



CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y
Cooperativa, nº 13, mayo 1993, pp. 9-27

La política de competencia de las comunidades europeas y las empresas públicas y de economía social

C. D. Ehlermann

Director General de la competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas

CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa

ISSN: 0213-8093. © 1993 CIRIEC-España

www.ciriec.es www.uv.es/reciriec



nº 13

Mayo 1993

Editada con el patrocinio del:



**Instituto Nacional
de Fomento
de la Economía Social**

**REVISTA CUATRIMESTRAL
DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN E INFORMACIÓN
SOBRE LA ECONOMÍA PÚBLICA,
SOCIAL Y COOPERATIVA**

CONSEJO DE REDACCIÓN

Isabel Vidal Martínez, Profesora de Teoría Económica, Universidad de Barcelona. Juan Antonio Tomás Carpi, Catedrático de Economía Aplicada, Universitat de València. Leopoldo Pons Albertosa, Inspector de Finanzas del Estado. Juan Francisco Juliá Igual, Catedrático, Universidad Politécnica de Valencia. José Barea Tejeiro, Catedrático de Hacienda Pública, Universidad Autónoma de Madrid. Francisco Salinas Ramos, Centro Permanente de Especialización Cooperativa "León XIII". Julio Segura, Director de la Fundación Empresa Pública del INI.

DIRECCIÓN

José Luis Monzón Campos
Universitat de València

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Matilde Alonso Pérez
Universitat de València

REDACCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Escuela Universitaria de
Estudios Empresariales.
c/ Artes Gráficas, 13
46010 VALENCIA
Tel.: (96) 362 05 28
Fax: (96) 386 47 58

SUSCRIPCIONES

Mundi-Prensa Libros, S.A.
c/ Castelló, 37
28001 MADRID
Tel.: (91) 431 32 22

REALIZACION

GRÁFICAS PAPALLONA S.C.V.
Avda. Barón de Cárcer, 48 - 9º B
46001 - VALENCIA
Tel. 352 07 91

Nota de Redacción: La revista no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los autores de las colaboraciones que las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

I N D I C E

- La política de competencia de las Comunidades Europeas y las Empresas Públicas y de Economía Social, C. D. Ehlermann, **9**
- El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, Renato Dabormida, **29**
- Las Aportaciones Voluntarias a Capital Social ante la Reforma de la Legislación Cooperativa, Gemma Fajardo García, **51**
- Instrumentos de Financiación de las Sociedades Cooperativas, Primitivo Borjabad, **89**
- Las necesidades de Financiación de las Cooperativas en la perspectiva del Mercado Unico, Joaquín Domingo Sanz, **101**

La Cuenta Financiera de las Cooperativas de Crédito, Francisco Vicente Soler Tormo, **123** • **Modelos de Trabajo Asociado y Relaciones Laborales**, Federico Vicente López Mora, **153** • **La Retribución al Trabajo y al Capital en la Sociedad Anónima Laboral. Un modelo analítico**, Gustavo Lejarriaga Pérez de las Vacas, **179** • **Redacción de artículos - instrucciones para los autores**, **199**

LA POLITICA DE COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LAS EMPRESAS PUBLICAS Y DE ECONOMIA SOCIAL*

C. D. EHLERMANN

Director General de la competencia de la Comisión de las
Comunidades Europeas

(*) Ponencia presentada en el XIX Congreso Internacional del
CIRIEC. Valencia, 17 de junio 1992

RESUMEN

El Tratado de Roma es neutro con respecto a la propiedad privada o pública de las empresas. Este principio de neutralidad se extiende a la forma jurídica de las empresas, tomando solo en cuenta su actividad.

Las empresas públicas y de economía social se benefician de las cuatro libertades fundamentales previstas por el Tratado. Las obligaciones derivadas de estos derechos incluyen principalmente la de respetar las disposiciones del Tratado en materia de competencia, que prohíben a las empresas los acuerdos limitativos de la competencia y los abusos de posición dominante, y que prohíben a los Estados miembros conceder a sus empresas derechos exclusivos o ayudas que afecten a los intercambios intracomunitarios en una medida no justificada por el interés de la Comunidad.

La comunicación de la Comisión de 1991 relativa a las empresas públicas contribuye a la aplicación equitativa de las reglas en materia de ayudas del Estado sea cual sea el régimen de propiedad del beneficiario y clarifica la interpretación del principio del inversionista en economía de mercado que determina la existencia de una ayuda en las transacciones entre autoridades y empresas públicas.

RÉSUMÉ

Le traité de Rome est neutre à l'égard de la propriété privée ou publique des entreprises. Ce principe de neutralité s'étend à la forme juridique de l'entreprise dont seule importe l'action.

Les entreprises publiques et d'économie sociale bénéficient des quatre libertés fondamentales prévues par le traité. Les obligations liées à ces droits incluent notamment celle de respecter les dispositions du traité en matière de concurrence, qui interdisent aux entreprises les accords anticoncurrentiels et les abus de position dominante, et qui interdisent aux Etats membres d'accorder à leurs entreprises des droits exclusifs ou des aides qui affecteraient les échanges intracommunautaires dans une mesure qui n'est pas justifiée dans l'intérêt de la Communauté.

La communication de la Commission de 1991 relative aux

entreprises publiques contribue à l'application équitable des règles en matière d'aides d'Etat quel que soit le régime de propriété du bénéficiaire et clarifie l'interprétation du principe de l'investisseur en économie de marché qui détermine l'existence d'une aide dans les transactions entre autorités et entreprises publiques.

