

# DERECHO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y EMPRESA PÚBLICA \*

**SUMARIO:** A) LA POLÉMICA EUROPEA EN TORNO A LA EMPRESA PÚBLICA.—B) LA EMPRESA PÚBLICA COMO CATEGORÍA JURÍDICA DESTINADA A DESAPARECER EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.—C) EXPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO DE ROMA.—D) LA NOCIÓN DE EMPRESA CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO.—E) DERECHO COMUNITARIO Y NOCIÓN DE EMPRESA: EL MÁXIMO COMÚN DENOMINADOR: 1) *Empresa y servicios "en regie" en el Derecho francés*. 2. *La amplia noción de empresa en el Derecho administrativo belga*. 3. *La noción de empresa en los Países Bajos*. 4. *Condiciones por las cuales el juez puede considerar la existencia de una empresa en la Alemania Federal*. 5. *Empresa y organismo administrativo público en Italia: Intervención de la comisión europea en los casos en que los Estados miembros objeten la aplicación de las reglas de la concurrencia a determinadas organizaciones consideradas en sus derechos no-empresas según los términos del Tratado (arts. 85 y 86): a) Posibilidad de acción de la Comisión; b) Naturaleza de las intervenciones atribuidas a la Comisión; c) Consecuencia de la intervención de la Comisión.*—CONCLUSIONES.

## A) POLÉMICA EUROPEA EN TORNO A LA EMPRESA PÚBLICA

Comentaristas del Derecho comunitario niegan la importancia, incluso actual, del estudio de la *empresa pública* en su ámbito. No se desconoce que un tal estudio tenga aún relieve para los respectivos derechos nacionales, pero a escala comunitaria esas empresas públicas se convierten en simples empresas (1). Para el Derecho comunitario, privadas o públicas las empresas están siempre sometidas a las mismas reglas y especialmente a los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma encargados de regular la concurrencia leal (2). Es cierto que el artículo 90 señala un procedimiento especial para la aplicación de esas reglas de concurrencia a ciertas empresas calificadas de "públicas", pero no se trata de un autén-

---

\* Conclusiones críticas de una investigación realizada en el "Colegio de Europa" (Brujas, Bélgica).

(1) Entre otros, citamos a DERINGER, OBERNOLTE, BUTTCENBACH y HARTMANN. Buena síntesis de todos se realiza por René JOLIET, en *Contribution a l'étude du regime des Entreprises publiques dans la CEE*, "Annales de la Faculté de Droit de Liège", 1965, número 1.

(2) Así Günter HARTMANN: *Rapport allemand sur la notion d'entreprise publique*, presentado al "Coloquio sobre el artículo 90 del Tratado de Roma", organizado en Bruselas en marzo de 1963 por la "Liga Internacional contra la Concurrencia Desleal".

tico procedimiento jurídico obligatorio que nos lleve a un "régimen jurídico especial únicamente aplicable a las empresas públicas en el Derecho comunitario", sino de un procedimiento político encaminado a evitar susceptibilidades en los Estados miembros al aplicarse dichas reglas en empresas íntimamente relacionadas con la Administración pública. Los argumentos jurídicos esgrimidos para defender esta tesis son:

a) Cuando los artículos 85 y 86 emplean la palabra *empresa* (no la noción de empresa, pues como señala N. CATALANO dicha noción no existe en ninguna parte del Tratado) no hace ninguna distinción según la clase de empresa de que se trate. La ley *anti-trust* europea se aplica por igual a todas ellas. Ella se enfrenta con todo tipo de abuso de posiciones dominantes, sea cual fuere la naturaleza de la empresa. En consecuencia a todas ellas les estaría prohibido: 1) Imponer los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacciones no equitativas. 2) Limitar la producción, las salidas o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. 3) Aplicar respecto de los aliados comerciales condiciones desiguales por prestaciones equivalentes, es decir, en un cierto sentido, "el precio según la cara del cliente". 4) Obligar a los vendedores o compradores a aceptar cláusulas que por su naturaleza o según las costumbres comerciales no tengan relación alguna con el objeto de los contratos. Por ejemplo vender con pérdidas durante un período bastante prolongado para alejar a un competidor que no tenga "los riñones bastante sólidos". 5) Limitar la producción, las salidas, frenar voluntariamente el desarrollo técnico en detrimento del consumidor.

b) El reglamento número 17 del Consejo de las Comunidades Europeas que complementa los artículos 85 y 86 no establece ninguna clase de distinción entre las empresas (3). Este reglamento, elaborado con una técnica jurídica mucho más depurada que el Tratado, está redactado con la intención deliberada de desconocer, a nivel del Derecho europeo, cualquier distinción entre empresas públicas y privadas.

c) Las empresas públicas existen en el Derecho nacional con el fin de darles algún tipo de ventajas jurídicas o económicas con respecto a las privadas. Pero el artículo 92 del Tratado declara incompatible con los fines del Mercado Común cualquier tipo de ayudas que se otorgue por los Estados a las empresas, con las excepciones que allí figuran. Entre estas

