

LOS CONVENIOS DE RECUPERACIÓN DE F.O.G.A.S.A. Y LA LIBRE COMPETENCIA

1.- INTRODUCCIÓN.

La administración pública, por mediación del Fondo de Garantía Salarial ofrece un instrumento de máxima eficacia para asegurar la viabilidad de empresas con deudas salariales, cuyo pago pudiera poner en peligro el mantenimiento de su actividad, y por tanto de la totalidad de los puestos de trabajo.

Este instrumento, denominado *Convenios de Recuperación*, viene a ser un préstamo que el sector público concede, para financiar a bajo interés deudas laborales, tales como despidos e indemnizaciones.

Este instrumento, reconocido y amparado por nuestro ordenamiento jurídico, tiene, sin embargo su origen en el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en vigor desde el 8 de junio de 1995. Dicho convenio remarca la importancia de la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia, así como la necesidad de realización de esfuerzos especiales con tal de rehabilitar las empresas y salvaguardar el empleo. Por último, podemos señalar el hecho de que el artículo 1.2. permita la extensión del concepto de insolvencia a otras situaciones donde sería posible el pago de la deuda laboral, pero se pondría en peligro la viabilidad de la empresa.

Como ya veremos, de esta última posibilidad, hace uso nuestro sistema normativo, instaurando el concepto de insolvencia técnica, como instrumento habilitante para la firma del convenio. Siendo esta insolvencia irreal, ya que se trata de una situación en la que el deudor demuestra tener bienes suficientes para el pago de la deuda, pero en la que también se demuestra que dicho pago puede poner en riesgo la actividad de la empresa, y el mantenimiento del resto de puestos de trabajo.

Como fruto de estas manifestaciones aprobadas por la OIT, se aprueba la Directiva 2008/1994, de 22 de octubre, de la U.E, sobre Protección de los Trabajadores Asalariados en Caso de Insolvencia del Empresario. Remarca la Directiva la necesidad de definir el estado de insolvencia, así como el establecimiento de procedimientos de insolvencia distintos al de la liquidación, de tal manera que cuando una misma situación, dé lugar a varios procedimientos de insolvencia, se tratará como si constituyera un solo procedimiento de insolvencia.

Efectivamente, el convenio de recuperación parte de la idea de las deudas en cadena, de tal forma que para hacer frente a una deuda salarial, tenga que generar otra deuda, cuyo pago implicará la generación de una nueva. Esta situación, sin ninguna duda, pone en riesgo la denominada viabilidad de la empresa, y la del conjunto de los puestos de trabajo.

Pues bien, como consecuencia de todo esto, en nuestra normativa encontramos el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, de Ordenación y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. Real Decreto, modificado por el Real Decreto 372/2001, de 6 de abril, ampliando la posibilidad de celebración de convenio de recuperación, a las sociedades laborales y cooperativas de trabajo asociado. Por último la orden de 20 de agosto de 1985, termina de perfilar el marco jurídico de esta institución.

En todo caso, la tramitación de estos convenios, han de suponer la constitución de una garantía, que permita al FOGASA, recuperar en su momento la cantidad prestada, así como los intereses que se hubiera fijado, ya que la administración, lo que pretende es asegurar el mantenimiento de unos puestos de trabajo, y por tanto de la actividad productiva. En ningún caso, se puede considerar, un importe concedido a fondo perdido, por lo que en ningún caso podrían ser condonadas las deudas derivadas de Convenios de Recuperación.

Este punto, incide de una forma directa, sobre el conjunto del sector productivo del que se trate, ya que, en algunos casos, es difícil encajar esta figura, dentro del marco de economía de mercado. Así en sentencias, tales como, la sentencia del STJCE de 22 de noviembre de 2007, entra a analizar hasta qué punto vulnera el derecho de la competencia, por entender que se está manteniendo en el mercado una empresa, que de acuerdo a las libres normas de competencia no tendría que mantenerse, repartiéndose ese mercado entre el resto de empresas del sector.

2.- EL CONVENIO DE RECUPERACIÓN. CONCEPTO.

2.1.- Características del Convenio de Recuperación.

La legislación actual no da una definición clara y directa del Convenio de Devolución, sin embargo el artículo 1 de la orden 20 de agosto de 1985¹, nos habla de la finalidad de los Convenios, estableciendo que al objeto de facilitar el reintegro de los créditos de que el

¹ Orden por la que se desarrolla el artículo 32 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre conclusión de Acuerdos de Devolución de las Cantidades Satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial.

