



INFORME XURÍDICO SOBRE A ADQUISICIÓN PÚBLICA DAS FACTORÍAS DE ALCOA NA CORUÑA E AVILÉS



Carlos Aymerich Cano
Profesor Titular de Dereito
Administrativo da UDC

Por parte da Confederación Intersindical Galega (CIG), solicítase parecer xurídico acerca da viabilidade da adquisición, por parte das autoridades públicas españolas ou galegas, dun ou varios centros produtivos do grupo Alcoa.

Pola propia natureza do asunto, as consideracións xurídicas que se realicen están directamente condicionadas por elementos de índole económica que, por razóns obvias, non serán obxecto deste informe. Nel apenas se indicarán os presupostos e as consecuencias xurídicas das diferentes hipóteses de actuación.

ANTECEDENTES

1. En febreiro de 1998, formalizouse a venda do grupo público INESPAL á multinacional estadounidense Alcoa por 410 millóns de dólares. Entre as condicións da operación, Alcoa comprometeuse a realizar investimentos por 391 millóns de euros en dez anos e a manter a estabilidade laboral. O Estado garantiu a Alcoa un prezo de referencia da electricidade para os primeiros 15 anos, isto é, até o anos 2013.
2. En 2013 o Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo introduciu o sistema de subastas de ininterrompibilidade a través da Orde IET/2013/2013, de 31 de outubro.
3. O 17 de outubro de 2018, Alcoa fízo pública a súa vontade de abrir un período formal de consultas, para iniciar un procedemento de despedimento colectivo que atinxiría a todos os empregados das plantas da Coruña e Avilés.
4. O 17 de xaneiro de 2019, a dirección de Alcoa e os sindicatos CC.OO. e UXT asinaron un preacordo que adía seis meses – até o 30 de xuño de 2019 – os despedimentos previstos, a fin de permitir que nese tempo apareza un comprador para as plantas. En caso contrario, Alcoa despedirá 268 traballadores das dúas plantas – o 43% do total – e abandonará definitivamente a produción de aluminio primario (electrolise) mantendo unicamente activa a fundición. A CIG non asinou este preacordo.
5. Na actualidade, nin se aprobou un novo estatuto para as industrias electrointensivas nin apareceu tampouco comprador ningún disposto a asegurar a continuidade das fábricas da Coruña e Avilés. Segundo manifestan sindicatos e industria, o proxecto de Decreto para as industrias electrointensivas formulado polo goberno español non asegura a viabilidade destas industrias e fica moi por baixo dos sistemas articulados por outros Estados europeos autorizados pola Comisión da Unión Europea.

INFORME XURÍDICO

I. A INICIATIVA PÚBLICA NA ECONOMÍA NO ORDENAMENTO XURÍDICO ESPAÑOL

No seu artigo 128.2, a Constitución española (CE) recoñece a iniciativa pública na economía en pé de igualdade coa privada. De conformidade co disposto nos artigos 103.1 e 40 CE, o exercicio desta iniciativa pública económica debe obedecer a fins de utilidade e interese público.

Deste modo, e dentro do marco das súas respectivas competencias materiais, as diferentes administracións públicas poden decidir discrecionariamente – sempre de forma motivada por referencia a algunha das finalidades previstas na CE (a saber: progreso económico e social, distribución equitativa da renda, estabilidade económica e pleno emprego) – intervir na economía a través da participación directa en actividades distintas daquelas que, por satisfaceren necesidades públicas esenciais, se corresponden coas propias dos servizos públicos.

Por outras palabras, é perfectamente válidos en termos constitucionais que os poderes públicos asuman directamente actividades comerciais ou industriais cando tal intervención estea xustificada por razóns de interese público debidamente acreditadas.

Esta participación pública na economía pode, de resto, realizarse de diversas formas:

- A través da “publicatio” ou reserva ao sector público de determinadas actividades, recursos ou sectores que, deste modo, fican excluídos da liberdade de empresa recoñecido no artigo 38 CE.
- Por medio da intervención de empresas, medida extraordinaria ou singular que supón a asunción da xestión da empresa polos poderes públicos, sen envolver necesariamente cambios na súa estrutura dominical. Esta medida debe xustificarse por razóns de interese xeral e ten carácter temporal.
- Pola adquisición total ou parcial de empresas ou instalacións produtivas, sen mediar unha previa reserva ao sector público ou sen se ter acordado a intervención da empresa en cuestión. Trátase do exercicio ordinario ou normal da iniciativa pública na economía.

Como esixencia suplementar, debe facerse referencia á normativa de estabilidade financeira e orzamentaria, e concreto á Lei Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidade Orzamental e Sustentabilidade Financeira (LOEF), ditada en desenvolvemento do artigo 135 CE, que reclama dos *“actos administrativos, contratos e convenios de colaboración, ben como calquera outra actuación dos suxeitos incluídos no ámbito de aplicación desta Lei que afecten aos gastos ou ingresos públicos presentes ou futuros, deberán valorar as súas repercusións e efectos e supeditárense de forma estrita ao cumprimento das esixencias dos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira”*.

Esta esixencia tradúcese na necesidade de acreditar, na memoria do expediente correspondente e na motivación do acto de intervención pública na economía de que se trate, a compatibilidade cos principios referidos de estabilidade e sustentabilidade.

Indirectamente, a acreditación da compatibilidade da medida con estas esixencias supón un primeiro indicio de que non se trata dunha axuda de Estado senón dunha decisión que podería ter sido adoptada por un operador económico racional nunha economía de mercado (OEM) que é, como logo se ha ver, o criterio empregado pola Comisión e o Tribunal de Xustiza da UE para determinar se unha intervención pública na economía debe cualificarse como axuda de Estado no sentido dos artigos 107 a 109 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE).

Recapitulando:

A iniciativa pública na economía, recoñecida no artigo 128.2 CE en pé de igualdade coa privada, dá cobertura a unha medida como a adquisición das fábricas que o grupo Alcoa posúe na actualidade na Coruña e Avilés.

