

# EL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA<sup>1</sup>

SUMARIO: A. *Introducción*; B. *Evolución histórica y situación actual de las empresas públicas*; C. *Reglas jurídicas aplicables a las empresas públicas*; D. *Conclusión*.

## A. *Introducción*

En el derecho de la República Federal Alemana (llamado de ahora en adelante el derecho alemán) el caso de las empresas públicas suscita, desde un principio, cierta sorpresa: ellas tienen un papel esencial en la realidad, pero son poco mencionadas en los ordenamientos jurídicos. Este hecho sorprendente se debe, en parte, a la especial importancia que se le otorga a la empresa privada dentro de nuestro sistema económico, pero, también, a una ambigüedad fundamental en este tema, en virtud de la cual la empresa pública forma parte, al mismo tiempo, de la administración y de la economía encontrándose, por lo tanto, ubicada entre la política y el mercado.

Podría esperarse que esa paradoja, inherente a la empresa pública, fuese una demostración de los intentos hechos para definirla. Si bien es cierto que en el derecho alemán no existe un concepto muy preciso de empresa pública, en general se ha formado un consenso, para aplicar a su definición, conjuntamente, un criterio formal y otro material: debe tratarse de una entidad ligada al Estado o, en forma más amplia, a los poderes públicos, mediante relaciones específicas; y debe desarrollar una actividad de tipo económico.

<sup>1</sup> Nuestro informe se limita a una presentación general y a algunas observaciones sobre los problemas de control. Para ahondar en el tema es conveniente consultar las numerosas obras compiladas en Eichhorn/Rüchwardt (ed.), *Bibliographie zur öffentlichen Unternehmung 1967-1976*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen Beiheft 1/1978* Por otra parte, los remitimos, para consulta general, a las siguientes obras: Rübner, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich des Wirtschaft. Untersuchungen zum problem der leistenden Verwaltung*, 1967; Hans H. Klein, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968; Brohm, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung. Organisationsformen und Gestaltungsmöglichkeiten im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1969; Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, 1969; Puttner *Die öffentlichen Unternehmen. Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand*, 1969; Duwendag (ed.), *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, 1976; Eichhorn (ed.), *Auftrag und Führung öffentlicher Unternehmen*, 1977.

En lo tocante al criterio formal, esas relaciones específicas con los poderes públicos pueden ser de distinta índole. La empresa pública puede integrarse en el campo administrativo como organismo o servicio de derecho público; sin embargo, para que exista como tal, y no como un simple departamento administrativo, se requiere que goce, por lo menos, de cierta autonomía de hecho frente a la administración misma. Sin embargo, encontramos muy a menudo estructuras de derecho privado, como las sociedades anónimas, que son objeto de un control público especial mediante relaciones de propiedad o de dominio.<sup>2</sup> Por lo tanto, lo que importa en este aspecto es que la empresa esté sujeta a un control social por parte de los poderes públicos y no el interés físico que podría tener la actividad por ella desarrollada.

La actividad de tipo económico, mediante la producción de bienes o la prestación de servicios, define al criterio material. Esta participación activa en la vida económica diferenciará la empresa pública de otros tipos de actividad, en ese campo, de los poderes públicos tales como la intervención autoritaria o la ayuda a la acción de las empresas privadas; lleva, también, a confundir a los poderes públicos con simples clientes de la economía privada. El criterio material elimina de la definición, además, a entidades como escuelas públicas y servicios hospitalarios públicos cuyas actividades son tradicionalmente consideradas como no económicas. Por otra parte, la actividad de la empresa pública no es, forzosamente "desinteresada"; en efecto, existen algunas de ellas cuyo objetivo es proporcionar ingresos al presupuesto general. La búsqueda de la ganancia no es, por lo tanto, un elemento que sea indispensable ni que deba ser excluido.

La lista de las empresas públicas de la República Federal Alemana, elaborada en base a estos criterios, incluye a empresas industriales de propiedad total y parcial de los poderes públicos, plantas eléctricas y otros servicios de abastecimiento de energía y agua (sobre todo a nivel local), el correo, los ferrocarriles, compañías de navegación aérea, fluvial y marítima, así como a otros servicios de transporte, explotaciones mineras, establecimientos de crédito y, también, a cervecerías, fábricas de porcelana, hoteles, etcétera.

Resulta, entonces, normal que la heterogeneidad de estas empresas públicas tenga su correlato en la de su condición jurídica. Sin embargo, la diversidad de las reglas que se les pueden aplicar no solamente se debe a las diferencias intrínsecas entre los sectores de actividad considerados sino, también, a la distinta preponderancia que se dé a alguno de los dos criterios anteriormente mencionados. En efecto, la unión del criterio material con el

<sup>2</sup> Este último aspecto se encuentra en la definición de empresa pública propuesta por el *Centre Européen de l'Enterprise Public* que comprende: "toda empresa... en la cual los poderes públicos tienen una participación preponderante en el capital o tienen un papel predominante en lo que respecta a la gestión", cfr. CEEP (éd), *Les entreprises publiques dans la Communauté européenne*, 1967, p. 575.