Fondo de Garantía Salarial sea titular frente a las Empresas, por subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores beneficiarios de sus prestaciones, dicho organismo podrá convenir el aplazamiento y fraccionamiento de la deuda, con sujeción a las normas de la propia orden.

Así mismo, el artículo citado continúa estableciendo la posibilidad de que dicho convenio se pueda celebrar, incluso con carácter previo a la existencia de la deuda con el FOGASA, esto es, con anterioridad al pago por parte del FOGASA en nombre de la empresa.

Abraham Cobo, Letrado de Unidad Administrativa de Barcelona, del Fondo de Garantía Salarial², define los convenios de devolución como *“prestamos” concedidos a las empresas para que puedan hacer frente a las deudas contraídas con sus trabajadores...permitiendo a la empresa la devolución de lo pagado, de manera fraccionada, hasta 8 años.*

No es posible, sin embargo, considerar este convenio como un préstamo, ya que no tiene una finalidad crediticia, le falta un claro elemento objetivo, ya que si bien en la forma, se puede parecer al préstamos, por financiar una actividad ajena a cambio de la devolución del principal junto con los intereses generados, el convenio tiene una finalidad, de salvaguarda de los puestos de trabajos. En este sentido el artículo 32 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, señala que la necesidad de que el acuerdo de devolución de cantidades, esté ligado de forma directa a *“las exigencias de continuidad empresarial y la salvaguardia del empleo”*.

En este sentido, el mismo letrado, remarca el sentido finalista de la figura del Convenio, una finalidad que él mismo vincula *“exclusivamente al pago de deudas laborales”*.

El propio artículo 1, de la orden 20 de agosto de 1985, rompe la vinculación que podría haber entre los Convenios y los préstamos, estableciendo una ineludible relación entre la formalización del convenio y la devolución de la deuda al FOGASA. La figura del convenio, aun cuando en un elevado número de casos, se celebra con la finalidad de asegurar la devolución de la deuda, generada por el pago de prestaciones generadas como consecuencias de una insolvencia técnica, se podrían celebrar para asegurar cualquier otro tipo de deudas entre una empresa y el FOGASA.

² Vlex, 2015.

Por tanto tenemos que distinguir dos grandes figuras, que se suelen unir en un solo elemento espacial y temporal, que hacen que se aproxime al préstamo, y que por tanto ronde los límites de la garantía al derecho de la competencia.

Estas dos figuras que hay que analizar, son la de la insolvencia técnica, y el Acuerdo de Recuperación.

La insolvencia técnica, que analizaremos más adelante, es un documento que habilita al FOGSA al pago de prestaciones, sin bien exige una garantía por parte de la empresa deudora para asegurar el pago. Como luego veremos, para que pueda acordarse la insolvencia técnica, es necesario que la empresa deudora tenga bienes suficientes como para devolver todo lo pagado por el FOGASA a los trabajadores, así como los intereses generados y pactados en el convenio.

El convenio o acuerdo de recuperación, es un elemento formal, que implica el consentimiento del organismo público para permitir la devolución fraccionada y de acuerdo con los plazos pactados. Si bien, el Estado mantiene una garantía formal, debiendo proceder a la adecuada formalización de la misma, ya sea mediante la figura de la hipoteca, o cualquier otra permitida en derecho.

2.2.- Elementos subjetivos del Convenio de Recuperación.

Hay dos elementos subjetivos que acaparan la atención de los acuerdos de devolución de cantidades, se trata, sin ninguna duda, del propio FOGASA y de la empresa a la que se le adelanta el dinero, la empresa ejecutada que es titular de la deuda que se ejecuta. Sin embargo, no podemos olvidar el papel fundamental y decisivo que presentan los órganos judiciales, el órgano de ejecución social, así como, en su caso, el juez mercantil, al autorizar la celebración de dichos acuerdos en el seno de un procedimiento concursal.

Fondo de Garantía Salarial, subrogado en las deudas laborales abonadas a los trabajadores. El artículo 32 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, señala cómo el acuerdo de recuperación de cantidades, viene a conjugar la eficacia de la acción subrogatoria, con la exigencia de continuidad de la empresa y la salvaguardia del empleo.

De esta forma, la normativa carga al sector público con el gravamen del pago anticipado de unas deudas laborales, titularidad de la empresa, imponiendo como requisito indispensable la subrogación del FOGASA frente a la empresa, en la ejecución de las

deudas laborales. De tal forma que sin subrogación, no podría haber acuerdo de devolución.

Empresa deudora de las deudas laborales, a cuyo pago, no puede hacer frente, salvo poniendo en riesgo la continuidad de la actividad empresarial.

