

¿TIENEN LEGITIMACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES LAS EMPRESAS PÚBLICAS? CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA LIBERTAD DE EMPRESA (ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SUIZA)

Por GIOVANNI BIAGGINI*/**

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. SOBRE EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN: A) Rechazo de la legitimación en materia de derechos fundamentales por razones de principio. B) Pragmatismo de la praxis jurídica. C) Las tendencias más nuevas en la doctrina. D) Balance provisional.—3. UN INTENTO DE ACLARACIÓN BASADO EN LAS FUNCIONES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: A) Ámbito de protección y pluralidad de funciones como punto de partida. B) Funciones particulares desde la perspectiva de las empresas públicas.—4. CONSIDERACIÓN FINAL.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La transferencia de tareas públicas a empresas públicas y de economía mixta tiene una larga tradición en Suiza y goza de inquebrantable popularidad¹. Las empresas públicas y de economía mixta encuentran también atención desde siempre tanto en la doctrina de Derecho privado como en

* Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho del Estado, Derecho administrativo y Derecho europeo en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Zúrich (Suiza). Coeditor de la Revista *ius full-Forum für juristische Bildung*, editada por Schulthess, Zürich. Miembro del Consejo Científico de la *Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZÖR)*, Springer, Viena. Vicepresidente (interino) de un Tribunal federal administrativo especial.

** El autor agradece a la Sra. Licenciada en Derecho Heidrun Gutmannsbauer su valiosa ayuda en la recopilación y clasificación de la literatura y la jurisprudencia.

¹ Sobre las cuestiones conceptuales y de delimitación (en las que aquí no se profundiza), cfr., por ejemplo, KLAUS A. VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 3.ª edición, Berna, 1995, pp. 230 ss.

la de Derecho público². Desde una perspectiva constitucional, en el centro del debate había sobre todo dos cuestiones hasta ahora: la de la *admisibilidad* de una actividad empresarial del poder público y la de la *vinculación a los derechos fundamentales* de las empresas públicas. Ambas cuestiones han sido investigadas a fondo, y ambas pueden hoy considerarse aclaradas en lo esencial, si bien no en todos sus detalles. Ambas cuestiones se han respondido en principio afirmativamente tanto en la teoría como en la praxis³. Una tercera cuestión, por el contrario, ha merecido en Suiza hasta ahora más bien poca atención: en qué medida las empresas públicas y de economía mixta pueden invocar los derechos fundamentales, sobre todo la libertad de empresa* (artículo 27 de la Constitución Federal Suiza), si son limitadas por medio de medidas estatales en sus posibilidades de desarrollo⁴. Un caso que hace poco tuvo que decidir el Tribunal Federal ilustra que la cuestión, respondida en la doctrina contradictoriamente⁵, no es sólo de interés teórico⁶:

En una controversia entre *Swisscom AG* y la Oficina Federal para Comunicación⁷, la Comisión Confederada de Comunicación decidió que

² De entre la vieja literatura, véase LEO SCHÜRMAN, «Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation», *ZSR* 1953, pp. 65a ss.; de la nueva literatura, véase, por muchos, ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8.ª edición, Berna, 1998, §1 N. 20 ss.; PETER FORSTMOSER/TOBIAS JAAG, *Der Staat als Aktionär*, Zúrich, 2000; MICHAEL STÄMPFLI, *Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft*, Berna, 1991.

³ Sobre la vinculación a los derechos fundamentales, cfr., ahora, el artículo 35.2 de la Constitución Federal Suiza; sobre las cuestiones abiertas, cfr. RENÉ RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000*, Basilea y otras, 2000, p. 153; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3.ª edición, Berna, 1999, p. 646. Sobre los presupuestos y límites del actuar estatal empresarial, cfr. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basilea/Frankfurt del Meno, 1998, pp. 357 ss.; STEFAN VOGEL, *Der Staat als Marktteilnehmer*, Zúrich, 2000.

* Se traduce en este trabajo «Wirtschaftsfreiheit» por «libertad de empresa» por corresponderse este derecho fundamental suizo más bien con la libertad de empresa de nuestro propio sistema constitucional, si bien una traducción más literal hubiera preferido la de «libertad de economía» o, a lo sumo, «libertad económica». (*Nota del Traductor*).

⁴ Cfr., por lo menos, RENÉ RHINOW, *Kommentar zur (alten) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, «Art. 31 (1988)», número marginal 100 ss.; FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berna, 1981, p. 50; BEAT KRÄHENMANN, *Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens*, Basilea/Frankfurt del Meno, 1987, pp. 157 ss.; HANS MARTI, *Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung*, Basilea/Stuttgart, 1976, pp. 33 ss. En general, YVO HANGARTNER, «Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts», in: *Festschrift Ulrich Häfelin*, Zúrich, 1989, pp. 111 ss.

⁵ Cfr. Las referencias en GIOVANNI BIAGGINI, «Wirtschaftsfreiheit», in: Daniel Thürer et al. (ed.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zúrich, 2001, p. 783.

⁶ Sobre la actualidad del planteamiento de la cuestión, véase también HANNES BAUMGARTNER, «Grundrechtsanspruch auf Zeitungsboxen für Gratisanzeiger an Tramhaltestellen?», *ZBl* 2001, p. 646.

⁷ La controversia afectó al precio máximo para el acceso a números 0800 por medio de cabinas telefónicas públicas.

