
Cuestiones actuales del Derecho local alemán

Martin BURGI

*Catedrático de Derecho Público
Titular de la Cátedra de Derecho Público Alemán y Europeo
Universidad del Ruhr en Bochum*

Jörg HENKEL

*Investigador
Cátedra de Derecho Público Alemán y Europeo
Universidad del Ruhr en Bochum*

RESUMEN

El presente trabajo expone las principales reformas y debates que se han producido en el ámbito del Derecho local de la República Federal de Alemania en los últimos años. Con esa finalidad se analizan los fundamentos básicos constitucionales y legales del Derecho local, así como sus reformas más importantes, previendo los efectos que se han producido o que pueden llegar a producirse.

Palabras clave: Derecho local; reformas; Alemania.

ABSTRACT

This work deals with the main reforms and debates that have emerged in the field of local government in the last years. With this aim the authors analyze the constitutional and legal foundations of municipal Law in Germany, as well as the most important reforms carried out recently. On that basis they attempt to identify and anticipate the effects that these reforms could have on the German system of local government.

Keywords: Municipal Law; reforms; Germany.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RECONOCIMIENTO JURÍDICO A NIVEL EUROPEO Y CONSTITUCIONAL.—1. Los entes locales en el Derecho europeo.—2. Eficacia de la garantía constitucional de la autonomía local.—III. EVOLUCIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

LOCAL.—1. Organización municipal.—1.1. *Descentralización: los distritos*.—1.2. *La elección directa del alcalde: algunas experiencias*.—1.3. *Iniciativas para la modernización administrativa*.—2. Cooperación intermunicipal.—IV. DERECHO ECONÓMICO LOCAL.—1. Significado y alcance.—2. Marco jurídico.—2.1. *Derecho de la Unión Europea y Derecho constitucional nacional*.—2.2. *Leyes estatales de régimen local («Gemeindeordnungen»)*.—3. Nuevas tendencias políticas.—3.1. *El carácter oscilante de los requisitos del fin público*.—3.2. *El fin público en el desarrollo de una actividad económica más allá del ámbito municipal*.—3.2.1. Reflexiones constitucionales.—3.2.2. El suministro de energía más allá del término municipal.—4. Tutela judicial de los competidores privados.—4.1. *Tutela frente a la vulneración de los tres criterios que autorizan el ejercicio de una actividad económica*.—4.2. *Tutela en el marco del procedimiento de revisión de la adjudicación de contratos públicos*.—V. RECAPITULACIÓN.—VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN¹

El territorio de la República Federal de Alemania se divide en 12.241 ciudades (*Städte*) y municipios (*Gemeinden*), además de 313 comarcas (*Kreise*). Todos ellos son entes locales —*Kommunen*—. La estructura territorial a nivel local no es homogénea: de las ciudades y municipios, 12.125 se encuentran dentro del territorio de una comarca, mientras que el resto, 116 ciudades, no se incardinan en ninguna comarca, así que por encima de ellas no hay ningún otro nivel de poder local. Esta diferencia es fundamental a la hora de determinar el número y el alcance de las competencias atribuidas a una concreta ciudad o municipio. Las ciudades que no están dentro de una comarca (*kreisfreie Städte*) asumen todas las competencias locales; mientras que los municipios que se incardinan en una comarca (*kreisangehörige Gemeinde*) reparten las competencias locales con el nivel comarcal de gobierno.

En Alemania, la Federación (*Bund*) no es competente en materia de régimen local. Esta competencia corresponde a los Estados (*Länder*)². En la práctica esta circunstancia no se traduce en una gran fragmentación del régimen local, puesto que las instituciones y estructuras básicas del Derecho local convergen en todos los *Länder*. Únicamente en algunas cuestiones pueden observarse diferencias puntuales que suelen ser fruto de las distintas orientaciones políticas dominantes en los respectivos Estados.

Los entes locales se perciben como una pieza clave en el sistema federal, tanto por los ciudadanos como por los Estados. Esto ha llevado a que en los últimos cinco o seis años la importancia de los entes locales —considerados como entidades de relevancia (exclusivamente) administrativa— haya aumentado de manera constante y no siempre

¹ Traducido del alemán por Silvia Díez Sastre, Profesora Contratada Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

² *N. de la T.*: En Alemania los Estados (*Länder*) pueden ser de dos tipos: aquellos que constituyen una ciudad-estado (*Stadtstaaten*) —Hamburgo, Bremen (constituido por las ciudades de Bremen y Bremerhaven) y Berlín—, y el resto de *Länder*, que se denominan *Flächenländer*. La competencia de régimen local sólo corresponde a los segundos, pues los primeros tienen un régimen especial que combina la organización, el funcionamiento y las competencias de una ciudad y un Estado.

de forma explícita mediante la transferencia progresiva de competencias. Y es muy previsible que esta tendencia vaya en aumento en el futuro. Todo ello sin perjuicio de que el papel de los entes locales como actores políticos esté infravalorado, en gran medida porque su presencia en la política nacional, federal y estatal, se circunscribe al eterno debate en torno a la precaria situación de sus haciendas. Esto puede explicar, en parte, que la participación de los ciudadanos en las elecciones locales de los últimos años y décadas sea cada vez menor y que apenas exista movilidad de los políticos del nivel local hacia los niveles de gobierno federal y estatal.

II. RECONOCIMIENTO JURÍDICO A NIVEL EUROPEO Y CONSTITUCIONAL

1. Los entes locales en el Derecho europeo

Los entes locales juegan un papel central en la ejecución indirecta del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, apenas se les tiene en cuenta en el debate político o en la elaboración de normas a este nivel. El protagonismo de los entes locales en la ejecución del Derecho europeo se debe a que la mayoría de los Reglamentos y Directivas afectan a sus ámbitos de actuación; en concreto a la esfera competencia de las comarcas o de las ciudades que no se integran en ninguna comarca. Ahora bien, en esa tarea de ejecución los entes locales apenas tienen margen de actuación, porque las disposiciones europeas suelen ser muy exhaustivas. Así sucede en el caso de las reglas sobre protección medioambiental o adjudicación de contratos públicos, que contienen una densa regulación que impide a los entes locales adaptar su aplicación a las particularidades locales o regionales.