El órgano judicial que dicta la insolvencia técnica, en la mayoría de los casos se trata de un órgano de ejecución laboral, si bien, en los casos donde la empresa está en concurso, a la insolvencia, se suma la previa autorización del juez concursal, ya que el acuerdo del convenio implica la detracción de la masa de los bienes objeto de garantía. Como veremos al analizar la figura la insolvencia técnica, la figura de este órgano judicial es crucial, ya que es el que, va a permitir la celebración del convenio, dictando el documento que puede considerarse como la piedra angular del convenio. La participación de este órgano judicial, no puede considerarse en ningún caso, como una participación meramente rutinaria, ya que es él el que determinará la existencia o no de dicha insolvencia, y lo hará de acuerdo a dos criterios. En primer lugar atendiendo a la liquidez o no del deudor, de tal manera que si la empresa tiene bienes suficientes para hacer frente al pago, sin necesidad de acudir al acuerdo de recuperación, no deberá acordar la existencia de insolvencia técnica. En segundo lugar, y en caso de que se diera el requisito anterior, el juez ha de comprobar que los bienes aportados en garantía son suficientes como para hacer frente a las deudas generadas por el convenio. Por último, tendrá que apreciar un elemento más subjetivo, entendiendo y valorando la inexistencia de fraude de ley, y sólo lo acordará cuando entienda que no se está empleando esta figura para conseguir una financiación ventajosa por parte de la empresa. El artículo 32.dos del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, obliga a comunicar la conclusión de acuerdos de devolución de cantidades al órgano judicial que conozca del procedimiento instado para la realización de los créditos. Ello es así, para paralizar la ejecución que se tramitaba en el juzgado. El hecho que previamente hubiera dictado un acto de insolvencia técnica, no implica necesariamente la firma y suscripción del convenio, por lo que no podría suponer una paralización definitiva del proceso de ejecución, si bien, es normal realizar una paralización de hecho, dando tiempo a la firma del convenio, y la comunicación de su firma. El órgano judicial, levantará cualquier embargo, traba de bienes, o incluso lanzamientos de ejecución, ya que la deuda queda garantizado con los bienes objeto de la garantía.

2.3.- Objeto del convenio.

Cantidades adeudadas, es la expresión empleada por el artículo 32. uno del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo. El empleo de esta expresión no es casual, ya que la norma he eludido emplear un término más preciso, como podría ser deudas salariales, para dejar la puerta abierta a cualquier otra deuda derivada, eso sí, de la relación laboral.

Acotando más el objeto del convenio, tenemos que decir que se trata de cantidades adeudadas por la empresa al trabajador, siempre y cuando se trate de cantidades que entren dentro del objeto de pago del Fondo de Garantía Salarial, por lo tanto se refiere a salarios e indemnizaciones dentro de los límites en los que el FOGASA tendría que pagar en caso de insolvencia empresarial.

2.4.- Insolvencia técnica.

La insolvencia técnica, es la institución jurídica habilitante para la firma del convenio, por medio de la cual, el Secretario Judicial reconoce a solvencia empresarial para hacer frente al pago de la deuda reclamada, pero al mismo tiempo, hace ver que el cumplimiento de la obligación podría poner en serio peligro la actividad empresarial y por tanto los puestos de trabajo. Esta situación se dará en los supuestos en los que la obtención del líquido necesario para el pago, implicaría la enajenación de bienes afectos al proceso productivo.

La normativa, no se refiere, en ningún momento, a este instrumento como tal, salvo en las instrucciones de desarrollo que internamente se ha dictado el organismo. Así, el artículo 8, de la Orden de 20 de agosto de 1985, de desarrollo del artículo 32 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, establece que la entrada en vigor del acuerdo determinará la suspensión de las acciones, que el FOGASA, directamente o por subrogación de las iniciadas por los trabajadores, pudiera estar ejerciendo, para la realización de su crédito.

Dicho precepto, permite al organismo público, incluso la formalización del convenio, sin que se hubiera iniciado un proceso de ejecución judicial, ya que nos dice que suspende las acciones que el FOGASA pudiera estar ejerciendo, sin establecerlo de forma imperativa, como una necesidad.