formal pone de relieve la situación ambigua y cambiante de la empresa pública, entre la administración y la economía; según se insista sobre uno u otro aspecto, nos encontraremos ante un régimen jurídico propio de las empresas públicas o frente a un derecho común de las empresas, sean públicas o privadas. Este último tiene para nosotros menos interés en el contexto que estamos analizando; en cambio, tendremos que examinar en forma detenida en qué medida el derecho alemán tiene previsto un régimen específico de las empresas públicas. Antes de adentrarnos en este punto, conviene proporcionar algunos datos fácticos, empezando con una breve síntesis histórica.<sup>3</sup>

## B. Evolución histórica y situación actual de las empresas públicas

I. El período del mercantilismo con su preocupación por promover la economía nacional y, por lo tanto, los recursos financieros del Estado, fue un estadio histórico particularmente favorable para el desarrollo de las empresas públicas. En efecto, el Estado creó un número importante de ellas con el objetivo, entre otros, de introducir nuevas técnicas de producción (industrias del acero y textiles o de garantizar producciones de lujo consideradas especialmente rentables (fabricación de porcelana y de seda).

En el siglo XIX, el liberalismo triunfante provoca una reducción sensible del sector de las empresas públicas; es así como, poco tiempo después de asumir sus funciones Freiherr von Stein empieza a disolver empresas del Estado de Prusia como, por ejemplo, la factoría de la lana de Königsberg y las fábricas textiles de Berlín. Después, otras, e inclusive terrenos de la nación son vendidos a particulares. Por consiguiente, solamente unas cuantas empresas públicas de la época mercantilista subsisten hasta ahora (correos, manufactura real de porcelana de Berlín).

Esta corriente, sin embargo, se ve invertida en la segunda mitad del siglo XIX, al experimentarse una nueva expansión de las empresas públicas, por motivos más prácticos que ideológicos. Los ferrocarriles, empresas privadas en sus comienzos, poco a poco se nacionalizan: en 1914, el 90% se encontraba en manos de los estados miembros del Reich para, después, en 1919, volverse una empresa pública del Reich mismo. El Estado se ve también inducido a comprar minas y fábricas de potasa y a crear instituciones de crédito público, de tal manera, en 1914 el 54% de los ingresos del Estado de Prusia estaban constituidos por el productos de sus empresas públicas (el 34% generado por los ferrocarriles y el 20% por otras empresas). Una evolución similar se puede observar a nivel de las comunas; en 1800, se esta-

<sup>3</sup> Sobre la evolución histórica, véase, entre otros, Hans H. Klein, *op. cit.*, pp. 53 y s.; Emmerich, *op. cit.*, pp. 24 y s.; Blackhaus, *Öffentliche Unternehmen. Zum Wirtschaftsrecht, den Funktionen und Rechtsformen öffentlicher Unternehmen*, 1977, pp. 59 y s.

blecen las cajas de ahorro comunales; a partir de 1850 los municipios comienzan a hacerse cargo, progresivamente, del suministro del gas y del agua; se crean los rastos municipales a partir de 1970, y el establecimiento de centrales eléctricas y de empresas de transporte municipal tiene a 1890 como fecha de partida.<sup>4</sup>

Esta tendencias se verían reforzadas aún, con motivo de la Primera Guerra Mundial y de las crisis posteriores a ella. Un fenómeno específico, después de 1918, sería la muchas veces temeraria extensión de las actividades municipales hacia la industria y el comercio; ello se debió principalmente, a la reforma de las finanzas públicas conocida bajo el nombre de *Erzberger*. Los municipios esperaban, como consecuencia de la incursión en aquellas actividades, compensar las secuelas adversas de la citada reforma sobre sus presupuestos con independencia de estos "excesos" municipales, la situación logró un cierto punto de estabilización, desde entonces. Es cierto que el régimen nacional-socialista vino a agregar unas cuantas empresas públicas nuevas como, por ejemplo, Volkswagen, fundada en 1937/1938; es también igualmente cierto que en la actualidad las empresas PreuBag, Volkswagen y VEBA han sido parcialmente privatizadas, mientras que se han creado nuevas empresas públicas en los campos, entre otros, del financiamiento de la reconstrucción, de la vivienda y de la investigación-desarrollo.<sup>5</sup> Pero, en conjunto, prevalecen la consolidación.<sup>6</sup>

II. No existe, desgraciadamente, ningún censo de la situación actual en su conjunto. Esta dificultad se debe al hecho de que existen empresas públicas que dependen tanto de la Federación como de los *Länder*, de los municipios y de otras personas morales de derecho público; además, habría

<sup>4</sup> Respecto de las empresas públicas comunales, véase, en particular, Stern/Püttner, *Die Gemeindefirtschaft Recht und Realität. Zum staats, y Kommunalverfassungsrechtlichen Standort der Kommunalen Wirtschaft*, 1965; Scholz, *Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Garantie der Kommunalen Selbstverwaltung* (Art. 28 abs. 2 GG), 1967.

<sup>5</sup> Sobre la Federación, véase, por ejemplo, Knouss, *Die Beteiligungen des Bundes. Über die Beteiligungen der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Sondervermögen*, 1977. Observaciones interesantes sobre una eventual reorganización a nivel federal son representadas en Hirsch/Püttner, *Gedanken zur Neuordnung der industriellen Bundesunternehmen, Die Verwaltung*, 1976, pp. 453 y s.