(3) Véase también la "Guide pratique concernant les art. 85 et 86 du Traité CEE et leur réglemets d'application", *Service de presse et d'information des CE*. Toda la jurisprudencia sobre el particular se recoge normalmente por la "Revue du Marché Commun".

excepciones no figuran por ninguna parte las posibles ventajas o ayudas que otorguen los Estados a las empresas públicas. Como aún quedaban dudas sobre si este artículo se aplicaba también a las empresas públicas existentes en los Derechos nacionales, la Comisión de las Comunidades Europeas, en respuesta a la cuestión número 48 de M. BURGBACHER ha considerado que cualquier ayuda acordada por el Estado sea en la forma que fuere, sea público o privado el carácter de la empresa beneficiaria, cae en principio bajo los artículos 92 a 94 del Tratado (4).

d) La supresión progresiva de los derechos de aduana a la importación, establecida por el artículo 13, no puede tener excepción cuando se trata de mercancías para las empresas públicas. Esto sería contrario a los fines del Tratado. Igualmente la abolición de las prácticas discriminatorias, conforme al artículo 95, no cuenta con la excepción de ninguna clase de empresas.

Pero esta tesis no es del todo aceptada. Se considera por algunos estudiosos del Derecho comunitario que de aceptarse los argumentos anteriores estaríamos ante una interpretación extrema del Tratado. La desaparición de diferencias en la naturaleza de las empresas será un objetivo altamente deseable de los fines del Tratado, pero ello supondría una problemática aguda para la interpretación de algunos artículos del Tratado cuya redacción evidencia la intención del legislador de referirse a un tipo específico de empresa, la *pública*, y cuya definición no puede dejarse en manos de los respectivos derechos nacionales. Veamos los argumentos esgrimidos en este sentido:

a) Es evidente la redacción del artículo 90 con la intención de hacer referencia a un tipo de empresa diferente de la privada, y cuya definición no podría dejarse en manos de los derechos nacionales so pena de reducir prácticamente el artículo a su ineffectividad. En efecto, el sometimiento de estas empresas no privadas a las reglas de concurrencia hasta el punto que la "aplicación de tales reglas no obstruyan *de jure* o *de facto* el cumplimiento de las tareas específicas confiadas a tales empresas", es una cuestión a determinar en última instancia por los órganos y por los tribunales de la comunidad.

b) Las reglas jurídicas de la concurrencia leal no se aplican exactamente a toda clase de empresas. Conforme al último párrafo del artículo 90 las decisiones de la Comisión que comportan obligaciones para las empresas no privadas no se aplican directamente a ellas, como es la re-

(4) J. O.: *Des Communautés Européennes*, 2235/63.

gla general, sino a través de apropiadas directrices o decisiones encaminadas primeramente a los Estados miembros respectivos. Es decir, antes de procederse directamente contra las empresas públicas por posibles infracciones a la concurrencia leal, la Comisión recomendará a los Estados que tomen determinadas medidas. Los autores que aceptan por el contrario, a pesar de la aparente redacción del último párrafo del artículo 90, la aplicación *directa* de las reglas de concurrencia leal también a las empresas públicas, adelantan una interpretación que no cabe duda más adelante se dará, pero que por el momento aún no está claro. Se trata de una interpretación que daría a las disposiciones del Tratado el máximo de eficacia, pero cuyos argumentos desde el punto de vista jurídico no son tan contundentes como ellos pretenden.

c) El régimen jurídico *procesal* no es el mismo para todo tipo de empresa. Existen determinados tipos de empresas cuya organización está tan entrelazada con la Administración pública que muy bien pudiera mantenerse que un procedimiento ejecutivo dirigido a las mismas significaría igualmente un procesamiento dirigido contra el Estado. Entonces entraría en juego el artículo 192 del Tratado. Según éste, las decisiones del Consejo o de la Comisión que contienen obligaciones pecuniarias sobre personas diferentes a las del Estado constituyen título ejecutivo. Entonces, cuando se trate de decisiones dirigidas al Estado, aunque actúe a través de determinada forma de empresa, este régimen ejecutorio difícilmente se puede invocar.

Es nuestra intención argumentar en el presente trabajo en pro de un concepto unitario de la empresa, objetivo del Mercado Común y latente en el espíritu de todas las disposiciones normativas de las Comunidades europeas. El derecho comunitario no tiene por qué preocuparse en elaborar un concepto de "empresa pública" que no tiene aplicación práctica alguna. Ahora bien, los órganos comunitarios necesitan un concepto adecuado de lo que debe entenderse por *empresa*, a fin de que no se comprenda en el mismo organismos propios de la Administración pública. Cabe preguntarse en este último caso si los Tribunales y organismos de las Comunidades europeas podrían lograr en cada caso concreto esa noción adecuada de la "empresa" sin necesidad de tener en cuenta la jurisprudencia y la doctrina de los respectivos países sobre las "empresas públicas". A nuestro juicio esto último sería prácticamente imposible.

