

“Elementos de refinanciación en el sector público”

Sra. D^a Idoya Arteagabeita González

Subdirectora de Asesoría Jurídica del Ico, Abogada del Estado

Planteamiento.

El objeto de esta ponencia se refiere a la importancia de los acuerdos de refinanciación en la actividad de las entidades de crédito y la incidencia en la configuración de tales acuerdos de refinanciación de la reforma operada recientemente por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Es fácil entender la importancia de las refinanciaciones en la actividad crediticia pues una entidad de crédito siempre prefiere refinar (habida cuenta de su obligación de provisionar en las situaciones concursales) antes que acudir a un concurso y, de ahí, la habitualidad de las refinanciaciones y de los problemas que tales acuerdos suscitan a las asesorías jurídicas de las entidades de crédito. Particularmente, cualquier asesoría jurídica de una entidad de crédito persigue evitar que, pese a la refinanciación, la empresa termine en una situación concursal y, en el marco del procedimiento concursal, el acuerdo de refinanciación pueda ser valorado por el juez concursal y, finalmente, ser rescindido.

Por otra parte, esta ponencia persigue valorar tales elementos de refinanciación y sus singularidades desde el punto de vista del sector público y, muy particularmente, del Instituto de Crédito Oficial, ICO, que, al igual que otras entidades Públicas como el CDTI, o el IDAE, concede y otorga préstamos, es decir, realiza una actividad financiera importante, y tal actividad conduce a situaciones de refinanciación.

Entidades públicas que desarrollan actividad crediticia.

Ha de recordarse que, junto al ICO, existen otras entidades de Derecho público que desarrollan una importante actividad crediticia y de concesión de préstamos.

Así, el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) es una Entidad Pública Empresarial, dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación, que promueve la innovación y el desarrollo tecnológico de las empresas españolas. Para ello, desde el año 2009, canaliza las solicitudes de financiación y apoyo a los proyectos de I+D+i de empresas españolas en los ámbitos estatal e internacional. Así pues, el objetivo del CDTI es contribuir a la mejora del nivel tecnológico de las empresas españolas mediante la evaluación técnico-económica y financiación de proyectos de I+D desarrollados por empresas, la gestión y promoción de la participación española en programas internacionales de cooperación tecnológica, la promoción de la transferencia internacional de tecnología empresarial y de los servicios de apoyo a la innovación tecnológica y el apoyo a la creación y consolidación de empresas de base tecnológica.

Concede a la empresa ayudas financieras propias y facilita el acceso a la de terceros (a título de ejemplo, la financiación bancaria de la Línea para la Financiación de la Innovación Tecnológica y Subvenciones del Programa Marco de I+D de la UE) para la realización de proyectos de investigación y desarrollo tanto nacionales como internacionales.

Por su parte, el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, IDAE, es una Entidad Pública Empresarial, adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través de la Secretaría de Estado de Energía, de quien depende orgánicamente. Además de coordinar y gestionar conjuntamente con las Comunidades Autónomas las medidas y fondos destinados a dichas planificaciones, el IDAE lleva a cabo acciones de financiación de proyectos de innovación tecnológica y carácter replicable.

Naturaleza del Instituto de Crédito Oficial.

El ICO es una entidad pública empresarial, una agencia financiera del Estado y una entidad de crédito. En definitiva, en ella confluye esa triple condición. Como entidad de crédito, actúa y funciona como una entidad de crédito privada que se financia con arreglo a criterios de mercado, que realiza operaciones bancarias y financieras como cualquier otro banco o entidad de crédito privado más, que se autofinancia con captación de fondos en el mercado. Ciertamente lo único que no puede hacer porque está prohibido estatutariamente es aceptar depósitos del público en general.

Es al mismo tiempo una agencia financiera del Estado, es decir, el Instituto es el instrumento que tiene en la actualidad el Gobierno para la ejecución de medidas de política económica, enmarcadas a sus líneas económicas generales, y eso es uno de los fines que están reconocidos en sus Estatutos. Como entidad pública empresarial la finalidad, la misión esencial el ICO está perfectamente definida, pues las entidades públicas empresariales, como parte del sector público en general, tienen un servicio público al que atender. Y los fines del Instituto son muy claros, según lo que dicen los Estatutos, son el sostenimiento y promoción de actividades económicas que contribuyen al crecimiento y mejora de la distribución de la riqueza nacional, y especial de aquellas de trascendencia social, futura, innovadora, ecológica, que merezcan tal fomento.

