

**LAS EMPRESAS PUBLICAS  
EN EL MARCO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**  
**Aspectos del ordenamiento comunitario europeo  
sobre libertad de competencia  
y sobre políticas sectoriales  
interesando a las empresas públicas**

Por Antonio ORTIZ-ARCE (\*)

S U M A R I O

I. INTRODUCCION.—II. LAS EMPRESAS PUBLICAS Y LA LIBRE COMPETENCIA COMUNITARIA: 1. En el derecho comunitario originario: A. Las disposiciones con incidencia directa (los artículos 65 TCECA y 85, 86, 90, 92, 93 y 94 TCEE); B. Las disposiciones con incidencia directa (los artículos 37 y 222 TCEE). 2. En el derecho comunitario derivado: A. La directiva 80/723 de la Comisión de 25 de junio de 1980; B. La sentencia del TJCE de 6 de julio de 1982 (As. 188/80 a 190/80).—III. LAS EMPRESAS PUBLICAS Y LAS POLITICAS COMUNITARIAS: 1. Las políticas de la CECA y de la CEEA y la participación de las empresas públicas. 2. Las políticas de la CEE y la participación de las empresas públicas: A. En relación con las políticas comunes; B. En relación con las políticas coordinadas.—IV. CONCLUSIONES.

**I. INTRODUCCION**

En los últimos años, las empresas públicas de los Estados miembros han conocido un amplio impulso principalmente en los campos de energía, telecomunicación, mecánico y químico que ha implicado también dificultades para su financiación junto a una preocupación estatal por dotar de cierta transparencia a las relaciones financieras de tales empresas con el fin de ajustarse a los condicionantes comunitarios de la libre competencia, que suponen que sus dotaciones de proce-

(\*) Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valladolid.

Este trabajo forma parte de un estudio más amplio realizado progresivamente con ayuda de la Fundación Juan March a través de su «Plan de estudios europeos en España» y bajo el título de «La empresa pública en el marco de la CEE en la perspectiva de la adhesión de España a los tratados de las Comunidades Europeas». El autor ha podido contar con documentación del «Centre européen de l'entreprise publique» (CEEP) de Bruselas, aparte de la específica de procedencia comunitaria.

dencia pública no puedan representar ayudas que generen distorsiones en la competencia. En este tiempo se ha evidenciado que si por un lado la situación de crisis ha exigido un amplio esfuerzo de las empresas públicas en su condición de instrumentos indirectos de la política económica de los Estados miembros, por otro lado se ha reforzado la pauta de la autonomía de tales empresas en base a un principio de rentabilidad, procurándose desde el ángulo comunitario que los Estados no puedan actuar en favor del sector público medidas de carácter fiscal o financiero que supongan restricciones a la libre competencia (1).

Con carácter preliminar se aborda la dimensión comparativa sobre las características de las empresas públicas de los Estados miembros, para tratar posteriormente las dimensiones propiamente comunitarias de la libre competencia y de las políticas comunes y coordinadas en cuanto afectando a las empresas públicas. Partiendo de que en la empresa pública se comprende cualquier clase de actividad económica llevada a cabo por el Estado o por otras entidades públicas, bien directamente en administración, con o sin autonomía financiera, bien a través de establecimientos públicos, sociedades públicas o sociedades de economía pública con mayoría pública con el rasgo dominante de estar sometida la empresa pública a la influencia dominante del Estado o de otra persona jurídica de derecho público, cabe advertir que tradicionalmente se ha dado un amplio relieve al papel de las empresas públicas en Italia y en Francia sin marginarse los casos del Reino Unido, de la República Federal de Alemania y de Bélgica. En el contexto comunitario, las empresas públicas juegan un importante papel por su dinamismo y la masa de sus inversiones; así, disponen de un 10 % de los efectivos del sector industrial y comercial total comunitario, realizan una cifra de negocios próxima al 9 % del total y gastan para sus inversiones productivas alrededor del 25 % del total dedicado por el sector industrial y comercial a las mismas inversiones. En todo caso, se puede distinguir entre las empresas públicas, por un lado, las empresas que aseguran servicios públicos y están sometidas en formación de precios, política de inversiones y gestión al control del Estado y, por otro lado, y las empresas en las que el Estado detenta una participación como accionista y que resultan más importantes como instrumentos de la política económica con menores controles burocráticos y reglamentaciones legales.

En el plano comparado, y ya de un modo pormenorizado, cabe advertir que en **Bélgica** los planes de desarrollo han vinculado a las empresas de carácter público en el ámbito de las inversiones, habiendo desempeñado un importante papel im-

(1) «La empresa pública tiene una gran cantidad de medios que es capaz de poner a disposición de los Estados para sobreponerse a los desafíos exteriores con que se enfrentan sus economías, ya se trate de los transportes, de la construcción del automóvil, de la energía, de la reconversión industrial o del paro. De hecho, desde 1973 el sector público ha conocido en la mayoría de los países de Europa occidental un nuevo interés, jugando las empresas públicas un papel en la lucha «anticrisis», destacado como en Francia, Italia o Reino Unido, o menor pero siempre sensible en Alemania, Benelux o Grecia. Su impacto global, en cuanto al empleo, el valor añadido o las inversiones productivas ha aumentado netamente en la economía europea en el curso de los últimos siete años»: ROGISSART, G. en CEEP: «L'entreprise publique dans la Communauté Economique Européenne», *Annales du CEEP* 1981, p. 7. Sobre los problemas que se plantean en la actualidad a las empresas del sector público de los Estados miembros, CHAPUY, J. y VIROLE, J.: «Le secteur public: Industrial des Communautés Européennes», *Rev. Econ. Politique* 1982, pp. 944-964.

pulsor, tras 1974, en los sectores de transportes, finanzas y energía con un importante aumento en el valor añadido bruto, aunque no en la formación bruta de capital fijo; en el plano financiero no hay que olvidar la contribución de la Caja nacional de crédito profesional a las pequeñas y medianas empresas, y de la Sociedad nacional de crédito a la industria, a las empresas mercantiles e industriales como asimismo a la Caja general de ahorro y de retiro, habiéndose transformado la Sociedad nacional de inversión en holding público con importantes funciones de estímulo de la economía productiva y de iniciativa económica pública, bien por cuenta propia o a través de sus filiales especializadas, bien por cuenta de los poderes públicos. En el caso de **Dinamarca**, a pesar de que por empleo e inversiones la parte de las empresas públicas en la actividad económica general ha sido débil a excepción de la correspondiente a comunicaciones y transportes, después de 1973 se ha tomado conciencia por la Administración de la necesidad de un esfuerzo de planificación global para las inversiones del sector público. En la **República Federal de Alemania** se observa que no hay un tipo único de empresa pública, incluyéndose desde organismos que aseguran exclusivamente tareas de interés público hasta empresas con fines lucrativos en régimen de plena competencia; coexisten las dependientes de la administración federal o «Bund», de los Estados federados o «Länder», de los municipios y de otras personas de derecho público, habiendo resultado en su mayoría exceptuadas de la legislación interna sobre limitaciones de la libre competencia resultantes de acuerdos horizontales y verticales; adoptan bien las formas jurídicas de derecho privado a través de las modalidades de sociedad anónima («AG») y de la sociedad de responsabilidad limitada («GmbH»), como es el caso de numerosas empresas de economía mixta, bien las de derecho público con las modalidades de «régie» con patrimonio autónomo pero sin personalidad jurídica propia; resultan relevantes en los sectores de aprovisionamiento energético, transportes y crédito. En **Francia**, la utilización de las empresas públicas como instrumentos de política económica ha resultado aplicada a energía, transportes y siderurgia, mientras que en base al «Informe Nora» de 1967 la Administración ha aumentado la autonomía de las empresas de interés general en cuanto a inversiones y tarifas sin olvidarse el importante papel de la banca nacionalizada en la política de crédito; el estatuto de las empresas públicas resulta complejo al coexistir los establecimientos públicos o personas jurídicas de derecho público con las sociedades privadas o mercantiles; en el período anti-crisis se ha aplicado a la gestión de las empresas públicas los criterios de eficacia y de rentabilidad mientras se reducían las subvenciones estatales y se flexibilizaba el estatuto de ciertos establecimientos públicos, sin que ello supusiera alteración alguna de su funcionamiento como servicio público de modo que mediante la figura de los contratos-programa concluidos por la Administración con las más importantes empresas públicas se identifican las misiones confiadas y se evalúan las compensaciones correspondientes a las cargas asumidas. En el caso de **Italia** conviene distinguir entre las empresas que aseguran servicios públicos y están sometidas al control estatal en cuanto a formación de precios, políticas de inversiones y otros aspectos de gestión, y las empresas en las que el Estado detenta una participación en tanto que accionista, ya que en el primer caso los criterios de

rentabilidad general establecidos en el marco de un programa económico general resultan determinantes, mientras en el segundo se ha constatado en ocasiones una mayor eficacia; las importantes sociedades estatales «holdings» como el «Istituto per la Ricostruzione Industriale» (IRI) y el «Ente Nazionale Idrocarburi» (ENI) y sus filiales disponen de un amplio margen de autonomía con la obligación legislativa de seguir un principio de rentabilidad en su funcionamiento; en los últimos años han realizado importantes inversiones en energía, siderurgia, transportes y telecomunicaciones en tanto que las operaciones de «salvamento» de empresas realizadas con fondos públicos han pesado en la rentabilidad de los grupos empresariales con participación estatal y en su capacidad de estimular el proceso de acumulación, aunque al haber tenido que recurrir al sistema crediticio para poder financiar la casi totalidad de sus inversiones han soportado unos altos tipos de interés. Mientras en Irlanda y en Luxemburgo el sector público resulta reducido, en el décimo Estado comunitario, Grecia, las empresas públicas se encuentran localizadas en casi todos los sectores económicos con un lugar primordial en energía y en transportes al suponer su correspondiente valor añadido casi el 85 % del total. En los Países Bajos la empresa pública más importante es la «DSM» con una importante división de energía, en tanto que han aumentado la formación bruta de capital fijo y el porcentaje de asalariados de tales empresas. Finalmente, en el caso del Reino Unido cabe señalar que si las empresas públicas han jugado tradicionalmente un destacado papel en las políticas de inversiones, salarios y precios, en 1978 el entonces gobierno laboralista mejoró los procedimientos de control sobre utilización de recursos con el fin de conseguir un tipo de rentabilidad del 5 % sobre todas las nuevas inversiones y no recurrir a los préstamos en los mercados financieros a medio y a largo plazo, reforzándose la línea de transparencia financiera y de rentabilidad económica y recomendándose la publicación de los indicadores de eficacia, de los planes de empresa, de los límites de tesorería o «cash limits» y de las orientaciones generales o específicas asignadas; el caso es que tras haber sido objeto de controles por las comisiones de precios y de monopolios y fusiones diversas empresas nacionalizadas han resultado privatizadas como consecuencia del lamentable cambio británico con la consiguiente reducción del porcentaje de contribución al producto nacional bruto y de la formación bruta de capital fijo (2).

(2) En relación con las empresas públicas en los distintos Estados miembros resulta relevante el estudio comparado realizado bajo su coordinación por KEYSER, W. y WINDLE, R.: *Public Enterprise in the EEC*, Leyden 1978, dividido en siete volúmenes: JACQUEMIN, A.: *Belgium/Luxembourg*, vol. 1; MYRUP, H. P. y FOG, B.: *Denmark*, vol. 2; EINHORN, P.: *Federal Republic of Germany*, vol. 3; VIROLE, J.: *France*, vol. 4; GUERCI, C. M.: *Italy*, vol. 5; VAN DE KAR, H.: *The Netherlands*, vol. 6 y KEYSER, W. y WINDLE, R.: *United Kingdom and Ireland*, vol. 7. Con propósitos de síntesis, SHEPHERD, W. G.: «L'Impresa pubblica in Europa occidentale e negli Stati Uniti», en DE JONG, H. W.: *La struttura dell'industria europea*, Bolonia 1981, pp. 335-366; y CEEP: *Les entreprises publiques dans la Communauté Economique Européenne*, París 1967, esp., pp. 573-601. Sobre las empresas públicas en tanto que instrumentos indirectos de política económica en los Estados miembros continúa teniendo gran interés la síntesis en VERLOREN VAN THEMAAT, M. P.: *Le droit économique des Etats membres des Communautés Européennes dans le cadre d'une Union économique et monétaire. Rapport Interimaire, avec conclusions provisoires et recommandations, basé sur des rapports ou des rapports Interimaires concernant le droit économique de la Belgique, de l'Allemagne, de la France, de l'Italie,*

En estas condiciones, se intentará determinar el alcance de las reglas de competencia comunitarias sobre las empresas públicas de los Estados miembros junto a la afectación de éstas por las políticas comunes y coordinadas comunitarias. A este respecto cabe señalar que en la mayoría de los Estados miembros las empresas públicas nacionales están íntimamente incrustadas en las correspondientes políticas nacionales: así ocurre con la «National Coal Board» y los «Charbonnages de France» en el sector del carbón y la «Steel Corporation» en el del acero, en el marco del CECA, el «Atomic Commission» y el «Commissariat à l'Energie atomique», en el marco de la TCEE o TEURATOM, y el «Central Electric Generating Board», «Electricité de France», el «E.N.E.L.» italiano, siempre en el sector eléctrico, y el «Bundesbahn», la «S.N.C.F.», la «Sabena», «Air France», «Alitalia», la «Cie. Générale Maritime» en el sector de transportes, en el marco del TCEE, aunque con referencia al mismo no hay que olvidar el importante papel de los bancos y de otras instituciones financieras y de crédito y de las empresas públicas italianas e irlandesas en el mismo sector de la agricultura, aunque sólo a través de las industrias químicas de abonos y agroalimentarias. En la medida en que estas empresas públicas están colocadas bajo la autoridad de los Estados miembros, que también son responsables de las correspondientes políticas nacionales cabe sostener que la conformidad operatoria de las empresas públicas con los objetivos de las Comunidades europeas requiere ciertos matices y sería inexacto prestar al derecho de la competencia un alcance demasiado absoluto o idéntico en todos los sectores, al resultar diferenciada la política de competencia, que en todo caso no es un fin en sí misma, en función de los distintos tratados comunitarios de referencia; en todo caso, éstos han sido forzados en sus modalidades de aplicación para permitir ayudas y medidas de reestructuración y contingencia en la producción y en la importación, aunque resultaban más previstas en el «dirigista» TCECA que en el mercantilista TCEE. Tomando como punto de referencia a las empresas públicas, sorprende el contraste entre el tono ideal de transparencia para evitar distorsiones en la competencia que ha prevalecido al nivel de principios y el tono realista e intervencionista que evidencian las medidas de reestructuración permitidas y fomentadas en diferentes políticas secto-

*des Pays Bas et du Royaume Uni, Commission des CE, Série concurrence. Rapprochement des législations, Bruselas 1973, pp. 39-45; más recientemente con insistencia en las diferencias entre la rígida orientación conservadora en el Reino Unido y la oportuna orientación del gobierno socialista en Francia, Entstaatlichung, Verstaatlichung, Status quo-Europa wohin?, Baden-Baden 1982. En cuanto a las formas jurídicas de las empresas públicas como asimismo a las clases de control sobre las mismas, FRIEDMANN, W. (ed.): Government Enterprise. A Comparative Study, Nueva York 1970, pp. 3-167, comprendiendo a las de los Estados miembros, las cuales pueden ser integradas en las tres grandes categorías de empresas desprendidas del Estado o de las colectividades públicas administradas según reglas propias de los servicios administrativos, de empresas en las que el Estado o las colectividades públicas detentan la totalidad de su dotación o capital y que resultan administradas de acuerdo con reglas de derecho privado y de empresas constituidas en forma de sociedades de economía mixta por participación de diferentes capitales: una enumeración de las mismas en las publicaciones de la agrupación de Interés económico CEEP, creada en 1965 y que tiene amplios contactos con las Instituciones comunitarias, Comisión y Consejo económico y social, como en los Annales du CEEP 1981, segunda parte, referida a las «estadísticas» de las empresas públicas, en tanto que en la primera, pp. 11-172, se establecen los datos económicos sobre la evolución de las empresas públicas de los Estados miembros en los últimos años.*

riales. Esta apreciación intentará ser mantenida a través de las reglas de competencia en la primera parte y de distintas políticas comunes y coordinadas en la segunda parte, a pesar de que el carácter instrumental y flexible de las primeras disposiciones en cuanto interesando a las empresas públicas no puede ser aislado de la orientación de las políticas económicas de los Estados miembros y de las propias Comunidades, en un contexto de crisis y de reestructuraciones que han arrojado una mayor dosis de responsabilidad en el sector público económico.

## **II. LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y LA LIBRE COMPETENCIA COMUNITARIA**

En el TCEE el capítulo de las reglas de competencia, ya se trate de las reglas aplicables a las empresas (artículos 85 a 90), ya se trate de las ayudas concedidas por los Estados (artículos 92 a 94), resulta incluido en la tercera parte dedicado a «la política de la Comunidad», englobando así tanto reglas que conciernen directamente a las empresas, en la línea de los artículos 65 y 66 TCECA, como a los Estados, en la línea de los artículos 14 y 67 TCECA.

### **1. En el derecho comunitario ordinario**

Aquí se recogen no sólo las reglas específicas de competencia sino también las relativas a los monopolios de Estado (artículo 37 TCEE) y al régimen de la propiedad en los Estados miembros (artículo 222 TCEE), por su incidencia indirecta en cuanto al régimen de las empresas públicas.