B) LA EMPRESA PÚBLICA COMO CATEGORÍA JURÍDICA DESTINADA A DESAPARECER EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Lejos de estimular la formación de carteles y monopolios, el Tratado del Mercado Común y sus numerosas normas complementarias contienen la base legal más sólida para las operaciones *anti-trust* jamás conocidas en la Europa occidental. Un mercado común debe tener como objetivo final el crear la igualdad de competencias para todos los que producen o venden. Las ayudas del Estado, las concesiones especiales de impuestos y las disparidades entre las disposiciones técnicas favorecen a algunos productores, consumidores y comerciantes en perjuicio de otros. Por esta razón el Derecho comunitario califica de incompatibles con los principios del Mercado Común todas las ayudas estatales, sea cual fuere la forma que revistan, que favorezcan a firmas o productos seleccionados y que afecten al comercio entre países miembros. Y todo esto sin perjuicio de la *propiedad* de la empresa en cuestión, que puede perfectamente ser de un Estado determinado (*nacionalizada*). Como en otros aspectos las empresas nacionalizadas y las empresas llamadas privadas pueden perfectamente coexistir. Ante esta finalidad tan tajante de conseguir una leal concurrencia, nada ilógico resultará el sustentar que las empresas públicas no tienen razón de ser en el Mercado Común, pues justamente la existencia de las mismas obedece al deseo por parte de los Estados de otorgarles una serie de ventajas de cualquier tipo o incluso colocarlas en situaciones de preponderancia o monopolio (5).

El que una empresa cuente con capital "público" o no, del Estado o de las asociaciones particulares, es indiferente a los fines del Tratado. La propiedad del patrimonio de la empresa no puede tener relevancia en una comunidad supranacional, pues tan respetable ha de ser en la misma la empresa con "capital privado" de este país, como la empresa con "capital público" de este otro.

¿Quiere todo esto decir que el Mercado Común se desentiende a las corrientes políticas contemporáneas destinadas a la *socialización* de las empresas? En modo alguno. Las Comunidades europeas consideran que

---

(5) Aunque GARRIDO FALLA distinga entre empresas públicas de creación *ex novo* en concurrencia con similares actividades de los particulares, de creación *ex novo* en régimen de monopolio y creación de la empresa mediante expropiación a los particulares (en *La Administración pública y el Estado contemporáneo*, Madrid, 1961, pág. 142), está claro que la finalidad del Estado al crear las empresas públicas es siempre la de otorgarle algún tipo de ventaja jurídica o económica diferente de la que disfrutaban las empresas privadas.

la socialización de las empresas no es una cuestión de "propiedad", sino de participación y de cogestión de todos los elementos componentes de la misma. Están ya lejanos los tiempos en que se consideraba al Estado como una categoría superior, sublime, capaz de convertir en "social" todo aquello que tocaba con sus manos interventoras. El libro de François BLOCK-LAINÉ, *Por una reforma de la empresa* (1963), muy comentado en los ambientes de las Comunidades europeas, ha puesto bien de relieve cómo la socialización de la empresa es una cuestión mucho más complicada de lo que se creía en épocas pasadas. Incluso es un problema más vasto que el de la participación de los trabajadores. El fondo estriba en saber cómo articular las relaciones entre accionistas, trabajadores, dirigentes, representantes de los consumidores y del interés general.

La mentalidad de la propiedad como diferenciación obedece a patrones conservadores que quizá en un próximo futuro desaparezcan (6). Un buen observador desearía el criterio de la *propiedad* (base fundamental de la distinción entre empresa pública y privada) para llevar a cabo una calificación apropiada de las empresas en Europa. Un buen observador desearía el criterio de la propiedad para llevar a cabo una calificación apropiada de las empresas en Europa. En Italia, Francia y Países Bajos diferentes industrias son en todo o en parte propiedad del Estado. En cambio, en Alemania y Bélgica las industrias nacionalizadas son insignificantes. La desnacionalización de la firma alemana VOLKSWAGEN se produjo en un momento en que Italia nacionalizaba la industria eléctrica. ¿Quiere esto decir que en aquellos países primeramente citados la empresa, la socialización de la empresa, es superior que en estos últimos? Sería ingenuo razonar de este modo. A nadie se le ocurriría considerar a Italia más socializada que a Suecia y, sin embargo, en Italia el Estado tiene la propiedad de hasta un 50 por 100 de las acciones en las grandes empresas productivas, cosa que no ocurre en Suecia (7).

¿Cuál es el criterio que tiene en cuenta los organismos de las Comunidades europeas para la "socialización" de las empresas? Con anterioridad al Proyecto de estatuto de la *Sociedad Comercial Europea* de 1970 esta pregunta se prestaba a numerosas polémicas. Después de la aprobación de dicho Estatuto por la Comisión europea es evidente que la Comunidad cifra sus esperanzas de reforma de las empresas en la participación y en

(6) Sobre la lenta desaparición de las categorías tradicionales entre propiedad privada y pública, es interesante, en nuestro país, A. HERNÁNDEZ GIL: *La función social de la posesión*, 1967. págs. 65-70, y E. TIerno GALVÁN: *Tradición y modernismo*, 1962, página 152.

