiva de una cláusula relativa al plazo de pago, sus consecuencias con base legal o judicial<sup>166</sup>.

En primer lugar, la Directiva establece que el juez a la hora de determinar el carácter abusivo de la cláusula relativa al plazo de pago tendrá en cuenta, además de la naturaleza del producto, los usos habituales del comercio. Teniendo en cuenta que hay cláusulas que recogen prácticas comúnmente extendidas y arraigadas, parece una contradicción intentar acabar con ellas tomando como referencia, precisamente, los usos. En este sentido la Ley 3/2004 española de adaptación de la Directiva establece en su artículo 9.1 *in fine*, que *no podrán considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos*. Aún mejor es la solución recogida en el Proyecto de reforma (art. 6.1) que obliga a tener en cuenta *todas las circunstancias del caso, incluidas las buenas prácticas comerciales*.

En segundo término, la Directiva establece que *en caso de determinarse que el acuerdo es manifiestamente abusivo se aplicarán las disposiciones legales, a no ser que los tribunales nacionales determinen otras condiciones que sean justas*. Es una redacción desafortunada que parece dejar abierta la puerta a que las instancias judiciales apliquen medidas distintas de las legales en caso de que una de las partes obligue a la otra a aceptar unos plazos de pago, o cualquier otra cláusula, onerosa en exceso para sus intereses y contraria a la buena práctica

<sup>164</sup> A contar desde la recepción de la factura, desde la entrega de los bienes o prestación de los servicios o desde la fecha de aceptación o verificación del bien o del servicio.

<sup>165</sup> La actual Directiva no contiene un artículo concreto sobre cláusulas abusivas al margen de la mención de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 3 que permiten un amplio margen en la adaptación a los Estados. Sin embargo, la Ley 3/2004 (de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, BOE nº 314 de 30 de diciembre de 2004) sí incluye un precepto específico sobre cláusulas abusivas (art. 9).

<sup>166</sup> Véase CUARTERO RUBIO, M.V., 'La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales', *La Ley. Unión Europea* 6581, de 31 de octubre de 2006, pp 1-18 y en concreto pp. 4-5 y 9. Además, tal y como indica esta autora, *el tenor literal del art. 3.1 a) no deja claro hasta qué punto la Directiva proyecta alguna protección frente a cláusulas contractuales que establecen plazos de pago abusivos, en perjuicio del potencial acreedor. En puridad la Directiva regula los intereses de demora y trata los plazos de pago instrumentalmente, en cuanto señalan el momento de devengo de intereses, a pesar de convenir finalmente que el contenido de ambos conceptos es sustancial.*

comercial. El Proyecto de reforma elimina, en su artículo 6, esta incierta posibilidad dejando, eso sí, a los tribunales la decisión de decidir -se entiende que en base a criterios legales- si una determinada cláusula es abusiva y los medios para evitar que se siga utilizando (art. 6.3).

Así, en definitiva, de prosperar la propuesta, podríamos pensar que el plazo de pago que los Estados deberían incorporar a sus legislaciones nacionales, sin perjuicio del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes basada en razones objetivas, sería el de treinta días, con lo que una cierta unificación de los plazos vendría a implantarse entre los Estados de la Unión Europea.

Sin embargo, el TJCE en el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, (as. C-380/06)<sup>167</sup> dejó que España ampliara los plazos hasta 90 días en determinadas ocasiones, a pesar del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. Este posicionamiento nos puede llevar a prever que con la nueva propuesta podría suceder algo parecido, si eventualmente se convierte en la nueva Directiva contra la morosidad.

Las razones de dicho recurso se fundamentaban en que el artículo 3 de la Directiva 2000/35 establece que las partes, salvo razón objetiva, no pueden ampliar el plazo de treinta días para el pago (a contar desde la recepción de la factura, de la recepción de las mercancías o prestación de servicios o desde la aceptación o verificación de los bienes o servicios, según los casos) bajo riesgo de inaplicación de dicha disposición contractual por ser considerada abusiva. Por su parte, la Ley 3/2004 que adapta dicha Directiva modifica también (en virtud de su Disposición Final 2ª, apdo. 1) la Ley 17/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista<sup>168</sup> añadiéndole una Disposición Transitoria 2ª que permite alargar hasta noventa días el plazo de pago de los productos de alimentación que no sean frescos ni perecederos y los productos de gran consumo.