#### **A. Las disposiciones con incidencia directa (los artículos 65 TCECA y 85, 86, 90, 92, 93 y 94 TCEE)**

En primer lugar, resulta necesaria la referencia a los artículos 85 y 86 TCEE y 65 TCECA, que conforman con carácter general el régimen de la libre competencia, desarrollando tanto el 3 f) TCEE, según el cual «la acción de la Comunidad implica... el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no es falseada en el mercado común», como el 3 b) TCECA, según el cual «las instituciones de la Comunidad deben... asegurar a todos los utilizadores del mercado común instalados en condiciones comparables un igual acceso a las fuentes de producción». Sin embargo, no hay que olvidar el hecho de que mientras las reglas de competencia del primero contemplan un mercado general en situación inicial de normalidad, las reglas del primero contemplaban ya un mercado sectorial del carbón y del acero enfrentado con crisis. Al trasladar las prohibiciones de los artículos 65 TCECA y 85 y 86 TCEE a las empresas públicas cabe advertir que como consecuencia de la extensión de tales empresas del sector público han de considerar prohibidas los acuerdos o prácticas que tiendan a «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» a través de la compartimentación del mer-

cado, de la prohibición u obstaculización de la importación o exportación con procedencia de o con destino a otro Estado comunitario y sobre todo de la fijación o determinación de los precios, aunque la gama resulta más amplia en el TCEE al incluir, también, a través del cumplimiento de «condiciones desiguales» o de la aceptación de «prestaciones suplementarias» y al independizar el artículo 86 sobre prohibición de los abusos de posición dominante del control de las concentraciones, tal como aparece en el 66,7 TCECA, fijándose así en su carácter adicional de regla de comportamiento. Tales reglas de competencia resultan aplicables a las empresas sin tener en cuenta sus formas jurídicas o su pertenencia al sector público, de modo que los Estados no pueden desviar las reglas de competencia y procurar a las empresas incluidas en tal sector posiciones ventajosas. La infracción de tales disposiciones por parte de las empresas públicas ha sido constatada principalmente por el TJCE cuando tales empresas, con autonomía respecto a sus correspondientes Estados, han explotado las posibilidades ofrecidas mediante medidas o intervenciones estatales, de modo que «la empresa que hace de una legislación nacional el objeto, el medio o la consecuencia de un acuerdo restrictivo es juzgada violar el artículo 85» (3).

En segundo lugar, la retención de reglas específicas de competencia para el

(3) VANDENCASTEELE, A.: «Libre concurrence et intervention des Etats dans la vie économique. La mise en oeuvre des articles 5, al 2, 90, 1 et 3, 85 et 86 du traité CEE», CDE 1979, p. 573; BERNINI, G.: «Les règles de concurrence», en Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, Bruselas 1981, pp. 345-379, tanto en relación con las reglas del TCEE como del TCECA, esp., p. 381: «en los momentos de crisis los efectos del libre juego de la competencia amenazan acentuar los oligopolios; en la consecución de una competencia no faseada no se puede ignorar la presión de las necesidades sociales y de las reestructuraciones sectoriales propias para salvaguardar las mismas bases del sistema de economía de mercado»; con un análisis pormenorizado más clásico, THIESING, SCHRÖTER y HOCHBAUM: *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Commentaire des articles 85 à 90 du traité CEE et de leurs textes d'application*, París 1977, pp. 67-252; y STOUFFLET, J. y CHAPUT, Y.: «Communauté Economique Européenne. Pratiques restrictives de la concurrence» *Juris CI Droit Int.* Fasc. 164-G, 1978, pp. 1-48; también, SANSON-HERMITTE, M. A.: *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique, sécurité juridique*, París 1981, esp. pp. 54-84 sobre el poder económico de las empresas como elemento constitutivo de las decisiones en materia de libre competencia, y VAN DER ESCH: «Les articles 85 et 86 du traité CEE et actions nationales de réduction de concurrence», en *Discipline communautaire et politiques économiques nationales*, Bruselas 1983 (mimeog.), indicando p. 15 que «la política de competencia de la Comisión parte de la idea de que incluso durante una recesión económica la función integrativa del mercado común de la competencia debe ser mantenida... incluso durante una recesión, la competencia debe continuar suministrando los impulsos necesarios para la emergencia de estructuras industriales que respondan a la vez a la dimensión del mercado común y a las exigencias de viabilidad que prevalecen en el mercado mundial». Justificando la aplicación del artículo 86 de las empresas públicas si abusasen de la posición dominante en la que pueden encontrarse por su carácter, su misión o sus prerrogativas; GOLDMANN, B.: *Droit commercial européen*, 3.ª ed., París 1975, pp. 403-404; en tal sentido en la decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1982, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 (IV/29.877-British telecommunications) en *JOCE L 360* de 21 de diciembre de 1982, pp. 36-43, se indicó que «las restricciones impuestas por BT al uso de los equipos y servicios telex y telefónicos constituyen infracciones al artículo 86 TCEE». Sobre el 86 se constatan algunas consideraciones de interés en FOCSANEANU, L.: «La notion d'abus dans le système de l'article 86 du traité instituant la Communauté Economique Européenne», en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Brujas 1977, pp. 324-380 y en BADEN FULLER, C. W.: «Article 86: Economic analysis of the existence of a dominant position», *ELR*, 1979, pp. 423-441.

sector público aparece en el artículo 90 TCEE. Tradicionalmente, esta disposición ha dado lugar a divergencias doctrinales en cuanto a su relación con el artículo 5 TCEE, que al enunciar las obligaciones de comportamiento y de resultado de los Estados miembros para adoptar «todas las medidas generales o particulares propias para asegurar la ejecución de las obligaciones derivadas del tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad [facilitando] a ésta el cumplimiento de su misión [y absteniéndose] de todas las medidas susceptibles de poner en peligro la realización de los fines del tratado», establece de un modo amplio la prohibición que el artículo 90 asume en un marco particular. Este artículo resulta desglosable en dos párrafos sustantivos y en uno tercero procedimental, que refuerza el poder sancionador de la Comisión a través de «directivas o decisiones apropiadas a los Estados miembros», respecto al conferido por el artículo 169 TCEE. En todo caso, la paridad de trato que se apunta en el 90,1 entre empresas privadas y empresas públicas, concebidas de un modo amplio en cuanto que se incluye a las empresas a las que los Estados miembros «conceden derechos especiales o exclusivos» con referencia así a los monopolios nacionales de carácter comercial, sin perjuicio de su régimen específico según el artículo 37 TCEE, y a las empresas privadas en particular posición respecto al poder público, no agota el ámbito de tal disposición. Las prohibiciones referidas a los Estados miembros que tuvieran relaciones con e influencia sobre tales empresas no son sólo de «standstill», «no mantendrán», sino también de carácter positivo: «no dictarán... medida alguna contraria a las reglas del presente tratado, en particular las previstas en los artículos 7 y 85 a 94 incluidos»; dentro de tales medidas generales y no específicas cabe integrar las que posibilitan acciones contrarias a las disposiciones de competencia y las laterales de ayuda que no constituyan compensaciones por cargas.

El 90,2 supone en principio un compromiso entre la sumisión «a las reglas del presente tratado en particular a las reglas de competencia [de] las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que presentan el carácter de un monopolio fiscal» y la «realización de derecho o de hecho de la misión particular que les ha sido confiada», aunque se mantenga la pauta de que «el desarrollo de los intercambios no debe ser afectado en una medida contraria al interés de la Comunidad». Así, con la característica de excepción a la regla general de igualdad de trato se admite una consideración particular en favor de tales «empresas» en base a la misión confiada por el correspondiente Estado. Finalmente por el 90,3 se permite a la Comisión actuar no sólo de modo preventivo y profiláctico sino también de modo remedidor y quirúrgico, con la consecuencia de que si un determinado Estado no se hubiera adecuado a las «disposiciones del presente artículo» a través de las «directivas o decisiones apropiadas» queda abierto el procedimiento general del artículo 169 TCEE (4).

(4) Al respecto, THIESING, SCHRÖTER y HOCHBAUM, *Op. cit.*, pp. 269-298; es. p. 285: «no sólo se prohíbe a los Estados miembros conceder a empresas públicas ayudas procedentes de recursos presupuestarios, sino que tampoco se puede utilizar a las mismas para conceder ayudas... así, los holdings de Estado cuando emplean beneficios de sociedades que controlan para ayudar a otras de un modo no conforme con el mercado» y 298: «la ausencia de medidas de la Comisión constituye

En tercer lugar, en relación con las disposiciones de ayudas de Estado, cabe indicar que mediante una formulación bien genérica el artículo 92,1 TCEE consi-

una lamentable laguna... la recíproca apertura de mercados por medio de medidas adoptadas por la Comisión en virtud del artículo 90,3 es de una particular importancia porque cuando se hayan adoptado directivas o decisiones apropiadas entonces se podrá atribuir al artículo 90,2 un efecto directo en los Estados miembros»; VANDEN CASTEELE, A., *Op. cit.*, esp., pp. 545-546: «el objetivo del artículo 90, par. 1 y 3 consiste en prevenir la puesta en práctica por los Estados, con respecto a empresas con las que tienen vínculos estrechos, confiriéndoles un particular poder de influencia, de prácticas insidiosas que pongan en peligro la realización del tratado...», estaría prohibida por el 90,1 toda medida de carácter insidioso sin fuerza jurídica adoptada por un Estado a la vista de sus relaciones estrechas y de su poder de influencia sobre ciertas empresas y que aparecería como contrario a las reglas del tratado». Resulta de interés la constatación de PAPPALARDO, A.: «Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés», en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Brujas 1977, pp. 538-558, esp., p. 540: «va perdiendo importancia el papel privilegiado de la empresa pública como instrumento de política económica y se difumina la posición favorable de las empresas públicas en el marco de regímenes de ayudas de carácter general tanto regionales como sectoriales». Dentro de una amplia bibliografía sobre el artículo 90 cabe destacar: COLLIARD, C. A.: «L'entreprise publique et l'évolution du marché commun», *RTDE*, 1965, pp. 1-10; BERNINI, G.: *Op. cit.*, pp. 382-386; DELION, A. G.: «Entreprises publiques et Communauté Economique Européenne», *RMC*, 1966, pp. 67-84; IPSEN y NICOLAYSEN: «Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt», *NJW*, 1964, pp. 2336-2341; EMMERICH, V.: *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, Bad Hamburg 1969, pp., pp. 405-472; JOLIET, R.: «Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la CEE», *Annales Fac. droit Liège*, 1965, pp. 23-92; MESTMACKER, E. J.: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munich 1974, pp. 641-670; SCHLINDLER, P.: «Public enterprises and the EEC treaty», *CMLR*, 1970, pp. 57-71; y SOLARI: *L'impresa pubblica nel trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, 1965. No cabe olvidar tampoco a NICOLAYSEN, G.: «Las empresas públicas en el Plan y el tratado constitutivo de la Comunidad económica europea (art. 90)», en KAYSER, J. H.: *Planificación*, t. II, Madrid 1974, pp. 269-312; DERINGER, A.: «Les règles de la concurrence au sein de la CEE (Analyse et commentaires des articles 85 à 94 du traité)», *RMC*, 1966, pp. 680-708 y 765-768; PAGE, A. C.: «Member States, public undertakings and article 90», *ELR*, 1982, pp. 19-35. Insistiendo en las zonas históricas de la configuración de tal artículo como «verdadero compromiso» entre Estados miembros de origen y en la preocupación del mismo no sólo por asegurar la igualdad en condiciones de competencia entre empresas públicas y privadas, sino también por procurar que los Estados actúen hacia las empresas públicas de un modo enteramente compatible con el mercado común. En la literatura española, ALONSO UREBA, A.: «La competencia», en «Reseña de derecho mercantil de la CEE», *Rev. Der. Mer.*, 1981, pp. 543-567 y RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Monopoles d'état et entreprises publiques (articles 37 et 90)», en *Discipline communautaire et politiques économiques nationales* (mimeog.), Bruselas 1983, indicando que «el papel virtual del artículo 90 permanece inexplorado en una gran medida». En realidad, el artículo 90 ha sido objeto de tres grandes coloquios en Bruselas (1968) y en Copenhague (1978); sobre el primero, «Il colloquio di Bruxelles sulla concorrenza tra settore pubblico e privato nella CEE», cabe destacar BUTTGEBACH, A.: «La notion d'entreprise publique. Rapport international» y FRANCESCHELLI, R.: «La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al par. 2 dell'art. 90 del trattato istitutivo del mercato comune europeo», *Riv. D. Ind.*, 1963, pp. 227-246 y 81-125; sobre el segundo, FRANCK, P. A.: «Les entreprises visées aux articles 90 et 37 du traité CEE», PAPPALARDO, A.: «Régime de l'article 90 du traité CEE: Les aspects juridiques»; HOUSSIAUX, J.: «Régime de l'article 90 du traité CEE: Les aspects économiques»; y MARCHAL, A.: «Le secteur public et l'économie de marché: Aspects économiques», en *Semaine de Bruges*, 1969, *L'entreprise publique et la concurrence. Les articles 90 et 37 du traité CEE et leurs relations avec la concurrence*, Brujas 1969, pp. 22-68, 70-103, 106-128 y 288-315; finalmente, sobre el tercer coloquio FIDE: *L'égalité de traitement des entreprises publiques et privées. Equal treatment of public and private enterprises. Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen*, Copenhague 1978, vol. 2, son destacables el Informe general de DERINGER, A.: «Equal treatment of public and private enterprises» y el Informe comunitario de MATHIJSSEN, P.: «Egalité de traitement dans le droit des Communautés Européennes».

dera, en principio, «incompatibles con el mercado común» todas las ventajas económicas y financieras concedidas a empresas o productores, aunque ha sido acompañado de excepciones obligatorias o de pleno derecho en el 92,2 y de exclusiones concretas en el 92,3, que señala la posible compatibilidad de las «ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de las regiones en las que el nivel de vida es anormalmente bajo o en las que se padece un grave desempleo», «las ayudas destinadas a... remediar una grave perturbación de un Estado miembro» y «las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de ciertas actividades o de ciertas regiones económicas cuando no alteren las condiciones de intercambio en una medida contraria al interés común». El caso es que si a partir de la información y control sobre las ayudas estatales se fue configurando una coordinación de las políticas económicas y de las ayudas nacionales para el desarrollo regional, la Comisión ha ido ampliando el alcance de tales ayudas con sus correspondientes modalidades cuando produzcan distorsiones específicas de la competencia y efectos negativos en el comercio intracomunitario, además de señalar los rasgos de las permitidas según el 92,3 c) en relación con las políticas industrial, comercial y de empleo al amparo de «interés común», siempre que conduzcan a mejoras y cambios estructurales y sean así instrumentos necesarios para alcanzar objetivos de competencia a largo plazo. La Comisión ha ido perfilando diferentes marcos de referencia para calificar la conformidad comunitaria de las ayudas estatales en materias regional, textil y de medio ambiente. En favor de las empresas públicas, la Comisión ha considerado como ayudas las medidas financieras actuadas por un Estado miembro que buscara objetivos diferentes de los puramente comerciales, como, por ejemplo, en aquellos casos en los que parece improbable que un inversor privado, de acuerdo con la práctica media en una economía de mercado, hubiera actuado de un modo similar (5).

(5) «Commission des Communautés Européennes», *Dixième rapport sur la politique de concurrence*, Luxemburgo 1981, par. 217. Al respecto, HUNNINGS, N. M.: «State Aids», *JBL*, 1981, pp. 316-318 sobre los últimos desarrollos en la materia, con referencia a la importante sentencia de 17 de septiembre de 1980 (as. «Phillip Morris Holland BV v. EC Commission»), considerando el artículo 92 directamente efectivo y la determinación de la compatibilidad de la ayuda con el artículo 92,3 en el contexto de la Comunidad y no en el de un solo Estado miembro: «The enforcement of Community law by the Commission in the context of state aids: The relationship between articles 93 and 169 and the choice of remedies», *CMLR*, 1981, pp. 63-77; BERNINI, G.: *Op. cit.*, pp. 386-395; WINTER, J. A.: «Application du traité CEE en temps de crise: Aides d'Etat (art. 92 et 93)», en *Discipline communautaire et politiques économiques nationales* (mimeog.), Bruselas 1983, esp., pp. 17-28, sobre la política de la Comisión en relación con los «encuadramientos comunitarios» para juzgar las propuestas estatales de ayudas sectoriales; en una perspectiva estatal comparada, CASTELBAJAC, Ph.: «Les aides à l'expansion industrielle régionale dans les pays du Marché Commun», *NED* n. 3.917, 11 septiembre 1972. En «la notificación de las ayudas concedidas por los Estados a la Comisión en conformidad con el artículo 93,3 TCEE: la infracción de los Estados miembros a sus obligaciones», en *JOCE C* 252 de 30 septiembre 1980, p. 2, recordaba la Comisión cómo «el TJCE ha establecido en el as. 120-73, que los Estados miembros deben conceder a la Comisión un plazo de dos meses para permitirle apreciar la medida en cuestión y así la Comisión ha decidido poner en práctica todos los medios a su disposición para que sean respetadas las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud del artículo 93,3... La Comisión insiste para que los proyectos tendentes a instituir o modificar ayudas le sean notificados a su debido tiempo, es decir, al menos dos meses o según el caso treinta días antes de la fecha prevista para su entrada en vigor, sin que se realice pago alguno en violación de las disposiciones del artículo 93,3. En consecuencia,

Ahora bien, el tratamiento de las empresas públicas en el marco del ordenamiento comunitario no queda agotado tras el análisis de las disposiciones anteriores, con referencia específica a la libre competencia, sino que resulta necesario trascender a los artículos 37 TCEE, sobre la adecuación de «los monopolios nacionales presentando un carácter comercial» a la disciplina comunitaria, y 222 TCEE, que garantiza la neutralidad respecto al régimen de propiedad en los Estados miembros y así la composición de los correspondientes sectores públicos nacionales.

### B. Disposiciones con incidencia indirecta (los artículos 37 y 222 TCEE)

El artículo 37, dentro de las disposiciones sobre «la eliminación de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros», contempla «los monopolios nacionales de carácter comercial» como vías eventualmente utilizadas por los Estados para eludir las obligaciones comunitarias de libre circulación de mercancías, previendo para obtener este resultado un ritmo de adaptación paralelo a los artículos 30 a 34. Esta cadencia ha desembocado desde el final del período de transición en la prohibición de discriminaciones fundadas en normas nacionales que obstaculicen el intercambio de productos en régimen de libre competencia a través de la compartimentación y aislamiento de mercados en cuanto a «aprovisionamiento y salida» de productos, con la correspondiente fijación de recomendaciones por la Comisión y la posible apertura de procedimientos por infracción en base al 169 TCEE (6).