Swisscom AG lesionó el derecho de telecomunicaciones así como su concesión de aprovisionamiento básico. La *Swisscom AG* elevó recurso de amparo contencioso-administrativo y alegó, entre otras cosas, que la disposición administrativa de la Comisión de Comunicación la lesionó en su libertad de empresa (artículo 27 de la Constitución Federal Suiza). El Tribunal Federal precisó al respecto: «Es cuestionable si la solicitante de amparo, como sociedad anónima de economía mixta a la que se otorga una concesión administrativa para cumplir una tarea pública, en la que la Federación en virtud de ley conserva la mayoría de capital y de voto [...] puede en principio alegar la libertad de empresa [...] Pero ello puede quedar ahora pendiente, puesto que una eventual intervención en cualquier caso cumpliría los presupuestos necesarios para ello (artículos 36 y 94 de la Constitución Federal)» [BGE 127 II 8 (17)].

También si el debate sobre la liberalización y la privatización hoy está de nuevo más bien en caída⁸, el Tribunal Federal no podrá eludir a la larga la cuestión dejada abierta. Las siguientes consideraciones quieren, especialmente en atención a la libertad de empresa que interesa prevalecientemente, contribuir a la aclaración de la legitimación en materia de derechos fundamentales de las empresas públicas.

2. SOBRE EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN

Las posiciones hasta ahora en la teoría y la praxis se pueden resumir, simplifícadamente, en tres grupos: 1) Una primera posición niega la legitimación en materia de derechos fundamentales por razones de principio; 2) Una segunda interpretación que se encuentra sobre todo en la praxis jurídica, que acoge un pragmatismo de caso por caso; 3) aquí se juntan una serie de posiciones diferentes, a las que es común que se concede a las empresas públicas una invocación a los derechos fundamentales bajo determinados presupuestos, diferentes en los detalles. En lo que sigue va a valorarse críticamente, sin pretensión de exhaustividad, las posiciones y argumentos más importantes.

A) Rechazo de la legitimación en materia de derechos fundamentales por razones de principio

El rechazo básico de una legitimación en materia de derechos fundamentales de las empresas públicas se enraíza sobre todo en la concepción de los derechos fundamentales. En el Estado de Derecho liberal, según esta interpretación, corresponde a la «esencia de los derechos fundamentales» que estos se dirigen contra el Estado. Su tarea es proteger al individuo

⁸ Sobre ello, PETER FORSTMOSER, «Wer 'A' sagt, muss auch 'B' sagen – Gedanken zur Privatisierungsdebatte», *SJZ* 2002, pp. 193 ss.

contra intervenciones estatales y asegurarlo en su espacio de libertad. «Los derechos fundamentales dan derechos por ello a los particulares y obligan al Estado»⁹. Por el contrario, el Estado y sus instituciones no disfrutan de ninguna protección en materia de derechos fundamentales; concederles la alegación de derechos fundamentales significa poner «patas arriba la esencia de los derechos fundamentales como derechos de defensa»¹⁰, poner al Estado en la situación de un participante y usuario de los derechos fundamentales. El poder público no puede ser al mismo tiempo titular y destinatario de los derechos fundamentales, no puede estar obligado y al mismo tiempo estar legitimado: vinculación a los derechos fundamentales o legitimación para ejercerlos, *tertium non datur*¹¹. Si bien los cruces entre Estado y sociedad uno con otro son flexibles, hay que seguir manteniendo la antítesis de poder estatal (vinculado a los derechos fundamentales) y libertad individual (protegida por los derechos fundamentales). Aplicado a la libertad de empresa suiza: no pertenecen a los titulares de derechos fundamentales las «comunidades y otras corporaciones e instituciones de Derecho público»¹²; no ejercen una actividad comercial protegida por derechos fundamentales.

Ocasionalmente, se emplea para la fundamentación el argumento de la identidad o la confusión. Si se unen en una persona, el Estado, vinculación y legitimación, entonces se produce, no de distinta manera que en Derecho de obligaciones¹³, una confusión. En un análisis en más detalle se muestra rápidamente que el argumento de la confusión no opera en todo caso si un sujeto de derecho jurídicamente autónomo (empresa pública) está en juego¹⁴ o participan comunidades y empresas de diferentes niveles (Federación, Cantón, municipio). A su vez cabría contraargumentar que no puede ser que el Estado, a través del establecimiento de una persona jurídica, en cierta medida «se mantenga a cierta distancia de sí mismo»¹⁵ y con

⁹ HANGARTNER (nota al pie 4), p. 111. Cfr. también (desde una perspectiva alemana) STEFAN STORR, *Der Staat als Unternehmer*, Tubinga, 2001, pp. 187 ss., 227 ss. (con numerosas referencias).

¹⁰ Así, desde una perspectiva alemana, STORR (nota al pie 9), p. 195.

¹¹ JOSEF ISENSEE, «Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen», in: íd./Paul Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo V, 2.ª edición, Heidelberg, 2000, §118, número marginal 26. Cfr. también MARKUS MÖSTL, *Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit*, Múnich, 1999, pp. 6, 131; STORR (nota al pie 9), pp. 189, 295.

¹² LEO SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3.ª edición, Berna, 1994, p. 38. Cfr. también GYGI (nota al pie 4), p. 50; VALLENDER (nota al pie 1), p. 45.

¹³ Cfr. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, tomo II, Zúrich, 1974, pp. 186 ss.— Cfr. STORR (nota al pie 9), p. 188.

¹⁴ Crítico con el argumento de la confusión, también HORST DREIER, in: íd. (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, tomo 1, Tubinga, 1996, «Art. 19 Abs. 3», número marginal 41; MÖSTL (nota al pie 11), p. 131.