España alegó que el plazo de noventa días sólo puede aplicarse si se prevén condiciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento (según la reforma que la ley 3/2004 introduce en el art. 17.3 de la Ley 7/1996) de manera que el Tribunal entendió que *se respeta la exigencia del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2000/35 relativa al pago de un interés de demora a un tipo sustancialmente superior al tipo legal*. Por este motivo y porque dicha ampliación de plazo está siempre subordinada a la celebración de un pacto expreso entre las partes, según la sentencia, la Ley 3/2004 no se aparta en esta medida concreta de lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva<sup>169</sup>.

En todo caso, los motivos parecen poco sólidos ya que lo que se discute es la existencia o no de cláusula abusiva y este tipo de cláusulas por definición son acuerdos expresos que

<sup>167</sup> Sentencia del TJCE (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, (as. asunto C-380-06), *Rec.* 2008.

<sup>168</sup> BOE nº 15 de 17 de enero de 1996.

<sup>169</sup> Considerando 24: ... *únicamente están comprendidos en el artículo 3, apartado 2, de la mencionada Directiva los casos en que las partes guarden silencio sobre la materia.*

Considerando 25: ... *para que el plazo de pago pueda aplazarse hasta un máximo de noventa días, el artículo 17, apartado 3, de la Ley nº 7/1996, ... exige precisamente la celebración de un 'pacto expreso' en ese sentido. Por consiguiente, en contra de cuanto afirma la Comisión, no puede considerarse que la aplicación de dicho plazo, acordado contractualmente entre las partes, esté sometida a los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2000/35.*

constan en el contrato o en documentos anexos. Es decir, resulta sabido que el desequilibrio económico entre las partes suele traer aparejada la imposición de las cláusulas generales de contratación o de mera adhesión. Sin embargo aunque la adhesión significa ausencia real de la autonomía de la voluntad sí existe una expresión, aunque sea formal, de dicha autonomía. Las cláusulas de adhesión no son contrarias a derecho por el mero hecho de serlo pero sí sospechosas ya que implican ausencia de negociación real<sup>170</sup> y, así, cuando una de las partes es considerada, por definición, como más débil que la otra cabe establecer mecanismos limitadores de la eficacia de dichas cláusulas<sup>171</sup>. Si es eso lo que se pretendía con la condición de que dichas cláusulas de ampliación de plazo fueran pactadas de manera expresa no se optó por una fórmula clara que no dejara lugar a dudas. Se entiende que lo que se buscaba era que constase la voluntad de las partes de manera cierta pero no parece que se haya conseguido. Tampoco está de más recordar que uno de los objetivos de la Directiva 2000/35 era acabar con los desequilibrios de poder entre las partes y así se introduce un control de contenidos de los pactos negociados individualmente y no sólo de las cláusulas de adhesión<sup>172</sup>.

En cuanto a la necesidad de compensación económica, el artículo 3.2 de la Directiva establece que se fije *un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal*, tenor diferente del que supone la expresión *compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento* tal y como recoge el nuevo artículo 17.3 de la Ley 7/1996.

Una cuestión interesante, ajena a la que se plantea en la sentencia es la relación entre la Directiva 2000/35 y la CNUCCIM<sup>173</sup> para los Estados miembros de la UE que sean parte del mismo. Hay que tener en cuenta que para estos Estados ratificantes de la Convención, dicho texto, por su carácter uniforme internacional, prevalece sobre las normas nacionales no uniformes, incluidas las de adaptación de Directivas<sup>174</sup>. En concreto, el artículo 58 CNUCCIM establece el principio general de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones recíprocas de ambas partes con lo que, a falta de pacto expreso, sería el plazo que habría que respetar en defecto de lo que se recoge en el artículo 4 de la Ley 2/2004 y en el artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

<sup>170</sup> Véase DURÁN RIVACOBIA, R., 'Condiciones generales puras o simples en la contratación', en: AZPARREN, A. (Dir.), *Hacia un código del consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 161-295 y en concreto pp. 230-231.

<sup>171</sup> Es el caso, en materia de protección de consumidores, del artículo 17 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 012 de 16 de enero de 2001; o en materia de derecho aplicable en el artículo 6 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177/6 de 4 de julio de 2008.

<sup>172</sup> Véase PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 262-265 y MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid-Bacelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 383-384.

<sup>173</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980, BOE nº 26, de 30 de enero de 1991; corr. de errores, BOE nº 282, de 22 de noviembre de 1996.

<sup>174</sup> Véase PERALES VISCASILLAS, M.P., *cit.*, pp 137-138 y, manteniendo una posición distinta, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. 'Artículo 17. Régimen Jurídico General del Comercio Minorista' en: ALONSO ESPINOSA, F.J. /LÓPEZ PELLICER, J.A. /MASSAGUER FUENTES, J. /REVERTE NAVARRO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw Hill, 1999, pp. 261-285.



