

LA VINCULACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA EL ESTADO QUE ACTÚA SEGÚN LAS NORMAS DEL DERECHO PRIVADO

Hans-Uwe Erichson*
Colaborador Bodo Ebber, Münster

Es ya harto conocida la existencia de una participación del Estado en el mercado económico rigiéndose no por las normas de Derecho Público, sino por las del Privado.

Sin embargo, -o quizá debido a ello- aun cuando este tipo de participación adquiere cada vez más actualidad, los conflictos a nivel doctrinario y a nivel práctico se agudizan.

En el presente artículo el autor realiza un interesante análisis sobre este problema, centrándose en un subtema tan importante como los derechos fundamentales; así, partiendo de dos casos de la realidad, plantea ciertas interrogantes, y ensaya posibles soluciones para ellas.

Caso 1: En la ciudad de S., la sociedad anónima "Personenverkehrs-AG" cubre el servicio de pasajeros con tranvías y autobuses. Todas las acciones de esta Sociedad Anónima están en manos de la ciudad de S. A raíz de las pérdidas sufridas en los últimos ejercicios, la sociedad anónima decidió reestructurar su sistema de tarifas. Para este fin también se redujeron las tarifas sociales que hasta entonces habían sido concedidas en gran escala, eliminándose en particular las reducciones de tarifas concedidas hasta entonces a los estudiantes de los institutos privados de formación profesional. En cambio, sí se continuó concediendo estas rebajas a los estudiantes de los institutos privados de enseñanza general. K. está operando un instituto privado de formación profesional. Según su opinión, las nuevas tarifas de la Cía. "Personenverkehrs-AG" también deben pasar por una revisión a la luz de los derechos fundamentales.¹

Caso 2: En el área de la ciudad de Hamburgo, el suministro de energía eléctrica de la población está a cargo de las empresas *Hamburgische Electricitäts-Werke AG (HEW)*, sociedad anónima en la cual la ciudad de Hamburgo tiene una participación del 72%. Los demás titulares de acciones son personas naturales. Las HEW habían cortado el suministro a un cliente que se retrasó en el pago. El Tribunal Regional Superior de Hamburgo admitió en última instancia la demanda que impugna esta decisión de las HEW, opinando que las HEW habrían perdido el derecho de cortar el servicio - derecho previsto en el § 33 de las Condiciones Generales de Suministro de Electricidad a Clientes Tarifarios (AVB ElV) - puesto que no lo ejercen de manera equitativa al no haberlo hecho valer frente a los clientes de la Calle Hafensstraße de

* Catedrático de la Universidad Münster.

¹ Caso según BGHZ 52, 325. Compárese al respecto también ERICHSON, «*Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I*» 3ª edición 1982, p. 107 y ss.

Hamburgo quienes no querían pagar sus facturas de consumo de electricidad. En su calidad de empresas de servicios públicos, las HEW, sin embargo, estarían obligadas a dar un trato igual a todos los consumidores al momento de cortar el servicio. Las HEW, invocando el artículo 2 numeral 1, 3 número 1, 20 número. 3 GG (Constitución alemana) formuló un recurso de inconstitucionalidad contra esta decisión.²

Caso 3: ¿Cuál sería la situación jurídica en el caso 2 si la ciudad de Hamburgo tuviese solamente el 40 % de participación en las HEW, y si el 60 % restante quedase en manos de personas privadas?

INTRODUCCIÓN

Puesto que también el comportamiento del Estado está marcado en grado creciente por pautas que han sido fijadas de manera transfronteriza (por ejemplo, las del Derecho Comunitario de la Unión Europea), o pautas nacidas en la vida jurídica (globalización de la competencia económica), se ha llegado a la conclusión inevitable de que las finanzas públicas no pueden ser aumentadas a gusto sino más bien tendrán la tendencia a decrecer. Esto ha llegado a intensificar la discusión acerca de incrementar la efectividad (es decir la eficacia) y la eficiencia (es decir, el menor gasto posible y, al mismo tiempo, la mayor eficacia posible -relación costo/beneficio-) de la Administración Pública. A la par con la idealización creciente de la efectividad y eficiencia del comportamiento **privado**, la tendencia va en dirección a que las funciones hasta ahora asumidas por el Estado y sus subdivisiones organizadas de acuerdo al derecho público (en adelante llamadas simplemente subdivisiones), sean asumidas en grado creciente no sólo en las formas de **acción** del derecho privado, sino también en las formas de **organización** del derecho privado.

El hecho de que el Estado y sus subdivisiones se sirvan de las formas de **acción** del Derecho Privado al cumplir sus funciones administrativas, es un hecho que se conoce desde hace mucho tiempo y que ha sido discutido en sus premisas y consecuencias.³

Es cierto que ya desde siempre ha existido la privatización **organizativa**, conforme muestran los

ejemplos tomados del campo del suministro de energía – tales como por ejemplo, “*Stadtwerke AG*” (sociedad anónima de empresas municipales), y en el servicio del transporte local de pasajeros– “*Straßenverkehrs-betriebe GmbH*” (Empresas de Transporte Público SRL)–u otras ofertas de servicios públicos– “*Schlachthof GmbH*” (Empresa de Camales SRL), “*Stadthallen AG*” (Sociedad Anónima de Auditorios Municipales), etc.

