

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense
de Madrid*

Letrado (excedente) de la Seguridad Social

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de
las Comunidades Europeas de 21 de octubre de 2004, Asunto T-36/99) ***

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario, de 21 de octubre de 2004, dictada por la Sala Quinta ampliada del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en el asunto T-36/99, Lenzing AG contra Comisión de las Comunidades Europeas apoyada por el Reino de España, plantea varias cuestiones relevantes y de interés sobresaliente relacionadas con el denominado «dumping social».

Se alude a *dumping* en sentido técnico cuando se trata de una conducta internacional que procura la venta de productos a un precio inferior al de su costo o al que se aplica en el mercado interno o nacional ¹, pero también puede utilizarse aquel término en un sentido más laxo y general cuando es posible la venta internacional a bajo precio gracias a una legislación laboral poco o nada exigente, o a «ayudas estatales» que liberen al empresario de soportar, total o parcialmente, los costes laborales que naturalmente gravan la producción o prestación de servicios.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 266, mayo 2005.

¹ Se define en *Diccionario Trivium (Derecho y Economía)*, Editorial Trivium, Madrid, 1998, pág. 245, como «acción y efecto de producir grandes cantidades de una mercancía, al amparo de concesiones de tarifas ventajosas, y luego exportarlas a otros países, con precios en competencia con los del país importador, fijándose precios por debajo del coste de producción».

Precisamente se viene últimamente haciendo referencia al «*dumping social*»² en relación con la proyectada Directiva sobre liberalización de la prestación de servicios³, que se nuclea en torno al «principio del país de origen»⁴, y a cuyo tenor el prestador de servicios solamente está sujeto a la ley del país en el cual se establece⁵ sin que los demás Estados miembros puedan limitar la prestación de servicios por quien está ya establecido en otro Estado miembro.

Sobre aquel proyecto de Directiva existe una gran confusión⁶, en buena medida provocada por determinados intereses políticos nacionales⁷ defendidos desde los respectivos poderes públicos. Intereses espurios en la medida en que han forzado acuerdos al máximo nivel de las institu-

² Según ha manifestado Jean-Claude JUNCKER la apertura del mercado de servicios en la Unión Europea debe evitar el «*dumping social*».

³ Con el fin de crear un verdadero mercado interior de servicios para 2010, la Comisión ha propuesto (con fecha 13 de enero de 2004) el texto de una Directiva, a adoptar por el Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. «Una Directiva destinada a suprimir los obstáculos jurídicos que impiden a las empresas ofrecer sus servicios o establecerse en otros Estados miembros».

⁴ COM(2004)2 final.

⁵ Ciertamente para el grupo más importante de empresarios (las sociedades mercantiles), «es discutido el criterio para la determinación de la nacionalidad (así se ha insistido en el de la nacionalidad de los socios, el del lugar de las explotaciones, el del domicilio, el criterio del lugar de constitución, etc.). Nuestro Código de Comercio parece orientarse por el del lugar de constitución (vid. art. 15), pero a este dato se añade la necesidad de que se encuentren domiciliadas en España (vid. art. 28 del CC). Se dice, pues, según la doctrina más extendida, que son sociedades españolas las constituidas y domiciliadas en España (...), este criterio ha de ser revisado para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, a la vista de los artículos 5.º 1 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y 6.º 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que ha adoptado el criterio del domicilio» (SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, McGraw-Hill, Madrid, 2003, pág. 256); No puede olvidarse que la mayoría de los empresarios son sociedades mercantiles capitalistas (anónimas o limitadas) y para ellas efectivamente el domicilio determina la nacionalidad, y que aquél se fija «en el lugar en que se halle el centro de su efectiva Administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación» (arts. 5.º y 6.º de la LSA). En relación con el empresario persona física o sociedades civiles, asociaciones y fundaciones que ejerzan una actividad de empresa ha de estar a lo establecido en los artículos 17 y siguientes y 28 del CC. En estos tiempos de migraciones, resulta ilustrativo sobre el particular el trabajo de GIL IBÁÑEZ, J.L., «La adquisición de la nacionalidad española por residencia» en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, T. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, págs. 1.275 y siguientes. También y en relación con los derechos y obligaciones de los extranjeros en España, ha de considerarse la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre y su Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Tampoco se puede olvidar que para la ley aplicable al contrato de trabajo ha de estar al artículo 6.º del Tratado de Roma y que en materia de cuotas de Seguridad Social debe tomarse en consideración lo establecido en los artículos 11, 12 y 13 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, siendo reiterada la jurisprudencia comunitaria, al extremo que excusa su cita, que establece la competencia de cada Estado miembro para determinar su sistema de Seguridad Social, especialmente su estructura financiera.

⁶ Una divulgación elemental, más o menos afortunada, de su contenido puede leerse en el periódico *El Mundo* del 24 de marzo de 2005, pág. 28.

⁷ Del proyecto de la Directiva referida se ha tratado en todos los medios de comunicación (prensa diaria, tanto la no especializada como la económica, televisión y radio). Tomando como referente la prensa diaria, en *La Vanguardia* del martes 22 de marzo de 2005, pág. 5, bajo el titular «BARROSO abronca a París por confundir al electorado sobre la directiva de servicios», se indica lo siguiente, «BARROSO dio ayer un puñetazo en la mesa para pedir a los responsables del Gobierno y de la oposición de Francia que dejen de confundir a la opinión pública en torno a la directiva de liberalización y no la mezclen con la Constitución». En el comentario que sigue a aquel titular, del corresponsal Fernando GARCÍA, se precisa «José Manuel DURAO BARROSO echó ayer un buen rapapolvo a la clase política francesa por el modo en que, según sugirió, está manipulando y envolviendo en la confusión el debate sobre el proyecto comunitario para liberalizar la presta-

ciones europeas ⁸ que ponen en riesgo el futuro desarrollo político, económico y social de la Unión Europea ⁹, con efectos, en todo caso, mucho más perjudiciales para el empleo y el bienestar social ¹⁰ que los que hipotéticamente podría provocar la proyectada Directiva, pues ésta no produce necesariamente «*dumping* social» al contener cautelas precisas ¹¹, no obstante caber y ser posible, en determinadas hipótesis, aquel efecto. En todo caso debe afirmarse que es más factible el «*dumping* social» por medio de ayudas estatales, como pone de manifiesto la sentencia objeto de comentario.

Efectivamente, si según el principio «país de origen» hipotéticamente podría propiciarse el «*dumping* social», resulta que las ayudas de Estado pueden y suelen tener, de manera más o menos encubierta, el mismo efecto. Ciertamente es cuando un «prestador de servicios», que opera legalmente en un Estado miembro, «puede vender sus servicios en otros Estados miembros sin tener que ajustarse a las normas en éstos», y las que aplica le permite vender en otro Estado miembro por debajo de los costes que resultarían de aplicar la legislación social de ese Estado miembro, puede hacerse

ción de los servicios. El presidente de la Comisión Europea reprochó a los dirigentes franceses que no le hagan caso cuando recuerda una y otra vez su compromiso de que la liberalización salvaguardará los derechos de los trabajadores para evitar el *dumping* social, excluirá la sanidad y respetará los servicios de interés general. BARROSO juzgó "inaceptable" que el asunto se esté mezclando con la CEU y el referéndum que Francia celebrará el próximo 29 de mayo, y clamó por que el Gobierno y la oposición franceses aclaren los "malentendidos" que han creado (...). No (se) puede aceptar que se diga que la directiva de servicios pone en riesgo la Constitución (...). El punto más peliagudo y que parece aterrorizar a Francia es el "principio del país de origen" (...). Pese a que el proyecto excluye de ese principio los derechos laborales básicos (salarios mínimos, horarios máximos, vacaciones...) y pese a los retoques anunciados, París no se convence y quiere la retirada del borrador».