ABSTRACT

The Treaty of Rome is neutral with respect to the private or public ownership of undertakings. This neutrality principle extends to the enterprise's legal form, only what this does being of interest.

Public enterprises and enterprises in the cooperative, mutual and nonprofit sector enjoy the four fundamental freedoms laid down in the Treaty. Obligations linked to these rights include among others complying the competition rules that prohibit enterprises from anti-competitive agreements and dominant positions abuses and that prevent State members to grant their undertakings exclusive rights or aids that would affect the intra-community exchanges to an extent not justified for the Community interest.

The Commission Communication of 1991 related to public enterprises contributes to a fair application of State aid rules whatever the ownership form of the beneficiary and clarifies the principle of the investor in a market economy State and the public undertakings.

I. LOS PRINCIPIOS

La importancia, el papel y la organización de las empresas públicas y de economía social en los Estados miembros solo se puede resumir en dos palabras: **extrema diversidad**. Algunos ejemplos bastarán para convencernos de ello. El sector público representaba en 1988 entorno a un 20% de las economías portuguesa, griega, francesa e italiana, pero menos de un 5% de la economía de Luxemburgo. Los bancos cooperativos poseen aproximadamente una cuarta parte del mercado en Alemania y en Holanda, contra solo un 2% en Irlanda y en el Reino Unido. Las farmacias «sociales» están prohibidas en España, en cambio son accesibles a todos los usuarios en Bélgica, y solo a los miembros de mutualidades en Francia. En Bélgica, la ley (1) confía el monopolio de la gestión del régimen obligatorio de seguro de enfermedad a las mutuas, cuyo campo de actividad también se extiende a otros tipos de seguros no obligatorios; por el contrario, en Francia una parte del seguro social obligatorio es gestionada por sociedades de seguro privadas. Y podríamos multiplicar los ejemplos hasta el infinito.

La extrema diversidad de situaciones en los Estados miembros no es de extrañar. Es el resultado de diferentes concepciones políticas, económicas y sociales, que conceden al Estado papeles diferentes en la economía. Además, es evidente que las situaciones económicas varían de un Estado a otro. Y por otra parte, concepciones intelectuales y datos materiales van cambiando con el paso del tiempo. Ninguno de nuestros países tiene hoy en día una situación similar a la de hace diez, veinte o treinta años.

Las disposiciones del Tratado en materia de competencia tienen en cuenta esta diversidad en la medida en que se aplican por igual a los diferentes tipos de organizaciones. En caso contrario, existiría un considerable peligro de discriminación entre los Estados miembros, y la acción comunitaria suscitaría fuertes críticas. Además, desde el punto de vista de la Comunidad, la cuestión del tipo de organización del sector es, en principio, de menor importancia que la relativa a la acción de esas empresas, susceptibles de tener un impacto importante en el desarrollo del Mercado Común.

El Tratado de Roma prevé el dejar en manos de cada Estado miembro la decisión en materia de régimen de propiedad de las

(1) Ley del 9 de Agosto de 1963

empresas, así como su forma de organización. El artículo 222 precisa que «el (...) Tratado no prejuzga en nada el régimen de la propiedad dentro de los Estados miembros». Cualquiera que sea el significado jurídico preciso que se le quiera dar a este artículo del Tratado, este es generalmente interpretado como expresión del principio fundamental de la neutralidad de la Comunidad en relación con la propiedad privada o pública de las empresas. Los Estados miembros tienen derecho a nacionalizar compañías individuales o sectores enteros de su economía, al igual que pueden decidir privatizar empresas que estaban bajo control público. Este principio de neutralidad se extiende también a la forma jurídica de las empresas consideradas.

No obstante, el Derecho comunitario se interesa directamente en la acción de esas empresas. Aspira a conciliar las exigencias potencialmente contradictorias de la construcción de un Mercado Unico con la misión particular eventualmente confiada a las empresas públicas y de economía social. El Tratado respeta pues la contribución propia de las empresas encargadas de un servicio de interés económico general, teniendo en cuenta los intereses de la Comunidad, y en especial el de ver respetado un régimen de competencia no falseado.

Las disposiciones que expresan la tensión entre las reglas generales del Tratado y las misiones particulares son aquellas detalladas en el artículo 90 § 1 y 2. Según el § 1, los Estados miembros no dictan ni mantienen ninguna medida contraria al presente Tratado en lo que respecta a las empresas públicas y a las empresas a las que conceden derechos especiales o exclusivos. Además el § 2 añade: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (...) estarán sometidas a las reglas del presente Tratado, en especial a las reglas de la competencia, dentro de los límites en los que estas no obstaculizan en hecho o en derecho, la misión particular que les haya sido otorgada. El desarrollo de los intercambios no deberá verse afectado en ninguna medida que sea contraria al interés de la Comunidad».

Es importante señalar que el artículo 90 § 2 no es una disposición especial para las empresas públicas, sino para las empresas encargadas de cierta misión, cualquiera que sea su régimen de propiedad.

II. LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y DE ECONOMÍA SOCIAL SE BENEFICIAN DE LAS CUATRO LIBERTADES FUNDAMENTALES

El Derecho comunitario privilegia pues la acción y la misión de esas empresas independientemente de cual sea su régimen de propiedad y su forma de organización. Con esta finalidad les concede derechos, pero acompañados de obligaciones. En efecto, las empresas públicas y de economía social se benefician, al igual que todas las demás empresas sometidas al Tratado, de las cuatro libertades fundamentales contempladas por este. En este contexto, es importante insistir esencialmente en la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Es natural que, en las conferencias europeas de la economía social y especialmente en la de Roma en noviembre de 1990, las cooperativas, las mutuas, las asociaciones y las fundaciones pidieran a la Comisión que elaborase estatutos jurídicos que les permitieran beneficiarse, sin restricción, de las ventajas que ofrece la puesta en marcha del Mercado Interior, en pie de igualdad con las demás empresas, manteniendo no obstante ciertas características propias. Es así como desde diciembre pasado, la Comisión ha adoptado tres proposiciones de Reglamentos (2) destinados a facilitar las operaciones transnacionales de las empresas de economía social en cada una de sus formas: asociaciones, mutuas y cooperativas. Estos textos insisten todos ellos, en su primer considerando, en el hecho de que «la puesta en marcha del Mercado Interior implica que la libertad de implantación sea plena para toda actividad que contribuya a la consecución de los objetivos de la Comunidad, independientemente de la forma social bajo la que sea ejercida dicha actividad».

La Comisión confirma así que las empresas de economía social, aunque no persigan un «objetivo de lucro», han de ser consideradas como «sociedades» en el sentido del artículo 58 del Tratado de la CEE relativo a la libertad de establecimiento cuando, para cumplir sus objetivos, desarrollan una actividad económica ejercida contra remuneración, a título principal o accesorio, y que esta actividad posee un carácter permanente. Dichas sociedades se benefician también, en virtud del artículo 66 del Tratado de la CEE, de la libertad de prestación de servicios sobre todo el ámbito del territorio comunitario.

(2) **Proposición de reglamento (CEE) del Consejo sobre el estatuto de la asociación europea (JO C 99 del 21.04.1992, p1).**

Proposición de reglamento (CEE) del Consejo sobre el estatuto de la sociedad cooperativa europea (JO C 99 del 21.04.1992, p17)

Proposición de reglamento (CEE) del Consejo sobre el estatuto de la mutualidad europea (JO C del 21.04.1992, p40)

III. LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y DE ECONOMÍA SOCIAL ESTÁN SOMETIDAS A LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA

Pero el Derecho comunitario asocia también ciertas obligaciones al ejercicio de una actividad económica, y en especial la de respetar las disposiciones del Tratado relativas a la competencia. Si examinamos el capítulo del Tratado relativo a las reglas de la competencia, observamos que sus autores tuvieron una concepción muy amplia de su campo de aplicación. Estas reglas prohíben efectivamente tanto las distorsiones de la competencia provocadas por la acción de las empresas - bien sean acuerdos o abusos de posición dominante - como las causadas por los Estados que les conceden ayudas públicas. El Tratado no especifica ni el régimen de propiedad de las empresas, ni su estatuto jurídico, pero sí distingue diferentes cuerpos de reglas. Efectivamente, el Derecho comunitario rige las ayudas concedidas por los Estados miembros a las empresas, los comportamientos y estructuras de estas, a través de la prohibición de los acuerdos y de los abusos de posición dominante por un lado, del control de las concentraciones por otro, y finalmente incluye disposiciones relativas a las empresas dotadas de derechos exclusivos.

A. Las ayudas

1. A pesar del principio de neutralidad mencionado, la aplicación de las reglas relativas a las ayudas de los Estados a las empresas públicas genera preocupaciones específicas. Vemos efectivamente que según la experiencia de la Comisión, teniendo en cuenta el carácter muchas veces opaco de las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas, el control efectivo del respeto de las reglas del Tratado resulta difícil. Esto es particularmente cierto para el sector manufacturero, hasta tal punto que la Comisión ha tomado recientemente medidas específicas para este sector, en cuyo detalle no quisiera entrar aquí.

La Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las reglas en materia de ayudas de los Estados a las empresas públicas (3) está fuertemente basada en el Tratado CEE y en un conjunto de leyes comunitarias aprobadas por el Consejo de Ministros y el Parlamento

(3) JO C 273 del
18.10.91, p2

europeo, aplicadas en numerosas decisiones de la Comisión sobre casos de ayudas individuales de Estados, y confirmadas en diversas ocasiones por la Corte de justicia. La comunicación constituye pues «más una prolongación lógica de la política existente que una innovación radical» (4) Se limita a mejorar la transparencia en las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas. Contrariamente a lo que con frecuencia se ha pretendido, no fomenta una discriminación entre el sector privado y el público sino que establece un terreno de juego leal.

Su acción contribuye a la credibilidad del sector público, garantizando a todos los actores que las empresas públicas operarán siguiendo las mismas reglas que las empresas privadas. Esta garantía reviste una importancia económica y un valor político considerables, en el contexto de un mercado interior en el que la competencia entre empresas públicas y privadas aumenta, así como la toma de conciencia general de las posibilidades de distorsión de la competencia. Una mayor transparencia en las relaciones entre los Estados miembros y sus empresas públicas sirve, en realidad, para proteger al sector público contra cualquier sospecha. Transparencia de la que deberían alegrarse todas aquellas personas que están convencidas de la importancia del papel que el sector público tiene que desempeñar en nuestras economías.

2. La Comunicación de la Comisión que garantiza esta transparencia y asegura la aplicación del principio de neutralidad entre empresas públicas y privadas, comporta dos partes; la primera instaura un sistema de vigilancia, y la segunda define los criterios para que un Estado establezca una ayuda.