Sin embargo, lo que ha cambiado es la calidad y cantidad de estas tendencias. Así es que, por ejemplo, se puede constatar que el Estado se deshace completamente de su responsabilidad de asumir funciones (la así llamada privatización material) como por ejemplo, en el caso de Lufthansa, o se repliega asumiendo solamente una función supervisora de garantía, tal como se vislumbra, por ejemplo, en el área de las telecomunicaciones.

En el caso de la privatización organizacional se trata de qué funciones, hasta ahora asumidas por el Estado y sus subdivisiones organizadas según las normas del derecho público, en el futuro sean asumidas en la forma organizacional del derecho privado y con ello – puesto que un sujeto de derecho privado no puede actuar de acuerdo al derecho público⁵ – serán asumidas también en las formas de acción del derecho privado. Esta “fuga hacia el derecho privado”, en primer lugar, hace surgir la pregunta sobre si es admisible escoger formas organizacionales del derecho privado. En este sentido, la Constitución alemana muestra en diferentes normas – por ejemplo el artículo 87 d) numeral 1, el artículo 87 f), el artículo 135 numeral 6 GG – que el Estado y sus subdivisiones se pueden servir de las formas de organización del derecho privado para asumir sus funciones.⁶ Si en este sentido no hay reparos fundamentales, habrá que examinar hasta qué punto el Estado y sus subdivisiones pueden sustraerse a las vinculaciones existentes para la acción de unidades organizadas según el derecho público, utilizando las formas de acción y de organización del derecho privado.

Entre otras cosas, se plantea la interrogante de la vigencia de los derechos fundamentales para el Estado que actúa según las normas del derecho privado, y para sus subdivisiones organizadas según las normas del derecho público, que actúan de acuerdo al dere-

² Caso según BverfG, JZ 1990, 335 con observaciones críticas de G. Kühne. Al respecto véase también ERICHSON, JK. 90, artículo 19 III/7.

³ Véase en representación de muchas otras obras EHLERS. «*Verwaltung in Privatrechtsform*» 1984 p. 172 y ss.; p. 212 y ss.

⁴ Actualmente, el Gobierno Federal mantiene aún el 72 % de las acciones de la empresa de telecomunicaciones Deutsche Telekom AG.

⁵ Esto vale también en el caso del préstamo sobre seguridades, véase al respecto ERICHSON, en: *Ibid*, Allg. VerwR., edición 1998, § 12 Rn. 18; RUDOLF, en: ERICHSON. aaO., § 52 Rn. 26.

⁶ Véase también STERN. Staatrecht III/1, § 74 IV 3⁸ (p. 1400).

cho privado. Esta pregunta se plantea, por un lado, para el caso en que el Estado o sus subdivisiones efectúen solamente un cambio en la forma de organización, es decir, que tienen, por ejemplo, todas las acciones de una sociedad anónima recién fundada o de una sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, también se plantea esta pregunta en el caso de que personas privadas lleguen a tener una participación en la unidad organizativa, con lo cual se llega a un *public-private-partnership*. Al respecto hay que observar que las proporciones de la participación se conforman de manera distinta, y que por un lado el Estado o sus subdivisiones, pero por otro lado también personas privadas, pueden tener la mayoría de las acciones.

I. LAS DIMENSIONES REGULADORAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

“Sin duda alguna, los derechos fundamentales en primer lugar están destinados a salvaguardar la esfera de libertad del individuo contra injerencias del poder público; constituyen derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Esto se deduce de la evolución de la historia del pensamiento respecto a la idea de los derechos fundamentales, así como igualmente resulta de los sucesos históricos que han llevado a que los derechos fundamentales sean incorporados a las Cartas Magnas de los diferentes Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Constitución alemana, la cual quiso destacar la supremacía del ser humano y de su dignidad frente al poder estatal, anteponiendo la parte dogmática de la Constitución que se refiere a los derechos fundamentales. A esto corresponde el hecho de que el legislador haya concedido el recurso de anticonstitucionalidad, acción legal específica para salvaguardar estos derechos, solamente en contra de actos del poder público”.⁷

Sin embargo, el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales, a continuación de esta cita de la decisión de Lüth que ya se puede llamar clásica, prosigue “que la Constitución (...) en su parte dogmática sobre los derechos fundamentales, también ha establecido un ordenamiento objetivo de valores”.⁸ Así es que hoy en día también se reconoce que de las normas de los derechos fundamentales no solamente se pueden derivar derechos subjetivos de defensa contra el Estado y sus subdivisiones, sino que además, estas normas

adquieren una dimensión de derecho objetivo en el sentido de que establecen un ordenamiento de valores que exige vigencia en todos los ámbitos del derecho, siendo una decisión fundamental basada en la Constitución. En especial, esta decisión fundamental determina, en cuanto al contenido, la obligación impuesta al Estado y a sus subdivisiones de crear las condiciones-marco para el desarrollo de la sociedad y de perfeccionarlas, obligación que ha sido impuesta en virtud del principio del Estado social conforme a lo establecido en los artículos 20, numerales 1, 28 y 1 GG (Constitución alemana).⁹