De aprobarse una nueva Directiva en los términos previstos en el Proyecto de reforma cabría que una situación similar volviese a ser planteada con un idéntico resultado final. Esto es así porque, a pesar de que la propuesta elimina el texto del artículo 3.2, en su artículo 6.2 dedicado a definir lo que se considera cláusula abusiva y a establecer las consecuencias, vuelve a recoger como circunstancia a tener en cuenta para apartarse de los plazos de pago legalmente establecidos *la naturaleza del producto*. De esta manera la normativa española relativa a la ordenación del comercio minorista puede seguir manteniendo el plazo de hasta noventa días para el pago de productos de gran consumo y aquellos que no sean calificados de frescos o perecederos.

En todo caso, la propuesta analizada en el *impact assessment* pretendía algo más ambicioso: que se limitara la autonomía de la voluntad de las partes de una manera más radical llegando a una unificación de los plazos de pago sin posibilidad de modificación pactada, al menos dentro de unos límites.

Las ventajas de una medida de este tipo son evidentes -y así se hizo constar en el documento- si se tiene en cuenta la práctica habitual de los contratos de adhesión a la que se ven sometidas las pequeñas empresas por las de mayor potencial económico. Uno de los puntos que puede hacer jugar a su favor el deudor es, sin lugar a dudas, intentar forzar un plazo largo de cumplimiento de la obligación, teniendo en cuenta además la falta de experiencia y conocimientos de las PYME, en muchas ocasiones. Además, el establecimiento de plazos unificados podría servir para promover contratos entre operadores de diferentes Estados y a animar a las PYME a participar en licitaciones ante administraciones públicas. El coste de la pérdida de libertad negocial vendría compensado por la reducción en costes administrativos (consulta a expertos legales, duplicación de documentos según los países, etc...) al aplicar los mismos plazos en toda Europa.

Sin embargo en el análisis de impacto se decidió finalmente descartar una reforma en este sentido argumentando diferentes razones.

La primera desventaja aludida se centró en el hecho de que, especialmente, las PYME tienen tendencia a no denunciar los retrasos en el pago por miedo a dañar las relaciones comerciales con determinados clientes o también a las cargas administrativas, los insuficientes recursos y la ausencia de conocimientos necesarios que implica una reclamación de intereses de demora. Es evidente, tal y como se argumenta en el estudio de impacto, que la determinación judicial de que se ha producido ruptura de contrato no conlleva siempre la recuperación de los gastos generados en la demanda. Sin embargo, la asunción de estas desventajas de manera incontestable conduciría a no denunciar ningún incumplimiento contractual o a recomendarlo sólo a las grandes empresas a quienes dichos inconvenientes no les afecten. Es cierto, que toda ruptura de contrato, por mucho que implique una compensación de daños y perjuicios implica riesgos y contrariedades que no siempre son asumibles por las PYME.

En segundo término, el aplazamiento voluntario del pago es una forma de crédito comercial (*trade credit*) que las empresas conceden para captar clientes y abrirse paso en el mercado. Desde este enfoque, limitar esta posibilidad puede suponer limitar las posibilidades de negocio de las PYME que de forma más agresiva que las grandes empresas utilizan estas fórmulas comerciales. Sin embargo, tal y como se ha demostrado

en periodos de recesión económica, el uso de estas políticas comerciales puede llegar a privar de liquidez a las PYME que se ven envueltas en una cadena de morosidad consecutiva.

Finalmente, se determinó que además del coste en la adaptación de los modelos de contratos de las empresas y las variaciones de sus previsiones sobre los recursos (*cash flow*) previstos para periodos de pago más largos, supondría privarles, especialmente a las PYME, de un valioso elemento de negociación comercial. Esta circunstancia beneficiaría a las grandes empresas que tienen capacidad de jugar con otras variables como es el precio, posibilidad que no está al alcance de las PYME. Nuestros argumentos sobre los periodos de crisis citados arriba son aplicables para moderar esta supuesta ventaja de permitir la libertad de plazos.

Pero, además, la libertad de plazos, por mucho que se incluyan medidas contra las cláusulas abusivas, nos sitúa ante la falta de capacidad negociadora de las PYME y la posición dominante de las grandes empresas que imponen plazos largos de pago y son las que se benefician de esta fórmula de crédito comercial. De ahí que, quizás, la fórmula perfecta fuera la libertad de elección con el límite bien definido de las cláusulas abusivas y la regla general, en defecto de elección, del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas en el sentido que lo recoge el artículo 58 CNUCCIM.

