

INFORME NACIONAL DE ALEMANIA

El control sobre la gestión de los recursos públicos. En particular, la visión desde los Gobiernos locales

Martin Ibler

Dr. jur., Dr. h.c., Catedrático de la Universidad de Konstanz¹

SUMARIO. **1. Introducción.** 1.1. Terminología. 1.2. Fundamentos: los municipios en la estructura estatal de la República Federal de Alemania. 1.3. Retos. **2. Breve historia de la autoadministración local bajo supervisión estatal en Alemania.** 2.1. De la Ordenanza municipal prusiana de 1808 (*Preußische Städteordnung*) al Imperio. 2.2. Autonomía local bajo supervisión estatal en el Imperio (1871-1918). 2.3. Municipios y supervisión estatal en la República de Weimar (1919-1933). 2.4. Municipios y Estado en el nacionalsocialismo (1933-1945). **3. La posición jurídica de los municipios entre la autonomía administrativa y la supervisión estatal hoy.** **4. El derecho a la autonomía administrativa de los municipios según el art. 24.2 de la Ley Fundamental en la práctica jurídica.** 4.1. Ámbito de protección (contenido de protección, tipo) del art. 28.2 de la Ley Fundamental. Especialmente, la llamada “soberanía financiera (*Finanzhoheit*) de los municipios”. 4.2. Intervenciones estatales (*staatliche Eingriffe*) en el derecho a la autonomía administrativa y especialmente en la “soberanía financiera”. 4.2.1. *Intervenciones por ley.* 4.2.2. *Intervenciones en razón de ley (por ejemplo, por medio de un acto administrativo).* 4.3. Justificación constitucional de una intervención en el derecho a la autonomía administrativa del art. 28.2 de la Ley Funda-

1. El autor agradece a Brian Buchhalter Montero, LL.M (Konstanz), doctorando en la Universidad Complutense de Madrid (España), la traducción del texto original alemán.

mental. 4.3.1. Necesidad de presupuesto jurídico para las intervenciones. 4.3.2. Justificación constitucional de intervenciones por ley. 4.3.3. Justificación constitucional de intervenciones en virtud de una ley. **5. Conclusión: ¿Puede vulnerar el control financiero y económico de los “tribunales de cuentas” (“Rechnungshöfe”) u otras instituciones el derecho de los municipios (o las asociaciones de municipios) del art. 28.2 de la Ley Fundamental? 6. Bibliografía. 7. Índice de abreviaturas.**

1. Introducción

1.1. Terminología

Hablar de “Gobiernos locales” es inusual en alemán jurídico. En el ámbito local se da en Alemania, sobre todo, gestión o administración local (“örtliche Verwaltung”). El término “Gobierno” se emplea respecto de instancias superiores, a menudo para la supralocal instancia media de gestión estatal (“überörtliche Mittelinstanz der staatlichen Landesverwaltung”), por ejemplo, “Bezirksregierungen”, pero sobre todo para la cúspide de la Administración en la Federación y los Estados federados. La administración local es, típicamente, asunto de los municipios y comarcas.

De tal manera, los municipios no tienen “Gobierno”. Los juristas alemanes hablamos, más bien, de la Administración municipal con un Alcalde Mayor (“Oberbürgermeister”) en la cima. Los ciudadanos del municipio no son el “pueblo del municipio”, sino solo habitantes (municipales). Tampoco hablamos, a diferencia de lo que ocasionalmente sucede en el lenguaje coloquial influenciado por la ciencia política y administrativa, de un parlamento municipal. Al órgano principal elegido por los ciudadanos del municipio lo conocemos como consejo o junta municipal.

Este estudio se ocupará principalmente de la perspectiva de los municipios y solo abordará las asociaciones de municipios (“Gemeindeverbände”), es decir, comarcas en general, cuando haya motivos para ello. Se sustenta este artículo en una perspectiva jurídica, de modo que quedan de lado cuestiones de ciencia política, administrativa o comunal que van más allá.

1.2. Fundamentos: los municipios en la estructura estatal de la República Federal de Alemania

La Constitución de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental (“Grundgesetz”, LF), distribuye verticalmente el poder estatal entre la Federación y los Estados federados. Mientras que la Federación y los Estados fe-

derados tienen cualidad de Estado (*“Staatsqualität”*), porque dan cuenta de los tres elementos territorio, pueblo y poder o soberanía, los municipios (y las asociaciones de municipios) son solo parte de los Estados federados. A pesar de que tienen territorio y habitantes, no tienen soberanía o poder originario, sino solo facultades administrativas derivadas de la Federación y del Estado federado, incluida la potestad reglamentaria de ejecución. Estas facultades de autoridad son concedidas a los municipios (o las asociaciones de municipios) por la Ley Fundamental, por la Constitución del Estado federado al que pertenecen y por otras leyes. Los municipios (y las asociaciones de municipios) forman, entonces, parte del Ejecutivo estatal. No hay en Alemania un poder independiente comunal, junto al legislativo, ejecutivo y judicial².