- ⁸ En el periódico *El Mundo* de 24 de marzo de 2005, pág. 28, se da la noticia siguiente, «la Unión Europea cede ante Francia y da marcha atrás en la reforma del sector servicios».
- ⁹ En la pág. 4 de «opinión» del periódico *ABC* del 25 de marzo de 2005 puede leerse lo siguiente: «La Europa de los veinticinco va adquiriendo el perfil y la medida de quienes parecen decididos a imponer su firme voluntad a la hora de adaptar las necesidades continentales a sus intereses nacionales. La cumbre de Bruselas ha sido una buena muestra de ello. El eje franco-alemán ha demostrado capacidad de maniobra y de presión (...) puede afirmarse que ha triunfado un modelo de Europa a la carta que controla sin límites ni contrapesos el tándem franco-alemán (...) lo más preocupante del estado actual de cosas es que Europa ha decidido cerrar su futuro dentro de los sólidos muros de un mercado cerrado e inflexible. Malos augurios para una Europa envejecida y sin capacidad de reacción».
- ¹⁰ Es noticia publicada en toda la prensa diaria la posición adoptada por el Banco Central Europeo, que está «seriamente preocupado» por la relajación, en realidad ruptura, del Pacto de Estabilidad y Crecimiento acordado por los ministros de Finanzas de la Unión Europea (ECOFIN) y ratificado por el Consejo, que puede poner en peligro la solidez del Euro, incrementando la inflación y el déficit público comprometiendo seriamente un crecimiento económico ya de por sí exiguo en el área de Europa más desarrollada, *vid.*, entre otros, los periódicos *La Vanguardia* y *ABC* de 22 de marzo de 2005, págs. 53 y 76 respectivamente.
- ¹¹ En la exposición de motivos (apdo. 41) de la propuesta de la indicada Directiva se indica que «en el caso de que el prestador se desplace a un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, procede prever una asistencia recíproca entre ambos Estados para que el primero pueda proceder a comprobaciones, inspecciones e investigaciones a petición del Estado miembro de origen o a hacer este tipo de comprobaciones por propia iniciativa, si se trata únicamente de establecer los hechos. Además, si se produce un desplazamiento de trabajadores, el Estado miembro de desplazamiento puede tomar medidas contra un prestador establecido en otro Estado miembro para garantizar el cumplimiento de las condiciones de empleo y de trabajo aplicables en virtud de la Directiva 96/71/CE».
- Asimismo, los artículos 16 y 17 de aquella Directiva, que recogen el principio del «país de origen», establecen que no se aplicará el indicado principio a «las materias que abarca la Directiva 96/71/CE». Incluso cuando el prestador de servicios deba desplazar trabajadores a otro Estado miembro ha de precisar «las condiciones de empleo y de trabajo» que se aplican a los trabajadores desplazados (art. 24, bien que la cuestión sea difusa cuando se trate de ciudadanos de terceros Estados según el art. 25) y, por otra parte, el artículo 3.º de la Directiva 96/71/CE constituye una garantía nada despreciable contra el acusado «*dumping* social».

referencia a que existe «*dumping* social». Pero no es menos cierto que cuando mediante ayudas estatales un empresario puede vender sus productos a bajo precio, porque no ha de soportar los costes sociales asociados a la producción, gracias a que su «país de origen» le proporciona ayudas económicas que le liberan de dichas cargas, también se puede producir «*dumping* social»¹². La sentencia objeto de comentario constituye un ejemplo paradigmático.

Puede, pues, considerarse incluida en una noción amplia de *dumping* social, una conducta empresarial como la que se enjuicia en la sentencia objeto de comentario, que tiene efectos transnacionales, en la que intermedia una «ayuda estatal» tal que le permite efectuar ventas en otros países a bajo precio (inferiores a los de mercado). En tal caso, el «daño» o el propósito/efecto de esa conducta de la exclusión de los competidores puede presumirse en un sistema de economía de mercado. Únicamente deben exceptuarse del «*dumping* social» los supuestos de «ayudas estatales» que constituyan «ayudas a la exportación», conforme a un criterio generalmente aceptado.

La sentencia objeto de comentario pone de manifiesto que en una «economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social» [art. I-3.3 de la Constitución Europea¹³ (CEu)], las ayudas de Estado como la que en ella se contemplan procuran una ventaja no legítima a determinados operadores, lesionando a los competidores y objetivamente al sistema económico.

II. AYUDAS ESTATALES PARA EL EMPLEO

2.1. Consideraciones generales.

Para cualquier referencia a las «ayudas estatales para el empleo» ha de partirse, como principio general, que el Derecho comunitario establece la incompatibilidad con el mercado interior europeo de cualesquiera ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, [arts. 87.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), y III-167.1 de la CEu]. Al extremo es rigurosa esa prohibición de ayudas estatales, en la normativa comunitaria, que la Comisión «examinará permanentemente», junto a los Estados miembros los regímenes de ayudas existentes, y si, tras un breve expediente, considera que son incompatibles con el mercado interior, obligará al Estado correspondiente a su supresión o modificación¹⁴.

¹² Son cada vez más abundantes las decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas que consideran incompatibles con el mercado interno comunitario ayudas estatales que liberan total o parcialmente a las empresas de los costes sociales, por contrariar la libre competencia.

¹³ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (DOUE, de 16 de diciembre de 2004, serie C núm. 310), que está en trámite de referéndum en varios Estados miembros, y ha sido aprobado por el reciente referéndum convocado al efecto en nuestro país, tras la Decisión del Tribunal Constitucional 1/2004 de 13 de diciembre.

¹⁴ Cuando ejecuten un régimen de ayuda exento en virtud del Reglamento 2204/2002, los Estados miembros deberán enviar a la Comisión en el plazo de 20 días laborables, con vistas a su publicación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)», un resumen de la información referente a dicho régimen de ayuda mediante impreso normalizado

Consideración de todo punto necesaria y de previa aclaración es procurar una noción de la «ayuda» estatal a los efectos que interesan. En ese punto, la normativa comunitaria sobre «ayudas estatales para el empleo» no procura definición alguna remitiéndose a la regulación contenida en el Derecho comunitario originario ¹⁵.

De los artículos 87.1 del TCE y II-167.1 de la CEU se puede inferir que para ser considerada ayuda estatal, en el Derecho comunitario, una medida debe satisfacer los cuatro criterios siguientes ¹⁶:

1. Debe ofrecer a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto.
2. La ventaja debe ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales.
3. La medida debe afectar a la competencia y a los intercambios entre los Estados miembros.
4. La medida debe ser selectiva, en el sentido de favorecer a «determinadas empresas o producciones».