(7) Magnífico el estudio sobre las empresas públicas en Suecia por D. V. VERNEY: *Public Enterprise in Sweden*, 1959.

la cogestión. La socialización estriba en la participación de los representantes de los trabajadores en las deliberaciones de los Consejos de administración empresarial, en la tesis de que los representantes de los asalariados pesan tanto como los de los accionistas en el Consejo de vigilancia. Pero esto no es cuestión a tratar aquí. Lo que sí se quiere dejar bien en claro es el deseo de las comunidades europeas de no tener en cuenta para nada a nivel supranacional las llamadas "empresas públicas" como categoría jurídica especial (8).

### C) EXPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO DE ROMA

Si conforme a lo sustentado con anterioridad la empresa pública es una noción sin importancia en el Derecho comunitario, ¿a qué es debido que el artículo 90 del Tratado la cite expresamente y establezca en su párrafo 3.º un procedimiento especial destinado a ella? Dice el artículo 90 (traducción nuestra): "1) Los Estados miembros no deberán, respecto a las empresas públicas y empresas a las cuales conceden derechos especiales o exclusivos ni promulgar ni aplicar medidas contrarias a las reglas contenidas en este Tratado, en particular aquellas normas establecidas por el artículo 7 y por los artículos 85 a 94, inclusive. 2) Cualquier empresa encargada de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, estará sujeta a las normas contenidas en este Tratado, en particular a aquellas que regulan la concurrencia en cuanto que la aplicación de tales normas no obstaculice de *jure* o de *facto* el cumplimiento de las específicas tareas encomendadas a tales empresas. El desarrollo del comercio no puede verse afectado a un grado tal que sería contrario a los intereses de la Comunidad. 3) La Comisión velará por el cumplimiento de las disposiciones de este artículo y dictará, si lo estima necesario, las directrices y decisiones apropiadas a los Estados miembros."

Muchos autores, a diferencia de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de las Comunidades, se han fijado en la interpretación de este artículo más en los "adjetivos" (públicas, de interés económico general, de carácter fiscal, etc.), que en el hecho de que constantemente se repita el mismo sustantivo: *empresa*. La preocupación del artículo 90 estriba en que se respete las reglas de concurrencia por las empresas, aunque los

(8) El proyecto de estatuto de la comisión sobre la "Sociedad Comercial Europea", S. E., ha venido precedido por grandes discusiones al respecto ("Comunidad Europea", octubre 1968, núm. 40).

*Estados miembros* califiquen a las mismas de públicas, de servicios de interés económico general, de monopolio fiscal, etc. Es decir, para el Derecho comunitario es esencial el logro de una concepción lo más amplia posible de la noción de empresa que abarque las más diversas categorías conocidas por los respectivos Derechos nacionales. Ahora bien, en determinadas circunstancias la empresa está tan incrustada en la Administración pública que es preciso una previa clarificación por parte de los organismos comunitarios antes de que intervengan los Tribunales de Justicia de la Comunidad, no sea que procediéndose contra determinados organismos considerados como "empresa" por la Comunidad se esté procediendo realmente contra la Administración pública de un determinado Estado miembro. A esta previa clarificación va encaminado el párrafo 3.º del artículo 90.

Más claro, a nuestro entender, el artículo 90 tiene por finalidad una mayor precisión del término *empresa* utilizado en los artículos 85 a 94, principalmente del Tratado. Cuando exista fuerte confusión al respecto, cuando sea *necesario*, la Comisión podrá dictar las apropiadas directrices y decisiones conforme al párrafo 3.º del artículo 90.

Ahora bien, ¿cabe lograrse una precisa noción de la *empresa* en Derecho comunitario sin tenerse en cuenta, en cada caso concreto, la enorme literatura jurídica y jurisprudencia que se ha dado en los diferentes Derechos nacionales sobre las empresas públicas? Intentaremos demostrar cómo esto no es posible.

#### D) LA NOCIÓN DE EMPRESA CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO

Para llegar a una definición se pueden escoger varios caminos:

- a) Dejar intactas las soluciones que cada país miembro ha formulado.
- b) Construcción de una noción comunitaria sin tener en cuenta las diferentes legislaciones nacionales positivas.
- c) La determinación de una noción teniendo presente los fines del Tratado y sobre todo el artículo 90, pero con las indicaciones y materiales que ofrecen los Ordenes jurídicos internos.

