

INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL Y TUTELA JUDICIAL DE LOS COMPETIDORES PRIVADOS: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL ORDENAMIENTO ALEMÁN

NURIA MAGALDI

Profesora Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba*

I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—III. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA MUNICIPAL: 1. *La competencia legislativa sobre el régimen local*. 2. *La neutralidad económica de la Ley Fundamental de Bonn*. 3. *La autonomía local* (die kommunale Selbstverwaltungsgarantie) como fundamento legitimador de la actividad económica municipal: A) Una garantía jurídico-subjetiva (institutionelle Rechtssubjektsgarantie). B) Una garantía jurídico-objetiva (objektive Rechtsinstitutionsgarantie): a) El principio de universalidad de competencia (alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft). b) El ejercicio bajo su propia responsabilidad (Eigenverantwortlichkeit). c) La reserva de ley (im Rahmen der Gesetze). C) Una posición jurídico-subjetiva de defensa (subjektive Rechtsstellungsgarantie). 4. *Consideraciones en torno a la actividad económica municipal desde la óptica del Derecho constitucional alemán*.—IV. LA NORMATIVA EN MATERIA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA MUNICIPAL: 1. *La tríada de límites* (Schrankentrias): A) La finalidad pública (der öffentliche Zweck). B) La capacidad de prestación (die Leistungsfähigkeit). C) La cláusula de subsidiariedad (die Subsidiaritätsklausel). D) El principio de territorialidad (der Örtlichkeitsgrundsatz).—V. TUTELA JUDICIAL EN MATERIA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA MUNICIPAL (ABWEHRANSPRÜCHE): 1. *La situación anterior a 2002*. 2. *La situación posterior al año 2002*. 3. *Los problemas derivados del limitado efecto protector frente a terceros de los preceptos sobre actividad económica municipal*: A) La interpretación del artículo 67 de la *Deutsche Gemeindeordnung*. B) La posición de los preceptos implicados en las leyes de régimen local. C) La diferencia entre la cláusula de subsidiariedad y el requisito de la capacidad de prestación. D) La supresión de la cláusula de subsidiariedad en algunos *Länder*, con el objetivo de fortalecer la economía municipal. E) El procedimiento de análisis de mercado (das Markterkundungsverfahren). F) La expresa mención a los «privados».—VI. CONSIDERACIONES FINALES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo es el resultado de una estancia de investigación de tres meses, realizada gracias a la dotación de una ayuda del DAAD (*Deutscher Akademischer Austausch Dienst*), dirigida a antiguos becarios, en la Universidad de Frankfurt am Main entre septiembre y diciembre de 2008. Deseo agradecer al Prof. Dr. Georg HERMES la ayuda prestada durante ese periodo, así como la posibilidad que me brindó de presentar y discutir una primera versión en su Seminario *Aktuelle Fragen des Öffentlichen Rechts*, bajo el título «Die Frage nach der dritt-schützenden Wirkung am Beispiel der wirtschaftlichen Tätigkeit der Kommunen». Asimismo, quisiera agradecer al asistente Matthias HAMDORF su cordialidad y ayuda a lo largo de toda mi estancia en su Universidad.

Una versión adaptada del trabajo fue presentada y discutida a inicios de 2009 en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, con cuyos miembros, y en especial con el Dr. Francesc RODRÍGUEZ PONTÓN y la Dra. Elisenda MALARET, también reconozco mi deuda de gratitud por sus enriquecedoras aportaciones.

La redacción definitiva del texto ha sido realizada en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba entre junio y julio de 2009, en el seno del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ196, en cuyo proyecto de investigación del Ministerio SEJ2007-66942 se enmarca el trabajo.

RESUMEN

La actividad económica de los Municipios alemanes se ha situado, desde mediados de los años noventa, en el centro de un importante debate jurídico no exento de connotaciones ideológico-políticas. Por un lado, las leyes de régimen local establecen con claridad una serie de requisitos que limitan las posibilidades de actuación económica municipal, pero que, en la práctica, no se aplican con todo el rigor que las normas parecen prever. Por otro lado, la jurisdicción contencioso-administrativa ha negado tradicionalmente la legitimación de los competidores privados para acudir a los tribunales y defenderse frente a una competencia pública en el mercado que se está llevando a cabo en clara vulneración con las previsiones de las leyes sobre régimen local.

Palabras clave: iniciativa pública económica; Municipios; tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

Since the mid-90s, there has been an important legal debate with political and ideological implications about the economic activity of German municipalities. On the one hand, municipal laws clearly state some requirements that set limits to the scope of action of the municipalities on economic matters, but in fact these laws are not rigorously applied. On the other hand, a well-established tradition of judicial decisions has prevented competing private parties from going to court, even if competition from the state is unfair according to the municipal laws.

Key words: public economic activity; Municipalities; judicial review.

I. INTRODUCCIÓN

En España, cuando menos desde su consagración constitucional en el artículo 128 CE, la iniciativa pública económica ha sido aceptada de forma relativamente pacífica. Por el contrario, en Alemania, posiblemente porque en su texto constitucional falta un reconocimiento expreso de la iniciativa pública en el ámbito económico, su aceptación ha dado lugar, especialmente en el ámbito local, a un intenso debate doctrinal —acentuado en los últimos quince años— y a una amplia y contradictoria jurisprudencia civil y administrativa. En el centro de dicha discusión se encuentran las consecuencias que la actuación de los poderes públicos locales puede tener sobre los competidores privados y la posible protección que estos pueden encontrar en las normas reguladoras de los límites para el ejercicio de la iniciativa económica local.

Lo cierto es que la discusión que en Alemania está teniendo lugar en torno a los límites de la actividad económica municipal es prácticamente desconocida en nuestro país. Con el presente trabajo pretendemos dar a conocer al jurista español un intenso debate doctrinal de gran actualidad en aquel país. No obstante, conviene señalar, con carácter previo, que no vamos a limitarnos a una mera exposición descriptiva, sino que entraremos a valorar jurídicamente las soluciones ofrecidas por el ordenamiento alemán y el grado de satisfacción que con ellas se logra dar al problema planteado.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Señalaba hace algunos años PAPIER que «las tareas de *Daseinsvorsorge* asumidas por los Municipios, así como la actividad económica desarrollada por ellos (...) han estado históricamente y siguen estando entre los temas centrales de los que se han tenido que ocupar, en los últimos cincuenta años, los tribunales administrativos»¹.

En este sentido, se observa en los últimos tiempos que los Municipios alemanes intentan expandir el ámbito de sus actividades económicas. Por ejemplo, en Baviera, Renania del Norte-Westfalia o Sajonia-Anhalt se han llevado a cabo modificaciones legislativas encaminadas precisamente a permitir una actividad económica municipal más allá de los límites territoriales del Municipio, lo cual ha sido objeto de fuertes críticas. Sin embargo, no se trata únicamente de la discusión en torno al mantenimiento del principio de territorialidad (*Örtlichkeitsgrundsatz*), ni tampoco de la ampliación del alcance de unas prestaciones que ya se venían prestando hasta ahora; más allá de estas cuestiones, muchos Municipios intentan extender su actividad económica a los denominados «nuevos ámbitos de actuación» (*neue Geschäftsfelder*).

Ejemplos de esta expansión se encuentran profusamente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Una jardinería municipal, que junto con el cuidado de las instalaciones municipales acepta también encargos de particulares; una instalación municipal para el desguace de coches viejos, que entra en concurrencia con instalaciones privadas que prestan idéntico servicio; ambientación de boda en el Registro Civil a cambio de un precio, evento para el que también ofrecen servicios de *catering* las cantinas municipales; Municipios que crean empresas de asesoría y consultoría, ofreciendo su *Know-How* también a particulares; las tradicionales escuelas populares (*gemeindeeigene Volkshochschule*) que ofrecen clases de repaso o de inglés a escolares en concurrencia con academias privadas; Municipios que se ocupan de la eliminación de residuos y desechos en otros Municipios, que fundan empresas propias de telecomunicaciones, o, incluso, una empresa de *Software* en el Sur de la India².

Semejante evolución debe explicarse en clave de muy diversos factores³.

¹ Hans Jürgen PAPIER (2003), «Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 11, págs. 686-697, pág. 686. En el mismo sentido, EHLERS habla de «un clásico del Derecho municipal alemán». Vid. Dirk EHLERS (1998), «Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 10, págs. 497-508, pág. 497.

² Una enumeración ordenada cronológicamente de los casos más relevantes hasta 2002 en Saskia TIETJE (2002), *Die Neuordnung des Rechts wirtschaftlicher Betätigung und privatrechtlicher Beteiligung der Gemeinden*, Frankfurt am Main, Peter Lang, págs. 41 y 42. Para los fallos judiciales más recientes, vid. Carsten STAMER (2007), *Rechtsschutz gegen öffentliche Konkurrenzwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung der grundrechtsdogmatischen Problematik*, Berlin, Ducker & Humblot, págs. 16 y 17.

³ Vid. al respecto Dirk EHLERS (1997), «Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 3, págs. 137-145, pág. 138, así como también Dirk EHLERS (1998: 497); en el mismo sentido, Olaf OTTING (1997), «Öffentlicher Zweck, Finanz-

Por un lado, la eliminación de algunos de los monopolios municipales más significativos, como el abastecimiento de energía eléctrica, ha obligado a los Municipios a concurrir con las empresas privadas en idénticas condiciones en el mercado. Así, para mantener su capacidad de actuación y no verse obligados a abandonar el mercado, se han visto en la necesidad de buscar fuentes alternativas de financiación que compensen sus pérdidas, recurriendo a nuevos campos de actuación (como el mercado de las telecomunicaciones) o a ampliar sus actividades a terrenos tradicionalmente en manos de empresarios privados, como el mantenimiento de edificios o de zonas verdes.

Solapándose parcialmente con la cuestión anterior, la (ya no tan) Nueva Gestión Pública ha irrumpido en los últimos lustros en la política y la economía municipal mediante la introducción de nuevos conceptos empresariales como el *outsourcing* o los *profit centers*. Una actividad económica municipal ampliada podría, en este sentido, servir para que los Municipios pudieran adaptarse a la nueva situación de los mercados, así como para aprovechar unas capacidades no explotadas a pleno rendimiento.

Por otra parte, la expansión de la actividad económica de los Municipios sería, también, una posible solución para mejorar la precaria situación financiera en que se hallan muchos Municipios alemanes, particularmente agravada desde mediados de los noventa. La necesidad financiera de los mismos podría verse parcialmente aliviada si pudieran obtener mediante estas nuevas actividades unos ingresos adicionales.