Esto es, según aquella normativa comunitaria se declara la incompatibilidad con el mercado interior (mercado común) de las ayudas estatales que, afectando a los intercambios comerciales en el mercado de la Unión Europea, falseen la competencia o amenacen hacerlo, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. No obstante aquella rigurosa prohibición, algunas ayudas estatales ¹⁷ se exceptúan del rigor de aquella incompatibilidad y se consideran compatibles con el mer-

(en soporte electrónico). Además llevarán registros pormenorizados de los regímenes de ayuda exentos a tenor del Reglamento citado y de las ayudas individuales concedidas en virtud de los mismos. Dichos registros contendrán toda la información necesaria para demostrar que se cumplen las condiciones requeridas para la exención establecida en aquel Reglamento, incluida la información sobre la condición de cualquier empresa cuyo derecho a beneficiarse de ayudas dependa de su condición de pequeña y mediana empresa. Para los regímenes de ayuda, los Estados miembros deberán mantener un registro durante 10 años a partir de la fecha en que se concedió la última ayuda individual con arreglo a dicho régimen. Previa solicitud por escrito, el Estado miembro correspondiente deberá facilitar a la Comisión, en un plazo de 20 días laborables o en el plazo más amplio que se establezca en la solicitud, toda la información que la Comisión estime necesaria para determinar si se han cumplido las condiciones de aquel Reglamento. Los Estados miembros deberán elaborar en soporte electrónico un informe sobre la aplicación del Reglamento indicado correspondiente a cada año civil parcial o completo durante el cual se aplique y facilitar este informe a la Comisión en el plazo de tres meses a partir de la expiración del período al que hace referencia el informe (art. 10 del Rgto. 2204/2002).

¹⁵ Se limita a indicar que por «ayuda» se entenderá toda medida que reúna todos los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 87 del Tratado.

¹⁶ Siguiendo la Decisión de la Comisión de 30 de marzo de 2004 (DOUE de 2 de febrero de 2005, serie L núm. 29).

¹⁷ Así, según el artículo 87.2 y 3, se consideran exceptuadas de la prohibición enunciada, entre otras, las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional, y pueden exceptuarse las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común, o las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común.

cado interior (mercado común), entre ellas determinadas ayudas estatales para el empleo. Bien entendido que no todas las medidas de política de empleo constituyen ayudas estatales, en este sentido pueden citarse la reducción general de la fiscalidad laboral y de los costes sociales, el fomento del desarrollo de la inversión en educación y formación general, la prestación de servicios de asesoría, la asistencia general y la formación de parados, la introducción de mejoras en el derecho del trabajo y las ayudas *de minimis*.

2.2. Noción y régimen de las «ayudas estatales para el empleo» en el mercado interior comunitario.

Haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 89 del TCE, el Consejo de Ministros europeo aprobó el Reglamento número 994/1998, cuyo artículo 1.º permitió (ordenó) a la Comisión Europea declarar, en aquellos ámbitos en los que contase con experiencia suficiente para definir criterios generales, que ciertas categorías de ayudas de estado para el empleo resultaban compatibles con el mercado interior, eximiéndolas de la obligación de notificación prevista con carácter general para todo tipo de ayudas.

Habilitación que se justificó por la singular competencia de la Comisión para evaluar la adecuación de tales ayudas al mercado interior, al constituir un organismo comunitario de acreditada experiencia, y porque los reglamentos de exención por categorías propician una «mayor transparencia y seguridad jurídica». Aquella delegación partía, es preciso destacarlo, de la siguiente afirmación explícita ¹⁸:

«Los costes laborales forman parte de los costes operativos normales de cualquier empresa. Por tanto es especialmente importante que la ayuda (para poder ser considerada compatible con el mercado interior) produzca un efecto positivo sobre el empleo y no sirva meramente para que las empresas reduzcan los costes que habrían de soportar en ausencia de la misma.»

Además su compatibilidad con el mercado interior se condicionaba al cumplimiento de determinados requisitos. En primer lugar que las exenciones debían referirse exclusivamente a las siguientes categorías, a saber ayudas a favor de pequeñas y medianas empresas, la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el empleo y la formación, así como ayudas que se ajusten al mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro, a efectos de la concesión de ayudas regionales. En segundo lugar que las ayudas tuviesen un contenido obligatorio y otro facultativo, en el siguiente sentido de que debían especificar su finalidad, los beneficiarios, los umbrales de intensidad del auxilio, los requisitos de comunicación y las condiciones de control, y de que podían fijar umbrales u otras estipulaciones propias en casos individuales, excluir determinados sectores y recoger cláusulas suplementarias sobre la compatibilidad de las contribuciones exentas. En tercer lugar

¹⁸ Recogida en el apartado 16 de la exposición de motivos del Reglamento 2204/2002.

para aprobar las ayudas debían observarse normas específicas de procedimiento, incluyendo la audiencia a los interesados y, finalmente, en cuarto lugar el Reglamento a aprobarse por la Comisión debía tener una vigencia limitada ¹⁹, aun cuando cupiese su prorroga.

En uso de esa delegación, la Comisión aprobó el Reglamento número 2204/2002, de 5 de diciembre de 2002, por el que se autorizan algunos tipos de ayudas para el empleo porque:

- a) Su «fomento (...) es un objetivo fundamental de la política económica y social de la Comunidad y de sus Estados miembros».
- b) «El desempleo sigue siendo un problema importante en ciertas zonas de la Comunidad y determinadas categorías de trabajadores siguen encontrando especiales dificultades a la hora de incorporarse al mercado laboral».

No se confundían con estas ayudas aquellas medidas de apoyo que puedan dirigirse a sectores determinados, como los sectores sensibles con exceso de capacidad o en crisis, que no se benefician de la autorización contenida en el Reglamento indicado.

Efectivamente la Comisión, atendiendo al mandato del Consejo, aprobó el Reglamento 2204/2002, considerando que ayudas estatales para el empleo son aquellas que, incluidas en la noción de ayuda estatal antes indicada, proporcionen ayuda a la creación del empleo, o para la contratación de trabajadores desfavorecidos y discapacitados, o para cubrir los costes de empleo adicionales de los trabajadores discapacitados ²⁰, declarándolas compatibles con el mercado interior común ²¹ (mercado interior) y quedando exentas de la obligación de notificación ²², permitiendo a los Estados miembros establecer regímenes de tales tipos de ayudas (por «categorías») siempre que cumplan todas las condiciones establecidas en aquel Reglamento comunitario, precisando expresamente la norma nacional que establezca el régimen de ayudas que se ampara en el indicado Reglamento ²³.

III. CONSIDERACIÓN DE LOS APLAZAMIENTOS Y MORATORIAS EN EL PAGO DE DEUDAS CON LA TGSS Y EL FOGASA COMO «AYUDAS ESTATALES PARA EL EMPLEO» INCOMPATIBLES CON EL MERCADO INTERIOR COMUNITARIO

La sentencia objeto de comentario, partiendo de las siguientes consideraciones:

¹⁹ El Reglamento 2204/2002 «estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2006» (art. 11.1 segundo párr.).

