

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. M. POIARES MADURO
presentadas el 1 de abril de 2004¹

1. Mediante el presente recurso, el Reino de España solicita al Tribunal de Justicia que anule la Decisión 2002/935/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2002, relativa a una ayuda en favor del Grupo de Empresas Álvarez.² A tenor de esta Decisión dirigida a España, la ayuda que constituye el impago continuado de impuestos y cotizaciones sociales por el Grupo de Empresas Álvarez, S.A. (en lo sucesivo, «GEA»), y por Vidrios Automáticos del Norte, S.A. (en lo sucesivo, «VANOSA»), filial de GEA, tras declararse la suspensión de pagos de GEA el 19 de noviembre de 1997 y de VANOSA el 14 de noviembre de 1997, y entre estas últimas fechas respectivamente y enero de 2001, es incompatible con el mercado común.

2. Merece la pena recordar brevemente el contexto de este asunto. Este recordatorio parece aún más necesario si se tiene en cuenta que el escrito de interposición del recurso presentado ante el Tribunal de Justicia no contiene una articulación clara de los motivos de anulación. Tal confusión origina una dificultad procesal que debe despejarse antes de iniciar cualquier examen del fondo del asunto.

I. Contexto del asunto

A. Situación de las empresas beneficiarias de la ayuda

3. GEA es una empresa dedicada a la fabricación y venta de vajillas y de porcelana. Hasta 1991, era uno de los principales fabricantes españoles de vajillas. VANOSA, filial suya al 100 %, operaba en el sector de los envases de vidrio. A partir de 1992, el sector en el que operaban dichas empresas atravesó graves dificultades. A éstas se añadió la situación de crisis económica de la región de Galicia, donde el grupo de las citadas empresas tiene su sede.

4. Estas dificultades motivaron la concesión a GEA por las autoridades públicas españolas, entre 1992 y 1996, de diferentes ayudas económicas en forma de garantías y de una subvención directa. Aunque fueron consideradas ilegales, porque no habían sido notificadas, la Comisión declaró, mediante

1 — Lengua original: portugués.

2 — DO L 329, p. 1 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

una primera Decisión 98/364/CE, de 15 de julio de 1997,³ que dichas ayudas eran conformes a las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis y, por tanto, compatibles con el mercado común. Sin embargo, la referida institución sometía dicha declaración a un doble requisito. Por un lado, las autoridades españolas debían abstenerse de conceder en el futuro cualquier nueva ayuda y aplicar plenamente el plan de reestructuración aprobado. Por otro lado, las referidas autoridades debían presentarle informes semestrales relativos a la aplicación de dicho plan y sobre la situación económica de GEA.

y una reestructuración de la deuda restante. Hay que señalar que la Comisión no ha observado al parecer en dicho informe ningún incumplimiento de los requisitos de autorización de la ayuda. Únicamente las denuncias presentadas por competidores llevaron a la Comisión a incoar un nuevo procedimiento con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2. Dichas denuncias se basaban en la actuación de las autoridades españolas, según las cuales éstas habían renunciado a recaudar una cantidad considerable en concepto de impuestos y cotizaciones sociales a las empresas afectadas.

B. La Decisión impugnada

5. El segundo informe sobre la aplicación del plan de reestructuración fue recibido por la Comisión el 21 de mayo de 1999. Mediante dicho informe, la Comisión tomó conocimiento de la existencia de suspensiones de pagos declaradas a instancia de dichas empresas por el Juzgado de Primera Instancia de Vigo en 1997 y de acuerdos celebrados, conforme a la legislación nacional, con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y con la Tesorería General de la Seguridad Social en 1998 (en lo sucesivo, «acuerdos»). Los acuerdos suscritos por la Agencia Tributaria con cada una de las dos empresas el 14 de abril de 1998 se referían, por un lado, a la condonación parcial de la deuda tributaria de las dos empresas y, por otro lado, al aplazamiento y reprogramación a largo plazo del saldo de la deuda. El acuerdo concreto suscrito por VANOSA con la seguridad social el 6 de noviembre de 1998 preveía una condonación parcial de la deuda contraída con ésta así como un aplazamiento

6. La Decisión impugnada, adoptada al término del procedimiento iniciado por la Comisión, pone de relieve esencialmente que, entre las fechas de las declaraciones de suspensión de pagos relativas a GEA y VANOSA y enero de 2001, estas dos empresas incumplieron sistemáticamente sus obligaciones tributarias y con la seguridad social. En aquélla se afirma que, conforme a la Decisión 1999/509/CE de la Comisión, de 14 de octubre de 1998, relativa a la ayuda otorgada por España a las empresas del grupo Magefesa y sus empresas sucesoras,⁴ confirmada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión,⁵ el impago permanente y sistemático de las cotizaciones sociales y de un importe considerable de impuestos a raíz de las declaraciones de suspensión de pagos y de la suscripción de acuerdos constituye una transferencia de

3 — DO 1998, L 164, p. 30.

4 — DO 1999, L 198, p. 15.

5 — Asunto C-480/98, Rec. p. I-8717.

fondos estatales a GEA y a VANOSA. Se expone a continuación que la ventaja así obtenida por las empresas afectadas con respecto a sus competidores en los intercambios intracomunitarios resulta de la omisión de las autoridades españolas, las cuales no adoptaron las medidas necesarias para someter a dichas empresas a sus obligaciones. De ello se deduce un aumento considerable de las deudas contraídas por dichas empresas, lo que demuestra que el Estado no ha actuado, en las circunstancias del presente caso, como un acreedor privado diligente.