A pesar de su pertenencia al Ejecutivo del Estado federado en el que se encuentran, los municipios (y las uniones de municipios) se encuentran al margen del orden jerárquico intraestatal. Se cuentan no entre la Administración estatal “inmediata”, sino “mediata”, porque son por ley portadores independientes de Administración soberana (*“hoheitliche Verwaltung”*), es decir, personas jurídicas de derecho público separadas del Estado. El Estado dota a los municipios de las mencionadas facultades y —especialmente a los municipios (y en menor medida a las asociaciones de municipios)— del derecho a gestionar sus propios asuntos (públicos). Es decir, los municipios deciden sobre estas cuestiones soberanas y responsablemente por medio de un órgano elegido por los habitantes, por medio de sus propios órganos y con funcionarios y empleados contratados por el propio municipio (derecho a la autonomía administrativa: *“Selbstverwaltungsrecht”*). Además de eso, a los municipios (y las asociaciones de municipios) les son atribuidos por ley muchos asuntos estatales (tareas supra-locales, es decir, desde la perspectiva de los municipios “tareas administrativas ajenas”)³, que deben o pueden realizar con sus órganos. En el cumplimiento de sus propias tareas (derivadas de su autonomía administrativa) y de las estatales atribuidas, se encuentran los municipios bajo supervisión del Estado federado en el que radican. Cuando el municipio realiza tareas propias de su autonomía administrativa, está solo bajo “supervisión jurídica” (*“Rechtsaufsicht”*), es decir, el Estado federado examina (solo) la legalidad de la actuación municipal. Sin embargo, si el municipio cumple tareas estatales atribuidas por la ley (“tareas

2. Respecto de un *pouvoir municipal*, que en 1789 fue discutido en Francia y que fue reconocido en la Constitución belga de 1831, modelo de la Constitución de Frankfurt de 1849 (von Unruh, 1973: 397).

3. Las tareas administrativas ajenas (*“Fremdverwaltungsaufgaben”*) se conocen en los Estados federados de distintas maneras: administración por encargo (*“Auftragsverwaltung”*), ámbito de actuación transferido (*“übertragener Wirkungskreis”*), tareas (obligatorias) para el cumplimiento según instrucciones (*“[Pflicht-] Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung”*) o tareas mandadas (*“Weisungsaufgaben”*).

administrativas ajenas”), entonces está vinculado a las instrucciones del Estado (salvo que la ley prevea otra cosa) y se encuentra, además, bajo “supervisión técnica” (*Fachaufsicht*), es decir, el Estado federado examina, además de la legalidad, también la adecuación de la medida municipal. Por ejemplo, si es más o menos efectiva, más o menos costosa, más o menos provechosa o práctica, sencilla o compleja, rápida o lenta, o qué consecuencias colaterales positivas o negativas tiene. La supervisión estatal comprende además un control financiero de los ingresos y gastos de los municipios. Puede extenderse también a su eficiencia económica. En algunos Estados federados, puede coadyuvar el tribunal de cuentas del Estado federado en este control financiero (*cf. infra*, V.). Los municipios reciben del Estado la mayor parte de los recursos financieros para el cumplimiento de sus tareas propias de la autonomía administrativa y de las tareas que les ha transferido el Estado. Sin embargo, la posibilidad de los municipios de recaudar sus propios tributos está altamente restringida por la ley estatal. No existe un derecho de los municipios a crear nuevos tributos (*Steuererfindungsrecht*). Otra fuente relevante de financiación desde la perspectiva de los municipios deriva de la posibilidad —restringida por ley, especialmente por las leyes reguladoras del régimen local (*Gemeindeordnungen*)— de crear y hacer funcionar “emprendimientos económicos” (los “emprendimientos no económicos”, por ejemplo, las instituciones educativas y sanitarias, no están restringidos) (Burgi, 2019: 272). Sin embargo, esta actividad económica de los municipios suele dar lugar no solo a controversias con la supervisión estatal, contra cuya decisión el municipio puede recurrir ante los juzgados de lo contencioso-administrativo, sino también a disputas legales con competidores privados, que deciden los tribunales (civiles o administrativos).

1.3. Retos

Este sistema de independencia jurídica de los municipios, del cumplimiento de sus propias tareas, de la atribución de tareas estatales, de la provisión de financiación y del control, debe funcionar lo más finamente posible entre el municipio y el Estado. Especialmente, este sistema no debe paralizar el cumplimiento de las tareas por los municipios. No solo debe poder hacer frente a situaciones de emergencia, causadas por crisis económicas supraestatales o nacionales o por errores en la gestión municipal. También en “situaciones normales” es vulnerable este complicado sistema, especialmente cuando el Estado atribuye a los municipios tal cantidad de tareas que estos no pueden ocuparse suficientemente de las suyas (dados los escasos recursos personales y materiales).

En la práctica conduce la supervisión estatal recurrentemente a controversias sobre la gestión de los recursos públicos entre el Estado y los munic-

prios, que afectan a la financiación, el control, la tutela judicial y la responsabilidad, por ejemplo⁴, cuando la supervisión estatal de los municipios exige la creación y ejecución de “un concepto de consolidación presupuestaria” (*“Haushaltssolidierungskonzept”*) o cuando las autoridades de supervisión —por sí mismas o por medio de un “comisario estatal” (*“Staatskommissar”*)— excepcionalmente toman decisiones por los municipios. Cuestiones de la financiación de los municipios no pueden, además, conducir solo a un procedimiento contencioso-administrativo con el Estado, sino también a un procedimiento administrativo entre el municipio y la comarca. Algunas controversias nacen, sin embargo, mucho antes, es decir, cuando se promulgan leyes que atribuyen nuevas tareas estatales a los municipios.

Una valoración jurídica no puede, por tanto, considerar solo el derecho a la autonomía administrativa local y las normas de la supervisión estatal. También las leyes que atribuyen tareas a los municipios deben abstenerse de lesionar el derecho a la autonomía administrativa local.

No es solo que estas controversias se entiendan y solucionen más fácilmente cuando se conoce el desarrollo histórico de la autonomía local bajo supervisión estatal, reconocida hoy en la Constitución de la Federación y de los Estados federados, y restringida por las leyes estatales y federales. Más bien, sin una mirada a esta evolución, el significado jurídico de la perspectiva de la administración local es incomprensible. Mientras que para el Estado es de interés conocer hasta qué punto puede emplear a las entidades municipales para la realización de tareas estatales, es relevante desde la perspectiva de los municipios (y de las asociaciones de municipios) en qué medida el Estado puede restringir el hoy constitucionalmente garantizado derecho a la autonomía administrativa local o —por el contrario— debe protegerlo especialmente, particularmente financiándolo.