²⁰ Según establece el artículo 1.º 1 del Reglamento 2204/2002.

²¹ «A tenor del apartado 3 del artículo 87 del Tratado».

²² Establecida en el apartado 3 del artículo 88 del Tratado.

²³ «Citando su título y referencia de publicación en el "DOCE", precisa el artículo 3.º 1 b)».

- a) Que «los costes laborales» (entendiendo por tales únicamente «el salario bruto o antes de impuestos y las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social) forman parte de los costes operativos normales de cualquier empresa»²⁴, y deben ser soportados por la empresa²⁵.
- b) Que el concepto de ayuda estatal «abarca no sólo a las prestaciones positivas como las subvenciones, los préstamos o las tomas de participación en el capital de las empresas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen idénticos efectos»²⁶.

Llega a la conclusión de que tanto la TGSS como el FOGASA, al disponer de ciertas facultades discrecionales²⁷ «tanto para celebrar acuerdos de aplazamiento o devolución, como para determinar algunos de los elementos de dichos acuerdos, como el calendario de vencimientos, el importe de los pagos y el carácter suficiente de las garantías ofrecidas como contrapartida del pago de las deudas»²⁸, según el ejercicio que hagan de dichas potestades, estarán, en su caso, otorgando una «ayuda de estado» proscrita por el Derecho comunitario.

Apoyando semejante conclusión en que si bien las medidas de alcance puramente general no están comprendidas en el concepto de ayuda estatal «sin embargo, la jurisprudencia ha precisado ya que incluso las actuaciones que a primera vista son aplicables a la generalidad de las empresas pueden revestir cierto carácter selectivo y, en consecuencia, ser consideradas medidas destinadas a favorecer a determinadas empresas o producciones», lo cual «se da, en especial, cuando la Administración que debe aplicar la norma general dispone de una facultad discrecional en relación con dicha aplicación»²⁹.

²⁴ Reglamento 2204/2002, exposición de motivos, apartado 16.

²⁵ En cuanto que «deducidos de su valor añadido dan el resultado bruto de explotación», *vid.* en este sentido FERNÁNDEZ GARCÍA, J., MUÑOZ COLOMINA C., VEUTHEY MARTÍNEZ, E. y ZORNOZA BOY J., *Manual de introducción a la análisis contable de la empresa*, Editorial Complutense, Madrid 2004, pág. 143.

²⁶ SSTJCE de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad, Asunto 30/59; de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, Asunto C-387/92; de 29 de junio de 1999, DM Transport, Asunto C-256/97; de 12 de diciembre de 2002, Bélgica/Comisión, Asunto C-5/01, y de 14 de septiembre de 2004, Grupo de Empresas Álvarez, Asunto C-276/02. Según esta última sentencia «El concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que no sólo comprende las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa».

²⁷ Precizando el Tribunal de Primera Instancia comunitario, en la sentencia objeto de comentario, que la circunstancia de que aquellas entidades públicas competentes hubieran aceptado que el empresario afectado no respetara aquellos acuerdos y que tolerara que sin ningún acuerdo de aplazamiento dejase de pagar sus deudas por cuotas a Seguridad Social durante varios años constituye un comportamiento que pone de manifiesto potestades discrecionales de dichos organismos.

²⁸ La sentencia hace referencia a los artículos 20 y 27 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción anterior a la actual (la vigente fue dada por L 52/2003), así como al artículo 40 del Real Decreto 1637/1995, que ha sido derogado por el Real Decreto 1415/2004, y a la Orden de 22 de febrero de 1996, que fue derogada por la de 26 de mayo de 1999 que a su vez ha sido derogada por el Real Decreto 1415/2004. En todas estas modificaciones legislativas no se han producido cambios significativos a los efectos que interesan, en el sentido de que se hayan restringido las facultades discrecionales de aquellos entes públicos, muy al contrario se han ampliado. La sentencia hace referencia al artículo 33.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción anterior a las modificaciones operadas por Ley 45/2002, no obstante aquellas modificaciones carecen de interés a los efectos del presente comentario.

²⁹ SSTJCE de 26 de septiembre de 1996, Francia/Comisión, Asunto C-341/94; de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade, Asunto C-200/97, y de 17 de junio de 1999, Piaggio, Asunto C-295/97.

IV. EL SUPUESTO DE HECHO OBJETO DE ATENCIÓN: APLAZAMIENTOS Y MORATORIAS EN EL PAGO DE DEUDAS POR CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN LA RESTITUCIÓN DE SALARIOS ANTICIPADOS POR LA INSTITUCIÓN NACIONAL DE GARANTÍA

La sentencia objeto de comentario analiza un supuesto señaladamente complejo en su descripción pues resuelve un recurso de anulación de una Decisión de la Comisión, que, a su vez, había sido modificada por otra Decisión posterior de aquella institución comunitaria atendiendo a la doctrina contenida de una determinada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) dictada después de la primera Decisión, por lo que todas aquellas resoluciones, de una u otra manera y en mayor o menor proporción, han de tomarse en consideración al describir el supuesto de hecho.

4.1. La Decisión 99/395/CE de la Comisión, adoptada el 28 de octubre de 1998.

El proceso, que finalizó con la sentencia objeto del presente comentario, se inició mediante demanda de un determinado empresario, Lenzing AG (en adelante, «demandante»), en la que solicitaba que se anulase parcialmente la Decisión de la Comisión 99/395/CE de 28 de octubre de 1998.

El contenido de aquella Decisión de la Comisión, así como de los hechos que la originaron y fueron tomados en consideración por la indicada institución comunitaria, son pues cruciales para la adecuada comprensión de la sentencia objeto de comentario, en cuanto que, traslativamente se constituyen en el supuesto de hecho de la misma. Sumariamente expuestos fueron los que a continuación se indican.

La sociedad Sniace, S.A. (en adelante «Sniace»), productora de celulosa, papel, fibras de viscosa, fibras sintéticas y sulfato de sodio, fue declarada en suspensión de pagos, celebrando, en el seno de aquel procedimiento concursal, un convenio con sus acreedores mediante el que se comprometía a convertir en acciones de la sociedad el 40% de la masa pasiva. Los acreedores públicos (TGSS y FOGASA) que como singularmente privilegiados hicieron uso de su derecho de abstención y no participaron en el convenio, por lo que sus créditos no resultaron afectados por lo convenido.

Consecuentemente, y por no poder hacer frente a las deudas contraídas con aquellos entes públicos, Sniace suscribió, con fechas 5 de noviembre de 1993 y 31 de octubre de 1995, sendos convenios con el FOGASA relativos a la devolución de los salarios e indemnizaciones que aquella institución de garantía había satisfecho a los trabajadores de dicha empresa ³⁰ (dados los impagos del empresario y su situación de insolvencia). Asimismo, el 8 de marzo de 1996 la TGSS convino conceder aplazamiento del pago de deudas por cuotas de Seguridad Social ³¹, en relación con el período comprendido entre febrero de 1991 y febrero de 1995, en 96 mensualidades hasta marzo de 1994, que fue modificado el 1996 aplazando la deuda un año previniendo el pago de 84 mensualidades,

³⁰ El primero por importe de 897.652.789 pesetas más 564.055.911 pesetas de intereses al tipo del 10% con vencimientos trimestrales durante ocho años. El segundo por importe de 229.424.860 pesetas, más 110.035.018 de intereses al tipo legal del 9%, con vencimientos semestrales durante un período también de ocho años. Como garantía constituyó hipoteca sobre dos de sus propiedades, el importe devuelto por Sniace, de acuerdo con los dos convenios, ascendía en junio de 1998 a 186.963.594 pesetas.

