

ACTIVIDAD ECONÓMICA LUCRATIVA DEL SECTOR PÚBLICO

Dirk Ehlers*

A. ACTIVIDAD ECONÓMICA PROPIA DEL SECTOR PÚBLICO

Si el Estado quiere conducir y regular la actividad económica tiene tres posibilidades. Primero, puede promulgar leyes económicas. Segundo puede actuar como administrador de bienes económicos, es decir, como entidad externa capaz de ejercer influencias sobre los sujetos económicos a través de los instrumentos del Derecho Administrativo. En muchos casos se tratará del planeamiento, la supervisión, la conducción o el fomento de la economía. Mayormente esto comprende la aplicación o la concreción de leyes, lo que en realidad no es necesario ya que según la opinión predominante¹, ni el planeamiento ni el fomento de la economía requieren necesariamente la existencia de una ley. Finalmente, la tercera posibilidad del Estado es la actividad económica propia, es decir, la participación en la vida económica de la misma manera como los demás actores económicos. En este caso el Estado actúa como productor, ofertante o distribuidor de bienes o servicios, pudiendo éstos también ser prestados por personas privadas. Lo que sigue no trata exclusivamente de la actuación del Estado en el sentido lato (es decir, de la actividad del Gobierno Federal y de los Estados Federados) sino de aquella del sector público que comprende a todas las instancias estatales (incluyendo los municipios, las cámaras, etc.).

La extensión real de la actividad económica del sector público es muy grande. Desde hace bastante tiempo, el Gobierno Federal está aplicando una

La intervención del Estado en la vida económica se puede dar a través de tres formas: dictando leyes económicas, utilizando el Derecho Administrativo para influir en los agentes económicos o participando en la vida económica como cualquier agente económico (intervención económica directa).

En el presente artículo, el autor contempla la siguiente hipótesis: si dentro del ordenamiento alemán y de la Unión Europea las instituciones públicas pueden intervenir de manera directa en la vida económica, o, en todo caso, cuáles son los requisitos de esa intervención.

* Catedrático alemán especialista en Derecho Administrativo.

¹ Ver para la administración de subvenciones BverwG NUW 1977, k1838; BverwGE 90, 112, 126.

política de privatización, por lo que no sólo ha abandonado la mayoría de sus participaciones en empresas industriales (por ejemplo, en VW, VEBA, VIAG y la Salzgitter AG) sino también en empresas como Lufthansa y muchos consorcios de la (antigua) agencia fiduciaria. Aún así el informe del año 1979 sobre las inversiones públicas contenía 446 participaciones directas e indirectas. El volumen del Gobierno Federal y del patrimonio especial en el capital contable de las empresas fue de 72 millares de DM. Las empresas donde el Gobierno Federal o los patrimonios especiales tienen la mayoría de las acciones, tuvieron en el año de 1996 alrededor de 833,000 empleados. Las empresas formalmente privatizadas como el Correo Alemán y el Ferrocarril tienen una posición dominante. Está previsto privatizar esas empresas también materialmente (a no ser que ya se haya hecho como en el caso de la Compañía *Deutsche Telekom AG*). Pero visto en conjunto, sigue reduciéndose la importancia de la actividad económica del Gobierno Federal. Algo similar debe estar pasando en los Estados Federados de Alemania. Estos no mantienen mega-empresas pero sí tienen importantes institutos crediticios (los llamados *Landesbanken*) o participaciones en empresas de transporte, de construcción de viviendas y de urbanización. La economía municipal, en cambio, no ha perdido su peso. En ese sentido se tiene que mencionar las empresas municipales de abastecimiento y desabastecimiento (por ejemplo, en el sector de energía, agua y desechos, las empresas del transporte municipal, las cajas de ahorro o de las empresas municipales de telecomunicación). A pesar del gran número de iniciativas de privatización, existen pruebas de la expansión de la economía municipal. Por esta razón, muchas municipalidades esperan de la ampliación de estas actividades económicas nuevos y lucrativos campos de acción que impliquen una mejora de su respectiva situación financiera². También la integración de la responsabilidad técnica y de los recursos, practicada en numerosos municipios según el nuevo modelo de gestión, fomenta el establecimiento de unidades económicas con responsabilidad propia³.