7. En estas circunstancias, la Comisión considera que la renuncia de las autoridades españolas a exigir el pago de los impuestos y de las cotizaciones sociales adeudados por GEA y VANOSA constituye una ayuda en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. Además, estima que dicha ayuda no puede acogerse a ninguna de las excepciones previstas en el artículo 87 CE, apartados 2 y 3. La referida institución decide, en consecuencia, que la ayuda de que se trata es incompatible con el mercado común y solicita al Reino de España que adopte todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario de la ayuda la recuperación de ésta.

II. Sobre la admisibilidad de los motivos invocados

8. En sus escritos, las partes coinciden en reconocer que los motivos de recurso se

basan en la infracción del artículo 87 CE, apartado 1. En la argumentación de la demandante, es posible distinguir tres motivos de anulación. La violación del Tratado CE está constituida, en primer lugar, por un error en la elección y la interpretación del marco jurídico aplicable, en segundo lugar, por un error en la materialidad de los hechos aducidos para basar la Decisión impugnada y, en último lugar, por un error en la calificación jurídica de los hechos pertinentes.

9. Subsiste la duda, sin embargo, sobre la admisibilidad de otro motivo invocado en el curso del proceso. En su réplica, la demandante solicita la anulación parcial de la Decisión impugnada basándose en la no determinación del período al que se aplica la imputación de ayuda de Estado. En dicha solicitud, la Comisión descubre un motivo nuevo. Solicita asimismo su desestimación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el cual prohíbe que en el curso del proceso se invoquen motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento.

10. He de recordar que el Tribunal de Justicia tiene por norma no acoger ningún motivo presentado por primera vez en la réplica. Puede suceder, efectivamente, que admita que se presente en esta fase un motivo nuevo, pero será porque concurra una de las tres situaciones excepcionales

siguientes: resulta patente o bien que el motivo de que se trate no constituye de hecho más que una ampliación de un motivo enunciado anteriormente, directa o implícitamente, en el escrito de interposición del recurso,⁶ o bien que dicho motivo es un motivo de orden público que debe ser invocado de oficio,⁷ o que se basa en un elemento nuevo aparecido durante el procedimiento.⁸

11. En el presente caso, no me cabe duda de que el motivo invocado extemporáneamente es inadmisibile. ¿Cuál es el objeto de las conclusiones a las que llega el Gobierno español en su réplica? Es criticar la forma en que la Comisión determinó el período de existencia de la ayuda. Tal y como ha sido formulado por la demandante, este motivo es ambiguo. Bajo una apariencia sencilla, comprende dos partes muy distintas.

12. Por un lado, la demandante alega una exposición poco clara, en la motivación de la Decisión impugnada, del período de existencia de la ayuda. A su juicio, esta Decisión adolece de una ilegalidad formal consistente en una falta de motivación. Bajo esta forma, el motivo versa sobre una causa jurídica distinta de la causa a la que se vinculan los motivos invocados en la demanda, que se refieren todos ellos a la legalidad en cuanto al fondo de la citada Decisión. La presentación

extemporánea de un motivo relativo a una causa nueva que no guarda relación con los motivos invocados en el escrito de interposición del recurso debe considerarse sin más, a mi juicio, un motivo nuevo cuya inadmisibilidad ha de declararse. Sin embargo, si el Tribunal de Justicia siguiera una parte de su jurisprudencia y considerase que tal motivo es un motivo de orden público que ha de ser invocado de oficio por el órgano jurisdiccional comunitario,⁹ le bastaría con declarar que la Comisión se atuvo a su obligación de motivación al indicar claramente, en los considerandos 41 a 55 de la Decisión impugnada, la duración de la ayuda y el razonamiento que le condujo a dicha determinación.¹⁰ Suponiendo que sea considerado admisible, el motivo basado en una falta de motivación carece de fundamento.

13. Por otro lado, la demandante impugna directamente la duración de la ayuda controvertida. Concretamente, acusa a la Comisión de haber imputado el punto de partida de la ayuda a la fecha de los procedimientos de suspensión de pagos, cuando dichos

6 — Sentencia de 30 de septiembre de 1982, *Amylum/Consejo* (108/81, Rec. p. 3107), apartado 25.

7 — Sentencia de 20 de febrero de 1997, *Comisión/Daffix* (C-166/95 P, Rec. p. I-983), apartado 24.

8 — Sentencia de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, (asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375), apartados 369 a 379.

9 — Si bien la calificación de la obligación de motivación como motivo de orden público parece consolidada en la jurisprudencia, subsiste una incertidumbre acerca de las consecuencias procesales que deben deducirse de ella. Unas veces el Tribunal de Justicia considera simplemente que «puede examinar de oficio los vicios sustanciales de forma», de los que forma parte la obligación de motivación (véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de mayo de 1991, *Oliveira/Comisión*, C-304/89, Rec. p. I-2283, apartado 18), mientras que otras considera que se trata de un deber que está obligado a cumplir (véase, en particular, la sentencia de 3 julio de 2003, *Bélgica/Comisión*, C-457/00, Rec. p. I-6931, apartado 102). En mi opinión, la potestad de invocar de oficio motivos de orden público es una mera facultad y no una obligación jurídica. Únicamente es un «deber» en el sentido general de que el órgano jurisdiccional comunitario tiene por misión garantizar una tutela judicial efectiva, por lo que solamente puede imponerse cuando el incumplimiento de la obligación de que se trate resulte manifiesto.

