

La adecuación de los convenios de aplazamiento de deudas con el Fondo de Garantía Salarial y la Tesorería General de la Seguridad Social al derecho comunitario de la competencia
Comentario de la STJCE de 22 de noviembre de 2007 (Asunto C-525/04 P)

Dr. Daniel Martínez Fons

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

1. Hechos

En marzo de 1993 la empresa Sniace, dedicada a la producción de celulosa, papel, fibras de viscosa, fue declarada en suspensión de pagos. En octubre de 1996 los acreedores de Sniace celebraron un convenio mediante el cual se convertían en acciones de dicha sociedad el 40% de los créditos que ostentaban contra ella. El FOGASA y la TGSS decidieron hacer uso de su derecho de abstención y no participaron en dicho convenio. Sniace había suscrito en noviembre y octubre de 1993 sendos convenios con el FOGASA relativos a la devaluación a éste de los salarios atrasados e indemnizaciones que había pagado a los trabajadores de Sniace. El primer convenio establecía la devolución de un importe de 897.652.789 pesetas, más otras 465.055.911 pesetas de intereses al tipo de interés legal del 10 %, con vencimientos semestrales durante un período de ocho años. El segundo convenio preveía la devolución de un importe de 229.424.860 pesetas, más 110.035.018 pesetas de intereses al tipo de interés legal del 9 %, con vencimientos semestrales durante un período de ocho años. Para garantizar los créditos del Fogasa, el 10 de agosto de 1995, Sniace constituyó en su favor una hipoteca sobre dos de sus propiedades.

En marzo de 1996 la TGSS celebró también con Sniace un acuerdo para el aplazamiento de las cantidades que ésta le adeudaba en concepto de cuotas de la Seguridad Social entre febrero de 1991 y febrero de 1995 por un importe total de 2.903.381.848 pesetas. Inicialmente el acuerdo establecía el pago del importe de la deuda, más intereses al 9%, en 96 mensualidades hasta marzo de 2004. Este acuerdo fue modificado 2 meses después, aplazándose el pago de la deuda durante un año y medio, proveyéndose el pago en 84 mensualidades. Estos acuerdos no fueron respetados por la empresa, por lo que en septiembre de

1997 se selló un nuevo acuerdo con la TGSS en el que se contemplaba el pago de las cuotas adeudadas entre febrero de 1991 y febrero de 1997, más recargos de mora que se abonarían durante un período de diez años. De conformidad con el último acuerdo los dos primeros años se abonaría únicamente los intereses, calculados al tipo anual del 7,5% y el resto de años los pagos abarcarían principal y los intereses.

En julio de 1996 la empresa Lenzing, sociedad austriaca dedicada a la comercialización de fibras de celulosa, y competidora de Sniace denunció ante la Comisión una serie de ayudas de Estado que en su opinión España había concedido a su competidora Sniace.

En octubre de 1998, la Comisión adoptó una Decisión en la que consideraba que los acuerdos de Sniace con el FOGASA y la TGSS constituían ayudas de Estado incompatibles con el mercado común en la medida en que los intereses que gravaban las cantidades adeudadas con los organismos públicos se situaban por debajo de los tipos de mercado en aquellas fechas. Así pues, se instaba a España a adoptar las medidas necesarias para recuperar del beneficiario las cantidades que se estimaban ayudas de Estado.

El Gobierno español interpuso recurso solicitando que se anulase la Decisión de la Comisión. Entre tanto, en fecha de 29 de abril de 1999, el Tribunal de Justicia dictó sentencia en el asunto C-342/96 sobre las prestaciones del FOGASA y el fraccionamiento de deudas concedida por el TGSS en relación con las empresas españolas en situación de dificultad. En dicha sentencia el TJCE estableció que la actuación del FOGASA y de la TGSS aplazando o fraccionando las cantidades debidas por las empresas no constituía una ayuda de Estado prohibida por el art. 87 TCE, puesto que en relación con los convenios de aplazamientos debía tenerse en cuenta, en primer lugar, que la actuación de los organismos públicos no podía asimilarse a la actuación de los inversores privadas que buscan el máximo beneficio, sino como un acreedor, público o privado, que trata de recuperar las cantidades de las que son acreedores y que a tal efecto celebran convenios para facilitar su devolución. En segundo lugar, la Sentencia añadía que los intereses que se aplicó a los convenios de aplazamiento eran los que normalmente se aplicaban a este tipo de operaciones en el mercado, los intereses de mora al tipo habitual del mercado, esto es, el que se aplicaba para las deudas contraídas por un acreedor privado con un acreedor privado.