4. Otros ejemplos:

- Prohibición de que el municipio realice actividades económicas fuera de su territorio e incluso en el extranjero.
- Prohibición de un negocio “Sale and lease back”. Véase, por ejemplo, Elicker (2004: 876 y ss.).
- Prohibición del llamado “Cross-Border-Leasing”. Véanse Elicker (2004: 877 y ss.), por una parte, y Sester (2003: 94 y ss.), por otra.
- Prohibición de determinadas formas de proyectos de “Public Partnership”. Berlitz (2010: 332).
- También controversias sobre una adecuada financiación de los municipios respecto de la distribución de recursos públicos entre municipios y comarcas suelen ser conflictivas (Cundlach, 2023: 103 y ss.). Un ejemplo de la reciente jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo: BVerwG, Sentencia de 16.6.2015 - 10 C 13/14, NVwZ 2016, p. 72 (Instrucción de la autoridad supervisora a una comarca para que sanee su presupuesto).

2. Breve historia de la autoadministración local bajo supervisión estatal en Alemania

2.1. De la Ordenanza municipal prusiana de 1808 (“*Preußische Städteordnung*”) al Imperio

La historia de la autonomía administrativa local comienza en Alemania con el fin del Sacro Imperio Romano Germánico (1806). A pesar del dominio posterior de Napoleón sobre Alemania se intentó en Prusia, sobre todo, por el ministro y reformador barón *Heinrich Karl von und zum Stein*, ganar a los ciudadanos en sus ciudades para que participaran en la administración local y, por tanto, en la estructuración de un nuevo Estado alemán. Como documento inicial para esta autonomía administrativa local en Alemania se encuentra la Ordenanza municipal prusiana, que fue en 1808 promulgada como Ley⁵. La autonomía administrativa local fue restringida a las ciudades, especialmente por medio de una supervisión respecto de la gestión patrimonial de aquellas⁶. Sin embargo, esta supervisión estatal no la llevaban a cabo los tribunales de cuentas, ya que estos solo eran responsables ante las autoridades estatales, pero no ante las ciudades jurídicamente independientes. Las relaciones políticas de poder de las décadas siguientes, más que fortalecerlas, reblandecieron la idea y la forma de esta autonomía. Tras la liberación de los Estados alemanes del dominio de Napoleón en las guerras de 1813-1815, la restauración de estructuras feudales frenó —en la nueva Federación de Estados “Federación alemana” de 1815 (“*Deutscher Bund*”)⁷ y en el Documento Final de Viena de 1820⁸— la idea de autonomía administrativa. Más todavía frenó esa idea la “revisada” Ordenanza municipal prusiana de 1831⁹, que reguló el derecho del Estado de supervisar a los municipios “en forma más completa y general”¹⁰. Especialmente, no restringió la supervisión estatal a un control de legalidad de la actuación municipal¹¹. Junto a facultades represivas de supervisión, conoció facultades preventivas, tales como determinadas autorizaciones necesarias (para la compra y venta de fincas o para la emisión de obligaciones)¹². Además,

5. Ordenanza municipal prusiana de 19 de noviembre de 1808, PrGS, p. 324. Véanse especialmente la introducción de la Ley y los §§ 46 y ss., así como el § 169.

6. §§ 1 y 2 de la Ordenanza municipal prusiana de 19 de noviembre de 1808, PrGS, p. 324.

7. Documento federal alemán de 8 de junio de 1815.

8. Véase, por ejemplo, art. 55 del Documento Final de Viena de 15 de mayo 1820.

9. Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana, de 17 de marzo de 1831, Compilación legislativa para los Estados reales prusianos, 1831, pp. 10 y ss.

10. PrOVG, Sentencia de 5.3.1909 – I.A.204/08 – PrOVGE 54, pp. 467 y ss. (pp. 471 y ss.).

11. § 139.1.II lit) a – d) de la Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana, de 17 de marzo de 1831 (PrGS, p. 10).

12. § 139.1.II e) en relación con, por ejemplo, el § 117.1 lit. B) (autorización para la enajenación de fincas, § 119 (autorización para la toma de préstamos para la compra de fincas).

esa autoridad no solo estaba legitimada para supervisar, sino también obligada¹³. El movimiento revolucionario de finales de la década de los 40 del siglo XIX quiso, contrariamente, reforzar la autonomía local. La famosa constitución de Frankfurt (*Paulskirchenverfassung*), que fue aprobada en 1849 por representantes populares electos¹⁴, declaró la autonomía administrativa local (“bajo la supervisión legalmente ordenada del Estado”) como un derecho fundamental de los municipios¹⁵. Sin embargo, esta pretensión fracasó junto con la misma Constitución: el rey de Prusia, Federico Guillermo IV, no quiso recibir la corona imperial de una Constitución dada por el pueblo, es decir, de las manos de los súbditos en vez de las manos de los príncipes. La Constitución de 1848, impuesta por el rey prusiano, y más precisamente la Constitución revisada de 1850, concedieron a los municipios —aunque al margen del catálogo sobre los “derechos de los prusianos”— la “administración autónoma de sus asuntos locales bajo la supervisión legalmente ordenada del Estado”¹⁶. En 1853, el Código Municipal limitó expresamente los poderes de supervisión del Estado en materia de autogobierno municipal a las infracciones de la ley y a las violaciones de los intereses del Estado¹⁷, es decir, las meras desventajas para los propios intereses del municipio no justificaban las medidas de supervisión del Estado (Drews, 1934: 198 y ss.). Con todo, la entonces no todavía clara imagen del municipio como parte de una sociedad, que se encontraba durante la primera mitad del siglo XIX en dualismo con el Estado feudal, fue desplazada por una idea del municipio como parte del Estado. En consecuencia, la imagen se transformó de una administración local enraizada en la sociedad a una administración soberana, en la que los habitantes participaban, entre otras formas, a través de las elecciones locales y de la intervención en los órganos municipales.