Los derechos fundamentales, en su calidad de valores fundamentales del ordenamiento constitucional, y constituyendo una manifestación determinada y específica de la estatalidad, exigen que se les haga valer efectivamente en la realidad constitucional. Es por eso que el Estado y sus subdivisiones no se deben limitar a respetar los espacios de libertad circunscritos por las garantías constitucionales, solamente en el sentido de la libertad negativa. La libertad estipulada en la Constitución es más bien una finalidad impuesta al Estado y a sus subdivisiones para ser realizada de manera positiva. De este modo se exige al Estado y a sus subdivisiones, en virtud del principio del Estado social, que procuren que existan las condiciones previas para el ejercicio de la libertad establecida en los derechos fundamentales. La “libertad real” como posibilidad de hacer uso efectivo de los derechos fundamentales se convierte en el tema de las garantías constitucionales.

II. LOS ALCANCES DE LA VINCULACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme al artículo 1 numeral 3 de la GG, los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial como derecho autoejecutorio –precisamente en todas sus dimensiones–. Con ello, la norma dispone la amplia vinculación de los derechos fundamentales para todo el poder estatal¹⁰. Por consiguiente, sólo pueden quedar exentas de los derechos fundamentales las acciones del Estado y de sus subdivisiones si no se trata del ejercicio del poder estatal. Este hecho podría estar dado en el caso de la actividad del Estado y de sus subdivisiones que se realiza en las formas del derecho privado, constituyendo por consiguiente una excepción del artículo 1 numeral 3 de la GG.

⁷ BVerfGE 7, 198, 204 ss.

⁸ BVerfGE 7, 198, 205.

⁹ Véase en ERICHSON, Jura 1996, 527, 530 y ss.

III. ACTIVIDAD JURÍDICO-PRIVADA DEL ESTADO Y DE SUS SUBDIVISIONES COMO EXPRESIÓN DEL PODER ESTATAL

Si el Estado y sus subdivisiones se sirven de formas jurídico-privadas de organización y/o de acción, y si con ello participan en las operaciones jurídicas como cualquier persona privada, entonces podrían actuar igual que cualquier persona privada sobre la base de una autonomía privada que les corresponde. Por otro lado, habría que preguntarse si el Estado y sus subdivisiones en realidad pueden ejercer otra cosa que no sea el poder estatal y si el ejercicio de ésta así denominada autonomía privada no es igualmente el ejercicio del poder estatal. Para fundamentar la autonomía privada estatal, a veces se hace referencia al artículo 2 numeral 1 GG. Sin embargo, aun si se opina que el artículo 2 numeral 1 GG – además de otros derechos fundamentales – a través del artículo 19 numeral 3 GG tiene vigencia también para el Estado y para otras personas jurídicas de derecho público¹¹, esto es válido tan sólo en relación con otros titulares del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial que se encuentran vinculados por los derechos fundamentales, pero nunca frente al ciudadano. Por eso el artículo 2 numeral 1 GG, siendo derecho dirigido contra el Estado y sus subdivisiones, difícilmente puede servir como constituyente de la autonomía privada estatal frente al ciudadano.

La autonomía privada del Estado y de sus subdivisiones, sin embargo, podría resultar del hecho de que les corresponde capacidad jurídica siendo personas jurídicas, y con ello está dado el punto de partida para coordinar la autonomía privada fundamentada en la Constitución. Por otro lado, la capacidad jurídica de las personas jurídicas se basa en la capacidad del Estado de establecer normas jurídicas. Una persona jurídica de derecho privado o de derecho público solamente tiene capacidad jurídica porque, y en la medida en que, la Ley lo prevé así. Por consiguiente, esta capacidad jurídica se produce por el ejercicio del poder estatal. De acuerdo a ello, el poder estatal tiene la posibilidad de fundamentar la capacidad jurídica, y con ello necesariamente ésta tiene que estar contenida en el poder estatal. **Por eso, el saber jurídico del Estado y de sus subdivisiones en el área del derecho privado está dado por el poder estatal.** Por consi-

guiente, no puede haber ninguna autonomía privada específica del Estado o de otras personas jurídicas de Derecho Público que ejercen el poder estatal, en el sentido de que con ello quedarían abolidos los límites impuestos al poder estatal.

El supuesto de que la acción estatal en forma de derecho privado no signifique ejercer el poder estatal, equivale a mantener un espacio reservado de la actividad estatal que se encuentra fuera de la Constitución. Pero no se puede ver cómo un espacio reservado de este tipo podría ser fundamentado dentro del Estado Constitucional de la Ley Fundamental. Si se concibe la Constitución como constituyente de nuestra estatalidad, entonces el Estado y sus subdivisiones quedan limitados a aquellas funciones, competencias y atribuciones que en ella se le adjudica. En este sentido, la Constitución “representa una regulación del poder de actuar de los órganos estatales, regulación que es vinculante, no solamente por partes sino que es amplia y por ello definitiva”¹². No hay que seguir equiparando el concepto del poder estatal con el de dominio estatal, dejando que el ejercicio del poder estatal solamente tenga lugar en la relación de subordinación. El concepto del poder estatal designa en la Constitución la totalidad de las competencias y atribuciones adjudicadas al Estado y a sus subdivisiones. Conforme expuso Wolfgang Martens¹³, hoy más que nunca tiene vigencia la frase acuñada ya en 1892 por Haenel: “Es una idea completamente falsa que el Estado en sus relaciones jurídicas fiscales, no opera como Estado sino como una persona privada”¹⁴.