Esta adquisición non suporía nin a reserva do sector do alumino ao sector público (“publicatio”) nin tampouco a intervención da empresa Alcoa. Trataríase do exercicio ordinario, por así dicir, da iniciativa pública na economía en condicións normais de mercado.

A decisión de adquisición ten que estar motivada por referencia a algunha das finalidades de interese público relacionadas nos artigos 40 e 103.1 CE, debéndose acreditar no expediente a súa compatibilidade cos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, tal e como estes son definidos e regulados na LOEF.

II. A ADQUISICIÓN PÚBLICA DE EMPRESAS NO DEREITO DA UNIÓN EUROPEA

O marco comunitario regulador da adquisición por parte dos poderes públicos de activos empresariais privados, pivota arredor de dúas referencias básicas:

- En primeiro lugar, o **principio de indiferenza** do Dereito europeo respecto dos réximes de propiedade vixentes nos Estados membros, proclamado no artigo 345 TFUE. De acordo con este principio, os Estados membros gozan da liberdade para emprenderen actividades económicas en pé de igualdade cos suxeitos privados.

- Mais esta liberdade de iniciativa económica debe realizarse **respectando as normas reguladoras da concorrencia no mercado**. En palabras do artigo 106 TFUE, *“os Estados membros non adoptarán nin manterán respecto das empresas públicas e das empresas ás que concedesen dereitos especiais ou exclusivos, ningunha medida contraria ás normas dos Tratados, especialmente as previstas nos artigos 18 e 101 a 109, ambos os dous inclusive”*.

O xogo combinado destes dous elementos supón, tal e como ten declarado o TXUE, que *“Por tanto, os Estados membros gozan de liberdade para emprenderen, directa ou indirectamente, actividades económicas do mesmo xeito que as empresas privadas. Este principio de igualdade de tratamento entre os sectores público e privado implica que os Estados membros poden investir en actividades económicas e que os capitais que o Estado pon, directa ou indirectamente, a disposición dunha empresa, en circunstancias que se corresponden coas condicións normais de mercado, non poden ser considerados como axudas de Estado”*¹.

Así pois, a intervención pública nunha empresa – incluída a adquisición de participacións ou activos empresariais privados – será conforme coas normas comunitarias de competencia e non será considerada, a eses efectos, axuda de Estado, se pode concluírse, á vista das circunstancias concorrentes no momento en que esa decisión é adoptada, que podería ter sido adoptada por un investidor ou operador privado actuando en condicións normais de economía de mercado, isto é, procurando unha rendibilidade económica.

En caso contrario, ou sexa, de se concluír que a decisión obedece a consideracións diferentes das que tería tomado en conta un investidor privado (mantemento do emprego, axuda a un sector en crise, desenvolvemento rexional, etc.), o Estado membro estaría actuando na súa condición de poder público e a medida sería cualificada como axuda de Estado de conformidade cos artigos 107 a 109 TFUE.

Tal e como a Comisión lembra nun documento de 2016,

“A efectos da proba OEM[operador en condicións normais de mercado], só se deben tomar en conta os beneficios e as obrigas ligadas ao papel do Estado en calidade de operador económico con exclusión dos que lle correspondan como poder público. De facto, a proba OEM xeralmente non é aplicábel se o Estado actúa en calidade de autoridade pública e non como operador económico. Por exemplo, se unha intervención estatal está motivada por razóns de interese público (por exemplo, de desenvolvemento social ou rexional), o

¹Sentenza do Tribunal Xeral de 3 de xullo de 2014, “Ciudad de la Luz”, as. 319/12 e 321/12.

comportamento do Estado, aínda que sexa lóxico dunha perspectiva de interese público, pode, ao tempo, tomar en conta consideracións que un operador nunha economía de mercado normalmente non contemplaría. En consecuencia, a proba OEM debe aplicarse deixando de lado toda consideración que estea relacionada exclusivamente coa función dun Estado membro como autoridade pública (por exemplo, consideracións de tipo social, rexional ou sectorial)”².

Cabe considerar pois diferentes hipóteses de traballo, dependendo de cal sexa a situación económica dos activos que o Estado adquire e da forma en que esa adquisición sexa realizada:

- Unha compra de activos a prezo de mercado, non sería en principio considerada axuda de Estado sempre que a operación proxectada se realice esperando a obtención dunha rendabilidade suficiente. Esta operación superaría o teste OEM.
- Pola contra, se a compra pública deses activos se realiza a un prezo distinto do de mercado, en especial se vai acompañada doutras medidas como a concesión de subvencións, préstamos subvencionados ou garantías públicas, sería considerada en principio como axuda de Estado e a súa compatibilidade co mercado interior deberá examinarse a través do procedemento regulado no artigo 108 TFUE.

A seguir, examinaranse de forma individualizada cada unha destas dúas hipóteses.

²Comunicación da Comisión relativa ao concepto de axuda estatal conforme ao disposto no artigo 107, alínea 1, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, DOCE C 262, de 19 de xullo de 2016, p. 77.

1. Adquisición de activos empresariais privado en condicións normais de mercado

De conformidade coa Comunicación da Comisión Europea de 1984 sobre “Participación das autoridades públicas no capital das empresas”³, non existirá axuda de Estado cando:

- A intervención pública supoña a *“simples adquisición total ou parcial de haberes sociais dunha empresa, sen aportación de capital fresco”* (p. 3.1).

- Tampouco cando, habendo achega de capital fresco, esta é realizada en condicións que serían aceptábeis para un investidor privado actuando en condicións normais de mercado (p. 3.2), considerándose que estas condicións concorren en tres supostos:

a) Cando a achega de capital novo responde á realización de novos investimentos, sempre que a situación da empresa sexa sá e o sector no que opera non teña sobrecapacidade estrutural no mercado común.

b) Cando o carácter estratéxico do investimento permita concluír que a achega de capital pode ser asimilada ao comportamento dun investidor privado, aínda que a rendibilidade do investimento sexa diferida.

c) Cando as posibilidades de desenvolvemento da empresa, decorrentes da capacidade de innovación resultante da achega de capital novo, permitan considerar a operación como un instrumento que, malia presentar un risco particular, permite dar por descontada unha rendibilidade a certo prazo.