<sup>6</sup> De seguro no hubo nacionalizaciones. Al contrario, durante los últimos años se discutió mucho sobre la idea de impulsar la privatización de las empresas y servicios públicos, con la finalidad, sobre todo, de reducir los costos de sus prestaciones y las cargas del presupuesto público; sin embargo, estas reivindicaciones no han tenido, hasta ahora, ninguna consecuencia, a excepción del nivel local; al respecto, consúltese: Pausch, *Möglichkeiten einer Privatisierung öffentlicher Ausgaben. Ausweg aus der Finanzkrise des Staates?*, 1977; Grabbe, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung Kommunalen Aufgaben*, 1979.

también que tomar en cuenta la participación de las empresas públicas en otras empresas.

Intentaremos, sin embargo, una aproximación mencionando en primer lugar los datos estadísticos reunidos por Puttner, referidos a las grandes empresas públicas de la Federación.<sup>7</sup> (Véase el cuadro de la página 939).

Esta lista selectiva debe completarse con un número importante de empresas industriales de tamaño más reducido y por instituciones especializadas de crédito. En 1977, el número total de las empresas en las cuales la Federación tenía una participación directa o indirecta de un porcentaje del 25% como mínimo, era de 941, que representaba un capital nominal de 9,000.7 millones de DM y empleaban a 460 000 personas.<sup>8</sup>

El segundo centro de gravedad se encuentra a nivel local en donde los departamentos, asociaciones de municipios y grandes municipios desempeñan funciones empresariales en ciertos campos. A fines de los años sesentas existían, a nivel local, alrededor de 100 empresas dedicadas al suministro de energía y un número aún más elevado de las que hacían lo propio con los servicios de distribución de agua; 134 empresas de transporte de pasajeros de recorridos cortos (más 29 sociedades de economía mixta en este renglón), 200 rastros públicos y 847 cajas de ahorro. Cabe también mencionar plantas de calefacción a distancia, aeropuertos, puertos marítimos y fluviales, sociedades de feria, etcétera.

Los *Länder* solamente disponen de empresas públicas en un número reducido. Uno de los motivos para ello es que, en virtud de la Ley Fundamental de 1949, la mayor parte del patrimonio del Estado de Prusia pasó a la Federación y no a los *Länder* que ocuparon su lugar. A este nivel deben mencionarse instituciones de crédito, empresas de transporte regionales, loterías y otras participaciones muy heterogéneas. Aparte de ello, algunas empresas públicas pertenecen conjuntamente a la Federación y a los *Länder*, por ejemplo la *Kreditanstalt für Wiederaufbau* (80% Federación, 20% *Länder*) o las *Saarbergwerke* (74% Federación, 26% *Saarland*). Este tipo de empresas comunes se encuentra con bastante frecuencia a nivel local.

III. Resulta, de lo anteriormente mencionado, que la actividad de las empresas públicas no se hace sentir con igual peso en todos los sectores de la economía. En primer lugar, el suministro de agua y energía, los transportes y comunicaciones (salvo la navegación marítima y fluvial y los transportes de carga por carretera), la economía forestal y, finalmente, el crédito, en menor medida, son rubros dominados por aquéllas. En segundo lugar, existe cierto número de sectores en los cuales la presencia de los poderes

<sup>7</sup> Cfr. Puttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, op. cit., p. 77; y para los datos estadísticos siguientes que interesan a las comunas, pp. 80 y s.

<sup>8</sup> Cfr. el informe anual de 1977 publicado bajo el título de *Der Bundesminister der Finanzen, Beteiligungen des Bundes*, 1977, pp. 1 y s.



públicos es menos notoria sin ser despreciable, como por ejemplo la producción carbonífera, la industria metalúrgica (con excepción de la del acero), la construcción de automóviles, la publicidad y las compañías de seguros. Por último, en otros campos las empresas públicas prácticamente no existen; es el caso de la industria química, de la construcción de maquinaria, de la industria textil, de las artesanías y de la agricultura.

IV. Agregaremos una observación en cuanto al rendimiento financiero de las empresas públicas. Algunas de ellas, principalmente en el sector de los transportes, son ampliamente deficitarias: actualmente la deuda de los ferrocarriles federales es de 32 mil millones de marcos alemanes.<sup>9</sup> La mayoría de las empresas públicas tiene, sin embargo, un balance equilibrado e incluso positivo. Sistemas de distribución equitativa dentro de las empresas públicas mismas (por ejemplo, entre los servicios del correo y del teléfono de la administración federal de correos) y entre varias empresas públicas (por ejemplo, mediante la agrupación de empresas municipales en un organismo de *holding* municipal) así como normas legislativas específicas, hacen que los excedentes, normalmente, no sean transferidos fuera del sector de las empresas públicas. A la inversa de lo que ocurrió en otro tiempo, la contribución de las empresas públicas a los presupuestos es hoy en día mínima: aproximadamente el 1% para los presupuestos de la Federación de los *Länder* (en 1978 fue de alrededor de 160 millones de marcos alemanes, en cifras absolutas para la Federación) y entre el 0 y el 10% para los presupuestos municipales. Pero no hay que olvidar la otra cara del asunto: si bien es cierto que las empresas públicas ya no son, en el enfoque de los presupuestos generales, una fuente importante de ingresos, esto no implica que sean, en su conjunto, una carga para ellos.<sup>10</sup>

### C. Reglas jurídicas aplicables a las empresas públicas

I. La Constitución de la República Federal Alemana, la Ley Fundamental de 1949, es poco explícita respecto de las empresas públicas. Prevé la autorización para que la Federación pueda nacionalizar empresas (artículos 15 y 74 N° 15), pero no se ha hecho uso de ella hasta ahora; menciona a la administración federal de correos y los ferrocarriles federales (artículo 87 apartado I), a la banca federal (artículo 88) y los monopolios fiscales (aguardientes, cerillos: artículos 105, 106 y 108); dispone que el patrimonio del *Reich* y del antiguo Estado de Prusia, incluyendo las participaciones de empresas de derecho privado, pasen, en principio, a la Fed-

<sup>9</sup> Cfr. el discurso del actual secretario federal de finanzas, Matthöfer, *Funktion der Bundesunternehmen in der Marktwirtschaft*, en prensa e *Informationsamt der Bundesregierung*, Bulletin No. 111, septiembre 26, 1979, pp. 1032 y s., 1035.