IV. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA EL ESTADO QUE USA LAS FORMAS DE ACCIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y PARA SUS SUBDIVISIONES

De allí resulta primeramente que la Administración debe observar los derechos fundamentales también cuando está actuando dentro de las formas de acción del derecho privado. Al respecto, precisamente no se trata de la vigencia de un “derecho administrativo privado”, contrariamente a lo que sugiere la denominación usual de este hecho, sino se trata de la vigencia del derecho público para la Administración que actúa de acuerdo al derecho privado. La vigencia de los

¹⁰ V. MANGOLDT, KLEIN STARCK. GG, Tomo 1, tercera edición 1985, artículo 1 numeral 3 Rn.

¹¹ Véase al respecto v. MUTIUS, en: «*Bonner Kommentar, (Zweitbearbeitung)*», artículo 19 numeral 3. Por principio negativo el BVerfGE 21, 362, 369 sgtes.; 45, 63, 78; 61, 82, 101; 68, 193, 206.

¹² W. BÖCKENFÖRDE E.-, NJW 1978, 1881, 1883.

¹³ «*Öffentlich als Rechtsbegriff*» 1969, p. 98.

¹⁴ Staatsrecht I, Leipzig 1982 p. 161; véase también en ZEIDLER. VVDStRL tomo 19 (1961) p. 226 y ss. Contra las conclusiones de la identidad del Estado con el fisco, véase BROHM, «*Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*», 1969 p. 183.

derechos fundamentales, sin embargo, tan sólo es generalmente reconocida para el empleo de formas de actuar según el derecho privado, formas destinadas al cumplimiento “inmediato” de funciones administrativas¹⁵, pero por el contrario es objeto de controversia para el ámbito de la actividad económica comercial y de las operaciones auxiliares fiscales del sector público¹⁶. Empero, puesto que de la regulación contenida en el artículo 1 número 3 GG no se puede deducir una limitación a una sola parte de la actividad estatal – como quiera que se le pueda definir – la vinculación a los derechos fundamentales se debe extender también a los campos de acción mencionados en último lugar¹⁷.

Sin embargo, más allá de ello se plantea la interrogante por la vigencia de los derechos fundamentales, no solamente para el Estado que actúa de acuerdo a las normas del derecho privado, sino que está también organizado conforme a estas normas del derecho privado.

V. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA PERSONAS JURÍDICAS DEL DERECHO PRIVADO EN LAS CUALES TIENEN PARTICIPACIÓN SOLAMENTE EL ESTADO O SUS SUBDIVISIONES

La vinculación a los derechos fundamentales por parte de personas jurídicas del derecho privado en las cuales solamente el Estado o sus subdivisiones tienen participación, se fundamenta parcialmente argumentando que el Estado o sus subdivisiones no deberían sustraerse a la vigencia de los derechos fundamentales cambiando de forma jurídica¹⁸. Sin embargo, parece dudoso que este argumento, tomado por sí solo, pueda resistir la crítica. Es decir, si la actividad de la persona jurídica “estatal” de derecho privado se basara en la autonomía privada¹⁹ que emana del principio de autodeterminación, si de tal modo el actuar del Estado se convirtiese en actuar

privado, difícilmente se podría fundamentar una vinculación a los derechos fundamentales. Sin embargo, frente a esto – conforme se explicó líneas arriba – hay que llamar la atención sobre el hecho de que el saber jurídico del Estado y de sus subdivisiones en el campo del derecho privado, su “autonomía privada”, se nutre de aquella fuente que posibilita también en otras ocasiones la actividad jurídicamente relevante del Estado, es decir el poder estatal²⁰. Por consiguiente, el Estado y sus subdivisiones continúan teniendo su calidad de Estado aún sirviéndose de las formas del derecho privado²¹, y su poder de acción y de constitución les corresponde exclusivamente sobre la base del poder estatal.²² Pero si el actuar del Estado y de sus subdivisiones emana del poder estatal, aun si ellos actúan dentro del marco de organizaciones del derecho privado, entonces no hay ningún motivo para exceptuar esta acción de la vinculación con los derechos fundamentales que están vigentes para toda actividad estatal.²³ Por consiguiente, si una unidad organizativa de derecho privado es constituida exclusivamente por el Estado como titular, si es constituida por una subdivisión estatal, entonces queda vinculada a los derechos fundamentales de la misma manera como lo estaría una unidad organizativa de derecho público donde el Estado es titular. De esta manera, por ejemplo, una universidad cuyo titular exclusivo es el Estado y que está organizada de acuerdo al Derecho Privado, al conformar sus relaciones jurídicas (de derecho privado), deberá respetar tanto la libertad de profesión establecida en el artículo 12 numeral 1 GG, como también la libertad de ciencia del artículo 5 numeral 3 GG. A los estudiantes y al personal científico no se les debe imponer otras limitaciones más extensas (de los derechos fundamentales) que las que serían admisibles en el caso de su conformación conforme al derecho público²⁴. La universidad debe cumplir con los eventuales derechos a participaciones o prestaciones establecidas según las normas de los derechos fundamentales, como si ella fuera organizada

¹⁵ BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; 52, 325, 327; v. MÜNCH, en: idem/Kunig, GG, tomo 1, 4ª edición 1992, Vorb. artículo 1-19 Rn. 35 m.w.N.; WOLFF, BACHOF, STÖBER, VerwR I, 10ª edición 1994, §23 Rn. P. 29 y ss.