En el plano político, los entes locales apenas tienen influencia a nivel europeo. Conforme al art. 300.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la representación de los entes locales en el Comité de las Regiones es muy débil. En la República Federal de Alemania el procedimiento de nombramiento de los miembros del Comité se controla por los Estados. Los entes locales alemanes sólo pueden enviar a tres miembros —del total de cerca de 350 que conforman el Comité—. El resto de representantes de la República Federal se nombra por los *Länder*.

Los entes locales han valorado de forma muy positiva los arts. 4.2.1 y 5.3.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) —en su versión tras la reforma del Tratado de Lisboa—. Estos preceptos obligan a la Unión Europea a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, que se manifiesta, entre otras formas, en la autonomía local. Esta obligación de la Unión Europea se apoya, además, en un fundamento más sólido consagrado en el art. 5.3.1 TUE, ya que la aplicación del principio de subsidiariedad obliga a valorar la medida en que los objetivos propuestos pueden lograrse de forma suficiente y adecuada mediante actuaciones realizadas en el plano local.

2. Eficacia de la garantía constitucional de la autonomía local

La Ley Fundamental de Bonn, esto es, la Constitución de la República Federal Alemana, y las constituciones de los Estados protegen la existencia de los entes locales, su esfera competencial —que debe ejercerse bajo su propia responsabilidad— y su capacidad financiera. Esto no se traduce en la prohibición de las medidas estatales que puedan suponer una carga o limitación de la autonomía de los entes locales, pero sí introduce la exigencia de que en estos casos se aduzca una justificación. Cuál debe ser el alcance de esa justificación depende del tipo de limitación que imponga la medida estatal: en el caso de alteraciones de los límites territoriales y de sustracción de competencias locales el control es muy intenso. Dentro de las competencias locales, se protegen especialmente las que están vinculadas a los intereses locales. Hay que tener en cuenta que la Ley Fundamental de Bonn y las Constituciones estatales consagran un principio de universalidad de la competencia a nivel local, que se proyecta sobre una interpretación abierta de la extensión de las competencias de los entes locales. Se tiene plena conciencia de que las competencias locales se encuentran en un cambio constante, porque las «antiguas» competencias pueden salir del ámbito local y al mismo tiempo pueden surgir «nuevas» competencias dentro de él. Así, por ejemplo, la integración de inmigrantes, la prestación de servicios básicos de salud y la (futura) ordenación de los espacios residenciales con el fin de adaptarse al cambio demográfico que supone una sociedad cada vez más envejecida constituyen ejemplos de nuevas competencias que deben ejercerse a nivel local.

La protección constitucional frente a las injerencias en la autonomía local para el ejercicio de las propias competencias es, sin embargo, más débil. En el pasado esto ha permitido que los legisladores estatales pudiesen elaborar con cierta libertad un «corsé normativo» que estrechaba al máximo el margen de actuación autónoma de los entes locales. En la actualidad, la posibilidad de aflojar este «corsé normativo» en el marco de la modernización administrativa y de la famosa «desregulación», promovida en los planos político y económico, aún no se ha puesto en práctica.

La protección constitucional de los entes locales se ha reforzado en los últimos años en el ámbito financiero, principalmente mediante la introducción o la consolidación de los denominados «principios de conexidad» (*Konnexitätsprinzipien*) en los textos constitucionales. Estos principios exigen que la atribución de competencias a los entes locales vaya acompañada de una compensación económica ligada a los costes que supone su ejercicio. Esto produce una tensión permanente entre los entes locales y los Estados: los primeros están interesados en obtener una remuneración lo más generosa posible, mientras que los segundos tratarán de ofrecer una compensación económica exigua. La consecuencia es el planteamiento de numerosos conflictos ante los Tribunales constitucionales estatales referidos al cumplimiento de este principio, tal y como ya se ha constatado en el pasado y se puede augurar para el futuro.

Los problemas derivados del acatamiento de los principios de conexidad y el interés de los entes locales en aumentar su esfera competencial han desviado la atención de uno

de los presupuestos de la transferencia de competencias al ámbito local: que el nivel de gobierno local sea el adecuado para ejercer la competencia. En este sentido, desde una perspectiva local se ha infravalorado el claro peligro de «estatalización» que se deriva de la transferencia de competencias.

Por último, la protección de la autonomía local se ha reforzado con la prohibición de que la Federación transfiera competencias a los entes locales, que se ha introducido en la Constitución Federal en el marco de la Reforma del Federalismo I de 2006. El legislador federal no puede atribuir directamente a los entes locales nuevas competencias. El efecto positivo es que únicamente los *Länder* pueden transferir competencias a «sus» entes locales, sometiéndose, por tanto, a las exigencias derivadas del principio de conexidad. Pero el efecto negativo consiste en que aún es posible que los entes locales lleguen a ejercer competencias procedentes de la Federación. La diferencia es que ahora se requieren dos pasos: en primer lugar, la Federación obliga a los Estados a asumir ciertas competencias; en segundo lugar, los Estados transfieren esas competencias a los entes locales, sujetándose a los requisitos del principio de conexidad. El resultado de esta transferencia de competencias desde los niveles superiores de gobierno es que se dificulta enormemente la aplicación de programas políticos de gran calado a nivel local, como, por ejemplo, la ampliación de la oferta de plazas en las guarderías infantiles.

III. EVOLUCIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN LOCAL

1. Organización municipal

1.1. *Descentralización: los distritos*

En todos los *Länder* las ciudades y los municipios se dividen en distritos. De este modo se acortan distancias con los vecinos y se refuerza la participación ciudadana. Los distritos pueden crearse en una ciudad que no se integra en una comarca. En ese caso se denominan *Bezirke*. Si, por el contrario, son distritos de un municipio que está dentro de una comarca, se llaman *Ortschaften*. En ambos casos, los distritos son divisiones territoriales dentro de una ciudad o municipio, así que no tienen ningún estatus jurídico formal frente al Estado (*Land*) correspondiente. La organización de los distritos es un reflejo de las principales estructuras organizativas de las ciudades y los municipios. Así, por regla general, los distritos de las ciudades no adscritas a un *Kreis* cuentan con un órgano ejecutivo monocrático similar al alcalde: el presidente del distrito (*Bezirksvors- teher*); y con un órgano colegiado similar al Pleno —aunque independiente de él—: la Asamblea del distrito (*Bezirksvertretung*).

El funcionamiento de los distritos conduce a un mayor refinamiento en el reparto de las competencias locales. Esto puede plantear conflictos en temas de especial importancia local, que exigen una clara determinación del alcance de las competencias en los distintos niveles de la organización local. Además, algunos distritos ya han impugnado

ante los tribunales algunas decisiones de los respectivos Plenos municipales que establecían su disolución o su fusión con otro distrito.

1.2. *La elección directa del alcalde: algunas experiencias*

En todos los Estados alemanes —que no son ciudades³— el alcalde se elige directamente por los ciudadanos. Anteriormente, en algunos *Länder* regía un sistema de ejecutivo doble, en el que convivían el alcalde, como líder político, y el director de la ciudad, como jefe de la Administración. Pero en la actualidad ningún Estado ha optado por mantener este modelo. Parece que se ha asumido de forma unánime que la introducción de la elección directa del alcalde refuerza su doble papel de jefe del Gobierno y la Administración municipales⁴. Esta posición del alcalde es aún más sólida en los casos en que el legislador estatal atribuye al alcalde un derecho a voto en el Pleno municipal; o cuando se establece una separación temporal entre la elección del alcalde y la elección de los miembros del Pleno. Así, por ejemplo, en algunos Estados la duración del mandato del alcalde es de ocho años, mientras que los miembros del Pleno ocupan su cargo únicamente por un plazo de cinco años.

Los efectos que se han producido como consecuencia de la introducción de la elección directa del alcalde son muy interesantes desde la perspectiva de la ciencia política. Con independencia del tamaño del municipio la elección directa se traduce en una mayor cercanía política con los vecinos. Y esto revierte en un mayor peso político del alcalde frente a los concejales reunidos en el Pleno. El alcalde tiene más independencia con respecto a los concejales —que será mayor o menor en función de su pertenencia al grupo mayoritario—. Este escenario brinda la oportunidad de dar paso a una política más centrada en los problemas locales, y menos orientada a los intereses de los partidos políticos. Por supuesto, esto no significa que el alcalde elegido directamente por los ciudadanos pueda prescindir durante su mandato de las decisiones de la mayoría del Pleno. Un alcalde que durante un largo periodo de tiempo cuente, únicamente, con el apoyo de la minoría del Pleno deberá gobernar de forma inestable, encontrará muchas dificultades para gestionar los asuntos locales y, en el peor de los casos, llegará a actuar en contra del interés de los ciudadanos. Estas circunstancias no dependerán tanto del marco jurídico de funcionamiento de los órganos municipales, como de las dinámicas políticas y del carácter y las capacidades de las personas involucradas. En este sentido hay que señalar que, en la práctica, apenas si se ha realizado el temor a que la elección directa del alcalde llevase a personas populares pero poco cualificadas al poder, en lugar de a profesionales de la Administración. Los vecinos valoran cuidadosamente antes de la elección si el can-

³ *N. de la T.*: Sobre los tipos de Estado en Alemania —*Flächenland* y *Stadtstaat*—, *vid.* la nota a pie núm. 2.

⁴ *N. de la T.*: Las referencias en el texto al alcalde comprenden tanto a los alcaldes de los municipios que se integran en una comarca, denominados en alemán *Bürgermeister*, como a los alcaldes de las ciudades que no están dentro de ninguna comarca, que en lengua germana se llaman *Oberbürgermeister*.

didato que van a elegir posee las cualidades y habilidades necesarias para desempeñar su cargo de forma adecuada.

Junto a la elección directa del alcalde se han realizado algunos «experimentos» en las elecciones locales que han producido intensos debates políticos y jurídicos sobre su admisibilidad y corrección jurídica. Por ejemplo, desde 2009 en Renania del Norte-Westfalia (uno de los Estados más grandes de Alemania), es alcalde al candidato que obtenga (simplemente) una mayoría relativa en una única vuelta. Anteriormente, el procedimiento constaba de dos vueltas: si en la primera vuelta ningún candidato obtenía mayoría absoluta, se pasaba a una segunda vuelta que enfrentaba a los dos candidatos que habían obtenido mejores resultados en la primera. El legislador estatal pretendía aumentar la participación de los vecinos en las elecciones al eliminar la segunda vuelta. El Tribunal Constitucional del Estado de Renania del Norte-Westfalia ha confirmado la constitucionalidad de este nuevo procedimiento electoral. En su argumentación niega la vulneración del mandato de legitimación democrática y del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos representativos. Asimismo reitera las diferencias existentes entre los niveles de poder local y estatal: el nivel local se adscribe exclusivamente a la Administración. Por esa razón, considera el Tribunal que no hay que aplicar en el ámbito local el mandato constitucional (federal) que exige la obtención de mayoría absoluta en la primera vuelta para la elección del canciller federal o del presidente de la Federación⁵.

Finalmente, con el objetivo de equilibrar el poder del alcalde (elegido directamente), se atribuyen facultades de control al Pleno y también se introducen cada vez más formas de participación directa de los ciudadanos (plebiscitos). A diferencia del plano federal, en el ámbito local hay distintas fórmulas de participación: la iniciativa ciudadana (*Bürgerbegehren*) y el referéndum (*Bürgerentscheiden*). Los ciudadanos emplean estos canales para el planteamiento de temas de relativa o gran importancia política. Así, por ejemplo, los ciudadanos pueden expresar mediante un referéndum su oposición a una decisión del Pleno de cerrar una piscina municipal u otra instalación pública, o pueden decidir la manera en que quieren que se gestione el abastecimiento de agua en el municipio.