<sup>10</sup> Sobre estos diferentes puntos, véase, Knauss, *op. cit.*, p. 35; Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, *op. cit.*, p. vJG; *Der Bundesminister der Finanzen, Beteiligungen des Bundes 1977*, p. 3.

ración (artículos 134 y 135 apartado 6; las leyes federales del 21 de julio de 1951 y del 15 de mayo de 1961 regularon los detalles); por último, prevé en beneficio de las empresas y patrimonios especiales de la Federación, que no es necesario hacer figurar todos los ingresos y egresos en el presupuesto federal, sino solamente los saldos respectivos (artículo 110 apartado I). A nivel de los *Länder*, algunas constituciones no mencionan las empresas públicas; las otras, en todo caso, no proporcionan nuevos elementos.

Se deduce de estas reglas que los constituyentes aceptaron, respecto de las empresas públicas, la evolución que se había producido sin por ello buscar orientarla en una o en otra dirección. Por lo tanto no existe, en la República Federal Alemana, un auténtico régimen constitucional de la empresa pública.

II. Sin embargo, es cierto que, desde hace unos quince años, se ha llevado a cabo un debate sobre el problema de la licitud constitucional de la empresa pública. Se ha planteado si el derecho constitucional no le conferiría a las empresas privadas, en forma implícita, garantías generales contra la acción económica de los poderes públicos en su forma de empresas públicas.<sup>11</sup> Reglas constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad profesional, la garantía de la propiedad privada y el principio del Estado de derecho (artículos 2, apartados 1, 12, 14, 20 y 28 de la Ley Fundamental) han sido interpretados en este sentido. Se ha concluido, por ejemplo, que la actividad de las empresas públicas no debía llegar hasta el punto de volver ilusoria la de la empresa privada; es de señalarse que, actualmente, no existe ningún riesgo de que se pudiera presentar semejante cuadro. Se ha exigido, además, que un interés público específico justifique el establecimiento de cualquier empresa pública. Ahora bien, existe toda una gama de intereses públicos susceptibles de justificarlo: intención de controlar producciones y servicios de vital importancia y situaciones de monopolio (empresas de transporte y de suministro de agua y energía), contribución a la realización —por parte de los poderes públicos— de tareas de policía y de desarrollo (rastros municipales y sociedades de planificación y de desarrollo, urbanas y regionales), promoción de la economía (sociedades de ferias, empresas agrícolas piloto, sociedades de investigación-desarrollo), lucha contra situaciones críticas (hacerse cargo de producciones insuficientes, acciones en regiones desamparadas), formas especiales de gravamen al consumo (monopolios fiscales), canalización y aprovechamiento de la afición al juego (loterías públicas), política social (participación en empresas para evitar el desempleo, cajas de ahorro municipales), acción global

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, las explicaciones y referencias que se encuentran en Grupp, *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter dem Grundgesetz*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 140, 1976, pp. 367 y s.

sobre la economía (instituciones de crédito de la Federación y de los *Länder*) etcétera.<sup>12</sup> Por otra parte, una misma empresa pública puede encontrar su legitimidad en varios intereses públicos diferentes que concurren a la definición de su misión y que, inclusive, pueden variar con el tiempo. Por añadidura, si se admite, como ya se ha hecho,<sup>13</sup> que los poderes públicos están autorizados para administrar sus empresas como si fueran privadas mientras se les asignen intereses públicos específicos y que, aún más, la simple preocupación por que el patrimonio público produzca ganancias puede, en cierta medida, constituir un interés público, resulta difícil imaginarse a una empresa privada defendiendo con éxito, ante un tribunal, la inconstitucionalidad de una empresa pública.<sup>14</sup> En este aspecto, el derecho constitucional limita la libertad de acción de los poderes públicos solamente en casos extremos.

III. Esta libertad, sin embargo, se encuentra limitada por leyes enfocadas a proteger los fondos públicos y no a la competitiva economía privada. En efecto, los "excesos" ya mencionados de los municipios durante los años veinte llevaron al legislar de esa época a introducir en los códigos municipales estrictas cláusulas restrictivas. Estas han sido reimplantadas en los actuales códigos municipales y, más recientemente, en el derecho presupuestario de la Federación y de los *Länder*.

Citaremos como ejemplo el artículo 65 del Código Presupuestario Federal (*Bundeshaushaltsordnung*) del 19 de agosto de 1969, que podría traducirse de la siguiente manera:

La Federación no debe... participar en la creación de una empresa de derecho privado o participar en una de este tipo ya existente, con excepción de...