¹⁵ STORR (nota al pie 9), p. 189.

ello obtenga protección de derechos fundamentales a hurtadillas. Esta interpretación (que abandona la base del argumento de la confusión) convence en tanto que la protección de los derechos fundamentales no está simplemente a disposición del legislador ordinario. Sin embargo, convence bien poco este argumento, porque no considera que una protección de derechos fundamentales del poder público puede ser establecida ya por la Constitución y puede ser querida por ésta (así que el proyecto de «obtener a hurtadillas» la protección de derechos fundamentales por medio del rodeo de una persona jurídica establecida por ley está fuera de lugar). La posibilidad no meramente teórica de que la propia Constitución conceda protección de derechos fundamentales al poder público sugiere también renunciar por lo demás a una idea extendida que se manifiesta de modo aparentemente lógico (y alejado de la práctica: ver, más abajo, apartado B): estar vinculado a los derechos fundamentales y estar legitimado para su ejercicio no se comportan recíprocamente «como reflejos complementarios»¹⁶. Estar vinculado a los derechos fundamentales no significa obligatoriamente que se esté excluido de la invocación a los derechos fundamentales. Por el contrario, de la en todo caso ausente vinculación a los derechos fundamentales no puede inferirse la legitimación para aquellos derechos¹⁷.

Junto a la «esencia de los derechos fundamentales» juegan un papel, en el rechazo de principio de la legitimación para los derechos fundamentales de las empresas públicas, también consideraciones sobre la «esencia de la persona jurídica»¹⁸. Los derechos fundamentales se enraízan en la dignidad humana; son por ello, por así decirlo, derechos «naturales» de la persona natural. Las personas jurídicas, según este planteamiento, pueden invocar los derechos fundamentales sólo en tanto que sean defensores de derechos individuales acumulados de sus miembros. En el caso de las empresas públicas, tanto en forma de Derecho público como de Derecho privado, esta, por así decirlo, medida drástica invertida, o mejor: mirada «a lo que está detrás», lleva usualmente al resultado de que está allí el Estado, que no actúa como defensor de intereses individuales protegidos por los derechos fundamentales, sino como defensor de los intereses de la generalidad. A la empresa pública le falta al respecto el «substrato personal»¹⁹.

¹⁶ Pero así, MÖSTL (nota al pie 11), pp. 131 ss.

¹⁷ Cfr., con una perspectiva alemana, KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo III/1, Múnich, 1988, p. 1155; ANDREAS VON ARNAULD, «Grundrechtsfragen im Bereich von Postwesen und Telekommunikation», in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1999, p. 450.

¹⁸ Cfr. con el trasfondo del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, que anuda expresamente la legitimación de las personas jurídicas en materia de derechos fundamentales con la «esencia» de éstos, STORR (nota al pie 9), pp. 203 ss.

¹⁹ Cfr. STORR (nota al pie 9), 208 ss., 227 ss. El hecho de que respecto de las grandes sociedades privadas de masas el «substrato personal» usualmente pierda mucha importancia no es algo que conduzca en Suiza a la negación de la protección de derechos fundamentales.

Esta lógica puede parecer tan cautivadora a primera vista como poco puede convencer en una visión más de cerca. Pues es indiscutiblemente correcto que la dignidad de la persona humana también está, como elemento constitutivo de nuestro entero ordenamiento jurídico, en el centro de los derechos fundamentales y su dogmática (cfr., simplemente, el artículo 7 de la Constitución Federal suiza)²⁰. De ello en todo caso no puede derivarse *a contrario sensu* que la protección de derechos fundamentales no se cuestione *a priori* para la comunidad misma o para una persona jurídica «interpuesta». Así de importante es desde una perspectiva filosófico-jurídica y de Teoría del Estado subrayar una y otra vez el papel absolutamente central de la dignidad de la persona en la fundamentación de los derechos fundamentales: los derechos fundamentales no son unidimensionales, en general están al servicio de la justicia y no se agotan obligatoriamente en la dimensión de derecho humano. Una concepción antropocéntrica puede ser obvia con relación a los derechos clásicos de libertad. Por el contrario, sería incomprensible si garantías elementales, como la prohibición de arbitrariedad o el mandato de igualdad jurídica o las garantías de *fairness* procesal siguieran negándose a las personas jurídicas de Derecho público desde el principio²¹. Un rechazo de principio de la legitimación de las empresas públicas en materia de derechos fundamentales a partir de la «esencia de los derechos fundamentales» o de la «esencia de la persona jurídica» no es sostenible en esta forma general. La praxis jurídica con razón no se ha unido a este modo de proceder.

B) Pragmatismo de la praxis jurídica

Los derechos constitucionales, según jurisprudencia constante del Tribunal Federal, «corresponden en principio sólo a particulares, no por el contrario a la comunidad como titular de poder soberano»²². La praxis jurídica admite, sin embargo, diversas excepciones²³. Así, la invocación de la garantía de la propiedad es posible si la comunidad está afectada de una restricción de la propiedad como una persona particular²⁴. Los municipios y otras ciertas corporaciones de Derecho público (por ejemplo, mancomunidades locales, comunidades religiosas, iglesias nacionales) disfrutan de protección constitucional, por lo que la legislación (cantonal) les concede autonomía²⁵. En el proceso que se refiere al alcance de su autonomía se

²⁰ Cfr. J. P. MÜLLER (nota al pie 3), pp. 1 ss.

²¹ En este sentido, también HANGARTNER (nota al pie 4), pp. 118 ss.

²² BGE 125 I 173 (175).

²³ Cfr. BGE 125 I 173 (175). Una panorámica, por ejemplo, en HANGARTNER (nota al pie 4), 111 ss.

²⁴ Cfr., entre otras, BGE 118 Ib 614 (616).