³¹ Por un importe global de 2.903.381.848 pesetas, con intereses al tipo del 9%.

ninguno de ambos aplazamientos fue cumplido por Sniace, por lo que fueron sustituidos por un nuevo (convenio de) aplazamiento en 1997³², correspondiente a la cuotas impagadas desde febrero de 1991 hasta febrero de 1997³³, que se abonaría durante un período de diez años.

El 4 de marzo de 1996 la demandante presentó, ante la Comisión de las Comunidades Europeas, denuncia relativa a las ayudas de estado que, supuestamente y a su juicio, se habían otorgado a Sniace durante varios años (desde finales de la década de los ochenta). Denuncia que fue archivada debido a que aquella institución comunitaria no consideraba acreditada la realidad de las ayudas de estado denunciadas. La demandante insistió en la denuncia durante 1997, aportando información adicional. La Comisión comunicó al Gobierno español su decisión de proceder a incoar el procedimiento correspondiente, por los convenios referidos con el FOGASA y a la «falta de cobro de las cuotas de Seguridad Social desde 1991». Tras los correspondientes trámites el 28 de octubre de 1998 la Comisión adoptó la decisión 99/395/CE, mediante la cual:

- a) No consideró que los acuerdos de devolución y aplazamientos y moratorias con el FOGASA y TGSS constituyesen ayudas estatales.
- b) Consideró que «en la medida en que el tipo de interés (aplicado tanto en las deudas con la TGSS como con el FOGASA) se situaba por debajo de los tipos de mercado, constituía una ayuda de estado incompatible con el mercado común».

La decisión indicada en el apartado anterior fue objeto de modificación sustancial o revocación (a modificación, simplemente, se refiere la sentencia que se comenta), por la propia Comisión mediante la adopción el 20 de septiembre de 2000 de la Decisión 2001/43/CE, en procedimiento instruido a instancia de España, y en la que declaró que los acuerdos y aplazamientos antes referidos, y considerados, bien que sólo parcialmente, ayudas de estado, no constituían realmente tales ayudas de estado en ninguno de sus elementos. La razón de tan drástica revisión efectuada por la Comisión, revocatoria (modificativa precisa la sentencia, como antes se indicó) de su decisión de 1998, radicó en la solicitud por parte de España de que se aplicase al caso la doctrina sentada por la STJCE de 29 de abril de 1999³⁴, que efectivamente fue aplicada (indebidamente) por la Comisión de las Comunidades Europeas. Por ello preciso es efectuar una somera referencia al contenido de la resolución judicial últimamente citada.

4.2. Doctrina contenida en la Sentencia de 29 de abril de 1999 del TJCE (Asunto TUBACEX).

Como se indicó anteriormente no es posible entender cumplidamente el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario sin efectuar una referencia a la doctrina sentada por el Alto Tribunal comunitario, en su Sentencia de 29 de abril de 1999, asunto 342/1996, Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas.

³² Por importe de 3.510.387.323 pesetas.

³³ Con recargos por demora de 615.056.349 pesetas. Durante los dos primeros años se pagarían únicamente intereses, calculados al tipo anual del 7,5%, en los años siguientes se pagarían principal e intereses. En abril de 1998 Sniace había abonado 216.118.863 pesetas, de acuerdo con el último de los aplazamientos concedidos.

³⁴ Asunto C-342/96, TUBACEX.

Aquel proceso seguido como consecuencia de un recurso de anulación interpuesto por España contra la Decisión 97/71/CECA, CE de la Comisión de 30 de julio de 1996, relativa a una ayuda estatal concedida a la Compañía Española de Tubos por Extrusión, S.A., situada en Llodio (Álava), se resolvió mediante la indicada sentencia en la que el Alto Tribunal comunitario estableció la siguiente doctrina:

- a) Que «el FOGASA no concede préstamos a las empresas en quiebra o en situación de dificultad, sino que con el dinero que dicho organismo satisface todas las solicitudes legítimas formuladas por los trabajadores».
- b) Que «el FOGASA puede celebrar convenios de devolución que le permite aplazar o fraccionar las cantidades debidas y que, igualmente, la TGSS puede conceder aplazamientos o fraccionamientos del pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social».
- c) Que «el Estado no actúa (en tales casos) como inversor público cuya intervención tenga que compararse con la actuación de un inversor privado que coloca su capital en función de su rentabilidad a un plazo más o menos corto, sino como un acreedor público que, igual que un acreedor privado, trata de recuperar cantidades que se le adeudan y que, a tal efecto, celebra con el deudor convenios conforme a los cuales las deudas acumuladas se aplazarán o fraccionarán para facilitar su devolución».
- d) Que «los intereses normalmente aplicables a este tipo de créditos son los que se destinan a reparar el perjuicio sufrido por el acreedor como consecuencia del retraso por parte del deudor en la ejecución de su obligación de liberarse de la deuda, a saber, los intereses de demora».
- e) Que «en el supuesto de que el tipo de los intereses de demora aplicado a las deudas contraídas con un acreedor público sea distinto del practicado para las deudas contraídas con un acreedor privado, debería aplicarse este último tipo en caso de que fuera superior al primero».

4.3. Decisión 2001/43/CE de la Comisión, adoptada el 20 de septiembre de 2000, por el que se modifica (sustancialmente) la Decisión 99/395/CE de la Comisión, adoptada el 28 de octubre de 1998.

La Comisión tras resaltar la aplicabilidad para la revocación de su Decisión de 1998 los fundamentos de la STJCE de 29 de abril de 1999, aludida anteriormente, añadió determinadas consideraciones que, sin duda, fueron relevantes para su Decisión revocatoria de 2000, y que deben ser destacadas, al ser de indudable trascendencia para una correcta comprensión de la sentencia que se comenta.

Efectivamente aquella institución comunitaria destacó, en su Decisión revocatoria de 2000, que «Sniace ya tenía la obligación legal de proceder a la restitución de los salarios anticipados por el FOGASA y al pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social. Por consiguiente, los acuerdos (...) no generaron nuevas deudas de Sniace frente a las autoridades públicas. Así pues, en los acuerdos de devolución de FOGASA y en los acuerdos de reescalonamiento (TGSS), el Estado no actuó como inversor público cuya conducta deba compararse a la de un inversor privado que coloca su capital en función de su rentabilidad, sino como un acreedor público que, al igual que un acree-

por privado, puede tratar de recuperar cantidades que se le adeudan. Por consiguiente para determinar si se concedió ayuda, (se) tenía que «comparar (con) el tipo de interés de demora aplicado a las deudas contraídas con acreedores privados que hayan actuado en circunstancias similares».