1. Si se trata de un interés importante para la Federación y que la meta perseguida por la Federación no pueda realizarse mejor y más económicamente a través de otra vía.
2. Si el compromiso financiero de la Federación está limitado a un monto determinado.

<sup>12</sup> Desde el punto de vista económico, véase, entre otros, Vas der Bellen, *Öffentliche Unternehmen zwischen Markt und Staat*, 1977, pp. 18 y s.

<sup>13</sup> Cfr. Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, op. cit., pp. 141 y s., 191 y s.

<sup>14</sup> En el caso de una empresa pública que funcione como una empresa privada, es suficiente recordar la imposibilidad para una empresa propiamente privada de invocar normas constitucionales contra la competencia de otras empresas privadas; esta imposibilidad debe aplicarse igualmente a la competencia de las empresas públicas que se desarrolla en las mismas condiciones. En este caso, véase, entre otros, Hans H. Klein, op. cit., passim, y Püttner, *Die Kunst der Führung öffentlicher Unternehmen im marktwirtschaftlich geordneten Staat*, *Zeitschrift für Unternehmensund Gesellschaftsrecht* 1977, pp. 482 y s.; en sentido contrario, véase, Grupp, loc. cit.

3. Si la Federación detenta una influencia adecuada, principalmente en el consejo de administración o en un organismo de control similar.
4. Si existe la garantía de que el balance final anual . . . está elaborado y controlado conforme a las reglas aplicables a las sociedades anónimas.

Por lo que respecta al nivel local, el tipo de regla a que aludimos más arriba se halla ejemplificado en el artículo 88 del Código Municipal (*Gemeindeordnung*) para el *Lan Nordrhein-Westfalen*, en su versión del 1º de octubre de 1979:

El municipio puede crear empresas económicas, encargarse de ellas o ampliarlas de una manera sustancial.

1. Si una finalidad pública apremiante necesita de esa empresa y si dicha finalidad no puede ser alcanzada mejor y de una manera más económica por otras.
2. Si la empresa se encuentra proporcionada, según su tipo y su tamaño, con la capacidad del municipio y las posibles necesidades.

Es necesario subrayar que estas reglas legislativas han sido promulgadas en el exclusivo interés público y, por lo tanto, no puede fundamentar el recurso de una empresa privada ante un tribunal. Poniendo aparte las relaciones de tutela *Länder* — municipios), estas regulaciones son principalmente una apelación a la razón económica cuyas implicaciones respetarán normalmente los poderes públicos de por sí.

De hecho, estos principios rigen solamente a la etapa de creación de la empresa pública; una vez admitida como legítima, teniendo en cuenta estos principios, todo ocurre, en muchos casos, como si adquiriese vida propia; encontrará en lo sucesivo su auto-justificación en su propio funcionamiento, asimilándose más o menos a las empresas privadas.

IV. Además de los principios materiales ya mencionados, el recurso del Ejecutivo de establecer empresas públicas se encuentra limitado por el enfoque formal de la distinción entre el derecho público y el derecho privado. En efecto, pertenecen a dominio de este último la forma de cierto tipo de empresas, tales como las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada; el Ejecutivo puede simplemente utilizarlas, siempre y cuando respete los principios materiales más arriba enunciados. En cambio, el derecho público conoce esas formas "pre-fabricadas" solamente a nivel municipal. A nivel de los *Länder* y de la Federación, la creación de una empresa pública con estatuto de derecho público es posible únicamente mediante intervención del legislador.

V. Los controles públicos a que están sometidas las empresas se caracterizan por su multiplicidad y por una falta de coordinación entre sí. En efecto, las empresas públicas acumulan los controles propios de la administración a los aplicados a la economía privada; entre estos, se pueden distinguir dos grandes tipos: por una parte, los controles del Estado propietario realizados en forma de participación en la vida interna de las empresas y, por la otra, los aplicados a éstas, como entidades autónomas, desde el exterior. Nos abocaremos primero a las formas de control interno y, después, a las de control externo.

1. En lo que se refiere a las formas de control interno, se requiere establecer una subdistinción ya que existe diferencias notables entre las empresas públicas, ya sea que cuenten con estatuto de derecho público o privado.

a. Se pueden aplicar a las empresas públicas con estatuto de derecho público todas las formas tradicionales de control sobre, dentro de y por la administración, desde la subordinación jerárquica hasta la responsabilidad de los ministros. Su actualización e intensidad dependen, en cada caso, de la organización concreta que el legislador le haya dado a la empresa.

Existen, así, algunas empresas apenas separadas de los servicios administrativos propiamente dichos y administradas prácticamente como ellos (rastos municipales, balnearios del Estado).

Las “empresas propias” (*Eigenbetriebe*) y los “patrimonios especiales” (*Sondervermogen*) que son entidades económicamente autónomas pero dependientes de los poderes públicos, jurídicamente integran una etapa intermedia. Las “empresas propias”, que es la forma principal que revisten las empresas públicas a nivel municipal. Por ejemplo, disponen de autonomía presupuestaria y de administración bajo la supervisión jurídica del presidente municipal y de una comisión especial del ayuntamiento. En forma similar, el correo federal y los ferrocarriles federales están organizados, mediante sus respectivas leyes, como “patrimonios especiales” de la Federación. Pese a su considerable autonomía económica, estos servicios solamente están dotados de una personalidad jurídica parcial. Además, las regulaciones no son idénticas: los ferrocarriles federales tienen su propia dirección mientras que la administración de correos está bajo la dirección del secretario del ramo.