---

todo signo de una tendencia a violar sistemáticamente o de manera flagrante las obligaciones de los Estados miembros será sistemáticamente perseguido en virtud del artículo 169 del tratado o de otras medidas previstas por éste».

(6) Véase sucesivamente, COLLIARD, C. A.: «Régime de l'article 37 du traité CEE: Les aspects juridiques» y JACQUEMIN, A.: «Régime de l'article 37 du traité CEE: Les aspects économiques», en *Semaine de Bruges*, 1969. *L'entreprise publique et la concurrence. Les articles 90 et 37 du traité CEE et leurs relations avec la concurrence*, Brujas 1969, esp., pp. 193-203 sobre la discusión de tales informes; PAPPALARDO, A.: «Les monopoles nationaux á caractère commercial et le traité CEE», *CDE*, 1973, pp. 639-653; LAGASSE DE LOCHT, Th.: «Evolution récente des monopoles nationaux á caractère commercial (art. 37 CEE)», *RMC*, 1974, pp. 332-344; RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C.: *El régimen jurídico de los monopolios de Estado en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1976; MATHIJSSEN, P.: «State aids, state monopolies and public enterprises in the Common Market», *Law Cont. Prob.*, 1972, pp. 376-391, insertando los problemas referentes a los monopolios de Estado en un marco más amplio como PAPPALARDO, A.: «Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés», *Op. cit.*, pp. 550-558; JALLES, M. I.: «State monopolies of a commercial character (article 37 of the EEC treaty) and their importance in connection with Portugal's accession to the European Communities», *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 1980, pp. 411-448; sobre las decisiones del TICE de 13 de marzo de 1979 (As. 86-78, 90-78 y 119-78), véase el comentario de KOVAR, R. en *JC*, 1981, pp. 125-132 y OLIVER, P.: «Recent case law on article 37 EEC», *CMLR*, 1980, pp. 251-260; finalmente, sobre las diferencias entre los arts. 37 y 90 TCEE «Instrumentos específicos de la acción de la Comunidad con respecto al sector público» RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Monopoles d'Etat et entreprises publiques (articles 37 et 90)», *Op. cit.*, esp., p. 29: «mientras que el artículo 37 sólo protege los intereses de los Estados de modo transitorio para dejar después que los monopolios nacionales de carácter comercial resulten sometidos a las reglas generales del tratado, el artículo 90 establece principios permanentes tendiendo a un equilibrio entre los intereses de los Estados en

En relación con el artículo 222 TCEE, por el que tal «tratado no prejuzga en absoluto el régimen de la propiedad en los Estados miembros» se plantean varias cuestiones que inciden de un modo indirecto en el régimen del sector económico público; entre ellas revisten interés las relativas a la adecuación de las medidas de nacionalización adoptadas en algunos Estados miembros con el ordenamiento comunitario y al eventual reconocimiento extraterritorial de tales medidas en los foros de otros Estados comunitarios. Si respecto al primer punto la Comisión ha sido bien explícita en el sentido de que «la legislación comunitaria no prohíbe la nacionalización por un Estado miembro de una empresa establecida en su territorio a condición de que no se haga discriminación alguna entre las empresas cuyo capital es detentado por súbditos y aquellas cuyo capital es detentado por extranjeros, considerando que, en virtud del derecho comunitario la nacionalización no debería tener como efecto comprometer la realización de los objetivos del tratado» (7), en relación con el segundo punto cabe cuestionar la tradicional pauta de

la utilización de su sector público y el interés de la Comunidad en la salvaguarda de la unidad del mercado y de las reglas de competencia; paradójicamente, el artículo 37 que tiene un ámbito de aplicación mucho más restringido ha sido aplicado mucho más frecuentemente que el artículo 90, quizás porque éste establezca principios que hay que concretizar mientras que aquel prevé una precisa obligación de resultado (aunque difícil de interpretar) con un plazo»; también PAPPALARDO, A., *Op. cit.*, p. 551: «se puede estimar, aunque sólo se trate ya de una cuestión casi teórica, que el artículo 37 ha constituido al menos parcialmente una excepción al artículo 90,1 que prevé desde el 1 de enero de 1958 la supresión de las medidas estatales contrarias al tratado («Los Estados miembros... no dictarán ni mantendrán...»), relativas a las empresas públicas; en la medida en que un monopolio de Estado fuese considerado como empresa en el sentido del artículo 90,1 y que cualquier medida estatal establecida a su respecto fuese contraria al principio de no discriminación del artículo 37, la progresividad de la adaptación habría permitido el mantenimiento de estas medidas, en rigor hasta el 31 de diciembre de 1969». Aunque con referencia hasta las sentencias del TJCE de 3 y de 17 de febrero de 1976 cabe traer a colación algunas observaciones referidas a la práctica judicial sobre el artículo 37 de LECOURT, R.: *L'Europe des Juges*, Bruselas 1976, pp. 70-76, esp., p. 75: «No sólo se ve aquí el principio de no discriminación de nuevo en práctica con sus consecuencias económicas y jurídicas en todos los Estados sino que se ve también la noción de aplicación directa, permitiendo a los particulares jugar un papel singularmente eficaz para la ejecución del tratado; los par. 1 y 2 del artículo 37 constituyen, en efecto, reglas susceptibles de engendrar derechos que las jurisdicciones internas deben salvaguardar, de modo que sin los mismos y sin la acción de los particulares y las iniciativas de las jurisdicciones nacionales no se habrían precisado las obligaciones de los Estados miembros respecto a sus monopolios nacionales, habiendo jugado así un determinante papel motor».

(7) En tal línea, cabe retener las respuestas de la Comisión a las preguntas escritas números 48, 74, 75 y 88/63 del Sr. Burgbacher en JOCE 125 de 17 de agosto de 1963, pp. 2235-2236, en JOCE C 125 de 17 de agosto de 1963, pp. 2235-2236, en JOCE 152 de 23 de octubre de 1963, p. 2546 y JOCE 181 de 11 de diciembre de 1963, p. 2867; a la pregunta escrita 135/71 del Sr. Westerterp en JOCE C 53 de 27 de mayo de 1972, p. 2; a la pregunta escrita 699/74 del Sr. Spénales en JOCE C 86 de 17 de abril de 1975, p. 66; a la pregunta escrita 63/75 del Sr. Schwörer en JOCE C 209 de 11 de septiembre de 1975, p. 2; a la pregunta escrita 108/75 del Sr. Giraud en JOCE C 192 de 22 de agosto de 1975, p. 10; a la pregunta escrita 384/75 del Sr. Scholten en JOCE C 67 de 22 de marzo de 1976, pp. 12-13 en relación con la sentencia del TJCE de 30 de abril de 1974 As. 155-73 «Sacchi»; a la pregunta escrita 701/77 del Sr. Müller-Hermann en JOCE C 42 de 20 de febrero de 1978, pp. 23-24; a la pregunta escrita 1995/80 del Sr. Balfé en JOCE 103 de 6 de mayo de 1981, pp. 18-19; a las preguntas escritas 1219/81, 1221/81 y 1223/81 del Sr. Galland en JOCE 38, de 1 de febrero de 1982, pp. 13-14, contestándose que «la modificación de la estructura de la propiedad de las empresas en sí misma no tiene como efecto dar al Estado francés, de derecho o de hecho, directa o indirectamente, el medio de controlar, de dirigir o de influir las importaciones o las exportaciones entre

territorialidad y aislamiento de los actos de autoridad pública que tengan como consecuencia la ampliación del sector público. En efecto, en un marco regional integrado como el comunitario europeo, en el que las propias instancias de las Comunidades han rechazado la territorialidad en materia de libertad de compe-

Estados miembros en los sectores en que las mencionadas empresas ejercen sus actividades»; a las preguntas escritas 1209/81 y 1212/81 además de las 1214/81 y 1225/81 del Sr. Galland en JOCE 43 de 17 de febrero de 1982, pp. 13-14; a la pregunta escrita 1152/82 del Sr. Bonde en JOCE C 339 de 27 de diciembre de 1982: «... No sólo las empresas nacionalizadas en su propio comportamiento, sino igualmente los Estados miembros en su comportamiento frente a estas empresas permanecen íntegramente sometidos a las disposiciones del tratado CEE, en particular en lo que respecta a la libertad de competencia; en lo que concierne al derecho comunitario, la posición de las empresas nacionalizadas no difiere de la de las empresas privadas». Por último, en la respuesta escrita 413/82 en JOCE C 339 de 27 de diciembre de 1982, pp. 5-6, se deducía de la declaración anterior que «si un Estado miembro suscitase por parte de sus empresas nacionalizadas comportamientos incompatibles con tales disposiciones, en particular las reglas de competencia, la Comisión no dejaría de reaccionar tanto frente a tales comportamientos como frente a la acción estatal que está en su origen; igualmente, en la medida en que tales empresas se beneficiaran por parte del Estado de aportaciones financieras que excedieran de lo que puede ser considerado como propio del comportamiento normal de todo accionista respecto a la empresa en cuyo capital participa, la Comisión entonces utilizaría las disposiciones de los tratados respecto a aquellas acciones que integran elementos de ayudas de Estado; la directiva que la Comisión ha adoptado concerniente a la transparencia de las relaciones financieras entre el Estado y sus empresas públicas y que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1982 facilitará esta tarea de la Comisión». El problema de la compatibilidad de la nacionalización en Italia de las empresas de sector de la electricidad con el artículo 37 TCEE fue planteado en el As. 6/64 «ENEL c. Costa», sent. de 15 de julio de 1964, Rec. 1964, pp. 1143 y ss.

En el plano interno francés, sobre el alcance de las nacionalizaciones según la ley de 11 de febrero de 1982, que aclaraba las condiciones y métodos de fijación de la indemnización; DELION, A. G. y DURUPTY, M.: *Les nationalisations 1982*, París 1982; FRANÇOIS, J. P. y GROSBOS, J. L., Ministère de la recherche et de l'Industrie, *Le secteur public dans l'industrie avant et après les nationalisations*, París 1982; HAMON, L.: *Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel*, Rec. Dalloz Sirey, 1983, 13 cahier, Chronique XIV, pp. 79-84; reticencias a la extraterritorialidad en GOLDMAN, B.: «Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international», JC, 1982, pp. 276-285, esp. 284-285, al considerar que aunque las nacionalizaciones parciales no son contrarias al TCEE sí lo serían cuando se eliminase «la propiedad privada de todas las empresas de alguna importancia»; tales nacionalizaciones en cuanto afectan a algunas inversiones francesas en España motivaron la adopción de la O. de 22 de febrero de 1982, en BOE de 27 de febrero en base a la disposición adicional segunda de la ley de Inversiones extranjeras desarrollada por la disposición adicional cuarta del reglamento, según texto de 29 de septiembre de 1978, en una línea simplista de consideraciones de soberanía nacional contraria a la posición adecuada del nuevo gobierno en el asunto de «Rumasa exterior»; sobre el obstáculo de la territorialidad para el funcionamiento multinacional de las empresas públicas procedentes de medidas de nacionalización, por ej. MAROIS, B.: «Le comportement multinational des entreprises françaises nationalisées», Rev. fr. gestion, 1977, pp. 31-42 y RAPP, L.: *Les filiales des entreprises publiques*, París 1983, pp. 167 y ss.

En el plano comunitario, y sobre la retención de la competencia extraterritorial de las reglas de competencia de los artículos 85 y 86 tras las sent. TJCE de 14 de julio de 1972, ss. 48, 49/69 y 51 a 57/69 «Imperial Chemical Industries et autres c. Commission», Rec. 1972, pp. 624 y ss. y 792 y ss., por ej. BISCHOFF, J. M. y KOVAR, R.: «L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté», JC 1975, pp. 675-727 y GÖRI, P.: «Les règles de concurrence de la communauté européenne et le commerce international», DPCI, 1975, pp. 279-292; interesantes observaciones sobre la práctica de la extraterritorialidad en los Estados de economía de mercado en SCHREIBER, Ph.: «The proper reach of territorial jurisdiction: A case study of divergent attitudes», Ga. J. Int'l & Comp. L., 1970-1972, pp. 43-54. En cuanto al artículo 7 del Convenio de Roma de 1980, véase, por ej., del autor de este trabajo, RIE, 1979, pp. 88-92.

tencia con el fin de no interrumpir la efectividad de las medidas protectoras adoptadas, resulta evidente que el principio de territorialidad en nacionalizaciones, previsto para relaciones entre Estados de diferente organización económica y para prevenir la afectación sobre bienes sitos en el ámbito del foro de tales medidas tachadas de odiosas e incompatibles con el orden público, no debe ser mantenido cuando la medida es adoptada en un Estado miembro; en esta línea se inscribe el eventual reconocimiento del derecho público extranjero en el artículo 7 del comunitario Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 en base a consideraciones de policía y de cooperación. En realidad, con una pauta restrictiva se perjudicaría la continuidad en la actuación económica y gestión de las sucursales o filiales por parte de las sociedades matrices del sector público; tales obstáculos pueden producirse al imposibilitar la posesión de los bienes de estas sociedades en el extranjero o el reconocimiento de la titularidad de sus acciones. Sin necesidad de recurrir finalmente al argumento de equivalencia, al que no puede sustraerse ningún Estado comunitario en la medida en que todos admiten la posibilidad de adopción de medidas para contar con un sector público doméstico, se puede advertir que las limitaciones que en todo caso operan son las relativas a la libre competencia, bien acondicionada y pertrechada tras la directiva 80/723 de la Comisión de 25 de junio de 1980 que en base a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y tales empresas públicas puede desembocar en el control de su gestión y actuación.

En estas condiciones, se desemboca en el derecho comunitario derivado con referencia a la mencionada directiva y a los desarrollos protagonizados por la Comisión, a través de sus informes sobre la política de competencia, y por el T.J.C.E. a través de su limitado contencioso sobre las empresas públicas hasta la sentencia de 6 de julio de 1982.

## **2. En el derecho comunitario derivado**

### **A. La directiva 80/723 de la Comisión de 25 de junio de 1980**

La directiva 80/723 de la Comisión «relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas», en cuanto resultado de la actividad de la Comisión para intentar controlar y eliminar las distorsiones en la libre competencia comunitaria producida por la participación de las empresas públicas en tal marco, aparece, en principio, fundada en el artículo 90,3 TCEE, aunque tal base queda rebasada. En realidad, a través de los sucesivos informes sobre la política de competencia, la Comisión había advertido de diferentes problemas planteados no sólo por la situación de congelación del artículo 90 sino también por las desviaciones producidas respecto a las prohibiciones de los artículos 92 a 94 sobre las ayudas concedidas por los Estados.

Así, ya en el segundo informe, dentro de la rúbrica «la política de competencia respecto a las intervenciones del Estado en relación con empresas», se evidenciar-

ba tal preocupación a partir del artículo 90 en base a cuyo título «la Comisión se asegura de que el comportamiento de las mencionadas empresas y el de los Estados a su respecto no contradigan las reglas del tratado que se imponen a unas y a otros y en particular las previstas a título de la competencia... debe hacer de tal modo que los Estados miembros no les concedan ayudas incompatibles con el mercado común, ayudas que a favor de las relaciones particulares existentes entre los Estados y estas empresas puedan ser difíciles de descubrir... La Comisión considera, por otra parte, que el artículo 90 no responde sólo a la preocupación de que las empresas consideradas y los Estados miembros en lo que concierne a estas empresas puedan sustraerse a las reglas del tratado que se aplican de manera absolutamente general a las empresas, por una parte, y a los Estados miembros, por otra parte; sino que su finalidad consiste igualmente en evitar que los Estados miembros escapen a estas reglas escudándose en el comportamiento aparentemente espontáneo de empresas con estatuto o prerrogativas particulares». Si en el tercer informe la falta de referencia específica a las empresas públicas quedaba compensada por la amplitud concedida a las ayudas de Estado, observándose una tónica similar en los posteriores, sin embargo se constata el anuncio de la progresiva configuración de la futura directiva 80/723: en esta línea, en el quinto se advertía que la Comisión estaba preparando una propuesta de directiva basada en el artículo 90.3 «con el triple objetivo de clarificar para los Estados miembros su responsabilidad bajo el artículo 90, de introducir reglas que situaran a la Comisión en una posición más adecuada para controlar el cumplimiento con el tratado por parte de los Estados miembros que actúan a través de empresas públicas y a través de las mismas empresas y finalmente de hacer más transparentes las relaciones financieras entre gobiernos y empresas públicas». En el onceavo de 1981, una vez adoptada la directiva 80/723, se indicaba de un modo explícito que «en un momento en el que las dificultades económicas son considerables resulta esencial que la Comisión ponga todo en práctica con el fin de que las reglas del tratado destinadas a evitar que las ayudas de los Estados, creando distorsiones de competencia sean aplicadas con igual severidad al sector público y al sector privado; para realizarlo resulta necesaria una mayor claridad en el complejo ámbito de la financiación por el Estado de la actividad industrial y comercial» (8).