Á vista deste documento da Comisión, ben como doutros posteriores⁴ e da xurisprudencia do TXUE, a adquisición pública de activos empresariais privados non supón unha axuda de Estado cando, no momento da decisión e á vista da información dispoñíbel, os poderes públicos adquirentes actúen da forma en que o tería feito un investidor privado dilixente actuando en condicións normais de mercado. O chamado teste do Operador de Economía de Mercado (OEM).

Cumpre, daquela, debullar cada unha desas condicións.

1.a) A análise da adquisición debe facerse de forma individualizada en atención ás circunstancias concretas concurrentes no momento da decisión

Da análise da práctica e dos documentos da Comisión, ben como da xurisprudencia comunitaria, pódense tirar algúns indicios negativos e positivos acerca da existencia, ou non, de axuda de Estado:

Entre os positivos, isto é, indicativos da posíbel existencia dunha axuda de Estado:

- Cando as condicións do investimento non permitan albiscar a obtención dunha rendibilidade razoábel.

³Boletín CE C 9-1984.

⁴Entre eles a Comunicación relativa á aplicación dos artigos 87 e 88 CEE e do artigo 5 da Directiva 80/77/CEE ás empresas do sector de fabricación, DOCE C 307, de 13 de novembro de 1993.

- Cando a situación da empresa non é sá de forma que non se pode financiar nos mercados nin permite prever a obtención dunha rendibilidade razoábel.
- Cando o importe do investimento é superior ao valor da empresa, excepción feita dos investimentos realizados en PEMEs.
- Cando o sector económico no que a empresa opera atravesa dificultades especiais ou presenta unha sobrecapacidade estrutural no mercado interior.
- Cando non se realizasen estudos ou avaliación previos á decisión sobre a viabilidade económica e o retorno esperábel do investimento.

Pola contra, entre os negativos, isto é, os que indican que a medida en causa non pode ser cualificada de axuda de Estado, cabe mencionar as que a seguir se relacionan:

- Que a empresa goce de boa saúde financeira e que o sector no que opera conte con perspectivas de crecemento.
- En caso de empresas en risco de liquidación, a intervención será admisíbel se evita para o Estado os custos superiores que resultarían da liquidación da empresa. Porén, neste caso debe repararse en que estes custos son os que lle corresponderían na súa condición de accionista ou investidor, non os que tería que afrontar na súa cualidade de poder público (prestación ou subsidios por desemprego, etc.) e sempre tendo en conta a súa porcentaxe de participación na empresa.
- Que a adquisición se realice a través dunha licitación pública.
- Que a adquisición se realice “*paripassu*” cun investidor privado.

En todo caso, debe salientarse que aínda que, por definición, o exame da Comisión ou o TXUE sempre é realizado a posteriori, a xurisprudencia é constante ao sinalar que a análise da racionalidade económica da medida debe estar sempre referida ao momento en que ela é adoptada, ou sexa, tomando en conta os datos dispoñíbeis nese momento. Tal e como esclarece a Comunicación da Comisión de 1993 sobre as empresas de fabricación na súa alínea 28

“... só poden considerarse axudas estatais os proxectos respecto dos cales a Comisión considera que non había motivos obxectivos ou de boa fe para agardar razoabelmente un rendimento suficiente nunha empresa privada comparábel, no momento se adoptar a decisión de investimento”.

En calquera caso, tal e como o TXUE ten declarado nos asuntos Valmont⁵ e Duferco⁶, no suposto concreto da compra de activos privados por entidades públicas, para determinar se o prezo satisfeito responde ou non a condicións normais de mercado,

“... a Comisión debe tomar en conta o carácter aleatorio que pode ter a determinación, por natureza retrospectiva, deses prezos de mercado”⁷.

⁵Sentenza de 16 de setembro de 2004, T-274/01.

⁶Sentenza de 11 de decembro de 2018, T-100/17.

Ao cabo, do que se trata a través do teste OEM é determinar se concorre ou non dos elementos esenciais da noción xurídico-comunitaria de axuda de Estado, cal é o de vantaxe. Con efecto, este principio de “investidor racional en condicións normais de economía de mercado” - introducido pola Comisión na década de 1980 por medio da Decisión “LeeurwangerPapierenfabrik”, posteriormente ratificada polo TXUE en Sentenza de 7 de marzo de 1985 – é recoñecido pola xurisprudencia como unha derivación do principio de igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas que visa precisar se a empresa obxecto de intervención pública obtivo unha vantaxe – sob a forma de prezo, garantías, xuros ou acceso ao crédito – que non tería obtido en condicións normais de mercado. EN palabras da Comunicación, xa citada, de 2016:

“A finalidade da proba de OEM é apreciar se o Estado concedeu unha vantaxe á empresa ao actuar como un operador nunha economía de mercado en relación cunha transacción determinada (...). O elemento decisivo é se os organismos públicos actuaron como o tería feito un operador nunha economía de mercado nunha situación similar. Se non for así, a empresa beneficiaria recibiría unha vantaxe económica que non tería obtido en condicións normais de mercado, colocándose nunha situación financeira máis favorábel en comparación cos seus competidores”.

1.b) A decisión debe estar exclusivamente fundada en consideracións económicas de rendibilidade

Tradicionalmente o TXUE viña descartando de forma absoluta que a xustificación da rendibilidade dun investimento público puidese facerse por referencia a consideracións de carácter social ou de desenvolvemento rexional⁸.

Porén, pronunciamentos máis recentes recoñecen que no cadro dunha economía social de mercado os investidores privados tamén poden tomar en consideración o contexto social, económico e ambiental nos que desenvolven a súa actividade. Recoñécese, en definitiva, a influencia crecente que estes asuntos poden ter no contexto da denominada “responsabilidade social empresarial”, á que un investidor privado racional e diligente non pode ser alleo.