Esta evolución ha colocado al Derecho municipal de los *Länder* en el punto de mira, exigiendo un nuevo y riguroso examen del mismo. Así, siguiendo a SCHINK, son tres las cuestiones jurídicas esenciales a las que es preciso responder⁴:

- a) ¿Cuándo puede un Municipio actuar económicamente? ¿Es suficiente, en este sentido, el mero objetivo de obtener beneficios económicos?
- b) ¿Debe un Municipio limitarse a su término municipal o puede extender su actividad al territorio de otros Municipios e, incluso, al territorio de otro Estado?
- c) ¿Están los competidores privados protegidos frente a una actividad económica del poder público? Si es así, ¿bajo qué condiciones y ante qué tribunales?

hoheit und fairer Wettbewerb», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 11, págs. 1258-1263, pág. 1258; Winfried KLUTH (2000), «Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher und kommunaler Tätigkeit», en R. STÖBER/H. VOGEL (eds.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, págs. 23-40, págs. 23 y 24; Janbernd OEBBECKE (2005), «Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit», en E. SCHMIDT-ASSMANN/K. P. DOLDE (eds.), *Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht: Verfassungsrechtliche Grundlagen, Liberalisierung und Regulierung, öffentliche Unternehmen*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, págs. 184 y 185; Carsten STAMER (2007: 17 y ss.). Con gran detalle, Saskia TIETJE (2002: 44-53).

⁴ Alexander SCHINK (2002), «Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 2, págs. 129-140, pág. 130.

En este trabajo trataremos de dar respuesta a todas ellas, si bien analizaremos con especial atención los problemas que plantea la tutela judicial efectiva del competidor privado frente a la actividad económica municipal.

III. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA MUNICIPAL

Un adecuado análisis de la actividad económica municipal en Alemania requiere, en primer lugar, una aproximación constitucional a dicha materia, que deberá servir como punto de partida para el posterior estudio de la legislación ordinaria y de la jurisprudencia dictada por los diversos tribunales sobre la misma. En este sentido, son tres los principales aspectos a tratar: la competencia legislativa sobre el régimen local y, consecuentemente, sobre la actividad económica municipal; el denominado principio de neutralidad económica de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, GG); y la garantía de la autonomía municipal.

1. *La competencia legislativa sobre el régimen local*

En la estructura territorial establecida por la GG los Municipios se consideran parte integrante —desde la perspectiva del Derecho de la Organización— de los *Länder*⁵. Así, de las reglas de distribución competencial establecidas en la GG se desprende que el régimen local no está incluido entre las materias constitucionalmente atribuidas al legislador federal, por lo que su regulación y configuración corresponderán, exclusivamente, a los legisladores de los *Länder* en aplicación del artículo 70.1 GG⁶.

Más allá del artículo 28.2 GG, que, como veremos, asegura un mínimo común denominador para todos los *Länder* en lo que se refiere a la garantía de la autonomía local⁷, no encontramos en Alemania una ley federal que regu-

⁵ Vid. HORST DREIER (2006), «Artikel 28», en H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, 2 Auflage, Band II, Tübingen, Mohr Siebeck, págs. 649 y 650.

⁶ ALBERT VON MÜTIUS (1987), «Kommunalverwaltung und Kommunalpolitik», en JESE-RICH/POHL/VON UNRUH, *Band 5: Die Bundesrepublik Deutschland*, Deutsche Verlags-Anstalt, págs. 326-328. A pesar de que, como consecuencia de lo que se ha dicho en texto, el *Bund* carece de potestades para incidir normativamente de forma directa sobre las corporaciones locales —salvo contadas excepciones—, asume, en virtud del Derecho constitucional federal, una corresponsabilidad en el establecimiento de las condiciones generales en materia de régimen local. Así, por ejemplo, destacan, a nuestros efectos, las previsiones del artículo 28.1 GG sobre la autonomía local.

⁷ La garantía constitucional de la autonomía local se halla consagrada en el artículo 28 de la GG, pero también en las Constituciones de los *Länder*. En este sentido, la garantía contenida en la GG debe ser entendida como una garantía de mínimos (*Mindestgarantie*), a la que los *Länder* están necesariamente obligados, pero que pueden completar y ampliar si así lo consideran adecuado. De hecho, en la mayoría de las Constituciones de los *Länder* se pueden encontrar normas adicionales en relación con dicha garantía, por ejemplo sobre capacidad financiera o trámites de audiencia a los Municipios. Vid. sobre ello PETER TETTINGER (2000), «Artikel 28 GG», en MANGOLDT/KLEIN/STARCK (eds.), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, Band 2, Art. 20-78, 4 Auflage, München, pág. 709; WOLFGANG LÖWER (2001), «Artikel 28 GG», en

le de forma unitaria la organización y el funcionamiento de los entes locales, sino que cada *Land* aprueba su propia *Gemeindeordnung* —para la regulación de los Municipios— y su propia *Landkreisordnung* —para el segundo nivel local o nivel intermedio—.

El estudio, por lo tanto, de un aspecto concreto del régimen local —como es la actividad económica municipal— requiere el análisis y la comparación entre las diversas leyes de régimen local de los *Länder*, lo que en ocasiones dificulta notablemente la posibilidad de ofrecer una panorámica general mínimamente homogénea en la materia.

2. *La neutralidad económica de la Ley Fundamental de Bonn*

La doctrina alemana ha puesto de relieve, de forma mayoritaria, el carácter económicamente neutral del texto constitucional (*wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes*). Ello significa que este no prevé ni determina ningún sistema económico específico ni ningún orden económico-político determinado.

En este sentido, se ha señalado que no se desprende de la GG «una explícita prohibición de la iniciativa pública económica, si bien en ella falta también el expreso reconocimiento de su constitucionalidad»⁸. Es decir, no es posible deducir de la GG ningún argumento decisivo ni a favor ni en contra de la iniciativa pública económica. De igual modo, tampoco cabe deducir del texto constitucional un principio de subsidiariedad en favor de la sociedad civil frente al poder público⁹.

En definitiva, la admisibilidad y el mayor o menor alcance de, en concreto, la actividad económica municipal no podrán determinarse a partir de lo preceptuado en el texto constitucional, como resultado de esta aceptada neutralidad de la GG.

3. *La autonomía local (die kommunale Selbstverwaltungsgarantie) como fundamento legitimador de la actividad económica municipal*

El artículo 28.2 de la GG establece que «deberá garantizarse a los Municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco

MÜNCH/KÜNIG (eds.), *Grundgesetzkommentar*, Band 2, 5 Auflage, München, Verlag C., págs. 338 y 339; Horst DREIER (2006: 648).

⁸ Así lo afirma, entre otros muchos, Olaf OTTING (1997: 1258).

⁹ Angela FABER (2003), «Aktuelle Entwicklungen des Drittschutzes gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 12, págs. 761-768, pág. 763. También Saskia TIETJE (2002: 102) y Hubert MEYER (2002), «Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 9, págs. 1075-1077, pág. 1076. No obstante, algunos autores intentan justificar un anclaje constitucional del principio de subsidiariedad en el artículo 2.1 GG, que garantiza la libertad general de actuación del individuo. Cfr. Ulrich HÖSCH (2000), *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit: Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge*, Tübingen, Mohr Siebeck, especialmente págs. 45-48, si bien esa misma idea late en el conjunto de toda la obra.

de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local», lo que abarcará, también, «las bases de la propia responsabilidad financiera».

A la vista de la dicción literal del precepto y, también, de su ubicación sistemática —en la parte segunda de la GG (*Der Bund und die Länder*) y no en el catálogo de derechos fundamentales—, la doctrina entendió, desde el primer momento, que la GG había querido separarse claramente de sus predecesoras, dejando claro que los Municipios (y los *Kreise*) no ocupan una posición *iusfundamental* frente al Estado, sino que constituyen ellos mismos «parte del Estado». Hoy se acepta pacíficamente que el artículo 28.2 GG no contiene un derecho fundamental, sino una garantía institucional.

Esta garantía institucional se concibe, de conformidad con el planteamiento propuesto en los años sesenta por K. STERN, sobre la base de una triple dimensión¹⁰.

A) *Una garantía jurídico-subjetiva* (institutionelle Rechtssubjektsgarantie).

A través de esta garantía se busca asegurar que el Municipio sea la piedra angular de la organización administrativa, no pudiendo ser eliminado o suprimido por el legislador, ni sustituido por unidades administrativas dependientes del poder central.

La garantía institucional subjetiva asegura la existencia de Municipios en un número suficiente como para no modificar la concepción corriente y habitual que se tiene de ellos desde una perspectiva económica, sociológica y política. Ahora bien, no garantiza una protección individual: no existe, en este sentido, una garantía de existencia para cada uno de los Municipios individualmente considerados, por lo que son perfectamente admisibles —bajo determinadas condiciones formales y materiales— las fusiones entre ellos o la modificación de sus fronteras.

B) *Una garantía jurídico-objetiva* (objektive Rechtsinstitutionsgarantie).

Esta garantía jurídico-objetiva pretende garantizar que la autonomía municipal no se reduzca al mantenimiento formal de un cierto ámbito administrativo sin contenido real y, para ello, se proyecta en una triple dimensión.

a) *El principio de universalidad de competencias* (alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft).

La principal derivación de la garantía institucional jurídico-objetiva es el derecho de los Municipios a la realización de todas las tareas propias de la co-

¹⁰ Seguimos para esta parte de la exposición los trabajos de Horst DREIER (2006: 652-666), Peter TETTINGER (2000: 715-728) y Wolfgang LÖWER (2001: 344-359).

munidad local, lo que se conoce como principio de universalidad (*Universalitätsgrundsatz*). Para esta consideración es fundamental, como punto de partida, el componente territorial y así lo ha entendido, desde la conocida Sentencia *Rastede*, el Tribunal Constitucional alemán (en adelante, *BVerfG*), para quien la protección se otorga a aquellos intereses o necesidades que radican en la comunidad local o que se encuentran específicamente vinculados a ella, esto es, que afectan a los habitantes del Municipio en cuanto tales.

Pese a esta definición comúnmente aceptada, lo cierto es que la concreta aplicación de los diversos elementos que contiene no es tarea fácil, debiendo recurrirse con frecuencia, a modo de ayuda, a la observación del cumplimiento o prestación actual de los deberes municipales y a su evolución histórica.

En este sentido, ha afirmado el *BVerfG* que al contenido esencial de la garantía de la autonomía local pertenece no un catálogo de tareas determinable a partir de elementos concretos, sino más bien la capacidad de poder asumir —sin necesidad de título competencial específico— todas las tareas propias de la comunidad local que no hayan sido atribuidas por ley a otra instancia estatal. Se protegería así, primariamente, un ámbito nuclear (*Kernbereich*) al que, sin embargo, no pertenece ningún catálogo determinable de elementos concretos, sino el mismo concepto de «universalidad».

b) *El ejercicio bajo su propia responsabilidad (Eigenverantwortlichkeit)*.

Bajo el concepto de «propia responsabilidad» se entiende la prohibición de injerencias estatales por medio de órdenes o instrucciones en los asuntos propios de la comunidad local. Y con ello, consecuentemente, una libertad de configuración en la ejecución de dichas tareas y la libre elección de alternativas dentro, por supuesto, del ordenamiento jurídico. Dicho en otras palabras: el Municipio decide por sí mismo y por sí solo sobre el «sí», el «cómo» y el «cuándo» de la realización de las tareas y funciones propias (obligatorias y facultativas) que comprende la autonomía municipal.

Ello implica determinar, para la realización de sus tareas, las prioridades —materiales y temporales— según su propia discrecionalidad y consideración. Asimismo, el ejercicio bajo su propia responsabilidad implica que los Municipios pueden acogerse a cualesquiera formas de actuación jurídicas (de Derecho público o privado), que pueden reclamar para sí nuevas tareas de la comunidad local aún no ejercitadas e, incluso, que pueden, también, «inventar» otras nuevas (la doctrina habla de un «derecho a la espontaneidad» —*gemeindliches Recht zur Spontaneität*—).

c) *La reserva de ley (im Rahmen der Gesetze)*.