B. FINES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA PROPIA

A través de actividades propias en el ámbito de la economía el sector público puede perseguir fines públicos o lucrativos. De fines públicos y socio-económicos se trata si la participación del sector público en la actividad económica sirve ante todo a

objetivos del bienestar común. Este ámbito aún garantiza al sector público un espectro bastante amplio de actuación puesto que faltan normas vinculantes con respecto a un orden determinado de la economía. En este contexto, el abastecimiento de la población con bienes y servicios, el saneamiento debido, motivos sociales, la garantía de precios estables, un alto nivel de empleo (lucha contra el desempleo), el establecimiento del equilibrio de la economía de exportación, el fortalecimiento del crecimiento económico o la influencia sobre la competencia, son todos objetivos válidos. Fines orientados al lucro, en cambio, significan que el sector público está exclusivamente interesado en el logro de ganancias. Tales ganancias son de interés público si el lucro está destinado al cumplimiento de las tareas legítimas del Estado.

C. COMPATIBILIDAD DE FINES LUCRATIVOS CON EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (GATT) ASÍ COMO CON EL ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS (GATS)

Según el artículo XVII, inciso 1b del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994), el que se aplica en todos los Estados miembros de la Unión Europea (ABI EG 1994, L 3361) y que los compromete a todos ellos, incluyendo la República Federal Alemana, las empresas estatales están obligadas a ejecutar sus ventas y compras exclusivamente sobre la base de consideraciones comerciales tales como precios, calidad, volúmenes disponibles, transporte y otras relacionadas a la venta y compra. De lo anterior se deduce que el GATT 94 no se opone a la actividad económica con fines de lucro por parte del sector público. Viceversa, el GATT 94 no obliga a las empresas de sus Estados miembros a tener una orientación meramente lucrativa. Por un lado, la disposición arriba mencionada sólo se refiere a compras y ventas implicando importaciones y exportaciones (ver artículo XVII, inciso 1a). Esto no es aplicable a las empresas del sector público. Por el otro, no se excluye ni la persecución de fines del bienestar común ni la actuación de tipo comercial. Se puede, por ejemplo, establecer una empresa comercial del Estado con el fin de fortalecer la capacidad económica y conducirla a la vez con motivos lucrativos (para obtener ganancias). El Acuerdo General sobre el Comercio Internacional de Servicios (GATS) tampoco obliga a

² EHLERS DVBI 1998, p. 497.

³ OTTING, "Nuevo Modelo de Gestión y espacios para la actuación legítima de los municipios", 1997, p. 44 y siguientes.

los Estados miembros a un comercio de servicios orientado exclusivamente al lucro.

D. COMPATIBILIDAD DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS LUCRATIVAS CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Unión Europea prevalece sobre todos los niveles del Derecho Nacional (en el marco de ciertos límites) y contiene importantes disposiciones cuantitativas y cualitativas para la actividad económica propia del sector público. De esta manera el sector público debe cumplir con la prohibición de discriminación, los derechos humanos fundamentales y las reglas de la competencia, incluyendo la prohibición de subvención (artículo 92 EGV). El artículo 90 inciso 1 EGV dispone que con respecto a las empresas públicas los Estados miembros no deben tomar o mantener medidas contrarias al Contrato de la Unión Europea. En términos generales, la vinculación a las disposiciones de la competencia implica, a nivel del Derecho de la Unión Europea, el trato igual hacia las empresas públicas y privadas. Por esta razón, el Derecho de la Unión Europea no prohíbe a sus Estados miembros desarrollar actividades meramente lucrativas. Pero, igual que el GATT, el Derecho de la Unión Europea tampoco compromete a los Estados miembros a este tipo de fines. En primer lugar, resulta de los comentarios anteriores lo siguiente: objetivos orientados a fines de políticas económicas y sociales, por un lado, y el actuar basado en el principio de la libre competencia por el otro, no son necesariamente excluyentes. Además el artículo 90 inciso 2 EGV, contiene una excepción sectorial para empresas encargadas de servicios de interés general o aquéllas con carácter de monopolio financiero. El término "empresas de servicios" abarca un espectro muy amplio⁴. Primero, no se refiere a las actividades mencionadas en el artículo 60 de la legislación de la Unión Europea pero sí a empresas que se dedican a la producción y la distribución de mercancías. A estas empresas se les aplican las disposiciones del Contrato de la Unión Europea, ante todo las reglas referidas a la competencia, pero solamente si su aplicación no

impide la ejecución de las tareas especiales encargadas a las empresas (siempre y cuando el desarrollo del comercio no se perjudique de tal manera que resulte ser contrario al interés de la Unión Europea). Finalmente según el artículo 222 EGV, el Contrato de la Unión Europea no cambia los regímenes patrimoniales de sus Estados miembros. De esta manera, el Derecho Comunitario de la UE limita su influencia sobre las empresas públicas⁵. Si el Derecho de la Unión Europea permitiera actividades meramente lucrativas a las empresas públicas mientras que las normas constitucionales de los Estados lo prohibieran, las empresas públicas deberían ser privatizadas. Pero tal prohibición de privatización estaría en contradicción con el contenido del artículo 222 del Contrato de la Unión Europea.