13. § 139.1.II de la Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana de 1831.

14. Constitución de 28 de marzo de 1849, Reichs-Gesetz-Blatt 1849, pp. 101 y ss. El art. 184 de la Constitución de Frankfurt de 1849 se acercaba, en este punto, a la Constitución belga de 1831.

15. § 184 de la Constitución de Frankfurt de 1849:

“Todo municipio tiene como derecho fundamental de su constitución:

- a) la elección de su Presidente y representantes;
- b) la administración autónoma de sus asuntos locales, incluyendo la policía local, bajo la supervisión legal del Estado;
- c) la publicación de su presupuesto municipal;
- d) la publicidad de las sesiones municipales como regla”.

En la anterior “Ley sobre los derechos fundamentales del pueblo alemán” de 27 de diciembre de 1848 (RGBl. p. 49), no había todavía ningún derecho fundamental de los municipios.

16. Art. 105.1 núm. 3 del (revisado) documento constitucional para el Estado prusiano de 31 de enero de 1850, PrGS 1850, pp. 17 y ss.

17. § 77 frase 1 Ordenanza municipal para las seis provincias orientales de la monarquía prusiana del 30 de mayo de 1853, PrGS 1853, p. 261.

2.2. Autonomía local bajo supervisión estatal en el Imperio (1871-1918)

Esta última imagen permaneció actual también durante el subsiguiente Imperio (1871-1918), máxime porque la Constitución imperial de 1871 no se pronunció respecto de la autonomía local. Su regulación sobre la supervisión estatal de los municipios quedó, como antes sucedía con los Estados alemanes, para los Estados federados del Imperio, que seguían reconociendo un derecho de autonomía administrativa a los municipios¹⁸. También se mantuvo la imagen de la supervisión estatal como límite a la autonomía administrativa local. Los instrumentos de supervisión estatal sobre los municipios y la amplitud material de la supervisión se asemejaron en los Estados federados (¿supervisión jurídica? ¿supervisión técnica? ¿discrecionalidad? ¿supervisión preventiva? ¿supervisión represiva?), aunque no fueron idénticos en todos lados y sí discutidos en la literatura y la jurisprudencia. A partir de la introducción de los tribunales de lo contencioso-administrativo (desde 1863) pudieron los municipios defender su derecho a la autonomía administrativa ante jueces independientes. Habitualmente, se trató de repeler medidas de supervisión estatales, que prohibían o exigían determinadas tareas (por ejemplo, a través de la introducción forzosa de partidas presupuestarias, “*Zwangsetatisierung*”)¹⁹. Especialmente importante fue aquí el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo del dominante Estado de Prusia (“*Preußisches Oberverwaltungsgericht*”, PrOVG). Este dejó claro que el Estado necesitaba un fundamento legal para emprender una medida de supervisión sobre un municipio y fundó así en el derecho municipal, como ya había hecho en el derecho de policía²⁰, la reserva de ley propia del Estado de derecho. A pesar de que los detallados instrumentos de supervisión estatal de la revisada ordenanza municipal prusiana²¹ no fueron recogidos con tanto detalle en las normas posteriores, seguían vigentes sin modificaciones según la jurisprudencia del PrOVG²². Otro todavía más viejo fundamento legal para la intervención estatal respecto de los municipios tomó el PrOVG del derecho territorial general de los Estados prusianos de 1794.

18. Sobre las reglas de supervisión de las Ordenanzas municipales en los Estados de *Baden*, *Baviera*, *Württemberg* y Prusia, véase Anschütz (1916: 1148 y ss.).

19. Medio de coerción administrativa por el que la autoridad de supervisión puede, mediante una acción sustitutoria, consignar una partida en el presupuesto de una corporación de derecho público si la propia corporación se niega a hacerlo.

20. PrOVG, Sentencia de 10 de junio de 1880 (PrVBl. 1897, pp. 401 y ss.), primera sentencia *Kreuzberg*; PrOVG; Sentencia de 14 de junio de 1882 (PrOVGE 9, pp. 353 y ss.), segunda sentencia *Kreuzberg*.

21. Ordenanza municipal prusiana revisada para la Monarquía Prusiana, de 17 de marzo de 1831. Compilación legislativa para los Estados reales prusianos, 1831, pp. 10 y ss.

22. PrOVG, Sentencia de 28 de mayo de 1895, Rep.I.A.16/95 (PrOVGE 28, pp. 89 y ss., p. 95); PrOVG, Sentencia de 14 de marzo de 1889, Rep.I.A.10/98 (PrOVGE 35, pp. 113 y ss., pp. 118 y s.); PrOVG, Sentencia de 5 de marzo de 1909, I A 204/08 (PrOVGE 54, pp. 467 y ss., p. 471 y s.), cada una con más referencias.

2.3. Municipios y supervisión estatal en la República de Weimar (1919-1933)

En 1919, tras la pérdida de la Primera Guerra Mundial, vinieron junto con el paso de la monarquía a la democrática República de Weimar, también por primera vez, derechos fundamentales, y, por primera vez, una regulación del derecho municipal en la Constitución imperial²³.

Al contrario, siguieron rigiendo las leyes administrativas, que ya en la época del Imperio habían conformado la autonomía administrativa de los municipios y la supervisión estatal. El famoso administrativista Otto Mayer describió este fenómeno con una frase célebre (que en alemán rima): “El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo queda” (“*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*” [Mayer, 1924: prólogo]). De esta manera permaneció la idea de que la autonomía administrativa de los municipios era el principio general y de que la supervisión de los municipios era la excepción (a interpretar restrictivamente [Schmieder, 1919-1920: 124]).