La garantía de la autonomía local está garantizada, precisamente, en el marco de las leyes. Es el legislador —fundamentalmente el legislador del

Land— quien está llamado a realizar la distribución de tareas, así como a determinar las modalidades de cumplimiento, gozando para ello de una amplia facultad de configuración —como corresponde típicamente al legislador en los supuestos de las garantías institucionales—, que en la práctica viene siendo entendida como una reserva de ley (*Gesetzesvorbehalt*).

Ahora bien, para evitar que la reserva de ley se convierta en el «talón de Aquiles» de la autonomía municipal es necesario que las intervenciones del legislador se vean, a su vez, limitadas. Así, el *BVerfG* señaló, en la Sentencia *Rastede*, que lo que se protegía primariamente era un núcleo esencial de la autonomía municipal (*Kernbereich*), mientras que fuera de dicho ámbito (*Randbereich*) jugaba un principio de reparto de tareas a favor de los Municipios (*gemeindefspezifisches materielles Aufgabenverteilungsprinzip*). A partir de esta idea, la doctrina desarrolló una forma de entender la expresión «en el marco de la ley» basada en una estructuración por estratos:

— Las limitaciones legales a la autonomía municipal tienen que dejar intacto el denominado núcleo o contenido esencial (*Kernbereich bzw. Wesensgehalt*) de la autonomía local. Sin duda, ello no es de fácil determinación, teniendo en cuenta que no existe un catálogo preciso y determinable de tareas. Lo cierto es que por la vía del núcleo esencial se protege a los Municipios únicamente frente a injerencias especialmente graves, siendo escasas las declaraciones de inconstitucionalidad como consecuencia de la vulneración del núcleo esencial de la garantía de autonomía local.

— Fuera de este núcleo ha establecido el *BVerfG* una protección mediante el denominado principio material de división o reparto de tareas a favor de los Municipios. Según ello, los Municipios únicamente pueden verse privados de la asunción y realización de tareas locales si el cumplimiento adecuado y conforme al ordenamiento de las mismas únicamente puede asegurarse de este modo. Esto es, las limitaciones o privaciones deben quedar limitadas a aquellas que el legislador considera necesarias para el mantenimiento del interés de la colectividad, si bien a él le corresponde, a la luz de la diferente extensión, población y estructura de los diversos Municipios, un margen de apreciación y de decisión relativamente amplio.

C) *Una posición jurídico-subjetiva de defensa* (subjektive Rechtsstellungsgarantie).

Por último, a la garantía objetiva le corresponde el derecho a exigir la cesación de injerencias no justificadas tanto en el ámbito de tareas como en la forma específica de realizarlas. De este modo, la garantía objetiva se ve además cubierta subjetivamente, esto es, judicialmente protegida.

4. Consideraciones en torno a la actividad económica municipal desde la óptica del Derecho constitucional alemán

A la vista del marco constitucional general expuesto y manteniéndonos, aún, en una perspectiva de estudio netamente constitucional, es posible extraer algunas conclusiones concretas en relación con la actividad económica municipal.

Así, se acepta mayoritariamente que el alcance de la garantía de la autonomía local incluye la actividad económica de los Municipios: dado que la autonomía municipal no se limita a determinadas formas de cumplimiento y realización de las tareas que le son propias, sino que permite decidir el tipo y el modo en que se van a llevar a cabo dichas tareas, cabe concluir que el contenido del artículo 28.2 GG es sustancialmente aplicable a las empresas municipales y a su actividad económica¹¹.

No se olvide, en este sentido, que el *BVerfG* ha admitido que los Municipios pueden libremente asumir cuestiones propias de la comunidad local que no hayan sido previamente «ocupadas» ni atribuidas a otros sujetos públicos, siendo ello de especial relevancia en relación con la polémica que suscitan las posibles limitaciones —materiales y espaciales— a que pueda verse sometida la actividad económica municipal. La cuestión es, por lo tanto, hasta qué punto los Municipios, al amparo de su derecho a asumir nuevas tareas, están facultados en el ámbito económico para asumir nuevas actividades económicas, o bien para ampliar las que ya están realizando¹².

La respuesta la tendremos que buscar, fundamentalmente, en las previsiones que al respecto establezca la legislación ordinaria; en concreto, mediante el examen de las leyes de régimen local de cada uno de los *Länder*.

Cuestión bien distinta es si la garantía de la autonomía local sirve, también, para legitimar la actividad económica municipal frente a los privados. La doctrina se ha inclinado mayoritariamente por entender que el artículo 28.2 GG no aporta ninguna solución al respecto¹³.

Como se ha dicho, la garantía de la autonomía local sirve para asegurar y garantizar las competencias municipales en relación con el Estado (u otras instancias territoriales), y protege especialmente a los Municipios frente a una «sustracción de funciones a un nivel superior» (*Hochzonung*); sin embargo, no desarrolla ningún efecto directo en relación con los particulares y con la economía privada. De la garantía de la autonomía local no puede deducirse, en modo alguno, una determinada distribución de tareas entre el poder pú-

¹¹ Jan ZIEKOV (2007), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, München, Verlag H. C. Beck, pág. 117; Horst DREIER (2006: 670).

¹² Peter TETTINGER (2000: 732 y 733).

¹³ Entre los comentaristas de la GG, *vid.* Wolfgang LÖWER (2001: 344), Peter TETTINGER (2000: 722) y Horst DREIER (2006: 656 y 661). También Alexander SCHINK (2002: 133); Linda TEUTEBERG (2008), «Daseinsvorsorge durch, nicht für kommunale Unternehmen?», *Landes- und Kommunalverwaltung*, 4, págs. 150-154, págs. 151 y 152.

blico y la sociedad civil¹⁴, ni tampoco la existencia y legitimidad de un título competencial a favor de los Municipios que les legitime para desplazar o limitar las iniciativas de los particulares¹⁵.

IV. LA NORMATIVA EN MATERIA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA MUNICIPAL

Como se adelantó, son las leyes municipales (*Gemeindeordnungen*; en adelante, GO) de los *Länder* las que concretan el alcance y contenido de la actividad económica municipal en tanto que desarrollo del marco legal exigido en el artículo 28.2.1º GG y en los correspondientes preceptos de las Constituciones de los *Länder*.

Los preceptos contenidos en dichas leyes establecen bajo qué condiciones se permite una actividad económica municipal en forma de empresa pública (*öffentliches Unternehmen*). Si bien con algunas diferencias —no siempre menores—, todas las leyes de régimen local prevén tres requisitos que deben cumplirse cumulativamente para poder crear, ampliar o participar en una empresa pública municipal. Estos tres requisitos traen causa de la regulación establecida en la Ley Municipal alemana de 1935 (*Deutsche Gemeindeordnung*) y se conocen bajo la expresión «tríada de límites».

1. La tríada de límites (Schrankentrias)

A) La finalidad pública (der öffentliche Zweck).

Las leyes municipales exigen, en primer lugar, que la actividad en cuestión se vea justificada o requerida por la existencia de una finalidad pública. Qué es lo que debe entenderse bajo dicho concepto es una cuestión que queda abierta, incumbiendo su concreción fundamentalmente a la misma corporación municipal, que goza para ello de un amplio margen de apreciación.

¹⁴ Ello sería válido en ambas direcciones. Ni la garantía de la autonomía municipal protege frente a la economía privada, ni los particulares pueden ampararse en ella para defenderse frente a una actividad económica municipal. La delimitación al respecto debe buscarse, por el contrario, en el Derecho ordinario, así como también en los derechos fundamentales, especialmente en el artículo 12 GG (libertad de profesión y oficio). No obstante, ha dicho reiteradamente el *BVerfG* que el artículo 12 GG no protege a un competidor frente a la competencia de otros y, por lo tanto, tampoco frente a la competencia del poder público. Cfr. Horst DREIER (2008: 671) y Alexander SCHINK (2002: 133).

¹⁵ Wolfgang LÖWER (2001: 343 y 344) y Horst DREIER (2006: 656). Por este motivo, el solo recurso al artículo 28.2 GG no protege a los Municipios (ni siquiera si se trata de los ámbitos en los que estos desarrollan tareas legítimamente) frente a una decisión del legislador de abrir un determinado campo de actuación a la concurrencia privada. El artículo 28.2 GG, en tanto que norma relativa a la organización estatal, no autoriza *per se* injerencias en los derechos fundamentales de privados, puesto que, como ha señalado el *BVerfG*, el hecho de que una materia sea propia de la comunidad local no significa, necesariamente, que autorice la injerencia del legislador sobre las posiciones de terceros.

A pesar de no existir una definición legal positiva de la finalidad pública, la doctrina entiende, de forma unánime, que se trata de un concepto vinculado estrechamente a la idea del interés general. Se afirma, en este sentido, que la garantía de la autonomía municipal únicamente justifica la participación en el mercado si con ello son realizados objetivos materiales que coincidan con cuestiones o tareas de la comunidad local. Dicho en otras palabras: tiene que existir un interés o finalidad pública en la actividad económica de los Municipios y, en este sentido, la mera finalidad de la obtención de beneficios no puede considerarse como una finalidad pública (lo que sirve como delimitación negativa). En efecto, está ampliamente extendida en la doctrina la opinión —con la llamativa excepción de OTTING¹⁶— de que la existencia de una empresa pública con el simple objetivo de procurarse ingresos económicos no está permitida¹⁷.

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que se obtengan o se puedan obtener beneficios. En efecto, según los principios de la economía municipal, las actividades económicas que realicen los Municipios deben arrojar ganancias en el presupuesto municipal. Lo decisivo es, pues, que la finalidad pública y el objetivo de la obtención de ingresos no queden colocados en el mismo nivel de importancia, sino que el segundo quede siempre y en todo caso en segunda línea, y siempre y cuando con él no se menoscabe la finalidad pública perseguida. En este sentido, considera la doctrina que no es suficiente servir al interés o finalidad pública *de forma mediata* mediante la aspiración a obtener beneficios, sino que la justificación debe ser directa e inmediata¹⁸.

B) *La capacidad de prestación (die Leistungsfähigkeit).*

En segundo lugar, las leyes de régimen local prevén que la creación, ampliación o participación en empresas públicas se halle en una relación proporcional y adecuada respecto de la capacidad de prestación del Municipio, teniendo en cuenta las necesidades y exigencias previsibles.

Ha señalado TIETJE que bajo este precepto hay que considerar no únicamente la fuerza financiera y administrativa de un Municipio en abstracto,

¹⁶ Según este autor, la actividad económica municipal debe entenderse como parte de su potestad financiera y, en este sentido, estaría no solo permitida, sino que sería obligatoria en aquellos casos en que los ingresos obtenidos por otras vías no fueran suficiente. Así, el derecho de los Municipios a una dotación financiera adecuada, que se engloba dentro del concepto de autonomía municipal, garantizaría, en situaciones de infrafinanciación, la posibilidad de agotar todas las fuentes de ingresos, incluyendo la actividad puramente económica de los Municipios. Cfr. Olaf OTTING (1997: *passim*).