A raíz de la Sentencia antedicha, en septiembre de 2000, la Comisión examinó de nuevo la decisión de 28 de octubre de 1998 concluyendo que los acuerdos de reembolso de Sniace con el FOGASA y la TGSS no constituían ayudas estatales. A pesar de ello, la propia Comisión reconoció que, con toda probabilidad, se hubiese producido el cierre de la empresa si la TGSS o el FOGASA hubieran instado la ejecución forzosa ante el incumplimiento de los convenios de aplazamientos iniciales. Habida cuenta el número reducido de productores que operaban en el mercado y el exceso de capacidad de producción que existía en éste (que obligó a una disminución del 15% de la producción entre 1992 y 1997), la desaparición de Sniace hubiera tenido efectos sensibles en la posición competitiva de los productores restantes, al provocar una disminución de su exceso de capacidad de producción y una mejora de su situación comercial.

La empresa competidora de Sniace, Lenzing, solicitó del Tribunal de Primera Instancia comunitario la anulación de la Decisión revisada de la Comisión por la que declaraba que la falta de cobro de los créditos, de los recargos de mora y de los intereses debidos a la TGSS y al FOGASA no constituían ayudas de Estado en el sentido del art. 87.1 TCE.

2. Fundamentos Jurídicos

El Tribunal de Primera Instancia admitió la alegación presentada por Lenzing, constatando que el proceder de los organismos públicos españoles le habían causado un manifiesto y probado lucro cesante. En este sentido, el Tribunal concluyó que la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al concluir que los comportamientos del FOGASA y de la TGSS se adecuaban a la actuación que hubiera observado un acreedor privado en idénticas circunstancias. De manera resumida, el Tribunal estima que la conclusión de la Comisión carecía de fundamento puesto que en modo alguno podía demostrarse que los organismos públicos españoles actuaron como lo hubiera hecho un acreedor privado en circunstancias similares. En primer lugar, según el Tribunal de Primera Instancia, los aplazamientos concedidos por los organismos públicos tras los incumplimientos de los convenios celebrados no tenían por objeto asegurar el cobro de las cantidades adeudadas, puesto que tanto el FOGASA como la TGSS contaban con privilegios y garantías suficientes por lo que nada les incitaba a exigir la ejecución forzosa de sus créditos. Por otra parte, los aplazamientos de las deudas se otorgaron sin que la Administración española tuviera conocimiento de ningún plan de reestructuración creíble y realista en Sniace, por lo que no podía afirmarse que la actuación la TGSS y el

FOGASA habían aplazando las deudas ante el incumplimiento de los convenios iniciales tuviera por objeto salvaguardar todos los derechos que los organismos públicos tenían sobre Sniace sin sufrir una pérdida financiera.

A la vista de lo antedicho, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la apreciación de la Comisión había sido errónea y procedió anular el art. 1 de la Declaración que excluía que los aplazamientos y fraccionamientos de pagos concedidos por el FOGASA y la TGSS fueran calificados de ayudas de Estado contrarias al art. 87.1 TCE.

El estado español recurrió la sentencia referida ante el Tribunal de Justicia alegando, en primer lugar, que las medidas adoptadas por el FOGASA y la TGSS respecto de Sniace, un operador que únicamente poseía el 10% del mercado, no podían causar ningún perjuicio a Lenzing, que pertenecía a uno de los principales grupos de empresas comunitarios productores de fibras de viscosa. Asimismo, el Gobierno español reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber fundamentado su decisión en la existencia del lucro cesante sufrido por Lenzing a consecuencia del mantenimiento del Sniace en el mercado. En este sentido, las autoridades españolas afirman que la situación de la empresa Lenzing mejoró en el período discutido. Asimismo, el Gobierno español entendía que, aun suponiendo que Lenzing hubiera sufrido lucro cesante, ello no permitía por sí solo afirmar que se cumple el requisito relativo a la afectación sustancial de la posición de aquella empresa en el mercado. Por último se alega que las medidas discutidas no se materializaron en una aportación de fondos a Sniace, sino en acuerdos de pago de deudas con los consiguientes nuevos gastos financieros a cargo de esta empresa.