El art. 127²⁴ de la nueva Constitución “de Weimar” garantizó a los municipios (y las asociaciones de municipios) el derecho a la autonomía administrativa dentro de los límites de las leyes. Esta norma estaba incardinada no en la parte orgánica de la Constitución, sino en la parte dogmática (de modo similar a como lo quiso 70 años atrás la fallida Constitución de Frankfurt²⁵ y como lo previeron las constituciones de algunos Estados alemanes)²⁶. Ahora bien, la eficacia jurídica de este derecho fundamental fue débil, como la de la mayoría de otros derechos fundamentales de la Constitución de Weimar²⁷, pues el art. 127 de la Constitución de Weimar no reconoció un derecho vinculante, sino solo un deseo programático que el legislador debía seguir en la configuración del ordenamiento jurídico. En cualquier caso, el precepto constitucional habló de los municipios y garantizó así esta institución. No dijo nada, sin embargo, respecto del exacto contenido del derecho a la autonomía administrativa local. Su determinación quedó en manos de las

23. Constitución del Imperio alemán, de 11 de agosto de 1919, RGBl. 1919, pp. 1383 y ss.

24. Art. 127 de la Constitución de Weimar: “Los municipios y las asociaciones de municipios tienen el derecho a la autonomía administrativa dentro de los límites de las leyes”.

25. Art. XI., § 184.

26. § 65 de la Constitución del Reino de Württemberg, de 25 de septiembre de 1819 (Reg. Bl. 1819, pp. 633 y ss.).

27. *Gerhard Anschütz*, el comentarista estrella de la Constitución de Weimar, se refirió al precepto, que reconocía un derecho fundamental, como “vacío” (Anschütz, 1933: Art. 127, anotación 1).

leyes de los Estados federados, que discreparon entre sí²⁸. En todo caso, en el ámbito imperial, el Tribunal imperial (“*Reichsgericht*”) protegió a los municipios, aceptando la responsabilidad de los Estados federados por las vulneraciones culposas de obligaciones estatales en la supervisión de los municipios²⁹. Por otra parte, los decretos de excepción del Imperio³⁰ reblandecieron —como reacción a la crisis económica global de 1929³¹— la posición de los municipios. Entre otros, un decreto de excepción ordenó para toda Alemania que las autoridades supervisoras controlaran la gestión presupuestaria, financiera y contable, así como la situación económica, la gestión patrimonial y las obligaciones de los municipios (y las asociaciones de municipios). Admitió este decreto, además, la hasta ese momento discutida cuestión de si la supervisión estatal podía nombrar un comisario estatal, desplazando la autonomía local, para lograr sanear el presupuesto del municipio³². Sin embargo, no hubo control de los municipios por un tribunal de cuentas, como en ocasiones exigían los políticos (Köttgen, 1936: 270).

2.4. Municipios y Estado en el nacionalsocialismo (1933-1945)

La pluralidad de reglas estatales cambió totalmente en 1933 con la llamada “toma de poder” (“*Machtergreifung*”) de los nazis. Directamente una de sus primeras leyes liquidó la condición de Estado de los Estados federados del Imperio alemán, degradándolos a la mera condición de circunscripciones administrativas del Imperio³³. La supervisión estatal sobre los municipios se

28. Véase art. 70 de la Constitución del Estado libre de Prusia, de 30 de noviembre de 1920 (pp. 542 y ss.): “Se reconoce a los municipios y asociaciones de municipios políticos el derecho de la autonomía administrativa de sus asuntos bajo la supervisión del Estado legalmente regulada”.

29. RG, Sentencia de 23.9.2927 – III 25/27 – RGZ 118, pp. 94 y ss. (pp. 98 y ss.), Sentencia de 23 de septiembre de 1923, III.27 (supervisión, en protección de terceros, respecto de municipios incumplidores).

30. Segundo Decreto del Presidente del Imperio para el aseguramiento de la economía y las finanzas, de 5 de junio de 1931 (RGBl. I 1931, pp. 279 y ss.), Segunda Parte, Capítulo IX §§ 1– 4 (p. 292); véase también el Decreto de excepción del Presidente del Imperio para el aseguramiento de los presupuestos de los Estados y municipios de 24 de agosto de 1931, que habilitó al Gobierno estatal para tomar todas las medidas necesarias para equilibrar los presupuestos de los Estados y municipios y, especialmente, para determinar en qué medida se reducen los gastos de personal y otros gastos de los Estados federados y de los municipios (RGBl. I 1931, pp. 453 y ss.).

31. *Von Leyden* (1931: 27 y s.): “Consecuencia del crecimiento del desempleo en perjuicio de los municipios”.

32. § 3 Capítulo IX, Segunda Parte del Decreto de 5 de junio de 1931.

33. Ley provisoria para la homogeneización de los Estados federados con el Imperio de 31 de marzo de 1933 (RGBl. I, pp. 153 y ss.); § 4: Disolución de los Parlamentos de los Estados federados; § 12: Disolución de las Juntas municipales, nueva creación y composición por Ley.

convirtió de ese modo en competencia del Imperio³⁴. La nueva Ordenanza alemana imperial municipal de 1935 (*“Deutsche Gemeindeordnung”*, DGO)³⁵, que según su propio preámbulo era “una ley fundamental del Estado nacionalsocialista”³⁶, aunque mantuvo a los municipios formalmente como “corporaciones territoriales” (*“Gebietskörperschaften”*) que “se [administran] a sí mismas bajo su propia responsabilidad” (§ 1.2 DGO), también reforzó las reglas de supervisión³⁷. La supervisión estatal de los municipios (§ 8 DGO) no solo comprobó la legalidad de la actividad del municipio, sino también si la Administración municipal estaba “en concordancia con los fines [...] del conducción del Estado” (§ 1.2.III DGO, § 106.1.I DGO). También con el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NSDAP) debía ser coherente la Administración municipal (*cfr.* § 6.2.II DGO). Del mismo modo, la nueva ley introdujo el llamado “principio de caudillaje (*Führerprinzip*)” (*cfr.* § 32.1 DGO) y restringió la competencia de las juntas municipales al mero asesoramiento del Alcalde (§ 48.1.II DGO). Además, los concejales no eran elegidos por los ciudadanos, sino nombrados por el “encargado del Partido Nacionalsocialista” en conjunto con el Alcalde (§ 51.1 DGO). Frente al Estado no tenían los municipios ningún derecho propio más. Eufemísticamente se hablaba de la “aproximación al Estado de las autoridades de la autonomía administrativa local” (Naß, 1935: 166).