¹⁷ Jan ZIEKOW (2007: 120), Hans-Jürgen PAPIER (2003: 688) y Dirk EHLERS (1997: 142), así como también Dirk EHLERS (1998: 499 y ss.), Saskia TIETJE (2002: 90-91 y 137 y ss.) y Alexander SCHINK (2002: 133 y ss.).

¹⁸ Vid. Jan WOLF (2002), *Anstalt des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen*, Köln-Berlin-Bonn-München, págs. 149 y ss., el cual discute ampliamente en torno a los conceptos de «uso marginal» (*Randnutzung*) y actividad auxiliar o de refuerzo (*Hilfsgeschäft*) en relación con la obtención de ingresos. Vid. también las diversas posibilidades que plantea Alexander SCHINK (2002: 134 y 135).

sino, precisamente, dicha fuerza en relación con la actividad económica prevista. En este sentido, el precepto adquiere una creciente significación en tanto que instrumento de protección de los Municipios frente a una actuación desproporcionada o excesiva, que no se ajuste ni corresponda a la capacidad real del Municipio¹⁹. Así, si un Municipio se halla fuertemente endeudado dispondrá de una menor capacidad financiera, de modo que quedarán excluidas por sí mismas actividades económicas de cierta envergadura.

Además, con este requisito parece aludirse, también, a la necesidad de tener en cuenta estudios o análisis económicos en los que se haga especial hincapié en aspectos presupuestarios y financieros²⁰. El criterio de la capacidad municipal sirve únicamente, a partir de lo dicho y según la doctrina mayoritaria, como instrumento de autoprotección del Municipio, que no debe extralimitarse financieramente en sus actuaciones²¹.

C) *La cláusula de subsidiariedad* (die Subsidiaritätsklausel).

En tercer lugar, las leyes de régimen local regulan la denominada «cláusula de subsidiariedad», que hace depender la viabilidad de la actividad económica municipal del hecho de que la actividad en cuestión no pueda ser prestada por un empresario privado: a) por lo menos igual de bien y eficientemente —*mindestens ebenso gut und wirtschaftlich*— (cláusula de subsidiariedad reforzada o pura), o b) mejor o de manera más eficiente —*nicht besser und wirtschaftlicher*— (a su vez denominada cláusula de subsidiariedad simple).

La cláusula de subsidiariedad ha encontrado distintas formulaciones en los diversos *Länder*. Así, junto a las dos formulaciones básicas enunciadas, algunas leyes de régimen local establecen también un ámbito de actuación «no económico» o sustraído al mercado (*nichtwirtschaftlicher Bereich*), de manera que de forma automática —mediante una ficción legal— quedan excluidas de la aplicación de los preceptos estudiados una serie de actividades municipales, que suelen coincidir, en mayor o menor medida, con actividades pertenecientes al tradicional ámbito de la *Daseinsvorsorge*.

En último lugar, algunas leyes municipales regulan, como forma de acreditación de las ventajas de la actividad económica municipal, y con carácter previo a la creación de una empresa municipal, la elaboración de un estudio de mercado (*Markterkundung*) en el que se analicen las posibilidades y los riesgos de la actividad económica que se pretende llevar a cabo. De este modo tendrá lugar, antes de la decisión sobre la actividad económica, un estudio que deberá determinar en qué medida los competidores privados que ya están actuando en dicho mercado podrían verse afectados por la decisión municipal.

¹⁹ Saskia TIETJE (2002: 164); en términos similares, también Dirk EHLERS (1998: 503).

²⁰ Mahlberg DAZERT (2004), «Betrieb eines kommunalen Windparks —Voraussetzungen und Grenzen nach dem Gemeindefirtschaftsrecht», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 2, págs. 158-161, pág. 160.

²¹ Angela FABER (2003: 763).

El resultado del análisis se deberá presentar al pleno municipal, aunque lo cierto es que no tiene carácter vinculante. No obstante, la doctrina considera que, a pesar de ello, un procedimiento de este tipo puede incrementar notablemente la legitimación de la actividad económica municipal, al tiempo que obliga a la corporación a una motivación más intensa y detallada sobre las eventuales consecuencias negativas que la participación del poder público en el mercado puede tener para la economía privada²².

En este sentido, se ha discutido ampliamente si y en qué medida estas cláusulas de subsidiariedad poseen lo que se denomina «efecto protector frente a terceros» (*drittsschützende Wirkung*), de manera que un tercero pueda recurrir ante los tribunales por eventuales perjuicios o lesiones a sus posiciones jurídicas en el mercado. De hecho, puede afirmarse que la interpretación de la cláusula de subsidiariedad se ha erigido, en los últimos tiempos, en el principal punto de discusión y polémica en relación con la cuestión de la tutela judicial en materia de competencia en el mercado. De esta cuestión nos ocuparemos con detalle más adelante.

D) *El principio de territorialidad* (der Örtlichkeitsgrundsatz).

En último lugar, debe señalarse que muchas de las leyes de régimen local contienen también preceptos dedicados a la actividad económica fuera del territorio municipal, esto es, para casos en que un Municipio actúe en el término municipal de otro sin que exista previamente un acuerdo de colaboración intermunicipal. Esta extralimitación de los límites municipales está sometida no sólo a los tres requisitos que conforman la denominada *Schrankentrias*, sino también al requisito adicional de la garantía de los legítimos intereses de las corporaciones locales afectadas.

A pesar de que algunos *Länder* han legislado permitiendo expresamente la extraterritorialidad en la actividad económica municipal (por ejemplo, Baviera), la mayoría de la doctrina se muestra reacia a admitir, con carácter general, una actividad económica más allá de los límites del propio término municipal.

Se afirma que el elemento espacial es y sigue siendo un límite que no debería franquearse salvo en casos absolutamente excepcionales. Permitir que las actividades económicas municipales se extiendan más allá del territorio municipal supone, en definitiva, permitir que se ejerzan más allá de su ámbito (espacial) de competencias pues, recordemos, la misma garantía de la autonomía local del artículo 28.2 GG se refiere a las cuestiones de la comunidad local como aquellos asuntos que radican en la misma comunidad o que guardan con ella una especial o específica relación²³.

²² Carsten STAMER (2007: 34); Dirk EHLERS (1998: 502), el cual habla de una «decisión razonable, comprensible y lógica». En el mismo sentido también Alexander SCHINK (2002: 138).

²³ Alexander SCHINK (2002: 135 y 136), Dirk EHLERS (1998: 504) y Jan ZIEKOW (2007: 124-126). El artículo 28.2 GG contendría, en este sentido, una limitación competencial también

Se señala, también, que este tipo de actividad económica municipal plantearía problemas incluso si el otro Municipio prestase su consentimiento, puesto que en realidad lo que estaría en juego sería el principio democrático: la comunidad local puede únicamente legitimar la realización de tareas que la impliquen a ella misma²⁴.

Lo cierto es que, en los últimos años, se han multiplicado los problemas (y, consecuentemente, los estudios) en torno a la actuación económica municipal de carácter extraterritorial. La complejidad de las cuestiones que al respecto se han planteado y la extensísima bibliografía sobre el tema nos obligan a dejar de lado tan interesante cuestión para centrarnos en el análisis de la tríada de límites y los problemas que esta plantea en cuanto a la tutela judicial del competidor privado.

V. TUTELA JUDICIAL EN MATERIA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA MUNICIPAL (*ABWEHRANSPRÜCHE*)

En el siguiente apartado se analiza hasta qué punto los competidores privados gozan de protección jurídica frente a la actividad económica municipal en el ordenamiento alemán. Como veremos, el Derecho de la competencia no ofrece, desde el año 2002, ninguna posibilidad de tutela judicial frente a la competencia por parte de los poderes públicos. Por lo tanto, la pregunta fundamental es hasta qué punto los preceptos del Derecho local pueden proporcionar tutela judicial a los competidores privados, en aquellos casos en los que las normas de Derecho local —los requisitos de la tríada y, particularmente, la cláusula de subsidiariedad— no sean respetadas.

1. *La situación anterior a 2002*

Los tribunales administrativos se han negado sistemáticamente a admitir demandas de empresarios privados solicitando el cese de una actividad económica llevada a cabo por un Municipio para intentar, con ello, eliminar la competencia pública en un determinado sector. El motivo aducido era, fundamentalmente, la negación del «carácter protector frente a terceros» (*drittschützende Wirkung*) a las normas que las leyes de régimen local de los *Länder* contienen en relación con la actividad económica de los Municipios. Dichos preceptos sólo tendrían como objeto la protección de los in-

desde una perspectiva territorial, en la que la realización de las tareas municipales debe entenderse radicada en el territorio municipal. Ello no implica, por otra parte, una limitación geográfica estricta y rígida de sus efectos y la prohibición de que los mismos, y la actuación municipal, se extiendan a las corporaciones locales vecinas (piénsese, por ejemplo, en los transportes de cercanías, o la protección del paisaje o del medio ambiente); más bien de lo que se trata es de considerar si el valor añadido que suponen estas prestaciones municipales extraterritoriales está relacionado o no con la comunidad municipal y su vida colectiva. *Vid* también las consideraciones de Janbernd OEBBECKE (2005: 186-189 y 193-194).

²⁴ Wolfgang LÖWER (2001: 341); también Janbernd OEBBECKE (2005: 197 y 198).

tereses públicos, pero no la protección de privados frente a la competencia pública²⁵.

Como consecuencia de esta restrictiva jurisprudencia contencioso-administrativa, los competidores privados intentaron —frecuentemente con éxito— obtener la tutela judicial ante los tribunales civiles a través del Derecho de la competencia.

La jurisprudencia civil partía de la base de que una vulneración de la cláusula de subsidiariedad prevista en el Derecho local podía dar lugar a una pretensión jurídica de cese de naturaleza concurrencial. Según el artículo 1 de la Ley alemana sobre Competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*; en adelante, UWG) en su anterior redacción, una pretensión de este tipo se daba contra quienes, en el tráfico comercial y con una finalidad concurrencial, realizaban actuaciones contrarias a los buenos usos (*gute Sitten*). En particular, las actividades económicas municipales que sobrepasaban las limitaciones establecidas en la normativa local se incluían dentro del grupo «vulneración jurídica» (*Rechtsbruch*). A dicho grupo pertenecían aquellas actividades que vulneraban una norma jurídica y a través de ello conseguían, al mismo tiempo, una ventaja respecto del resto de competidores. Los tribunales civiles partían de la base de que la contravención de los presupuestos previstos en el Derecho económico municipal debía considerarse contraria a los buenos usos en el sentido del artículo 1 UWG, fundando de este modo la correspondiente pretensión de cese de la actividad municipal²⁶. Con ello se estaba afirmando, en definitiva, el carácter protector de los preceptos de Derecho municipal implicados.

Esta jurisprudencia fue mayoritariamente rechazada por la doctrina, que la consideraba una solución insuficiente e insatisfactoria.