En segundo lugar, el Gobierno español alega que el examen de las medidas declaradas ayudas de Estado debería hacerse en función de las circunstancias de cada caso concreto. En este sentido, sostienen las autoridades españolas que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta los factores que indicaban que la decisión de los organismos públicos españoles adoptaron una decisión adecuada. En concreto, mencionan en el hecho que la liquidación de Sniace a consecuencia de la eventual ejecución forzosa de los créditos hubiera generado nuevas deudas frente al FOGASA en concepto de pagos de salarios e indemnizaciones a los trabajadores despedidos a consecuencia de la eventual liquidación de la empresa; así como la circunstancia de que otros acreedores privados no habían procedido tampoco a la ejecución forzosa de sus créditos.

Respecto de la primera de las alegaciones, el Tribunal de Justicia entiende que Lenzing estaba plenamente legitimada para impugnar de la Decisión de la Comisión en cuanto que podía entenderse que se trataba de un sujeto afectado por la actuación de los organismos públicos españoles. En concreto, el Tribunal indica que

Asimismo, se señala que no cabe excluir la concesión de una ayuda de Estado también puede afectar a la situación en el mercado de un operador de otras formas, especialmente dando lugar a un lucro cesante o a una evolución menos favorable que la que habría tenido lugar de no haberse concedido tal ayuda. Asimismo, la intensidad de tal afectación puede variar dependiendo de un gran número de factores como, en particular, la estructura del mercado de referencia o la naturaleza de la ayuda en cuestión. Por tanto, la prueba de que la posición de un competidor en el mercado ha sido sustancialmente afectada no puede limitarse a la presencia de determinados elementos que indiquen un empeoramiento de sus resultados comerciales o financieros. Asimismo, el Tribunal señala que no cabe excluir que, en determinados casos, una empresa consiga evitar o, al menos, limitar tal empeoramiento, por ejemplo ahorrando o penetrando en mercados más rentables. En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia no se limitó a señalar, de manera general, la existencia de una relación de competencia entre Lenzing y Sniace, sino que basó su conclusión respecto a la afectación de la posición de Lenzing en el mercado en una serie de elementos, aportados por ésta, que permitían acreditar esencialmente la particularidad de la situación competitiva del mercado de fibras de viscosa, caracterizada por la existencia de un número muy limitado de fabricantes y de elevados excesos de capacidad, la importancia de las distorsiones que produce la concesión de una ayuda a una empresa que opera en tal mercado y el efecto de la ayuda en el nivel de precios practicados por Sniace.

En relación con la segunda de las alegaciones, el Tribunal de Primera Instancia no basó su apreciación de las medidas controvertidas en ninguna ilegalidad en sí de los acuerdos de fraccionamiento de pagos y de devolución de deudas ni en la presunción de que, en caso de incumplimiento de estos acuerdos, cualquier acreedor privado iniciaría forzosamente procedimientos ejecutorios destinados a recuperar sus créditos. El juez de primera instancia se basó en una serie de elementos y de circunstancias propias del asunto de que se trata al afirmar que la Comisión había incurrido en un error manifiesto de apreciación. En estas circunstancias, la mayor parte de las alegaciones formuladas por las autoridades españolas únicamente tenían por objeto poner en entredicho la

apreciación de elementos de prueba realizada por el Tribunal de Primera Instancia, reprochándole no haber tenido en cuenta algunos elementos que aquéllas consideran pertinentes o bien haber tenido en cuenta otros elementos que ellas estiman desprovistos de pertinencia. Tal apreciación sólo está sometida al control del Tribunal de Justicia en caso de desnaturalización de los hechos y de los medios de prueba presentados al juez de primera instancia, desnaturalización que, en el presente asunto, el Gobierno español no había acreditado, ni siquiera alegado. Consiguientemente, el Tribunal de Justicia rechaza la alegación presentadas por el Gobierno español.