Esta flexibilización da prohibición absoluta inicial de relacionar a rendibilidade dun investimento con consideracións sociais, sectoriais ou territoriais garda relación coa rendibilidade esperábel dun investimento público que, tal e como teñen recoñecido a Comisión e o TXUE, non debe equipararse coa que agarda un investidor privado a curto prazo senón co carácter estratéxico, a medio e longo prazo, dos investimentos realizados por *“un holding privado ou un grupo de empresas privadas que realizan unha política estrutural, global ou sectorial, guiada por perspectivas de rendibilidade a longo*

⁷Á vista da práctica da Comisión e do TXUE, existirá axuda pública cando o prezo do activo privado adquirido por un Estado membro non responda ás condicións normais do mercado. En tal suposto, o importe da axuda será a diferenza entre o prezo de mercado, calculado como *“o prezo máis elevado que investidor privado en condicións normais de mercado estaría disposto a pagar”* e o prezo efectivamente satisfeito (vid. Sentenza do TXUE de 18 de decembro de 2018, Dufferco, cit.).

⁸Neste sentido as Sentenzas de 10 de xullo de 1986, as. Meura, C-234/84, e de 12 de decembro de 2000, as. Alitalia, T-296/97.

prazo”. Mesmo admite o tribunal europeo que *“nun sistema de economía mixta, o investimento de fondos estatais se efectúa atendendo a criterios de investimento a longo prazo, tomando en conta as particularidade do sector”*

1.c) A carga da proba sobre a aplicación do teste OEM pende sobre a Comisión, sen prexuízo do deber de colaboración do Estado membro concernido

Cando, a xuízo da Comisión, poda ser aplicábel o criterio OEM, este órgano debe requirir do Estado membro envolvido todas as informacións pertinentes a fin de verificar se, no caso concreto sometido a exame, concorren as condicións precisas para a aplicabilidade do referido criterio.

O Estado membro debe facilitar á Comisión todos os elementos obxectivos e verificábeis que fagan críbel que a súa decisión de investir na compra de activos privados está fundada en avaliacións económicas previas á decisión, comparábeis coas que tería realizado un investidor privado á vista da natureza, importe e complexidade da operación. En suma, a finalidade destas avaliacións previas será determinar:

- Se a operación ten visos de ser rendíbel
- A estimación de cal pode ser a rendibilidade da operación

En ambos casos, tal e como xa foi indicado, o Estado membro goza dunha certa marxe de apreciación, menor no primeiro e maior no segundo dos casos sinalados. Certamente, tanto a Comisión como o TXUE recoñecen o carácter discrecionario destas decisións de investimento. Tal e como indicaba xa a Comunicación de 1993 relativa ás empresas públicas de fabricación, no seu parágrafo 29,

“A Comisión non se propón aplicar os principios expostos nesta Comunicación (que se refiren a un asunto moi complexo) de forma inflexíbel e dogmática. Comprende que nas decisións empresariais de investimento existe unha ampla marxe de discrecionariedade, mais estes principios deben aplicarse cando fiquen fóra de calquera dúbida e a única explicación razoábel é que a provisión de fondos públicos debe ser considerada como unha axuda estatal”.

Así as cousas, en principio o Estado membro non está obrigado a comunicar previamente á Comisión a súa intención de adquirir activos industriais privados. Só no caso de que a Comisión – ora instada pola denuncia dun terceiro, ora á vista das informacións a que acceda – albergue dúbidas acerca de se o investimento pode constituír unha axuda de Estado, requirirá do Estado membro todas as informacións que considere pertinentes.

A estes efectos, cabe sintetizar a práctica administrativa e xudicial comunitaria no modo que segue:

- Para demostrar que actuou como un investidor privado nunha economía de mercado (teste OEM), o Estado membro debe achegar o estudos e avaliacións que realizase con carácter previo ao investimento⁹.

- A demostración de que a operación de investimento foi realizada en condicións de economía de mercado pode realizarse de forma directa cando:

a) A adquisición fose realizada mediante unha licitación pública competitiva, transparente e non discriminatoria, axustada aos principios que o TFUE establece para a contratación pública¹⁰.

b) Se o investimento foi realizado á canda (“paripassu”) con outros investidores privados en situación comparábel que realizan investimentos en condicións iguais¹¹.

Para determinar se este criterio do “paripassu” é aplicábel, a Comisión tomará en conta (i) se a intervención dos investidores públicos e privados é simultánea, (ii) se as condicións da operación son iguais para ambos os dous, (iii) se a intervención privada non é meramente simbólica e (iv) se a posición de partida de ambos é comparábel.

Fora destes dous supostos de apreciación directa, a proba de que a adquisición dun activo privado é realizada en condicións normais de mercado pode ser efectuada tamén por medio doutros métodos:

a) Avaliacións comparativas coas operacións realizadas por operadores privados en situacións comparábeis, atendendo ao tipo de operación, o mercado ou mercados en que operan ou o momento da transacción, en especial, neste último caso, cando se produzan acontecementos económicos relevantes (crise ou recesión económica).

b) A aplicación doutros métodos de avaliación de investimentos comunmente aceptados, sempre que se funden en datos dispoñíbeis, obxectivos, verificábeis, fiábeis e cun grao de detalle suficiente e que reflectan a situación económica no momento de adopción da decisión de investimento, atendendo ao nivel de risco e ás expectativas futuras da operación. Estes métodos poden ser o TIR (taxa interna de rendibilidade), o VAN (valor actual neto) ou, entre outros, o EBITDA (beneficio bruto de explotación antes da dedución de gastos financeiros).

Obviamente, ningún destes métodos ofrece como resultado un valor ou prezo preciso mais, pola contra, un abano de prezos ou valores máximos e mínimos. Constatación que abonda na idea, xa antes expresada, da discrecionariedade que caracteriza estas decisións públicas de investimento.