## B. Armonización de los periodos de pago de los poderes públicos a las PYME

El problema de la morosidad de las Administraciones públicas en sus relaciones con las PYME es una realidad que se agudiza en época de crisis<sup>175</sup>. El retraso en el pago de las facturas de las Administraciones públicas pone en una situación insostenible a muchas PYME<sup>176</sup>.

La Directiva 2000/35 no contempla ninguna medida específica al respecto. Habría que interpretar que el ámbito de aplicación definido en su artículo 1 da cabida a los poderes públicos que resultan definidos autónomamente en artículo 2.1. En todo caso, parece que

<sup>175</sup> Un ejemplo lo constituye el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos, *BOE* 101, de 25 de abril de 2009.

<sup>176</sup> Véase *La Comisión combate la morosidad*, Comunicado de prensa de la Comisión, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/552&format=HTML&aged=0&Language=ES&guiLanguage=en>> donde se recoge la opinión de G. Verheugen, Vicepresidente de la Comisión: *No debemos seguir tolerando la morosidad de las Administraciones públicas. La propuesta de hoy supone una importante contribución para superar la crisis económica, ayudando a evitar nuevas quiebras y favoreciendo la tesorería de las empresas europeas para reforzar su competitividad a largo plazo*. Ver también *EL PAÍS*, 9 de abril de 2009, p. 19, *Según los cálculos de diversas patronales, la Administración [española] debe a las empresas unos 40.000 millones de euros* y el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos, *BOE* de 25 de abril de 2009. Su exposición de motivos es muy clara sobre la situación y el propósito de la norma: *La evolución de la situación económica y su impacto en la economía española están ocasionando retrasos en el pago de las obligaciones contraídas por las Entidades Locales, con el consiguiente efecto negativo sobre la liquidez de las empresas, en especial las pequeñas y medianas y los autónomos... Ello aconseja la adopción de medidas urgentes, de carácter extraordinario, con el fin de que las Entidades Locales y las empresas y autónomos que contratan con aquellas puedan recuperar el equilibrio financiero y presupuestario*.

no hay dudas en incluir este tipo de relaciones contractuales por el tenor de los textos preparatorios<sup>177</sup>.

Sin embargo la norma de adaptación de la Directiva al ordenamiento español, Ley 3/2004, si contiene en su Disposición Final 1ª modificaciones a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que conducen a otorgar -en defecto de pacto- plazos excepcionales de hasta sesenta días para el devengo de los intereses de demora, en aplicación de la facultad abierta -aunque de manera genérica- en el artículo 3.2 de la Directiva<sup>178</sup>. En todo caso la adaptación que la ley hace de la Directiva es más tímida en las prerrogativas sobre el plazo de pago que las Administraciones públicas españolas hubieran podido gozar (en vez del pago en un *máximo de 60 días*, la ley recoge la obligación de abonar el precio *dentro de los sesenta días*).

La propuesta de reforma modifica esta cuestión después de contemplarse de manera positiva en el *impact assessment*. Según dicho estudio, el temor a ver perjudicadas las relaciones comerciales con el cliente no tiene base en el caso de contratos celebrados con poderes públicos. La razón es que los contratos celebrados entre particulares y poderes públicos están sometidos fundamentalmente a la regulación marco de la Directiva 2004/18<sup>179</sup> (adaptada en España por la Ley 30/2007<sup>180</sup>) y allí se establecen principios de transparencia y no discriminación por razón de la nacionalidad y otros que impedirían represalias en los casos de denuncia por parte de las empresas a las administraciones públicas morosas. Suponiendo que esto fuera así, no hay que olvidar que muchas PYME quedarían fuera de la cobertura que dicha normativa procura debido a las cantidades límite establecidas para tener la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada.

También se descartó otra desventaja derivada de la unificación como es la merma de la capacidad negocial de las empresas al unificar los plazos de pago impidiéndoles ofrecer crédito comercial a través de alargar dichos plazos. Se consideró que sólo en casos excepcionales las empresas negocian (o pueden hacerlo) los plazos de pago en sus contratos con las administraciones públicas.

Tampoco se consideró que la adopción de una medida de estas características se traduciría en un gran impacto en los presupuestos del sector público en comparación con la liquidez adicional que para las empresas supondría una medida de estas características (se calculó que esta opción se vería reflejada en un coste de 7,25 mil millones de euros para el sector público y en una liquidez adicional para las empresas de 179,11 mil millones).

En todo caso, se consideró que la efectividad de una medida de estas características dependerá de la voluntad de las empresas de hacer efectivo sus derechos en instancias judiciales

<sup>177</sup> Véase, por ejemplo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, COM (1998) 126 final, DO C 168 de 3 de junio de 1998. En concreto sus arts. 7 y 8 dedicados a la transparencia en los contratos públicos, el pronto pago, fecha de vencimiento y devengo automático de intereses en los contratos de las Administraciones públicas.