1.3. *Iniciativas para la modernización administrativa*

Desde hace tiempo se han puesto en marcha numerosas iniciativas de reforma de las fórmulas organizativas de la Administración a todos los niveles —federal, estatal y local—. No se trata de cambios en sectores puntuales, sino de una modificación global de la organización, el funcionamiento y el personal administrativos. Los municipios han sido pioneros en este sentido, porque en su nivel puede apreciarse con más rapidez el éxito o fracaso de una reforma de este tipo.

⁵ *N. de la T.*: Los preceptos referidos son los arts. 54 y 63 de la Constitución Federal.

Para promover la puesta en práctica de estas experiencias innovadoras a nivel local, algunos Estados han introducido «cláusulas de experimentación» en sus leyes de régimen local. Así, durante un periodo transitorio pueden aprobarse disposiciones organizativas o financieras que se aparten del régimen general obligatorio. En la realidad, según los casos, se pone de manifiesto si los municipios aceptan esta regulación como una oportunidad de mejora, o si se trata simplemente de una forma del Estado de probar nuevas estructuras administrativas que después podrán aplicarse en todo su territorio. En cualquier caso, las exigencias derivadas de la autonomía local a nivel federal obligan a realizar estas reformas con cautela por parte de los actores locales y en el marco de un sistema de tutela estatal diseñado al efecto.

Las reformas a nivel local se enmarcan en el denominado «nuevo modelo de dirección». Este modelo se proyecta sobre la forma de funcionamiento interno de la Administración local y sobre las relaciones del Pleno con el ejecutivo local. Además, introduce algunos elementos de racionalidad económica que, no obstante, impiden que el municipio renuncie a su naturaleza de poder público y se limite a actuar como un mero prestador de servicios frente a los ciudadanos. La voluntad de modernización debe coherenarse, así, con las tareas que los entes locales deben asumir obligatoriamente. Dentro del nuevo modelo de dirección también se plantea una nueva conexión entre la política y la Administración. Pero siempre deben respetarse los límites impuestos legalmente mediante la distribución de competencias entre el Pleno y el alcalde. En este sentido, hay que tener en cuenta que el debilitamiento del Pleno como órgano municipal conduce al consecuente debilitamiento de la autonomía, entendida como la participación de los interesados, puesto que el Pleno es el órgano municipal en el que los ciudadanos de un municipio pueden llegar a realizar sus objetivos políticos de forma directa.

2. Cooperación intermunicipal

La cooperación intermunicipal se percibe cada vez más como una herramienta fundamental para los entes locales debido a la precaria situación financiera que atraviesan. En positivo esto significa que la garantía constitucional de la autonomía local protege la cooperación intermunicipal como una manifestación de la capacidad de cooperación de los entes locales. De modo que los municipios disponen o deben disponer, en virtud de la Constitución, de la posibilidad de cooperar entre sí. Sólo en casos excepcionales puede limitarse esa capacidad. En negativo hay que entender que se producirá una vulneración de la autonomía local cuando la cooperación se imponga por Ley.

En la práctica, las leyes de los *Länder* han articulado diferentes posibilidades de cooperación intermunicipal bajo un régimen jurídico-público o jurídico-privado y con fórmulas institucionalizadas o no institucionalizadas. La oportunidad y legalidad de una fórmula cooperativa se analizan en función de la existencia de una mejora del ejercicio de las competencias por parte de los municipios participantes —que tenían una deficiente capacidad de gestión por separado— y del mantenimiento de un nivel razonable

de capacidad de dirección en el ejercicio de las competencias. Al fin y al cabo, no hay que perder de vista que las fórmulas cooperativas alejan la toma de las decisiones de los ciudadanos y de sus órganos representativos directos.

Las formas públicas de cooperación se basan en la celebración de un contrato jurídico-público entre los municipios participantes⁶. Estos contratos suponen un desplazamiento de la competencia, al menos para la ejecución de las tareas de que se trate. Además, ofrecen la oportunidad de atribuir a los particulares la gestión de actividades municipales, aunque en todo caso, desde el punto de vista legal, se mantienen los procesos de funcionamiento de la organización administrativa. Por ello, el Derecho europeo de la adjudicación de contratos públicos, que permite contar con empresas privadas para la prestación de servicios y de actividades para la Administración, no se aplica en estos casos.

La disposición de cooperar con otros municipios es distinta en cada caso y suele estar claramente condicionada por la relación de rivalidad o colaboración que exista con los municipios o ciudades vecinas. No obstante, cada vez se ejerce más presión sobre los municipios y ciudades para que se abran a fórmulas de cooperación, con independencia de su voluntad. En algunos casos incluso es previsible que se establezcan incentivos financieros e incluso sanciones para fomentar la cooperación.

IV. DERECHO ECONÓMICO LOCAL

1. Significado y alcance

La actividad económica local tiene una gran importancia práctica y económica en Alemania, tanto para los entes locales como para los ciudadanos. En Alemania hay *grosso modo* cerca de 2.500 empresas de propiedad municipal, que dan trabajo a aproximadamente 530.000 empleados. Las empresas municipales se organizan con formas jurídico-privadas. Las más populares son la sociedad de responsabilidad limitada (*GmbH*) y la sociedad anónima (*AG*).

Cuando un municipio decide gestionar una parte de su actividad a través de una sociedad privada, cuyo capital le pertenezca enteramente, y no mediante su organización, se habla de un proceso de «privatización de la organización». En estos casos no se privatiza la competencia o actividad, sino únicamente la forma en que se lleva a cabo.