El primer método, en definitiva, significa la negación de la distinción en Derecho comunitario. En efecto, la distinción entre *empresa* y *organismo administrativo público* varía según los derechos respectivos posi-



tivos. Si nosotros decimos que la empresa a que se refiere el artículo 90 depende de lo que entiendan por tal los Estados miembros, prácticamente llevamos el artículo a su ineffectividad. Además no hubiésemos dado ninguna definición *comunitaria* de la empresa (9). La construcción de la definición sin tener en cuenta las diferentes legislaciones nacionales peca, por el contrario, por exceso. La doctrina es extremadamente rara al respecto. No existen aún apropiadas decisiones o directrices de la Comisión, jurisprudencia de las Cortes de Justicia comunitaria para llevarla a cabo. De hecho la noción de *empresa* y su distinción respecto a los *organismos administrativos*, partiendo de los objetivos del Derecho comunitario, no ha sido realizado aún por ningún autor (10).

La determinación de una noción de empresa, teniendo presente los fines del Tratado, pero con las indicaciones y materiales que ofrecen los órdenes jurídicos internos, parece ser el método más aceptable. Esto supone: el estudio de los principios generales del Derecho comunitario respecto a las *empresas*, una síntesis de las normas y jurisprudencia de los diversos Derechos nacionales que arrojen luz sobre la debida distinción entre empresa y organismo público; la adecuada combinación entre los principios del Tratado y la doctrina y jurisprudencia nacional parece lo más apropiado.

#### E) DERECHO COMUNITARIO Y LA NOCIÓN DE EMPRESA: EL MÁXIMO COMÚN DENOMINADOR

Difícilmente puede vislumbrarse una noción más amplia de empresa que aquella que impera en el espíritu del Tratado de Roma. Su gran preocupación por la concurrencia leal exige que se tenga una noción de la empresa lo más amplia posible. En síntesis, existe una empresa a los fines del Tratado cuando se dé:

(9) Igualmente si dejamos en manos de los Derechos nacionales el régimen jurídico propio de la empresa pública, resultaría que el artículo 43, párrafo 4.º, en relación con el 55, variaría enormemente, según los países en causa, pero claro está que la excepción establecida en tal artículo se refiere a los funcionarios públicos de la "Administración pública" en sentido estricto, y no también a los empleados de las empresas públicas, según son entendidas éstas por los distintos Derechos nacionales.

(10) El caso de N. CATALANO debe interpretarse adecuadamente. Es cierto que nos da una definición de la empresa pública con independencia de los Derechos nacionales al señalar que comprende "todas las empresas cuyas acciones se determinen por el Estado u otros organismos públicos" (pág. 489 de su *Manuel de Droit des Communautés Européennes*, París, 2.ª ed., 1964), pero cuando se trata de profundizar algo más, nos dice que "no se puede determinar *a priori* la derogación prevista en el párrafo 2, artículo 90, sino en cada caso concreto" (pág. 490).

a) Una actividad relevante de la *producción* o de la *distribución* de bienes o servicios. Ha de tratarse de una organización que tenga por finalidad actividades productivas o distributivas económicas, no confundibles con el simple *servicio* que prestan determinados organismos de la Administración pública.

b) Un *sujeto de derecho*, persona física o moral, sin que esto quiera significar la necesidad de una "personalidad jurídica". Basta simplemente con la existencia de una organización que tenga un mínimo de *autonomía* jurídica.

c) Producción de bienes o servicios que puedan ser vendidos en el mercado a un precio tal que se cubra aproximadamente y a largo término los costes de producción. Este requisito de tipo económico es considerado relevante por la jurisprudencia y por la doctrina comunitaria y ha sido recogido en un informe de los expertos de los países miembros de la OEEC en París en 1955 (*Système normalisé de comptabilité nationale*, París, 1958, pág. 34).

Pero no basta con esta construcción teórica para saber cuándo estamos ante una empresa. Es preciso acudir a las doctrinas y jurisprudencias nacionales y compaginarlas lo más posible con los objetivos del Tratado.

### 1. *Empresa y servicios en regie en el Derecho francés*

En Francia, donde realmente la noción de empresa alcanza una problemática aguda es en el Derecho administrativo. La legislación y la jurisprudencia francesas no arrojan mucha luz para saber cuándo realmente estamos ante una *empresa* (pública, nacionalizada, etc.) y cuándo ante un organismo de *servicio público*. Es característico de la jurisprudencia francesa, magníficamente descrita en la obra de J. M. AUBY y R. DRACO, *Traité de Contentieux administratif*, 1965, cierta confusión entre organismos públicos y empresa pública. No es nuestro propósito detenernos sobre este punto. De todos modos no estaríamos muy lejos de la verdad si afirmásemos que, en general, para el Derecho francés estamos ante una empresa pública, y no ante un organismo administrativo, cuando se reuniesen estas dos condiciones:

a) Propiedad por parte del Estado, o al *menos en su mayoría*, del capital manejado en la organización.