Perspectiva histórica.

Desde que la Ley 13/1971 estableciera, por primera vez, su organización, funciones y ámbito de actuación, el ICO ha experimentado cambios que han afectado a todos los aspectos de su actividad. Todos estos pueden resumirse en la transformación del ICO desde un organismo anquilosado en las tareas de coordinación de crédito oficial, dentro de una Administración Pública arcaica e ineficiente, hasta una institución financiera pública que actúa bajo las condiciones de mercado y cuya actividad está dirigida a la concesión de préstamos a medio y largo plazo para financiar inversiones productivas.

Entre los aspectos más relevantes de su evolución, y que son los que mejor muestran la transformación del Instituto, se encuentra el cambio en el sistema de financiación del ICO y, en general, de todo el crédito oficial.

El procedimiento inicial tenía como eje básico la financiación pública de carácter privilegiado, sobre todo en lo que se refería a los plazos de amortización y los tipos de interés, articulado en torno a las cédulas para inversiones emitidas por el Tesoro de suscripción obligatoria para todos los bancos privados con cuyo importe se financiaba el crédito oficial, a través de las dotaciones del Tesoro al ICO y, posteriormente, de éste a las Entidades Oficiales de Crédito.

En 1986, por primera vez en la historia del crédito oficial, el ICO pagó al Estado los intereses de las dotaciones del Tesoro. Este primer hecho determina el cambio de la estructura de la financiación del crédito oficial.

Desde el año 1988, momento en el que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ese año desarticula el sistema anterior de financiación privilegiada mediante la supresión de las emisiones de cédulas para inversiones y la conversión de las dotaciones del Tesoro en préstamos del Estado, hasta nuestros días, el crédito oficial financia su actividad mediante la captación de fondos en el mercado. Por otra parte, desde 1991, momento en el que tiene lugar la reorganización de la Banca Pública y el ICO deja de ser cabeza del holding que formaba la Banca Pública para asumir las funciones de banco de inversión y Agencia Financiera del Estado, la actividad desarrollada por el ICO se ha dirigido al cumplimiento de los objetivos de incremento de la eficiencia económica y mejora de la distribución de la renta que avalan su existencia. Desde 1991, el ICO se configura como una institución financiera pública de características similares a otras del ámbito europeo como el BEI (Banco Europeo de Inversiones) y el KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau) alemán.

La culminación de este proceso se produce con la aprobación del Real Decreto- Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera, cuya Disposición adicional sexta recoge la naturaleza y régimen jurídico del ICO y, posteriormente, del Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, del adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos.

En la actualidad, el ICO se configura, como hemos señalado, como un Organismo Público que, como tal, forma parte del entramado de la Administración Institucional del Estado, en el que confluye una triple condición: la de Entidad Pública Empresarial, la de entidad de crédito (constituyendo ésta su naturaleza jurídica) y la de Agencia Financiera del Estado. Como entidad de crédito, al igual que cualesquiera otras (bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito o entidades de dinero electrónico) su actividad típica y principal es el otorgamiento de préstamos y créditos.

Misión y fines del ICO.

Los fines fundamentales del Instituto de Crédito Oficial son el sostenimiento y la promoción de las actividades económicas que contribuyan al crecimiento y mejora de la distribución de la riqueza nacional y, en especial, de aquellas que por su trascendencia social, cultural, innovadora o ecológica, merezcan su fomento.

Las funciones que el ICO desarrolla se pueden agrupar en dos grandes epígrafes:

- a) Contribuir a paliar los efectos económicos producidos por situaciones de grave crisis económica, catástrofes naturales u otros supuestos semejantes.
- b) Actuar y servir como instrumento para la ejecución de determinadas medidas de política económica enmarcadas en las líneas fundamentales de actuación del Gobierno. Aquí son operaciones de mercado decididas por el Instituto en el marco de la política económica del Gobierno. Esto está a medio camino pues a veces se cubre el riesgo por el Estado y en otras ocasiones no.