3. Valoración

Como se ha visto, el Tribunal de Justicia rechazó las alegaciones presentadas por el Gobierno español sin entrar en el fondo del asunto, esto es, si la inacción de los organismos públicos ante el incumplimiento de los acuerdos de reescalonamiento de la deuda constituyen o no una ayuda de Estado, en el bien entendido que un operador privado hubiera procedido de forma sustancialmente distinta ante tal situación. Para el TJCE la controversia se reduce a una cuestión de determinar los límites del control jurisdiccional de la acción de la Comisión y de apreciación de los elementos fácticos presentes en el caso. En ese sentido, el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la posición mantenida en el litigio por el Tribunal de Primera Instancia según la cual los sucesivos acuerdos entre la empresa y los organismos públicos españoles podrían llegar a considerarse una ayuda de Estado prohibida por el art. 87.1 TCE.

La disciplina comunitaria de las ayudas de Estado constituye uno de los principales instrumentos previstos por el Tratado para conseguir los objetivos del correcto funcionamiento del mercado y la salvaguardia del principio de libre competencia, en vistas del cual las posibles intervenciones de los estados miembros en las respectivas economías nacionales quedan sujetas a restricciones. A pesar de su relevancia, durante largo tiempo la disciplina comunitaria de las ayudas de estado fue la que menor efecto tuvo en la construcción del modelo comunitario de tutela de la competencia. No obstante, desde hace ya algunos años las ayudas de Estado han dejado su lugar marginal en el derecho de la competencia hasta devenir en la actualidad pieza clave de la integración del mercado económico.

El artículo 87.1 TCE prohíbe, 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”*. Puede advertirse fácilmente que el Tratado no ofrece una definición del concepto de ayuda de Estado; la formulación del precepto es genérica y permite incluir en su seno una gran variedad de medidas. Ello ha provocado que su concepto se haya asentado a partir de la práctica del TJCE y de la Comisión, creando una disciplina jurídica de tipo anglosajón basada en la aplicación analógica del precedente a la nueva categoría. Más allá de la cuestión meramente teórica de determinar los perfiles que identifiquen el concepto comunitario de ayuda de Estado, son evidentes los efectos prácticos que se infieren del mismo, puesto que de dicho concepto dependerá en último término la extensión del radio de acción de las competencias de control de las instituciones comunitarias sobre la política económica y social de los Estados. Así, desde la construcción de un concepto restrictivo de ayuda de Estado, que excluya de esta noción a las medidas que no implican un esfuerzo financiero para el Estado serán legítimas todas las prácticas de sostenimiento público a las empresas que no representen una transferencia de recursos financieros. Por el contrario, de acogerse un concepto más amplio que incluya cualquier intervención pública estatal, sea o no a través de aportaciones financieras del Estado, significará limitar la discrecionalidad estatal en la elaboración y aplicación de las políticas públicas, y, en consecuencia, un mayor control de la Comisión Europea sobre dichas políticas

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es elemento determinante en la elaboración del régimen relativo a la ayuda de Estado la amplia interpretación que se hace de las medidas financieras que pueden llegar a integrar dicho concepto. Así, de conformidad con la definición ya clásica en la jurisprudencia comunitaria, el TJCE realiza una interpretación lata del concepto de ayuda que va más allá de la mera subvención, e incluye no sólo los beneficios que puedan entregarse directamente, sino cualquier medida que de una u otra forma mitigue o disminuya las cargas que normalmente debería soportar una empresa.

De conformidad con el TJCE, se integran en el concepto de ayuda de Estado cualquier tipo de ventaja económica que en condiciones normales la empresa no obtendría del mercado, tales como créditos a un tipo de interés inferior al del mercado (STJCE 29 de abril de 1999, Asunto C-342/96) obtenidos porque el

Estado actúa directamente en el mercado, las exenciones fiscales (STJCE de 15 de marzo de 1994, Asunto C-387/92), las garantías estatales (STJCE de 27 de junio de 2000, Asunto C-404/97) o la recapitalización o participación en el capital social de las empresas, aun cuando ello significara que el Estado se ahorrara sumas importantes, superiores a la suma de la participación, derivadas de las indemnizaciones por despido y las prestaciones por desocupación a cargo del Estado y no satisfechas gracias a la continuidad de la empresa (STJCE de 14 de septiembre de 1994, Asuntos C-278/92 a 280/92).