(8) Dentro de los «Informes anuales sobre la política de competencia» de la Comisión las referencias a las empresas públicas están contenidas en: **Premier rapport**, abril 1972, pp. 149 y ss.; **Deuxième rapport**, abril 1973, pp. 131-157, con una amplia descripción del sector público de los Estados miembros; **Cinquième rapport**, abril 1976, pp. 117 y ss.; **Sixième rapport**, abril 1977, pp. 163 y ss., donde se indicaba que para la puesta en práctica de las obligaciones del art. 90 TCEE, «la Comisión dispone de diversos medios que le suministra el tratado», que incluye además del empleo del art. 90.3 el procedimiento del 169 y la aplicación de las reglas generales a las empresas públicas de modo que los arts. 85 y 86 «permiten actuar respecto a una empresa, dependa o no del artículo 90 que hubiera participado en un acuerdo restrictivo o cometido un abuso de posición dominante por propia iniciativa»; **Dixième rapport**, 1981, pp. 174 y ss.; **Onzième rapport**, 1982, pp. 174-175: «los servicios de la Comunidad han continuado el examen de los problemas que plantea la extensión de las disposiciones de la directiva a algunos sectores todavía excluidos de su ámbito de aplicación, en particular los organismos públicos de crédito y energía y transportes»; **Douzième rapport**, 1983, pp. 160-162: «la acción de la Comisión en materia de empresas públicas no se limita a asegurar que

En la noción de «transparencia», referida a las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, quedan englobadas «las medidas contrarias a las reglas del presente tratado» del 90,1 y las incompatibles «ayudas concedidas por los Estados o por medio de recursos de Estado en cualquier forma que falseen o amenacen con falsear la competencia al favorecer a ciertas empresas o a ciertas producciones» del artículo 92,1 ofreciendo esta mezcla de bases jurídicas un mayor margen de actuación a la Comisión en relación con las empresas públicas de los Estados miembros (9). Esta conjunción se constata ya en el preámbulo de la directiva: Así, en el primer sentido, en el considerando octavo, se afirma que «el artículo 90, en su primer párrafo, impone obligaciones a los Estados miembros en lo que concierne a las empresas públicas; este mismo artículo, en su tercer párrafo, impone a la Comisión velar por el respeto a estas obligaciones y le suministra a tal efecto los medios específicos necesarios [entrando] en este marco la definición de las condiciones que responden a la necesidad de transparencia». En el segundo sentido, en relación con los artículos 92 y 93, se advierte en el considerando cuarto que «en virtud del tratado de la CEE la Comisión tiene el deber de asegurarse que los Estados miembros no conceden a las empresas, tanto públicas como privadas, ayudas incompatibles con el mercado común» y en sexto que «una aplicación eficaz y equitativa a las empresas públicas y privadas de las reglas del tratado de la CEE concernientes a las ayudas sólo puede ser realizada en la medida en que tales relaciones financieras se hayan hecho transparentes».

Pasando al articulado de la directiva cabe señalar que la misma está dirigida a los Estados miembros (artículo 9), los cuales son requeridos para adoptar las medidas necesarias con el fin de conformarse a la directiva antes del 31 de diciembre de 1981, informándose al respecto a la Comisión (artículo 8) mientras paralelamente ésta lo hace a los Estados miembros con regularidad sobre los resultados de la aplicación de la directiva» (artículo 7); a través de esta interrelación

10: Estados miembros respeten las disposiciones del tratado CEE relativas a las ayudas, sino que vela también por que las disposiciones de este tratado sean respetadas por las empresas públicas, no sólo las que conciernen directamente a todas las empresas como los artículos 85 y ss. (así la decisión «British Telecommunications»), sino también las disposiciones que contemplan a los Estados miembros y en particular el artículo 30... En lo que respecta a las empresas públicas, la Comisión lleva una política de competencia que en virtud del tratado CEE está ligada estrechamente a las otras políticas comunitarias y así y de acuerdo con los poderes que le son atribuidos por el artículo 90,3 del tratado CEE, la Comisión dirigirá, llegado el caso, las directivas o decisiones apropiadas a los Estados miembros». Esta posición es reafirmada en la respuesta a la pregunta escrita 1.228/82 de 23 de noviembre de 1982 en JOCE C 339 de 27 de diciembre de 1982, p. 19.

(9) La directiva 80/723/CEE de la Comisión de 25 de junio de 1980 en JOCE L 195 de 29 de julio de 1980, pp. 35-37. Al respecto, PAGE, A. C.: «The new directive on transparency of financial relations between member States and public undertakings», *ELR*, 1980, pp. 492-500; MILANESI, E. M.: «L'attuazione dell'articolo 90 CEE paragrafo 3 e la direttiva della Commissione CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese», *Riv. Dind.*, 1981, pp. 302-311, con un tratamiento bastante lineal señalando de un modo aventurado que las exclusiones sectoriales según el artículo 4 de la directiva coincidirían con los sectores objeto de actuación de las empresas públicas según el, todavía no definido, artículo 90.2; BROTHWOOD, M.: «The Commission directive on transparency of financial relations between member States and public undertakings», *CMLR*, 1981, pp. 207-217.

de comunicaciones se gradúa la efectividad de la puesta en práctica de la directiva. Se impone a los Estados miembros la obligación de asegurar «la transparencia de las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas públicas, haciendo resaltar: a) la puesta a disposición de recursos públicos efectuados directamente por los poderes públicos en favor de las correspondientes empresas públicas; b) la puesta a disposición de recursos públicos efectuados por los poderes públicos por intermedio de empresas públicas o de instituciones financieras; c) la efectiva utilización de estos recursos públicos» (artículo 1). Esta doble vía de puesta a disposición de recursos públicos aparece también en el mismo considerando décimo de la directiva, en el que se evidencia la preocupación de que «la transparencia sea asegurada con independencia de las modalidades que revistan las puestas a disposición de recursos públicos [conviniéndose en] asegurar, llegado el caso, un adecuado conocimiento de las motivaciones de estas puestas a disposición y de su efectiva utilización». La obligación de transparencia se desencadena por el simple hecho del traspaso de recursos públicos a empresas públicas. «Las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas públicas cuya transparencia hay que asegurar de acuerdo con el artículo 1 son particularmente: a) la compensación de pérdidas de explotación; b) las aportaciones en capital o en dotación; c) las aportaciones a fondos perdidos o los préstamos en condiciones privilegiadas; d) la concesión de ventajas financieras en forma de no percepción de beneficios o de no recuperación de créditos; e) la renuncia a una normal remuneración de los recursos públicos comprometidos y f) la compensación de cargas impuestas por los poderes públicos» (artículo 3). En este abanico de relaciones financieras objeto de transparencia se observa evidentemente una gran laxitud, sobre todo en los apartados c), d) y e), que dejan a las empresas públicas en una situación comprometida en la que el poder de penetración de la Comisión puede resultar de un alcance desmesurado, produciéndose un evidente contraste entre las relaciones consideradas como de incompatibilidad con las disposiciones comunitarias de libre competencia y las relaciones en las que a las empresas públicas es reconocida «la compensación de cargas impuestas por los poderes públicos».

En base al mencionado principio de transparencia, referido a o desglosado en las apuntadas relaciones financieras, el artículo 5 de la directiva establece, por un lado, que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los datos relativos a las relaciones financieras contempladas en el artículo 1 permanezcan a disposición de la Comisión durante cinco años a partir del final del ejercicio anual en el que los recursos públicos han sido puestos a disposición de las correspondientes empresas públicas, aunque cuando los recursos públicos son utilizados en el curso de un ejercicio ulterior, el plazo de cinco años corre desde el final de este último ejercicio» y, por otro lado, que «a petición de la Comisión y para el caso en que lo estime necesario los Estados miembros le comunicarán los datos contemplados en el párrafo primero, así como los elementos de apreciación eventualmente necesarios y en particular los objetivos perseguidos». Frente a esta amplia obligación de información en favor de la Comisión derivada de la transparencia sobre el estado de las empresas públicas, tan solo se reconoce en el

artículo 6 la obligación de la Comisión «de no divulgar los datos de los que tiene conocimiento en virtud del artículo 5, párrafo 2 y que por su naturaleza están cubiertos por el secreto profesional», aunque ello «no se oponga a la publicación de informaciones generales o de estudios que no impliquen indicaciones individuales sobre las empresas públicas previstas por esta directiva».

La excepción al principio de la transparencia, anunciado en los considerandos doceavo y treceavo, queda traducido en el artículo 4 de la directiva que distingue entre exclusiones sectoriales y cuantitativas; en las primeras se incluyen, de acuerdo con los mencionados considerandos, «ciertos sectores que no pertenecen al ámbito de la libre competencia o que son ya objeto de disposiciones comunitarias particulares que garantizan una transparencia adecuada [y] ciertos sectores cuyo carácter particular justifica que sean objeto de disposiciones específicas» sin «[prejuzgarse] la aplicación de otras disposiciones del tratado CEE y en particular de sus artículos 90, párrafo 2, 93 y 223». Las excepciones sectoriales aparecen explicitadas en el artículo 4 en sus apartados segundo y tercero: «Esta directiva no concierne a las relaciones financieras entre los poderes públicos y... b) las empresas públicas en lo que concierne a la actividad ejercida en los sectores siguientes: — el agua y la energía, comprendido por lo que respecta a la energía nuclear la producción de uranio, su enriquecimiento y el tratamiento de los combustibles irradiados, así como la elaboración de los materiales plutónicos; — los correos y telecomunicaciones; — los transportes y c) los establecimientos de crédito públicos». Las excepciones cuantitativas, en relación con el comercio afectado, comprenden en el mismo artículo «las relaciones financieras entre los poderes públicos y a) las empresas públicas en lo que concierne a las prestaciones de servicios que no son susceptibles de afectar sensiblemente los intercambios entre los Estados miembros [y] d) las empresas públicas cuya cifra de negocios fuera de impuestos no haya alcanzado un total de 40 millones de unidades de cuenta europeas durante los dos ejercicios anuales que preceden al de la puesta a disposición o al de la utilización de los recursos contemplados en el artículo 1». Respecto a las exclusiones sectoriales, se observa, en principio, una semejanza con el ya analizado artículo 90.2 TCEE, que establece el régimen de «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que presentan el carácter de un monopolio fiscal», advirtiéndose también que la exclusión de «los establecimientos de crédito públicos» no se identifica con la de «los establecimientos financieros públicos» con estatuto particular en los Estados miembros y marginados obviamente de la directiva del Consejo de 28 de junio de 1973 (73/183) de no discriminación y de supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de bancos y de otras entidades financieras (10).

(10) El sector bancario público —entendido en sentido amplio al comprender no sólo los establecimientos de derecho público sino también todos aquéllos cuyo control está directa o indirectamente en manos de autoridad pública, central o local— está sujeto lógicamente a la reglamentación de los mercados de capitales y de crédito, respecto a cuya incidencia resulta indiferente la naturaleza jurídica de las empresas intervinientes en tales mercados; con anterioridad a las nacionalizaciones francesas de 1981-1982, los porcentajes del sector bancario público en los distintos Estados miembros era del 80 % en Francia, 70 % en Italia, 60 % en la República Federal de Alemania, 50 % en Bélgica, 40 % en Países Bajos, 30 % en Dinamarca y 10 % en el Reino Unido. En cuan-

A la hora de determinar esta transparencia de relaciones financieras a cargo de las empresas públicas se ha considerado conveniente perfilar una definición de éstas en el sentido de empresas «sobre las que los poderes públicos pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante por el hecho de la propiedad, de la participación financiera o de las reglas que la regulan». Así, la empresa pública queda caracterizada por ser objeto de influencia dominante por parte de los poderes públicos, en base a razones de hecho sin necesidad de disposición interna alguna que la caracterizara de pública; esta influencia queda presumida «cuando los poderes públicos, de un modo directo o indirecto y en relación con la empresa: a) detentan la mayoría del capital suscrito de la empresa o b) disponen de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa» (artículo 2 y considerando noveno). También el concepto de «poderes públicos» resulta definido en el artículo 2 al entenderse por tales «el Estado así como otras colectividades territoriales».

En realidad, la directiva ha sido adoptada en un período de crisis con la consecuencia de permitir a la Comisión, en base a los artículos 90,3 y 93,2 TCEE, conseguir que los Estados o poderes públicos le notifiquen las ayudas so pretexto de la comunicación de las relaciones financieras objeto de «transparencia»; este objetivo de «lifting the veil» de las personas jurídicas del sector público a los efectos de sus relaciones financieras con los poderes públicos se engarza con las preocupaciones de efectividad o de control mantenidas en el plano de la nacionalidad pero también con algunas observaciones realizadas ante el propio TJCE hace algunos años, como con motivo del asunto 10/71 en el que el abogado general estimó que la propiedad estatal del capital en una determinada sociedad no resultaba suficiente para que se estuviera ante una empresa pública, pero que, sin embargo, tal hecho junto al de que la empresa pública había sido creada como resultado de un acto unilateral del poder público y al de la participación del Estado en la gestión de la sociedad debían ser retenidos para su caracterización como empresa pública: «una sociedad de economía mixta creada por una ley en cuyo capital ha habido suscripción del Estado, y para cuya gestión el mencionado Estado deriva de la ley nacional prerrogativas particulares, constituye una de las empresas contempladas por el artículo 90 del tratado» (11).

to operantes en el ámbito del crédito, las empresas del sector bancario público resultan afectadas por las directivas del Consejo de 28 de junio de 1973 (73/183) de no discriminación «concerniente a la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades no asalariadas de bancos y otros establecimientos financieros» (en JOCE L 194 de 16 de julio de 1973, pp. 1-10 y de 12 de diciembre de 1977 (77/780), «tendiente a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y a su ejercicio» (en JOCE L 322 de 17 de diciembre de 1977, pp. 30-37). Al respecto, la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita 835/77 en JOCE C 74 de 28 de marzo de 1978, p. 10. Los establecimientos financieros públicos, distinguibles de los establecimientos bancarios o de crédito públicos a los que se refiere el artículo 4 c) de la directiva de 25 de junio de 1980, son objeto de excepción en el artículo 2 de la directiva de 12 de diciembre de 1977.

(11) No obstante, la prudencia fue retenida por este abogado general A. Dutheillet de Lamothe

Pasando de las definiciones más o menos afortunadas respecto a «empresas públicas» y «poderes públicos» a aspectos sustanciales de la directiva cabría

en este as. 70-71: «Ministère Public luxembourgeois c. M. Muller, veuve J. P. Hein et autres», Port de Mertert», *Rec.*, 1971-5, p. 738: «la noción de empresa pública derivada de las nociones anglosajonas de «public corporation» o de «public enterprise» es una noción más económica que jurídica... sería peligroso dar desde hoy una definición general en el plano comunitario». Dentro de la práctica del TCJE respecto a las empresas públicas cabe señalar, en efecto, esta sentencia «Port de Mertert», *Rec.*, esp., pp. 730-731 en la que respecto al 90,2 señaló que «puede depender de esta última disposición una empresa que gozando de ciertos privilegios para el ejercicio de la misión de la que está legalmente encargada y sosteniendo a tal efecto estrechas relaciones con los poderes públicos asegura la salida más importante del Estado interesado para el tráfico fluvial» (considerando 11), y que «sin perjuicio del ejercicio por la Comisión de los poderes previstos en el párrafo 3 del artículo 90, el párrafo 2 del mismo artículo no es susceptible en el estadio actual de crear derechos individuales que los jueces nacionales deben salvaguardar» (considerando 16). Insistiendo en el 90,2 el TJCE en su sent. de 21 de marzo de 1974 «Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SABAM et NV Fonior», «BRT-II», as. 127-73, *Rec.*, 1974, pp. 313-329, indicó «que corresponde al juez nacional determinar si una empresa que invoca las disposiciones del artículo 90,2 para prevalerse de una derogación a las reglas del tratado ha sido efectivamente encargada por el Estado miembro de la gestión de un servicio de interés económico general» (considerando 22), añadiendo que «tal no puede ser el caso para una empresa que el Estado no ha encargado de misión alguna y que administra intereses privados, incluso si se trata de derechos de propiedad intelectual protegidos por la ley» (considerando 23); no obstante, la facilidad en el recurso al 86 se constataba en la medida en que «hay lugar a concluir que el hecho de que una empresa encargada de la explotación de derechos de autor, ocupando una posición dominante en el sentido del artículo 86 impusiera a sus adherentes compromisos no indispensables para la realización de su objeto social y que obstaculizasen así, de modo no equitativo, la libertad de un miembro en el ejercicio de su derecho de autor, puede constituir una explotación abusiva» (considerando 15).