- Para o caso de que xunto coa adquisición das factorías se acordasen outros investimentos ou axudas (para modernizar as instalacións ou facelas máis enerxeticamente máis eficientes) débense tomar en conta os criterios empregados pola Comisión e o TXUE para determinar cando estas medidas, a priori diferenciábeis, poden ser dissociadas.

⁹ Vid. Comunicación 2016, parágrafo 78.

¹⁰ Ibidem, parágrafos 89 e ss.

¹¹ Ibidem, parágrafo 87.

Sen prexuízo da necesidade de analizar pormenorizadamente as circunstancias de cada suposto concreto, como regra xeral, tal e como lembra a Comunicación de 2016 sobre axudas de Estado, no seu parágrafo 81:

“Nalgúns casos, varias medidas consecutivas dunha intervención estatal, aos efectos do artigo 107, alínea do Tratado, poden ser consideradas unha única intervención. Este podería ser o caso, en particular, cando as intervencións consecutivas teñen vínculos tan estreitos entre si, especialmente á vista da súa cronoloxía, a súa finalidade e a situación da empresa, que resulta imposible disocialas. Por exemplo, é posible avaliar como unha única intervención unha serie de intervencións estatais que teñen lugar en relación coa mesma empresa nun período de tempo relativamente curto, están vinculadas entre si, ou foron planeadas ou eran previsíbeis no momento da primeira intervención. Pola contra, cando a última intervención foi resultado de acontecementos que non se previron no momento da intervención anterior, as dúas medidas xeralmente deben avaliarse por separado”.

Convén, pois, que as medidas que, de ser o caso, vaian ser adoptadas respecto das fábricas adquiridas polo sector público sexan congruentes co teste OEM – se trate, por exemplo, de investimentos realizados *paripassu* polo Estado xunto co investidor privado que posteriormente adquira a empresa ou unha parte dela – ou, de se trataren de axudas públicas, encaixen nalgunha das categorías que a propia Comisión declara como compatíbeis¹². E, se fose posible, estas medidas complementares deberían adoptarse non no momento da adquisición senón no da súa venda, total ou parcial, a un investidor privado solvente.

Aínda que a carga de proba pese sobre a Comisión, trátase de evitar que a asociación entre a adquisición e as medidas complementares que se adopten supoña que o conxunto da operación sexa cualificada como axuda pública e deba ser obxecto de autorización pola Comisión porque, tal e como logo se exporá con maior detalle, nese caso é probable que a declaración de compatibilidade da medida co mercado interior se condicione á adopción dun plano de viabilidade que envolva reducir capacidade ou desfacerse de activos.

Sexa como for, a experiencia doutros Estados europeos mostra que a adquisición pública de activos produtivos privados pode ir acompañada de axudas de Estado sen por iso negarse, ao menos até o de agora, que a operación fose realizada en condicións de mercado. Tal é o caso da fábrica que Alcoa tiña en Portovesme, na illa italiana de Sardeña.

¹²Debe atenderse especialmente ao Regulamento (UE) 651/2014, da Comisión, de 17 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatíbeis co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 TFUE, en particular ao disposto nos seus artigos 38 (axudas ao investimento destinadas a medidas de eficiencia enerxética) e 40 (axudas ao investimento destinadas a coxeración de alta eficiencia). No mesmo sentido débese atender á Comunicación da Comisión relativa ás Directrices sobre axudas estatais en materia de protección do medio ambiente e enerxía 2014-2020 (2014/C 200/01), DOCE C-200, de 28 de xuño de 2014.

Portovesme, Sardeña: reactivación industrial con participación pública

En 1996, Alcoa adquire a empresa Alumix, productora de aluminio primario nunha planta de Potovesme (Sardeña). En 2011, no cadrodunhareestruturación global, a multinacional estadounidense anuncia a intención de pechar a fundición (smelter). O peche consumouse en 2014 ao non teren aparecido investidores interesados.

Nese medio tempo, o goberno sardo tentou relanzar a actividade da fábrica a través dun protocolo de colaboración coa multinacional suíza Glencore asinado en novembro de 2014 que finalmente, en 2015, se retira da proxecto.

Endecembro dese ano 2015, outra empresa suíza, SyderAlloys, manifesta o seu interese por se facer coa planta de Portovesme. A raíz dese anuncio, Invitalia¹³ alcanza un acordo con Alcoa para adiar doce meses o desmantelamento previsto da factoría (novembro de 2016) dando tempo a que en marzo de 2017 SyderAlloys formalice a súa oferta de adquisición, acompañada dun contrato de sviluppo¹⁴ para financiar os investimentos necesarios¹⁵, condicións competitivas de acceso á enerxía a través dun contrato bilateral por dez anos baseado nun sistema de interrompibilidade e a drástica redución das cargas xerais do sistema¹⁶.

No capital da nova sociedade, SyderAlloys Italia, Invitalia contará cunha participación do 20% e os traballadores, a través dunha asociación creada ao efecto, con outro 5% e un posto no Consello de Supervisión. O 75% restante quedará en mans da empresa suíza.

De conformidade co plano industrial presentado polo investidor suízo, a produción de aluminio primario iniciárase en maio de 2019 e o funcionamento a plena capacidade poderálzase en setembro de 2020, con 376 traballadores.

Endecembro de 2017, a operación formalízase mediante a sinatura de diversos acordos:

- Un primeiro acordo entre Alcoa e Invitalia para a cesión a esta axencia pública da factoría a fin de que esta poida cedela despois a un terceiro investidor. Este acordo

¹³ Axencia italiana para a atracción de investimento e o desenvolvemento de empresas, dependente do Ministerio de Economía, e titular dun holding público no que se inclúe Invitalia Partecipazioni, similar nas súas funcións á SEPI española. Para máis información véxase www.invitalia.it.