Tales actuaciones que el ICO realizada son instruidas a éste, con mayor (en el caso de las funciones del apartado a)) o menor (en el caso de las funciones del apartado b)) concreción por Consejo de Ministros, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos o, en su caso, el Ministro de Economía y Hacienda; debiendo especificarse al ICO si la operación que se le ordena o instruye se ha de llevar a cabo en el ejercicio de las funciones mencionadas en el apartado a) o en el cumplimiento de las mencionadas en el apartado b) pues, en este último caso, el Consejo del ICO puede desarrollar y precisar la operación o actividad instruida. Todas estas operaciones han de realizarse y, de hecho, así ocurre, con criterios bancarios y se instrumentan fundamental y preferentemente como préstamos a medio y largo plazo destinados a financiar inversiones reales; siendo estas operaciones del ICO de ejecución de medidas de política económica o de atención a situaciones de catástrofe o crisis las que revisten una carácter podríamos decir más público de la actividad global del Instituto.

Por otra parte, la circunstancia de que el ICO se diferencie de una entidad de crédito privada o convencional por la ausencia de sucursales o delegaciones, determina que en sus Estatutos se permita la instrumentación de estas operaciones, cualquiera que sea la función a que respondan, utilizando para ello la mediación de entidades financieras con las que se suscriben los oportunos convenios de colaboración. De esta manera se articulan anualmente las tradicionales Líneas de Mediación del ICO, se ha organizado recientemente la Línea ICO Directo o algunas Líneas llamadas a paliar determinadas catástrofes naturales recientes, como el caso del terremoto de Lorca o el volcán de El Hierro.

Precisamente, como instrumento para provisionar y cargar los fallidos y morosos que tenga el Instituto por sus actuaciones financieras, encomendadas expresamente por el Gobierno, se dota un Fondo de Provisión. Este Fondo de Provisión se crea por el Real Decreto-ley 12/1995, con una dotación inicial de 25.000 millones de pesetas, y desde el año 1999 es dotado, además de por los ingresos generados por su remuneración o por las recuperaciones de créditos provisionados o declarados fallidos, a través de la aplicación de los excedentes de resultados del Instituto de Crédito Oficial, según disponga el Ministro de Economía y Hacienda, y mediante los abonos que efectúe o autorice el Estado a asumir o compensar las pérdidas del Fondo.

A estas tradicionales funciones del ICO, definidas ya en el Real Decreto- Ley 12/1995 (artículo Dos) y mantenidas, como no puede ser de otra manera, en sus Estatutos de 1999 (artículo 3), se añaden en estos últimos otras nuevas funciones que se reconocen al ICO con independencia de su carácter de instrumento de política económica del Gobierno. Tales funciones son desarrolladas por el ICO por decisión propia sin intervención de orden o instrucción alguna del Gobierno, es decir, forman parte de la actividad ordinaria del ICO como pura entidad de crédito y, de hecho, en su decisión, definición y ejecución, el ICO no se diferencia de cualquier otra entidad bancaria o de crédito. Estos préstamos y créditos se prestan en condiciones de mercado y concurrencia con el sector privado y, con sujeción a sus Estatutos, pueden tener un cierto encaje en las líneas directrices de la política económica del Gobierno pero se deciden autónomamente por los órganos del ICO y se realizan por cuenta del mismo, sin especial cobertura del Estado.

En efecto, el artículo 4 de sus Estatutos, permite al ICO desarrollar, siempre que las realice al servicio del cumplimiento de sus fines, entre otras, las siguientes actividades:

- a) La realización de toda clase de operaciones de activo mediante la formalización, gestión y administración de fondos, subvenciones, créditos, avales u otras garantías, cuotas y cualesquiera instrumentos financieros; incluyéndose, además, la de los préstamos que otorgue la Administración General del Estado a través del Instituto de Crédito Oficial.
- b) La toma de participaciones directas en empresas financieras (quedando excluidas las empresas no financieras).