10 — En dichos considerandos de la Decisión impugnada, la Comisión precisa claramente el período de la ayuda y su voluntad de impugnar la inactividad de las autoridades públicas frente a las deudas contraídas por las empresas de que se trata a raíz de la suspensión de pagos.

procedimientos y los acuerdos formaban parte, a su juicio, de las renunciaciones que había avalado la Comisión en su primera Decisión 98/364 de 1997. En dicha imputación, la Comisión ve un mero problema de cuantificación de los elementos de la ayuda, que pertenece a la fase siguiente de la ejecución de la Decisión impugnada. Me parece más justo, sin embargo, considerar que la determinación del momento de la concesión de las ventajas y de la duración de éstas forma parte directamente de la operación de calificación de la ayuda. Este motivo tiene, pues, en común con los motivos de la demanda que se refiere a la infracción del artículo 87 CE, apartado 1. De ello no se deduce, sin embargo, que sea admisible.

14. Sin duda resultaría de interés examinar la fundamentación de este motivo si pudiera acreditarse su admisibilidad. Habría que decir entonces que la determinación del momento de la concesión de una ayuda puede variar. En principio, la ayuda sólo puede producirse en el momento de la concesión de las ventajas controvertidas. Pero la situación será distinta cuando estas últimas hayan sido concedidas incumpliendo una decisión de ayuda autorizada por la Comisión. En este caso, en efecto, la legalidad de las medidas autorizadas está estrictamente ligada a la observancia de las condiciones fijadas por la Comisión al Estado de que se trate. Cuando pueda demostrarse que el Estado no ha cumplido las obligaciones y condiciones a las que debía atenerse, cabe arriesgarse a considerar que la calificación de ayuda se extiende no solamente a las ventajas no previstas (en el presente caso, las renunciaciones a raíz de la suscripción de los acuerdos), sino también a las medidas que, en el momento de su examen, no habían suscitado objeción alguna a la luz de las

normas del Tratado (en este caso, las renunciaciones consecutivas a los procedimientos de suspensión de pagos y los acuerdos que les siguieron).¹¹

15. Pero tal esfuerzo es inútil en este asunto. En efecto, dicha imputación no es, como pretende la demandante, un mero argumento en apoyo de los motivos de la demanda. Constituye un auténtico motivo, apoyado en un razonamiento y unos elementos de hecho y de Derecho diferentes de aquellos que se aportaron en apoyo de la demanda. Aunque no deje de estar relacionado con la causa de anulación invocada en la demanda, el motivo así entendido es claramente distinto de los que se exponen en ésta. Contribuye, en consecuencia, a ampliar el objeto del litigio en un momento en el que éste está ya fijado y no puede, en principio, cambiar. En tal caso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece estrictamente que el derecho del demandante a invocarlo no ha caducado.¹²

16. He de añadir que, en el caso de autos, no puede aplicarse la excepción prevista por el Reglamento de Procedimiento: sea cual fuere el fundamento al que se vincule, no puede considerarse que este motivo se basa en elementos que aparecieron durante el procedimiento. No existía en realidad ningún obstáculo para que se hubiera observado la supuesta ilegalidad de la adopción de la Decisión impugnada.

11 — Véase, en este sentido, Keppenne J.-P., *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 94.

12 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de abril de 1982, Dürbeck/Comisión (11/81, Rec. p. 1251), apartado 13, y de 6 de diciembre de 1984, Biovilac/CEE (59/83, Rec. p. 4057), apartado 24.

17. De lo antedicho se deduce que procede declarar la inadmisibilidad de las dos partes del motivo basado en la indeterminación del período de existencia de la ayuda.

III. Sobre la infracción del artículo 87 CE, apartado 1, y la calificación de ayuda de Estado

18. En apoyo de su pretensión de anulación, la demandante alega tres motivos. Mediante el primero, impugna el marco y el criterio jurídicos aplicables a las medidas de ayuda a las empresas en crisis. De ello se deduce, en efecto, que todo procedimiento de suspensión de pagos implica una ayuda de Estado. Suponiendo que se aplique dicho marco, rebate, mediante un segundo motivo, el hecho de que las autoridades españolas permanecieran inactivas durante el período de impago de los impuestos y las cotizaciones sociales. Mediante su tercer motivo, la demandante se opone a la apreciación que hace la Comisión de la actuación de las referidas autoridades.

19. El primero de estos motivos equivale a cuestionar la pertinencia del criterio denominado «del acreedor privado» en el análisis del tratamiento de las empresas en crisis, mientras que los otros dos se basan en errores supuestamente cometidos al aplicar en el presente caso dicho criterio.

A. El error de Derecho: pertinencia del criterio del acreedor privado en la definición del concepto de ayuda de Estado

20. La demandante considera, en primer lugar, que el comportamiento imputado resulta de la aplicación normal de la legislación nacional en materia de quiebra. Cualquier otra empresa que se encontrara en la misma situación podría haber sido objeto de los mismos procedimientos. Sugiere que el marco de análisis seguido por la Comisión en la Decisión impugnada equivale a cuestionar una normativa de carácter general y no medidas específicas como requiere el Derecho comunitario relativo a las ayudas de Estado. Todos los procedimientos de prevención de la quiebra establecidos por los Estados miembros estarían, por tanto, amenazados.

21. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que la posible pérdida de ingresos de naturaleza fiscal que sufriría el Estado como consecuencia de la aplicación del régimen de administración extraordinaria, debido a la prohibición absoluta de las sanciones de ejecución con carácter individual y a la interrupción del devengo de los intereses sobre todas las deudas de la empresa afectada, no puede justificar, por sí sola, que dicho régimen se califique de ayuda. La razón de ello se encuentra en que esta consecuencia es inherente a todo régimen legal que fije el marco en el que se organizan las relaciones entre una empresa insolvente y la masa de sus acreedores, sin que de ello pueda deducirse automática-

mente la existencia de una carga económica adicional soportada directa o indirectamente por las autoridades públicas y destinada a conceder un beneficio determinado a las empresas interesadas.¹³ No es menos cierto que, en determinadas circunstancias particulares, la conducta seguida por el Estado en el marco de un procedimiento de quiebra puede constituir una ayuda en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.¹⁴ Así se declaró, en particular, en relación con la decisión de acreedores públicos de no solicitar la liquidación de las empresas del grupo Magefesa que no habían cumplido sus obligaciones fiscales hasta la interrupción de sus actividades.¹⁵

22. Como expone la Comisión, el marco jurídico del presente asunto se deduce claramente de dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular del asunto «Magefesa». En ninguna parte de la Decisión impugnada la Comisión pretende deducir de los procedimientos de prevención de la quiebra iniciados y de los acuerdos celebrados, ni tampoco de las pérdidas que de ello se derivan para los acreedores públicos, la existencia de una ayuda de Estado. No se impugnan en esta Decisión ni la legislación nacional sobre la quiebra ni los procedi-

mientos de prevención considerados en sí mismos. A este respecto, no se discute que los acreedores públicos disponían de diferentes medios de actuación para someter a las empresas afectadas a sus obligaciones y de una facultad discrecional a la hora de decidir la aplicación de dichos medios. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ello es suficiente para demostrar la existencia de medidas específicas.¹⁶ Se supone que la ayuda resulta no del beneficio general que puede proporcionar la legislación nacional sino del beneficio *específico y selectivo* resultante de la aplicación que se haga de ella en el caso concreto.¹⁷

23. Para evaluar el comportamiento de los poderes públicos en casos como los del presente asunto, el Tribunal de Justicia ha

13 — Sentencia de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade (C-200/97, Rec. p. I-7907), apartado 36. Para fundamentar esta afirmación, el Tribunal de Justicia cita la sentencia de 17 de marzo de 1993, Sloman Neptun (asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. p. I-887), apartado 21.

14 — Véanse las sentencias de 29 de abril de 1999, España/Comisión (C-342/96, Rec. p. I-2459); de 29 de junio de 1999, DM Transport (C-256/97, Rec. p. I-3913), y de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, citada en la nota 5 *supra*.

15 — Sentencia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, citada en la nota 5 *supra*.

16 — Véanse las sentencias de 26 de septiembre de 1996, Francia/Comisión (C-241/94, Rec. p. I-4551), apartados 20 y 21, y DM Transport, citada en la nota 14 *supra*, apartado 30. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola en el asunto España/Comisión (C-342/96, citado en la nota 14 *supra*), punto 8, así como las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto DM Transport, citado en la nota 14 *supra*, punto 40, y las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión (C-480/98, citado en la nota 5 *supra*), puntos 12 a 14.

17 — Nótese que el Tribunal de Justicia llega a confundir los conceptos de especificidad y selectividad (véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión, C-75/97, Rec. p. I-3671, apartado 26). Ahora bien, cabe preguntarse si no procede diferenciarlos. En efecto, la especificidad se opone a la *generalidad*. Una medida es específica cuando se aplica a una categoría especial de empresas sin que esta diferenciación pueda estar justificada por la naturaleza y la estructura del sistema de cargas en el que se enmarcan (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de febrero de 2003, España/Comisión, C-409/00, Rec. p. I-1487, apartado 52). Tal medida conduce a la aplicación de un trato *especial*. La selectividad es un requisito distinto que opera en una fase diferente del análisis (véanse los puntos 24 y 25 de las presentes conclusiones). La selectividad se opone no a la generalidad, sino a la *igualdad de trato* y supone que, dentro de una categoría común de operadores, algunos son elegidos para acceder a un trato *privilegiado*. En este sentido, puede existir un beneficio específico que no sea selectivo.

consagrado una metodología experimentada por la Comisión que consiste en comparar la conducta de las autoridades públicas con la que habría tenido un acreedor privado diligente en las mismas circunstancias.¹⁸

Hay que preguntarse si, en circunstancias comparables, un acreedor privado podría haber llegado a celebrar los mismos acuerdos, proceder a las mismas condonaciones y adoptar la misma actitud en la gestión de dichos acuerdos. Si las referidas intervenciones permiten a la empresa de que se trata superar una crisis pasajera, en beneficio del acreedor, podrán ser admitidas. Pero si se limitan a querer salvar una empresa no viable e inadapta a las condiciones del mercado, serán condenadas, por ser contrarias a la lógica y la eficacia económica y al buen funcionamiento del mercado común.