Existe, finalmente, un número bastante elevado de empresas públicas con la forma de establecimientos públicos con personalidad jurídica integral, especialmente las cajas de ahorro municipales y las instituciones de crédito del Estado. Su autonomía económica y jurídica puede verse obstaculizada, a la composición de su consejos de administración. Así, el presidente y el vicepresidente del consejo de administración de la *Kreditanstalt für Wiederaufbau* son los ministros federales de Hacienda y de Economía.

La responsabilidad de los ministros al respecto, no siempre es teórica. Hemos visto recientemente a la *Westdeutsche Landesbank*, importante institución pública de crédito, meterse en un negocio financiero sospechoso. Esto provocó no solamente el despido del presidente-director general de este banco sino también la renuncia, más o menos forzosa, del ministro de Hacienda del *Länd* correspondiente.

Cabe señalar, también, la preocupación por darles a los consejos de administración de las empresas públicas con estatuto de derecho público, una composición "pluralista". Es así como, según la ley de la administración del correo federal alemán del 24 de julio de 1953, su consejo de administración incluye 5 representantes del *Bundestag*, otros 5 del *Bundesrat*, 5 de las asociaciones de empresas y 7 de los sindicatos obreros, un experto en telecomunicaciones y otro en finanzas.

b. En cuanto a las empresas públicas de derecho privado, los poderes públicos ejercen, en principio, su control interno de la misma manera que un propietario privado. Existen muy pocas reglas específicas que tomen en cuenta el hecho de la participación pública. Por ejemplo, está previsto en los códigos municipales que los representantes del municipio en las empresas municipales de derecho privado, quedan vinculados por las instrucciones que, relativas a aquellas, dé el municipio. En la ley de sociedades anónimas, la obligación de discreción impuesta a los miembros del consejo de administración ha sido algo modificada para los representantes de los poderes públicos. Los estatutos de las sociedades anónimas pueden ir más allá de estas reglas disparejas y prever, en beneficio de los poderes públicos accionistas, privilegios de voto, prerrogativas en cuanto a la presentación de los candidatos al consejo de administración, etcétera;<sup>15</sup> pero, en lo esencial, los poderes públicos tienen aquí la misma influencia que un accionista privado y topan, también, con las mismas limitaciones (por ejemplo, la ley del 4 de mayo de 1976, que introduce compulsivamente la cogestión casi paritaria en las sociedades que emplean a más de 2000 personas). Además, la ley de sociedades anónimas, del 6 de septiembre de 1965, estipula que el balance final anual de cualquier sociedad anónima debe ser revisado por un auditor independiente.

De hecho, parece ser que concurren varios motivos para que estos controles de los poderes públicos sean relativamente laxos. Recordemos, en primer lugar, la ventaja natural y general que tiene cualquier administrador activo sobre el simple auditor. Además, estos controles se complican muchísimo debido a las múltiples participaciones indirectas, a la creación de filiales, a las relaciones de interpenetración entre capitales públicos y privados, etcétera. Otros aspectos que también pueden influir son la eventual

<sup>15</sup> Para más detalles, véase, sobre todo, Emmerich, *op. cit.*, pp. 198 y s.

incompetencia de los auditores, su falta de interés o de tiempo o, también, el deliberado deseo políticos de dejarles las “manos libres” en su administración a las empresas públicas.<sup>16</sup>

c. Más allá de las diferencias ya citadas, mencionaremos también algunos rasgos comunes al control interno que los poderes públicos ejercen sobre las empresas públicas, sean de derecho público o privado.

a.a. Un instrumento de control no reglamentado, sin embargo importante, es la política de financiamiento seguida por los poderes públicos: al otorgar o negar la asignación de capital (o autorizaciones de crédito), pueden, obviamente, al igual que un propietario privado, encauzar a las empresas públicas cuyos fondos propios están escasos. Por otra parte, puede ocurrir que los poderes públicos procedan a estas asignaciones en una forma mucho más lenta de lo que lo haría un empresario privado en una situación similar.<sup>17</sup>

La intervención de los poderes públicos en el nombramiento o la elección de los dirigentes de las empresas públicas es, también, un potente medio de control.

b.b. El control interno no se aplica por una instancia específica y única, sino que sigue las reglas generales de la competencia. Por ejemplo, las participaciones de la Federación dependen, respectivamente, de los secretarios de Hacienda, de Transportes, de la Construcción, de Agricultura, de la Cooperación, de la Investigación y de otros ministros. El secretario de Hacienda se encarga de cierta coordinación.

2. El control externo sobre las empresas públicas puede ser uno especial sobre la administración o uno aplicado a las empresas públicas y a las privadas, sin distinción.

a. Una forma de control administrativo es la tutela del Estado sobre los municipios, que también puede ejercerse sobre su actividad en materia de empresas públicas. Este tipo de control sirvió de modelo para una tutela especial del Estado sobre las cajas de ahorro.

Mencionaremos también el control presupuestario y financiero por parte de los parlamentos y de los tribunales de cuentas de la Federación y de los *Länder*. El parlamentario, es algo reducido debido a que solamente los saldos de las empresas públicas figuran en el presupuesto general. En el caso de empresas públicas de derecho privado, el control de los tribunales de

<sup>16</sup> En este último sentido, véanse, las declaraciones del actual secretario federal de finanzas, Matthöfer, *loc. cit.*, p. 1034.