En definitiva, es posible distinguir en la actividad del ICO una doble vertiente o faceta:

- a) Como instrumento de política económica, ha de llevar a cabo las operaciones que, de manera explícita y con la correspondiente dotación de recursos públicos, le encomiende el Gobierno. Nos estamos refiriendo a las funciones previstas en el artículo 3 de sus Estatutos, es decir, a aquellos préstamos que el ICO concede a sectores que se ven puntualmente afectados por crisis o catástrofes naturales y cuya repercusión general en el ámbito social o económico del país justifica la intervención pública en operaciones crediticias de alto riesgo no atendidas en la medida suficiente por el mercado.
- b) Sin embargo, en su vertiente de entidad de crédito o de banco de inversiones (pues el ICO está llamado legal y estatutariamente a financiar inversión y no liquidez), la misión del ICO es el fomento de las inversiones productivas llevadas a cabo en sectores económicos estratégicos o por colectivos empresariales de cuya evolución depende en gran medida el desarrollo económico del país. Para cumplir este objetivo, el ICO concede préstamos a largo plazo, decididos de forma autónoma por su Consejo General y órganos de gobierno y de acuerdo con estrictas normas de rigor financiero.

En cualquier caso, existe un mandato ineludible pues, en la realización del conjunto de sus actividades y operaciones, máxime cuando le son instruidas por el Gobierno, el ICO ha de adoptar todas las previsiones necesarias para salvaguardar el principio de equilibrio financiero.

El ICO, como cualquier otra Entidad Pública Empresarial tiene un patrimonio propio, distinto al del Estado, integrado por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de los que es titular pero, además, el ICO es un Organismo Público que se autofinancia en la medida en que, principalmente y sin perjuicio de las rentas y productos de su patrimonio y las posibles aportaciones del Estado y de otros entes públicos, se provee de recursos y gestiona su balance a través de la obtención de financiación en los mercados nacionales y extranjeros mediante cualquier tipo de operación financiera ,si bien los límites de su endeudamiento se fijan cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

A tales efectos, las deudas y obligaciones que el Instituto de Crédito Oficial contraiga para la captación de fondos gozan frente a terceros de la garantía del Estado; teniendo dicha garantía el carácter de explícita, irrevocable, incondicional y directa.

Por otra parte, la deuda del Instituto de Crédito Oficial que se instrumente en valores negociables será admitida de oficio a negociación en los mercados secundarios de

valores organizados y se negociarán, cuando proceda, en el mercado de deuda pública en anotaciones.

Además, los riesgos relativos al Instituto de Crédito Oficial tendrán, a los efectos previstos en la normativa de recursos propios de las entidades financieras, la misma ponderación que los de la Administración General del Estado. Los riesgos contraídos con el Instituto por las entidades financieras quedan exceptuados de los límites establecidos a su concentración y a los grandes riesgos. Las deudas que el Instituto de Crédito Oficial contraiga para la captación de fondos, realizadas fuera del territorio nacional y para no residentes, tendrán el mismo régimen fiscal de la deuda del Estado.

Existe, sin embargo, una actividad propia y definitoria de las entidades de crédito que el ICO no puede utilizar para financiarse pues, en ningún caso, el Instituto de Crédito Oficial puede captar fondos mediante depósitos del público en general.

Actividad crediticia del ICO.

En fin, el ICO, al igual que cualquier otra entidad privada de crédito, puede realizar toda clase de operaciones, financieras o no, activas y pasivas, actos de gestión y disposición, recibir préstamos, emitir obligaciones, bonos u otros títulos.

Teniendo en cuenta que el apoyo a las inversiones en transporte, telecomunicaciones y energía son elementos clave en el desarrollo del comercio y en el aumento de la competitividad de empresas, ha de mencionarse que gran parte de la actividad del ICO se centra en la concesión de préstamos directos a empresas e instituciones que necesitaban financiar proyectos de inversión en infraestructuras. Efectúa igualmente operaciones financieras (préstamos, garantías, etc...) directas para financiar grandes operaciones de inversión y "Project finance". Se potencian a su vez programas de cofinanciación con instituciones financieras multilaterales como el BEI para financiar proyectos de inversión en el sector privado.