²⁵ Cfr., entre otras, BGE 113 Ia 200 (202) und 108 Ia 82 (84 ss.), así como ahora el artículo 50 und Art. 189 de la Constitución Federal Suiza.

les concede el derecho a audiencia jurídica²⁶. En una perspectiva procesal, las corporaciones de Derecho público son, según jurisprudencia constante, legitimadas para interponer el recurso de amparo*, «si no actúan soberanamente, se mueven en la base del Derecho privado o actúan de cualquier modo como sujetos de Derecho de igual orden que el ciudadano y son afectadas por el acto combatido como una persona particular»²⁷. De forma adogmática procede no sólo el Tribunal Federal suizo, sino también, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán, quien afirma la legitimación de personas jurídicas de Derecho público, por un lado, en relación a los derechos fundamentales de justicia, y por otro lado, en las palabras del ex juez del Tribunal Constitucional Federal Alemán Hesse, sostiene que «si una persona jurídica de Derecho público es asignada directamente a un ámbito vital protegido por derechos fundamentales y tiene existencia como institución autónoma, independiente o en todo caso distanciada del Estado, como es el caso de las Iglesias, Universidades y emisoras de radio»²⁸. La praxis jurídica prefiere soluciones ajustadas a la situación sin poder pre-ocuparse por la penetración teórica.

C) Las tendencias más nuevas en la doctrina

En la doctrina jurídica suiza, el pragmatismo de la praxis en general ha sido benevolentemente acogido. Se ha esforzado en una sistematización especialmente Hangartner, quien diferencia, atendiendo a la titularidad de derechos fundamentales de personas jurídicas de Derecho público, cuatro grupos²⁹: 1) Garantías constitucionales especiales a favor de la Comunidad (en especial, la autonomía local de los municipios); 2) Derechos constitucionales de alcance general (en especial, prohibición de arbitrariedad, igualdad jurídica, garantías procesales); 3) derechos constitucionales que puede invocar una Comunidad, si actúa y es afectada como una persona particular³⁰; 4) derechos fundamentales respecto de los cuales una persona

²⁶ Cfr., por ejemplo, BGE 116 Ia 52 (54).

* Traducimos así la referencia a la «staatsrechtlichen Beschwerde», que literalmente habría que traducir por «queja jurídico-estatal», pero que se traduce como recurso de amparo, dada su proximidad funcional a este instituto en nuestro país, por más que las diferencias sean profundas (*Nota del Traductor*).

²⁷ BGE 120 Ia 95 (97). Cfr. también BGE 125 I 173 (175). Otras referencias en WALTER KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2.ª edición, Berna, 1994, pp. 270 ss.

²⁸ KONRAD HESSE, «Bedeutung der Grundrechte», in: Ernst Benda et al. (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2.ª edición, Berlín, 1994, 152. Un resumen de la jurisprudencia, por ejemplo, en DREIER (nota al pie 14), «Art. 19 Abs. 3 GG», números marginales 42 ss.

²⁹ Cfr. HANGARTNER (nota al pie 4), pp. 111 ss.

³⁰ De modo parecido, también una parte de la doctrina jurídica alemana. Cfr. PETER MICHAEL HUBER, in: *Bonner Kommentar*, 4.ª edición, Múnich, 1999, «Art. 19 III GG», números marginales 271 ss.

jurídica de Derecho público proporciona directa y específicamente la realización privada de derechos fundamentales (en especial, Iglesias, Escuelas Superiores³¹), y ello siguiendo el trío «canonizado» de excepciones del Derecho constitucional alemán (Iglesias, Universidades, empresas de radiodifusión³²). Sin embargo, Hangartner³³ exceptúa, tanto en el segundo como en el tercer grupo de casos, a los derechos de libertad debido a su peculiaridad, e implícitamente también a la libertad de empresa que aquí nos interesa.

En la literatura jurídico-constitucional sobre la libertad de empresa, esta interpretación no es enteramente compartida. Existe, pues, unidad en que las actividades soberanas o el desarrollo de tareas públicas no entran dentro del ámbito de protección de la libertad de empresa y la invocación del derecho fundamental en este aspecto cae fuera de consideración³⁴. En lo demás, las interpretaciones divergen. Una parte de la doctrina jurídica niega a las empresas públicas en principio la posibilidad de alegar la libertad de empresa³⁵, pero por lo menos ocasionalmente se alude a posibles excepciones³⁶. Usualmente se muestra más generosa la doctrina respecto de las empresas de economía mixta, pues aquí también pueden estar en juego intereses de derechos fundamentales de carácter privado³⁷. En la literatura más reciente se encuentran cada vez más opiniones a favor, en principio, de una expansión de la tutela de los derechos fundamentales a las empresas públicas bajo determinados presupuestos³⁸. Según una de las interpretaciones doctrinales, la invocación de la libertad de empresa debe ser posible si la Comunidad se mueve en el suelo del Derecho privado³⁹; según otra interpretación, si la Comunidad o una empresa pública ejerce una actividad lucrativa como un particular⁴⁰; según otra, si «el Estado o una ins-

³¹ Sobre ello, también VERENA SCHWANDER, *Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit*, Berna y otras, 2002, pp. 173 ss.

³² Más en DREIER (nota al pie 14), «Art. 19 Abs. 3 GG», número marginal 42. En la doctrina alemana se ha propuesto la extensión a instituciones culturales, como museos o teatros. Cfr. STORR (nota al pie 9), p. 226.

³³ Cfr. HANGARTNER (nota al pie 4), pp. 120 y 122.

³⁴ Cfr. J. P. MÜLLER (nota al pie 3), p. 646; RHINOW (nota al pie 4), número marginal 100.

³⁵ Cfr., por ejemplo, GYGI (nota al pie 4), p. 50; MARTI (nota al pie 4), pp. 34 f.; SCHÜRMAN (nota al pie 12), p. 38; RHINOW (nota al pie 3), p. 309; VALLENDER (nota al pie 1), p. 62.

³⁶ Cfr., por ejemplo, RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (nota al pie 3), p. 109.

³⁷ Cfr., por ejemplo, RHINOW (nota al pie 4), número marginal 102; VOGEL (nota al pie 3), p. 102.

³⁸ Cfr. KRÄHENMANN (nota al pie 4), pp. 157 ss.

³⁹ Así, por ejemplo, ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5.ª edición, Zúrich, 2001, N. 632.