El ámbito de actuación de las empresas municipales es muy amplio. En primer lugar comprende los servicios relacionados con la procura existencial básica (*Daseinsvorsor-*

⁶ *N. de la T.*: En el lenguaje jurídico alemán el concepto «contrato de Derecho público» (literalmente: *öffentlich-rechtlicher Vertrag*) se emplea precisamente en el ámbito de la cooperación interadministrativa. No hay que confundirlo, por tanto, con los contratos públicos celebrados por las Administraciones para llevar a cabo las tareas que tienen atribuidas, tales como contratos de obras, servicios y suministros. En esos casos en alemán no se utiliza el concepto de contrato público, sino el de «encargo público» (*öffentliche Aufträge*), puesto que el contrato que se firma tras el procedimiento de selección del adjudicatario será normalmente de naturaleza jurídico-privada.

ge), pero también se extiende al transporte público, a las cajas de ahorros, la recogida de residuos e incluso puede llegar a ocuparse de la gestión de una piscina o una sauna municipales. Este amplio abanico de objetivos pone de manifiesto las múltiples razones que pueden llevar a la creación de empresas municipales: se trata de garantizar una prestación de los servicios a largo plazo, a precios asequibles para los ciudadanos, y también, en su caso, de obtener beneficios económicos. En cualquier caso, la Ley exige que la actividad a realizar se oriente a fin público.

El ámbito de actuación de las empresas municipales más importantes y de mayor peso económico es la denominada «procura existencial». Esto se refiere al abastecimiento de electricidad, gas, calefacción y agua, así como a la canalización y depuración de las aguas residuales. En relación con el suministro de energía eléctrica hay que tener en cuenta que las empresas municipales que generan este tipo de energía —esto es, las centrales eléctricas— han tenido hasta el momento un papel secundario en Alemania, puesto que el 80 por 100 de la energía eléctrica que se consume en el país se produce exclusivamente por cuatro empresas privadas. Sin embargo, las empresas municipales ocupan un papel protagonista en la distribución de la energía eléctrica —esto es, en la fase inmediatamente anterior a la llegada de la energía a los hogares de los ciudadanos—. Lo habitual es que el particular celebre un contrato de suministro de energía eléctrica con una empresa municipal que debe comprar la energía a una empresa privada, que es la central eléctrica respectiva.

En la actualidad, las empresas municipales encargadas del suministro de energía pretenden consolidar su participación en la fase de producción. Con esa finalidad quieren construir nuevas centrales que sean más respetuosas con el medio ambiente. En esta línea han realizado inversiones en los últimos años por un valor aproximado de cuatro mil millones de euros. Si en el futuro van a seguir realizando más inversiones en este sentido y, en su caso, con qué alcance lo harán, depende fundamentalmente de la rentabilidad que pueda obtenerse de las mismas conforme a los preceptos del Derecho económico local.

2. Marco jurídico

2.1. *Derecho de la Unión Europea y Derecho constitucional nacional*

El Derecho de la Unión Europea —primario y secundario— no determina cuándo puede actuar una empresa municipal. Ni siquiera la Directiva sobre transparencia de 2000 ofrece una respuesta a esta cuestión. El Derecho europeo mantiene una posición neutral en relación con la actividad económica de los Estados y, por tanto, también con la actividad económica local. Los Estados miembros y sus entidades territoriales —incluidos, por tanto, los municipios— tienen libertad para llevar a cabo actividades económicas siempre y cuando se sometan a las mismas reglas que cualquier otra empresa privada. No obstante, la Unión Europea ha regulado en parte la actividad económica

local. Así, las reglas sobre competencia de los arts. 101 y siguientes TFUE se aplican también a las empresas públicas, en virtud del art. 106.1 TFUE, y los arts. 107 y 108 TFUE prohíben el otorgamiento de ayudas (subvenciones) a las empresas municipales.

La Constitución federal contiene muy pocas disposiciones en relación con la actividad de las empresas municipales. Por un lado, la garantía constitucional de la autonomía local protege la actividad económica de los municipios; así que una Ley que prohibiese completamente este tipo de actividad sería inconstitucional. Por otro lado, la Constitución exige que toda actuación del Estado, incluyendo a los municipios y sus empresas, se oriente a fines de interés general, con independencia de su forma o finalidad. De lo contrario se actuaría de forma prohibida. Además, la Constitución condiciona la forma en que debe llevarse a cabo la actividad económica local. En este sentido, consagra la vinculación plena de las empresas municipales a los derechos fundamentales, incluso cuando actúan bajo formas de Derecho privado, así como la necesaria legitimación democrática de la actuación de las empresas municipales.

2.2. Leyes estatales de régimen local («*Gemeindeordnungen*»)

Las reglas más importantes en el ámbito municipal se contienen en los denominados ordenamientos municipales (*Gemeindeordnungen*) o constituciones locales (*Kommunalverfassungen*) que aprueban los *Länder* —que no son ciudades—. Estas leyes contienen esencialmente disposiciones sobre: el modo en que deben actuar los municipios y las condiciones a que se somete esa actuación; la forma de adopción de sus decisiones; la articulación de sus relaciones con el *Land* y con sus ciudadanos, y las reglas que deben observar cuando realizan una actividad económica. A pesar de las diferencias existentes en las distintas leyes, cabe abstraer tres parámetros o criterios que determinan la legalidad de la actividad económica local.

En primer lugar, la actividad económica debe estar encaminada a una finalidad pública. Esto significa que debe estar orientada de alguna manera a mejorar el bienestar de los vecinos. En este sentido, es suficiente con que existan argumentos razonables a favor de la actividad a desarrollar. En segundo lugar, la actividad debe ser proporcional a la capacidad de gestión del municipio. Ese no sería el caso si, por ejemplo, un municipio de 1.500 habitantes quisiese construir y gestionar una piscina municipal por valor de varios millones de euros. Ninguno de estos dos criterios es definitivo. Siempre puede encontrarse de alguna manera una conexión con un fin público. A lo que hay que sumar que los políticos municipales casi nunca o nunca votarán en contra de una actividad económica porque crean que supera la capacidad gestora de su municipio.