El problema del control de las ayudas del Estado a las empresas públicas no es nuevo, ya que llevó a la Comisión a adoptar en 1980 una Directiva sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (5), La Comisión estaba motivada por el hecho de que la complejidad de esas relaciones tendía a impedirle la posibilidad de asegurarse, como es su deber, de que no sean concedidas ayudas incompatibles con el Mercado Común. Consideraba por otra parte que las normas en materia de ayudas de Estado solo podían ser aplicadas de forma equitativa a las empresas públicas y privadas si esas relaciones se hacían transparentes.

El artículo primero de la Directiva sobre la transparencia obliga

(4) JO C 273 del 18.10.91 (§ 23)

(5) Directiva 80/723/CEE, JO L 195 del 29.07.1980, modificada por la Directiva 85/413/CEE, JO L 229 del 28.08.1985, que amplía el campo de aplicación a sectores anteriormente no incluidos.

a los Estados miembros a asegurarse de que los flujos de recursos públicos puestos directa o indirectamente a disposición de las empresas públicas, así como la utilización de estos recursos, sean transparentes. Por otra parte, según el artículo 5 de esa misma Directiva, los Estados miembros tienen obligación de comunicar a la Comisión, cuando esta lo requiera, las informaciones relativas a esos flujos financieros así como los elementos de apreciación necesarios, incluyendo los objetivos que se persiguen. Así la Comisión se limitó a aplicar las disposiciones de esta Directiva cuando, en el año 1991, pidió a los Estados miembros que le presentasen declaraciones anuales de las empresas públicas del sector manufacturero cuya cifra de negocios superase los 250 millones de ECUS. Aparte de los detalles relativos a los balances y a las cuentas de resultados de dichas empresas, las declaraciones deben proporcionar informaciones relativas a las aportaciones de capitales, a las subvenciones, a los préstamos, a las garantías, a los dividendos, a los beneficios no distribuidos y a los descubiertos de deudas.

3. El sistema de declaraciones propuesto consiste en una verificación a posteriori de las transferencias de recursos públicos en beneficio de las empresas públicas; no dispensa a los Estados miembros de la obligación impuesta por el Tratado de notificar a la Comisión ex-ante las ayudas que conceden a sus empresas. Por lo tanto es indispensable que los Estados miembros estén perfectamente informados de los criterios que la Comisión utiliza para determinar la presencia de una ayuda en la intervención de un Estado. La comunicación de 1991 supuso para la Comisión una buena ocasión de explicar su metodología. Contrariamente a lo que podría esperarse por la controversia que levantó por este punto, el principio del inversor en economía de mercado, aplicado por la Comisión para determinar la presencia de una ayuda, no es nuevo: La Comisión ya ha seguido este principio en su Comunicación de 1984 a los Estados miembros, relativa a las tomas de participación públicas en los capitales de las empresas (6) y la ha aplicado con frecuencia en casos individuales (7). La Corte de Justicia ha confirmado en varias ocasiones su validez (8).

Según la Comunicación de 1991 (§ 11), «con el fin de asegurar el respeto del principio de igualdad de trato, conviene evaluar la ayuda como la diferencia entre las condiciones en las que el Estado procura recursos a las empresas públicas, y las condiciones en las que

(6) Boletín CE 9-1984.

(7) Ver por ejemplo las decisiones *Leeuwarden* (JO L 277 del 29. 09. 1982), *Meura* (JO L 276 del 19.10.1984), *Boch/Noviboch* (JO L 59 del 27.02.1985), *Boussac* (JO L 352 del 15. 12. 1987), *Alfa-Fiat* (JO L 394 del 30. 12. 1989), *Quimigal* (JO C 188 del 28. 07. 1990)

un inversor privado juzgaría aceptable poner recursos a disposición de una empresa privada comparable, cuando esta opera en las condiciones normales de una economía de mercado».

4. El principio del inversor en economía de mercado es un criterio válido para distinguir entre flujos financieros normales y ayudas del Estado. No permite resolver la otra parte de la cuestión, que consiste en saber si la ayuda puede beneficiarse de una excepción al principio de incompatibilidad de las ayudas con el Mercado Común. La comunicación de 1991 no trata esta cuestión, que debe ser esclarecida a la luz del principio de neutralidad.

No es posible entrar aquí en el detalle de esta problemática, pero pueden desarrollarse algunos elementos de respuesta. Las principales excepciones previstas en el Tratado conciernen al desarrollo de las regiones menos prósperas de la Comunidad, así como al desarrollo de ciertas actividades económicas, siempre que estas ayudas «no alteren las condiciones de los intercambios en una medida contraria al interés común» (artículo 92 § 3 C del Tratado CE). La Comisión adopta pues una actitud favorable respecto a las ayudas destinadas al desarrollo regional, así como con aquellas que contribuyen a la realización de otros objetivos comunitarios, que potencian actividades con fuertes externalidades positivas o que son necesarias para compensar ciertos malos funcionamientos de los mecanismos de mercado: es el caso, por ejemplo, de ciertas ayudas a la investigación para el desarrollo, a la protección del medio ambiente, a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), a la formación, siempre que esas ayudas respeten los máximos establecidos (9).