<sup>178</sup> Sobre las motivaciones y las críticas en relación a esta regulación véase, CUARTERO RUBIO, M.V., *cit.* p. 11.

<sup>179</sup> Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios, DO L 134 de 30 de abril de 2004, pp. 114-240.

<sup>180</sup> Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, BOE 261, de 31 de octubre.

y en el establecimiento de sanciones lo suficientemente severas en caso de morosidad del sector público.

Finalmente las modificaciones en el tema del pago por las administraciones públicas quedaron de la siguiente forma recogidas en el artículo 5 de la propuesta: libertad de pacto dentro de los límites establecidos por el precepto correspondiente a las cláusulas abusivas; establecimiento de un límite legal de 30 días en defecto de pacto y derecho a compensación a tanto alzado de un 5% de la cantidad adeudada para el acreedor además de los intereses de demora.

### C. Aumento del *margen* del tipo de interés legal

La Directiva 2000/35, artículo 3.1.d), contempla el tipo de interés de demora (*tipo legal*) como el resultante de aumentar en un mínimo de 7 puntos porcentuales (*margen*) el tipo de interés del Banco Central Europeo. En el *impact assessment* se estudió aumentar dicho *margen* apreciándose ventajas evidentes y, también, inconvenientes de peso en dicha opción.

Obviamente supondría un teórico acicate más para el pago puntual aunque sin depreciar, de nuevo, el poder de presión de las grandes empresas que podrían imponer cláusulas contractuales con plazos largos de pago para evitar estos intereses, aunque esta posibilidad decrecería eventualmente con la aplicación de criterios de detección y sanción de cláusulas abusivas tal y como se recoge en la propuesta. En la misma línea se consideró que los tipos de interés altos beneficiarían a las grandes empresas más que a las pequeñas, acostumbradas las primeras a cerrar operaciones por grandes importes de dinero.

Como razones que desaconsejarían definitivamente la reforma se citaban que los operadores económicos -tal y como se demostró en las encuestas realizadas- estaban en general satisfechos con el margen de interés establecido. Y que, en todo caso, las empresas siempre pueden negociar márgenes mayores sobre el tipo de interés de demora o que, incluso, los Estados pueden, a su vez, establecer un margen mínimo superior al de la Directiva en sus legislaciones nacionales.

Finalmente la propuesta de reforma (arts. 2.6, 3.3 y 5.6) dejó el *margen* sobre el tipo de referencia en un mínimo de siete puntos.

### D. Eliminación del límite de 5 euros para poder excluir determinadas reclamaciones de intereses del ámbito de aplicación de la Directiva

La Directiva 2000/35 daba la posibilidad a los Estados parte de excluir del ámbito de aplicación de dicha norma a las reclamaciones de intereses inferiores a 5 euros, posibilidad que en algunos Estados como España no se materializó en la normativa de adaptación.

En atención a las conclusiones del *impact assessment* no parece que sea una medida que vaya a procurar una mejora en la lucha contra la morosidad tan evidente como en el caso de otras opciones contempladas e incorporadas finalmente a la propuesta de reforma. Así, el beneficio de los acreedores no es ni siquiera notable y tampoco la capacidad disuasoria de la medida hacia los deudores parece muy eficiente, en ambos casos debido a la modesta

suma sobre la que se discute. En todo caso, la propuesta elimina este umbral a pesar de que la medida no suponga una gran repercusión en el fin perseguido.

#### E. Introducción de una *tasa* por demora en el pago y de una *compensación* por demora en el pago

La actual Directiva 2000/35 establece (en su art. 3.1.e) el derecho del acreedor a reclamar una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad de éste. La ley 3/2004 desarrolla este precepto estableciendo una indemnización límite del 15% de la cuantía de la deuda para deudas superiores a 30.000 euros y del importe de la misma para deudas inferiores a dicha cifra.

El estudio de impacto contempla las dos posibilidades con carácter alternativo: una compensación fijada en el 1% de la deuda o una tasa indeterminada. En el documento se diferencian dos funciones en ambas medidas. Por un lado, estaría el elemento disuasorio para el deudor que ve que a las cantidades por intereses de demora se le suman otras y, por otro, el acreedor obtiene compensación por los gastos generados en gestionar el cobro de la deuda (llamadas, cartas, visitas, costes administrativos derivados del cálculo de intereses de demora, etc.).