Asimismo, en el concepto de ayuda de Estado se incluyen no sólo las prestaciones positivas como las ahora referidas, sino también cualquier otra intervención que bajo distintas formas alivia las cargas que recaen sobre el presupuesto de la empresa y que, por consiguiente, sin que puedan considerarse en sentido propio subvenciones producen efectos idénticos a las subvenciones. En este sentido, el TJCE opera con un criterio de análisis basado en la estricta racionalidad económica: ante la actuación del Estado a favor de una empresa o sector debe contestarse a la pregunta de si en idénticas circunstancias un operador privado de dimensiones comparables seguiría idéntica actuación.

Así cualquier intervención pública en empresas singulares con criterios distintos de los de rentabilidad con los que operaría un agente económico privado será calificada de ayuda de Estado (STJCE 29 de abril de 1994, C-42/93). Así, por ejemplo, no se ha dudado en incluir dentro de la noción de ayuda la operación de recapitalización de empresas en dificultades sin disponer de garantías suficientes en un plan de reestructuración o teniendo en cuenta únicamente “preocupaciones de carácter social” sin cerciorarse de una perspectiva verosímil de rentabilidad de tales aportaciones (STJCE de 8 de mayo de 2003, Asuntos acumulados C-328/99 y 399/00) o, en fin, la ausencia de reclamación de las cantidades adeudadas por las empresas en concepto de cotizaciones sociales o impuestos impagados (STJCE de 14 de septiembre de 2004, Asunto C-276/02).

Como se habrá advertido ya, en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia se da un paso más: en qué medida la renegociación de los pactos de aplazamiento y fraccionamiento inicialmente alcanzados con el FOGASA y la TGSS constituyen una ayuda de Estado indirecta. En opinión del Tribunal de Primera Instancia, no puede afirmarse con carácter general que un acreedor

privado ante el incumplimiento de los acuerdos iniciales hubiera procedido a celebrar un nuevo acuerdo, evitando la ejecución forzosa de sus créditos.

No resulta tarea fácil establecer, en criterios de un operador privado, cuál debería ser el proceder de los organismos públicos, ante los reiterados incumplimientos empresariales de los acuerdos de reescalonamiento de deudas. Seguramente, desde la lógica del acreedor privado que impone la jurisprudencia comunitaria, el elemento determinante para evaluar las consecuencias que debería tener el incumplimiento de los referidos acuerdos de aplazamiento y fraccionamiento de deudas debería buscarse en las perspectivas de viabilidad de la empresa. Es el conocimiento de dicha información elemento determinante para evaluar si los organismos públicos actuaron con el fin de salvaguardar todos los derechos que tenían sobre Sniace. Es este factor el que, en mi opinión, explica el sentido del fallo del Tribunal de Primera Instancia. Ya se ha dicho más arriba, en relación con la doctrina del TJCE, que la disciplina comunitaria de las ayudas de Estado exige analizar la intervención estatal a la luz de las reglas de la economía de mercado; esto es, cerciorarse si en las empresas en dificultades se disponen de garantías suficientes de continuidad que aseguren las aportaciones estatales. Desde esta misma lógica, debería quedar suficientemente acreditada una perspectiva verosímil de viabilidad que asegurase el retorno efectivo de los derechos pendientes de cobro sin merma financiera para los organismos públicos acreedores. Solamente en tales casos quedaría justificada que no se exigiese la ejecución forzosa de sus créditos y se procediese a nuevos acuerdos de aplazamiento y devolución de las deudas. Nuevos acuerdos que quedarían plenamente justificados por una verosímil perspectiva de recuperar al máximo las cantidades adeudadas.

Sea como fuere, a modo de conclusión, interesa destacar la ductilidad del concepto de ayuda de Estado, así como el amplio margen de discrecionalidad que ofrece a los órganos comunitarios para perfilar una política industrial comunitaria en la que las razones sociales no constituyen criterio suficiente para justificar la intervención estatal en las empresas en dificultades. En este caso, el Tribunal de Primera Instancia da un paso más, puesto que existe una clara y notable diferencia entre determinar si los acuerdos de aplazamiento respetan las reglas de la libre competencia (esto es, que estén financiadas a interés de mercado y se prevean con carácter general en la legislación), y valorar qué consecuencias deberían deducirse del incumplimiento de este tipo de acuerdos por parte del deudor.

Daniel Martínez Fons

IUSLabor 1/2008

ISSN: 1699-2938