Por estas razones, en la realidad, el tercer criterio es determinante: un municipio sólo podrá llevar a cabo una actividad económica cuando los operadores económicos privados no puedan llevar a cabo la actividad y satisfacer el interés general de forma adecuada o cuando el municipio pueda realizar la actividad con mejores resultados y mayor racionalidad económica que los operadores privados. Conforme a esta regla un municipio no

podría abrir un negocio de carnicería o panadería, porque los particulares pueden servir al interés general en el desarrollo de esas actividades —abastecimiento de alimentos a la población— de forma totalmente satisfactoria.

Puesto que este criterio establece un orden de prelación entre la actividad económica pública local y la de los particulares, se ha interpretado como un mandato de subsidiariedad de la actividad económica local. Desde una perspectiva técnico-jurídica, la subsidiariedad podría superarse en un momento dado mediante la ponderación de los intereses en juego. Así que el municipio que quiera realizar una actividad económica deberá aportar todos los argumentos que juegan a favor o en contra de su desarrollo. En el Estado de Renania del Norte-Westfalia el legislador ha establecido un procedimiento orientado a este fin: se trata de un análisis de mercado en el que deben tenerse en cuenta las repercusiones que la actividad del municipio podría tener sobre los profesionales y las pequeñas y medianas empresas locales.

3. Nuevas tendencias políticas

Las nuevas tendencias políticas se alinean con los criterios expresados en las leyes de régimen local de los Estados. Además, los legisladores estatales no son totalmente libres al regular esta cuestión. Siempre tienen que comprobar que las modificaciones de las leyes de régimen local son compatibles con las normas constitucionales; o dicho de otro modo, una nueva regulación en materia de actividad económica local debe ajustarse siempre a las decisiones fundamentales que sustentan el sistema jurídico en este ámbito, en especial, a aquellas que derivan de la garantía de la autonomía local y del principio democrático.

3.1. *El carácter oscilante de los requisitos del fin público*

Ya se ha visto que el criterio del fin público tiene un efecto limitado ya que, por regla general, es muy fácil encontrar un fin público que justifique una actividad económica. Por ejemplo, el legislador del Estado de Renania del Norte-Westfalia —con una mayoría demócrata-cristiana y liberal— determinó en 2007 que sólo puede ponerse en marcha una actividad económica local cuando existe un fin público urgente. Con la introducción del adjetivo «urgente» el legislador estatal quiso intensificar las exigencias para el desarrollo de una actividad económica y, básicamente, admitir sólo actividades relativas al ámbito de la procura existencial. La justificación de esta regulación se vincula a los intereses de las empresas privadas, que deben protegerse frente a la competencia de empresas públicas. Rige la máxima: «el particular antes que el Estado».

En 2010 el nuevo gobierno de Renania del Norte-Westfalia, formado por una coalición de los socialdemócratas y los verdes, ha considerado que esta regulación era demasiado restrictiva porque dificultaba innecesariamente y hacía prácticamente imposible el

desarrollo de la actividad económica de los municipios. Por esta razón se ha modificado la legislación mediante la Ley para la revitalización del Derecho económico local de 21 de diciembre de 2010, que ha eliminado el adjetivo «urgente». De este modo se abre un mayor margen de actuación para la actividad económica de los municipios.

Como puede apreciarse, el Derecho económico local es una rama del Derecho muy dinámica en Alemania, que está directamente vinculada a las fluctuaciones del poder político. Basta con la introducción o supresión de una sola palabra para alterar el sentido de la excepción de la regla a favor o en contra de la actividad económica local.

3.2. *El fin público en el desarrollo de una actividad económica más allá del ámbito municipal*

3.2.1. Reflexiones constitucionales

Una de las novedades más relevantes de la regulación de la actividad económica local se refiere a la admisibilidad de la actividad de una empresa municipal más allá del territorio del municipio al que está vinculada. La referencia a ejercer una actividad «más allá del término municipal» puede referirse a: el territorio de otro municipio dentro del mismo *Land*; al territorio de otros municipios ubicados en otro *Land*, e incluso al territorio de municipios de otros países (dentro de la Unión Europea).

La garantía de la autonomía local no reconoce a los municipios y a sus empresas el derecho a realizar actividades económicas más allá de su término municipal. Únicamente asegura que los municipios actúen o puedan actuar en el ámbito de los asuntos locales bajo su propia responsabilidad. Esos asuntos locales deben tener, además —como se ha visto—, una relación directa con la población del municipio de que se trate. De modo que la actividad económica de los municipios, que se legitima por la Constitución federal, debe repercutir positivamente sobre la población local de forma directa. Ahora bien, la ausencia de una mención constitucional de la posibilidad de que las empresas municipales actúen más allá del término municipal no significa que esta opción quede excluida. De la regulación constitucional no se desprende que ese tipo de actividad esté prohibida. Ante esta situación, son los legisladores estatales competentes los que deben optar entre autorizar o no la actividad económica más allá del propio término municipal.

El legislador estatal no es totalmente libre en el ejercicio de su discrecionalidad política —como se ha señalado anteriormente—. Debe contar con que abrir la puerta a la actividad económica local más allá del propio municipio puede erosionar la autonomía de otros municipios. Por ejemplo, si las empresas municipales de la ciudad de Bochum suministrasen energía eléctrica a la ciudad vecina de Dortmund, se perjudicarían de forma evidente las posibilidades de las empresas de la ciudad de Dortmund —protegidas incluso constitucionalmente— de actuar en ese sector. Por esa razón el legislador estatal debe poder aducir especiales razones de interés general que justifiquen la opción consagrada en la regulación legal.

Los juristas y tribunales alemanes especializados en Derecho constitucional consideran que la búsqueda de una especial razón de interés general forma parte del proceso de justificación constitucional basado en la ponderación. De modo similar a lo que sucede en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas del Derecho constitucional nacional y del Derecho de la Unión Europea, la garantía constitucional de la autonomía local debe retroceder en la medida en que el interés general deba primar en un caso concreto. Además, una ley que autorizase la actividad económica local más allá del término municipal debería ser respetuosa con las exigencias del principio democrático. Eso significa que la actividad económica de los municipios debe apoyarse en una decisión de los representantes municipales, esto es, de los miembros del Pleno y del alcalde. Asimismo, el régimen legal debería configurarse de tal manera que permitiese que los representantes locales respondiesen políticamente frente a los ciudadanos por estas decisiones. Así pues, no debería abrirse ningún margen para que los concejales o el alcalde se excusasen y afirmasen que no tuvieron ninguna influencia sobre la decisión relativa a la actividad de una empresa municipal más allá de los límites del municipio.