Mayor relieve sobre el alcance del artículo 90, en relación con el artículo 86, reviste la sentencia del TJCE de 30 de abril de 1974, «Giuseppe Sacchi», as. 155-73, *Rec.*, 1974, pp. 409-447, en la que recogiendo las conclusiones del abogado general sobre el artículo 90, como permitiendo a los Estados miembros dotar a empresas públicas y privadas encargadas de servicio económico de interés general de derechos exclusivos en derogación al 86, se determina: «nada en el tratado se opone a que los Estados miembros, por consideraciones de interés público, de naturaleza no económica, sustraigan las emisiones de radiotelevisión, comprendidas las emisiones por cable al juego de la competencia, confiriendo el derecho exclusivo de proceder a uno o varios establecimientos; ... para la ejecución de su misión, estos establecimientos quedan sometidos a las prohibiciones de discriminación y en la medida en que esta ejecución implica actividades de naturaleza económica caen bajo las disposiciones del artículo 90...; la interpretación conjunta de los artículos 86 y 90 conduce a la conclusión de que la existencia de un monopolio en una empresa a la que un Estado miembro concede derechos exclusivos no es en cuanto tal incompatible con el artículo 86» (considerando 14); incluso en el marco del artículo 90, las prohibiciones del artículo 86 tienen un efecto directo y engendran ... derechos que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar». Una negativa al cómodo expediente del 90,2 es retenida en la sentencia TJCE de 14 de julio de 1981 «Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG», «Commissions bancaires», as. 172/80, *Rec.*, 1981, pp. 2021-2039. Tampoco habría que olvidar por parte de la Comisión su reticencia tradicional a hacer beneficiar del 90,2 a empresas comunitarias: así, las decisiones de 2 de junio de 1971 relativas a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del tratado CEE (IV/26.760-GEMA) en JOCE L 134 de 20 de junio de 1971, pp. 15-28 y de 26 de julio de 1976 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del tratado CEE (IV/28.980-Pabst & Richarz/BNIA), en JOCE L 231 de 21 de agosto de 1976, pp. 24-29. En la sentencia TJCE de 16 de noviembre de 1977 «(INNO/ATAB)», «Tabacs manufacturés», as. 13-77, *Rec.* 1977, pp. 2115 se advierte también en los considerandos 32 y 42 que «el artículo 90 solo constituye una aplicación particular de algunos principios generales que se imponen a los Estados miembros».

hacer algunas observaciones. En primer lugar, que la directiva no tiene en cuenta la diversidad de situaciones en que se encuentran las empresas públicas de los diferentes Estados miembros, dificultando la multiplicidad de puntos de partida la efectiva asunción de las obligaciones de los Estados máxime en aquéllos de organización compleja y en los que resulta opaca la relación de dependencia con la Administración, que puede ser de rango estatal federada, regional o local. En segundo lugar, y en relación con el conjunto de reglas de la directiva formuladas con una evidente preocupación de perfeccionismo y de sintetismo jurídicos, que dentro de los artículos 1 y 3 referidos a las relaciones financieras sospechosas no se tiene debidamente en cuenta que las aportaciones en capital propio resultan a veces necesarias para la viabilidad de las empresas públicas lo mismo que las subvenciones de equilibrio, que se justifican muchas veces no por la mala gestión sino por la falta de capitalización o por la propia antigüedad del equipamiento o por su infrautilización o por su funcionamiento en sectores no rentables; en tal línea cabe observar que no se tienen en cuenta las cargas anormales asumidas por las empresas públicas que pueden derivar de obligaciones para asegurar algún servicio público o de su configuración como medio de ejecución de plan o de su papel de instrumento de política coyuntural o de desarrollo regional o incluso de sus obligaciones de investigación o de gestión de modo que su situación deficitaria puede resultar de tales causas. En tercer lugar, en relación con el artículo 4 cabe señalar que las excepciones establecidas en el mismo tanto de carácter sectorial como cuantitativo tienen un arriesgado carácter de provisionalidad sin tenerse en cuenta que la exclusión de los «establecimientos de crédito públicos» se justifica plenamente por su papel en el sistema financiero que las diferencia de las empresas públicas industriales y también que el criterio retenido de la cifra de negocios es tan sólo relativo y no puede ser aislado del montante de ayuda efectivamente recibida de los poderes públicos que puede resultar relevante; en conjunción con el artículo 1 b) de la misma directiva, la exclusión de los movimientos de capitales dentro del grupo de empresas de la obligación de transparencia, salvo que procedieran de poderes públicos, puede estar justificada por la complejidad de los mismos. En cuarto lugar, y con referencia al artículo 5, es evidente que las informaciones ya disponibles publicadas por las empresas no deben ser objeto de transparencia adicional, pero el caso es que la total discrecionalidad de la Comisión asumiendo un papel de control a priori y al margen de cualquier dato objetivo de sospecha por eventual mala gestión de la empresa pública supone una solución de resultados imprevisibles; parece lógico que sean los poderes públicos suministradores de fondos los obligados a la correspondiente información de transparencia, ahorrándose tales funciones con evidente peso burocrático a las empresas públicas. En todo caso, junto al peligro de que so pretexto de hacer transparentes las relaciones financieras en las que se evidencie una influencia dominante de poderes públicos sobre empresas se puedan controlar decisiones políticas estatales, hay que destacar en el tipo de economía mixta de los Estados miembros que la libertad de competencia también resulta distorsionada por las ayudas y subvenciones otorgadas sectorialmente y de las que resultan beneficiadas las

empresas privadas, todo ello sin hacer mención de las alteraciones causadas por la actividad de las empresas multinacionales en el mercado comunitario (12).

**B. La sentencia del TJCE de 6 de julio de 1982 (as. 188/80 a 190/80)**

En septiembre de 1980 los gobiernos de la República francesa, de la República italiana y del Reino Unido presentaron a título individual sendos recursos en base al artículo 1733 TCEE con vistas a la anulación de la directiva 80/723 ya analizada. E: TJCE admitió a la República francesa para intervenir en apoyo de las conclusiones de la República italiana y del Reino Unido y, por otra parte, a la República Federal de Alemania y a los Países Bajos para hacerlo en favor de la Comisión, decidiendo finalmente unir los tres asuntos a los fines del procedimiento oral y de la sentencia (13).

(12) Cfr. VIROLE, J., rapporteur général: **Communication du CEEP sur le comportement économique des entreprises publiques sur le marché des Communautés européennes** (CEEP 78/Avis 10), donde se señala cómo las empresas del sector público se encuentran en términos generales subcapitalizadas y endeudadas, resultando presumiblemente competitivas cuando hubiera compensación de cargas; así, en p. 5: «la verdadera protección de una sana competencia pasa por la clarificación de cuentas, la compensación de las cargas anormales, la flexibilidad de los controles de las autoridades públicas y el respeto de las misiones específicas de las empresas públicas» y en anexo I, p. 4: «si el TCEE toma en consideración las características propias de las empresas públicas, ignora las coerciones que pesan sobre éstas y que derivan del medio en que se mueven; la clarificación de cuentas haría aparecer las cargas anormales y sus eventuales compensaciones, las modalidades de éstas, las ayudas con la indicación de que también benefician a las empresas públicas en la misma situación y las posibles subvenciones de equilibrio». En relación con el aspecto relevante de «las cargas anormales soportadas por las empresas públicas» cabe tener en cuenta los documentos, ya antiguos, de la **CEEP 69/G.C.11** de noviembre de 1969, **69/G.C.12** de noviembre de 1969 y **70/G.C.7** de 12 de mayo de 1970. Sobre otros aspectos referidos a la directiva 80/723 son de especial interés **CEEP 80/Avis 5** marzo de 1980, insistiendo en la compensación de las pérdidas de explotación que no contemplaba acertadamente la entonces propuesta de directiva y en el problema de solapamiento o de acumulación: «las empresas públicas cuya financiación está sometida por el TCECA, por el TCEEA o por disposiciones específicas del TCEE y de su derecho derivado, por ejemplo, en el caso de transportes, a disposiciones semejantes a las dictadas por la propuesta de directiva deberían de ser excluidas del ámbito de aplicación de ésta»; en cuanto a las relaciones con las disposiciones de ayudas, «hay que señalar que la información así recogida permitiría también a la Comisión apreciar por esta vía desviada de su objetivo las ayudas dependientes de los artículos 92 y 93, correspondiendo a la Comisión solamente conocer tal información a los efectos de un reglamento del Consejo adoptado en base al artículo 94»; también, **CEEP 81/S&C 37/1** de 11 de febrero de 1981: «Avis de la section allemande... au sujet de la directive de la Commission». En cuanto a las ayudas públicas a las empresas tanto privadas como públicas practicadas en los Estados comunitarios, LE PORS, A.: «Les transferts Etat-industrie en France et dans les pays occidentaux», **NED**, 12 de julio de 1976, pp. 16-24; Commission: **Les politiques industrielles dans la Communauté...**, *Op. cit.*, pp. 27-49. En relación con las multinacionales por ej. SANTA MARIA, A.: «Imprese multinazionali e Comunità Economica Europea», **Riv. Soc.**, 1975, pp. 924-957 y UBERTAZZI, G. M. «Les sociétés multinationales et les Communautés Européennes», **RMC** 1974, pp. 513-517; la importante comunicación de la Comisión de 7 de noviembre de 1973 al Consejo sobre «Las empresas multinacionales en el contexto de los reglamentos comunitarios» en **Bull. CE Suppl.** 15/73.

(13) Los recursos de los gobiernos de Francia, Italia y Reino Unido en **JOCE C 273** de 22 de octubre de 1980, pp. 5-8. La sentencia del TJCE de 6 de julio de 1982 «République française, République italienne et Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés Européennes», «Entreprises publiques-transparence des relations financières avec l'Etat» as. 188 a

En los tres recursos se solicitaba que la directiva fuese declarada nula principalmente por falta de competencia de la Comisión para decidirla por corresponder la misma al Consejo, ya que éste, de acuerdo con el artículo 94 TCEE, «previa propuesta de la Comisión puede adoptar todos los reglamentos útiles con vistas a la aplicación de los artículos 92 y 93 y fijar en particular las condiciones de aplicación del artículo 93, párrafo 3 y las categorías de ayudas que están dispensadas de este procedimiento». Sin embargo, hay extremos que individualizan las posiciones de los gobiernos recurrentes: Así, en el recurso del gobierno de Italia se destaca el argumento de que «no existe necesidad alguna de adoptar una directiva como la atacada para obtener informaciones de los Estados miembros sobre las relaciones financieras con sus empresas públicas, especialmente cuando, tal como debiera ser el caso, estas informaciones están circunscritas a uno o a varios casos individuales sospechosos; en efecto, tal resultado puede ser obtenido por la Comisión, bien ejerciendo los poderes que le son atribuidos en el artículo 93 del tratado, bien eventualmente recurriendo al artículo 213, teniendo en cuenta deberes que pesan sobre los Estados miembros en el sentido de los artículos 5 y 6 del mismo tratado»; en efecto, las competencias concedidas a la Comisión en base al artículo 213 TCEE resultan amplias permitiéndole obtener la información requerida para adaptarse a las exigencias de los artículos 92 y 93, pero siempre «en los límites y condiciones fijados por el Consejo de conformidad con las disposiciones del tratado». Las violaciones y falsas aplicaciones de los artículos 90 y 92 a 94 TCEE alegadas por tal gobierno con las consecuencias de incompetencia y de desvío de poder y de falta de proporcionalidad, siempre en favor de la Comisión, tendrían como consecuencia que ésta se viera reconocer una competencia paralela a las de carácter concreto y específico que el TCEE concede al Consejo.

En el recurso del gobierno de Francia la incompetencia de la Comisión es basada en el «ejercicio de una competencia reservada al Consejo como es la general para reglamentar la aplicación de los artículos 92 y 93 del TCEE que corresponde al Consejo en virtud del artículo 94», en la «ausencia de base legal [ya que] la directiva añade a las de los artículos 92 y 93 disposiciones para cuya aplicación ha sido adoptada», en la «violación del artículo 90 TCEE [ya que] la directiva en cuestión ofrece de la empresa pública una definición que no tiene relación al-

---

190/80, Rec., 1982, pp. 2545-2599. Además del importante comentario a la sentencia de NICOLAYSEN, G. en *EuR*, 1983, pp. 61-67, señalando acertadamente en cuanto a la competencia de la Comisión el problema del solapamiento con las disposiciones sobre ayudas de Estado y sobre todo en cuanto al contenido de las relaciones financieras objeto de transparencia los prejuicios indiscriminados sobre las subvenciones, hay referencias en favor de la sentencia, insistiendo en la compatibilidad entre el establecimiento de reglas por el Consejo en base al 94 y la vigilancia por la Comisión en base al 90.3 en MERTENS DE WILMARS, J.: «The Case-law of the Court of Justice in relation to the review of the legality of economic policy in mixed-economy systems», *Leg. Is. Eur. Int.*, 1982, pp. 1-16. Respecto a los debates ante el TJCE sobre las relaciones objeto de transparencia y el reproche implícito según el cual los Estados falsean la competencia industrial cuando al comportarse como capitalista públicos «colocan sus capitales en empresas de débil rendimiento capitalístico» (no percepción de beneficios, renuncia a una remuneración normal...), advirtiendo de la subcapitalización de las empresas públicas y de la extrema importancia de la deuda obligatoria debido «a la incoherencia de las políticas conducidas por los diversos ministerios de los que dependen las empresas públicas», VIROLE, J. y CHAPUY, J.: «Le secteur public industriel», *Op. cit.*, p. 956.

guna incluso lejana con el texto del artículo 90», en el argumento particular del «desconocimiento de los límites del ámbito de aplicación del tratado de la CEE» al constituir una fuente de solapamientos con el ámbito de aplicación del tratado de la CECA e incluso del propio sector nuclear y en el de la «discriminación de las empresas públicas con relación a las empresas privadas»; este punto aparece también en el recurso del gobierno italiano, aunque mientras en el caso francés se indica que «la directiva impone a las empresas públicas nuevas sujeciones que no conocen las empresas privadas y establece así una discriminación en detrimento de las primeras», en el caso italiano se explicita aún más tal principio al señalarse que «mientras que la Comisión no tiene el poder de controlar las financiaciones que el propietario opera en favor de su empresa, la directiva recurrida permite un penetrante control de las financiaciones que el poder público, propietario de una empresa pública, realiza en favor de esta empresa y ello incluso si la propiedad pública no es total»; aún más, «mientras que las empresas privadas (del mismo modo que las empresas públicas) están sometidas en lo que respecta a las ayudas estatales, a las reglas y a los procedimientos que se establecen en los artículos 92 y 94 del tratado, las empresas públicas por su lado y con la definición extremadamente amplia que da de las mismas el artículo 2 de la directiva atacada resultan sometidas además a un procedimiento preventivo como el descrito en el artículo 5 de la directiva».

En el más reducido recurso del gobierno del Reino Unido se advierte la insistencia en la cuestión básica constitucional de la delimitación de las competencias de la Comisión en el ámbito de la libre competencia afectando a las empresas públicas: «el alcance y función verdaderos del artículo 90, párrafo 3 tal como resulta del contexto de esta disposición consiste en habilitar a la Comisión a actuar cuando una medida nacional se traduce en una infracción en el caso de una empresa pública del tratado y especialmente de los artículos 85 y 86». Sobre la base de una estrecha cooperación entre Consejo y Comisión no se puede pretender en estas condiciones que la Comisión pueda tener competencias tan amplias como las que se pretenden con la directiva 80/723: «El artículo 90, párrafo 3 no confiere a la Comisión una competencia legislativa general [de modo que] cuando el tratado atribuye tal competencia a las instituciones comunitarias (normalmente al Consejo) utiliza de ordinario una fórmula diferente. El tenor del artículo 90, párrafo 3 concierne al caso en que la Comisión dirige una medida específica a un Estado miembro determinado. El tratado no confiere en ninguna parte a la Comisión una competencia legislativa general y sería anormal interpretar en tal sentido el artículo 90, párrafo 3... en lo que concierne a las ayudas concedidas por los Estados... el artículo 94 atribuye expresamente la competencia legislativa en este dominio al Consejo».

Frente a tales recursos la Comisión ante el TJCE señaló la falta de transparencia en los montantes globales de emisión pública de acciones o de obligaciones o de dotación de capital de las empresas públicas de modo que por el artículo 90,3 se consideraba competente para precisar los deberes de los Estados miembros mediante una acción preventiva «respecto a situaciones administrativas nacionales que son susceptibles de comprometer el papel de la Comisión en tanto que

guardiana del tratado». En términos más concretos, la Comisión se defendió de los reproches de incompetencia, de la discriminación de las empresas públicas respecto al TCEE y del ámbito de aplicación de los tratados correspondientes a las Comunidades europeas señalando lo siguiente: que la directiva no se interfiere con el desarrollo del procedimiento de control de las ayudas de los artículos 92 a 94, distinguiéndose de las ayudas las relaciones financieras objeto de la transparencia establecida en la directiva, que las obligaciones de la directiva corren a cargo de los Estados miembros que «si ejercen una vigilancia adecuada sobre las empresas públicas no tendrían necesidad de repercutir sus obligaciones sobre éstas» y que «incluso si la misión [de la Comisión] se limitase a velar por el respeto de las reglas del tratado, puede decidir medidas preventivas o instrumentales para mejor apreciar la naturaleza y el alcance precisos de las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas».

Por parte de los gobiernos de la República Federal de Alemania y de los Países Bajos, que apoyaban a la Comisión, se advertía «el riesgo de que por una parte los Estados miembros utilicen su particular influencia sobre las empresas públicas para comprometerlas en actividades incompatibles con el tratado y que por otra parte las empresas tengan ventajas en la competencia con las empresas privadas en base a sus relaciones específicas con los poderes públicos, sin que resulte posible reconocer la existencia de tales ventajas del exterior». Interesa advertir que en tal posición se ponía de relieve que «incluso al admitir que la directiva concierne directamente al examen de las ayudas contempladas en los artículos 92 a 94 del tratado CEE y que no se inserta como el gobierno federal lo supone en el marco de un procedimiento anterior motivado por la falta de transparencia y tendente a la puesta a disposición de las necesarias informaciones para proceder eventualmente a un examen del caso específico, la directiva dependería, en todo caso, del ámbito de aplicación del artículo 90». Según esta posición, la directiva tendría un carácter preventivo, versando sobre la competencia de la Comisión para procurarse las informaciones necesarias para poder constatar eventuales infracciones al tratado y su único objetivo consistiría en crear las condiciones que permitan examinar las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas: «la cuestión de saber si estas relaciones constituyen ayudas incompatibles con el tratado dependería en última instancia de una decisión del Tribunal y sólo podría ser zanjada en el marco del procedimiento de los artículos 92 y 93, para el cual el Consejo puede decidir reglas en virtud del artículo 94».

Por su parte, el Abogado general en la audiencia del 4 de mayo presentó sus conclusiones en las que coincidía con la Comisión al indicar que ésta podía, en principio, exigir en forma de directiva la publicación de las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas públicas: «Hay que conceder a los demandantes que únicamente los artículos 92 y 93 permiten responder a la cuestión de saber qué ayudas son compatibles o pueden ser compatibles con el tratado, según qué procedimientos la Comisión puede examinarlos y en qué condiciones el Consejo puede calificar una ayuda como compatible con el mercado común: sin embargo, tales disposiciones no dicen nada del modo como la Comisión puede ser informada sobre las ayudas concedidas o sobre las relaciones financieras que

deben ser consideradas eventualmente como ayudas con el fin de realizar sus tareas. El objetivo de la directiva consiste precisamente en colmar esta laguna, especialmente en lo que concierne a «las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas». También llegaba a la conclusión de que la Comisión no había cometido exceso de poder al configurar el contenido de la directiva, ni había violado otros principios del tratado.