Bien entendido, indicaba la Comisión como criterio general, que «las circunstancias particulares de deudores y acreedores pueden resultar problemáticas para la determinación de un comportamiento común aplicable de acreedores privados que buscan recuperar las cantidades que se les adeudan. Por consiguiente (...se) debe basar (...la) evaluación en un análisis del comportamiento de acreedores privados considerando cada caso por separado». De acuerdo con dicho criterio, aquella institución comunitaria precisó, «en el caso concreto de Sniace», lo siguiente:

- a) A petición de la «empresa en 1992, los Tribunales españoles decretaron la suspensión de pagos en marzo de 1993. Haciendo uso de su derecho de abstención, los acreedores públicos no suscribieron el acuerdo de acreedores (...) dentro del acuerdo del procedimiento de suspensión de pagos (...), al hacer uso de su derecho de abstención, los acreedores públicos protegían todos sus créditos».
- b) Los «acuerdos independientes entre FOGASA y Sniace y entre la Seguridad Social y Sniace no concedían a esta última un trato más generoso del alcanzado en el acuerdo de acreedores privados». Además, precisó la Comisión, que «las circunstancias de los acreedores privados no eran las mismas que las de los acreedores públicos debido a la posición, las garantías aportadas y los derechos de abstención de que disfrutaban las entidades públicas. Por consiguiente, (...), un planteamiento comparativo de este tipo no constituye en este caso concreto (Sniace) una aplicación correcta de la prueba del "acreedor privado" (...) que (...) consiste en comparar el comportamiento de los acreedores públicos objeto de examen con el de un hipotético acreedor privado que se halle, en lo posible, en la misma situación».
- c) El «artículo 1.108 del Código Civil (CC) español dispone que si el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el interés legal, siempre que las partes no hubieren convenido otro tipo de interés. Además, el artículo 312 del Código de Comercio (CCom.) dispone que, consistiendo el préstamo en dinero, salvo que las partes hayan pactado otra cosa, el deudor está obligado a devolver el valor legal de la deuda al tiempo de la devolución. Por consiguiente, el tipo de interés sería el tipo legal más alto que puede esperar obtener un acreedor privado si recurre a la Justicia para cobrar una deuda». Consecuentemente «un acreedor privado no habría podido obtener del deudor un tipo de interés para los atrasos superior al tipo de interés legal como compensación por no recurrir a la Justicia para cobrar una deuda».
- d) Habida cuenta de las «circunstancias particulares de Sniace en el momento en que se celebraron los acuerdos de reescalonomiento con FOGASA y la TGSS» («la empresa había pasado por serios problemas financieros, resultantes en la suspensión de todo el reembolso de la deuda y había serias dudas sobre su futura existencia»), se podía aceptar que «al reescalonar y aplicar el tipo de interés legal de las dudas de Sniace, España pretendía recuperar el máximo de cantidades adeudadas sin sufrir una pérdida financiera. Por consiguiente España actuó como habría actuado un hipotético acreedor privado que estuviera en la misma posición frente a Sniace».

La Comisión, a la luz de las anteriores consideraciones, resolvió lo siguiente:

«Que los acuerdos de reembolso entre FOGASA y Sniace y el acuerdo de reescalonamiento de la deuda entre la Seguridad Social y Sniace no constituirían ayudas estatales (...) y que, en consecuencia, consideraba oportuno modificar (revocar) su Decisión 99/395/CE de 28 de octubre de 1998.»

V. AFECTACIÓN DE LAS «AYUDAS DE ESTADO», CONSISTENTES EN APLAZAMIENTOS Y MORATORIAS EN EL PAGO DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN EL REEMBOLSO DE SALARIOS ANTICIPADOS, A LOS COMPETIDORES

La pretensión ejercitada por el demandante (Lenzing AG) consistió en solicitar la anulación de la Decisión referida en el apartado precedente, en la medida en que la Comisión declaraba que la falta de cobro de los créditos, recargos de demora e intereses a favor de la TGSS, así como los aplazamientos de la deuda celebrados entre Sniace y la TGSS (...), y la falta de cobro de los créditos e intereses de demora a favor del FOGASA, así como los convenios suscritos entre Sniace y el FOGASA, no constituirían ayudas de estado en el sentido del artículo 87 del TCE, apartado 1.

La Comisión, como parte demandada, afirmó que la demandante no había acreditado, con suficiente detalle, que su posición en el mercado hubiera resultado sustancialmente afectada por las supuestas ayudas otorgadas a Sniace ni invocaba circunstancias de hecho que la individualizasen del mismo modo que al destinatario.

Esto es, según la referida institución comunitaria, la demandante se limitaba a «aducir argumentos de carácter general y no proporciona(ba) ninguna indicación respecto de los efectos de las supuestas ayudas sobre su situación particular». Añadiendo lo siguiente:

- a) Que no parecía «que las supuestas ayudas afectasen sustancialmente a la posición de la demandante (en el mercado)», puesto que la misma era «con diferencia» el mayor productor de fibras de viscosa, y porque desde 1991 sus resultados, obtenidos en este mercado, habían «mejorado considerablemente», apreciando una serie de datos que, según indicaba, avalaban semejante argumento.
- b) Que los problemas existentes en aquel mercado y que habían provocado una reducción de la demanda, excesos temporales de capacidad de producción y una caída de precios, no eran consecuencia de las supuestas ayudas otorgadas a Sniace, sino a factores externos como las importaciones procedentes de Asia, los obstáculos comerciales a la exportación hacia terceros países a los que se enfrentaban los productores europeos y la disminución de la compras de artículos a base de viscosa en Europa.

España, que actuaba apoyando a la Comisión demandada, argumentó además que el mero hecho de que la demandante fuera una empresa competidora de la beneficiaria de la supuestas ayudas «no basta(ba) para individualizarla».

Por el contrario la demandante afirmó que las ayudas «perjudicaron sensiblemente a su posición en el mercado de fibras de viscosa», alegando que entre ella y Sniace existía «una fuerte competencia en este mercado, que se encuentra en constante declive desde hace años y adolece de grandes excesos de capacidad de producción». Prosiguiendo la demandante con la siguiente argumentación:

- a) Que existía una intensa competencia de precios y, gracias a las supuestas ayudas, resultó que Sniace podía «vender sus productos un 20% más baratos que sus competidores de la Unión Europea».
- b) Que todos los competidores de Sniace estaban expuestos a una fuerte competencia de precios y, aunque sus estructuras de costes se mejoraron, se veían obligados a adoptar otras medidas de racionalización porque Sniace se mantenía «viva artificialmente».
- c) Que aquella «situación global cuando menos desfavorable afecta(ba) también a la demandante, que había optimizado sus instalaciones y su estructura de costes y (obtenía) buenos resultados gracias a una política comercial diseñada sobre bases nuevas a pesar de un entorno económico difícil».
- d) Que si bien las dificultades que padecía el mercado de fibras de viscosa influía en los precios de aquel producto, dentro del marco creado por los datos externos del mercado las propias ayudas supuestas obligaron a los competidores de Sniace a bajar sus precios y a adoptar medidas de racionalización.