24. En la Decisión impugnada, la Comisión recuerda con razón que el criterio del acreedor privado no debe confundirse con otro, más clásico en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el del inversor privado.¹⁹ Mientras que el inversor pretende obtener un beneficio realizando intervenciones en determinadas empresas, el acreedor busca conseguir el pago de las cantidades

que le adeuda un deudor que tiene dificultades económicas.²⁰ El inversor puede elegir la inversión que considere más rentable. En teoría, el capital que está dispuesto a invertir en una empresa está disponible, en las mismas condiciones, para todos los operadores del mercado. La situación del acreedor es distinta. Éste está ya inmerso en una relación privilegiada con una empresa deudora a la que puede estar dispuesto a conceder nuevas ventajas en forma de condonación o de reestructuración de las deudas. El capital que está en juego en este caso no se pone «en el mercado». No está disponible, en las mismas condiciones, para los demás operadores económicos. Tal capital se concede tomando en consideración únicamente los intereses de las dos partes. De esta diferencia de situaciones debe desprenderse, a mi juicio, una diferencia en la forma de apreciar la comparación entre el comportamiento de los poderes públicos y el de un operador privado. En una situación de inversión, la comparación se realiza «en condiciones normales de mercado». Si el capital se concede en buenas condiciones para el inversor, aunque se trate de una empresa en crisis, de forma que pueda esperar una rentabilización económica del mismo a un plazo más o menos largo, no existirá ventaja y la competencia no resultará falseada. En una relación de acreedor a deudor, la situación es diferente. No cabe situarse en «condiciones similares de mercado».²¹ Se trata de evaluar la situación de las empresas deudoras no con relación a la situación de sus competidores en el mercado, sino con relación a la de las empresas que se encuentran en las mismas dificultades. Hay que preguntarse entonces no solamente si existe una ventaja económica, puesto que no

18 — Sentencia de 29 de abril de 1999, España/Comisión, citada en la nota 14 *supra*, apartado 46.

19 — Considerando 49 de la Decisión impugnada. Sobre el criterio del inversor privado, véanse, en particular, las sentencias de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión (C-305/89, Rec. p. I-1603); de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión (asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103), y de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión (C-334/99, Rec. p. I-1139).

20 — Sentencias de 29 de abril de 1999, España/Comisión, citada en la nota 14 *supra*, apartado 46, y de 29 de junio de 1999, DM Transport, citada en la nota 14 *supra*, apartado 24.

21 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto DM Transport, citado en la nota 14 *supra*, punto 34.

hay duda de ello,²² sino si dicha ventaja es una «ventaja» en el sentido de que tiene como efecto conceder un trato preferencial a una empresa, al margen de cualquier justificación conforme a la lógica de la eficacia económica.²³ En este caso, el criterio decisivo no es, pues, el de si existe una ventaja económica, sino el de si ésta corresponde a un trato más favorable que el que dispensaría, en condiciones similares, un acreedor privado a su empresa deudora.

25. En ambos casos, no cabe sino aprobar el método de la comparación basada en el criterio del operador privado. Tal método es conforme al objetivo general perseguido por el Tratado, que es evitar que se creen en beneficio de determinados intereses económicos ventajas artificiales, confiriéndoles de

esta forma una situación privilegiada.²⁴ Pero hay que tener en cuenta las condiciones variables en las que ha de aplicarse dicho método. Éste no tiene la misma función ni el mismo sentido si se aplica al caso de un inversor o al de un acreedor.

26. En el caso de autos, el marco y el método jurídicos aplicados por la Comisión no parece que deban ser objeto de ninguna crítica seria. Son conformes a la distinción y al criterio establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La única cuestión que se plantea realmente es determinar cómo lo que la Comisión llama la «doctrina Magefesa» debe aplicarse en las circunstancias especiales del presente caso, habida cuenta de la conducta seguida por los poderes públicos. Se desprende, en efecto, de reiterada jurisprudencia que, en materia de apreciación de una ventaja constitutiva de una ayuda de Estado, las circunstancias concretas de cada asunto tienen especial importancia.²⁵

22 — Como tuvo ocasión de defender la Comisión ante el Tribunal de Justicia, basándose únicamente en el criterio del inversor privado, en condiciones de este tipo, la obtención de tal capital en el mercado hubiera sido más difícil para la empresa deudora. Suponiendo que la empresa en cuestión hubiera tenido que acudir al mercado de capitales para obtener un préstamo de valor equivalente a la ventaja resultante para ella de la condonación o la reestructuración de sus deudas, es evidente que hubiera tenido que contratar en condiciones menos favorables (véase la argumentación de la Comisión en las sentencias de 29 de abril de 1999, España/Comisión y DM Transport, citadas en la nota 14 *supra*, apartados 36 y 23, respectivamente). Ello es suficiente para considerar que existe la ventaja (véanse, también en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola en el asunto que dio lugar a la sentencia de 29 de abril de 1999, España/Comisión, citado en la nota 14 *supra*, punto 11). Pero, para el Tribunal de Justicia, ello no basta para considerar que existe una ayuda de Estado (sentencia de 29 de abril de 1999, España/Comisión, citada en la nota 14 *supra*, apartados 47 a 49).

23 — El criterio del acreedor privado demuestra así que, en determinados supuestos, puede existir una ventaja otorgada a una empresa con respecto a sus competidores en condiciones normales de mercado que no sea selectiva, puesto que dicha ventaja podría haber sido ofrecida a cualquier otro operador que se encontrara en las mismas condiciones.

27. Se impone una primera conclusión. El error de Derecho no ha podido ser demostrado. Por tanto, el primer motivo carece de fundamento.

24 — No puede negarse que las medidas estatales *selectivas* exponen a la Comunidad a un riesgo importante: es el riesgo de la «desviación» del sistema político, que consiste en otorgar un beneficio a un grupo reducido y hacer que recaiga el coste del mismo sobre los demás miembros de la colectividad, aun cuando éstos no ejercieran una influencia directa en la decisión de concesión de la ventaja.

25 — Véanse las sentencias Ecotrade, citada en la nota 13 *supra*, apartado 37, y de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, citada en la nota 5 *supra*, apartados 19 a 21.