Sin embargo, las Instrucciones del FOGASA, sobre Procedimiento para la Gestión de los Acuerdos y Convenios de Recuperación, de 1 de noviembre de 2012, establecen

preceptos que limitan mucho esta capacidad inicial de la administración, así tenemos que analizar los siguientes puntos de la instrucción:

La norma III de la instrucción, nos dice que *“la tramitación de un convenio de recuperación, solo tendrá lugar si la empresa ya ha sido declarada en concurso, o el FOGASA, en este momento, ya es parte en la fase de ejecución de un procedimiento en el orden social en el que pueda declararse su responsabilidad subsidiaria.*

No cabe excepción alguna a tal premisa...”

Limita en este punto lo dispuesto en la Orden antes analizada, ya que circunscribe la capacidad de celebración de los convenios a dos situaciones, concursos o ejecuciones sociales, en donde, en todo caso, el FOGASA esté subrogado en lugar del trabajador.

La instrucción, con esta regulación, no está añadiendo una mayor garantía para su cobro, ya que esta garantía la conseguirá en la forma en la que los bienes de la empresa queden vinculados al pago de la deuda, frente a un hipotético incumplimiento del pago del convenio. Lo que se pretende es garantizar al deudor, la certeza de que el trabajador no pueda actuar contra él, al mismo tiempo que se fundamente, documentalmente la falta de acción por parte del trabajador. De no ser así, la reclamación judicial del trabajador, tras el pago de la prestación, podría generar complicaciones de prueba respecto de la empresa, ya que la empresa, tendría que demostrar que esa cantidad ha sido abonada por la administración.

En la instrucción IV, 2.2 se refiere a la insolvencia técnica, limitándola, como es normal, a los casos en los que la empresa no está declarada en concurso, ya que no sería necesario en estos casos, por existir una insolvencia general, donde de nada serviría una insolvencia particular. Hay que señalar, si bien más adelante se tratará con mayor rigor, que para los casos de concurso de acreedores, sólo podrá celebrar el convenio o acuerdo de recuperación, cuando se hubieran iniciado negociaciones para la finalización del concurso mediante convenio, ya que para el caso de la liquidación, no sería permitido.

La insolvencia técnica, viene a equipararse a la insolvencia provisional del artículo 116 de la ley de la Jurisdicción Social, ley 36/2011, de 10 de octubre, que establece que la insolvencia provisional, habilita al trabajador para solicitar al FOGASA, la deuda no pagada por el empresario. Es necesaria la existencia de una insolvencia, ya sea general o particular, ya que de no existir, la administración no podría proceder al pago de una

cantidad cuyo acreedor es la empresa. En el caso de los concursos, ya existe insolvencia real, por lo que no es necesaria la insolvencia técnica.

Llegado este momento, nos podríamos preguntar, el motivo por el cual, se pretende en la insolvencia técnica, que la empresa tenga bienes para garantizar la deuda. La razón es sencilla, se trata únicamente de limitar el fraude en la utilización de esta institución, eludiendo su utilización como una forma económica de inyectar liquidez en la empresa. Son muchos los casos, en los que tras denegar el convenio por falta de garantías, meses más tarde se han pagado esas prestaciones, tras una insolvencia en firme de la empresa, sin posibilidad alguna de recuperación, por parte del FOGASA. Sin embargo, el convenio está previsto para garantizar la recuperación posterior, ya que de otra forma mejor ahorrar el trámite de dicha institución jurídica.

2.5.- Acuerdo de recuperación en procedimientos concursales y sus efectos.

Como ya se ha expuesto en puntos anteriores, es posible la celebración del convenio dentro del procedimiento concursal, si bien, con algunas peculiaridades.

En primer lugar, hay que señalar que es necesario una previa consulta al Juzgado Mercantil, para que sea este el que autorice la celebración del mismo, ya que el convenio se basa en el establecimiento de una garantía que asegure el pago, y cualquier hipoteca, prenda, o actuación que lo garantice, implicaría una alteración de la masa activa del concursado, alterando la posibilidad de cobro de otros acreedores con mejor derecho.

En un procedimiento concursal donde no hay convenio, el FOGASA queda obligado al pago de las prestaciones, con los límites normativamente establecidos, debiéndose subrogar en la posición y con la clasificación de los créditos que tuviera el trabajador. Sin embargo el pago de prestaciones en estas condiciones no genera más garantía de la que corresponda al crédito como tal.

La celebración del convenio o acuerdo de recuperación, implica la constitución de una garantía adicional, lo que hace que el crédito sea considerado como con privilegio especial, de conformidad con lo indicado en el artículo 90, 1, 1º de la Ley Concursal, lo que implica que ningún otro crédito se pueda ejecutar contra dicho bien, lo que necesariamente altera la composición de la masa activa del concurso, y por tanto sea el juez mercantil el encargado de dar dicha autorización.