En la sentencia del 6 de julio, el TJCE se centró en los siguientes puntos que habían sido objeto de invocación por parte de los gobiernos demandantes: la incompetencia de la Comisión; la falta de necesidad; la existencia de una discriminación para las empresas públicas en comparación con las empresas privadas; la violación de los artículos 90, 92 y 93 en cuanto que la directiva define las nociones de empresa pública y de ayuda estatal; el desconocimiento de las reglas que definen el ámbito de aplicación de los tratados de la CEE, de la CECA y de la CEEA y la falta de motivación y el desconocimiento del principio de igualdad en lo que concierne a las exenciones de la directiva. En relación con el primer punto se admite que «la Comisión tiene conferida competencia por el artículo 90,3 TCEE, la cual se ejerce en un campo de acción específico y en condiciones definidas en función del objeto propio de tal artículo. Así, la competencia de la Comisión para decidir la directiva causante del litigio depende de las necesidades inherentes a su deber de vigilancia contemplado en el artículo 90; la eventualidad de una reglamentación dictada por el Consejo en aplicación de su poder general en base al artículo 94 e implicando disposiciones que afectarían al ámbito específico de las ayudas concedidas a las empresas públicas no obstaculiza el ejercicio de esta competencia por parte de la Comisión». En cuanto al segundo punto, de la falta de necesidad, es rechazado tal motivo por considerarse que «la Comisión puede tener necesidad de intentar obtener informaciones suplementarias sobre las relaciones financieras de las empresas públicas con los Estados miembros mediante el establecimiento de criterios comunes para todos los Estados miembros y para todas las empresas». Con una facilidad parecida se rechaza el tercer argumento, relevante en los recursos francés e italiano, de la discriminación de las empresas públicas: «El recurso de igualdad que los gobiernos invocan en lo que respecta a las relaciones entre las empresas públicas y las empresas privadas, en general, presupone que los dos grupos se encuentran en situaciones comparables; ahora bien, las empresas privadas determinan, dentro de los límites enunciados por la legislación aplicable, su estrategia industrial y comercial, teniendo en cuenta particularmente exigencias de rentabilidad, mientras que por el contrario pueden sufrir el impacto de factores de orden diferente en el marco del cumplimiento de los objetivos de interés general por parte de las autoridades públicas que pueden influir en estas decisiones; las consecuencias económicas y financieras de tal impacto conducen al establecimiento entre estas empresas y los poderes públicos de relaciones financieras de un tipo particular diferentes de las que existen entre las autoridades públicas y las empresas privadas».

Mayor desarrollo exige el tratamiento del cuarto punto, sobre la presunta violación de los artículos 90, 92 y 93, al haber definido la directiva los conceptos de empresa pública y de ayuda estatal, al indicar el TJCE que «no se trata de una ten-

tativa de la Comisión de definir la noción de ayuda tal como figura en los artículos 92 y 93 del tratado, sino tan sólo de una precisión de las operaciones financieras de las que la Comisión estima debe ser informada con vistas a controlar si un Estado miembro ha concedido ayudas a la empresa en cuestión sin haber respetado su obligación de notificación de acuerdo con el artículo 93.3... [En cuanto a la] noción de empresa pública se trata de... establecer los criterios necesarios para circunscribir el grupo de empresas cuyas relaciones financieras con los poderes públicos están sometidas a la obligación de información contemplada por la directiva; para apreciar esta delimitación que, por otra parte, resulta indispensable para hacer conocer a los Estados miembros la extensión de sus obligaciones, según la directiva conviene aproximar los criterios establecidos a determinadas consideraciones que están en la base de la obligación de vigilancia impuesta a la Comisión por el artículo 90... La razón por la que las disposiciones del artículo 90 han sido incluidas en el tratado es justamente la influencia que los poderes públicos pueden ejercer sobre las decisiones comerciales de las empresas públicas. Esta influencia puede ser ejercida sobre la base, bien de una participación financiera, bien de reglas que determinen la gestión de la empresa. Al escoger estos mismos criterios para determinar las relaciones financieras sobre las que debe poder obtener informaciones con vistas a realizar su deber de vigilancia en virtud del artículo 90.3 la Comisión ha permanecido dentro de los límites del poder de apreciación que le confiere esta disposición».

Respecto al quinto argumento del desconocimiento de las reglas que definen el ámbito de aplicación de los tratados de la CEE, CECA y CEEA, el TJCE distingue en lo que concierne a las empresas públicas entre por un lado el régimen del TCECA y por otro el régimen del TCEEA; en cuanto al primero en los términos de artículo 232, párrafo 1 TCEE, las disposiciones de este tratado no modifican a las del TCECA, en particular, en lo que respecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros, los poderes de las instituciones de esta Comunidad y las reglas enunciadas por este tratado para el funcionamiento del mercado común del carbón y del acero..., la directiva litigiosa no podrá ser aplicada a las relaciones con tales empresas [dependientes del mercado del carbón y del acero]; en cuanto al régimen del TCEEA «el artículo 232.2 TCEE se limita a precisar que las disposiciones de este último tratado no derogan las estipulaciones del primero».

Finalmente, en la reducida respuesta al sexto punto referido a la ausencia de motivación y desvanecimiento del principio de igualdad en lo que respecta a las exenciones de la directiva, el TJCE señaló que de acuerdo con el doceavo considerando de la directiva, que «indica que cabe excluir sectores que no pertenecen al ámbito de la competencia o que han sido objeto ya de disposiciones comunitarias que garantizan una adecuada transparencia [además de] ciertos sectores cuyo carácter particular justifican que sean objeto de disposiciones específicas así como las empresas cuya reducida importancia económica no justifica las cargas administrativas que pueden derivar de las medidas a adoptar», cabía concluir que estas puntualizaciones «aportan criterios suficientemente objetivos para justificar una exención del ámbito de aplicación de la directiva». En conclusión, «los recursos introducidos por los tres gobiernos no han aportado elementos suscep-

tibles de justificar la anulación incluso parcial de la directiva atacada. Conviene rechazar estos recursos».

Una vez analizada la directiva 80/723 con la mención de diferentes aspectos derivados de su rigidez no resulta fácil comentar de un modo separado esta sentencia de 10 de julio de 1982 que reafirma exageradamente la conformidad de la mencionada directiva con el ordenamiento comunitario. Al considerarse válido desde el TJCE que tal directiva específica para el sector público se haya apoyado en el 90,3 TCEE, promoviendo paralelamente la eficaz y general aplicación de las disposiciones sobre ayudas, de acuerdo con los artículos 92 a 94 TCEE, está cargando sobre tales empresas una mayor dosis de control al amparo de la mágica fórmula de la transparencia, que resulta inmune a los dos primeros argumentos de vigilancia discriminada y de falta de necesidad. Del tercer argumento, en el que curiosamente la búsqueda de la rentabilidad es aplicable exclusivamente al sector privado, no se deducen las oportunas consecuencias sobre las cargas anormales asumidas en múltiples ocasiones por las empresas públicas; en las nuevas condiciones surgidas a partir del 1 de enero de 1982 los Estados miembros, ante el «santo temor a la transparencia, serán más reticentes a garantizarles los medios para proseguir sus misiones específicas, mientras las empresas públicas modificarán sus correspondientes cuentas de gestión y balances. Sobre el cuarto punto, no cabe añadir comentario alguno al ya realizado, señalando tan sólo que el respaldo resulta pleno en aspectos tan significativos como la amplia definición de la empresa pública, que no se funda en la forma jurídica sino que pone el acento en todos los medios de control de participación financiera susceptibles de permitir a una entidad pública dominar incluso indirectamente una empresa, y la no menos extensiva de la «dotación de recursos» que incluye la cobertura de pérdidas incluso en forma de aumento de capital, de concesión de préstamos en condiciones privilegiadas o de renuncia por el Estado a una remuneración normal de capital invertido. Sin embargo, sobre el quinto extremo, de la delimitación de los ámbitos de aplicación de los tres tratados comunitarios, resulta afortunado que el TJCE haya admitido netamente en base al 232 TCEE que la directiva no resultaba aplicable a las empresas siderúrgicas y carboníferas públicas dependientes del TCECA, aunque sus reglas específicas sobre ayudas no dejen de influir en la conformación de la simple política coordinada industrial comunitaria.

### III. LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS

En relación con la afectación de las empresas públicas de los Estados miembros por el desarrollo de las políticas de las Comunidades europeas tanto de carácter común como de carácter simplemente coordinado cabe hacer algunas consideraciones preliminares. Así, en cuanto a los marcos convencionales objeto de referencia resulta evidente que al aludirse a las empresas públicas no hay que utilizar tan sólo el marco del TCEE sino también los del TCECA y del TCEEA o TEURATOM en la medida en que la reglamentación sectorial de las políticas siderúrgica, carbonífera y energética atómica o de aprovisionamiento nuclear deriva

de los segundos tratados. En lo que respecta a las políticas comunes, en base al artículo 3 TCEE, esta Comunidad debe definir, establecer y conducir, en virtud de una transferencia de competencias que le conceden los Estados miembros, una política agrícola (artículo 39), una política de transportes (artículo 74) y una política de comercio exterior, que sustituyen progresivamente a las correspondientes políticas nacionales; esta enumeración no es necesariamente limitativa, ya que cabe que mediante acuerdos complementarios se produzcan transferencias de competencias en favor de las instituciones comunitarias. También la Comunidad debe «coordinar las políticas económicas de los Estados miembros» (artículo 105 TCEE), respecto a las que puede intervenir para alcanzar su armonización y su coherencia de acuerdo con procedimientos apropiados; entre ellas merecen un especial tratamiento, desde el ángulo de las empresas públicas, las políticas industrial y energética petrolífera y en menor medida la regional.

### **1. Las políticas de la CECA y de la CEEA y la participación de las empresas públicas.**

En el marco del TCECA los aspectos de libertad de competencia han cedido ante las consideraciones de necesaria reestructuración de los sectores carbonífero y siderúrgico con los consiguientes efectos sobre las empresas públicas operando en los mismos. Si en el curso de los últimos años los productos carboníferos han requerido un aumento de las ayudas gubernamentales, los programas de apoyo a la siderurgia se han traducido en una mejora de la tecnología utilizada, en un abandono de la expansión y en una «cartelización» del sector, con la consiguiente restricción de la competencia. Así, a partir de 1980 se ha adoptado un plan de contingentación obligatoria de la producción que permite disminuir la oferta de productos siderúrgicos y dar una mayor firmeza a los precios del sector; esta política ha venido a sustituir al sistema de precios mínimos unido a un mecanismo de vigilancia y de fuerte protección comercial que había sido implantado en 1978 y que constituía el denominado «Plan Davignon» o «Plan anticrisis» de 1977.

En base al nuevo sistema, justificado por el artículo 58 TCECA, incluido en el capítulo IV bajo el título de «producción», que permite desencadenar el estado de «crisis manifiesta» a cargo de la Comisión, las cuotas de producción resultan definidas por empresas y por categorías de productos aplicándose a un total de 350 empresas de los Diez Estados miembros de las que el 55 % pertenece al sector público; tan sólo han quedado exentos de cuota los aceros especiales finos producidos en las empresas que no superan una producción de 6.000 Tm. por trimestre, los hierros blandos, el material ferroviario y los anteprodutos para tubos. Aunque el plan ha permitido un cierto respiro a la industria siderúrgica, sin embargo, no ha resuelto los problemas financieros planteados en las empresas más débiles del sector; así, se han contemplado en casi todos los Estados medidas urgentes para devolver la viabilidad financiera a las más importantes empresas, como ha ocurrido con el programa de ayuda a la empresa pública británica «British Steel Corporation», o medidas de fusión y racionalización; en tal línea, en Bélgica

se ha anunciado la fusión de las sociedades «Cockerill» y «Triangle de Charleroi» con el fin de reducir costes de explotación mediante la integración de instalaciones y la reducción de puestos de trabajo; este proyecto cuenta con un importante apoyo financiero público, tal como ocurre con otros programas de racionalización, con la particularidad, en el caso italiano, de que el correspondiente plan ha implicado incrementos de capacidad productiva por parte de la siderurgia estatal «Italsider». Sin embargo, estos esfuerzos realizados en su mayor parte con carácter individual por los Estados miembros limitan ampliamente los márgenes de competencia contrariando los deseos de la Comisión que desearía una verdadera política comunitaria que evitara las inconsistencias a las que puede dar lugar la actuación estatal independiente, las posibles expansiones de capacidad y la escalada de subvenciones públicas a empresas deficitarias. En estas condiciones, el Parlamento Europeo adoptó una resolución en 1981 sobre la política de reestructuración de la siderurgia en la que se deploraba «que la tarea de la Comisión en materia de control de subvenciones efectuadas haya sido extremadamente difícil a causa de la poca diligencia que los Estados miembros ponen en la comunicación de las informaciones solicitadas» de modo que «se invitaba a los Estados miembros a señalar inmediatamente todas las ayudas a la siderurgia tanto directas como indirectas, con inclusión particularmente de las ayudas regionales, de la participación de los poderes públicos en los aumentos de capital y de la concesión de las garantías de Estado»; después de señalarse que los medios de acción previstos en el TCECA para favorecer la reestructuración de la siderurgia y atenuar las inevitables consecuencias sociales debían ser plenamente actuados, aprobaba «las condiciones impuestas para la concesión de préstamos en el sentido del artículo 54 TCECA, formuladas en la Resolución del Consejo de 3 de marzo de 1981, y según las cuales tan sólo deben ser ayudados los proyectos que aseguren un satisfactorio grado de reestructuración sin aumento de la capacidad de producción»; sobre la cobertura financiera se señalaba finalmente que «para superar las consecuencias de la crisis y facilitar la reconversión económica y social, la Comunidad debería utilizar paralelamente a las medidas propias de la CEEA los otros medios de acción de carácter financiero de los que dispone, tales como el Fondo Regional, el Fondo Social, los empréstitos del Banco Europeo de Inversión y el nuevo instrumento comunitario de las «facilidades Ortolí», insistiéndose en la conveniencia de la coordinación y de la transparencia de tales medidas» (14).

(14) La resolución del PE en Doc. 1-167/81. Sobre «la política común del acero» aprobada sucesivamente por la Comisión con la fijación de cuotas de producción o de suministro a las distintas empresas, la concesión de facultades extraordinarias para publicar precios mínimos de referencia y la celebración de negociaciones con proveedores de terceros Estados, como España, véase JOCE C 303 de 23 de diciembre de 1976; sobre la reglamentación de las ayudas autorizadas por la Comisión «para permitir favorecer la reestructuración y la reconversión» (teniendo en cuenta la decisión del Consejo de 18 de diciembre de 1979) 257/80 de 1 de febrero de 1980 en JOCE L 29 de 6 de febrero de 1980, p. 5; los informes «sobre la aplicación de las reglas relativas a las ayudas a la siderurgia» presentados por la Comisión al Consejo en COM(81)71 final de 23 de febrero de 1981 y COM(82)34 final de 5 de febrero de 1982; las decisiones de la Comisión fundadas en el 58 TCECA sobre restricciones obligatorias a la producción 2794/80 y 1831/81 en JOCE L 291 de 31 de octubre de 1980 y L 180 de 1 de julio de 1981. Entre los cárteles del acero autorizados figuran la Community Association of Steel Industries (EUROFER), el DENELUX agrupando a las asociaciones de productores de

En el marco del TCEEA, donde la «Atomic Commission» británica y el «Commissariat à l'énergie atomique» francés son destacadas empresas públicas, la investigación científica y el desarrollo tecnológico ha sido objeto de diferentes programas comunitarios referidos a la energía nuclear, a la fisión termonuclear controlada y a los desechos radioactivos, habiéndose evidenciado un importante nivel de coordinación por parte de la Comisión respecto a los correspondientes trabajos derivados (15).

## 2. Las políticas de la CEE y la participación de las empresas públicas

Pasando al marco de la CEE, el peso de la actuación de las empresas públicas nacionales resulta relevante en cuanto a la política de transportes, dentro de las políticas comunes. En la medida en que tales empresas no tienen relieve alguno con referencia a la política agrícola común, salvo de un modo indirecto a través de las industrias de abonos químicos, y en la medida en que la política comercial común es actualmente una política de control de la importación y no una política de sostenimiento de la exportación y de promoción de la producción y de las técnicas comunitarias que se hubiera traducido en una empresa pública europea en forma de Banco europeo de exportaciones, el tratamiento más extenso será realizado con referencia a las políticas coordinadas. Estas políticas, también denomi-

na República Federal de Alemania, Países Bajos y Luxemburgo y los grupos «Norte» y «Sur» de la República Federal de Alemania y Luxemburgo. La Comisión decidió, el 30 de junio de 1983, la reducción de la capacidad de producción de la siderurgia europea de acuerdo con el «Código de las ayudas» adoptado en junio de 1981, de acuerdo con el cual se prevé que con el fin de adaptar la siderurgia europea a una demanda fuertemente declinante toda ayuda pública debía ser subordinada a una disminución de las capacidades de producción (*Monde SH* 30 junio-6 julio 1983, p. 7); sobre la importancia de tales medidas de proteccionismo (*Monde SH* 30 junio-6 julio 1983, p. 7); *tria siderúrgica*, TD/B/C.2/176/Rev. 1 Naciones Unidas, Nueva York 1978, pp. 17-19 y VERREYDT, E. y WAELBROECK, J.: «La protección de la Comunidad europea contra las manufacturas importadas de los países en desarrollo: estudio del caso dentro de la economía política de la protección», *Int. latinoamericana*, 1981, mayo, pp. 3-16. También, TSOUKALIS, L. y DA SILVA FERREIRA, A.: «Management of Industrial surplus capacity in the European Community», *Int. Org.*, 1980, pp. 355-376; y HEUSDENS, J. J. y DE HORN, R.: «Crisis policy in the European steel industry in the light of the ECSC Treaty», *CMLR*, 1980, pp. 31-74 esp. 68-73 en cuanto a los aspectos de la política de reestructuración a los que se condicionan las ayudas; y CURZON PRICE, V.: «Políticas industriales y adaptación estructural en la CEE», *ICE*, 1980, 4, pp. 75-84.