3.2.2. El suministro de energía más allá del término municipal

Como se ha señalado, la actividad económica municipal se desarrolla en múltiples sectores y está condicionada por las circunstancias que concurren en cada municipio y ámbito de actuación local. Por ello, no sería muy lógico desde el punto de vista económico que una empresa municipal gestionara una piscina en un municipio vecino porque normalmente ya habrá, como mínimo, una piscina gestionada por una empresa del municipio de que se trate, a lo que se suma el hecho de que la gestión de una piscina no es una actividad especialmente lucrativa. Lo mismo sucede, sin duda, en la prestación del servicio de transporte urbano que no es especialmente rentable.

Algo distinto sucede en el caso del suministro de energía. Se trata de una actividad económica fácil de ejecutar y con un gran potencial económico. La infraestructura para la distribución de energía, la red, ya existe en todos los municipios y cada empresa del ramo —también las municipales— tiene derecho a la utilización de esa red gracias a las disposiciones de la Unión Europea que fomentan la competencia no «entre» sino «en» las redes. La consecuencia de esta coyuntura es que la política local está muy centrada en el suministro de energía por empresas municipales —al menos en algunos Estados—. Así, por ejemplo, el legislador de Renania del Norte-Westfalia ha establecido un régimen legal privilegiado para la actividad económica municipal en el sector de la energía mediante la aprobación de la Ley de 21 de diciembre de 2010 que se ha mencionado más arriba. El legislador estatal ha introducido en la Ley de régimen local un nuevo párrafo bajo el título de actividad económica en el ámbito energético que afirma que en el ejercicio de esa actividad existe un fin de público tal y como exige la Constitución federal. La Ley presume, así, que el suministro de energía a ciudadanos que no son vecinos del municipio sirve al bienestar de los propios vecinos. El efecto directo de esta previsión legal es que la actividad económica local en el ámbito energético se autoriza

automáticamente —tanto dentro del término municipal como fuera de él—, de modo que el municipio respectivo o la autoridad estatal encargada de tutelar su actividad no tienen que probar la existencia de un fin público en ese caso. Ahora bien, que no haya que probar la existencia de un fin público no significa que no haya que dar cuenta de la concurrencia de los otros dos requisitos. El municipio debe probar que la actividad en el ámbito energético es proporcionada a la capacidad prestadora y financiera del municipio. En caso de no satisfacer esta exigencia, la actividad propuesta no sería admisible y no podría llevarse a cabo por el municipio o, en su caso, debería vetarse por la autoridad encargada de la tutela de la actividad local. En cualquier caso, esta nueva regulación del *Land* de Renania del Norte-Westfalia ha tenido un éxito espectacular desde su entrada en vigor. Las empresas municipales de algunas ciudades ubicadas en la cuenca del Ruhr han tomado parte ya en diciembre de 2010 en el 51 por 100 de la empresa «Steag, S. L.», que es una de las cinco mayores eléctricas de Alemania.

Desde el punto de vista constitucional surge la duda de si realmente el suministro de energía eléctrica —dentro y fuera del municipio— persigue un fin público a favor de los propios vecinos. Para resolver esta cuestión, hay que aplicar la técnica de justificación constitucional, que se ha mencionado anteriormente, tomando como parámetro los criterios constitucionales que también se han expuesto más arriba.

En 1994 el Tribunal Constitucional Federal Alemán afirmó que el interés en el suministro de energía era equiparable al interés en el pan de cada día. Esta aseveración pone de manifiesto la especial relevancia del suministro de energía para el bienestar general. Además, cuando una empresa municipal suministra energía más allá del término municipal se abre la posibilidad de que esta empresa obtenga mayores ganancias que permitan a su municipio prestar otros servicios a sus vecinos —por ejemplo: piscinas, transporte urbano o guarderías—. De este modo se reduce el riesgo de que el municipio tenga que cerrar la piscina o la guardería por no poder hacer frente a los gastos que suponen, lo que repercute favorablemente sobre los vecinos. Por otro lado, desde la perspectiva de la empresa municipal que presta servicios en el ámbito energético existe una mayor posibilidad de que ciertas inversiones, como, por ejemplo, la construcción de una planta de cogeneración de energía o la adquisición de una central eléctrica, sean rentables en un menor periodo de tiempo al contar con una mayor cartera de clientes —así se pone de manifiesto la importancia del marco jurídico para el éxito de la actividad de una empresa municipal—. Todo ello revierte positivamente en las arcas municipales y también, por tanto, en la población municipal. El posible perjuicio que puedan sufrir otros municipios es irrelevante y es una consecuencia de un leve refuerzo de la competencia a la que deben enfrentarse las empresas municipales en relación con las empresas privadas del sector. Al fin y al cabo sólo se trata de la introducción en el mercado de un actor más, sin que los vecinos estén obligados a abandonar el suministro a cargo de la empresa de su municipio y contratar los servicios con la empresa de otro municipio. En conclusión, también en el sector del suministro energético puede considerarse compatible con la Constitución que una disposición legal presuma la existencia de un interés público en la realización de actividades tanto dentro como fuera del término municipal.

4. Tutela judicial de los competidores privados

En relación con las posibilidades de tutela judicial de un competidor privado frente a la actividad de una empresa municipal se han desarrollado dos posturas. De acuerdo con la primera, un competidor privado puede acudir a los tribunales cuando el órgano competente para controlar la actividad económica local no interviene contra una actuación ilegal y el competidor teme ser perjudicado por la actividad de la empresa municipal. El temor a una situación perjudicial para el competidor y la consecuente necesidad de tutela pueden surgir por la ausencia de una situación de competencia «normal» entre los competidores privados y la empresa municipal. Ello puede deberse, por un lado, a que la empresa municipal apenas afronta un riesgo de insolvencia debido a la cobertura del municipio, y por otro lado, a que existe la posibilidad de que la empresa municipal se beneficie de su cercanía a las actividades del municipio.