5. Podemos preguntarnos si el artículo 90 § 2 constituye una excepción suplementaria a la prohibición del principio de las ayudas estatales que afecten a los intercambios entre Estados miembros (artículo 92 § 1), ya que este párrafo nombra a las empresas y no a los Estados. Finalmente, esta cuestión se queda en una formulación teórica ya que las disposiciones del artículo 92 comportan la «elasticidad» suficiente como para acomodarse a la preocupación expresada por el artículo 90 § 2, de preservar la misión particular de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general, dentro de los límites del interés de la Comunidad.

Recordemos una vez más que el artículo 90 § 2 no es una

(8) Ver por ejemplo las sentencias correspondientes a los asuntos de *Leeuwarden* (asuntos 296/82, 318/82), *Meura* (234/84), *Boch* (40/85), *Boussac* (C-301/87), *Alfa.Fiat* (C-305/89) y *Lanerossi* (C-303/88).

(9) Vigésimoprimer informe sobre la política de competencia.

disposición especial para las empresas públicas, sino para las empresas encargadas de cierta misión, sea cual sea su régimen de propiedad. El Tratado privilegia pues la misión y no el carácter público o privado del capital.

B. Los artículos 85 y 86 y la reglamentación sobre las fusiones

1. Las disposiciones sobre las ayudas van dirigidas a los Estados miembros, las de los acuerdos restrictivos de la competencia, los abusos de posición dominante y las concentraciones van dirigidas en primer lugar (pero no exclusivamente tal como indicaremos en el punto C) a las empresas.

Siguiendo el principio de neutralidad, estas disposiciones se aplican tanto a las empresas públicas y de economía social como a otras empresas, bajo reserva del artículo 90 § 2, anteriormente citado.

Para las empresas públicas se plantea, no obstante, una cuestión previa: ¿Cuál es la línea de demarcación entre la actividad del Estado que escapa a las reglas de la competencia, y la que regulan los artículos 85 y 86? En otros términos ¿Cuándo estamos ante una empresa en el sentido de esas disposiciones?

La Corte de Justicia clasifica, sin dudar, de empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 a los organismos encargados de radio y televisión (10), de telecomunicaciones (11), de servicios postales (12), de la organización de operaciones portuarias (13).

La reflexión más explícita se encuentra en un Fallo reciente sobre la Oficina Federal Alemana de Empleo (14) en el cual la Corte precisa que, «en el contexto del derecho de la competencia, la noción de empresa incluye toda entidad que ejerce una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de esta entidad y de su modo de financiación y que, por otra parte, la actividad de colocación es una actividad económica. La circunstancia de que esta actividad sea actualmente confiada a instituciones públicas no afecta la naturaleza económica de dicha actividad. Las actividades de colocación no han sido siempre, ni tienen por qué verse necesariamente ejercidas por entidades públicas».

La Corte de Justicia utiliza pues una noción funcional y comunitaria de la empresa, al igual que lo hizo para la noción de «administra-

(10) Sentencia del 30 de Abril 1974, asunto 155/73, Sacchi. Sentencia del 3 de Octubre 1985, asunto 311/84, CBEM. Sentencia del 18 de Junio 1991, asunto C-260/89, ERT

(11) Sentencia del 20 de Marzo 1985, asunto 41/83, British Telecommunications.

Sentencia del 13 de Diciembre 1991, asunto C-18/88, RTT/GB-Inno-BM.

(12) Sentencia del 12 de Febrero 1992, asuntos C-48 y C-66/90, PTT Nederland.

(13) Sentencia del 10 de Diciembre 1991, asunto C-179/90, Porto di Genova.

(14) Sentencia del 23 de Abril 1991, asunto C-41/90, Höffner y Elser/Macrotron.

ción pública» en el artículo 48 § 4, que establece una excepción a la libre circulación de los trabajadores (15). A falta de indicaciones más precisas, esta disposición podría asimilarse a las de los artículos 85 y 86: la actividad económica cesa allí donde empieza la administración pública en el sentido recogido por el artículo 48 § 4. Por el momento no se ha dado ningún caso que se situara entre estas dos nociones y para el cual se haya aceptado que este no sea susceptible de ser regulado, en principio, por las reglas de la competencia.

El carácter decisivo del ejercicio de una actividad económica y la no pertinencia del estatuto jurídico de la entidad considerada, tienen numerosos ejemplos, tanto en la jurisprudencia de la Corte como en la práctica de la Comisión. Así, por ejemplo, la sentencia FEDETAB (16) dice que el artículo 85 § 1 es aplicable a las asociaciones sin ánimo de lucro siempre que su actividad propia o la de sus adherentes tienda a producir los efectos que esta disposición pretende reprimir.

En el asunto MELDOC (17) la Comisión consideró que el entendimiento, del que fueron partícipes entre otras entidades, cuatro cooperativas lecheras, constituía una infracción al artículo 85 y condenó a todos los miembros de la organización al pago de multas. Las prácticas incriminadas consistían en consultas en materia de ventas y de precios, un sistema de cotas y de indemnizaciones, y acciones para frenar las importaciones.