La propuesta de reforma de la Directiva combina ambas ideas. Establece unas tasas variables en función del importe de la deuda y, además, una compensación adicional para el caso de que por esta primera vía no queden cubiertos todos los costes del cobro derivados de la morosidad.

Lo positivo de la medida es que mientras la Directiva actual recoge la expresión *el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una compensación* (art. 3.1.e), el texto de la propuesta (en su art. 4 Compensación por los costes de cobro) establece que los Estados miembros se asegurarán de que *el acreedor tenga derecho a cobrar al deudor* (apartado 1) y que *el acreedor tendrá derecho a obtener... una compensación razonable* (apartado 2).

Por último, resulta interesante para determinar algunos de los costes de cobro que son susceptibles de compensación la Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2005<sup>181</sup>. La decisión viene dada como consecuencia de la siguiente petición de decisión prejudicial de un tribunal de instancia de Barcelona: *Si en el ámbito de protección al acreedor derivado de la Directiva 2000/35/CE [...] sería posible considerar coste de cobro de la deuda los gastos derivados del uso de abogado y procurador en el proceso monitorio instado para el cobro de dicha deuda.*

Según el artículo 32 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC)<sup>182</sup> cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, no se incluirán dichos derechos y honorarios en la eventual condena y costas salvo que haya conducta temeraria del condenado o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto de aquel en que

<sup>181</sup> Sentencia del TJCE (Sala Sexta) de 1 de marzo de 2005, *QDQ Media SA c. Alejandro Omedas Lecha* (as. C-235-03), *Rec.* 2005 p. I-1937.

<sup>182</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, *BOE* 7, de 8 de enero, corrección de errores, *BOE* 90, de 13 de abril.

se tramita el juicio. El artículo 814.2 LEC precisa que para la presentación de la petición inicial de procedimiento monitorio no es necesario abogado ni procurador.

La sentencia recuerda que, según reiterada jurisprudencia, existe la obligación por parte de los órganos judiciales nacionales al interpretar su derecho nacional de *hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al artículo 249, párrafo tercero, del Tratado CE.*

Como esto resulta imposible ya que según el derecho español no hay posibilidad de incluir dichos gastos en las costas cuando no sean obligatorios para el ejercicio del derecho en un proceso concreto y, además, las Directivas no pueden por sí solas crear obligaciones a cargo de un particular ni ser invocadas, en su calidad de tal, contra dicha persona, no pudiendo servir la Directiva 2000/35, por sí sola, de fundamento a esta posibilidad, dichos gastos no pueden ser considerados costes de cobro de la deuda.

Donde sí podría haber realizado el juez nacional una interpretación más acorde a la Directiva 2000/35 es a la hora de considerar una de las dos excepciones del artículo 32 LEC como aplicables al caso y que establece la posibilidad de incluir en la condena a costas los honorarios de abogado y procurador, en todo caso, cuando el domicilio de la parte defendida esté en lugar distinto a aquél en que se ha tramitado el juicio. La parte acreedora tenía su domicilio en Madrid y el juicio tuvo lugar en Barcelona pero el tribunal consideró que *lo cierto es que este tipo de empresas disponen de establecimientos y agentes en toda España.*

En todo caso, el asunto mantiene su vigencia tras la entrada en vigor del Reglamento sobre proceso monitorio europeo<sup>183</sup> ya que, por un lado, es este un proceso voluntario como alternativa paralela a la de los procedimientos monitorios nacionales y, por otro, no impone la obligación de disponer de abogado para la fase de petición de requerimiento de pago europeo.

#### F. Extensión del papel de las organizaciones representativas

No parece que las organizaciones de empresarios puedan suplir el papel de los abogados, al menos en la faceta de representación y defensa en un procedimiento judicial. Es cierto que pueden seguir desempeñando funciones de asesoramiento, llevadas a cabo, en última instancia, en muchas ocasiones por los abogados de la organización.

Las razones son que una modificación de estas características de lo establecido en la Directiva 77/249<sup>184</sup> supondría que determinadas organizaciones se unirían a los abogados en las funciones reconocidas de representación y defensa de particulares ante autoridades judiciales. De tal manera que dichas funciones se ejercerían en cada Estado miembro en las condiciones previstas para los abogados establecidos en ese Estado (art. 4.1), respetando la organización las normas profesionales del Estado de acogida, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban en el Estado de procedencia (art. 4.2).

---

<sup>183</sup> *Cit.*

<sup>184</sup> Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, *DO L 78* de 26 de marzo, p.17-18.