Por un lado, porque la vía jurisdiccional civil no podía entenderse abierta si se estaba ante una cuestión relativa al *si* era posible una actividad económica municipal. Los tribunales civiles serían competentes para resolver en relación con el *cómo* se desarrolla la actividad económica (esto es, sobre el comportamiento en el mercado); pero no en relación con el acceso al mercado, que correspondería claramente a los tribunales administrativos. Se criticó a menudo que con la mencionada línea jurisprudencial se confundían dos cuestiones diferentes: la cuestión sobre si los Municipios pueden actuar económicamente en un cierto ámbito —regulada por el Derecho local—, y la cuestión relativa al comportamiento de los Municipios respecto de otros com-

²⁵ OVG Münster, Sentencia de 2.12.1985 (*NVwZ* 1986, 1045); VGH Mannheim, Sentencia de 21.7.1982 (*NJW* 1984, 252); claramente también, la Sentencia del *BVerwG* de 1.3.1978 (*NJW* 1978, 1539); OLG Karlsruhe, Sentencia de 16.11.2000 (*DVBl* 2001, 834). *Vid.* el comentario a esta última Sentencia de Volker STEHLIN (2001), «Wirkt die Subsidiaritätsklausel des § 102.I. Nr 3 BadWürttGO drittschützend?», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 6, págs. 645-657, págs. 645 y ss. El autor rechaza la posibilidad del efecto protector y concuerda plenamente con el fallo del Tribunal.

²⁶ OLG München, Sentencia de 20.4.2000 (*NVwZ* 2000, 836); LG Offenburg, Sentencia de 3.12.1999 (*NVwZ* 2000, 717); OLG Düsseldorf, Sentencia de 28.10.1999 (*NVwZ* 2000, 111); OLG Düsseldorf, Sentencia de 29.5.2001 (*NVwZ* 2002, 249); OLG Hamm, Sentencia de 23.9.1997, conocida como el caso *Gelsengrün* (*NJW* 1998, 3504).

petidores en el mercado —regulada por el Derecho de la competencia²⁷—. La opinión mayoritaria entendía que el Derecho de la competencia debía concebirse fundamentalmente como un Derecho sobre la competencia en el mercado, mientras que, por el contrario, la aceptación o no de la actividad económica municipal debía medirse por el Derecho público.

Por otro lado, la equiparación entre ilegal (*rechtswidrig*) y contrario a los buenos usos (*sittenwidrig*) en el sentido del artículo 1 UWG tampoco era sostenible. En este sentido, se ponía en duda que debiera considerarse contraria a la competencia toda actuación basada en la vulneración de un precepto legal, sin exigir, además, que la norma vulnerada tuviera, al menos, una función protectora secundaria a favor de la competencia. Así, se afirmaba que únicamente si los preceptos del Derecho local podían considerarse como normas protectoras en favor de terceros competidores podría, a su vez, entenderse que una contravención de los mismos supusiera de forma inmediata una pretensión de cese según el artículo 1 UWG. En caso contrario sería preciso que se dieran otras circunstancias adicionales que, en conjunto, determinasen el comportamiento contrario a la competencia.

Se criticó también la inseguridad jurídica que generaba esta diferencia de criterio entre los tribunales civiles y administrativos, así como que «la sistemática y la dogmática del Derecho público se veían desplazadas», dado que el Derecho administrativo, por la vía del artículo 1 UWG, se veía sometido a examen por los tribunales civiles²⁸.

2. La situación posterior al año 2002

En la fundamental Sentencia de 25 de abril de 2002 (*Elektroarbeiten-Entscheidung*)²⁹ se produce un sustancial cambio de orientación, en virtud del cual el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*; en adelante, BGH) determinó claramente que una vulneración de los requisitos establecidos en las leyes de régimen local no necesariamente tiene que constituir, al mismo tiempo, un comportamiento contrario a los buenos usos en el sentido del artículo 1 UWG.

En el caso mencionado, un competidor exigía el cese de los servicios que estaba prestando a consumidores privados una empresa municipal bajo for-

²⁷ Hans Jürgen PAPIER (2003: 690); también, Saskia TIETJE (2002: 107) y Rolf Georg MÜLLER (2002), «Kommunale Abfallwirtschaft und unlauterer Wettbewerb», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 15, págs. 1014-1021, pág. 1021.

²⁸ Ello supondría, en definitiva, que se esquivaría la competencia que corresponde a los tribunales administrativos, sustancialmente competentes para el control sobre el respeto o no de las limitaciones establecidas en el Derecho económico local. Cfr. Saskia TIETJE (2002: 109) y Dirk EHLERS (1998: 502 y 503), así como Stefan Erich MEISSNER (2006), *Kommunalwirtschaftliche Schrankenrisis und Konkurrenzschutz unter besonderer Berücksichtigung von § 102 Abs 1 der Gemeindeordnung für Baden Württemberg*, Frankfurt am Main, Peter Lang, pág. 85, el cual coincide plenamente con dichas críticas, «si bien es cierto que implicaban una mejora en las posibilidades de tutela judicial de los competidores privados».

²⁹ BGHZ 150, 343-353. *Vid.* las observaciones sobre dicha Sentencia realizadas por Hubert MEYER (2002: 1075 y ss.); con amplio detalle Carsten STAMER (2007: 44 y ss.).

ma de sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital pertenecía íntegramente al Ayuntamiento de Munich. El BGH entendió que el artículo 1 UWG debía interpretarse conforme a criterios de Derecho de la competencia (*wettbewerbsbezogen*), y en este sentido sería únicamente aplicable si la contravención legal constituía, al mismo tiempo, una perturbación ilícita de la competencia en el mercado³⁰. Esto era válido también para las vulneraciones de preceptos que regularan la entrada en el mercado, como eran precisamente los preceptos de Derecho local en juego.

El objetivo del artículo 1 UWG en su anterior redacción no era mantener apartados del mercado a los competidores por el mero hecho de que una ley prohibiera su entrada, si los motivos de dicha prohibición no guardaban relación con la protección de la competencia. Las limitaciones de entrada al mercado cuyos motivos no se fundamentaran en la protección de la competencia no justificaban ninguna pretensión de defensa de los competidores en el sentido de la UWG. Este era, precisamente, el caso de la tríada de límites, al carecer de toda función protectora en relación con la competencia que permitiera justificar una pretensión de ese tipo. Por este motivo, la actividad económica de un Municipio no podía entenderse contraria al artículo 1 UWG por el solo hecho de que contraviniera, por ejemplo, la cláusula de subsidiariedad.

Por otra parte, el BGH puso de relieve la distinción entre la entrada en el mercado y el comportamiento en el mismo, señalando, en la línea ya apuntada por la doctrina, que a los tribunales civiles correspondía resolver sobre el comportamiento en el mercado (sobre el *cómo* se desarrolla la actividad económica), mientras que a los tribunales administrativos correspondía la cuestión de la entrada en el mercado (la decisión sobre *si* los Municipios pueden actuar económicamente en un cierto ámbito).

Esta jurisprudencia del BGH, continuada casi inmediatamente por otro fallo similar, de 26 de septiembre de 2002 (*Altautoverwertung-Entscheidung*³¹), fue aplaudida por la doctrina, puesto que zanjaba definitivamente la discusión en torno a la jurisdicción competente³².

Finalmente, la nueva Ley de competencia desleal, que entró en vigor el 8 de julio de 2004, acabó definitivamente con la discusión expuesta, eliminando cualquier duda al respecto. En efecto, el nuevo artículo 4 establecía la

³⁰ Hans Jürgen PAPIER (2003: 690).

³¹ *DVBf* 2003, págs. 267-269, según el cual «una vulneración del § 107 GO NW —que establece limitaciones a la actividad económica municipal— no puede fundamentar ninguna pretensión de privados competidores a partir del § 1 UWG». El Tribunal dejó abierta la cuestión de si la reutilización y eliminación de coches usados realizada por el Municipio demandado vulneraba el artículo 107 GO NW, relativo a la posibilidad de la actividad económica municipal (pág. 267), aunque sí afirmó que «dicho precepto... también debía proteger a la economía privada, en tanto que esta también pone límites a la actuación económica municipal» (pág. 268).

³² Antes de 2002 se habían propugnado soluciones en este sentido. Cfr. Dirk EHLERS (1998: 503), Ulrich HÖSCH (2000: 125 y ss.) y Alexander SCHINK (2002: 139). La Sentencia fue, pues, muy bien recibida. Cfr. Carsten STAMER (2007: 47), Hans Jürgen PAPIER (2003: 690) y Hubert MEYER (2002: 1077); a pesar de algunas críticas aisladas, también Stefan Erich MEISSNER (2006: 97 y ss.).

siguiente regulación del grupo de supuestos conocido como *Rechtsbruch*: «Desleal en el sentido del § 3 son ... 11. Una contravención de un precepto legal, que ha sido establecido para regular el *comportamiento* en el mercado en interés de los participantes».

Dado que se usa expresamente la expresión «comportamiento en el mercado», hay que partir de la base de que el Derecho de la competencia ya no constituye fundamento alguno para la tutela judicial frente a la competencia pública, cuando se trate de cuestiones relativas a la entrada en el mercado³³.

Tras la Sentencia de 2002 parece despuntar, tímidamente, una nueva tendencia. Así, en 2003 el OVG Münster declaró abierta la jurisdicción administrativa y, por lo tanto, la posibilidad de una pretensión jurídico-pública para el cese y la eliminación de los efectos de una actividad económica municipal³⁴. Del artículo 107.I.1.º, primer inciso, de la GO de Renania del Norte-Westfalia (que exige la finalidad pública de la actividad económica municipal) deduce el Tribunal la existencia de derechos subjetivos a favor de los competidores afectados. Ahora bien, sólo a partir de la cláusula de subsidiariedad (art. 107.I.1.º, tercer inciso) no sería posible deducir dicho efecto protector de terceros, siendo preciso, según el Tribunal, analizar aquella en conexión con la finalidad pública (que, para el caso concreto, no se daba).

Es dudoso que los argumentos del Tribunal sean plenamente satisfactorios pues, en mi opinión, la cláusula de subsidiariedad sí podría desplegar el mencionado efecto protector, sin necesidad de vincularla obligatoriamente al requisito de la finalidad pública³⁵. Considero que la cláusula de subsidiariedad constituye un mejor y más sólido punto de apoyo para afirmar tal efecto frente a terceros, particularmente debido a la imprecisión del concepto de interés o finalidad pública. En todo caso, la nueva orientación debe ser considerada como positiva, a pesar de lo cual será preciso esperar aún para ver si la misma se consolida definitivamente.

³³ Carsten STAMER (2007: 48-52). En igual sentido, Stefan Erich MEISSNER (2006: 101 y ss.).

³⁴ OVG Münster, Sentencia de 13.8.2003 (NVwZ 2003, 1521). El Tribunal se expresó claramente a favor de la competencia de la jurisdicción administrativa (pág. 1520), considerando asimismo la posibilidad de una injerencia en derechos subjetivos mediante la actividad económica municipal (pág. 1521), y afirmando, en definitiva, la legitimación procesal del demandante (*Klagebefugnis*) (pág. 1521), a pesar de declarar posteriormente que la demanda debía entenderse rechazada. Es importante la afirmación del Tribunal, según la cual «el § 107 I 1 Nr 1 NWGO, según el cual la actividad económica municipal exige una previa finalidad pública, puede fundamentar derechos subjetivos» (pág. 1521).