¹⁶ Disconforme p.ej. BGHZ 29, 76, 80; 36, 91, 95; 65, 284, 287; BADURA, en: Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR, 10ª edición 1995, numeral 3 Rn. 69; DÜRIG, en: Maunz/Dürig, GG tomo 1, artículo 1 numeral II Rn. 135 (estado 1958).

¹⁷ EHLERS, en: ERICHSON. (Fn 4), § 2 Rdn. 78; idem, Verwaltung (Fn. 3), p. 214 Y ss.; v. MANGOLDT, KLEIN, STARK (Fn. 9), artículo 1 numeral 3 Rn. 144; HESSE, «Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland», edición 20 1995, Rn. 345 sigts; DREIER, en: idem, GG tomo 1, 1996, artículo 1 III Rn. 49 sg.; detalladamente STERN. StR III/1, §74 IV (p. 1394 y ss.); ERICHSON, «Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb», 1987, p. 24; idem, En: ERICHSON/MARTENS, (edit.), Allg. VerwR, 9ª edición 1991, § 32 Rn. 4.

¹⁸ Así EHLERS, «Verwaltung» (Fn. 3), p. 247.

¹⁹ Así la argumentación de DICKERSBACH. WiVerw 1983, 187, 206.

²⁰ EHLERS, «Verwaltung» (Fn. 3), p. 86 y ss.

²¹ W. MARTENS, «Öffentlich als Rechtsbegriff» 1969, p. 98.

²² ERICHSON. StR u. VerfGbk. I, 3ª edición 1984 p. 113 sgte., idem, «Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb», 1987, p. 27.

²³ Así ya fue dicho en: MERGER, ERICHSON. Verw.Arch 61 (1970), 375, 384.

²⁴ Véase WOLFF, BACHOF y STÖBER. Verw.R I, 10ª edición 1994, § 23 Rn. 32.

conforme al Derecho Público. Esta opinión prevalece ahora en la jurisdicción y en la doctrina²⁵.

Por consiguiente, en el caso 1, la *Personenverkehrs-AG* está vinculada inmediatamente a los derechos fundamentales. Por ello, la reestructuración de las tarifas de transporte es inconstitucional si las diferencias que se efectuaron al respecto infringen el principio de igualdad.²⁶

VI. JURISDICCIÓN Y DOCTRINA SOBRE LA CUESTIÓN DE LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO, EN LAS CUALES TIENEN PARTICIPACIÓN EL ESTADO O SUS SUBDIVISIONES Y PRIVADOS

Sin embargo, es discutible si lo mismo vale también para unidades organizativas de derecho privado en las cuales, además del Estado o de sus subdivisiones, tienen participación también personas privadas. En estos casos, están reunidas en una sola forma organizativa²⁷ potencialidades cualitativamente diferentes con comportamiento jurídicamente relevante. En especial el Tribunal Federal Supremo y el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo confirman también en este caso la vinculación a los derechos fundamentales, si la unidad organizativa de derecho privado está dominada por el Estado o por sus subdivisiones, si, por ejemplo, el Estado o sus subdivisiones pueden dirigir la acción de la empresa debido a la proporción de su participación.²⁸

En el caso 2, de acuerdo con lo anterior habría que afirmar una vinculación de las HEW con los derechos fundamentales y con ello – en concordancia con el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales²⁹ – habría que denegar el derecho de las HEW a invocar la decisión valorativa de los derechos fundamentales

conforme al derecho objetivo, en relación con sus clientes.³⁰

Por el contrario, gran parte de la doctrina rechaza una vinculación a los derechos fundamentales de esta clase de unidades organizativas, general e independientemente de la proporción de la participación estatal³¹. Esta opinión se basa, entre otras cosas, en el argumento de que en el caso de la intervención de personas jurídicas en las cuales tienen participación también personas privadas, no solamente cambia la forma sino también la calidad de entidad ejecutora en la asunción de funciones.³²

La argumentación llega al resultado de que en el caso de la cooperación del Estado o de sus subdivisiones con personas privadas en unidades organizativas de derecho privado, las respectivas funciones son asumidas ya no por el Estado o por su subdivisión, sino ya nada más que por la unidad organizativa de derecho privado – que a su vez es no-estatal – de manera que no se da ningún ejercicio del poder estatal conforme al artículo 1 numeral 3 GG. Hay que preguntarse cómo esta opinión puede ser reducida a un común denominador con su propio punto de partida, de acuerdo al cual la asunción de funciones administrativas dentro de formas organizativas del derecho privado, solamente constituye otra forma del actuar estatal en el sentido del artículo 1 numeral 3 GG³³. Si esto vale para personas jurídicas de derecho privado cuyo ente ejecutor es únicamente el Estado o sus subdivisiones, si por consiguiente aquí se estima como irrelevante la interposición de un sujeto de derecho privado, no es convincente que con el puro **acceso** de una persona privada habrá que orientarse únicamente por la naturaleza jurídica de la persona jurídica que se hace intervenir en el cumplimiento de las funciones, y que por así decirlo “desaparece” simplemente la parte estatal en la asunción de funciones.