Al margen de las dificultades de una modificación de tal calado, no hay que olvidar que dichas entidades sólo se encargarían de la representación y defensa de sus miembros y no de cualquier otra empresa. Eso puede conducir a conflictos de intereses cuando el litigio involucre a dos empresas miembros de la organización o cuando, ante, la falta de recursos económicos dicha organización decide priorizar sus acciones. Sin olvidar que cualquier acción de reclamación de pago llevada a cabo por una organización, aunque reduce los costes de sus asociados no por ello los elimina con lo que la medida va muy relacionada con la implementación de las anteriores (eliminación del umbral de reclamación de intereses de 5 euros, introducción de una tasa y de una compensación adicional por demora en el pago).

Aunque la medida no afectará a todos los supuestos, la entrada en vigor del Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía<sup>185</sup>, donde se elimina la obligación de abogado para la representación de las partes en el proceso (art. 10) y del Reglamento sobre proceso monitorio europeo<sup>186</sup> (art. 7) pueden suplir en cierta medida esta necesidad de ampliar las posibilidades de postulación procesal.

Finalmente, la medida no fue incluida en la propuesta de reforma.

## 5. Conclusiones

En primer lugar, comenzaremos por señalar que si bien el Proyecto de Reglamento de la SPE supone un importante avance en el derecho societario europeo y contiene muchos puntos positivos, necesita también de algunas correcciones.

El gran esfuerzo de autorregulación que se exige a los socios, que han de recoger en los Estatutos numerosas disposiciones que la ley obvia, hace que el trabajo y los costes de constitución aumenten, siendo contrario al objetivo de la creación de la figura. La Comisión debería pensar en ofrecer modelos de estatutos que aligeren esa carga.

El hecho de que se prescindiera de la disciplina del capital como instrumento de protección de los derechos de los acreedores sociales exige el establecimiento de una alternativa que no está configurada en el texto del Proyecto. No entendemos que mientras la propia Comisión en relación a la modificación de la Segunda Directiva referida a la sociedad anónima ha considerado que es preferible mantener el tradicional sistema continental de protección a través del capital y no aventurar cambios cuyo éxito no está en absoluto garantizado, considere aquí que esa aventura es viable.

Por otra parte, también debería hacerse un esfuerzo en unificar respuestas ante problemas que han quedado simplemente remitidos a las legislaciones nacionales, por ejemplo, el régimen de responsabilidad de los administradores en situación de crisis de la sociedad, o la participación de los trabajadores en la toma de decisiones que afectan a la empresa.

Por lo que respecta a la financiación de la PYME, la crisis que seguimos atravesando, sus consecuencias sobre la llamada economía real, han puesto de manifiesto que las empresas

---

<sup>185</sup> *Cit.*

<sup>186</sup> *Cit.*

deberían reducir su dependencia financiera de las instituciones crediticias. El recurso a los fondos ajenos, en muchas ocasiones a corto plazo, es un inmenso lastre con el que tienen que luchar a diario las pequeñas y medianas empresas. Hay, sin embargo, alternativas que no han sido quizá suficientemente valoradas hasta el momento por nuestras PYMES. El reforzamiento de los recursos propios puede hacerse con el recurso a financiadores externos que no ponen en cuestión el poder de los socios fundadores en la sociedad. Desde los propios trabajadores hasta las entidades de capital riesgo, pasando por los inversores privados no institucionalizados hay fuentes de financiación que pueden otorgar estabilidad a un coste razonable. Su participación en la sociedad, por otra parte, no ha de hacerse necesariamente por medio de la adquisición de participaciones, igualmente valioso es el recurso a los denominados híbridos financieros. Los mismos pueden ser también utilizados por los propios socios, que son libres para aportar los medios que la sociedad necesita de forma definitiva (aportación a capital) o para hacer una cesión temporal de los mismos (préstamo u otras operaciones económicamente equivalentes) en tanto la sociedad no sea capaz de autofinanciarse.

En torno a las ayudas estatales, el reto para la UE ha sido y sigue siendo el de evitar que las intervenciones de los Estados afecten a dos de sus aspectos básicos como son la unidad de mercado y la libre competencia. Por ello, las autoridades comunitarias (especialmente la Comisión y el TJCE) siempre se han mostrado alerta y vigilantes en esta materia. No obstante, en los últimos años se ha rebajado la presión sobre las ayudas estatales destinadas a las PYME.

Habida cuenta de las deficiencias de mercado y de las desventajas competitivas que sufren, en el marco de la Estrategia de Lisboa, las autoridades comunitarias han realizado una clara apuesta a favor de las PYME y ello ha tenido su incidencia sobre las normas relativas a las ayudas públicas que han sufrido un proceso de modernización. Así, sobre todo a partir de la publicación del RGEC, las PYME pueden disfrutar de más tipos de ayudas estatales, con más facilidad (mediante procedimientos más simples) y con una mayor seguridad jurídica.