B. El error en la aplicación del criterio del acreedor privado diligente

28. Se alega que el error resulta, por un lado, de una consideración parcial de los hechos pertinentes. Procede, por otro lado, de una calificación jurídica errónea de los hechos comunicados a la Comisión.

1. El error material de hecho

29. Para determinar si las autoridades españolas se han comportado, en las circunstancias del presente asunto, como acreedores suficientemente diligentes, es preciso conocer las actuaciones que han llevado efectivamente a cabo. Pues bien, el Gobierno español considera que la Decisión impugnada no refleja con exactitud los hechos pertinentes puestos en conocimiento de la Comisión. El referido Gobierno deduce de ello que dicha Decisión fue adoptada tomando como base circunstancias que no eran las que expone la Comisión.

30. Procede recordar que, en el marco de un recurso de anulación, la legalidad del acto impugnado debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el mismo.²⁶ De esta norma se desprende más concretamente, en materia de ayudas de Estado, que

no puede imputarse a la Comisión que no haya tenido en consideración elementos fácticos que no se pusieron en su conocimiento en el momento del examen del comportamiento imputado.²⁷ Ahora bien, de los documentos aportados al Tribunal de Justicia se deduce que muchos elementos contenidos en la demanda en apoyo de la argumentación del Gobierno español no habían sido comunicados a la Comisión durante el procedimiento administrativo de examen. Bien porque dichos elementos se produjeron como consecuencia de la Decisión impugnada,²⁸ o bien porque no fueron comunicados a su debido tiempo al autor de la Decisión,²⁹ no pueden ser invocados válidamente en apoyo de un motivo presentado ante el Tribunal de Justicia. No puede acogerse el motivo basado en un error de hecho, en la medida en que se apoya en dichos elementos.

31. Si bien la demanda está más documentada que el expediente elaborado por la Comisión con ocasión del procedimiento de examen, de los documentos aportados al

27 — Sentencias de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, citada en la nota 19 *supra*, apartado 31, y del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1999, Kneissl Dachstein/Comisión (T-110/97, Rec. p. II-2881), apartado 102.

28 — En apoyo de su argumentación, la demandante alega, en particular, un embargo de la fábrica VANOSA en junio de 2002, la sucesión en la actividad de VANOSA por parte de una sociedad anónima laboral, así como la liquidación de bienes de GEA, decididas por un tribunal nacional entre marzo y octubre de 2002.

29 — Es el caso, en particular, de los siguientes hechos, expuestos en la demanda: una solicitud de declaración de quiebra, presentada por los trabajadores de VANOSA en junio de 2001, la denegación de dicha solicitud por parte del tribunal nacional competente, un probable cese de actividades de GEA y de VANOSA en 2001, la denuncia del acuerdo de 6 de noviembre de 1998 por la seguridad social el 20 de diciembre de 2001, y las reuniones organizadas entre autoridades tributarias y administradores de dichas empresas con la finalidad de instarles a cumplir sus obligaciones en julio y en noviembre de 2000.

26 — Sentencia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión (asuntos acumulados 15/76 y 16/76, Rec. p. 321), apartado 7.

Tribunal de Justicia se desprende también que dicho expediente es más completo de lo que permite suponer la Decisión impugnada.³⁰ Así, queda patente que los embargos e hipotecas ejecutados no fueron mencionados detalladamente en la citada Decisión. En ésta, la Comisión se limita a hacer referencia al embargo de bienes inmuebles y de diversos activos.³¹

alegado tampoco, que la Decisión impugnada esté basada en hechos materialmente inexactos o desvirtuados. En estas circunstancias, una mera imprecisión fáctica en la motivación no puede por sí sola ocasionar la ilegalidad de la parte dispositiva de dicha Decisión. Por consiguiente, debe desestimarse el motivo basado en un error de hecho.

32. ¿Ha de deducirse de ello que la Decisión impugnada es ilegal? La demandante así lo sostiene, al encontrar en dichos elementos una muestra de su actividad y de la diligencia de las autoridades en la gestión de los procedimientos de quiebra. La Comisión niega que la toma en consideración de dichos elementos pueda ser suficiente para modificar su análisis. Las dos partes contribuyen de esta forma, en realidad, a desviar la cuestión. Para ellas, el centro del debate está más bien en la forma en que han sido apreciados los hechos. La supuesta ilegalidad se discute como consecuencia, no del error material, sino de la apreciación jurídica de los hechos.

2. El error en la apreciación jurídica de los hechos

34. La cuestión que hay que plantear es la siguiente: los hechos de los que podía tener conocimiento la Comisión durante el procedimiento de examen, ¿justifican la conclusión según la cual las autoridades españolas no dieron muestras de la suficiente diligencia? Dicho de otro modo, la consideración de todas las circunstancias del presente caso, incluidas aquellas que no se recogieron en la motivación de la Decisión, ¿puede modificar la apreciación que se ha hecho de la misma? Esto es lo que hay que verificar ahora.

33. En esta materia, hay que reconocer, en cualquier caso, que la Comisión dispone de cierta libertad a la hora de determinar y seleccionar los hechos pertinentes. Lo único que se le puede reprochar es que no haya hecho referencia a determinadas circunstancias que podían parecer de utilidad para realizar el análisis. Pero no parece, ni se ha

35. El Gobierno español afirma que, al aplicar el criterio del acreedor privado diligente, la Comisión no ha tenido suficientemente en cuenta los medios empleados por las autoridades competentes para garantizar el cobro de las deudas generadas después de la celebración de los acuerdos. Medios como el embargo de bienes muebles e inmuebles, la solicitud de embargos bancarios practica-

30 — Así resulta, en particular, de una comparación entre la Decisión impugnada y el escrito de 29 de noviembre de 2001, mediante el cual las autoridades españolas presentaron sus observaciones durante el procedimiento de examen incoado por la Comisión.