b) Existencia en dicha organización de una personalidad jurídica que actúa comercialmente bajo el Derecho común, aunque con ciertas

prerrogativas del Derecho administrativo. De un modo descriptivo, estamos ante una "empresa" en estos casos: establecimientos públicos nacionales que ejercen una actividad industrial o comercial; empresas nacionalizadas en 1945-46; sociedades de economía mixta, con participación mayoritaria del Estado; establecimientos públicos locales y *regies* personalizadas locales; sociedades de economía mixta con participación mayoritaria de las colectividades locales (11). Conforme a los fines del Tratado y la necesidad del logro de una noción lo más amplia posible de la empresa, parecen excesivos los requisitos del Derecho administrativo francés para la existencia de una "empresa". Esto podría excluir del régimen de concurrencia leal comunitario muchas organizaciones que a los fines del Tratado han de ser consideradas como "empresas". La necesidad de una "personalidad jurídica propia" significaría el excluir de aquellas reglas "los servicios *en regie*" que no tienen dicha personalidad y, sin embargo, ejercen una actividad comercial e industrial. Esta opinión podría ser justificada en Derecho francés, pero indefendible en Derecho comunitario. Nada en el Tratado permite afirmar que para la existencia de una "empresa" sea preciso la "personalidad jurídica", incluso aunque ella sea considerada una simple técnica jurídica. Excluir los *servicios en regie* de la noción de empresa sometida a las reglas de concurrencia leal del Derecho comunitario animaría a los Estados a despojar de personalidad jurídica las empresas públicas con el fin de transformarlas en partes de la Administración pública general y así escapar a las reglas del tratado (12).

## 2. *La amplia noción de empresa en el Derecho administrativo belga*

En Bélgica se acepta una noción muy amplia de la empresa, de modo que todo aquello que no constituye parte estricta de la Administración pública belga cae dentro de su ámbito. Para el Derecho administrativo belga hay empresa (pública, de interés público, etc.) allí donde exista simplemente una organización que ejerza actividades económicas consideradas de interés público. Son empresas, pues, y no organismos públicos:

---

(11) Reconoce ALVAREZ GENDÍN que la noción de empresa pública se complica en Francia por la variación del legislador en saber "qué es establecimiento público y qué es sociedad comercial" (pág. 221 de *La industrialización estatal*, 1969).

(12) De todos modos existe cierta relación entre el artículo 90 y la doctrina francesa. La terminología citada en dicho artículo recuerda mucho al Derecho administrativo francés. Ello no es de extrañar, pues dicho artículo fue debido ante todo a una proposición de la delegación francesa.

a) Las llamadas "empresas del Estado", directamente administradas por él, aunque no estén dotadas de personalidad jurídica propia.

b) Los *regies* provinciales y municipales.

c) Los establecimientos públicos estatales cuyo objeto sea comercial o industrial y que disponen de autonomía orgánica, ejerciendo el Estado sobre los mismos un simple poder de tutela.

d) Las administraciones personalizadas, asociaciones y cooperativas con poderes públicos, y las asociaciones y organismos públicos de economía mixta (13).

La noción amplia que de la empresa tiene la doctrina y jurisprudencia belga está muy de acuerdo con el Derecho comunitario. Incluso el Gobierno belga, en una intervención parlamentaria, ha reconocido que el artículo 90 del Tratado es aplicable no sólo a las empresas públicas dotadas de personalidad, sino también a las actividades desarrolladas directamente por el Estado y las entidades locales, a pesar de su naturaleza eminentemente mercantil (14).

### 3. *La noción de empresa en los Países Bajos*

Toda organización encargada de la *producción* o de la *distribución* de bienes y servicios es considerada por el Derecho holandés como *empresa*, aunque "esté directamente administrada por el Estado y las entidades públicas". No cabe duda que esta concepción es la más cercana al espíritu del Derecho comunitario (15).

### 4. *Condiciones por las cuales el Juez puede considerar la existencia de una empresa en la Alemania Federal*

La doctrina alemana se esfuerza por distinguir *empresa* y *Administración pública*. Una utilización técnica de las nociones de *potestad pública* y *actos jurídicos de Derecho privado*, da la clave para una tal distinción. Pero la jurisprudencia alemana mantiene la existencia de la empresa no sólo allí donde exista una organización económica que por muy relacionada que aparezca con la Administración pública realiza

(13) El autor más conocido es BUTTCENBACH: *Manuel de Droit administratif*. Bruselas, 1959.

(14) Así, DEL MÁRMOL: *La protección contre les abus de la puissance économique de droit belge*. Publicación de la Facultad de Derecho de Lieja, 1960, pág. 140.

(15) Como dice CATALANO: "Por la finalidad del Tratado, ni la forma ni la personalidad jurídica tienen importancia decisiva" (pág. 489, *Manuel...*).