A la luz de esos antecedentes, está claro que el hecho de que una entidad adopte la forma jurídica, por ejemplo, de una asociación sin ánimo de lucro, de una cooperativa o de una mutua, no sería suficiente motivo para soslayar la aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

Una mención especial merecen no obstante las cooperativas agrarias. Efectivamente, los acuerdos que están en la base de su creación les hacen beneficiarse de un régimen especial en lo que respecta a la prohibición de los acuerdos comerciales entre ellas, que solo les es aplicable en la medida prevista por el reglamento número 26/62 del Consejo

2. No es objeto de esta ponencia el tratar de los diferentes elementos constitutivos de un acuerdo restrictivo de la competencia, prohibido este por el artículo 85, o del abuso de posición dominante, prohibido por el artículo 86. Es útil señalar, no obstante, una particularidad propia de las empresas con derechos exclusivos. Derechos

(15) Sentencia del 17 de Diciembre 1980, asunto 149/79, CEE/Bélgica («...empleos que comportan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la función pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas.»)

(16) Sentencia del 29 de octubre de 1980, asuntos 209 al 215 y 218/78.

(17) Decisión de la Comisión del 26 de noviembre 1986, JOL 348 del 10.12.1986.

exclusivos que suelen ser propios de las empresas públicas más que de las privadas.

Según la jurisprudencia constante de la Corte de Justicia, una empresa que se beneficie de un derecho exclusivo sobre una parte importante del Mercado Común puede ser considerada como empresa en posición dominante en el sentido del artículo 86 (18). Un derecho exclusivo que es aplicado en la totalidad del territorio de un Estado miembro se extiende también a una parte importante del Mercado Común. No obstante, una parte del territorio nacional puede ser suficiente tal y como lo demuestra una sentencia reciente sobre el puerto de Génova (19)

En cuanto a la noción de abuso, basta con referirnos a la interpretación general del artículo 86 hecha por la Comisión y la Corte de Justicia. En cualquier caso resulta útil resaltar algunos ejemplos de abusos que han sido constatados en casos de empresas con derechos exclusivos.

Ya en 1985, la Corte de Justicia había observado que constituía un abuso el hecho de que una empresa con una posición dominante en un mercado se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar, que podría ser ejercida por una tercera empresa que desarrollase actividades similares en un mercado cercano pero diferente (20)

En una sentencia reciente relativa a la RTT belga (21), este razonamiento se ve simplificado por la constatación de que «es la extensión del monopolio del establecimiento y de la explotación de la red telefónica al mercado de los aparatos telefónicos, sin justificación objetiva, la que está prohibida como tal por el artículo 86». Otras prácticas que constituyen un abuso por parte de una empresa que dispone de un derecho exclusivo son discriminaciones en favor de productos o servicios propios por oposición a los productos o servicios de terceras empresas (22). También se considera abusivo el hecho de exigir el pago de servicios no encargados, de facturar a precios desproporcionados, de rehusar recurrir a la tecnología moderna, de conceder reducciones de tarifas a ciertos usuarios, compensando esas reducciones con aumentos de los precios facturados a otros consumidores (23).

(18) Sentencia del 3 de octubre 1985, asunto 311/84.

(19) Sentencia del 10 de diciembre 1991, asunto C-179/90.

(20) Sentencia del 3 de octubre, asunto 311/84.

(21) Sentencia del 13 de diciembre 1991, asunto C-18/88.

(22) Sentencia del 18 de junio 1991, asunto C-260/89.

Sentencia del 13 de diciembre 1991, asunto C-18/88.

(23) Sentencia del 10 de diciembre 1991, asunto C-179/90.

C. Los límites del derecho exclusivo

1. Las consideraciones anteriores nos inducen a plantear los límites con los que se encuentran los Estados Miembros al definir un derecho exclusivo en beneficio de una o más empresas.

2. El Tratado comporta dos disposiciones que se refieren de forma explícita a derechos exclusivos, relativas en los dos casos a Estados Miembros. El artículo 37 exige la adaptación progresiva de los monopolios nacionales que presenten un carácter comercial, de forma tal que el derecho exclusivo a la importación o a la exportación sea eliminado. Según el artículo 90 § 1, los Estados miembros no dictarán ni mantendrán ninguna medida contraria a las reglas del Tratado en lo que se refiere a las empresas con derechos especiales o exclusivos.

3. Durante mucho tiempo los especialistas del Derecho comunitario interpretaron las dos disposiciones según el esquema siguiente: solamente están prohibidos los monopolios de importación y exportación de mercancías recogidos por el artículo 37. Sin embargo, los derechos exclusivos que no aparezcan recogidos en el artículo 37, están autorizados; el artículo 90 § 1 presupone su existencia. Naturalmente, el ejercicio del derecho exclusivo se rige por las disposiciones del Tratado que regula el abuso de una posición dominante. Pero este control del ejercicio no comporta ningún control de los límites legislativos del derecho exclusivo. El legislador nacional es libre de establecer tal derecho y de determinar sus límites.

4. Dos aplicaciones han modificado estas concepciones.

La primera se apoya en el artículo 90 § 1. Si la ampliación de un derecho exclusivo a una actividad auxiliar constituye un abuso por parte de una empresa beneficiaria, ¿no lo constituye la ampliación sin justificación objetiva, prohibida por el artículo 90 § 1, del propio derecho exclusivo por parte del Estado miembro?

Fue sobre este razonamiento sencillo que la Comisión se apoyó por primera vez en sus Directivas de 1988 y 1990 sobre la liberalización de los mercados de terminales y de ciertos servicios de telecomunicaciones (24). La Corte de Justicia se aproximó a esto en sus fallos sobre la empresa helénica de radio y televisión, y la aplicó íntegramente en su decisión sobre la RTT belga. El ámbito del derecho

(24) Directiva 88/301/CEE de la Comisión del 16 de mayo 1988, JOL 131 del 27.05.1988. Directiva 90/388/CEE de la Comisión del 28 de junio 1990, JOL 192 del 24.07.1990.

exclusivo lo delimitan por lo tanto actualmente la combinación del artículo 86 y del artículo 90 § 1.