¹⁴ Este “contratto di sviluppo” (contrato de desenvolvemento) é o principal instrumento de canalización de axudas á industrialización xestionadas por Invitalia a favor de grandes proxectos de investimento. O contrato pode incluír axudas e intervencións de diferente natureza: crédito oficial, subsidio de xuros, axudas directas á implantación de novas empresas, axudas directas a novos investimentos e tamén, desde o Decreto de 23 de marzo de 2018 amplíanse as modalidades de intervención a fin de incluír a participación de Invitalia, en condicións normais de mercado, no capital das empresas beneficiarias con carácter temporal e minoritario. Esta posibilidade límitase ás rexións dos Abruzzos, Basilicata, Calabria, Campania

¹⁵ O investimento calculado no plano industrial para pór a planta de novo en produción é de 135 millóns de euros, dos que 86,1 son achegados polo Ministerio de Economía e 8 pola Rexión de Sardeña.

¹⁶ Por Decisión C(2017) 3406 final, de 23 de maio de 2017, a Comisión Europea autorizou o sistema italiano de compensación para a industria electrointensiva que, en síntese, consiste en aplicar unha redución de até o 85% nas denominadas cargas xerais da tarifa (en concreto na A3, destinada ao fomento da produción de enerxía a través de recursos renovábeis e da fracción non biodegradábel do lixo), cuxo importe anual estimábase entre 1000 e 1500 millóns de euros. O sistema vixente regúlase no Decreto do Ministerio de Economía de 21 de decembro de 2017, entrando en vigor o novo modelo o 1 de xaneiro de 2018.

inclúe tamén o compromiso de Alcoa de subministrar alúmina ao novo investidor ben como o de formar o persoal e prestar asistencia tecnolóxica para o “restart” da fundición. O acordo inclúe tamén o compromiso de Alcoa de pagar 20 millóns de euros.

- Un Protocolo ambiental asinado entre Alcoa e os Ministerios de Economía e Medio Ambiente, Invitalia, a Rexión Autónoma de Sardeña e o Consorcio Industrial da provincia Carbonia-Iglesias en virtude do cal a empresa se compromete a sanear as augas subterráneas da área industrial de Portovesme de acordo co principio “quen contamina, paga”.
- E o Acordo de Programa asinado entre o Ministerio de Economía, Invitalia e a Rexión Autónoma de Sardeña para a reactivación do complexo industrial ex-Alcoa en Portovesme para a produción de aluminio primario, cun investimento total previsto de 135-145 millóns de euros, dos que 94 millóns serán achegados polo Ministerio e a administración sarda.

Do caso de Portovesme podentirarse varias conclusións de interese para as fábricas da Coruña e Avilés:

- A inserción da adquisición a condicións de mercado de participación accionarial na nova empresa resultante da adquisición dunha planta de Alcoa nun esquema máis amplo de intervención pública (*contratto di sviluppo*) que inclúe financiamento público para a modernización da factoría e investimento en infraestruturas. Estes contratos de desenvolvemento regúlanse na lexislación industrial italiana e foron autorizados pola Comisión Europea como compatibles co mercado interior, na medida en que se integran no marco xeral das axudas estatais con finalidade rexional.

- A participación pública no capital da nova sociedade realízase en condicións de mercado, *pari passu* cun investidor privado, e acompañada dos estudos previos correspondentes.

- A xustificación da intervención atende non só á necesidade de reactivar unha zona economicamente deprimida mais tamén ao carácter estratéxico da produción de aluminio primario para a economía italiana.

- Hai que destacar tamén os importantes compromisos impostos a Alcoa: cesión da empresa a Invitalia para a súa posterior adquisición por un terceiro, pagamento de 20 millóns de euros, recuperación de acuíferos contaminados, colaboración técnica no reinicio da actividade de fundición e na formación dos traballadores e compromiso de continuidade na subministración de alúmina.

- E, finalmente, a aprobación en paralelo dun novo sistema de redución dos cargos xerais de fomento das enerxías renovábeis e de coxeración para as industrias electrointensivas que supón, en cómputo anual, unha redución de entre 1.000 e 1.500 millóns de euros¹⁷.

¹⁷Véxase o parágrafo 50 da Decisión da Comisión C(2017) 3406 final, de 23 de maio de 2017, sobre Reducións nos cargos por renovábeis e coxeración para industrias electrointensivas en Italia.

Recapitulando:

A adquisición por parte do Estado español das fábricas que o grupo Alcoa posúe na Coruña e Avilés, poderá ser considerado como un investimento público realizado en condicións normais de mercado e, por conseguinte, non cualificábel como axuda de Estado aos efectos dos artigos 107 a 109 TFUE, desde que cumpra as seguintes condicións formais e materiais:

- **Que as adquira a prezo de mercado** ou, por mellor dicir, a un prezo inscribíbel dentro das marxes admitidas polo mercado. A este fin, a determinación do prezo pode facerse por medio dunha licitación pública, aberta e transparente ou, o que a priori semella máis plausíbel, por medio de avaliacións previas que empreguen algún ou algúns dos métodos comunmente utilizados (TIR, VAN, EBITDA,. etc.).

Sen dúbida, o teren sido estas factorías obxecto de venda dentro do grupo INESPAL, o prezo e a valoración realizada no momento da privatización debe ser unha referencia inexcusábel para estas avaliacións.

- Estes estudos previos deben incluír tamén **a valoración da viabilidade do investimento e do retorno esperábel a medio ou longo prazo**. A este fin, deberán ser obxecto de análise cuestións como a situación das factorías; o mercado estatal, europeo e mundial do aluminio (prezos, demanda e capacidade instalada, etc.); o prezo da enerxía no mercado español (tomando en conta os proxectos gobernamentais de estatuto para as industrias electrointensivas); e, en fin, as medidas de protección proxectadas na UE contra as exportacións de aluminio primario procedente de terceiros países.

- Sen xustificar directamente a adquisición en motivos sociais (como o mantemento do emprego) ou territoriais (como a necesidade de reverter a desindustrialización que está a experimentar Galiza e, en especial, a comarca da Coruña), **existen consideracións de carácter sectorial que si deben aducirse expresamente como xustificación do investimento**. Entre eles destaca o carácter estratéxico que ten a industria do aluminio para Galiza, o Estado e a UE. Aliás, este carácter estratéxico ten sido obxecto recentemente de recoñecemento expreso¹⁸.