⁴⁰ Así, por ejemplo, ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Berna, 2000, p. 335. Según ETIENNE GRISEL, *Liberté du commerce et de l'industrie*, Vol. I, Berna, 1993, p. 147, la cuestión de la legitimación en materia de derechos fundamentales ha de depender sólo del Derecho cantonal.

titución estatal [...] participa en la competencia como un sujeto de Derecho iusprivado»⁴¹, esto es, si está en una situación de competencia. Sin embargo, las formulaciones como la de que «por lo menos no excluido» o «puede considerarse» sugieren que el asunto no está totalmente claro. Tampoco lo está si los diferentes puntos de conexión («jurídico-privado», «lucrativo», «competencia») sólo remiten a un uso diferente del lenguaje o también se refieren a diferencias sustantivas. No ha habido casi fundamentaciones de detalle de la demanda, así que es difícil reconstruir y valorar críticamente las consideraciones fundamentales. No es ésta una situación satisfactoria.

La referencia al Derecho privado y, visto más de cerca, también el argumento de la competencia permiten reconocer ciertos paralelos con la tradicional teoría del Fisco que se desarrolló en el siglo XIX y que en la actual doctrina iusadministrativista se considera evidentemente superada⁴². Aquí, sin embargo, la teoría del Fisco aparece en una forma que, a diferencia de lo que ocurrió en el siglo XIX, no convierte en beneficiarios a los súbditos jurídicos, sino al poder público: el Estado que actúa «fiscalmente» (ya sea jurídico-privadamente o económico-privadamente) no tiene que estar en posición peor que los particulares con los que entra en competencia. Ha de serle posible todo lo que lo es para los particulares; también, por tanto, la invocación del pertinente derecho fundamental a la libertad de empresa.

Sencillamente, ¿por qué el Estado que actúa empresarialmente ha de estar desde cualquier punto de vista, es decir, también bajo el aspecto de la tutela de derechos fundamentales, al mismo nivel que los competidores privados? La igual posición, según la opinión doctrinal, de la empresa pública que actúa jurídico-privada o económico-privadamente u orientada al lucro con relación a la libertad de empresa no se entiende en absoluto por sí misma. Con el surgimiento del «New Public Management», el escepticismo frente a la actuación con ánimo de lucro del Estado ha cedido el paso a una cierta tolerancia⁴³. A pesar de todo, hay que observar que al respecto siempre se trata de la persecución de intereses públicos y no de intereses comerciales privados o de autorrealización profesional. Mientras que habrá poco que objetar usualmente contra un igual orden respecto de las condiciones-marco legales, debe preguntarse con relación a los derechos constitucionales: ¿Qué interés de libertad necesitado de protección es aquí afectado? Las empresas públicas están dipuestas a llevar a cabo tareas. Para

⁴¹ PAUL RICHLI (segundo autor) en FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2.ª edición, Berna, 1997, p. 68. Cfr. también J. P. MÜLLER (nota al pie 3), p. 646.

⁴² Cfr. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrecht*, 3.ª edición, Zúrich, 2002, N. 252, 273; HANS J. WOLFF/OTTO BACHOF/ROLF STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, 11.ª edición, Múnich, 1999, § 8, números marginales 9 ss.

⁴³ Cfr., por ejemplo, FELIX UHLMANN, *Gewinnorientiertes Staatshandeln*, Basilea/Frankfurt del Meno, 1997.

este fin disponen de ciertas competencias y márgenes de organización y disfrutan por lo general de una determinada autonomía, concedida en su fundación y más o menos asegurada legalmente; pero, a diferencia de lo que ocurre con los competidores privados, no se trata de una libertad. Lo que está necesitado de fundamentación no es, por ello, el tratamiento desigual de las empresas públicas y privadas. Más bien, el tratamiento igual de lo desigual exige una justificación objetiva. ¿En dónde puede estribar? Aquellos autores que afirman la invocabilidad de la libertad de empresa, hasta donde sabemos no se pronuncian explícitamente sobre esta cuestión. Se podría argumentar⁴⁴ que las empresas públicas se encuentran, en tanto expuestas al mismo poder de intervención, en la misma situación de puesta en peligro típica de los derechos fundamentales⁴⁵. En la situación competencial, la empresa pública necesita lanzas igual de largas que los competidores privados. Pero, ¿por qué razón debería el ordenamiento constitucional encomendar a una empresa pública el instrumento de la libertad de empresa?, ¿para la maximización de intereses de lucro estatales? ¿Para ello tiene acceso al juez constitucional y allí puede hacer revisar medidas de la (propia) comunidad que limitan su desarrollo económico... en salvaguardia de la proporcionalidad, del interés público, del contenido nuclear, con un sólido fundamento jurídico? ¿Por qué debería una empresa pública poder proceder, apoyándose en la libertad de empresa, contra el Estado si luego éste quiere revocar parcialmente la autonomía concedida en cierta ocasión? Hasta la fecha, no se vislumbra una fundamentación objetiva convincente. La autonomía no hay que equipararla con la libertad⁴⁶.

D) Balance provisional

En la cuestión de la legitimación iusfundamental de las empresas públicas predomina actualmente la escasa certeza. El retorno que se observa en la doctrina reciente de la teoría del Fisco (pero de signo contrario, con el poder público como beneficiario) lleva tan escasamente a resultados convincentes como una adaptación esquemática a la esencia «de los» derechos fundamentales. A la vista de la situación actual de la discusión científica no sorprende que el desconcierto general se transfiera también a la jurisprudencia y el Tribunal Federal evite una clara respuesta a ser posible (BGE 127 II 17). ¿Cómo se pueden superar las inseguridades? Se podría

⁴⁴ Ello sucede ocasionalmente en la literatura alemana. Referencias en STORR (nota al pie 9), pp. 190 ss.