²⁵ BGHZ 29 EHLERS, 79 sptes.; 33, 230; 52, 325, 328 sgte.; 91, 84, 98; BGH, NJW 1985, 197, 200; BverwG, DÖV 1990, 614; EHLERS, «Verwaltung» (Fn. 3), pág. 247; *idem*, En: ERICHSON (Fn. 4), § 2 Rn. 82; HÖFLING, JA 1995, 431, 436; DREIER, en: *idem*, GG, 1996, artículo 1 III Rn. 52.; JARASS, en: *idem*/Pieroth, GG, 4ª edición 1997, artículo 1 Rn. 19. A.A. MÖSTL. «Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit» München 1998, p. 120 y ss., el autor postula adicionalmente una subordinación del objeto de la empresa a una afectación especial a un uso público a través de los estatutos, la ley, el contrato o el contrato de dominio; PIEROTH. NWVBl. 1992, 85, 88; PÜTTNER. «Die öffentlichen Unternehmen», 2ª edición 1985, p. 119 ss; EMMERICH, JuS 1970, 332, 334 ss.

²⁶ Véase al respecto en detalle las discusiones – en algunos puntos problemáticas – del BGH en BGHZ 52 p. 325 (330 ss.)

²⁷ ERICHSON, «Kommunalrecht» NW, 2ª edición 1997, § 11 D 2 b).

²⁸ BGH, NJW 1985, 197, 200; BVerwG, DÖV 1990, 614 sgte.; igualmente p.ej. STERN. StR III/1, 1988, § 74 IV 5 (p. 1421 ss.); Jarass (Fn. 24), artículo 1 Rn. 19.

²⁹ JZ 1990, 335.

³⁰ Acerca de esta limitación véase ERICHSEN, JK 90, GG artículo 19 III/7; v. Mutius (Fn. 10), artículo 19 Num. 3 Rdn. 92 ss.

³¹ EHLERS. «Verwaltung» (Fn. 3), p. 249; *idem*, en: Erichsen (Fn. 4), § 2 Rn. 84; RÜFNER. «Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft», 1967, p. 418; *idem*, en: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, 1992, § 117 Rn. 49; DREIER. (Fn. 16/, artículo 1 III Rn. 52; HÖFLING. JA 1995, 431, 436; v. MANGOLDT, KLEIN y STARCK (Fn. 9), artículo 1 numeral 3 Rn. 145.

³² EHLERS. «Verwaltung» (Fn. 3), p. 249; *idem*, en: ERICHSON, (Fn. 4), § 2 Rn. 84; similar RÜFNER. «Formen» (Fn. 29), p. 418.

³³ Véase EHLERS, «Verwaltung» (Fn. 3), P. 247: «Bloße Auswechslung der Rechtsform».

Sin embargo, tal vez se podría rechazar por otra razón la vigencia (inmediata) de los derechos fundamentales para una persona jurídica de derecho privado de carácter mixto estatal/privado. Si una persona jurídica de derecho privado en la cual participan también personas privadas, tuviera que observar directamente los derechos fundamentales en la relación con terceros, entonces los titulares privados de acciones resultarían vinculados a los derechos fundamentales. Pero según la opinión predominante en la doctrina, esto no sería compatible con la autonomía privada de dichos accionistas, que está garantizada por la Constitución.³⁴

Por consiguiente, si se sigue la opinión predominante en la doctrina, entonces en el caso 2 queda excluida una vinculación de las HEW a los derechos fundamentales a causa de la participación de personas naturales. Pero si se excluye una vinculación de las HEW a los derechos fundamentales, entonces nada se opone a que ellas tengan capacidad jurídica para los derechos fundamentales, en el sentido del artículo 19 numeral 3 GG, precisamente a causa de la participación de las personas naturales.³⁵ A condición de existir los demás requisitos para tomar una decisión de fondo, según la opinión de la doctrina y en contra de la opinión del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales³⁶, las HEW podrían dirigirse a este Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

Empero, frente a esto habría que preguntarse si no es que el individuo cuando éste – ejerciendo su libertad garantizada por los derechos fundamentales – está cooperando con el Estado o con sus subdivisiones dentro del marco de una unidad organizativa de derecho privado, está, por así decirlo, incorporándose al régimen jurídico del Estado. En tanto nadie estuviese obligado a cooperar con el Estado o con sus subdivisiones, de todas maneras parece dudoso que los derechos fundamentales estén prohibiendo realmente el vincular indirectamente a los derechos fundamentales también al titular privado de acciones, a través de una vinculación directa de la persona jurídica de derecho privado.