E. COMPATIBILIDAD DE FINES LUCRATIVOS CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Estado de la Discusión y Opinión

Hasta la fecha no existe jurisprudencia alguna con respecto a la interrogante de si la Ley Fundamental o las Constituciones de los Estados Federados prohíben al sector público actividades exclusivamente lucrativas. En una de sus sentencias, el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana ha sostenido que una empresa municipal debiera servir al bien común de los ciudadanos de la Unión Europea de manera inmediata a través de su rendimiento y no sólo de manera mediata mediante sus lucros. Por lo tanto, se prohíbe que los municipios tengan empresas meramente lucrativas. Similar es la situación legal con respecto a las demás personas jurídicas del derecho público, de manera que sólo se permite el aprovechamiento de bienes patrimoniales y la actividad lucrativa de agencias de derecho público en combinación con el cumplimiento de tareas públicas⁶. El Tribunal deduce esta opinión del derecho común y no de las normas constitucionales. En la literatura se discute el asunto de la admisibilidad constitucional con fines meramente lucrativos del Estado de manera controversial⁷. De acuerdo a la

⁴ GEIGER. "Contrato de la Unión Europea". 2da. Edición, 1995, artículo 90, Rn 9.

⁵ NICOLAYSEN, "Eurorecht" (Derecho Europeo). VI, 1996, p. 270.

⁶ BverfGE 61, 82, 107 f.

⁷ **Opiniones en contra** se encuentran en las siguientes obras: EHLERS. *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, p. 92 y siguientes; JZ 1990, 1089, 1091; PUTTNER. *Die öffentlichen Unternehmen*, 2da. Edición, 1985, p. 131; STOBER. *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts* y siguientes; BERG. *GewArch* 1990, 225, 228; KROLLS. *GewArch* 1992, 281, 286. **Opiniones a favor** En: EMMERICH. *Das Wirtschaftsrecht der Öffentlichen Unternehmen*, 1969, p. 86 y siguientes; HIDIEN. *Gemeindliche Betätigung rein erwerbswirtschaftlicher Art und öffentlicher Zweck kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen*, 1981, p. 136; OTTING. ver cita arriba, p. 138 y siguientes. Ver también GUSY, *JJA* 1995, 166, 167; SCHILIESKY. *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 1997, p. 185; JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Wirtschaftsverfassungsrecht*, 3ra. Edición, 1997, p. 195 y 202 y siguientes.

opinión expuesta, la Ley Fundamental prohíbe tajantemente cualquier actividad meramente lucrativa del Estado.

2. Las Normas del Derecho Constitucional

La Ley Fundamental alemana y las Constituciones de los Estados Federados no especifican los fines del sector público con respecto a su participación en la actividad económica. Si bien la Ley Fundamental menciona las empresas del Gobierno y sus particiones, no obliga ni al Estado ni a las empresas estatales a cumplir con un objeto determinado. No obstante existen otras disposiciones constitucionales de las cuales se pueden deducir consecuencias para dichos objetos. Por ello, el principio subsidiario contenido en el artículo 23 inciso 1 de la Ley Fundamental, podrá tener repercusiones en el régimen legal interno del Estado⁸, tendiendo a la abstención del Estado. Pero tampoco se pueden deducir de este artículo indicaciones de acción inmediata, ni para el Estado ni para la sociedad, ya que se trata de un principio poco concreto. De mayor utilidad resulta el precepto de la Ley Fundamental que estipula que el Estado debe cobrar impuestos. El régimen financiero contenido en la Ley Fundamental perdería su sentido si las instancias estatales pudieran obtener, según su gusto, otros ingresos mediante su participación en la actividad económica⁹. Por esta razón, el financiamiento de las tareas estatales debe en primer lugar provenir de los impuestos. Finalmente, el sector público está obligado a cumplir las disposiciones de la Ley Fundamental y el principio del Estado de Derecho¹⁰. De acuerdo a la ley, los competidores del sector público recién deberían deducir derechos subjetivos de resistencia de la Ley Fundamental si una competencia privada resulta imposible o si el sector público se convierte en un monopolio indebido. No obstante, las disposiciones de la Ley Fundamental no sólo contienen posiciones legales subjetivas sino que tienen a la vez un significado objetivo de derecho que es válido para todos los ámbitos legales, recibiendo de la legislación, administración y jurisprudencia sus lineamientos y impulsos¹¹. Del significado de derecho objetivo de los derechos fundamentales en combinación con el precepto del