⁴⁵ Críticamente, con razón, desde una perspectiva alemana, véase STORR (nota al pie 9), pp. 190 ss.

⁴⁶ Cfr. también HANGARTNER (nota al pie 4), pp. 118 ss.; DREIER (nota al pie 14), «Art. 19 Abs. 3 GG», número marginal 47.

abrir una vía para este objetivo si se prescinde de la idea de que hay una esencia de los derechos fundamentales, si se recuerda que los derechos de libertad no se entienden ya sólo en un sentido clásico como derechos de defensa, que los derechos de libertad no se pueden reducir habitualmente a una finalidad. Precisamente en un derecho fundamental como la libertad no de empresa, están en juego varias finalidades o funciones. ¿Podría encontrarse la clave para responder a la cuestión que aquí interesa en un criterio de solución que se oriente al derecho fundamental individual afectado (libertad de empresa) y que incluye las funciones atribuidas a ésta?

3. UN INTENTO DE ACLARACIÓN BASADO EN LAS FUNCIONES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

A) Ámbito de protección y pluralidad de funciones como punto de partida

En una consideración orientada al derecho fundamental individual, la cuestión del ámbito de protección objetivo del derecho fundamental se sitúa en primer plano. La libertad de empresa, como elemento central de la Constitución económica liberal, con vinculación social y orientada a la competencia⁴⁷, de Suiza, se diferencia al respecto de otros derechos de libertad porque no protege simplemente una actividad sin más (la actuación empresarial), sino (sólo) la actividad comercial de economía privada. De igual modo que los particulares a los que se confía el cumplimiento de una tarea pública no pueden alegar la libertad de empresa, tampoco lo puede hacer una empresa pública si desempeña para el Estado, en forma empresarial, una tarea pública. Al revés, ello sin embargo no significa, según lo antes precisado, que una empresa pública esté legitimada sin más en materia de derechos fundamentales si actúa fuera de las tareas públicas transferidas⁴⁸. Igual de poco puede deducirse de la competencia para emplear formas de actuación de Derecho privado que esta actuación disfrute automáticamente también la protección de la libertad de empresa⁴⁹. Esta

⁴⁷ Cfr. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (nota al pie 3), pp. 71 ss.; GYGI/RICHLI (nota al pie 41), pp. 41 ss.

⁴⁸ Contra la centralidad del criterio de «salvaguarda de una tarea pública transferida» en el sentido de un carácter (negativo) único, también STORR (nota al pie 9), pp. 198 ss. De BGE 123 II 402 (409), según la cual la SRG [Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft = Sociedad Suiza de Radio y Televisión (*Nota del traductor*)] puede referirse, fuera de su encargo de prestación, a los derechos fundamentales, en especial también la libertad de empresa, no se puede deducir nada en contra, puesto que, en contra de una interpretación extendida con relación a la SRG, no se trata, a pesar de ciertas posibilidades de influjo del Estado, de una empresa estatal.

⁴⁹ Tampoco se suprime la vinculación de derechos fundamentales sin más si una empresa pública se mueve en el suelo del Derecho privado. Cfr. artículo 35.2 de la Constitución Federal Suiza; YVO HANGARTNER, «Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen», *AJP* 2000, pp. 516 ss.

última protege la actividad comercial de economía privada, no la de Derecho privado⁵⁰.

El texto constitucional guarda silencio sobre el ámbito de protección personal de la libertad de empresa. Puesto que ni el contexto sistemático ni los debates parlamentarios constituyentes proporcionan información aclaratoria, la atención de los intérpretes constitucionales se dirige sobre todo a puntos de vista teleológicos: ¿qué fin pretende la garantía de la libertad de empresa?, ¿qué funciones se otorgan al derecho? La doctrina y jurisprudencia recientes suelen diferenciar varias funciones de la libertad de empresa⁵¹: una función de derecho individual, una función vinculada al sistema económico y una función propia del Estado federal, además también puede hablarse de una función democrática, que sin embargo no interesa en más detalle en lo que sigue. ¿Cómo se describe la cuestión de la legitimación en materia de derechos fundamentales de las empresas públicas desde la perspectiva de las funciones de la libertad de empresa? ¿existen razones objetivas al respecto para un tratamiento igual de las empresas públicas? En el marco limitado de la presente contribución, sólo puede esbozarse a grandes rasgos una respuesta.

B) Funciones particulares desde la perspectiva de las empresas públicas

Como derecho individual constitucional, la libertad de empresa es sobre todo (pero no sólo) un derecho «negativo» de defensa que pretende garantizar el libre desarrollo económico del individuo. Esta dimensión, fundamentada no en último término en los derechos humanos⁵², no pone de relieve una razón concluyente para un igual tratamiento de las empresas públicas en materia de legitimación de derechos fundamentales. Ello es claro tan pronto se recuerda qué protección específica proporciona la libertad de empresa al titular del derecho fundamental: el acceso al juez constitucional (artículo 189 de la Constitución Federal suiza); la revisión judicial (-constitucional) del fundamento jurídico, del interés público que se alega y de la proporcionalidad, todo ello mediante un parámetro cualificado (artículo 36 de la Constitución Federal suiza); la revisión judicial

⁵⁰ Cfr. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (nota al pie 3), p. 109. De otra forma, por ejemplo, GRISEL (nota al pie 40), p. 147.

⁵¹ Básicamente, RHINOW (nota al pie 4), números marginales 28 ss. Cfr. también AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (nota al pie 40), pp. 314 ss.; BIAGGINI (nota al pie 5), pp. 789 ss.; HANGARTNER, «Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit», in: *recht* 2002, 53 ss.; J. P. MÜLLER (nota al pie 3), pp. 637 ss.; RHINOW (nota al pie 3), pp. 307 ss.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (nota al pie 3), pp. 89 ss. En la jurisprudencia, véase, por ejemplo, BGE 125 I 276 (279); 121 I 279 (287); 116 Ia 237 (240). Cfr. también el *Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung*, *BBl* 1997 I, pp. 174 ss., 289 ss.