31 — Considerandos 37 y 44 de la Decisión impugnada.

dos por la seguridad social en 2001, el embargo de viviendas sociales, de marcas comerciales de GEA y de créditos de los principales clientes de las sociedades de que se trata, efectuado por la administración tributaria entre 1999 y 2001, han sido ocultados. Este error condujo a la Comisión a la falsa apreciación de que «España no tomó las medidas que prevé la legislación española (procedimientos ejecutivos separados) para evitar que las empresas prosiguiesen su actividad sin cumplir sus obligaciones tributarias y sociales». ³² A estos argumentos, la Comisión responde que los medios empleados fueron extemporáneos y, en cualquier caso, ineficaces. Que no hayan podido impedir un aumento considerable de las deudas de las empresas afectadas como consecuencia de la celebración de los acuerdos prueba el desacierto de las autoridades públicas. Éstas no han empleado todos los instrumentos jurídicos de que disponían, en su calidad de acreedores preferentes, para oponerse al impago de las referidas empresas. En tal situación, deberían haber hecho uso de la posibilidad de solicitar la declaración de quiebra de las citadas empresas y la liquidación de sus activos.

36. Antes de pronunciarme sobre esta divergencia, quisiera volver a referirme un instante al criterio del acreedor privado diligente, objeto de la calificación controvertida. La figura del «acreedor privado» sigue rodeada de misterio en la jurisprudencia, máxime cuando, como en el caso en que el acreedor público dispone de créditos preferentes, se sustituye por la ficción del

«acreedor privado hipotético». ³³ Esta ficción pretende destacar, a mi juicio, una cualidad esencial. «El acreedor privado diligente» en una economía de mercado es el operador económico *eficaz*, capaz de discernir y emplear los medios más adecuados para conseguir un determinado fin, que es el cobro de sus créditos.

37. Esta cualidad de eficacia implica, en particular, la toma en consideración de todos los factores propios de la relación en la que se encuentra inmerso. ³⁴ Cuando la demandante afirma que en otra Decisión la Comisión dio a una cuestión similar una respuesta opuesta, ésta le respondió con razón que las circunstancias de dicho asunto eran muy diferentes. La referida Decisión, a diferencia de la Decisión impugnada, aludía a un comportamiento activo y sagaz de la seguridad social y la Hacienda Pública. ³⁵

33 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto DM Transport, citado en la nota 14 *supra*, punto 36, y las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, citado en la nota 5 *supra*, punto 34.

34 — Como declara el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 11 de julio de 2002 HAMS/Comisión (I-152/99, Rec. p. II-3049), apartado 168: «cuando una empresa que se encuentra en una situación financiera gravemente deteriorada propone uno o varios convenios de acreedores para sanear su situación y evitar un procedimiento liquidatorio, los acreedores deben optar entre el importe que se les ofrece en el convenio propuesto, por un lado, y el importe que esperan poder recuperar tras la eventual liquidación de la empresa, por otro. Su opción se ve influida por una serie de factores, como su condición de acreedor hipotecario, privilegiado u ordinario, la naturaleza y amplitud de las eventuales garantías que posea, su apreciación de las posibilidades de saneamiento de la empresa, así como el beneficio que obtendría en caso de liquidación».

35 — Decisión 2003/283/CE de la Comisión, de 27 de noviembre de 2002, relativa a las medidas adoptadas por España en favor de Refractarios Especiales S.A. (DO 2003, L 108, p. 21).

32 — Considerando 47 de la Decisión impugnada.

38. Precisaré asimismo que este criterio no exige a los poderes públicos que se muestren indiferentes a los demás objetivos perseguidos en el marco de los procedimientos de quiebra. Podrán tener en cuenta, como en el caso de autos, el «interés general y social de proteger el empleo». ³⁶ Pero esta atención únicamente podrá surtir efectos en el marco del examen de la compatibilidad de la ayuda con arreglo al artículo 87 CE, apartado 3. Al objeto de la calificación como ayuda de Estado, la actuación del Estado no se valora por el valor o la importancia de los objetivos perseguidos. Se valora por la eficacia de los medios empleados para proteger sus intereses como acreedor. El comportamiento de los poderes públicos en este ámbito debe evaluarse únicamente desde este ángulo.

39. Hay que reconocer, por último, que el criterio del acreedor privado no exige que se solicite la declaración de quiebra inmediata de una empresa en crisis. ³⁷ En principio, no puede reprocharse a las autoridades españolas que hayan querido evitar el cese en sus actividades de las empresas de que se trata. Es comprensible que un acreedor privado, dotado de medios importantes, tenga interés en mantener durante un determinado tiempo la actividad de una empresa deudora, si los costes de una liquidación inmediata resultan más elevados que los de la concesión de una ayuda. Todo acreedor ha de comparar, por un lado, el beneficio que puede derivarse de una liquidación rápida de la empresa y, por otro lado,

el que podría resultar de la renuncia momentánea al cobro de sus créditos y de la continuación de las actividades de su deudor.