“actos jurídicos privados”, sino que, además, ha de efectuarse a través de la misma una “actividad de producción de bienes y servicios”. Así cuando una organización se dedique a la *demanda* de servicios, sin ofrecerlos luego en el mercado, no estamos ante una empresa. Una noción de la empresa así entendida aparece en diversas leyes relacionadas con cuestiones tributarias, laborales, antimonopolio, etc. La formulación más acertada aparece en la ley de 27 de julio de 1957 contra las restricciones de la concurrencia (16). Sin embargo, parte de la doctrina alemana mantiene que la determinación del carácter de empresa pública es algo flexible y adaptable a las exigencias concretas de una determinada legislación. Así HARTMANN ha afirmado que para la delimitación del concepto de empresa, en sus modalidades del artículo 90 del Tratado de Roma, se debe referir la Corte de Justicia europea, en cada caso concreto, a los respectivos órdenes nacionales. Olvida esta doctrina que esto sería lo mismo que dejar en manos de los derechos nacionales algo tan básico para el buen juego de la concurrencia, según el Tratado de Roma, como es la misma noción de empresa.

##### 5. *Empresa y organismo administrativo público en Italia*

A pesar de que el tema ha sido muy debatido en Italia, existe cierta unanimidad en considerarse que los organismos del Estado y de las entidades locales no pueden ser considerados como *empresas* sino cuando “participen activamente en la vida económica, ofreciendo al mercado productos y servicios”. Cuando se procura bienes y servicios, se actúa como consumidor, no como empresa, a no ser que aquellas compras se hagan con la finalidad de ofrecer a su vez otros bienes sobre el mercado. En principio, para la doctrina italiana el requisito de la “personalidad jurídica” no es necesario, estando en esto de acuerdo con la noción de empresa esgrimida en el Derecho comunitario. Más discutible es la característica de gozar de “autonomía de gestión económica propia” para que pueda ser considerada una organización como “empresa” (17).

La enorme literatura italiana sobre la empresa pública es de gran valor en el Derecho comunitario para saber cuándo una organización,

(16) El estudio más completo hasta el presente es la obra de Leo SOLARI: *L'entreprise publique dans le Traité instituant la Communauté Economique Européenne*, Milán, 1965, en cuya pág. 41 se encuentra una relación de la doctrina alemana.

(17) Francesco VITO (*Il controllo delle impresa pubblica*, en “Riv. delle Soc.”, mayo 1958) considera, sin embargo, para una delimitación de la empresa pública una entidad jurídicamente diferente de la Administración pública.

por muy incrustada que se encuentre en la Administración pública, ha de ser juzgada como "empresa" o "como organismo público administrativo". Aquí se acude a la nota de "autonomía de gestión económica". Esta gestión económica autónoma supone una contabilidad propia en la cual constan los gastos y los ingresos y una compensación de los costes de la actividad con los beneficios de las ventas. No se da ese "beneficio de las ventas" allí donde los recursos de la organización provengan directa o indirectamente de las tasas fiscales, parafiscales o bien de cuotas obligatorias (18). Una organización sindical, por ofrecer servicios a cambio de cuotas obligatorias, no puede considerarse como "empresa pública". En la empresa pública o cualquier tipo de organismo operante en el dominio económico para la satisfacción de los intereses generales, hay una íntima dependencia de la Administración pública, pero ésta no es tanto que llegue a suprimir la "autonomía de gestión". Ese *poder real* de la Administración sobre la empresa pública de que tanto habla la jurisprudencia y doctrina italiana, poder capaz de determinar inmediatamente la conducta de la empresa en sus relaciones internas y exteriores, nunca puede ser de tal grado que suprima en ésta cualquier tipo de autonomía de gestión propia, pues en este caso estaríamos más ante la misma Administración pública que ante una *empresa* (19).

*Intervención de la Comisión europea en los casos en que los Estados miembros objeten la aplicación de las reglas de concurrencia a determinadas organizaciones consideradas en su Derecho no-empresas, según los términos del Tratado.*

Estos posibles casos de confusión entre Administración pública y empresa suelen darse principalmente, como señala el artículo 90 del Tratado, en aquellas organizaciones denominadas por los Derechos nacionales respectivos como empresas públicas, servicios de interés económico general, monopolios fiscales, organizaciones a las cuales se otorga por el Estado derechos especiales o exclusivos.

(18) GIANNINI: *Le imprese pubbliche in Italia*, en "Riv. delle Soc.", 1958.

(19) Cuando hablamos de control por el Estado en modo alguno queremos significar con ello control total también por la "sociedad". Este último control dependerá de la naturaleza intrínseca de ciertas estructuras del Estado. En la doctrina española, algún autor ha distinguido, aunque sea de modo indirecto, estos dos tipos de control. Así, BAENA DEL ALCÁZAR señala que las "nacionalizaciones españolas suponen que el ente gestor de la empresa esté en mano pública, dotado de personalidad jurídica (sin que por tanto se dé una estatización total) y dirigido totalmente por el Estado (sin que existan representantes de la sociedad)", en *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, 1966, pág. 297.