Los preceptos sobre los instrumentos de supervisión estatal se endurecieron (véanse §§ 108 DGO y ss. [Surén, 1935: 130]). Especialmente, la supervisión estatal podía actuar en lugar del municipio (§ 111 DGO) y, cuando fuera necesario, nombrar un comisario estatal (§ 112 DGO). Los municipios podían, en cualquier caso, crear y hacer funcionar emprendimientos económicos dentro de los límites marcados por la DGO. El Estado supervisaba su funcionamiento (§§ 67 y ss. DGO).

Contra las medidas de supervisión estatal no podían ya los municipios solicitar amparo de los tribunales de lo contencioso-administrativo (§ 113.1 DGO). Desde ese momento hasta la rendición del Estado nacionalsocialista el 8 de mayo de 1945 no podía hablarse, en el anterior sentido, de una autonomía administrativa de los municipios³⁸.

34. Véase también § 107 de la Ordenanza municipal alemana de 30 de enero de 1935 (RGBl. I, pp. 49 y ss.) en relación con el § 33 del Primer Reglamento para la ejecución de la Ordenanza municipal alemana de 23 de marzo de 1935 (RGBl. I, pp. 393 y ss.).

35. Ordenanza municipal alemana de 30 de enero de 1935 (RGBl. I, pp. 49 y ss.)

36. RGBl. I 1935, p. 49.

37. Para un resumen contemporáneo de la situación: Frick (1931: 43).

38. BVerfG, Auto de 12.7.1960 — 2 BvR 373, 442/60 — BVerfGE 11, pp. 266 y ss. (p. 275), habla solo aún de una “mera forma administrativa del Estado unitario centralista”. Véase, por ejemplo, el Decreto del *Führer* y Canciller sobre la simplificación de la Administración, de 28 de agosto

3. La posición jurídica de los municipios entre la autonomía administrativa y la supervisión estatal hoy

Recién empezada la postguerra (1945-1949) revivió la autonomía administrativa de los municipios en los términos alcanzados durante la República de Weimar en las zonas ocupadas en la Alemania del Oeste, bajo la supervisión y el influjo de las fuerzas aliadas³⁹. Desde 1949 la actual Constitución, la Norma Fundamental para la República Federal de Alemania, extrae consecuencias de las experiencias de Weimar y del nacionalsocialismo. La Constitución federal garantiza a los municipios, de nuevo, un derecho a la autonomía administrativa. Este, aunque no es ya un derecho fundamental, pues estos son derechos de defensa de los individuos frente al Estado, sí es entendido por el art. 28.2 GC como garantía institucional y como derecho subjetivo de los municipios con rango constitucional. Las leyes que debilitan este derecho a la autonomía administrativa pueden ser impugnadas por un municipio con un recurso de amparo municipal ("*kommunale Verfassungsbeschwerde*") ante el Tribunal Constitucional Federal (art. 93.1 núm. 4b LF).

También las constituciones de la mayoría de los Estados federados garantizan a sus municipios un derecho a la autonomía administrativa⁴⁰. Si una ley estatal (o una norma estatal inferior en rango) lesiona el derecho a la autonomía administrativa de un municipio, reconocido por la Constitución estatal, está legitimado ese municipio para interponer un recurso de amparo (control normativo) ante el Tribunal Constitucional del Estado federado (véase, por ejemplo, art. 76 de la Constitución del Estado federado de Baden-Württemberg).

En la práctica son hoy importantes los recursos de amparo de los municipios contra las leyes que regulan los fundamentos de la financiación, especialmente la llamada compensación financiera ("*Finanzausgleich*"), entre el Estado federado y los municipios, pero también la compensación financiera entre los municipios y las asociaciones de municipios supralocales, que

de 1939 (RGBl. I, pp. 1535 y ss.), V 1: "Las corporaciones de derecho público bajo supervisión de las más altas autoridades del Imperio quedan subordinadas a estas. Las autoridades superiores que hasta ahora tenían potestades de supervisión pueden dar instrucciones a los servicios que antes supervisaban".

39. Sobre el desarrollo de la supervisión estatal de los municipios durante el tiempo de la ocupación y en las cuatro zonas ocupadas (americana, británica, francesa y soviética), véase Fachinger (1949: 372 y ss.). En la zona ocupada por los soviéticos, los municipios (de modo similar a lo que sucedió durante el nacionalsocialismo) fueron degradados a la parte inferior de la Administración, sin ámbito competencial propio (Heberlein, 1991: 532).

40. Por ejemplo, art. 71 de la Constitución estatal de Baden-Württemberg. Una recopilación de las normas constitucionales concordantes en otros Estados federados está, por ejemplo, en Dreier (2015: ap. 39, nota al pie 190).

también disfrutaran un derecho a la autonomía administrativa, aunque más restringido⁴¹.