A ello hay que añadir que, en el contexto de la crisis económica y financiera, las medidas temporales adoptadas para las ayudas estatales también han continuado en la misma línea. En este sentido, cabe destacar las medidas destinadas a desbloquear el crédito bancario y a garantizar su acceso a la financiación. Dada la función fundamental que desempeñan las PYME en la economía europea, se entiende que la mejora de su situación financiera redundará también en beneficio de las grandes empresas y del conjunto de la sociedad.

Finalmente, en relación con los problemas de morosidad que afectan especialmente a las PYME, puede afirmarse que tanto la *SBA* como el proyecto de reforma de la Directiva 2000/35 constituyen un intento real por solucionar este tipo de problemas.

No obstante, cabe señalar que la *SBA* plantea el problema de la efectividad de las normas de *soft law*, aún no resuelto de manera definitiva por el TJCE y con visos de volver a plantearse a menudo.

Por su parte, la futura Directiva de lucha contra la morosidad -caso de prosperar la propuesta de reforma- deja algunos cabos sueltos como el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual donde, en la práctica, la ausencia de verdadera capacidad de negociación de las PYME es evidente, con las consecuencias que eso acarrea. Por lo demás, la técnica elegida cumple los requisitos de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad comunitarios,



aunque siempre habrá que estar atentos a que las respectivas adaptaciones nacionales seas puntuales y fieles a los objetivos perseguidos en el texto.

## Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2007.  
 - ‘El soft law comunitario’, *Revista de Administración Pública* 154, enero-abril 2001.
- Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht* (Grupo de Trabajo Derecho Empresarial Europeo), “Thesen zum Vorschlag einer Europäischen Privatgesellschaft”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2008, p. 899.
- CASADO OLIVA, C., ‘Régimen especial para la actividad de solvencia patrimonial y crédito’, en: MAZO PORTERA, A. /RAMOS SUÁREZ, F. (Dir.), *La protección de datos en la gestión de empresas*, Aranzadi, 2004.
- CUARTERO RUBIO, M.V., ‘La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales’, *La Ley. Unión Europea* 6581, de 31 de octubre de 2006, pp 1-18.
- CRUCELEGUI, J.L., *Repercusiones del control de las ayudas públicas en el País Vasco*, *Ekonomiaz* 61 (2006), p. 232-253.
- DÍEZ ESTELLA, F. y DÍEZ MORENO, F., *Las ayudas de Estado en las llamadas ‘vacaciones fiscales’*, *La Ley* 9 (Nueva época) May-Jun. 2009, p. 61-73.
- DURÁN RIVACOBIA, R., ‘Condiciones generales puras o simples en la contratación’, en: AZPARREN, A. (Dir.), *Hacia un código del consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 161-295.
- EIZAGUIRRE, J.M., *Derecho de sociedades*, 2001.
- FERNANDEZ DEL POZO, L., en ‘La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada’, *RGD* 596,1994.  
 - ‘Artículo 17. Régimen Jurídico General del Comercio Minorista’ en: ALONSO ESPINOSA, F.J. /LÓPEZ PELLICER, J.A. /MASSAGUER FUENTES, J. /REVERTE NAVARRO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw Hill, 1999.
- GALLEGO SANCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, 1996.
- GARCIA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYME*, 2003.
- KERBER, W., ‘Institutional Change in Globalisation: Transnational Commercial Law from an Evolutionary Economics Perspective’, *German Law Journal*, vol. 9, n. 4, pp. 411-436.
- LANDA J.P. (coord.), *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, 2004.

- MESA MARRERO, C., ‘La regulación reglamentaria de los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito’, *Actualidad Civil* 19, noviembre 2008, pp. 2057-2076.
- MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, 2008
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., ‘La Directiva sobre mediación y sus efectos en el derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia’, *La Ley* 7165, 30 de abril de 2009.
- ORENA, A., *Ayudas de Estado y cuestión prejudicial*, *La Ley* 9 (Nueva época) May-Jun. 2009, p. 107-117.
- PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, 1996.
- PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Thomson-Civitas, 2006.
- RECONDO, R. ‘El Capital Riesgo Foral, en el País Vasco y Navarra’, *Revista Española de Capital Riesgo* 2 (2009), p .60 ss.
- ROJO, A., ‘La sociedad de responsabilidad limitada. Problemas de política y técnica legislativa’, en BONARDELL/ MEJÍAS/ NIETO (coord.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994.
- SACRISTÁN, M., ‘Prestaciones accesorias’, *RdS*, nº extr., 1994.
- VICENT, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 2008.