Añadiendo la demandante que no podía cuestionarse su legitimación porque tuviera una posición relevante en el mercado o porque sus ventas hubieran aumentado durante el período tratado, y que «los resultados positivos que obtuvo habrían sido aun mejores si Sniace no hubiese podido practicar la política de precios agresiva que las ayudas hicieron posible».

Ayudas, insistía la demandante, que permitieron a aquella sociedad «mantenerse en el mercado de manera artificial cuando su desaparición habría provocado, para sus competidores, una disminución del exceso de capacidad y una mejora de la situación comercial». Prosiguiendo con una serie de argumentaciones, más o menos afortunadas, de entre las cuales una merece ser destacada al resultar singularmente pertinente al presente comentario, y es la siguiente:

«Las supuestas ayudas a Sniace eran ayudas de funcionamiento y este tipo de ayudas casi siempre provocan una distorsión sustancial de la competencia.»

Atendiendo a las razones aducidas por la demandante, precisa el Tribunal de Primera Instancia comunitario, en la sentencia objeto de comentario, que según jurisprudencia comunitaria ³⁵, «una ayuda de estado afecta individualmente, además de a la empresa beneficiaria de la misma, a las empresas competidoras de ésta que hayan desempeñado un papel activo en el marco del procedimiento incoado como consecuencia de la ayuda otorgada, siempre que la medida de ayuda objeto de la decisión impugnada haya afectado sustancialmente a su posición en el mercado».

³⁵ STJCE de 28 de enero de 1986, COFAZ y otros/Comisión, Asunto 169/84.

Añadiendo aquel Tribunal comunitario que si bien es cierto que una empresa «no puede limitarse a invocar su condición de competidora de la empresa beneficiaria», sino que además «debe demostrar que, habida cuenta de su grado de participación eventual en el procedimiento y de la medida en que haya resultado afectada su posición en el mercado, se encuentra en una situación de hecho que la individualiza de manera análoga a la del destinatario»³⁶, en el caso objeto de atención en la sentencia que se comenta, resultaba que Sniace y la demandante operaban en el mismo mercado, por lo que «las supuestas ayudas pudieron afectar a esta última perjudicando su posición competitiva» (además de tener que ponderar que la demandante había presentado la denuncia que dio lugar al procedimiento ante la Comisión, en el que además participó activamente).

VI. EL CARÁCTER DE AYUDAS DE ESTADO INCOMPATIBLES CON EL MERCADO INTERIOR COMUNITARIO DE LOS APLAZAMIENTOS Y MORATORIAS EN EL PAGO DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) Y EN EL REEMBOLSO DE SALARIOS ANTICIPADOS POR LA INSTITUCIÓN NACIONAL DE GARANTÍA (FOGASA)

Indica la demandante que cuando un deudor es solvente, un «acreedor privado» cobra sus créditos tan pronto como son exigibles y que, del mismo modo, cuando un deudor atraviesa dificultades económicas, un «acreedor privado» no está dispuesto a concederle aplazamientos en el pago, sino que exige directamente sus derechos, en su caso ejecutando las garantías de que disponga y que «sólo se abstiene de reclamar la ejecución de sus créditos exigibles cuando ello constituye la solución más razonable desde el punto de vista económico», no habiendo sido la actuación de los entes públicos nacionales españoles acorde con dicha actitud.

En relación con aquella alegación de la demandante precisa el Tribunal de Primera Instancia comunitario lo siguiente:

- a) *Que «el comportamiento de un organismo público competente para recaudar cuotas de la Seguridad Social que permite que éstas se paguen con retraso da a la empresa que se beneficia de ello una ventaja comercial apreciable, al mitigar, a su favor, la carga que deriva de la aplicación normal del régimen de Seguridad Social».*
- b) *Que «los recargos e intereses de demora, que una empresa con dificultades financieras graves pueda tener que pagar como contrapartida de la concesión de grandes facilidades de pago (...), no puede determinar la íntegra desaparición de la ventaja que favorece a dicha empresa», con referencia a la alegación, efectuada por la Comisión, de que «con arreglo a la normativa española, a los atrasos por cuotas de la Seguridad Social se les aplican automáticamente intereses y recargos de demora, carece de pertinencia».*

Continúa señalando aquel Tribunal comunitario que «al aceptar pagar los salarios e indemnizaciones que son objeto de los convenios (...), el FOGASA atendió la solicitudes legítimas presentadas por el personal de Sniace», por lo que «desde este punto de vista, la actuación de dicho orga-

³⁶ STJCE de 23 de mayo de 2000, Comité de empresa de la Société française de production y otros/Comisión, Asunto C-106/98.

nismo no contiene elementos constitutivos de ayudas de estado». No obstante precisa el mismo Tribunal comunitario, en la sentencia objeto de comentario, lo siguiente:

«Los salarios e indemnizaciones debidos a los trabajadores de una empresa forman parte de los costes normales de la actividad de ésta, que en principio está obligada a soportar con cargo a sus recursos propios. Por tanto, cualquier actuación pública destinada a financiar estos costes podrá constituir una ayuda siempre que tenga como consecuencia conceder una ventaja a la empresa, con independencia de que los pagos se realicen a ésta directamente o a sus trabajadores a través de un organismo público.»

Por ello *«al tolerar que no se cumpliesen los vencimientos de devolución de la deuda contraída a causa de los citados pagos, el FOGASA concedió a Sniace una ventaja comercial cierta al mitigar a su favor un carga que normalmente recae sobre su presupuesto. Esta ventaja es tanto más cierta en cuanto que, teniendo en cuenta el incumplimiento por Sniace de las obligaciones que le incumbían en virtud de los convenios (...), el FOGASA podía haber exigido el pago del importe total de sus créditos, en su caso ejecutando su (garantía)».*

El estado de suspensión de pagos de Sniace en absoluto podía, a juicio del Tribunal de Primera Instancia, justificar la actitud de los entes públicos competentes, pues no impedía que aquella empresa cumpliera las obligaciones de pago que le incumbían en virtud de los acuerdos celebrados, máxime teniendo en cuenta que aquellos acuerdos se celebraron con el interventor judicial nombrado por los Tribunales españoles en el marco del indicado procedimiento.

El Tribunal de Primera Instancia al objeto de resolver la cuestión planteada acude a un determinado test que puede enunciarse en los siguientes términos:

«Para que las ventajas anteriormente indicadas (aplazamientos y moratorias en el pago de las deudas con la TGSS y el FOGASA) puedan calificarse de ayudas de estado (... contrarias a la libre competencia en el mercado interior de la Unión Europea), es necesario acreditar también que (... el empresario que percibió la supuestas ayudas) no las habría obtenido en condiciones normales de mercado.»

Más concretamente, añade aquel Tribunal, procede examinar si la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al concluir que la TGSS y el FOGASA habían actuado «del mismo modo que un hipotético acreedor privado que se hallase, en la medida de lo posible, en la misma situación en relación con su deudor que estos dos organismos».