En una situación como la actual de los mercados financieros en la que se produce una ausencia de inyección de liquidez o recursos financieros a medio y largo plazo por parte de las entidades de crédito privadas, el ICO tiene la misión de actuar como agente que complementa al mercado y cataliza la oferta de fondos a medio y largo plazo, para la financiación de nuevos proyectos de inversión.

El ICO participa, como hemos mencionado, en las operaciones características de la banca privada, tales como los "Project finance". Los grandes préstamos sindicados son operaciones de préstamos concertadas por un conjunto de bancos a tipo de interés variable en la que interviene un banco agente y un asesor legal.

Hemos de llamar la atención sobre una novedad importante en el modelo de refinanciaciones que elude las unanimidades que en este tipo de acuerdos se exigen habitualmente en los préstamos sindicados: las Forward Start Facilities (FSF). Esta figura supone propiamente una prórroga o aplazamiento de los vencimientos de una operación anterior y de los plazos de amortización de una operación anterior, es decir, una modificación objetiva o de las condiciones de una previa operación financiera. Supone alargar el plazo de operaciones de financiación previamente aprobadas con el fin de aligerar sus vencimientos finales. Son propuestas de extensión de vencimientos

de operaciones previas. Sin embargo, en lugar de procederse a una modificación o novación del contrato previo de financiación, tal ampliación de plazo se formaliza en un documento aparte sin que suponga modificación alguna del contrato de financiación existente, de tal manera que el nuevo contrato prevé la realización ficticia de disposiciones que se destinan a repagar las obligaciones de la acreditada en virtud de los contratos de financiación originales. Ello permite eludir la unanimidad de los acreditantes que habitualmente se exige en un préstamo sindicado pues no se modifican las condiciones del préstamo originario y las entidades que no deseen ampliar los vencimientos obtienen la devolución de su crédito, se cancela la financiación original y se sustituye a las entidades no aceptantes de tal manera que se produce casi un pago de ellas con ellas mismas. Se pacta, por tanto, a día de hoy, que en el Forward Start Date, normalmente coincidente con una fecha de amortización futura y de una financiación previa, se firmará el nuevo contrato de financiación o de crédito (que, habitualmente, recibe esta denominación como contrato de financiación sindicada) cuyas disposiciones irán dirigidas al repago de las cuotas de las financiaciones originales, habitualmente mediante la realización de una mera compensación de saldos (aunque caben disposiciones en metálico para efectuar al pago de las acreditantes que no entren en la FSF lo que se lleva a cabo mediante de la cesión de los créditos de los disidentes en los firmantes y la subrogación de estos cesionarios en las posiciones de los cedentes) y, de esta manera, firmado el nuevo contrato de financiación, se elabora un nuevo calendario de amortización que consigue obtener un aplazamiento en el pago de las cuotas de las financiaciones originales. Lógicamente todo esto se pacta exigiendo mejoras sustanciales en los márgenes de las operaciones existentes así como el pago por la acreditada de comisiones en concepto de estructuración. También se exige habitualmente la constitución de nuevas garantías.

En definitiva, supone la concesión de financiación bancaria a largo plazo para proceder a la amortización de una o varias financiaciones existentes y comenzar de nuevo. Podría hacerse como un contrato de novación modificativa no extintiva de un contrato de financiación previo como se ha hecho toda la vida pero ahora se hace así. A veces, se cancela el saldo vivo pendiente reestructurando el pasivo de la compañía y, además, se concede nuevo fresh money o financiación adicional.

La reforma de la Ley Concursal avanza en la línea ya iniciada por el Real Decreto- Ley 3/2009 de incentivar los institutos concursales como alternativa al concurso de acreedores mediante el blindaje de los acuerdos de refinanciación extrajudiciales que un deudor puede alcanzar con sus acreedores, particularmente si éstos son entidades financieras. Las refinanciaciones son una práctica habitual y deseable en la actividad crediticia de las entidades financieras y, desde luego, también son habituales en el caso del ICO. Refinanciar deuda de sus acreditados próximos a un concurso o en situación de insolvencia efectiva o inminente es siempre una opción preferible para las entidades financieras a acudir a un concurso de acreedores pues disminuye su nivel de riesgo, les permite evitar la incertidumbre de un concurso y tiene efectos positivos frente a las provisiones que exige el Banco de España en caso de concurso de prestatarios de estas entidades. Habitualmente estas refinanciaciones que son novaciones (propias o impropias) de contratos de crédito previos afectan a los plazos de exigibilidad de las obligaciones o de amortización de los créditos, suponen una ampliación significativa del crédito previo o una modificación de su cuantía. Pocas veces consisten en una quita o condonación parcial de un crédito o financiación anterior pero puede ocurrir.