Por otro lado, se plantea la interrogante sobre si se puede partir de una vigencia de los derechos fundamentales para la unidad organizativa de derecho privado, aunque la persona privada no haya elegido

ella misma esta cooperación, lo cual puede suceder, por ejemplo, si el Estado o sus subdivisiones, adquiriendo **posteriormente** la mayoría de las acciones de una persona jurídica fundada por privados, entran en cooperación con los titulares privados permanentes. De todos modos habrá que tener presente para estos casos que la persona privada con participación en una persona jurídica de derecho privado, es titular de los derechos fundamentales y no destinataria de los derechos fundamentales, en su calidad de titular de acciones. Esta posición, sin embargo, le sería retirada en la medida de su participación si la persona jurídica a su vez fuera **obligada** por los derechos fundamentales a causa de la cooperación, o de la influencia del Estado o de su subdivisión (con lo cual al mismo tiempo quedaría excluida la protección de la actividad de esta persona jurídica por los derechos fundamentales). En vista del derecho y de la obligación en virtud de los derechos fundamentales, el ciudadano, por así decirlo, sería incorporado al Estado, y la finalidad de los derechos fundamentales, es decir, salvaguardar la libertad del individuo, sería convertida en su contrario. De todas maneras, al entrar el Estado o una de sus subdivisiones posteriormente a una persona jurídica de Derecho Privado cuyos titulares antes fueron exclusivamente personas privadas, esto hablaría en favor de adherirse a la opinión según la cual la participación de un privado en una persona jurídica en la cual participa también el Estado o una de sus subdivisiones, está excluyendo una vinculación inmediata de esta persona jurídica a los derechos fundamentales frente a terceros³⁷, lo cual sin embargo conduce a que los derechos fundamentales se apliquen en favor de la unidad organizativa de derecho privado –y con ello directamente también **en favor del Estado** o de sus subdivisiones en su calidad de titulares de acciones–.³⁸

Tanto según la opinión expuesta en la doctrina, así como también según la opinión del Poder Judicial, en el caso de la participación minoritaria del Estado o de una de sus subdivisiones queda excluida una vinculación inmediata a los derechos fundamentales por parte de la unidad organizativa de derecho privado. Por eso, en el caso 3 habrá que rechazar una vinculación de las HEW a los derechos fundamentales, de acuerdo a todas las opiniones, y se puede afirmar que tienen capacidad jurídica para los derechos fundamentales de acuerdo al artículo 19 numeral 3 GG.

³⁴ Véase en lugar de muchos, EHLERS, En: ERICHSON, (Fn. 4), § 2 Rn. 84, m. w. N.

³⁵ Véase PIEROTH. NWVBl. 1992, 85, 88.

³⁶ BVerfG, JZ 1990, 335.

³⁷ Véase v. MANGOLDT, KLEIN y STARCK., GG, tomo I, 3ª edición 1985, artículo 19, 1 numeral 3 Rn. 145; RÜFNER, En: Isensee/Kirchhof (ed.), HdbStR V, 1992, § 117 Rn. 49; EHLERS, En: ERICHSON (Fn. 4), § 2 Rn. 84 a. E.; HÖFLING. JA 1995, 431, 436.

³⁸ Véase acerca de este problema por ejemplo, ZIMMERMANN. JuS 1991, 294 y ss.

VII. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA EL ESTADO Y SUS SUBDIVISIONES COMO TITULARES DE ACCIONES DE UNA PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO

En virtud de la disposición expresa contenida en el artículo 1 numeral 3 GG, los derechos fundamentales pretenden vincular **todo el poder estatal en la totalidad de sus funciones y órganos**³⁹. Siempre que el Estado y sus subdivisiones actúen, solamente estarán autorizados de hacerlo dentro del marco fijado por los derechos fundamentales. Este objetivo de los derechos fundamentales, expresado en el artículo 1 numeral 3 GG no se limita – conforme ya se constató⁴⁰ – al campo de la actividad del Estado en materia del derecho público, sino también se extiende al actuar estatal dentro de las formas de acción y organización del derecho privado⁴¹. Conforme a ello, también la adquisición y el ejercicio de **derechos de participación** en unidades organizativas están vinculados a los derechos fundamentales. En el caso de la participación del Estado o de sus subdivisiones y de personas privadas en una persona jurídica de derecho privado, en vista de bases y pautas de dirección se combinan potenciales distintos dentro de un marco organizativo. Si bien es cierto que no es concebible una vinculación parcial a los derechos fundamentales de la persona jurídica de derecho privado y con ello una vinculación a los derechos fundamentales que tiene efectos inmediatos en la relación exterior; sin embargo podría producirse **de hecho** a través del resultado de una dirección interior.

Si el Estado o sus subdivisiones, debido a las relaciones mayoritarias dentro de la organización interior de la unidad organizativa de derecho privado, tienen una influencia dominante sobre la acción de ésta, entonces debido a la arriba expresada dimensión de derecho objetivo de los derechos fundamentales, tienen la obligación de ejercer su posición dominante de tal manera que **de hecho** se llegue a un comportamiento de la persona jurídica en la relación exterior que esté conforme a los derechos fundamentales. En este sentido, las normas de los derechos fundamentales, en su dimensión de derecho subjetivo defensivo, no ad-

quieran **fuerza aplicativa directa** en la relación exterior de la unidad organizativa de derecho privado, sino tan sólo de hecho, respectivamente de **manera indirecta**, o surten efecto solamente de hecho, respectivamente de **manera directa**, a través de la dimensión de derecho objetivo de las normas de derechos fundamentales. Obligan al Estado, respectivamente a sus subdivisiones, a utilizar su posición dominante para procurar **efectivamente** la mayor imposición posible de los valores en los que se basan los derechos fundamentales, al conformar la acción de la persona jurídica.