Sobre la base de esta Sentencia fue nuevamente confirmado el efecto protector en una nueva decisión judicial, de 12 de octubre de 2004, si bien dentro de los límites territoriales del término municipal y no más allá de éstos. Cfr. OVG Münster, Sentencia de 12.10.2004 (NVwZ 2005, pág. 1212).

³⁵ En este sentido sí se expresó, no obstante, el Tribunal Constitucional del *Land* Renania-Palatinado en su trascendental fallo de 28 de marzo de 2000. En él afirmaba el Tribunal que la cláusula de subsidiariedad, atendiendo a su dicción literal y también a la intención del legislador, era una norma de protección frente a terceros en el sentido del artículo 42 VwGO (pág. 804). Un comentario a dicha Sentencia en Matthias RUFFERT (2000), «Kommunalwirtschaft und Landes- Wirtschaftsverfassung», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 7, págs. 763-766. El autor concuerda plenamente con el fallo y se manifiesta a favor del mencionado efecto (pág. 764). En el mismo sentido, Linda TEUTEBERG (2008: 153 y 154).

3. *Los problemas derivados del limitado efecto protector frente a terceros de los preceptos sobre actividad económica municipal*

Desde las Sentencias del BGH de 2002 y la nueva redacción de la UWG puede afirmarse que el Derecho de la competencia —salvo casos extremos— no ofrece tutela judicial frente a la competencia de los poderes públicos. En consecuencia, cabe preguntarse si el Derecho público puede ofrecer dicha tutela.

El Derecho alemán no conoce la institución de la acción popular, esto es, no tiene un sistema de control normativo objetivo, por lo que la mera constatación de un comportamiento contrario a derecho no es suficiente para afirmar la legitimación y, por lo tanto, la admisibilidad de una demanda ante los tribunales contenciosos.

Esto mismo puede deducirse, sin lugar a dudas, de la GG, cuyo artículo 19.4 establece que toda persona que vea vulnerados sus *derechos* por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. A su vez, el mandato constitucional se ve concretado en la Ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa, cuyo artículo 42 determina que en tanto en cuanto no se haya establecido legalmente otra cosa será admisible (*zulässig*) una pretensión siempre que el demandante haga valer que, mediante un acto administrativo o su omisión, se ha podido ver menoscabado en sus derechos.

En Derecho alemán podemos afirmar que un derecho subjetivo público existe cuando una norma jurídica de Derecho público tiene como objetivo, cuando menos secundario, la protección de intereses individuales, de manera que concede al beneficiario el poder jurídico de solicitar la ejecución del interés protegido frente a la Administración (*Schutznormtheorie*).

La protección frente a terceros existe, en consecuencia, siempre que una norma, además de a la protección de la colectividad, aspire también a la protección individual, estando el individuo en cuestión suficientemente determinado o determinable en la propia norma. El simple hecho de que la norma proteja al individuo *de facto*, esto es, en el sentido de un efecto reflejo, no puede considerarse suficiente para hablar de la existencia de un derecho subjetivo. Si la norma aplicable en cada caso concreto ofrece o no el mencionado efecto es algo que únicamente puede determinarse a partir de los diversos métodos de interpretación existentes.

En definitiva, la cuestión que es preciso contestar en esta sede es la siguiente: ¿pueden los competidores privados, cuando los preceptos de Derecho local no sean respetados, buscar —y eventualmente obtener— la tutela judicial ante los tribunales administrativos? Esta cuestión enlaza directamente con la conocida como *Schutznormtheorie*: si dicho efecto existe, la demanda debe considerarse, cuando menos, admisible. Conviene exponer, para ello, cuáles son los principales argumentos a favor y en contra del efecto protector de estas normas que se han esgrimido en la doctrina alemana, y analizar su consistencia jurídica.

A) *La interpretación del artículo 67 de la Deutsche Gemeindeordnung.*

En la época weimariana, la expansión económica municipal fue un tema ampliamente discutido y polémico. Se llegó a hablar, incluso, de una «socialización oculta» (*kalte Sozialisierung*)³⁶. La regulación establecida en la Ley de régimen local (*Deutsche Gemeindeordnung*; en adelante, DGO) de 1935 aspiraba, precisamente, a aportar una mayor y más racional organización de la economía pública. El objetivo de dicha norma era que los Municipios se concentraran específica y fundamentalmente en sus propios deberes y funciones. La experiencia de la República de Weimar acababa de demostrar que los Municipios, al expandirse en su actuación económica, solían excederse, ocasionándose a menudo daños y perjuicios a sí mismos³⁷.

Junto a ello, en la Exposición de Motivos de dicho texto legal se reconocía expresamente que la cláusula de subsidiariedad establecida en el artículo 67 DGO también debía servir para la protección de la economía privada, aunque ello únicamente en el sentido de una protección integral de la economía y no como una protección individualizada del empresario privado. Mediante el artículo 67 DGO no se pretendía, pues, configurar derecho subjetivo público alguno.

Siguiendo esta interpretación histórica, se generalizó muy pronto que las normas sucesoras de la Ley de 1935 debían interpretarse del mismo modo. Sobre esta premisa, parte de la doctrina ha afirmado que los actuales preceptos del Derecho económico municipal no tendrían efecto protector frente a terceros, sino que aspirarían exclusivamente a establecer una política económica y financiera en interés del Municipio. Si a través de ello se favorece a los particulares, ello es pura y simplemente un efecto jurídico reflejo, del que no puede deducirse ningún derecho subjetivo³⁸.

Es preciso reconocer que el artículo 67 DGO fue asumido en las regulaciones de los *Länder* sin apenas variaciones ni modificaciones sustanciales. Por este motivo, no es descabellado entender que las normas posteriores puedan interpretarse en un sentido similar. Ahora bien, esta consideración debe suponer únicamente un punto de partida, especial-

³⁶ Este concepto, utilizado por primera vez en 1926 por PAHL, ha sido estudiado, en sus connotaciones no sólo jurídicas sino también, y sobre todo, políticas, por Carl BÖHRET (1966), *Aktionen gegen die kalte Sozialisierung 1926-1930. Schriften zur Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Band 3, Berlin, Duncker & Humblot. *Vid.* sobre el origen, el desarrollo y los diversos sentidos con que se usaba dicha expresión las págs. 16-26. Piénsese que en Alemania, al igual que en otros países de nuestro entorno como Francia o Italia —pero no, o en escasísima medida, en España—, la expansión de la actividad económica municipal durante el primer tercio del siglo XX estuvo vinculada a un debate ideológico-político más profundo, que tendía a identificar la iniciativa pública en la economía (en el ámbito municipal, sustancialmente, las municipalizaciones) con movimientos comunistas o colectivistas.

³⁷ Carsten STAMER (2007: 59); en igual sentido, también Linda TEUTEBERG (2008: 152).

³⁸ *Vid.* Saskia TIETJE (2002: 153 y 154), claramente en contra del efecto protector frente a terceros. En el mismo sentido, Volker STEHLIN (2001: 645 y 646), quien afirma que la norma no aspira a la protección del competidor privado, por lo que no cabe hablar de una pretensión de defensa a su favor.

mente si tenemos en cuenta que las leyes de régimen local de los *Länder* fueron aprobadas en un contexto muy diferente, bajo circunstancias y condiciones económicas, políticas y jurídicas muy distintas. Especialmente relevante es el hecho de que se enmarcan en un contexto constitucional muy diferente, lo que no debe ser infravalorado ni olvidado cuando se interprete su sentido y alcance³⁹.

B) *La posición de los preceptos implicados en las leyes de régimen local.*

TIETJE se manifiesta contraria al efecto protector, señalando como argumento para sustentar su tesis el hecho de que los preceptos en cuestión no suelen situarse, en la sistemática de las leyes de régimen local, en la parte de las mismas en las que se regulan los derechos y obligaciones de los vecinos del Municipio⁴⁰.

Ciertamente, la mayoría de las leyes de régimen local de los *Länder* ubican los requisitos de la tríada de límites en una parte denominada «Hacienda municipal» (*Gemeindewirtschaft*). Por lo tanto, la regulación de las condiciones que determinan la admisibilidad o no de una actividad económica municipal no se sitúa junto a los derechos y deberes de los habitantes del Municipio. Sin embargo, una observación más detallada de la estructura de las leyes de régimen local determina que no se trata, pese a todo, de un argumento decisivo en contra del mencionado efecto frente a terceros.

Como regla general, la parte «Hacienda municipal» se subdivide en diversos epígrafes: «Presupuesto municipal» (*Haushaltswirtschaft*), «Patrimonios especiales» (*Sondervermögen*) y «Empresas municipales» (*öffentliches Unternehmen*), siendo en este último en el que se ubican los preceptos analizados en este trabajo.

Por lo tanto, si fuera correcto entender la cláusula de subsidiariedad como un principio presupuestario interno, destinado únicamente a la propia protección del Municipio frente a excesos económicos y riesgos financieros, hubiera tenido más sentido, por ejemplo, ubicar la tríada de límites en la parte correspondiente al presupuesto municipal. Sobre todo teniendo en cuenta que en dicha sección ya se encuentran regulados principios económicos y financieros esenciales, como son el de economicidad o la prohibición de endeudamiento excesivo.

Cuanto se ha dicho puede verse confirmado sobre la base de la Ley federal presupuestaria (*Bundshaushaltsordnung*)⁴¹. Su artículo 65.1.1.º contiene una cláusula de subsidiariedad similar a las que estamos analizando en esta

³⁹ Carsten STAMER (2007: 60). En el mismo sentido, señala KLUTH que si bien desde la interpretación histórica no hay duda alguna sobre el hecho de que la cláusula de subsidiariedad aspira, primariamente, a la protección presupuestaria y financiera de los propios Municipios, a la luz de las circunstancias y la evolución posterior tampoco puede excluirse que, además, pueda desarrollar un efecto protector frente a terceros privados. *Vid.* Winfried KLUTH (2000: 33).

⁴⁰ Saskia TIETJE (2002: 109).

⁴¹ Carsten STAMER (2007: 37).

sede⁴²; sin embargo, dado que se trata de una norma claramente presupues-taria, puede afirmarse que sirve sólo al interés de la generalidad, no en cambio a la protección individual de competidores privados. Que este mismo argumento pueda aplicarse a la tríada de las leyes de régimen local es algo, a la vista de la estructura de las mismas, cuando menos, dudoso.

C) *La diferencia entre la cláusula de subsidiariedad y el requisito de la capacidad de prestación.*

Como ya se indicó, la segunda de las limitaciones de la *Schrankentrias* se refería a la capacidad de prestación del Municipio, prescribiendo una relación de proporcionalidad y adecuación entre su capacidad financiera y la actividad económica que el Municipio pretende llevar a cabo.

Si fuera correcto entender que la cláusula de subsidiariedad carece de efecto protector frente a terceros, sirviendo únicamente a la mejor y más adecuada protección del Municipio, entonces deberíamos concluir que apenas existiría diferencia sustancial entre el requisito de la capacidad de prestación y el requisito establecido mediante la cláusula de subsidiariedad. En este sentido, lo afirmado por TIETJE⁴³, según la cual «la cláusula de subsidiariedad simple se limita a repetir lo que ya viene establecido en los principios de economía y economicidad», carece de sentido, en mi opinión, si se considera que estos mismos principios ya se hallan regulados, también, en la sección correspondiente al presupuesto municipal. Por el contrario, entiendo que cabe preguntarse si, en realidad, con la cláusula de subsidiariedad no se pretende configurar unos efectos que vayan más allá de los meros efectos presupues-tarios internos.