Sobre la política carbonífera, SAUWENS, A.: «Politique charbonnière de la Communauté Européenne», *RMC*, 1968, pp. 848-854; BAICHERE, P.: «Les Interventions financières des Etats en faveur des charbonnages du marché commun», *RMC*, 1966, pp. 654-659; Comisión: «Le marché charbonnier de la Communauté en 1980 et ses perspectives pour 1981», en *JOCE C* 123 de 25 de mayo de 1981 y «Rôle du charbon dans une stratégie énergétique communautaire», en *JOCE C* 105 de 26 de abril de 1982.

(15) Referencia a las empresas comunes establecidas para la explotación de centrales nucleares a partir de la SENA (Société d'énergie nucléaire franco-belge des Ardennes) tras 1961 mediante decisiones del Consejo hasta el proyecto de Investigación JET (Joint European Tours) de 1978 en WHITE, G. M.: «L'énergie nucléaire: le traité Euratom, espoir et désillusion», en *Trente ans de droit communautaire*, Op. cit., pp. 446-449; con anterioridad, TOSATO, G. L.: «Sulla nozione di impresa comune nel diritto internazionale», *Riv. D. I.*, 1967, pp. 632-652 y LIBBRECH, E.: «Les caractères essentiels des entreprises communes de l'Euratom selon le titre II, chapitre V du traité instituant la CEEA», *RTDE*, 1971, pp. 623-713.

nables de estatales coordinadas a nivel comunitario, tienen los rasgos de que los Estados miembros conservan sus competencias, de que la adopción de decisiones es efectuada al nivel nacional y de que en estrecha colaboración con las Instituciones de las Comunidades resultan adoptadas las correspondientes disposiciones con el fin de alcanzar objetivos comunitarios. En realidad, las divergencias entre las disposiciones nacionales pueden obstaculizar la realización y buen funcionamiento del Mercado Común en sectores claves, tales como los de la política de coyuntura (artículo 103), la política económica (artículo 105,1), la política monetaria (artículo 105,2) y en una cierta medida la política social (artículo 118); sin embargo, con el desarrollo de la construcción comunitaria se ha considerado necesaria la coordinación de las políticas nacionales en los sectores del medio ambiente, de la energía, regional e industrial. Con referencia a las empresas públicas resulta relevante el análisis de la política industrial en cuanto que una gran parte del sector público productivo opera en tal ámbito, en el que además se ha generalizado la intervención estatal a nivel microeconómico, en tanto que se reducía la eficacia de los instrumentos de gestión macroeconómica de la demanda.

#### A. En relación con las políticas comunes

En cuanto a la política común de transportes, la relevancia cuantitativa y cualitativa de las empresas públicas resulta evidente; así, en el Benelux se cuentan «Sabena», «Société nationale des chemins de fer belges» (SNCB), «Luxembourgeois» (CFL), en la República Federal de Alemania «Deutsche Bundesbahn» y «Deutsche Lufthansa», en Francia «Air France», «Compagnie Générale Maritime», «Société nationale des chemins de fer français» (SNCF). Las disposiciones contenidas en los artículos 74 a 84 TCEE, dentro del título IV de la segunda parte, dedicadas a los transportes solamente resultan aplicables a los realizados por ferrocarril, carretera y vía navegable, aunque el artículo 84 permite al Consejo adoptar decisiones apropiadas para la navegación marítima y aérea. Hasta la sentencia del TJCE de 4 de abril de 1974 (As. 167/73, Commission/France) no se determinó netamente que las reglas generales del TCEE debían ser aplicadas a los transportes en la medida en que conducían a la realización de los objetivos del mismo; también por la sentencia del TJCE de 12 de octubre de 1978 (As. 156/77, Commission/Belgique) se estableció que las reglas generales sobre las ayudas concedidas por los Estados a las actividades económicas resultaban aplicables a los transportes. Sin embargo, afectando a las empresas públicas, se ponía de relieve en el Memorandum de la Comisión de 31 de octubre de 1972, en relación con los transportes como medio de política regional y de ordenación del territorio a nivel comunitario, que «el transporte público debería jugar un papel mayor y sobre todo cumplir con su misión pública, con la necesidad así de compensar los gastos de las empresas a las que incumbe tal misión»; para tal compensación, fundada en la excepción que el artículo 77 TCEE establece respecto al 92 de prohibición de las ayudas de Estado que falseen la competencia, hay que basarse en los principios y reglas contenidos en el reglamento 1191/69 del Consejo de 26 de junio de 1969

sobre la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público; mediante tal reglamento, adoptado con cierta semejanza al 1107/70 de 4 de junio de 1970 sobre las condiciones de concesión de ayudas, resulta definida la noción de obligaciones de servicio público y la correspondiente compensación de cargas o indemnización compensadora. El caso es que tanto el derecho a la compensación de cargas como la excepción al conocido reglamento 17 de libre competencia solamente resultan aplicables a las grandes administraciones de ferrocarriles y a las empresas de transporte por carretera de carácter internacional. En los últimos años se ha planteado no sólo una preocupación por el saneamiento de las empresas de ferrocarril con la armonización de las reglas sobre las relaciones financieras entre tales empresas y los Estados a través de programas financieros y de actividad, sino también la posibilidad de extender a las empresas públicas de transporte aéreo el sistema de certificación negativa del reglamento 17 con las ventajas del 1017/68 de 23 de julio de 1968, mediante el que se autorizan acuerdos para la mejora técnica y cooperación entre empresas para realizar economías de escala y establecer tarifas directas (16).

En realidad, se considera imprescindible desde el ángulo de las empresas públicas, que la compensación por las cargas impuestas a título de servicio público tenga un adecuado refrendo tras la directiva de transparencia de 25 de junio de 1980, con sus medidas de control a posteriori y no sistemático, que resulta diferente a la línea de la Comisión sobre las empresas ferroviarias que prevé un control previo de los programas de actividad de tales empresas con mención de las intervenciones del Estado.

## B. En relación con las políticas coordinadas

Dentro de las políticas coordinadas, y en función del peso de las empresas públicas operantes en el correspondiente sector, hay que destacar a las que participan en los ámbitos petrolífero energético e industrial.

(16) En general, HARTLEY, T. C.: «Les transports» en *Trente ans...* Op. cit., pp. 457-468. El reglamento 1017/68 del Consejo de 19 de julio de 1968 en JOCE L 175 de 23 de julio de 1968, p. 1; los reglamentos que desarrollan el artículo 77 TCEE 1191/69 de 26 de junio de 1969 en JOCE L 156 de 28 de junio de 1969, p. 1 y el 1107/70 del Consejo de 4 de junio de 1970 en JOCE L 130 de 15 de junio de 1970, p. 1. Sobre el establecimiento de programas de actividad y finanzas de las empresas ferroviarias en la línea de la realización del equilibrio financiero y de la indicación de las intervenciones del Estado véase la COM(80)906 final de 20 de enero de 1981. Sobre los problemas de la aplicación de las reglas de competencia a los transportes aéreos, en cuyo sector hay una dominación de mercado por un pequeño número de grandes compañías, y la posibilidad de la extensión a las mismas del reglamento 1017/68, véase la posición del CEEP preocupada por la compensación de cargas 80/Avia (12 de abril de 1980; en una línea diferente, a través de la propuesta de reglamento de la Comisión, determinando las modalidades de aplicación a los transportes aéreos de los artículos 85 y 86 CEE (doc. 1-461/81 COM(81)396 final) se pretende su aplicación con las correspondientes exigencias de competencia a tales empresas en tanto que su comportamiento traduzca una política comercial autónoma, de modo que cuando su actividad resulte de instrucciones de los poderes públicos la apreciación de las mismas dependerá de la aplicación del artículo 90.1 y 3 y de la directiva de 25 de junio de 1980, lo mismo que cuando realizaran misiones particulares de servicio público al amparo del 90.2. Por parte del PE se evidencia la necesidad de medidas para el reforzamiento de la competencia de las compañías aéreas: Doc. séance 1-286/82 de 4 de junio de 1982.

En el primer marco, las empresas públicas han hecho su aparición cuando en términos generales los Estados han estimado la necesidad de una cierta independencia petrolífera; en el abanico de empresas de tal carácter hay que hacer referencia al «Ente Nazionale Idrocarburi» italiano (ENI), que ha desarrollado una importante capacidad de refino, la «Compagnie Française des Pétroles» (CFP), sociedad de economía mixta, la «ELF-ERAP» francesa, surgida en 1965 como resultado de una fusión entre los establecimientos públicos «Bureau de Recherches de Pétrole» (BRP) y la «Régie Autonome des Pétroles» (RAP), la empresa pública alemana federal «Vega-Gelsenberg» y las británicas «British Petroleum» (BP), de economía mixta, y la «British National Oil Corporation» (BNOC), estatal. Si se examinan de un modo sintético las diferentes políticas petrolíferas de los Estados miembros se constatan numerosas divergencias en cuanto al grado de intervención del Estado, a la yuda a la investigación, a los regímenes a la importación o a las propias políticas comerciales; la intervención estatal ha variado entre la actitud de estricto control, propio de la ley francesa de 30 de marzo de 1928, a la actitud liberal, con predominio de la empresa privada como en el caso holandés con la «Royal-Dutch», o al dominio casi completo del mercado por empresa pública como en el caso italiano con el ENI. El caso es que la existencia de políticas petrolíferas estatales diferentes ha conducido a una situación de falta de coordinación en cuanto a las fuentes de aprovisionamiento, aunque la adopción de medidas anti-crisis se tradujo en sendos reglamentos 1.055 y 1.056 del Consejo de mayo de 1972 para permitir un conocimiento de las importaciones y de sus costes. Cabe señalar los movimientos de cooperación entre empresas públicas petrolíferas, como ELF, ENI y Veba, y privadas o de economía mixta, como la CFP francesa o la belga «Petrofina», traducidos en algunos acuerdos de aprovisionamiento e investigación y sobre todo en el «Memorándum» de julio de 1976 dirigido al vicepresidente de la Comisión, responsable de las cuestiones energéticas; en tal documento, las cinco mencionadas empresas pretendían en cuanto a aprovisionamiento asegurar la transparencia de los precios para impedir los tratos de favor y las transacciones marginales, en cuanto a refino el cierre voluntario de las refinerías de rentabilidad marginal y en cuanto a distribución una cierta racionalización en la competencia. Ahora bien, para que se produzca una verdadera cooperación entre las empresas petrolíferas resulta necesaria una política de desarrollo, con el recurso a medidas de sostenimiento para el sector; así, en base al reglamento 3.056/73, para mejorar la seguridad y el aprovisionamiento en hidrocarburos, se han concedido a empresas del sector subvenciones reembolsables (17).

(17) Al respecto, D'AMARZIT, P.: *Les entreprises publiques pétrolières et l'approvisionnement en énergie de la CEE*, París 1978, esp. pp. 71-90 sobre la noción y marco de las empresas públicas en los Estados de la CEE, 91-122 sobre las sociedades de economía mixta y las empresas petrolíferas del sector público y 239-251 sobre la cooperación entre tales empresas con especial referencia al memorándum de 23 de julio de 1976; también, EVANS, A.: «The development of a Community policy on oil», *CMLR*, 1981, pp. 371-394, señalando los progresos comunitarios en cuanto al sistema de licencias de exportación para prevenir dificultades de suministro y en cuanto a ayudas para la explotación de la plataforma continental de Groenlandia. Con anterioridad, el CEEP en sus trabajos de 1973, *VI Congrès. Réponse à l'Europe des Neuf. Politique et moyens des entreprises publiques*, 1973, esp. pp. 76-86, insistió en la necesidad de un mejor equilibrio del mercado petrolífero con la eventual adopción de medidas protectoras.

Por lo que respecta a la política industrial comunitaria, cabe señalar que la misma ha sido eficaz y relevante para proteger los sectores en crisis de la competencia exterior, mientras que en los sectores en crecimiento los efectos del ordenamiento comunitario derivado han resultado muy atenuados. Así, el mercado europeo del textil ha resultado protegido por los acuerdos multifibras de 1974 y de 1978 y el mercado de la construcción naval ha sido objeto de la armonización de las políticas nacionales de subvención, con la consecuencia de que los primeros han conducido a una verdadera contingentación de las importaciones y han atenuado la competencia intracomunitaria mediante una racionalización de las importaciones. Sin embargo, en los sectores de aeronáutica, telecomunicaciones, electro-nuclear e informática se evidencia una compartimentación de mercados nacionales, operando como compradores, en general, administraciones públicas o empresas públicas o concesionarios de servicios públicos influidos por los correspondientes Estados, con la consecuencia de que se respeta el principio de la reserva prioritaria en favor de los suministradores nacionales. En realidad, para una verdadera estrategia de desarrollo de los nuevos sectores industriales resulta necesario no sólo esta apertura de las contrataciones públicas sino también una más adecuada coordinación de las ayudas para la innovación y desarrollo, a través de fórmulas contractuales. En todo caso, en el ámbito industrial comunitario se constatan dos clases de intervenciones públicas: una, más bien de carácter indirecto a través de las propias empresas públicas, en la que se evidencia una creciente atención hacia los aspectos de rentabilidad, condiciones de financiación, precios y costes, con el fin de aclarar la actuación de las mismas como instrumentos indirectos de política económica; otra, de carácter directo con fines estructurales a través de las ayudas sectoriales, que aunque limitadas en el tiempo y con una aplicación regresiva no dejan de producir distorsiones en la competencia (18).

(18) En términos generales, TOULEMON, R. y FLORY, J.: *Une politique industrielle pour l'Europe*, París (1974); reproducido básicamente en MEGRET, J. y otros: *Le droit de la CEE*, vol. 6, t. 1, Bruselas 1976, pp. 135-221; QUERINI, G.: «Critères pour une politique industrielle européenne», *RMC*, 1979, pp. 507-515; DE MENTON, J. y RUFFAT, J.: *Vers une Europe de l'industrie*, París 1981, esp. pp. 33-58; JACQUEMIN, A.: *Economie industrielle européenne. Structures de marché et stratégies d'entreprise*, París 1979, esp. pp. 332-357; y TOULEMON, R.: «Quelques réflexions prospectives sur la politique industrielle européenne», *Chronique d'actualité de la SEDEIS*, 1979, pp. 656-664, advirtiendo sobre la contraposición entre la eficacia de la acción comunitaria en los sectores industriales antiguos y la carencia de la acción comunitaria en los sectores en crecimiento y señalando que la consecución de la política industrial europea depende de la liberalización de los obstáculos estatales a la estrategia de las empresas, de la coordinación de las ayudas públicas a la innovación con un sostenimiento de la exportación y de la apertura de la contratación pública. En relación con el importante aspecto de la colaboración entre empresas públicas de Estados miembros, VIROLE, J.: «Formes juridiques de la collaboration entreprises publiques dans le cadre de la politique industrielle de la Communauté», *RTDE*, 1972, pp. 735-751, reteniendo entre tales formas las de filial común (casos de la sociedad NERSA en Francia constructora del regenerador nuclear de Creys-Malville y reagrupando a las empresas públicas alemana federal, francesa e italiana del sector, esto es la RWE, EDF y ENEL; también de la sociedad KALKAR en la República federal de Alemania abarcando a las mismas empresas junto a la belga SYNATOM) y la de agrupación de interés económico o GIE de derecho francés (caso del AIRBUS, agrupando a las empresas públicas francesa SNECMA, inglesa British Aircraft y alemana federal en el sector aeroespacial).

En cuanto a las intervenciones de los Estados miembros en los procesos de ajuste en el ámbito industrial, Commission: «Les politiques industrielles dans la Communauté: intervention de l'Etat...».

Finalmente, la mención de la política coordinada regional es justificable en relación con las empresas públicas, no sólo por la existencia de obligaciones impuestas en algunos Estados como Italia a tales empresas con el fin de que in-

**Op. cit.**, pp. 20-62, con indicación de la positiva contribución de las empresas públicas a los mismos y de la intervención directa de los Estados miembros para fines estructurales con un desigual grado de transparencia; esp. p. 54: «En el dominio del control de las ayudas de Estado se han realizado ciertos progresos en particular con el encuadramiento de las ayudas regionales y la fijación de principios concernientes a la utilización de las ayudas sectoriales. Para las ayudas sectoriales esfuerzos de encuadramiento han sido realizados para los sectores más amenazados —acero, construcción naval, textil— para los que las ayudas que pueden ser concedidas, condicionadas por medidas de reestructuración, deben ser degresivas y limitadas en el tiempo. A las ayudas regionales y sectoriales se añaden las ayudas generales y de carácter horizontal; el recurso a este tipo de ayudas ha aumentado estos últimos años en respuesta al doble objetivo de estimular globalmente la inversión y fomentar comportamientos... considerados como deseables con independencia de su localización sectorial o regional; esto plantea nuevos problemas para la disciplina de las ayudas en el plano comunitario en la medida en que se trata de conciliar las necesidades del ajuste y la necesidad de impedir distorsiones de competencia». También, BULLINGER, M. y otros: **Nationales Subventionsrecht als Wirkungsfeld und Wirkungskfaktor des Europäischen Subventionsrechts**. Köln 1978. Sobre la tensión entre las exigencias comunitarias de libre competencia y la proliferación de las ayudas sectoriales, advirtiéndose acertadamente la preocupación por que las ayudas no superen un límite común establecido para cada industria y bajo la responsabilidad de la dirección general IV de competencia, mientras se han desarrollado políticas sectoriales para encauzar la ayuda bajo la responsabilidad de la dirección general III del mercado interior y asuntos industriales, dentro del organigrama comunitario, CHARD, J. S. y MACMILLEN, M. J.: «Sectoral aids and Community policy: The case of textiles», **JWTL**, 1979, pp. 132-157, insistiendo en las diferencias también entre los esquemas nacionales y comunitarios de ayuda.