De igual manera, en el caso de una participación minoritaria del Estado o de una de sus subdivisiones, si bien es cierto que, en virtud del efecto director de las normas de derechos fundamentales en el derecho objetivo, es tarea del Estado el propender a la observación de los derechos fundamentales; sin embargo no es posible para el Estado y para sus subdivisiones, imponer de manera jurídico-formal el comportamiento conforme a los derechos fundamentales de esta unidad organizativa de derecho privado. Esto plantea interrogantes en cuanto a la legalidad de este tipo de participación minoritaria del Estado o de sus subdivisiones.

Si bien es cierto que algunas disposiciones de derecho ordinario – como por ejemplo § 108 numeral 3 GO NW⁴² – presuponen la legalidad de una participación minoritaria, sin embargo, puesto que la interpretación de la Constitución decide sobre la vigencia del derecho ordinario, y que por principio no está vigente de conformidad con este derecho ordinario, la respuesta a la pregunta planteada deberá ser obtenida por la interpretación de la Constitución misma.

Para responder la interrogante se puede aludir a la constatación hecha más adelante según la cual, tanto en la cuestión de “si” el Estado o sus subdivisiones pueden participar en una unidad organizativa de derecho privado, como también en la cuestión de “cómo” se debe ejercer los derechos de participación, no se trata – por lo menos no directamente – del contenido jurídico-defensivo de las normas de los derechos fundamentales, sino más bien se trata de sus

³⁹ ERICHSON. StR. u. VerfGbkkt. I, 3ª ed. 1984 p. 112 y ss.; DREIER, en: idem, GG, artículo I III Rn. 36; STERN (Fn. 27), § 72 III 3 b (p. 1204); RÜFNER, en: ISENSEE y KIRCHHOF, HdbStR V, 1992, § 117 Rn. 1; HÖFLING. JA 1995, 431, 432 y ss.; v. MANGOLDT, KLEIN y STARCK (Fn. 9), artículo I numeral 3 Rn. 138.

⁴⁰ Véase arriba V., VI.

⁴¹ Véase las indicaciones en Fn. 16, 24.

⁴² § 108 num. 3 S. I GO NW dice: «Representantes del municipio en una sociedad [de derecho privado] en la cual municipios, asociaciones municipales o asociaciones administrativas tienen una participación directa o indirecta superior al 25 por ciento, solamente podrán aprobar la participación de la sociedad bajo una forma del derecho privado, previa decisión del concejo, únicamente en caso de que existan las condiciones previas para la participación del municipio mismo, y si la responsabilidad de la sociedad participante queda limitada a una suma determinada.»

pautas directoras de acuerdo al derecho objetivo – ya mencionadas en el numeral II – las cuales se determinan por el contenido la obligación impuesta al Estado por el principio del Estado social de los artículos 20 numeral 1 y artículo 28 numeral 1 GG, a saber de crear las condiciones-marco para el desarrollo de la sociedad y de perfeccionarlas.⁴³

El hecho de que el Estado y sus subdivisiones tengan la obligación de crear las condiciones-marco para el desarrollo de la sociedad y de perfeccionarlas, precisamente no significa que también ellos mismos tengan que asumir la creación y el perfeccionamiento como función estatal. Más bien al Estado y a sus subdivisiones – conforme igualmente se expuso más adelante en el numeral II – les incumbe “únicamente” la **responsabilidad** de que la sociedad en su totalidad emprenda un desarrollo que, en la medida de lo posible, le ofrezca al individuo la garantía de que él pueda **efectivamente** hacer uso de los derechos fundamentales.⁴⁴ En este sentido, al Estado y a

sus subdivisiones no les incumbe ninguna competencia para ejercer **funciones**, sino solamente una competencia para otorgar **garantías**. Por consiguiente, ellos no quedan limitados a cubrir **por administración** determinados campos de funciones – por ejemplo, en el ámbito de la asistencia social – o a ejercer una influencia dominante en el respectivo cumplimiento de funciones por parte de sujetos jurídicos privados. Por consiguiente, si en virtud del principio del Estado social en unión con los contenidos de los derechos fundamentales de acuerdo al derecho objetivo, al Estado y a sus subdivisiones les incumbe solamente la responsabilidad de que determinados campos de funciones sean asumidos – sea por ellos mismos o por personas privadas –, ellos también pueden participar de modo subordinado en el respectivo cumplimiento de funciones por parte de privados sin que deba quedar garantizado que el respectivo privado observe también efectivamente el contenido de los derechos fundamentales en tal que **derechos defensivos**.

⁴³ Véase ERICHSON, Jura 1996, 527, 539 y ss.

⁴⁴ Véase al respecto GUSY, «Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik», En: idem (edit.), «Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen», 1998 p. 330, 332.