Estado de Derecho resulta que cualquier actividad del Estado debe estar basada en un objetivo público, es decir en una consideración del bien común. El hecho de que existan numerosos bienes comunes, evita que el sector público, se vea reducido en sus actividades. Pero de todas maneras se excluye la aspiración meramente lucrativa¹². Debido a que esta aspiración sirve de manera mediata al bien común (en el caso de que los ingresos obtenidos se utilicen para el financiamiento de las tareas legítimas del Estado) no es suficiente puesto que de otra manera la actividad del Estado ya no podrá ser evaluada, limitada y distinguida del actuar egoísta de los agentes privados. Expresado de otra manera: la vinculación al bien común no tendría sentido alguno. Por lo tanto es de suponerse que el sector público está prohibido de asumir actividades meramente lucrativas, siempre y cuando no existan excepciones permitidas por la Constitución bajo el concepto de *constitutione lata*.

F. COMPATIBILIDAD DE FINES LUCRATIVOS CON EL DERECHO LEGISLATIVO

Las disposiciones de ciertas leyes contienen en parte normas especiales para las actividades económicas del sector público y/o de sus empresas. En el caso de las Cajas de Ahorro, las respectivas leyes determinan que las Cajas de Ahorro deben servir al "abastecimiento monetario y crediticio de la población, a la economía y especialmente al ámbito económico del respectivo garante" (artículo 3 inciso 1 Spkw (Ley de Cajas de Ahorro)NW9). Disposiciones generales se encuentran en los regímenes presupuestales y municipales. De acuerdo al artículo 65 inciso 1 numeral 1 de los HO en (Regímenes Presupuestales), el Estado sólo debería participar en una empresa del derecho privado si existe un interés importante y si el Estado no puede alcanzar su objetivo mejor y de manera más económica a través de otros medios. Según el artículo 67 inciso 1 numeral DGO, del 30 de enero de 1935, todos los regímenes municipales disponen que el municipio sólo puede establecer o ampliar empresas con actividades económicas si el fin público de las mismas lo justifica¹³. Prevalece la opinión de que no está dado un interés importante en el sentido del artículo 65 inciso 1 numeral 1 Ho

⁸ Ver OPPERMAN, Jus 1996, p. 569 y 571.

⁹ Bverge 93, p. 319 y 342.

¹⁰ BVerwGDVBI 1996, p. 152 y 153; posición crítica: EHLERS JZ 1990, p. 1089 y 1096.

¹¹ Bverf GE 7, p. 198 y 205

¹² Ver por ejemplo, BMF, MinBIFin 1978, p. 314 y 316, Rn. 9: fundamentación oficial con respecto al artículo 67 DGO, publicado en SÜREN, *Die Gemeindeordnung der Bundesrepublik* (El régimen municipal de la República Federal Alemana), Tomo II, 1960, p. 154

¹³ Ver otras disposiciones en el artículo 107 inciso 1 GO NW.

(Regímenes Presupuestales) ni un fin público si solamente se pretende obtener ingresos. No existen disposiciones legales que atribuyen al sector público el lucro como el único fin de su actividad económica.