La cuestión se centra pues en la actitud y conducta de los entes públicos competentes, en relación con la concesión de los aplazamientos y moratorias, partiendo de la idea de que el otorgamiento de aplazamientos conforme a la ley no supone automáticamente la concesión de una ayuda estatal, pero sí cuando aquellos entes toleran que no se respeten tales aplazamientos en medida apreciable ³⁷.

³⁷ Advierte no obstante el Tribunal comunitario que al tratarse de la revisión de una determinada actuación de una institución comunitaria, en concreto de la revisión de una decisión de la Comisión, había que partir de que la aplicación del criterio del acreedor privado por aquella institución comunitaria había requerido «una apreciación económica compleja, al

Señala la sentencia que correspondiendo a la Comisión comprobar, en el caso concreto examinado y en función de la circunstancias del mismo, si las decisiones de la TGSS y del FOGASA de aceptar los aplazamientos de las deudas de una empresa con dificultades y las condiciones de dicho aplazamiento eran «conformes al criterio de un acreedor privado», habiendo concluido en sentido afirmativo, aquella institución comunitaria había incurrido en «manifiesto error».

Efectivamente, aquella institución comunitaria consideró, en la decisión impugnada, que tanto la TGSS como el FOGASA se «comportaron como un acreedor privado», porque aquellas entidades públicas, «haciendo uso de su derecho de abstención, no participaron en el convenio (con los acreedores en la suspensión de pagos) y, por tanto, a diferencia de los citados acreedores privados, no renunciaron *de facto* al 40% del importe de sus créditos», y porque las «condiciones de devolución previstas en dicho convenio (... eran) sensiblemente menos favorables para los acreedores privados que las acordadas con (aquellas entidades públicas)».

Equiparación que, según el Tribunal de Primera Instancia comunitario, resultó «manifiestamente errónea», pues tanto la TGSS como el FOGASA «se encontraban en una situación distinta de la de los acreedores privados de Sniace», precisando que dichos organismos gozaban de un derecho de abstención, que sus créditos eran «privilegiados» y que disponían de determinadas garantías (prenda la TGSS e hipoteca el FOGASA) ³⁸.

En definitiva, indica la sentencia objeto de comentario, que la Comisión de las Comunidades Europeas incurrió en error manifiesto, al considerar que tanto la TGSS como el FOGASA habían seguido un comportamiento que cumplía «el criterio del acreedor privado», por lo que las medidas adoptadas por aquellas entidades públicas constituían ayudas estatales incompatibles con el mercado común.

VII. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario pone de relieve que en un sistema de «economía social de mercado, altamente competitiva», los costes laborales forman parte de los costes operativos normales de cualquier empresa, que deben soportarse por ésta (con cargo a su presupuesto), y que por ello:

- a) La utilización de facultades más o menos discrecionales por la entidad pública competente, o la celebración de acuerdos o convenios, de aplazamientos y fraccionamientos en el pago de las cuotas de Seguridad Social (se consideren éstas impuestos o se les califique de

igual que la aplicación del criterio del inversor privado», y que la revisión de tal aplicación, según reiterada jurisprudencia, sólo debía «ser objeto de un control limitado a la comprobación del respeto a las normas de procedimiento y de motivación, de la exactitud material de los hechos tomados en consideración, de la falta de error en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder».

³⁸ Incluso ya la Comisión había destacado que «las circunstancias de los acreedores privados no eran las mismas que las de los acreedores públicos debido a la posición las garantías aportadas y los derechos de abstención de que disfrutaban la instituciones públicas».

otra manera ³⁹), incluso en el marco de un proceso concursal, pueden llegar a calificarse como «ayudas de estado» contrarias al juego de la libre competencia y por tanto incompatibles con un sistema de economía de mercado.

- b) La misma apreciación cabe realizar respecto de la celebración de acuerdos o convenios de aplazamiento y fraccionamiento del reintegro de salarios anticipados por una institución nacional de garantía.
- c) Desde luego, una actitud permisiva de que aquellas deudas se paguen con retraso determina una ventaja comercial apreciable, constitutiva de una ayuda estatal incompatible con el mercado interior comunitario.

Planteándose la cuestión de si semejantes «ayudas estatales» incompatibles con el mercado interior comunitario, consideradas como un fenómeno unitario acaso constituyan una nueva modalidad de «dumping social», obligando a una redefinición del mismo, acorde con esta nueva problemática.

Además a la sentencia objeto de comentario se le puede atribuir un alcance de carácter más general. Efectivamente esta sentencia evidencia que el Derecho ha dejado de estar «ensimismado» ⁴⁰, y que no se compadece ni obedece a la división académica de finales del siglo XIX, principios del siglo XX, vigente aunque absolutamente superada, al ser consecuente con un desmesurado enrocamiento jurídico positivo o legalista ⁴¹ (pensamiento positivista extremado en el que ciertamente no participa toda la doctrina ⁴²) que obediente a determinados intereses e ideologías pretendió configurar la realidad. Por ello las preguntas siguientes: ¿La resolución judicial considerada es resultado exclusivo del contenido de la norma aplicada?, ¿tuvo el Tribunal *a quo* que ponderar unos conocimientos considerados hoy en día ajenos al Derecho?, ¿una sentencia (en cuanto que constituye una norma individualizada) como la que es objeto de comentario, en qué sector(es) del ordenamiento, atendiendo los criterios divisionarios académicos actuales, debe ser incluida o considerada? La primera de aquellas cuestiones merece una respuesta negativa, la segunda una respuesta positiva y la tercera simplemente carece de respuesta.

³⁹ En este punto me remito a mis trabajos «Cuestiones fundamentales de cotización a la Seguridad Social», publicado en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Números 89-90, agosto-septiembre 1990, págs. 87 y siguientes, y en *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. Número 89, agosto de 1990, págs. 59 y siguientes.

⁴⁰ Precisa CÁRCOVA, C.M., en el Prólogo a su obra *La opacidad del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 14, que por ello «al lado de las visiones atomísticas del derecho, tan predominantes en las últimas décadas, tienden ahora a ocupar un lugar propio las otras visiones: holísticas, interdisciplinarias, sistémicas, complejas o como se les quiera denominar».

⁴¹ Como explica GROSSI, P., en *Mitología jurídica de la modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

⁴² Así LORCA NAVARRETE, J., en su trabajo «Las fuentes del ordenamiento jurídico español: Los principios generales del Derecho y superación del positivismo legalista», en *Homenaje... op. cit.*, T. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2001, págs. 1.315 y 1.316 precisa sobre la «cuestión de la dualidad ley-Derecho (...) las siguientes conclusiones: a) que no es posible identificar ambos términos como si fueran una misma cosa. El Derecho es término onni-comprendivo que podemos identificar con el de ordenamiento jurídico, dentro del cual la ley es una de las partes integradoras de la total galaxia jurídica; b) que dicha identificación supondría, por tanto, encontrarnos inmersos en un positivismo legalista, desconocedor de cualquier valor y entre ellos el de justicia; y c) que lejos de ello lo que la Constitución Española hace es ofrecer un ordenamiento jurídico que, si bien en su estructura o esqueleto obedece al esquema de la pirámide de Kelsen, en cuanto a su contenido (...) se instala en una axiología implicativa de las concepciones iusnaturalistas».