<sup>17</sup> Véase, Backhaus, *op. cit.*, p. 8. Se vio incluso el caso, verdaderamente excepcional, de que una empresa privada con participación estatal quebró; igualmente, véase, Backhaus, *op. cit.*, p.4

cuentas y de instituciones similares se limita, salvo acuerdo en contrario, al análisis de la corrección de la gestión de la participación pública; los criterios del control son, siempre, de índole meramente económica.<sup>18</sup>

b. Las empresas públicas se encuentran, aún, bajo otros controles externos muy importantes, pero que no son propios de ellas. En efecto, las actividades de las empresas se ven, muy a menudo, sometidas a reglas y controles específicos, que hacen caso omiso de su carácter público o privado. Algunas de estas legislaciones tienen un alcance general, otras son de tipo sectorial.<sup>19</sup>

Como ejemplos del primer género, recordemos la legislación sobre las instalaciones y obras peligrosas, la posibilidad —actualmente más bien teórica— de un control de precios en virtud de una Ley del 10 de abril de 1948 y la legislación sobre la competencia. En cuanto a esta última, se entiende que las empresas públicas deben, en principio, respetar la ley contra la competencia desleal del 7 de junio de 1909, de la misma manera que las empresas privadas; en caso de violación, pueden ser llevadas ante las jurisdicciones de derecho común. La ley contra las prácticas restrictivas a la competencia (ley contra los *trusts*) del 27 de julio de 1957, plantea, inclusive, en términos explícitos, en su artículo 98 el siguiente principio: “La presente ley se aplica también a las empresas que sean, en totalidad o en parte, propiedad pública o administradas por el Estado”.

De ello resulta la sujeción de las empresas públicas al control de los acuerdos, ejercidos por las oficinas de acuerdos de los *Länder* y de la Federación. Es cierto que la ley de 1957 prevé algunas exenciones sectoriales (empresas de transportes, empresas de suministros, instituciones de crédito), pero éstas se enfocan siempre hacia toda las empresas —públicas y privadas— de los sectores involucrados, aunque de hecho numerosas empresas públicas les sacan provecho.

Lo mismo se puede observar en lo que se refiere a las legislaciones sectoriales que tienen previstos controles específicos, a través de oficinas de control o por la administración misma. Así, todas las empresas —públicas y privadas— están interesadas por los controles específicos sobre los bancos y otras instituciones de crédito, las compañías de seguros, las empresas de suministro de energía y las empresas de transporte. Además, estas tareas de control de los poderes públicos, en caso de no cumplirse en forma cabal, son susceptibles de fundamentar la responsabilidad pública financiera de las personas privadas, tal y como lo acaba de subrayar el Tribunal de Casación.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Sobre el control ejercido por el Tribunal de Cuentas, véase, sobre todo, Buckhaus, *op. cit.*, pp. 268 y s.

<sup>19</sup> Véase, Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen, op. cit.*, pp. 357 y s.

<sup>20</sup> Cfr. los acuerdos del *Bundesgerichtshof* de 15 de febrero de 1979, respectivamente, de 12 de julio de 1979, reproducidos en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, pp. 1354 y s., respectivamente, pp. 1879 y s.

c. Mencionaremos todavía --como simple recordatorio en el presente contexto-- las limitaciones y controles adicionales que derivan del derecho de la Comunidad Económica Europea y, en particular, del artículo 90 del Tratado del 25 de marzo de 1957<sup>21</sup> que la crea. Según el enfoque del derecho de la Comunidad, las empresas públicas pueden plantear problemas en la medida en que sirven de instrumentos a la política económica de los poderes públicos nacionales; ellas, entonces, ponen en peligro la integración en el mercado común. Por otra parte, resulta imposible prohibir pura y simplemente su utilización a los estados miembros. De ahí el compromiso previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 90 del Tratado:

1. Los estados miembros, en lo que se refiere a las empresas públicas y a las empresas a las cuales otorgan derechos especiales o exclusivos, no dictarán ni conservarán medida alguna opuesta a las reglas del presente Tratado, en particular a las que se encuentran previstas en los artículos 7 y 85 al 94 inclusive.
2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o con carácter de monopolio fiscal, se encuentran sometidas a las reglas del presente Tratado, especialmente a las reglas de competencia, siempre y cuando la aplicación de estas reglas no obstaculice el cumplimiento, de derecho o de hecho, de la misión específica que les fue encargada. El desarrollo de los intercambios no debe verse afectado por una medida opuesta al interés de la Comunidad.

Llegando el caso, la Comisión puede dar a los estados miembros directivas o decisiones apropiadas.<sup>22</sup>

Estas reglas de la Comunidad no prohíben categóricamente el otorgamiento de prerrogativas a las empresas públicas pero, sin embargo, están notablemente orientadas hacia una igualdad de trato entre empresas públicas y privadas.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, Nicolaysen, *Plan-Einsatz öffentlicher Unternehmen und EWG-Vertrag* AArt. 110, en *Kaiser Ged. Planung III. Mittel und Methoden Plander Verwaltung*, 1968 pp. 311 y s.; y, en especial, los diferentes informes sobre el tema, presentados en el Octavo Congreso de la Federación Internacional para el Derecho Europeo en 1978, publicado bajo el título, F. I. D. E., *Equal treatment of Public and Private Enterprises*, vol. 2, Copenhagen, 1978.