⁵² Sobre ello, por ejemplo, J. P. MÜLLER (nota al pie 3), p. 639; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (nota al pie 40), pp. 316 ss.

(-constitucional) de la garantía del contenido nuclear (artículo 36 de la Constitución Federal suiza); además una pretensión condicionada para la utilización del suelo público; según una opinión doctrinal más reciente, también un derecho condicionado a la protección frente a la competencia estatal⁵³; finalmente, un derecho a trato igual con respecto a los competidores. ¿Existen estas necesidades de tutela también en el caso de una empresa pública que está en conflicto con el Estado sobre el alcance del propio margen de actuación? Ello es más que cuestionable. Las empresas públicas no actúan como defensoras de intereses privados de derechos fundamentales, en este aspecto su posición no hay que compararla con la de una Escuela Superior o una comunidad religiosa reconocida por el Derecho público. En el caso de empresas de economía mixta, debido a la participación de particulares, el juicio puede ser otro⁵⁴. Respecto de las empresas públicas no se deduce una razón concluyente, aparte quizás con respecto al principio de trato igual de los competidores económicos, pero ello es menos una cuestión de la función de derecho individual del derecho fundamental que de su función con relación al sistema económico.

En su dimensión vinculada al sistema económico (dimensión también institucional, política de ordenación), la libertad de empresa funge, en palabras del Tribunal Federal, como «defensora de un orden de economía privado»⁵⁵. Comprende al principio de la libertad respecto al Estado de la economía⁵⁶, así como el principio de neutralidad en materia de competencia⁵⁷, que prohíbe al Estado perjudicar a competidores privados en relación a otros particulares o al Estado. Ni la jurisprudencia ni la doctrina jurídica han deducido hasta ahora, hasta donde se conoce, del principio de neutralidad que le prohíba al Estado perjudicar a empresas públicas frente a competidores privados. El mandato de optimización de la competencia⁵⁸ contenido también en la libertad de empresa no impone al Estado, según la versión hasta ahora, una obligación de conceder en general a las empresas públicas la invocación de la libertad de empresa. Por lo menos, no puede excluirse desde el principio que en el futuro aparezca en una situación

⁵³ Cfr. GIOVANNI BIAGGINI, «Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit», *ZBl* 2001, pp. 240 ss.; HANS RUDOLF TRÜEB, «Der so genannte Service Public», *ZBl* 2002, 241 ss.– Prudentemente, VOGEL (nota al pie 3), pp. 102 ss. (con referencias a interpretaciones contrarias).

⁵⁴ A la vista de la pluralidad de formas de aparición, es conveniente una consideración caso por caso. Véase también RHINOW (nota al pie 4), número marginal 102; VOGEL (nota al pie 3), p. 102 (con más referencias); DREIER (nota al pie 14), «Art. 19 Abs. 3 GG», número marginal 49.

⁵⁵ BGE 124 I 11 (18 ss.); parecidamente, BGE 124 I 25 (31).

⁵⁶ Cfr. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (nota al pie 3), pp. 68 ss., 76; VOGEL (nota al pie 3), pp. 107 ss.; *Botschaft* (nota al pie 51), p. 174. Crítico, UHLMANN (nota al pie 43), pp. 174 ss.

⁵⁷ Cfr., por ejemplo, BGE 125 I 431 (435 ss.); 121 I 129 (134); 121 I 279 (285).

⁵⁸ Cfr. BGE 121 I 279 (287); RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (nota al pie 3), pp. 73, 76.

concreta una razón objetiva para afirmar la legitimación en materia de derechos fundamentales de una empresa pública.

El componente federal o intercantonal de la libertad de empresa, entre tanto fortalecido por la Ley de Mercado Interior (BGBM) de 1995, ofrece protección, sobre todo, contra el proteccionismo económico cantonal, abierto o encubierto⁵⁹. Las empresas que se defienden, apoyándose en el artículo 27 de la Constitución Federal suiza, contra medidas cantonales o municipales que impiden el acceso al mercado actúan no sólo en interés propio, sino que también al mismo tiempo lo hacen en interés de la decisión básica económico-jurídico-constitucional a favor de un mercado interior suizo más o menos unitario (cfr. artículo 95.2 de la Constitución federal). La libertad de empresa y los legitimados en materia de derechos fundamentales se sitúan aquí en cierta medida al servicio de la idea de mercado interior. También el Derecho comunitario europeo conoce una análoga «contratación» de los sujetos económicos a favor de la idea de mercado interior. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha transformado, en jurisprudencia desde hace muchos años, al tráfico de mercancías, personas y prestaciones de servicios, así como al tráfico de capital y pagos, en derechos individuales equiparados a los derechos fundamentales y judicialmente ejecutables⁶⁰, que hacen juego con los componentes intercantonales de la libertad de empresa⁶¹. Una breve mirada iuscomparativa al Derecho comunitario es muy ilustrativa, porque en la literatura de Derecho europeo se concede sin dudar también a las personas jurídicas de Derecho público que actúan económicamente la invocación a las libertades del mercado interior⁶². Muchas cosas hablan a favor de fortalecer el componente intercantonal de la libertad de empresa, más bien de débil realización, como muestra la experiencia hasta ahora, dado que se concede a las empresas públicas también en el Derecho suizo la invocación a la libertad de empresa⁶³. La consecuencia práctica sería la de que las empresas públicas podrían dar origen a una revisión de las medidas restrictivas del acceso al mercado de otra comunidad desde el punto de vista de aspectos específicos, en concre-

⁵⁹ Cfr. BGE 125 I 276 (279); 116 Ia 237 (240).