La segunda aplicación modificó las concepciones tradicionales sobre la compatibilidad de los derechos exclusivos - no contemplados por el artículo 37 - con el Tratado, proviene de la interpretación de las libertades fundamentales, y más concretamente de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios.

De nuevo, el observador atento de la jurisprudencia de la Corte de Justicia constata una doble evolución.

El primer lugar, la prohibición de la libre circulación de mercancías. Después de todo, la prohibición de los monopolios de importación y de exportación no es sino un caso particular de la prohibición fundamental de los obstáculos injustificados a los intercambios intracomunitarios de mercancías. Todo derecho exclusivo, toda canalización de los intercambios de productos, ha de estar justificado por una «exigencia imperativa». Si el derecho exclusivo puede ser justificado por una «exigencia imperativa», por definición no económica, este podrá ser mantenido.

En caso contrario, es incompatible con el Tratado y deberá ser suprimido.

Este es el punto de vista que la Corte de Justicia adoptó, de la manera más espectacular, en su sentencia reciente sobre la directiva de la Comisión de 1988 que prohíbe los derechos exclusivos relativos a las terminales de telecomunicaciones (25)

En segundo lugar, bajo el impulso de la Comisión, la Corte de Justicia ha asimilado progresivamente el principio de la libre prestación de servicios al de la circulación de mercancías. La jurisprudencia reciente permite afirmar que los derechos exclusivos que constituyen obstáculos a la libre prestación de servicios están prohibidos, salvo si pueden ser justificados - al igual que en materia de mercancías - por exigencias imperativas (26). Es necesario en adelante justificar el ámbito - o incluso la propia existencia - de los derechos exclusivos de servicio en los sectores de las telecomunicaciones, de correos, así como en el de la energía (en la medida en que se trate de servicios y no de mercancías) a través de consideraciones de interés general, de naturaleza no económica.

Queda una tercera libertad fundamental, la de establecimiento. Hasta el momento, la gran mayoría de los juristas consideraba que esta libertad no afectaba a los derechos exclusivos de producción que

(25) Sentencia del 19 de marzo 1991, asunto C-202/88, Francia/Comisión; ver también sentencias del 21 de marzo 1991, asunto C-369/88, Delattre, y asunto C-60/89, Monteil y Samanni.

(26) Sentencia del 18 de junio 1991, asunto C-260/89. Sentencias del 25 de julio 1991, asuntos C-353/89 y C-288/89, Mediawet.

existen, sobre todo, en el sector de la energía. Solo los monopolios de producción no tendrían que justificarse en materia de «exigencias imperativas».

Personalmente, no comparto la interpretación tradicional. En mi opinión, existen una serie de razones que abogan por un enfoque horizontal del tema de los derechos exclusivos en relación con las cuatro libertades fundamentales. Estimo por lo tanto que los monopolios de producción también deben de estar justificados bajo el enfoque de las «exigencias imperativas», para ser considerados compatibles con el Tratado (27)

5. Los principios de la competencia no falseada o de las cuatro libertades fundamentales se combinan pues, llevando a la misma conclusión: los derechos exclusivos establecidos por los Estados miembros pueden ser mantenidos siempre cuando, y en la medida en que, los justifique el interés general. Tal interés es por ejemplo el servicio universal al conjunto de la población, en condiciones seguras y equitativas, en ámbitos como el teléfono, la electricidad y el correo. No obstante, los derechos exclusivos se reducirán o se eliminarán en el caso de, y en la medida en que, este interés general disminuya o desaparezca, por ejemplo en función de la evolución tecnológica.

6. No son por lo tanto motivos ideológicos los que hacen que ciertos derechos exclusivos concedidos en el pasado sean puestos ahora en cuestión, y restringidos o suprimidos en el futuro. Se trata de un proceso producido por cambios de circunstancias objetivas. Citaremos solo tres de estas circunstancias que nos parecen ser las más importantes.

Hemos mencionado ya los principios fundamentales de la construcción del Mercado Interior. Es efectivamente el establecimiento del gran mercado el que conlleva necesariamente una reflexión profunda sobre los monopolios concedidos por los Estados, que protegen mercados de productos y de servicios nacionales. Un verdadero Mercado Interior solo tolera tales situaciones monopolísticas en la medida en que estas son indispensables, tanto en la perspectiva de los Estados miembros como en la de la Comunidad.

El segundo elemento es la evolución tecnológica. Esta evolución es la más evidente en el terreno de las telecomunicaciones que contribuyen, más que cualquier otra tecnología, a la transformación de los

(27) C.D.Ehlermann, «Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages», en «Energiewirtschaftliche Tagesfragen», cuaderno 1/2 (enero/febrero 1992), p 96.

negocios, de nuestras costumbres y de nuestro modo de pensar. Son las nuevas tecnologías las que destruyen progresivamente los monopolios naturales que están en la base de la mayor parte de los derechos exclusivos establecidos por los Estados.

A título de ejemplo, basta con citar los monopolios públicos de la radio y de la televisión, Estos monopolios eran necesarios debido a la escasez de ondas hertzianas. La evolución tecnológica, y sobre todo la transmisión por cable y por satélite, modificaron profundamente la situación, acabando con la justificación técnica de los monopolios, y abriendo la puerta a otros operadores y a la competencia.