Contra otras intervenciones estatales (es decir, aquellas que no derivan inmediatamente de la ley), por ejemplo, medidas de supervisión municipal o de control financiero, pueden los municipios invocar su derecho a la autonomía administrativa y defenderse ante los tribunales de lo contencioso-administrativo (*cfr.* las previsiones correspondientes en las ordenanzas municipales de los Estados federados y los §§ 40 y 42.2 de la Ley federal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [VwGO]). Relevantes son aquí, sin embargo, dos restricciones. En primer lugar, no tienen generalmente cabida (según la opinión mayoritaria, especialmente de la jurisprudencia) recursos contencioso-administrativos contra medidas estatales de “supervisión técnica”⁴², porque no se trata en esos casos de supervisión sobre el cumplimiento de tareas administrativas propias, sino de la supervisión sobre el cumplimiento de “tareas administrativas ajenas”, que el Estado ha atribuido a los municipios. En segundo lugar, la Norma Fundamental garantiza para los municipios el derecho a la autonomía administrativa respecto de sus propios asuntos locales solo “en el marco de las leyes” —y las leyes de todos los Estados federados ordenan la supervisión estatal sobre los municipios, incluido el control financiero—. En todo caso, esta supervisión estatal está restringida normalmente al control de la legalidad de la autonomía administrativa local (de modo similar al Imperio y la República de Weimar, pero de manera distinta a lo que sucedía en la dictadura nazi). Un control de conveniencia —al menos en el caso de la supervisión represiva (correctiva)— está generalmente descartado⁴³. Respecto de la supervisión preventiva⁴⁴ la cuestión puede ser distinta (por ejemplo, decisión sobre autorizaciones, que los municipios deben recabar para tomar un préstamo según la ley). Excluida está evidentemente la obligación de los municipios existente durante la dictadura, de ejercitar la administración en coherencia con los intereses de la dirección (nacionalsocialista) del Estado y del Partido. También ha sido desechado el “principio de caudillaje”⁴⁵. Solo excluyendo esas ideas nacio-

41. Véase, por ejemplo, Auto del BVerfG de 21 de noviembre de 2017 — 2 BvR 2177/16 — BVerfGE 147, 185 (215, ap. 59): “Los elementos estructurales fundamentales del art. 28.2 LF también incluyen la autonomía de los municipios, especialmente respecto a los distritos (*cfr.* BVerfGE núm. 21, pp. 17 y ss. [pp. 128 y s.]; núm. 23, pp. 353 y ss. [p. 365]; núm. 79, 127 y ss. [p. 150])”.

42. BVerwG, Auto de 27 de febrero de 1978 (7 B 36/77), NJW 1978, pp. 1820 y ss.; BVerwG, Sentencia de 14 de diciembre de 1994 (11 C 4/94), juris, ap. 11.

43. Concepto, por ejemplo, en Gönnerwein (1963: 183, 187 y ss., 203).

44. Concepto en Gönnerwein (1963: 183, 198, 203).

45. Preámbulo de la Ordenanza municipal alemana revisada, en la versión anexa al Decreto núm. 21 del Gobierno militar británico, de 1 de abril de 1946 (*Amtsblatt der Militärregierung* núm. 7, pp. 127 y ss., p. 128: “La Ordenanza municipal alemana queda, por tanto, modificada en

nalsocialistas pudo la Ordenanza municipal de 1935 ser el fundamento de las ordenanzas municipales de los nuevamente instituidos Estados federados. Sin embargo, la “limpieza” de la DGO de las ideas nacionalsocialistas también supuso que el resto de esta ley, que regía en todo el Estado nazi, pudiera convertirse en la base de las ordenanzas municipales de los Estados federados de la República Federal restablecidos desde 1945. Entre las regulaciones de la DGO, que en esencia han sido adoptadas sin cambios por las ordenanzas municipales de los Estados federados, se encuentran los instrumentos de supervisión estatal (§§ 108 y ss. de la DGO) y las restricciones a las actividades económicas de los municipios (§§ 67 y ss. de la DGO). Por lo tanto, estas importantes normativas siguen siendo —a pesar del federalismo— bastante homogéneas en la Alemania actual.

A pesar de que la Constitución de la Federación (la Ley Fundamental) no atribuye a los municipios ninguna cualidad de Estado, sino que los considera parte de los Estados federados, los remarca especialmente en la organización administrativa. La Constitución garantiza su existencia y reconoce que los municipios están dotados de derechos y potestades propias que, como ha mostrado la historia, forman parte del derecho a la autonomía administrativa (*cf. supra*). También les reconoce nuevas facultades como, por ejemplo, el derecho a interponer un recurso de amparo municipal (*cf. art. 93.1, núm. 4b, LF*). Los municipios son, por tanto, incluso según la Constitución, sujetos de derecho, personas jurídicas de derecho público. Al margen de derechos jurídico-públicos y obligaciones, pueden también ser titulares de derechos y obligaciones privadas. Pueden, igualmente, demandar y ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y civil. En la Constitución debe hacerse notar, sobre todo, el ya mencionado art. 28.2. Según su frase primera, debe garantizarse a los municipios el derecho a regular todos los asuntos de la comunidad local en el marco de las leyes bajo su propia responsabilidad⁴⁶. Las constituciones de los Estados federados contienen (subsidiariamente) las correspondientes previsiones, algunas incluso fortalecen el derecho municipal a la autonomía administrativa⁴⁷.

el sentido de que el principio de caudillaje [*Führerprinzip*] queda sustituido por el principio de responsabilidad común [*gemeinschaftlicher Verantwortung*].

46. En forma tenue rige esto, según la frase 2, también para las comarcas, respecto de lo cual no se hará más mención.

47. Por ejemplo:

- Presunción de competencia, pero no restringida a asuntos de la comunidad local: art. 57.3 de la Constitución de *Niedersachsen*; art. 137.1 de la Constitución de *Hessen*; art. 71.2.1 de la Constitución de *Baden-Württemberg*; o art. 49.1 de la Constitución de *Rheinland-Pfalz*.
- Derecho de audiencia de los municipios o de las asociaciones principales de municipios: art. 71.4 de la Constitución de *Baden-Württemberg*; art. 83.7 de la Constitución

Como titulares de derechos y potestades de autoridad están los municipios vinculados al derecho y a la ley (*cf.* art. 20.3 LF) y también a los derechos fundamentales (art. 1.3 LF). Los municipios son, se puede decir así, “un trozo del ‘Estado’”⁴⁸. De ahí se sigue, en primer lugar, que los municipios no pueden ser titulares de derechos fundamentales. Según la opinión mayoritaria, especialmente la del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), nadie puede estar obligado y legitimado a la vez por los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son derechos de defensa de los particulares frente al Estado. En segundo lugar, los municipios no tienen autonomía privada, ni siquiera cuando participan en la vida económica sin ejercer su autoridad.

