

Sobre el «criterio del acreedor privado» para determinar la existencia o no de una ayuda pública en los concursos de acreedores

(La Sentencia del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea de 20 de septiembre del 2017)

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejero académico de GA_P

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece las condiciones para no considerar ayuda de Estado la decisión de una autoridad pública cuando se comporta como lo haría un acreedor privado en una economía de mercado al aceptar una quita en un procedimiento de convenio de acreedores.

1. El supuesto de hecho

Una sociedad eslovaca productora de bebidas alcohólicas que había conseguido un aplazamiento de su deuda fiscal previa constitución de garantías no pudo hacer frente a los pagos pactados y, en consecuencia, presentó la solicitud de iniciación de un procedimiento de convenio de acreedores ante el tribunal regional competente, proponiendo el pago del 35 % de la deuda, que ascendía a un total de 21,4 millones de euros, de los cuales 21,3 millones correspondían a la deuda fiscal.

El convenio fue aceptado y suscrito por todos los acreedores, incluida la autoridad fiscal local, y fue homologado por el tribunal. En virtud del convenio, la sociedad cumplió su compromiso de pago y abonó al fisco 7,45 millones de euros, con lo que el tribunal declaró cerrado el proceso.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Diez meses después de concluido el proceso, se presentó una denuncia ante la Comisión Europea por considerar que la sociedad eslovaca se había beneficiado del otorgamiento de una ayuda pública ilegal.

En el procedimiento de infracción incoado por la Comisión Europea, la República Eslovaca reconoció la concesión de la ayuda y solicitó su autorización en concepto de ayuda de salvamento concedida a una empresa en crisis. Sin embargo, la Comisión Europea declaró que tal ayuda estatal era incompatible con el mercado interior y ordenó su recuperación (Decisión de 7 de junio del 2006).

2. Los recursos judiciales y sus consecuencias

La citada decisión fue recurrida ante el Tribunal General de la Unión Europea, que desestimó el recurso por infundado.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal de Justicia consideró que la Comisión había incurrido en un error de apreciación al haber prescindido en su análisis del criterio de la conducta de un acreedor privado, así como de los efectos que habría tenido la liquidación judicial y, por tanto, devolvió el asunto al Tribunal General para que resolviese en consecuencia.

La Comisión decidió entonces derogar la decisión primitiva y analizar si la autoridad fiscal, al aceptar una quita del 65 % de la deuda, se había comportado como un acreedor privado en una economía de mercado, llegando a la conclusión de que la posición de la autoridad fiscal como acreedor de la sociedad era más favorable, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, que la de los acreedores privados porque era titular del 99 % de los créditos y sus créditos podían satisfacerse en el proceso de liquidación judicial o de ejecución fiscal por estar garantizados por activos fácilmente vendibles, de modo que le hubiera resultado más beneficioso acudir a estos procedimientos. Basándose en este razonamiento, la Comisión volvió a declarar que se trataba de una ayuda pública incompatible con el mercado interior (Decisión de 16 de octubre del 2013).

La sociedad eslovaca recurrió la nueva decisión ante el Tribunal General, que estimó que la conclusión de que tanto el procedimiento de liquidación judicial como el procedimiento de ejecución fiscal eran más ventajosos para la autoridad fiscal que el procedimiento de convenio de acreedores adolecía de errores de hecho y de derecho y, en consecuencia, anuló la decisión de la Comisión y la condenó en costas.

La Comisión Europea recurrió la sentencia ante el Tribunal de Justicia en casación solicitando que anulara la sentencia recurrida y, subsidiariamente, que devolviera el asunto al Tribunal General para su reconsideración por haber interpretado de modo incorrecto la decisión de la Comisión. Finalmente el Tribunal de Justicia desestimó el recurso (Sentencia de 20 de septiembre del 2017).

3. Las cuestiones controvertidas

Con independencia del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia, el pleito presenta un gran interés porque aborda varias cuestiones importantes como las relativas al concepto de ventaja económica —requisito indispensable para que exista una ayuda pública—, a la forma de aplicar el criterio del acreedor privado en una economía de mercado y a la obligación de investigar las circunstancias del caso que incumbe a la Comisión Europea en este campo. Son cuestiones todas ellas de gran trascendencia en los casos en los que un acreedor de naturaleza pública participa en la aprobación de un convenio en un procedimiento de concurso de acreedores aceptando una quita o una espera.