La tercera razón que contribuye a la puesta en cuestión de los derechos exclusivos es la enorme necesidad de financiación que caracteriza a estos sectores. Dichas necesidades no pueden ser satisfechas por los Estados propietarios de las empresas públicas, debido a la presión que estas ejercen sobre los presupuestos públicos, al elevado nivel de la fiscalidad existente y de la competencia internacional que incita más bien a bajar los impuestos. De ahí la necesidad de apelar a inversiones privadas y de operar sobre mercados financieros con la misma flexibilidad y la misma fuerza de atracción que las empresas privadas. Esta es al menos una de las explicaciones del movimiento general hacia las privatizaciones al que asistimos incluso en Europa occidental.

7. La interpretación expresada aquí determina la acción de la Comisión sobre los derechos exclusivos. El estado de la cuestión actual es el siguiente:

I) En el sector de las telecomunicaciones la Comisión ha adoptado dos Directivas que eliminan los derechos exclusivos en materia de terminales (28) y de servicios que no sean la telefonía vocal (29). La legalidad de la primera Directiva fue confirmada por la Corte de Justicia; la segunda es sub judice.

La Comisión se pronunciará en breve sobre los derechos exclusivos en materia de teléfono, expresamente reservados para la Directiva de 1990, pero sometidos a nuevo examen en 1992.

II) El sector de los satélites había sido excluido del campo de aplicación de esas Directivas porque la Comisión preparaba un libro verde dedicado a ese sector específico. Habiendo sido acogido de

(28) Directiva 88/301/
CEE de la Comisión del
16 de mayo 1988, JO L
131 del 27.05.1988

(29) Directiva 90/388/
CEE de la Comisión del
28 de junio 1990, JO L
192 del 24.07.1990

manera favorable ese libro verde, adoptado el 20 de noviembre 1990, los servicios de la Comisión preparan actualmente la ampliación de las Directivas de 1988 y de 1990, con vistas a eliminar los derechos exclusivos que subsisten para el establecimiento y la explotación de antenas satélites emisoras por una parte, y para la oferta de comunicaciones por satélite entre Estados miembros por otra.

III) En el sector de la energía, la Comisión ha adoptado, en enero pasado, dos proposiciones de Directivas destinadas a completar el mercado interior para la electricidad y el gas natural. Los tres ejes principales de esas dos Directivas preven (1) la abolición del derecho exclusivo para la producción y la construcción de la red de transporte y distribución de la electricidad y del gas natural (los monopolios para la importación y la exportación son objeto de procedimientos de infracción emprendidos en 1991); (2) la separación de la función de gestión y de la contabilidad en las empresas integradas verticalmente, y (3) el acceso de ciertos terceros (grandes consumidores o distribuidores) en la red de transporte y de distribución. Estas propuestas están siendo actualmente discutidas en el Consejo y en el Parlamento europeo.

IV) En el sector de correos, la Comisión adoptó el 13 de mayo de este año un libro verde que pretende abrir un amplio proceso de debate público, con el fin de mantener un servicio universal de calidad para el conjunto de los ciudadanos de la Comunidad. El libro verde se pronuncia en favor del mantenimiento de un conjunto de servicios reservados a las administraciones de correos, pero exponiendo una serie de opciones que tienden a limitar el campo de los derechos exclusivos de esas administraciones.

Así, por ejemplo, el monopolio sobre la correspondencia privada y comercial estaría definido con precisión a través de los criterios de peso y de franqueo. Esto garantizaría la seguridad jurídica necesaria a los operadores privados para ofrecer los otros servicios postales, como el correo exprés y el envío de publicaciones, en condiciones de competencia abierta.

8. Antes de abandonar la problemática de los derechos exclusivos, es útil mencionar un último problema, cuya importancia se aprecia en la reciente experiencia de la Comisión. Se trata de las

subvenciones cruzadas, gracias a las cuales el titular de un derecho exclusivo utiliza recursos que le son garantizados por el ejercicio de sus derechos exclusivos para reforzar su posición de competencia sobre mercados conexos en los que no posee derechos exclusivos sino que se ve sometido a la libre competencia de otros agentes económicos. Semejante práctica de subvenciones cruzadas constituye, en el caso de una empresa dotada de derechos exclusivos, y por lo tanto en posición dominante, un abuso, prohibido por el artículo 86 (30). Para identificarlo, nos encontramos con la misma necesidad de transparencia que la que nos encontramos en el terreno del control de las ayudas. Es por lo tanto necesario generalizar el concepto de la contabilidad separada y analítica que la Comisión ha propuesto para las empresas integradas verticalmente en sectores como el de la electricidad y del gas natural.

IV. Conclusión

Para concluir, quisiera señalar que la política de la competencia solo pone en cuestión el mantenimiento de los privilegios que provocan desigualdades, y de comportamientos contrarios a la competencia que no se justifiquen por la defensa del interés público. Pienso que solo asegurando la igualdad de todos los actores económicos ante la ley, podremos garantizar el pluralismo económico indispensable para el desarrollo armonioso de la Comunidad. Las empresas públicas, las mutuas, las cooperativas y las asociaciones tienen un papel importante que desempeñar en este desarrollo y las reglas de la competencia previstas por el Tratado, son lo suficientemente flexibles como para tener en cuenta su papel y respetar las diferentes especificidades.