4.1. Tutela frente a la vulneración de los tres criterios que autorizan el ejercicio de una actividad económica

La tutela de un competidor privado frente a la actividad económica de un municipio se canaliza a través de los tribunales contencioso-administrativos mediante la interposición de un recurso orientado a lograr la finalización de la actividad ilegal (*Unterlassungsanspruch*). Ahora bien, para que pueda interponerse ese recurso los tres criterios que permiten la actividad económica municipal —fin público, capacidad de gestión y subsidiariedad— deben tener por destinatario no sólo al municipio, sino a los competidores privados. Es decir, esas normas tienen que estar orientadas también a la protección de los competidores privados⁷. Los derechos fundamentales, en especial el derecho a la libertad de empresa, no son una base suficiente para que los particulares soliciten tutela por regla general, porque los derechos fundamentales no protegen frente a la competencia; al contrario, fomentan la existencia y mantenimiento de una competencia que favorezca al interés general. El problema radica, entonces, en que los requisitos para el ejercicio de la actividad económica se dirigen directamente a los municipios; los particulares sólo se tienen en consideración de forma secundaria. En estos casos, de acuerdo con la interpretación alemana, hay que analizar el sentido y la finalidad de las disposiciones concretas que regulan la actividad económica municipal.

El criterio de la capacidad de gestión del municipio no se dirige en ningún caso a la protección de los competidores privados. Se orienta exclusivamente a los municipios y

⁷ *N. de la T.*: Los autores se refieren en este punto a la necesidad de que exista una norma que reconozca derechos subjetivos protegibles a los particulares para que puedan beneficiarse de la garantía de tutela judicial efectiva frente al poder público garantizada en la Constitución alemana (art. 19.4) o de la garantía general de tutela judicial vinculada a la cláusula de Estado de Derecho (art. 2.1). Hay que tener en cuenta que en Derecho alemán la tutela judicial efectiva se liga únicamente a los casos en que una norma reconoce derechos subjetivos a los particulares. Rige la denominada «teoría de la norma de protección» (*Schutznormtheorie*).

pretende protegerlos de sí mismos. En el caso de las requisitos de fin público y subsidiariedad hay una corriente jurisprudencial en la jurisdicción contencioso-administrativa que parte de la existencia de una intención de proteger a los competidores privados. Su argumentación se apoya en las obligaciones de realizar un análisis de mercado y de tener en cuenta los efectos que puede tener la actividad económica local en el sector económico local. Esto se traduce en que no todos los ciudadanos, pero sí los competidores privados directos de la empresa municipal afectados directamente por su actividad pueden acudir a los tribunales contencioso-administrativos para que controlen la legalidad de la actividad local y para lograr que —en caso de que se trate de una actividad ilegal— prohíban su ejercicio.

4.2. *Tutela en el marco del procedimiento de revisión de la adjudicación de contratos públicos*

En relación con la tutela de los competidores privados se debate en la actualidad si la concurrencia de los tres requisitos exigibles para el ejercicio de una actividad económica local puede ser objeto de control en el marco de otros procesos de revisión. Hace años se aceptó esta opción en el Derecho de la competencia, lo que ha conducido a una serie de controversias en la adjudicación de contratos públicos. En este sector se ha suscitado la cuestión de si un tribunal que está controlando la legalidad de una adjudicación puede ocuparse también de analizar el cumplimiento de los tres requisitos de admisibilidad de una actividad económica local. La base de este debate está en la nueva tendencia jurisprudencial de los tribunales contencioso-administrativos de conectar los requisitos de la actividad económica de «fin público» y «subsidiariedad» con la protección de los competidores privados. En estos casos, el problema es que detrás de estos competidores puede esconderse simplemente un intento de dirigirse en contra de la decisión de adjudicación.

En este tipo de casos algunos tribunales que se ocupan de controlar la legalidad de la adjudicación de un contrato público entran a analizar si la empresa municipal cumplía con los tres criterios que le permiten participar de forma legal en la licitación de un contrato público. Hay que tener en cuenta que si se constata el incumplimiento de alguno de los requisitos de ejercicio de la actividad económica, la entidad adjudicadora debería excluir a la empresa municipal del procedimiento de adjudicación. No obstante, a día de hoy no es previsible que otros tribunales relacionados con la adjudicación de contratos públicos vayan a adherirse a esta interpretación; en especial porque las decisiones adoptadas hasta el momento se han criticado de forma muy dura por la doctrina. Se afirma que los criterios de admisibilidad de una actividad económica no forman parte de las disposiciones del Derecho de adjudicación de contratos públicos, sino de requisitos autónomos e independientes a esta rama del ordenamiento jurídico.

V. RECAPITULACIÓN

El Derecho local alemán está marcado en la actualidad por corrientes de reforma que se centran en realización de «experimentos» en el plano administrativo y también democrático. Esto se explica esencialmente por el papel que desempeñan los municipios en el sistema territorial alemán: su ámbito de actuación afecta, sin excepción, a toda la población, y son el nivel de poder más cercano y accesible a los ciudadanos, lo que facilita la participación y colaboración con los vecinos. A ello hay que sumar, además, su extraordinaria capacidad de actuación, a pesar de su siempre precaria situación financiera.

VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BURGI, M.: «Federal Republic of Germany», en STEYTLER y KINCAID (eds.), *A global dialogue on federalism - local government and metropolitan regions in federal systems*, Montreal & Kingston/London/Ithaca, 2009, pp. 136 y ss.
- *Kommunalrecht*, 3.^a ed., München, C. H. Beck, 2010.
- *Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen*, Stuttgart, 2010.

INFORMES SECTORIALES