Sobre el reducido alcance del ordenamiento comunitario en cuanto a la contratación pública, con el principio de la reserva prioritaria a los suministradores nacionales, MATTERA, A.: «La libéralisation des marchés publics et semi-publics dans la Communauté», **RMC**, 1973, pp. 204-223; DILLEMANN, Ch.: «Les commandes publiques. Stratégies et politiques», **NED** 4429-4432 de 9 de noviembre de 1977, pp. 49-57; LESGUILLONS, H.: «L'accord sur les marchés publics», **DPCI**, 1980, pp. 545-573; las carencias en la aplicación de las directivas en la materia, especialmente la 77/62 de 21 de diciembre de 1976, han sido puestas de relieve en algunas preguntas escritas dirigidas a la Comisión (por ej. la núm. 756/82 de 29 de junio de 1982 en **JOCE** C 287, pp. 113-114), e incluso en alguna comunicación de la Comisión (como la **COM(81)620** final de 20 de octubre de 1981, «Politique de l'innovation industrielle. Principes d'une stratégie communautaire», pp. 12-13: «el punto más débil en la realización de un mercado interior europeo reside en los contratos públicos de suministro (alrededor del 10 % PIB) y más en general en todos los mercados de suministro que son influidos por los Estados miembros... una gran parte de la actividad económica comunitaria es así compartimentada»).

Respecto a los problemas y ayudas a la industria textil, FARRANDS, Ch.: «Textile diplomacy: The making and implementation of European textile policy: 1974-1978», **JCMS**, 1979, pp. 22-35; DE LA TORRE, J. y BACCHETTA, M.: «The uncommon market: European policies towards the clothing industries in the 1970s», **JCMS**, 1980, pp. 95-122, señalando los problemas de competencia originados por la intervención gubernamental a través de algunas sociedades estatales «holdings» como la GEPI italiana que ha actuado en operaciones de salvamento de empresas en el «Mezzogiorno»; DE LA TORRE, J.: «Public intervention strategies in the european clothing industries», **JWTL**, 1981, pp. 124-147; COVA, C.: «Le textile entre une politique communautaire et un protectionnisme qui se survit», **RCM**, 1982, pp. 113-116, con referencia a la renovación por tercera vez del acuerdo multifibras (AMF), que organiza los intercambios de productos textiles entre la CEE y otros Estados.

Respecto a los problemas y ayudas a la construcción naval, a partir de la directiva del Consejo de 4 de abril de 1978 en **JOCE** L 98 de 11 de abril de 1978, p. 19; véase PE doc. séance 1980-1981 **Doc. 1-638/80** de 12 de diciembre de 1980 y el texto de la quinta directiva del Consejo de 28 de abril de 1981 en **JOCE** L 137 de 23 de mayo de 1981, consagrando una disciplina comunitaria de con-

viertan en regiones desfavorecidas como en concreto el «Mezzogiorno» sino también por el control de las modalidades de ayudas con finalidad regional y por las nuevas perspectivas ofrecidas por el reglamento 214/79 del Consejo, modificando el anterior de 1975 de creación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER); así, queda abierta la posibilidad de colaboración entre autoridades regionales y locales de Estados fronterizos para la realización de proyectos conjuntos a través de sociedades regionales de carácter público (19).

#### IV. CONCLUSIONES

A la hora de establecer ciertas conclusiones referidas a la afectación de las empresas públicas por el ordenamiento comunitario tanto sobre libertad de competencia como sobre políticas sectoriales u horizontales cabe detenerse ante todo en el contraste que representa el tono rígido y sintético propio de la libre competencia exigible a tales empresas a través de la directiva 80/723, reafirmada por el TJCE en su sentencia de 6 de julio de 1982 y el tono flexible y particularista propio de aquellas políticas en las que prevalecen consideraciones de realismo y

---

cesión de ayudas en base a los artículos 92,3 d) y 413 TCEE. Con carácter general hay un exhaustivo análisis de la política comunitaria de ayudas de Estado con finalidades sectoriales y regional en *Douzième rapport*, 1983, pp. 112-155 y 208-224.

(19) Al respecto MEGRET, C.: *Les politiques des Communautés européennes. Politique agricole commune. Politique régionale de la Communauté*, Paris 1977; también, en esta RIE, 1976, pp. 29-59, aunque centrados ambos estudios en el reglamento 724/75 del Consejo de 18 de marzo de 1975 sobre creación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) en JOCE L 73 de 21 de marzo de 1975, p. 1, modificado por el reglamento 214/79 en JOCE L 35 de 9 de febrero de 1979, p. 1. En cuanto al caso Italiano cabe indicar que de acuerdo con el «Plan Vanoni» (1954-1964), las empresas públicas debían realizar el 40 % de sus inversiones nuevas en el «Mezzogiorno». La exigencia de la «transparencia» en las ayudas estatales aparece por primera vez en la decisión del Consejo sobre coordinación de los regímenes generales de ayudas con finalidades regionales en JOCE C 111 de 4 de noviembre de 1971. Referencias a la actuación de las empresas públicas en el marco regional aparecen en el VI Congreso del CEEP en Bonn-Bad Godesberg *Réponse à Europe des Neuf. Politique et moyens des entreprises publiques*, 1973, pp. 223-248. Cabe indicar, por último, que a través de las acciones comunitarias específicas de desarrollo regional a título del artículo 13 del reglamento del EDER modificado, sección de «fuera de cuota» se ha incidido especialmente en zonas afectadas por la reestructuración de la industria siderúrgica (JOCE L 271 de 15 de octubre de 1980, p. 9) y por la reestructuración de la construcción naval (JOCE L 271 de 15 de octubre de 1980, p. 16), junto a zonas fronterizas de Irlanda y otras regiones de Francia y de Italia» en el contexto de la ampliación de la Comunidad», extendiéndose más recientemente a zonas afectadas por la reestructuración de la industria textil (así JOCE C 124 de 9 de mayo de 1983, pp. 2-4); así se evidencia el carácter de apoyo de esta acción respecto a la puesta en práctica de las políticas sobre sectores en crisis. Desde la perspectiva española cabe poner de relieve que en un reciente coloquio hispano-francés sobre planificación descentralizada y empresas públicas y planificación (en Granada, mayo 1983) se ha tomado conciencia afortunadamente del papel de la empresa pública como instrumento de política de desarrollo sectorial y regional, confiándose en su abandono como «hospital de empresas», reacto a la extensión del empleo y al profesionalismo del personal, tal como ocurría durante el régimen anterior y según se reconoce en publicaciones tan significativas como SCHWARTZ, P. y GONZALEZ, M. J.: *Una historia del Instituto Nacional de Industria (1941-1976)*, Madrid 1978, pp. 59-64, 109-118 y 185-215 y Servicio de estudios del Banco Urquijo, *La economía española en la década de los 80*, Madrid 1982, pp. 204-206.

de reestructuración. Así, si las empresas públicas se encuentran a merced de la Comisión a través de su amplio poder de penetración que le concede la obligación de información sobre amplias relaciones financieras transparentables en base a la mencionada directiva arrancada del 90,3 TCEE, sin embargo, el grado de sometimiento puede ser paliado en función de la correspondiente implicación de tales empresas en los distintos sectores económicos objeto de medidas de reestructuración y limitación de producción.

Sobre la directiva 80/723 no resulta difícil advertir la falta de referencia a las cargas anormales por los sectores públicos industrial, ya afectado, y financiero, afectable en el futuro, lo mismo que la dificultad de encajar en un molde único empresas con tanta diversidad de origen, de tipología y de funciones. Sobre la sentencia, la disciplina reafirmada respecto al sector público parece desorbitada no sólo por la insistente justificación de la competencia preventiva ofrecida por el 90,3, sino también por la aprobación de categorías instrumentables tan amplias como la de «empresa pública» y la de «dotación o traspaso de recursos», afectable por la fórmula mágica e imprevisible de la transparencia calificable en cuanto a su extensión por la Comisión. La insistente igualdad proclamada en el 90,1 TCEE puede dejar de cumplirse si en las nuevas condiciones las empresas públicas quedan sometidas al específico chequeo preventivo e indiscriminado a título de transparencia a cargo de la Comisión junto al general, aplicable esta vez también al cuidado sector privado, incluido multinacional, a título de ayuda a cargo del Consejo, pero cuya valoración puede diluirse en los diferenciados marcos de referencia o de encuadramiento adoptados por la Comisión en relación con diferentes políticas sectoriales.

## **PUBLIC SECTOR COMPANIES IN THE EUROPEAN COMMUNITIES**

### **ASPECTS OF THE EUROPEAN COMMUNITY RULES ON FREE COMPETITION AND ON SECTORIAL POLICIES CONCERNING PUBLIC SECTOR COMPANIES**

#### **ABSTRACT**

The study falls into two main sections, the first relating to free competition and the second to «horizontal» or sectorial Community policies.

In the first part, following an analysis of the provisions of the original Community law relevant to public sector companies, including both those directly applicable (Article 65 of the ECSC Treaty and Articles 85, 86, 90, 92, 93 and 94 of the EEC Treaty) and those of indirect application (Articles 37 and 222 of the EEC Treaty), an account is given of the derived Community law, with special reference to Directive 80/723 of the Commission (25 June 1980) and the judgement of the Court of Justice of the EC of 6 July 1982. With regard to the directive «on the transparency of financial relations between member States and public sector companies», it is pointed out that though it is based on Article 90.3, it is also influenced by the concerns arising from Articles 92 to 94 on aids granted by states, thus giving the Commission greater scope for action in respect of public sector companies. The obligation to place at the disposal of the Commission the figures for the supply and utilization of public resources by such companies may lead us to forget the considerable exceptional burdens which they take on as a result of their obligation to guarantee public services or their role as an instrument of economic policy or regional development. Since in principle it is the public industrial sector that is affected, the dynamism of such companies may be impaired in the present period of struggle against the crisis. As regards the judgement of 6 July 1982, the Court of Justice of the European Communities rejected the appeals of the Governments of France and Italy and the gradually less enthusiastic Government of the United Kingdom, which had claimed that public sector companies had been discriminated against in favour of private firms, Articles 90, 92 and 93 had been violated in defining the concepts of public company and State aid, the rules defining the sphere of applicability of the EC Treaties had been ignored, and in respect of the exemptions established in the directive, no justification had been provided and the principle of equality had been disregarded. The Court of Justice thus ratified the

legality of the directive, with its peculiar legal perfectionism and synthetic nature, reaffirming the Commission's obligation to supervise public sector firms, and its compatibility with the jurisdiction of the Council recognized in Article 94, as regards State aids. This concern with public companies is all the more surprising in that freedom of competition may also be distorted by aids and subsidies given to firms in certain economic spheres belonging to the private sector. In passing, as a result of the nationalization measures taken by the French Government in 1981, the question is raised of the need to recognize their extra-territorial status within the Community framework as a logical consequence of Article 222 of the Treaty of the EEC and to admit the continuity of economic and financial relations between nationalized companies.

In the second part, which refers to the common co-ordinating policies of the European Communities concerning public sector companies, various aspects are brought out: the necessary restructuring of the coal and steel sectors within the framework of the ECSC Treaty in which such companies have been involved has resulted in mergers and rationalizations, as well as compulsory production quotas since 1980, in place of the policies of minimum prices and strong protection provided in the Davignon Plan of 1977. Emphasis is also placed on the possible participation of public sector companies in a Community oil policy, following the memorandum of July 1976 signed by several of them, showing special concern for an improvement in the supply situation, on the basis of Articles 103, 113 and 116 of the EEC Treaty. After referring to the common transport policy, with the exception constituted by Article 77, which refers in particular to railway companies, to the provisions of Article 92 of the EEC Treaty, the study goes on to deal with the protection allowed in crisis-stricken sectors, especially textiles (with the important Italian public sector company «Gepi» marked out for rescue operations) and shipbuilding, in addition to the steel sector already mentioned, all of which have been subjected to restructuring operations. As examples of such protection, the textile fibre cartel and the harmonization of national subsidization policies are mentioned. Similarly, in the growth sectors, such as information technology, telecommunications, aeronautics and the electro-nuclear area, the principle of granting priority to national suppliers is upheld. All these different policies affect the behaviour of the corresponding public companies. The range of legal formulas for co-operation between public sector companies has been reduced to those of common subsidiary (e.g. the cases of «Nersa» in France and «Kalkar» in West Germany) and the economic interest association under French law (the case of the Airbus). Finally, the reference to regional co-ordinating policy is justified not only by the fact that in some States, such as Italy, public companies are obliged to channel their investment towards underdeveloped regions such as the «Mezzogiorno», but also because of the prospects opened up by Council regulation 214/79 concerning the setting up of the EFRED through specific Community action by means of its «ex-quota» fund. Such action has so far been addressed to industrial restructuring and the development of frontier regions. As a result, there now exists the additional possibility of collaboration between the corresponding public sector companies.

## **LES ENTREPRISES PUBLIQUES DANS LE CADRE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES**

**ASPECTS DE LA LEGISLATION COMMUNAUTAIRE EUROPEENNE SUR LA LIBERTE  
DE CONCURRENCE ET SUR LES POLITIQUES SECTORIELLES INTERESSANT LES  
ENTREPRISES PUBLIQUES**

### **RESUME**

L'étude est divisée en deux grandes parties analysant la libre concurrence et les politiques horizontales ou sectorielles communautaires.

Dans la première partie, et après une analyse des dispositions du droit communautaire originaire, en particulier pour les entreprises publiques, tant directement (Articles 65, CECA et 85, 86, 90, 92 93 et 94 TCEE) qu'indirectement (Articles 37 et 222 TCEE), on aborde l'étude du droit communautaire qui en dérive, en se référant particulièrement à la directive 80/723 de la Commission, du 25 juin 1980, et à l'arrêt de la CJCE du juillet 1982. Sur la directive concernant «la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques», on remarque que, même si elle est fondée sur l'article 90,3, elle est influencée par les préoccupations dérivées des articles 92 à 94 sur les aides accordées par les Etats, ce qui offre une plus grande marge d'action à la Commission sur les entreprises du secteur public. L'obligation de tenir disponibles pour la Commission les données sur les fournitures et l'utilisation des ressources publiques par ces entreprises peut faire oublier les importantes charges anormales acceptées par elles du fait de leurs obligations pour assurer les services publics ou de leur rôle d'instrument de politique conjoncturelle ou de développement régional. En affectant en principe le secteur public industriel, on peut gêner le dynamisme de ces entreprises dans la période actuelle. Au sujet de l'arrêt du 6 juillet 1982, la CJCE a repoussé les appels des gouvernements de France et d'Italie et du gouvernement du Royaume-Uni, moins enthousiaste, en insistant sur la compétence de la Commission, sur le manque de discrimination de ces entreprises par rapport aux entreprises privées, sur l'absence de violation des articles 90, 92 et 93, quand on a défini les concepts d'entreprise publique et d'aide de l'Etat, en ignorant les règles qui définissent les domaines des traités de la CEE et le principe de l'égalité au sujet des exemptions de la directive. La CJCE a confirmé ainsi la légalité de la directive avec son perfectionnisme particulier et son synthétisme juridique, réaffirmant que la Commission a le devoir de surveiller les entreprises

du secteur public ainsi que sa compatibilité avec les compétences du Conseil que reconnaît l'article 94 quant à l'aide de l'Etat. Le souci des entreprises publiques surprend, quand la liberté de concurrence peut apparaître faussée aussi par les aides et les subventions accordées aux entreprises de certains secteurs économiques qui appartiennent au secteur privé. Avec un caractère incident et à la suite des mesures de nationalisation adoptées par le gouvernement français en 1981, on pose la question de la reconnaissance nécessaire de leur exterritorialité dans le cadre communautaire, comme conséquence logique de l'article 222 TCEE et de l'admission de la continuité des relations économiques et financières entre les entreprises nationalisées.

Dans la seconde partie, qui porte sur les politiques communes et coordonnées des Communautés européennes intéressant les entreprises publiques, on met en relief différents points. ainsi la restructuration nécessaire des secteurs charbonnier et sidérurgique dans le cadre du TCECA qui a affecté ces entreprises et a abouti à des processus de fusion et de rationalisation et à la fixation de contingentement obligatoire de production à partir de 1980, au lieu des politiques de prix minimaux et de forte protection du «Plan Davignon» de 1977. On a mis aussi en lumière la participation possible des entreprises publiques dans le développement d'une politique pétrolière communautaire après le mémorandum de juillet 1976 signé par plusieurs de celles-ci, avec une préoccupation particulière pour l'amélioration des approvisionnements basé sur les articles 103, 113 et 116 TCEE. Après une référence à la politique commune des transports avec l'exception que représente l'article 77 prévu, en particulier, pour les entreprises de chemins de fer, concernant l'article 92 du TCEE, on aborde dans le domaine industriel la protection admise dans les secteurs en crise, précisément le textile (avec l'importante entreprise publique italienne «Gepi» prévue pour des opérations de sauvetage) et la construction navale, en dehors de la sidérurgie qu'on a déjà mentionnée. Elles ont été l'objet d'opérations de restructuration comme dans le cas du «cartel» des fibres textiles et d'harmonisation de politiques nationales de subvention. Parallèlement, dans les secteurs en croissance, comme l'informatique, les télécommunications, l'aéronautique et l'électro-nucléaire le principe de la réserve prioritaire aux fournisseurs nationaux subsiste, des orientations très différentes influant sur l'action des entreprises publiques correspondantes. Le répertoire de formules juridiques de coopération entre les entreprises du secteur public a été réduit à celles de filiale commune (cas «Nersa» en France et «Kalkar» dans la République fédérale) et du groupement d'intérêt économique de droit français (cas de l'«Airbus»). Enfin, la référence à la politique coordonnée régionale a été justifiée non seulement par le fait que dans un Etat comme l'Italie on impose des obligations aux entreprises publiques pour diriger leur investissement vers des régions sousdéveloppées comme le «Mezzogiorno», mais aussi par les perspectives qu'offre le règlement 214/79 du Conseil relatif à la création du FEDER. Grâce aux actions communautaires spécifiques, basées sur le fonds «hors de quota», tendant jusqu'à ce jour à certaines restructurations industrielles et au développement de régions frontalières, la possibilité additionnelle de la collaboration entre les sociétés régionales de caractère public reste ouverte.