Por otra parte, la reciente modificación del artículo 10 de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, determina que este tipo de convenios en el seno de un expediente concursal, se limitará a los créditos contra masa, esto es, los créditos salariales de los 30 días anteriores a la declaración del concurso, así como los créditos frente a los trabajadores generados tras la declaración del concurso. Dicha limitación, tiene su razón de ser, en el hecho ya comentado, de que la suscripción del convenio, implica la reducción de la masa activa del convenio.

Este mismo artículo, incorpora la obligación, de que en este caso, se tenga que solicitar autorización especial en el FOGASA, correspondiendo al Secretario General del organismo.

2.6.- Posible alteración en el derecho a la competencia.

En este punto hay que preguntarse hasta qué punto el libre mercado puede verse alterado por considerar que si el sector público no colaborara en el pago del despido, la puesta en peligro de la viabilidad de la actividad empresarial, podría dar lugar al cierre total de la empresa o por lo menos a la reducción de la actividad productiva de la empresa.

Esta postura ha sido planteada ante el TSJCE, en el asunto C-525/04 P, donde se termina modificando la postura dada por el Tribunal de Primera Instancia de la UE, considerando que no altera la competencia, siempre y cuando el FOGASA no renuncie a la devolución del importe abonado a los trabajadores, ni a los intereses devengados.

En el proceso al que nos referimos, tanto FOGASA como la TGSS hicieron uso del derecho de abstención a participar en el convenio del concurso, en el que se transformaron en acciones el 40% de las acciones de la empresa. Es por ello, por lo que la empresa recurrente, entiende que se trata de una verdadera ayuda dada por el Gobierno de España, tanto por vía del FOGASA como de la TGSS.

Ya inicialmente la Comisión dictaminó en octubre de 1998, que los acuerdos del FOGASA y de TGSS constituían ayudas del Estado, que resultaban del todo punto incompatibles con el derecho europeo de la competencia, ya que por otra parte, se trata de unas ayudas que deben ser devueltas, pero con un interés muy por debajo del interés de mercado.

El Tribunal de Justicia, dicta sentencia (asunto C-342/1996) en abril de 1999, ratificando la correcta actuación de los dos organismos públicos, señalando que estos no buscan un

máximo beneficio, más bien se trata de conseguir una función social, de mantenimiento de puestos de trabajo en una empresa que pasa por una situación económica difícil. Además hace una especial referencia al hecho que si bien, se trata de un interés muy inferior al de mercado, se trata del interés fijado por la norma para este tipo de convenios.

En esta sentencia acusa a la Comisión de haberse confundido de forma manifiesta al señalar que los organismos públicos habían actuado de la misma forma que hubiera actuado un ente del sector privado. El Tribunal de Justicia, lo entiende así por considerar que el sector privado, hubiera ejecutado el convenio, en el momento en el que se produjo el incumplimiento, sin haber procedido a los dos aplazamientos concedidos por el FOGASA y la TGSS. Entiende el TJ que la garantía especial con que contaban los organismos le hicieron conceder dichos prorrogas, que superaban lo estrictamente regulado para estos convenios.

Por otra parte, en caso de que por circunstancias especiales, el sector privado, decidiera conceder la prórroga temporal, necesitaría haber valorado y aceptado un nuevo plan de viabilidad, que hiciera creíble, con nuevos datos y garantías el cumplimiento de lo acordado.

Por tanto, llega a la clara conclusión de que el comportamiento que ha observado el Estado, ha convertido el convenio en una ayuda estatal, de las reguladas en el entonces, artículo 87.1 de TCE.

Como consecuencia de esta sentencia, la Comisión decide modificar su posición, pasando a decir en el año 2.000, que estos convenios no se pueden considerar como una ayuda estatal contraria a la competencia, al mismo tiempo que reconoce que en el caso concreto que estudia, la falta de ayuda pública, hubiera supuesto “con toda seguridad el cierre total de la empresa”.

El Estado fundó el recurso entendiendo que la mínima cuota de mercado que abarcaba la empresa objeto del recurso no podría suponer una alteración significativa del mercado nacional, señalando también que la recurrente ha aumentado su cuota de mercado, por lo que la decisión de los organismos públicos no le ha supuesto en perjuicio empresarial.

El TJCE contesta en la sentencia, indicando que el concepto de ayuda no se puede hacer depender de la posición en el mercado en % ni siquiera en el hecho de que durante el

periodo de referencia, el recurrente hubiera mejorado la posición en el mercado, ya que incluso podría haber mejora aún más.