Son procesos complejos que se extienden en el tiempo y la reforma introducida que vincula respecto a estos acuerdos a los acreedores disidentes y a los no participantes ha de valorarse muy positivamente. Ahora bien, cabe objetar el tema de las mayorías por la unanimidad que habitualmente se exige en préstamos sindicados y el tema de los acreedores con garantía real que en este tipo de préstamos son habitualmente todos. Hubiera sido mejor ir más lejos y trasladar el verdadero modelo de scheme of arrangement.

Naturaleza de la actividad financiera del ICO.

Los créditos que el ICO concede, consecuencia de su actividad financiera, no tienen la consideración de crédito público, al contrario del crédito de la Hacienda Pública o del crédito de la Seguridad Social. No son créditos ni derechos de la Hacienda Pública y, por lo tanto, no están sometidos a las restricciones de la Ley General Presupuestaria. En su momento se plantearon algunas dudas en lo referido a aquella actividad que el Instituto desarrolla y que es encomendada y mandada o instruida por el Gobierno. Pero ni siquiera tratándose de esta actividad, que es la más pública de todas las que el ICO desarrolla, es posible entender que exista un crédito de Derecho público porque el titular del crédito es, en todo caso, el ICO y el ICO actúa con arreglo a normas de Derecho privado. No obstante, tratándose de esta actividad, sí una mayor limitación en el momento en que se entiende cualquier disposición de ese tipo de créditos que exceda lo que es la mera gestión o administración (como podría ser el caso de aceptar condonaciones, aceptar quitas, o aceptar bienes o daciones de bienes en pago por un importe menor del crédito debido), en la medida que al final repercuten económicamente en el Estado, exige la autorización pertinente al Ministerio de Economía y Hacienda.

Históricamente, en relación con los créditos excepcionales otorgados por las Entidades Oficiales de Crédito pero cuya concesión venía ordenada por el Gobierno en atención a importantes motivos de orden económico o social, los cuales inicialmente eran compensados, en caso de fallidos y morosos, por el Tesoro y, más tarde, cargados en el Fondo de Provisión del ICO, se entendía que las Entidades Oficiales de Crédito podía adoptar todas las decisiones que estimaran adecuadas para su mejor gestión y administración, incluso las de modificar sus condiciones en principio sin limitación alguna (pues así resultaba de lo establecido en la Disposición final tercera del Real Decreto 2434/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan las liquidaciones frente al Tesoro de los quebrantos producidos a las Entidades Oficiales de Crédito derivados de créditos excepcionales y las compensaciones de diferenciales de tipos de interés a favor del Instituto de Crédito Oficial previstas en determinados Reales Decretos- Leyes. Sin embargo, estas facultades no se extienden a la realización de actos de disposición tales como la venta o cesión de los créditos; manifestando la Dirección General del Tesoro en una Resolución de 3 de junio de 1992, que, caso de realizar tales disposiciones, la Entidad Oficial de Crédito actúa bajo su riesgo y ventura, sin que pueda ejercitar una acción de reembolso de lo condonado frente al Estado.

Desde el año 1995, como consecuencia de un informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 17 de julio, sí se admite que no puede conceptuarse propiamente como un derecho de la Hacienda Pública, a los efectos previstos en la Ley General Presupuestaria (a los efectos de la necesidad de acuerdo de Consejo de Ministros para aceptar acuerdos transaccionales sobre ellos) el derecho del ICO al cobro