- A non ser que concorran algún dos supostos nos Comunicación de 1984 considera que como regra xeral a achega de capital fresco, en forma de novos investimentos, é realizado en condición normais de mercado¹⁹.

¹⁸A Estratexia Nacional para a Industria 2020, publicada o pasado mes de febreiro polo goberno alemán, identifica a industria do aluminio como un dos sectores chave para o mantemento do nivel de renda, benestar, educación e protección social de que Alemaña goza na actualidade. A nivel da UE, o carácter estratéxico do sector do aluminio recoñécese no recente Regulamento de execución (UE) 2018/640, de 25 de abril, “polo que se someten a vixilancia previa da Unión as importacións de produtos de aluminio procedentes de terceiros países”, medida coa que a UE reaxe ás políticas industriais e comerciais agresivas da China e ao proteccionismo estadounidense. Pode accederse á versión inglesa do documento na ligazón <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Industry/national-industry-strategy-2030.pdf?blob=publicationFile&v=9>.

¹⁹Só como lembrete: (a) Cando a achega de capital novo responde á realización de novos investimentos, sempre que a situación da empresa sexasá e o sector no que opera non teñasobrecapacidade estrutural no mercado común; (b) Cando o carácter estratéxico do investimento permita concluír que a achega de capital

2. Adquisición en condicións diferentes das de mercado

Se a decisión de investir recursos públicos na adquisición das factorías da Coruña e Avilés se realizase en condicións distintas daquelas que serían compatíbeis coas que adoptaría un investidor privado en condicións normais de mercado, a medida podería adoptarse igualmente só que someténdoa ao réxime previsto para as axudas de Estado nos artigos 107 a 109 TFUE e nas normas de Dereito derivado que deles traen causa.

Basicamente, o investimento na adquisición destes activos sería cualificada como axuda de Estado no caso de que se parta da hipótese de que as fábricas non son viábeis ou de que, alén da adquisición, se persigan directamente obxectivos de política social, sectorial ou de desenvolvemento rexional. Neste suposto, tal e como xa foi exposto, o Estado estaría actuando como poder público e non como investidor en condicións normais de mercado.

En concreto, a medida debería acomodarse ás Directrices sobre axudas estatais de salvamento e reestruturación de empresas non financeiras en crise, contidas na Comunicación da Comisión 2014/C, publicada no DOCE C 249 de 31 de xullo de 2014, e ás Directrices sobre axudas estatais de finalidade rexional para 2014-2020, contidas na Comunicación da Comisión 2013/C, publicada no DOCE C 209, de 23 de xullo de 2013.

Existen, certamente, precedentes interesantes de adquisición polo sector público de activos industriais a través dunha operación cualificada como axuda de Estado e autorizada pola Comisión. Tal foi o caso da nacionalización temporal do grupo Alstom polo Estado francés, operación autorizada condicionalmente por Decisión da Comisión de 7 de xullo de 2004.

Con efecto, de acordo coas Directrices daquela vixentes de reestruturación e salvamento, a Comisión autorizou as medidas de axuda articuladas polas autoridades francesas en favor de Alstom a condición de que certos activos do grupo se cedesen a compradores independentes, que se concertasen unha ou varias asociacións industriais afectando a partes significativas do grupo, a prohibición de que durante o período de duración do proceso de reestruturación Alstom puidese obter novas axudas e co compromiso de saída do Estado francés no capital de Alstom no prazo máximo de catro anos. En definitiva, a axuda foi autorizada a condición de que se aprobase un plano de reestruturación que supuxo desinvestimentos e despedimentos.

Iso mesmo é o que esixen as actuais directrices aplicábeis ás axudas de salvamento e reestruturación: *“a concesión das axudas debe por tanto estar supeditada á execución do plano de reestruturación que terá sido autorizado pola Comisión en todos os casos de axudas adhoc”*²⁰.

Este plano de reestruturación debe ter por finalidade restabelecer a viabilidade da empresa a longo prazo, identificada coa obtención “dun rendimento do capital adecuado e previsto

pode ser asimilada ao comportamento dun investidor privado, aínda que a rendabilidade do investimento sexa diferida; ou (c) Cando as posibilidades de desenvolvemento da empresa, decorrentes da capacidade de innovación resultante da chegada de capital novo, permitan considerar a operación como un instrumento que, malia presentar un risco particular, permite dar por descontada unha rendabilidade a certo prazo.

²⁰ Parágrafo 46.

logo de cubrir todos os seus custos, incluída a amortización e as cargas financeiras”, acrecentándose que *“a empresa reestruturada debe ser capaz de competir no mercado por ela propia”*. Un dos contidos principais deste plano deben ser *“medidas internas, que impliquen en particular a retirada das actividades que previsibelmente vaian seguir xerando perdas estruturais a medio prazo”*. E, de resto, *esclárese que “o restabelecemento da viabilidade non debe estar supeditado a hipóteses optimistas sobre factores externos como as variacións de prezos, da demanda ou a oferta de recursos escasos”*.

Finalmente, polo que atinxe á conexión destas axudas de reestruturación coas de finalidade rexional²¹, prevese que *“cando as circunstancias específicas das zonas asistidas así o requirisen (...) a Comisión poderá aceptar unha contribución [do beneficiario] inferior ao 50% dos custos de reestruturación”*²².

Recapitulando:

De non ser considerada como un investimento realizado en condicións normais de mercado, a adquisición das fábricas da Coruña e de Avilés sería considerada como unha axuda pública de reestruturación. Como tal, de acordo coas directrices de 2014 sobre axudas estatais de salvamento e reestruturación, a súa autorización debe estar supeditada á aprobación dun plano de reestruturación que, coa finalidade de restabelecer a viabilidade da empresa a longo prazo, poderá supor a redución de capacidade e de emprego.

²¹Lémbrese que para o período 2014-2020, a intensidade máxima da axuda en Galiza no trienio 2018-2020 é do 10%.

²²Comunicación de sobre axudas estatais de salvamento ...cit., parágrafo 98.