D) *La supresión de la cláusula de subsidiariedad en algunos Länder, con el objetivo de fortalecer la economía municipal.*

En Renania del Norte-Westfalia fue eliminada temporalmente la cláusula de subsidiariedad, con el objetivo, en palabras del legislador, de ampliar la libertad de actuación municipal, fortaleciendo la posición de la hacienda pública municipal y haciéndola más flexible⁴⁴. Esta forma de razonar, puesta expresamente de relieve en la motivación a la modificación legislativa comentada, causa sorpresa.

Si la cláusula de subsidiariedad es una norma para la propia protección del Municipio, y tiene como objetivo evitar riesgos económicos excesivos para éstos, entonces la eliminación de la cláusula no puede suponer un fortalecimiento en las posiciones municipales. El objetivo de la derogación de

⁴² «Cuando exista un importante interés federal que no pueda ser cumplido por el *Bund* mejor y más económicamente de otro modo (...)».

⁴³ Saskia TIETJE (2002: 150).

⁴⁴ Carsten STAMER (2007: 32) y Saskia TIETJE (2002: 160).

la cláusula hubiera sido, entonces, que los Municipios pudieran actuar con más riesgo y más libremente, lo que sin duda carece de sentido.

Ante esta situación, ¿qué es lo que debemos entender que subyace a dicha modificación legislativa? Claramente, un fortalecimiento de la posición municipal frente a los privados. El incremento de la flexibilidad se referiría, entonces, al comportamiento de las corporaciones locales en relación con los empresarios privados. Las limitaciones contenidas en la hasta entonces vigente cláusula de subsidiariedad hacían la actividad económica municipal más reducida y controlada; si dichas limitaciones desaparecían, los Municipios podrían obviamente actuar de forma más libre, puesto que no tendrían que respetar o mantenerse dentro de las fronteras establecidas por la cláusula.

Si asumimos este postulado, entonces la reintroducción de la cláusula de subsidiariedad en Renania del Norte-Westfalia no puede significar para los Municipios otra cosa que una limitación a su comportamiento respecto de los privados.

E) *El procedimiento de análisis de mercado* (das Markterkundungsverfahren).

Algunas leyes de régimen local prevén un procedimiento de análisis y reconocimiento del mercado que puede servir de indicio para decantarse a favor de la existencia del efecto protector frente a terceros, si bien debe señalarse que dicho procedimiento no está previsto en todos los *Länder* ni tiene la misma fuerza en todos los casos. Así, parece ciertamente algo débil la regulación prevista en la GO de Sachsen-Anhalt (art. 123), la cual se refiere a un análisis relativo a «las ventajas e inconvenientes sobre las formas organizativas públicas y privadas», en el que se pongan de relieve y se contrasten las diferencias y los posibles efectos —organizativos, de personal, económicos, financieros, presupuestarios y fiscales— sobre el presupuesto municipal. Cabe dudar de forma razonable que exista un efecto protector al tratarse de una norma de naturaleza sustancialmente presupuestaria y, por ello, con efectos jurídicos meramente internos.

La situación parece ser distinta en *Länder* como Brandenburgo, Turingia, Renania del Norte-Westfalia, Sajonia o Hessen.

El artículo 91.33 de la GO de Brandenburgo establece que antes de la fundación de una empresa municipal destinada a realizar una actividad económica deben investigarse otras ofertas o propuestas, así como realizar cálculos comparativos entre ellas. De este modo se persigue demostrar que las prestaciones que la futura empresa municipal busca ofrecer no pueden realmente ser prestadas por particulares con la misma calidad y fiabilidad, ni a un mismo o menor coste. En tales casos debería transferirse la prestación de dichos servicios a los oferentes particulares, siempre y cuando ello fuera conforme al interés público.

Por su parte, el artículo 71.4 de la GO de Turingia prevé un procedimiento de análisis de mercado en el que participen las empresas agrícolas, comer-

ciales e industriales que ejerzan en el ámbito territorial implicado; el artículo 95.3 de la GO de Sajonia establece un informe que luego se somete a la consideración del pleno de la Corporación y en el que se analizan las posibilidades y los riesgos de la actividad que se pretende desarrollar; así como también sus posibles repercusiones sobre la economía privada. En términos similares se expresa el artículo 107.5 GO de Renania del Norte-Westfalia, según el cual debe otorgarse a los sindicatos y a las organizaciones de representación de intereses profesionales y corporativos implicadas la posibilidad de manifestar su opinión respecto del análisis de mercado presentado. También el artículo 102.2 GO de Baden-Württemberg contiene una regulación en este sentido, al prever que las organizaciones locales que representan los intereses de la industria y el comercio puedan manifestar su opinión antes de que la Corporación local decida sobre la actividad económica municipal en juego.

Aunque dichos procedimientos e informes no pueden considerarse como una prueba definitiva que confirme el efecto protector frente a terceros, sí creemos que debe otorgárseles, a tal fin, una relevancia considerable⁴⁵.

Finalmente, el artículo 121.6 GO de Hessen establece lo siguiente: «Antes de la decisión (...) sobre empresas municipales (...) debe informarse al pleno de la corporación mediante un estudio de mercado sobre las posibilidades y los riesgos de la actividad económica que se pretende realizar; así como también sobre los efectos esperados de la misma sobre la artesanía y la economía media. Antes de que se remita el estudio a la representación municipal deberá permitirse a las representaciones locales de la industria, de la artesanía y del comercio, así como a las asociaciones implicadas, en tanto en cuanto su ámbito de actuación se vea afectado, que manifiesten su posición al respecto (...)». El párrafo tercero continúa diciendo que «los Municipios deben demostrar al menos una vez en cada periodo electoral, hasta qué punto la actividad económica que realizan sigue cumpliendo aún los requisitos establecidos en el apartado primero y en qué medida podría ésta ser transferida a terceros particulares».

Según la dicción literal del precepto, no parece posible la exclusión del efecto protector. Piénsese que se habla de «efectos sobre la artesanía y la economía», se concede a las Cámaras y asociaciones la posibilidad de tomar postura y, sobre todo, se exige la comprobación del mantenimiento de los requisitos exigidos, bajo la posibilidad, caso de no hacerlo, de traspasar las actividades a privados.

Si se vincula este precepto con la cláusula de subsidiariedad pura o reforzada prevista en el artículo 121.1.11, inciso tercero —introducida mediante modificación legislativa en el año 2005—, y se lee también la Exposición de motivos de dicha modificación, entonces el efecto protector frente a terceros se hace evidente. Así lo ha expresado el mismo legislador de Hessen, puesto que en relación con el artículo 121.1.1, inciso tercero, ha considerado que, en efecto, dicha norma puede desarrollar un efecto protector frente a oferentes privados. Estos podrán, por lo tanto, si se sienten menos-

⁴⁵ Cfr. Dirk EHLERS (1997: 138). Con algunas reservas, Carsten STAMER (2007: 67).

cabados en sus posiciones debido a una actividad económica municipal que consideran ilícita, hacer valer sus pretensiones en sede jurisdiccional⁴⁶.

F) *La expresa mención a los «privados».*

Cuando las leyes de régimen local establecen que un Municipio únicamente puede crear, ampliar o hacerse cargo de una actividad económica municipal cuando la finalidad pública perseguida no puede ser realizada igual de bien por otro sujeto (*durch einen anderen*), se entiende como norma general que esta última expresión hace clara referencia a «otros» terceros privados. Incluso en algunos *Länder* la mención es expresa, como por ejemplo las referencias a «un tercer privado» (*ein privater Dritte*) o a un «oferente privado» (*ein privater Anbieter*) que encontramos en los artículos 85.1.3º GO de Renania Palatinado, 97.1.3º GO de Sajonia, 108.1.3º GO de Baja Sajonia, 121.I.2º GO de Hessen o 102.1.3º GO Baden Württemberg. Si existe realmente una gran diferencia entre ambas formulaciones es dudoso: lo cierto es que tras la expresión «por otro» se esconde, de forma más o menos expresa, la figura de un empresario privado.

Según determina la *Schutznormtheorie*, tanto el interés protegido como el tipo de vulneración y el círculo de personas protegidas deben estar suficientemente determinados en la ley. Un indicio a favor del carácter protector de la norma lo podría constituir el hecho de que los implicados estuvieran expresamente mencionados en la norma. Dado que las cláusulas de subsidiariedad se refieren, según la opinión mayoritaria, a los privados o empresarios particulares, ello debe considerarse, en mi opinión, como un claro argumento a favor del efecto protector de dichas cláusulas⁴⁷.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Debemos convenir con STAMER que existe un claro déficit en la aplicación de las limitaciones jurídico-objetivas establecidas en relación con la actividad económica municipal. Las múltiples demandas planteadas por los

⁴⁶ Vid. ampliamente Claus PEGATZKY/Anja SATTLER (2005), «Die Änderungen des kommunalen Wirtschafts- und Haushaltsrechts durch die Hessische Kommunalrechtsnovelle 2005», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 12, págs. 1376-1380, págs. 1376 y 1377. El reconocimiento del efecto protector frente a terceros para el caso de las cláusulas de subsidiariedad puras o reforzadas también se desprende claramente del trabajo de Rolf Georg MÜLLER (2002: 1020).

⁴⁷ En este sentido, Heilfort BECHTHOLSHEIM (2004), «Auswirkungen des neuen Sächsischen Gemeindegewirtschaftsrecht auf gemischwirtschaftliche Unternehmen», *Landes- und Kommunalverwaltung*, 12, págs. 546-548, pág. 548. Señala que la modificación realizada en abril de 2003 en algunos preceptos de la Ley de régimen local de Sajonia apuntaría en dicha dirección, al haber sustituido la expresión «mediante otros» por la más explícita «un tercer privado». Con mayor contundencia en relación con la GO de Brandenburgo, Linda TEUTEBERG (2008: 153).

empresarios particulares en relación con la posible extralimitación municipal en su actividad económica muestran claramente que los requisitos establecidos en las leyes de régimen local se incumplen sistemáticamente o, cuando menos, en numerosas ocasiones⁴⁸.

Por otra parte, tampoco han sido nunca efectivas, en este ámbito, las técnicas de inspección o control sobre las corporaciones locales (*Kommunal-aufsicht*), lo que, según algunos autores, explicaba que parte de la doctrina justificara la posición adoptada por los tribunales civiles⁴⁹.

En cualquier caso, es posible afirmar que la tríada de límites —y muy especialmente la cláusula de subsidiariedad— no logran establecer unas fronteras claras y precisas para la actividad económica municipal. Que con ello los competidores privados se ven frecuentemente perjudicados es algo que no debemos pasar por alto. Si dicha actividad económica municipal no tuviera efectos —o estos fueran insignificantes— sobre los privados competidores, estos muy probablemente no acudirían a los tribunales.

Los resultados expuestos son, por lo tanto, insatisfactorios e insuficientes. Conviene, ciertamente, hallar una solución: o bien se determinan y marcan las fronteras de la actividad económica municipal de una forma más clara y precisa, de modo que dichas limitaciones puedan efectivamente aplicarse y ejecutarse, o bien se permite normativamente una actividad económica municipal más flexible.