de estos créditos excepcionales. Es decir, cabe entender que, si bien desde una perspectiva económica resultan afectados derechos de contenido económico del Estado y, por tanto, de la Hacienda Pública, el titular de este tipo de créditos resulta ser quien los otorga, el ICO, aunque resulte instruido para ello por el Gobierno. Ahora bien, en la medida en que tales créditos están provisionados por el Estado pues es éste el llamado a asumir los posibles quebrantos económicos derivados de la operación, el Estado es el último garante de estos préstamos y, por tanto, el ICO ha de obtener la conformidad del Ministerio de Economía y Hacienda para adoptar actos de disposición que excedan de la mera gestión y administración del préstamo. En fin, es el ICO el titular de las relaciones jurídicas obligacionales derivadas de estos créditos y, en consecuencia, puede disponer de las facultades inherentes a la misma, sin perjuicio de las restricciones de dichas facultades por el hecho de que las consecuencias emanadas de tal relación puedan afectar al Tesoro. En consecuencia, los posibles acuerdos transacciones sobre este tipo de préstamos que supusieran una quita o condonación parcial o total del importe de lo adeudado debieran ser previamente autorizados por el Gobierno. Es necesario pedir tal autorización cuando lo requiera la magnitud económica de la operación. Lo mismo ocurre con la modificación de condiciones que se aparten de lo instruido al ICO. Por ejemplo, la admisión de una dación en pago de unos bienes de menor valor al de la deuda pues ello supondría la renuncia del acreedor al cobro de una parte del crédito o la venta o cesión de un crédito por precio inferior al de su valor liquidatorio. Sí sería admisible, en cambio, la venta o cesión de un crédito de esta categoría cuando se realice por un precio que comprenda la totalidad de la deuda devengada hasta la fecha de la venta. Ahora bien, el ICO podría hacerlo renunciando a la posibilidad de obtener del Estado la consiguiente compensación.

No resulta aplicable a estos créditos la normativa sobre derechos de la Hacienda Pública. En consecuencia, dado que la Ley Concursal establece que gozan de privilegio general los créditos tributarios y demás de Derecho Público y esta disposición ha sido objeto de interpretación estricta al entenderse que no abarca todos los créditos que tengan naturaleza de ingreso público de las administraciones no todos los que puedan ser clasificados, conforme a Derecho administrativo, como de “Derecho público”, en el caso del ICO creemos que no tiene discusión que sus créditos, ya nazcan de operaciones acordadas al amparo del artículo 3, ya al amparo del artículo 4 de sus Estatutos no tienen la consideración de público.

Por el contrario, toda la actividad crediticia que el ICO desarrolla en la actualidad y respecto de la que, en los últimos tiempos, ha cobrado mayor protagonismo en la medida en que el ICO ha sido llamado a inyectar liquidez en el mercado y a entrar en operaciones donde, en principio y por la situación de crisis económica, la Banca privada ha entrado o entra más difícilmente, sí resulta elegida por el ICO. En definitiva, entrar en una operación de financiación o aprobar un acuerdo de refinanciación es elegido con criterios absolutamente bancarios por los órganos colegiados y estatutarios de gobierno y decisión del ICO, previa evaluación de los riesgos, y los posibles riesgos que puede haber por quebranto o por fallido o por morosidad son asumidos por el ICO y con los fondos que él capta. En esta actividad más privada sí cabe plantearse si el carácter de entidad pública empresarial del ICO lleva consigo particularidades en el momento de adoptar este tipo de decisiones.

Conclusión.

Lo cierto es que las peculiaridades mencionadas anteriormente no están recogidas estatutaria ni legalmente. Sin embargo, resulta preciso recordar que la misión del ICO, los fines esenciales establecidos en sus Estatutos son, en última instancia, son el paraguas que le permite actuar y acometer operaciones, y esa misión hay que tenerla siempre muy presente cuando se realizan operaciones y cuando se aprueban refinanciaciones. En definitiva, el ICO tiene un componente de servicio público que debería determinar que su actividad resulte más constreñida que la actividad de la Banca privada, y, desde luego, cualquier operación que pueda acometer debería estar presidida por esos fines, esa misión, que, a su vez, le vincula.

Ello no es óbice para reconocer que, en ocasiones, resulta extraordinariamente difícil dónde está la misión, dónde está el servicio público y dónde deja de estarlo. En ocasiones, resulta difícil deslindar cuándo se cumple esa misión esencial y se está haciendo lo correcto y cuándo no.