40. Considero que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la elección de la renuncia deberá cumplir al menos tres requisitos. Primero, la viabilidad económica y la mejora de la situación económica de la empresa deberán poder demostrarse *a priori*. ³⁸ Segundo, deberá hacerse todo lo posible por impedir la apertura de nuevos créditos y la acumulación de nuevas deudas. ³⁹ Tercero, el Estado deberá poder contar con el cobro de sus créditos en un plazo razonable. ⁴⁰

41. La aplicación de este marco de análisis al caso de autos pone de manifiesto la escasa solidez de la posición del Gobierno español. En un momento en el que, tras la celebración de los acuerdos, podía presumirse aún la viabilidad de las empresas y confiarse en el cobro de los créditos en un plazo razonable, resulta patente que no se han utilizado los procedimientos más eficaces para impedir la acumulación de nuevas deudas. Esta falta de eficacia y de diligencia se manifiesta, en particular, en tres aspectos.

36 — Esta preocupación se desprende, en particular, de la exposición de motivos del acuerdo celebrado entre la seguridad social y VANOSA el 6 de noviembre de 1998.

37 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, citada en la nota 5 *supra*, punto 36.

38 — Recuértese que esta exigencia figura en las Directrices adoptadas por la Comisión en materia de ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis y que fue formulada por el Tribunal de Justicia, como requisito de compatibilidad de las ayudas a la reestructuración de empresas, antes incluso de que se publicaran las Directrices, en la sentencia de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, citada en la nota 19 *supra*.

39 — Véase la sentencia de 29 de abril de 1999, España/Comisión, citada en la nota 14 *supra*, apartado 47.

40 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto DM Transport, citado en la nota 14 *supra*, punto 38.

42. Se deriva, en primer lugar, de la extemporaneidad de los medios empleados. Los embargos mencionados por la demandante, consecuencia de los procedimientos de suspensión de pagos, no se iniciaron hasta finales del año 2000, es decir, más de tres años después de las declaraciones de suspensión de pagos. Cuando las autoridades españolas se decidieron, por fin, a denunciar los acuerdos y a reanudar los procedimientos de ejecución, las deudas acumuladas hacían sumamente improbable cualquier cobro.⁴¹ Este retraso en la actuación resulta más probado si se tiene en cuenta que las partes han reconocido que los acreedores privados han sido más rápidos que los acreedores públicos a la hora de solicitar la ejecución de las garantías hipotecarias y la petición de declaración de quiebra de VANOSA. La falta de diligencia se desprende, en segundo lugar, de la ineficacia de los medios utilizados. De los autos se deduce que los embargos practicados tuvieron tan sólo escasos efectos. Por lo demás, una mera «presión» ejercida por los acreedores públicos no puede ser suficiente, como sostiene la demandante, para compensar la ausencia de acción directa. Aparte de que los efectos reales de tal presión siguen siendo hipotéticos, el único efecto probable alegado (el cierre de las empresas) es ajeno al objetivo perseguido: el cobro de los créditos. Por último, dichas ineficacia y falta de diligencia quedan patentes en la ignorancia mostrada por las autoridades españolas. Que el Reino de España no haya sido capaz de comunicar el importe exacto de los impuestos devengados ya es revelador de cierta negligencia. Pero consta igualmente que las autoridades públicas no han sido capaces de pronunciarse con

precisión sobre la situación de actividad de las empresas de que se trata. Lejos de justificar el incumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de GEA, como sostiene la demandante, tal falta de información demuestra una falta de vigilancia de las autoridades competentes.

43. La demandante sugiere para terminar que una mayor diligencia de los servicios competentes no habría permitido denunciar los acuerdos más rápidamente. Ello se debe, a su juicio, al propio funcionamiento del sistema administrativo de cobro de los créditos.⁴² Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, las supuestas dificultades de orden práctico y administrativo no pueden justificar la no utilización de los medios necesarios para el cumplimiento de las normas fundamentales del Tratado,⁴³ y, en el presente caso, para la ejecución de una decisión de autorización de ayuda a la reestructuración.

44. En estas circunstancias, y habida cuenta de los antecedentes de este asunto, es difícil no reconocer que redundaba en interés de un acreedor diligente denunciar los acuerdos y provocar la liquidación de las empresas de que se trata a la mayor brevedad. Recuérdese que el examen de la situación de estas últimas debía enmarcarse dentro de un plan de reestructuración cuya aplicación estaba sujeta a la condición estricta de no conceder ninguna ayuda nueva, ni siquiera en forma de renuncia al cobro de los créditos impagados.⁴⁴ El hecho reconocido de que los

41 — Recuérdese que, por lo que respecta al período considerado, que abarca de enero de 1997 a enero de 2001, la deuda acumulada por GEA tan sólo en concepto de cotizaciones patronales ascendía a 2.582.880.484 pesetas, de las cuales han sido abonadas 166.937.745, mientras que, respecto al mismo período y por el mismo concepto, la deuda de su filial VANOSA ascendía a 557.166.270 pesetas, de las que han sido abonadas 105.989.762.

42 — Réplica, apartado 14.

43 — Véase, por analogía, la sentencia de 26 de enero de 1999, Terhoeve (C-18/95, Rec. p. I-345), apartado 45.

44 — Considerando 50 de la Decisión impugnada.

acuerdos suscritos fueron incumplidos desde su celebración era bastante indicativo, pienso, de la vía que hubiera debido seguirse. Es la falta de reacción de las autoridades españolas, cuando precisamente estaban al corriente de la situación, lo que constituye una ayuda de Estado.

45. Considero que, teniendo debidamente en cuenta las circunstancias concretas de este asunto, la Comisión aplicó correctamente el criterio del acreedor privado. Al igual que los demás motivos examinados, debe desestimarse el motivo basado en la existencia de un error en la apreciación jurídica de los hechos.

IV. Conclusión

46. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que:

- 1) Desestime el recurso.

- 2) Condene en costas al Reino de España.