El ordenamiento jurídico ofrece diversas vías a través de las cuales los competidores privados pueden buscar protección frente a la actividad económica municipal. Sustancialmente, pueden hacerlo mediante el Derecho constitucional, el Derecho de la competencia y el Derecho local (de cada *Land*), que regula los presupuestos que hacen posible dicha actividad económica municipal⁵⁰.

Siguiendo a la jurisprudencia y a la doctrina mayoritarias, debe admitirse que los derechos fundamentales, como regla general, no ofrecerán protección frente a la competencia en el mercado de los poderes públicos⁵¹. En efecto, un incremento de la presión concurrencial no implica, por sí solo, una injerencia en los derechos y libertades individuales. Únicamente en aquellos supuestos en los que la actividad económica pública asuma tal posición en el mercado que el particular se vea *de facto* desplazado del mismo, sería posible hablar de una vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de la libre competencia. Sin embargo, ello solo ocurrirá en casos excepcionales.

⁴⁸ Carsten STAMER (2007: 22 y 23). En igual sentido, Hubert MEYER (2002: 1075).

⁴⁹ En este sentido, KLUTH había señalado que «a pesar de lo discutible que resulta la elección de la jurisdicción [civil], el resultado conseguido debe considerarse positivo, pues la experiencia demuestra que un control jurídico efectivo sobre las empresas públicas municipales sólo puede conseguirse de este modo». *Vid.* Winfried KLUTH (2000: 39).

⁵⁰ Angela FABER (2003: 762), quien incluye, además, el Derecho comunitario y la contratación pública, dos aspectos que deben quedar, pese a ello, fuera de nuestro objeto de estudio.

⁵¹ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 1.3.1978, sobre la admisibilidad de una empresa municipal de mediación inmobiliaria (*NJW* 1978, 1540). Recientemente interesa mencionar, también, el ya comentado fallo del *RhPfVerfGH* de 28.3.2000 (*NVwZ* 2000, 802).

El Derecho de la competencia tampoco ofrece ya, como se dijo, ninguna posibilidad a los privados para defenderse frente a la entrada de los Municipios en el mercado.

Queda, por lo tanto, únicamente la posibilidad de los tribunales administrativos. Para poder entender abierta esta vía jurisdiccional, es preciso poder afirmar el carácter protector frente a terceros de la tríada de límites establecida en las leyes de régimen local. Según la Ley de la Jurisdicción, este carácter es un requisito indispensable para poder obtener, eventualmente, la tutela judicial. No obstante, y como ya nos consta, los tribunales administrativos han denegado sistemáticamente —con alguna excepción— el efecto protector de dichos preceptos, sobre la base de que los competidores privados implicados carecerían de legitimación procesal (*Klagebefugnis*)⁵².

Este resultado debe reputarse, a mi modo de ver, como excesivamente restrictivo. Si bien el carácter protector no se desprende indubitadamente de las normas municipales estudiadas en este trabajo, sí existen a su favor —como ya se vio— suficientes puntos de apoyo para justificar su reconocimiento.

Aun cuando sea cierto que el objetivo de estos preceptos sea la protección de los Municipios frente a posibles riesgos económico-financieros, la protección de la economía privada frente a la competencia municipal también debe ser considerada en toda su significación y relevancia. En este sentido, nada impide que se parta de la base de una multiplicidad de fines, dentro de los cuales cabría incluir tanto la protección de la economía privada en general como la eventual protección del empresario individual.

Ello no implicaría, naturalmente, que toda demanda planteada por un empresario, con la pretensión de que la empresa municipal cese en la actividad económica que está realizando, deba tener éxito. Por el contrario, no debe olvidarse que al Municipio corresponde un amplio margen de apreciación y de valoración al respecto. Así, si se da o no una «finalidad pública», si un particular puede prestar el servicio «igual de bien o mejor», es algo que queda ampliamente incluido en el margen de apreciación que corresponde al Municipio (*Einschätzungsprärogative der Gemeinde*)⁵³.

⁵² Ello debe enmarcarse en la particular concepción subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, que a su vez trae causa de su propia evolución histórica, marcada por el enfrentamiento entre dos formas de entender dicha jurisdicción: el sistema del Sur —cuyo fin esencial era garantizar los derechos del particular lesionado— y el sistema prusiano —que ponía el acento en el control de la actuación administrativa de acuerdo con la legalidad—. El modelo que acabó imponiéndose fue el primero, marcadamente subjetivista y que derivó en una peculiar concepción centrada en la lesión jurídica, esto es, de un derecho subjetivo, lo que conlleva que ya en el momento de la admisibilidad de la demanda el juez actúe con gran rigor en la comprobación de si el demandante hace valer un derecho subjetivo o un interés jurídicamente relevante, pues en ellos se sitúa el centro de su sistema contencioso-administrativo. *Vid.* al respecto en lengua castellana el excelente trabajo de Santiago GONZÁLEZ-VARAS (1993), *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, págs. 74-125, especialmente págs. 76, 89, 90 y 104-113.

⁵³ Cfr. Carsten STAMER (2007: 28-30). El autor señala que las dificultades para delimitar adecuadamente los conceptos sólo se solucionan realmente mediante el análisis del caso concreto. Pero dado que los tribunales administrativos han rechazado sistemáticamente la

Ello se explica, en buena medida, por la dificultad de hallar un resultado exacto al realizar la comparación entre la actividad realizada por el Municipio o la misma actividad realizada por terceros privados. No se trata únicamente de comparar la calidad de las prestaciones realizadas, sino que es preciso, también y sobre todo, considerar objetivos sobre la base del interés público, como por ejemplo objetivos relacionados con la promoción económica o la política social, entre otros⁵⁴.

Por todo ello, parece plenamente razonable que los Municipios gocen de un amplio margen de apreciación y decisión a este respecto. Ahora bien, este hecho innegable afecta y debe ponerse en relación con los motivos de fondo para entender que la demanda no está fundada, pero no para inadmitirla sobre la base de la ausencia de legitimidad procesal del demandante (el empresario privado).

En definitiva, y como he intentado demostrar a lo largo de este trabajo, considero que existen suficientes puntos de apoyo para entender que el efecto protector frente a terceros es deducible de los preceptos de Derecho local relativos a la actividad económica de los Municipios. De este modo, debe también afirmarse la admisibilidad de una demanda en este sentido.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BECHTHOLSHEIM, Heilfort (2004): «Auswirkungen des neuen Sächsischen Gemeindefirtschaftsrecht auf gemischwirtschaftliche Unternehmen», *Landes- und Kommunalverwaltung*, 12, págs. 546-548.
- BÖHRET, Carl (1966): *Aktionen gegen die kalte Sozialisierung 1926-1930. Schriften zur Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Band 3, Berlin, Duncker & Humblot.
- DAZERT, Mahlberg (2004): «Betrieb eines kommunalen Windparks —Voraussetzungen und Grenzen nach dem Gemeindefirtschaftsrecht», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 2, págs. 158-161.
- DREIER, Horst (2006): «Artikel 28», en H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, 2 Auflage, Band II, Tübingen, Mohr Siebeck.
- EHLERS, Dirk (1997): «Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 3, págs.137-145.
- (1998): «Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 10, págs. 497-508.
- FABER, Angela (2003): «Aktuelle Entwicklungen des Drittschutzes gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 12, págs. 761-768.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago (1993): *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas.
- HÖSCH, Ulrich (2000): *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit: Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge*, Tübingen, Mohr Siebeck.

legitimación procesal de los competidores privados, lo cierto es que apenas se ha tenido, hasta el momento, la posibilidad de resolver tales dificultades mediante el «caso concreto». Tiene poco sentido señalar que la diferencia entre la obtención de ingresos permitida y la actividad económica prohibida (siendo en dicha distinción donde radica la frontera entre lo que es y lo que no es finalidad pública) depende de las circunstancias del caso concreto para luego no poder efectivamente analizar el caso concreto.

⁵⁴ Saskia TIETJE (2002: 156 y 157).

- KLUTH, Winfried (2000): «Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher und kommunaler Tätigkeit», en R. STÖBER/H. VOGEL (eds.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, págs. 23-40.
- LÖWER, Wolfgang (2001): «Artikel 28 GG», en MÜNCH/KÜNIG (eds.), *Grundgesetzkommentar*, Band 2, 5 Auflage, München, Verlag C. H. Beck.
- MEISSNER, Stefan Erich (2006): *Kommunalwirtschaftliche Schrankenrisikos und Konkurrenzschutz unter besonderer Berücksichtigung von § 102 Abs 1 der Gemeindeordnung für Baden Württemberg*, Frankfurt am Main, Peter Lang.
- MEYER, Hubert (2002): «Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 9, págs. 1075-1077.
- MÜLLER, Rolf Georg (2002): «Kommunale Abfallwirtschaft und unlauterer Wettbewerb», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 15, págs. 1014-1021.
- MUTIUS, Albert von (1987): «Kommunalverwaltung und Kommunalpolitik», en JESE- RICH/POHL/VON UNRUH, *Band 5: Die Bundesrepublik Deutschland*, Deutsche Verlags- Anstalt.
- OEBBECKE, Janbernd (2005): «Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit», en E. SCHMIDT-ASSMANN/K. P. DOLDE (eds.), *Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht: Verfassungsrechtliche Grundlagen, Liberalisierung und Regulierung, öffentliche Unternehmen*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH.
- OTTING, Olaf (1997): «Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 11, págs. 1258-1263.
- PAPIER, Hans Jürgen (2003): «Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 11, págs. 686-697.
- PEGATZKY, Claus/SÄTTLER, Anja (2005): «Die Änderungen des kommunalen Wirtschafts- und Haushaltsrechts durch die Hessische Kommunalrechtsnovelle 2005», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 12, págs. 1376-1380.
- RUFFERT, Matthias (2000): «Kommunalwirtschaft und Landes- Wirtschaftsverfassung», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 7, págs. 763-766.
- SCHINK, Alexander (2002): «Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 2, págs. 129-140.
- STAMER, Carsten (2007): *Rechtsschutz gegen öffentliche Konkurrenzwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung der grundrechtsdogmatischen Problematik*, Berlin, Ducker & Humblot.
- STEHLIN, Volker (2001): «Wirkt die Subsidiaritätsklausel des § 102.I. Nr 3 BadWürttGO dritt- schützend?», *Neue Verwaltungszeitschrift*, 6, págs. 645-657.
- TETTINGER, Peter (2000): «Artikel 28 GG», en MANGOLDT/KLEIN/STARCK (eds.), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, Band 2, Art. 20-78, 4 Auflage, München.
- TEUTEBERG, Linda (2008): «Daseinsvorsorge durch, nicht für kommunale Unternehmen?», *Landes- und Kommunalverwaltung*, 4, págs. 150-154.
- TIETJE, Saskia (2002): *Die Neuordnung des Rechts wirtschaftlicher Betätigung und priva- trechtlicher Beteiligung der Gemeinden*, Frankfurt am Main, Peter Lang.
- WOLF, Jan (2002): *Anstalt des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen*, Köln- Berlin-Bonn-München.
- ZIEKOV, Jan (2007): *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, München, Verlag H. C. Beck.