⁶⁰ Cfr., por todos, THOMAS OPPERMANN, *Europarecht*, 2.ª edición, Múnich, 1999, p. 510.

⁶¹ Sobre los paralelos, cfr. GIOVANNI BIAGGINI, «Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich», *ZBl* 1996, pp. 49 ss.

⁶² Cfr., por ejemplo, STEFAN ULRICH PIEPER, in: ALBERT BLECKMANN, *Europarecht*, 6.ª edición, Colonia, 1997, número marginal 119; PETER J. TETTINGER, «Zur Grundrechtsberechtigung von Energieversorgungsunternehmen im Europäischen Gemeinschaftsrecht», en: *Festschrift Bodo Börner*, Colonia y otras, 1992, pp. 625 ss.; NIKOLAUS VINCENT MANTHEY, *Bindung und Schutz öffentlicher Unternehmen durch die Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Frankfurt del Meno y otras, 2001, 105 ss.

⁶³ De este modo, se podrían dejar de lado al mismo tiempo las eventuales dudas sobre la alegabilidad de las garantías de la Ley del Mercado Interior (cfr. art. 1.3 BGBM y *BBl* 1995 I 1261).

to vinculados al mercado interior, de la proporcionalidad y del interés público, como se han concretado en el artículo 3 de la Ley del Mercado Interior (BGBM).

Estas consideraciones dirigen la atención a un punto de vista descuidado en la discusión hasta ahora: En la aclaración de la legitimación en materia de derechos fundamentales de las empresas públicas hay que considerar siempre en qué nivel (federal)-estatal hay que ubicar a los participantes. La cuestión de si hay una razón objetiva para la equiparación de una concreta empresa pública (por ejemplo, un banco que se encuentra en propiedad del Estado) con los titulares privados de derechos fundamentales, de si se trata de la relación con la propia comunidad (Cantón a establecer), con una comunidad supraordinada (Federación), con una Comunidad del mismo orden (por ejemplo, cantón vecino que protege a su propio banco estatal) o con una Comunidad subordinada (municipios).

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Los resultados de las consideraciones anteriores sobre la legitimación respecto a los derechos fundamentales de las empresas públicas pueden resumirse del siguiente modo:

1. La cuestión de la legitimación respecto a los derechos fundamentales se puede responder no sólo apoyándose en interpretaciones sobre la «esencia de los derechos fundamentales» o sobre la «esencia de la persona jurídica» (en especial, la de Derecho público). A la empresa pública no se le puede negar categóricamente la legitimación en materia de derechos fundamentales, tanto menos a las empresas de economía mixta. Respecto a los derechos de libertad, se hacen necesarias respuestas diferentes.

2. En el ámbito de la libertad de empresa, la legitimación en materia de derechos fundamentales de las empresas públicas constituye la excepción. El hecho de que una empresa pública se mueva admisiblemente en el suelo del Derecho privado o ejerza una actividad lucrativa conforme a Derecho, más en general: actúe y sea afectada «como un sujeto económico privado», no constituye por sí solo una razón objetiva a favor de la afirmación de la legitimación iusfundamental. También la reciente opinión doctrinal que se basa igualmente en el ideario de la doctrina del Fisco, según la cual hay que afirmar en principio la legitimación iusfundamental si una empresa pública está en competencia con particulares, hay que rechazarla como demasiado esquemática y por ir demasiado lejos. La protección de la autonomía de las empresas públicas o de sus intereses comerciales no es el problema de la libertad de empresa.

3. En el ámbito de la función del mercado interior de la libertad de empresa hay que afirmar en principio, desde una perspectiva actual, una ra-

zón objetiva para una equiparación en materia de derechos fundamentales con los particulares; y ello no en virtud de la empresa pública (y los eventuales intereses de lucro), sino en virtud del derecho fundamental (instrumentalización de la protección del derecho fundamental en favor de la idea del mercado interior).

4. La «dimensión sistemática» de la libertad de empresa pretende evitar las distorsiones de la competencia por parte del Estado a costa de los participantes privados en la competencia; sin embargo, no proporciona a las empresas públicas una protección contra los perjuicios legales o de otro tipo con relación a los competidores privados. De la libertad de empresa no surge para las empresas públicas un derecho constitucional a «lanzas igual de largas», lo que no significa que se prohíba al Estado realizar esta máxima a través de medidas legales.

5. La cuestión dejada abierta por el Tribunal Federal de la legitimación en materia de derechos fundamentales de la *Swisscom AG* (BGE 127 II 17) no puede responderse esquemáticamente. En la discusión sobre las modalidades de cumplimiento de una tarea pública transferida por el Estado (garantía del aprovisionamiento básico), la empresa de economía mixta *Swisscom AG* no puede contar, según la concepción hasta ahora, con la protección de la libertad de empresa.

6. Respecto de la legitimación en materia de derechos fundamentales, no se trata de una propiedad que corresponda o falte de una vez para siempre a una empresa pública o a una persona jurídica de Derecho público. No ha sido casual el evitar aquí el concepto extendido en la doctrina jurídica alemana de «capacidad en materia de derechos fundamentales». La respuesta depende del contexto. Es procedente una respuesta orientada a la solución del problema, diferenciadora de niveles jurídicos y funcional.

Puede parecer *prima vista* insatisfactorio que aquí no se ofrezca una respuesta inequívoca y de validez general a la pregunta del título «¿tienen legitimación en materia de derechos fundamentales las empresas públicas?». Pero las soluciones esquemáticas no son asunto del orden constitucional suizo: ni en la praxis ni en la teoría de los derechos fundamentales.

(Traducción del alemán de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO*).

* Doctor europeo en Derecho. Departamento de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

El traductor agradece al señor Philipp Mäder (Universidad de Zúrich), colaborador del autor, sus comentarios al borrador de la traducción, de los que se ha beneficiado esta versión definitiva.