G. ADMISIÓN DE GANANCIAS

La exigencia de que exista un objetivo público y/o socioeconómico no excluye la obtención de ganancias. Así, los regímenes municipales disponen que las empresas municipales deben contribuir al presupuesto comunal, siempre y cuando esto no afecte negativamente el cumplimiento del objetivo público (por ejemplo el artículo 109 inciso 1 p. 2 GO NW). No hay objeción alguna a lucros derivados de una actividad socioeconómica, a no ser que disposiciones de leyes específicas planteen otra cosa (por ejemplo, puro cubrimiento de costos). Además, se admite una orientación con fines de lucro si se pretende apoyar la actividad principal de tipo no económico (tal como en el caso de un restaurante o kiosco en un hospital municipal). También se permite una actividad orientada, especialmente para el aprovechamiento del potencial económico que de otra manera quedaría sin uso alguno¹⁴. A este rubro pertenece, por ejemplo, el alquiler o el uso comercial de los terrenos de las calles municipales a través de la imposición de una comisión concesionaria de las empresas de abastecimiento energético¹⁵. Más problemática es una actividad secundaria orientada al lucro si conduce a la ampliación de los bienes requeridos para la tarea del bien común, como por ejemplo la compra de herramientas o equipos adicionales o la contratación de nuevos empleados.

En la medida en que tal aplicación resulta ser aceptable, compensando o minimizando las pérdidas ocasionadas en el negocio principal de gestión socioeconómicas, la ampliación puede ser interpretada como legítima basándola en el principio no lucrativo

de la Administración¹⁶. En principio, se prohíbe cualquier actividad con fines de lucro que se encuentre en contra del objetivo público de la actividad económica propia.

H. LA PROTECCIÓN JUDICIAL

La protección judicial-administrativa contra una actividad lucrativa del sector público es muy difícil de obtener ya que las disposiciones de las respectivas leyes según el artículo del párrafo 65 inciso 1 numeral 1 Ho (Regímenes Presupuestales) o las disposiciones sucesivas del párrafo 67 inciso 1 numeral 1 DGO padecen del carácter de protección de terceros¹⁷ y porque, debido a la falta de una transgresión del punto de intervención constitucional, una demanda de resistencia fijada en la Ley Fundamental casi nunca procede. Por lo tanto, los competidores privados han optado mayormente por obtener la protección en los juzgados civiles, basándose en el párrafo 1 UWG (Ley del Medio Ambiente). Por el hecho de que el párrafo 13 inciso 2 de la Ley del Medio Ambiente permita una demanda gremial, ésta también es válida para determinados gremios (ante todo para las Cámaras de Industria y Comercio así como las Cámaras de Artesanos). Los juzgados civiles confirman su competencia para tales solicitudes de protección jurídica porque en términos generales sujetan el Derecho de la Competencia y también las relaciones competitivas del sector público al Derecho Privado¹⁸. Los juzgados civiles tienden a interpretar como contrario a la ética a cualquier actividad económica del sector público que viola las disposiciones del Derecho Público¹⁹. Eso no deja de ser problemático puesto que el competidor privado no puede exigir el cumplimiento del Derecho Objetivo sino que solamente de aquellas disposiciones que afecten su propio interés. Además, no es tarea del Derecho Privado sancionar la observancia de todas las disposiciones del Derecho Público. Finalmente, una violación específica en contra de la competencia²⁰.

¹⁴ BVerw GE 82, p. 29 y siguientes.

¹⁵ Ver por ejemplo BMF, MinBIFin 1978, p. 314 y 316, Rn.9: fundamentación oficial con respecto al artículo 67 DGO, publicado en SÜ REN, *Die Gemeindeförderung der Bundesrepublik* (El régimen municipal de la República Federal Alemana), Tomo II, 1960, p. 154.

¹⁶ EHLERS, DVBI 1998, p. 497 y 501

¹⁷ Ver para las disposiciones municipales BVerwGE 39, 329, 336; BVwg BayVBI 1978, 375, 378,; BayVGH, BayVBI 1976, p. 628 y 629; SCHOCH DOV 1993, p. 377 y 380.

¹⁸ GmS-OGB BGHZ. p. 102 y 280 cont.; BGHZ 66, p. 229 cont.; posición crítica: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzer, VwGO, 1997; párrafo 40, RN 286 cont.; SCHLIESKY "Derecho Público de Competitividad, 1997, p. 310; MULLER JZ 1998, p. 578 y siguientes.

¹⁹ BGH DVBI 1965, p. 362, 363; BGHZ 110, p. 278 cont.; BGH, WRP 1995, p. 475 y 479; OLLG Düsseldorf, NWVBI 1997, p. 353 y 354, con nota negativa de MORAING, OLG Hamm, JZ 1998, p. 576 ff, con nota aprobatoria de MULLER.

²⁰ Ver otras fuentes. OTTING, arriba citado, p. 220 cont.; SCHLIESKY, arriba citado, p. 389 y 449.