Mientras que el respeto de la concurrencia por parte de las empresas, allí donde no quepa duda sobre la calificación de las mismas, se logra por disposiciones generales y decisiones concretas por parte de los órganos de la Comunidad dirigidas *directamente* a las empresas en cuestión, en estos otros casos se pide mayor cautela a los organismos comunitarios. Por tratarse de organizaciones muy relacionadas con la Administración pública y que, en muchos casos, se duda incluso de su naturaleza de "empresa", se considera más pertinente, para evitar susceptibilidades, que antes de tomarse medidas directas contra las mismas por posibles infracciones a los artículos referentes a la concurrencia leal, la Comisión dirija, en cuanto tenga necesidad, las directrices o decisiones apropiadas a los Estados miembros. La intervención de la Comisión significa el estudio de los casos en que tiene obligación de dirigir esas directrices o decisiones; la naturaleza de esas medidas calificadas de "directrices" y de "decisiones"; en fin, las consecuencias de la intervención de la Comisión respecto a los Estados miembros.

a) *La posibilidad de acción de la Comisión.*—El artículo 90 obliga a los Estados a abstenerse de toda medida contraria a los artículos 85 y 86, incluso cuando actuasen a través de organizaciones muy íntimamente ligadas con su estructura administrativa. Si así no fuese, la Comisión estaría obligada a tomar las medidas precisas para que se cumplan las reglas. Tiene "obligación", de modo que un Estado miembro puede emprender una acción contra la Comisión en el caso de que se produzca una inactividad de la misma una vez que su intervención haya sido pedida (20).

b) *Naturaleza de las intervenciones atribuidas a la Comisión.*—El tratado habla de "directrices" y de "decisiones". Todos los estudiosos del Derecho comunitario saben que las *directrices* tienen por fin ordenar a los Estados miembros que adapten su orden jurídico interno a las prescripciones del Tratado y a las obligaciones que les incumben, y las *decisiones* el imponer comportamientos concretos determinados. Mas cabe la pregunta, ¿puede la Comisión imponer otras medidas diferentes a las directrices y a las decisiones contenidas en el artículo 189? Es preciso distinguir al respecto entre "reglamentos" y "recomendaciones o avisos". La misma naturaleza del artículo 90 impide el que se dicten reglamen-

---

(20) En tal sentido, CATALANO y la mayoría de los autores. Sobre el régimen general jurídico aplicable a las empresas para que respeten las reglas de la concurrencia leal, hay un resumen magnífico en las páginas 266-276 de la obra colectiva *Droit Communautaire et Droit National*, Brujas, 1965, que recoge todas las intervenciones al respecto en la "Semana de Brujas" de 1965, organizada por el Colegio de Europa.

tos, puesto que estamos ante medidas de aplicación *directa*, mientras que la competencia de la Comisión en estas organizaciones de naturaleza intermedia entre “empresa” y “Administración pública” es indirecta, es decir, impulsar a los Estados a proceder a las adaptaciones necesarias en sus ordenamientos. Por el contrario, la Comisión puede recurrir a las “recomendaciones o avisos”, pues las recomendaciones no solamente se formulan si se prevén expresamente, sino también cuando la Comisión lo estima conveniente (art. 155, pág. 2 del Tratado).

c) *Consecuencia de la intervención de la Comisión.*—Frente a la directriz o decisión de la Comisión, el Estado puede amoldarse, con lo cual el procedimiento se termina sin más, o bien negarse, en cuyo caso la Comisión, después de emplazar al Estado para que presente sus observaciones, formula un “aviso” constatando la falta a fin de interponer la correspondiente acción ante la Corte de Justicia (art. 169 del tratado).

#### CONCLUSIONES

Un estudio de la “empresa pública” bajo el Derecho de las Comunidades europeas no tiene sentido, pues a los fines del Mercado Común todas las empresas reciben exactamente el mismo tratamiento, ya tengan capital “público”, ya lo tengan privado, ya estén sujetas a una estrecha intervención por parte de la Administración pública o no. Lo que sí tiene capital importancia es la determinación exacta de lo que haya de entenderse por “empresa”. Los jueces de las Comunidades europeas no pueden lograr *a priori* una exacta noción de *empresa* a los fines del Tratado, pues es preciso indagar a fondo, incluso acudiéndose a la doctrina y jurisprudencia nacional, para saber si una determinada organización debe ser considerada como *empresa* o como *organismo administrativo público*.

La enorme literatura jurídica existente sobre las empresas públicas no cae de este modo en el vacío. Ella puede suministrar al Derecho y a la jurisprudencia comunitaria las más firmes bases para profundizar sobre la naturaleza de determinadas organizaciones. En el presente trabajo hemos querido esbozar una síntesis entre los fines del Tratado respecto a las “empresas” y la literatura nacional jurídica existente al respecto. Todo ha sido descrito de un modo muy resumido, pues pretendemos trazar más las directrices de un método a seguir que sintetizar



un panorama general imposible de exponer en las presentes páginas. Pero entíendase bien, si queremos utilizar la bibliografía existente sobre las empresas públicas en el estudio del Derecho comunitario debemos poner el énfasis más en la noción de “empresa” y su distinción respecto al *organismo público*, que en el análisis de la característica de “pública” irrelevante para los fines del Mercado Común.

Antonio Ezequiel GONZÁLEZ DÍAZ-LLANOS

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid



## BIBLIOGRAFIA