<sup>22</sup> Uno puede deducir de estos reglamentos, entre otras cosas, la exigencia de una cuantificación lo más precisa posible de los gravámenes del servicio público impuestos a las empresas públicas, puesto que el saneamiento de los déficit incontrolados o incontrolables corre el peligro de caer de golpe bajo el peso de los artículos 92 y s. TrCEE.

<sup>23</sup> Al verlos de más cerca, el párrafo 1 del artículo 90 TrCEE les da a las empresas públicas, *lato sensu*, un trato aún "más igual" que las empresas privadas, al somter las primeras no solamente a las reglas aplicables a las empresas privadas, sino también a

VI. Finalmente, podemos observar que esta igualdad de trato entre empresas públicas y privadas es ampliamente practicada en el derecho alemán. Aún los privilegios fiscales de los que gozaban las empresas públicas antaño, han sido suprimidos en su mayoría. La igualdad es válida tanto para las reglas de fondo como para las vías de recurso.<sup>24</sup>

#### D. Conclusión

No nos fue posible esquematizar “el cuadro de las empresas públicas y de su régimen jurídico en la República Federal Alemana; nos vimos, más bien, obligados a hacerlo con minucia. Esto se debe al hecho de que, en la utilización de las empresas públicas como medios de acción económica, los poderes públicos carecen obviamente de un gran propósito rector. ¿Pero, la paradoja de la fórmula de la empresa pública, que es a la misma vez parte de la administración y de la economía, no le prohíbe, *a priori*, tener semejante propósito? El arreglo pragmático, caso por caso, parece, efectivamente, imponerse.

Podemos preguntarnos, desde luego, si las cosas deben no pasar de ahí. Comparadas con los otros medios de acción económica de los poderes públicos, sus empresas incluyen un elemento nuevo y específico que es su sujeción al control interno por esos mismos poderes. Ahora bien, ¿no sería este control interno un medio selectivo para los poderes públicos que les permitiría seguir, de una manera muy eficaz, con una política económica coherente, totalmente enfocada hacia el interés público? Y ¿la verdadera justificación de la empresa pública, no debe encontrarse precisamente en ello? En teoría, así es; a través del control interno los poderes públicos podrían hacer valer, en una forma directa y común, una misión especial de las empresas públicas que, en el fondo, sería una misión de servicio público.

Sin embargo, al enfatizar este último aspecto existe el riesgo de llevar a las empresas públicas a déficits que los presupuestos generales tendrían que compensar, práctica que, rápidamente, se toparía con límites económicos y políticos. Además, los criterios en cuanto al cumplimiento de una misión de servicio público son poco claros, mientras que las cifras son muy elocuentes. Por ello, los representantes de los poderes públicos se verán obligados a

aquellas previstas por los estados miembros; esta desigualdad de trato en beneficio de las empresas privadas, encuentra su compensación en la idea de una posición normalmente privilegiada de las empresas públicas y en la posibilidad de excepción prevista por el párrafo 2; cfr. Mathijsen, *Egalité de traitement des entreprises dans le droit des Communautés Européennes*, en F. I. D. E., op. cit., pp. 11. 1 y s.

<sup>24</sup> Es verdad que los informes del empleado federal y de algunas otras empresas públicas, junto con sus usuarios, relevan el derecho público, mientras, por lo general, estos informes se rigen por el derecho privado; éste no afecta la igualdad de trato en substancia.

menudo a tomar en cuenta no tanto la misión de servicio público sino, más bien, el éxito económico de las empresas públicas que será también la meta principal de los responsables de las empresas públicas.<sup>25</sup> Así, en la gestión y en la gestión y el control interno de las empresas públicas, consideraciones de tipo no económico con facilidad se relegarán al segundo lugar. Por lo menos en la medida en que las empresas públicas se encuentran en una situación de competencia —directa o de sustitución— con empresas privadas, las auto-presiones no económicas, e inclusive anti-económicas, impuestas a las empresas públicas por motivos de interés general tienen que ser de poca duración.

Esta situación cambia, desde luego, a partir del momento en que las necesidades del interés público se transforman en presiones externas al mercado, afectando a todas las empresas del sector, públicas o privadas. En estas cuestiones, los poderes públicos tendrán que recurrir, para hacer respetar las exigencias del interés público, a los medios de control externo, en particular a la legislación sectorial específica aplicable tanto a las empresas públicas como a las privadas. Por ello, la ventaja de un control más profundo y más fácil de la empresa pública parece presentar el riesgo de un cierto desvanecimiento.

Después de todo, se nos antoja plantear, a manera de conclusión, la siguiente hipótesis. En una economía esencialmente de mercado, la paradoja de la empresa pública mostrará la tendencia a traducirse en un escalonamiento en el tiempo: la política presidirá a la creación y al marco jurídico, el mercado dictará el funcionamiento.

Pero no se resuelve así la paradoja, porque, de esta manera, la empresa pública estará de nueva cuenta confrontada con su razón de ser, ya que el alineamiento con la empresa privada vuelve inevitablemente a cuestionar su misión y su legitimidad. Y la ambigüedad persistirá; el debate seguirá abierto.

Dieter H. SCHEUING\*

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, República Federal Alemana.

<sup>25</sup> Sobre y en contra de estas tendencias, Püttner, *Die Kunst der Führung öffentlicher Unternehmen*, loc. cit., pp. 486 y s.