CONCLUSIÓNS

1. A adquisición das factorías de Alcoapolos poderes públicos é plenamente conforme co ordenamento constitucional e legal español

O artigo 128.2 CE recoñece a iniciativa pública na economía en pe de igualdade coa privada. Dentro das posibilidades admitidas por ese precepto – a *publicatio* ou reserva ao sector público de recursos ou actividades, a intervención pública da xestión e/ou titularidade dunha empresa e, finalmente, o exercicio ordinario desa iniciativa económica pública en condicións de mercado – a que se propugna para as factorías de Alcoa na Coruña e Avilés sería a última das indicadas.

Trataríase de que as factorías pasasen transitoriamente á titularidade pública a fin de asegurar, alén dos seis meses inicialmente pactados, o mantemento do emprego e da actividade industrial en tanto non aparece un investidor privado solvente.

A adquisición destes centros produtivos polo sector público debe xustificarse en atención ao logro de fins de interese público e debe ser compatíbel cos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, de conformidade co disposto na LOEF.

2. A adquisición pública de empresas privadas tamén é plenamente conforme co Dereito comunitario

De acordo co Dereito da Unión Europea, a intervención pública na actividade económica pivota arredor de dous principios complementares:

- Dun lado, o de indiferenza do Dereito europeo respecto do réxime de propiedade vixente en cada Estado membro (artigo 345 TFUE). Por outras palabras, que a titularidade das empresas, pública ou privada, é cuestión que non interesa ao ordenamento comunitario.
- Do outro, o principio de igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas (artigo 106 TFUE) segundo o cal os Estados membros, en canto que poderes públicos, deben dispensar un tratamento igualitario ás empresas públicas e privadas e, en canto que investidores ou propietarios, non deben adoptar respecto das súas empresas privadas decisións diferentes das que tería tomado un investidor privado operando en condicións normais de mercado.

Da aplicación deste teste de “operador económico en condicións normais de mercado” (OEM) resultan, pois, dúas vías diferentes para a adquisición das factorías de Alcoa polo sector público:

- Adquisición feita en condicións de mercado, isto é, co Estado actuando como investidor ou
- Adquisición feita en condicións non de mercado, isto é, co Estado actuando na súa condición de poder público.

3. Adquisición feita en condicións de mercado

Da práctica da Comisión e da xurisprudencia do TXUE pódense tirar algúns criterios xerais de interese para determinar cando a adquisición de activos industriais privados por un Estado

membro pode considerarse conforme co teste OEM, isto é, unha operación realizada en condicións normais de mercado:

- A decisión debe estar fundada na rendibilidade económica da operación. Porén, esta regra xeral admite certas matizacións:

a) O contexto social, ambiental ou sectorial pódese ter en conta no contexto da responsabilidade social corporativa na medida en que, como ten recoñecido a Comisión, un investidor privado dilixente debe atender ao contexto en que realiza o seu investimento.

b) A rendibilidade esperábel dun investimento público non é a dun investidor privado procurando un retorno a curto prazo senón un investimento estratéxico do que se agarda unha rendibilidade a medio ou longo termo.

- A carga da proba de que a adquisición pública de activos industriais privados non se corresponde co comportamento esperábel dun investidor privado incumbe á Comisión, sen prexuízo de que o Estado membro deba fornecer todos os elementos obxectivos e verificábeis que fagan críbel que a decisión de realizar o investimento foi adoptada logo de se teren avaliado os riscos e a rendibilidade prevista da operación.

De aquí a importancia dos estudos previos realizados empregando métodos de avaliación de investimentos comunmente aceptados e de xustificar, entre outros extremos, que o factoría é viábel e que no sector no que opera non existe sobrecapacidade no mercado europeo.

- Da análise da práctica doutros Estados membros e das tendencias actuais da política industrial europea pódese concluír que:

a) A intervención pública admítese con crecente normalidade, incluída a estatalización transitoria de empresas a fin de asegurar a súa viabilidade.

b) O sector do aluminio é considerado sector estratéxico, dada a dependencia que del teñen outras actividades industriais (automóbil, aeronáutica, construción, etc.) e, nese sentido, xúlgase inconveniente que a subministración de aluminio primario dependa de países terceiros.

c) Existe unha tendencia cara a adopción de medidas proteccionistas (no caso dos EUA) ou de seguimento (caso da UE) face a importación de produtos de aluminio procedentes de terceiros países producidos en presumíbel infracción das regras da OMC.

Precisamente, en aplicación práctica destas ideas, os poderes públicos italianos veñen de adquirir a fábrica que Alcoa pechou en Portovesme (Sardeña) en 2012 a fin de reactivar a produción coa participación dun investidor privado solvente. Na actualidade, a siderúrxica suíza SyderAlloysdetenta o 75% do capital da nova entida, ficando o resto das accións en mans de Invitalia (ente público italiano equivalente á SEPI española) e dos traballadores.

Desta operación interesa salientar que xunto coa adquisición da empresa adoptáronse outras medidas – investimentos en infraestruturas e mellora enerxética na empresa por importe de máis de 135 millóns de euros – integradas, todas elas, nun denominado

“contratto de svilupo” ou contrato de desenvolvemento, instrumento de dinamización empresarial regulado polo ordenamento italiano.

4. Operación realizada fóra de condicións de mercado

De non ser considerada como un investimento realizado en condicións normais de mercado, a adquisición das fábricas da Coruña e de Avilés sería considerada como unha axuda pública de reestruturación. Como tal, de acordo coas directrices de 2014 sobre axudas estatais de salvamento e reestruturación, a súa autorización debe estar supeditada á aprobación dun plano de reestruturación que, coa finalidade de restabelecer a viabilidade da empresa a longo prazo, poderá supor a redución de capacidade e de emprego.

Este é o meu parecer, que someto a calquera outro mellor fundado en Dereito.

A Coruña, a 1 de abril de 2019



Asdo.: Carlos Aymerich Cano
Profesor Titular de Dereito Administrativo
Universidade da Coruña