En este caso, las principales cuestiones objeto de discusión son dos: por una parte, si la autoridad fiscal eslovaca actuó como poder público o como operador privado con respecto al procedimiento del convenio de acreedores y, por otra, si, al optar por aprobar una reducción de la deuda, se comportó o no como un acreedor privado en una economía de mercado.

En cuanto a la primera, la controversia se centra en determinar cómo actuó la autoridad fiscal en el momento de adoptar la decisión de acceder a la quita propuesta en el convenio de acreedores. En opinión del Tribunal de Justicia, se trata de una cuestión que solamente puede dilucidar el Estado afectado, de modo que un tercero no puede invocarla y mucho menos determinarla. En la duda, hay que recabar información del citado Estado para poder evaluar su comportamiento. En este caso, sin embargo, no surge ninguna duda porque existe un reconocimiento expreso del Estado eslovaco del hecho de que la autoridad fiscal actuó como poder público, como lo prueba la notificación posterior a la Comisión Europea y la presentación de una solicitud de declaración de compatibilidad para la ayuda otorgada basada en que se trataba de una ayuda de salvamento concedida a una empresa en crisis.

En cuanto a la segunda, el tribunal reitera que, para que exista una ayuda pública en el sentido establecido por el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se requiere, en primer lugar, una intervención directa del Estado o de cualquier poder público o realizada mediante fondos estatales; en segundo lugar, que la citada intervención afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros de la Unión Europea; en tercer lugar, que confiera una ventaja selectiva al beneficiario; y, en cuarto lugar, que pueda falsear real o potencialmente la competencia en el mercado. En este sentido recuerda que el concepto de ‘ayuda’ comprende no sólo prestaciones positivas, como las subvenciones, sino también todas aquellas intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas de las empresas y tienen la misma naturaleza y efectos que las subvenciones, como sería el caso de una quita en un procedimiento concursal.

Sin embargo, los requisitos que debe reunir una medida para ser considerada una ayuda pública no concurrirán en el supuesto de que la empresa beneficiaria pudiera obtener la misma ventaja que le otorgó el Estado mediante otros mecanismos en condiciones normales

de mercado. Esta apreciación ha de tenerse particularmente en cuenta cuando un acreedor público otorga a una empresa facilidades de pago de una deuda, ya que en este caso será necesario dilucidar si lo ha hecho en las mismas condiciones en que lo habría hecho un acreedor privado.

Por consiguiente, cuando se advierte que el criterio del acreedor privado puede ser aplicable, corresponde a la Comisión Europea solicitar al Estado miembro toda la información necesaria para hacer este análisis y determinar si la empresa beneficiaria habría obtenido facilidades comparables de un acreedor privado que se hallara en una situación semejante a la del acreedor público y tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase una empresa que se encontrara en dificultades económicas. En consecuencia, el examen que debe hacer la Comisión no puede limitarse únicamente a las opciones que barajó el operador público, sino a todas las razonablemente consideradas por un acreedor privado en tal situación.

Frente a la argumentación de la Comisión de que del análisis efectuado basándose en la información y los datos que poseía el acreedor público o que debería poseer por ser notorios (entre ellos, un informe económico sobre el valor de liquidación de los activos de la sociedad) se llegaba a la conclusión de que un acreedor privado no habría aceptado el convenio de acreedores, sino que habría optado por los procedimientos de liquidación judicial o de ejecución administrativa, el tribunal considera que, la Comisión, al aplicar el criterio del acreedor privado, debe llevar a cabo una apreciación global teniendo en cuenta cualquier dato que le permita determinar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no habría obtenido en ningún caso ventajas comparables de un acreedor privado prudente y diligente que se hallara en situación similar a la del acreedor público. Asimismo reconoce que se trata de una cuestión que requiere una apreciación económica compleja que debe ser llevada a cabo por la Comisión y no por el juez, pues la función de éste debe limitarse a verificar la exactitud de los elementos probatorios invocados y su fiabilidad y coherencia, así como también si tales elementos son adecuados para sostener las conclusiones que se derivan de ellos.

Pues bien, la información de la cual podía disponer la Comisión abarca también la que habría podido obtener si la hubiera solicitado. Dado que los elementos obrantes en el expediente administrativo no eran suficientes para fundamentar de manera inequívoca que las valoraciones de los coeficientes de liquidación efectuadas por la Comisión eran más beneficiosas para la autoridad fiscal que el aceptar el convenio de acreedores, aquélla debería haber intentado recabar información adicional para fundar sus conclusiones y, al no haberlo hecho, el Tribunal de Justicia procede a desestimar el recurso de casación.