4. El derecho a la autonomía administrativa de los municipios según el art. 24.2 de la Ley Fundamental en la práctica jurídica

Para los municipios el art. 28.2 LF es la norma constitucional central, que configura la visión que tienen los municipios (pero no solo ellos) de su relación con el Estado. La jurisprudencia y la ciencia jurídica en Alemania indagan sobre el contenido y la eficacia de esta garantía de autonomía administrativa de los municipios (y de las asociaciones de municipios) con ayuda de reconocidos principios de metodología jurídica (“jurídico-dogmáticos”)⁴⁹. Al determinar el contenido exacto de la norma por medio de la interpretación (con ayuda del tenor literal, la sistemática, el *telos* y la historia) y la correspondiente subsunción en un supuesto de hecho concreto, utilizan la jurisprudencia y la ciencia jurídica respecto del derecho a la autonomía administrativa (aunque no sea un derecho fundamental), un modelo de comprobación jurídico-dogmático que se ha demostrado eficiente durante décadas en la dogmática de los derechos fundamentales⁵⁰. Se examina, en tres pasos, si el por interpretación indagado ámbito de protección del derecho está afectado en el caso concreto, si el Estado ha intervenido en este ámbito de protección y si, en su caso, esta intervención estatal está justificada constitucionalmente⁵¹.

de Baviera; art. 57.6 de la Constitución de *Niedersachsen*; y art. 84.2 de la Constitución de *Sachsen*.

- Derecho al desarrollo de ingresos tributarios propios: *cf.* art. 79 de la Constitución de *Nordrhein-Westfalen*. Más referencias en: Mehde (2023: aps. 20 y ss.); Hellermann (2023: ap. 27.2).

48. BVerfG, Sentencia de 4 de noviembre de 1986, 1 BvF 1/84 (BVerfGE 73, pp. 118 y ss., p. 191).

49. Dogmática = Reglas (de prudencia y sabiduría) tradicionales, no dictadas ni por leyes ni por el derecho consuetudinario (por ejemplo, cánones de interpretación, o el esquema ámbito de protección—intervención—, justificación, etc.).

50. Sobre la fundamentación, véase Ipsen (1994: 211 y ss.).

51. Con acierto, contra las (viejas) dudas sobre la aplicabilidad de este modelo en el art. 28.2 GG, véase, por ejemplo, Pfeiffer (2007: 207).

Este modelo de comprobación jurídico-dogmático puede ser ilustrado con el ejemplo del llamado *Cross-Border-Leasing*. Este modelo de financiación de inversiones desde comienzo de los años 2000 fue utilizado por varios municipios alemanes. Ha sido también habitualmente prohibido por las autoridades de supervisión: un municipio arrienda una instalación municipal, por ejemplo, su ayuntamiento, una central eléctrica, una depuradora o su red de tranvías, a una empresa Estadounidense (“*Trust*”) durante 99 años. Este *Trust* abona la totalidad de la renta por los 99 años al municipio, que, de tal manera, recibe una gran cantidad de dinero. Para el *trust*, que financia bancariamente el pago, el negocio es rentable por los beneficios fiscales que permite el derecho tributario Estadounidense. En un segundo contrato, el municipio vuelve a alquilar este recinto o instalación municipal (etc.) al *trust* a cambio de pagos mensuales de alquiler. Si la autoridad estatal de control prohíbe estas transacciones, podría vulnerar el derecho de autonomía administrativa local, concretamente si la prohibición afecta al ámbito de protección de este derecho, es además una intervención que no puede justificarse constitucionalmente.

4.1. Ámbito de protección (contenido de protección, tipo) del art. 28.2 de la Ley Fundamental. Especialmente, la llamada “soberanía financiera (*Finanzhoheit*) de los municipios”

El derecho a la autonomía administrativa garantizado en el art. 28.2 GG (restringido constitucionalmente a los “asuntos de la comunidad local”) garantiza, según se reconoce mayormente, las “soberanías municipales” (“*Gemeindehoheiten*” [Ehlers, 1990: 45]), que se han desarrollado históricamente⁵². Al margen de una “soberanía” de planificación⁵³, de personal⁵⁴, de territorio⁵⁵, y una de organización⁵⁶, interesa en este asunto respecto del control de la administración de los medios públicos desde la perspectiva de los municipios, especialmente, la “soberanía financiera”⁵⁷. Esta potestad supone el derecho

52. Respecto de la potestad administrativa de territorio, véase, por ejemplo, Gönnerwein (1963: 75).

53. Facultad del municipio para controlar los desarrollos previsibles a largo plazo, en particular para determinar el uso del suelo de su propio territorio (Oebbecke, 2000: 245 y ss.).

54. Facultad del municipio para elegir, promocionar y destituir a su personal, especialmente sus funcionarios. *Cfr.* BVerfG, Auto de 26 de noviembre de 1963 —BVerfGE 17, pp. 172 y ss. (p. 182).

55. Derecho del municipio de ejercitar, respecto de cualquier persona que se encuentra en su territorio, su poder, es decir, de realizar acciones jurídicamente relevantes (Jarass, 2022: ap. 13).

56. Competencia del municipio “para regular en detalle los procedimientos y las responsabilidades de toma de decisiones para el desempeño de sus tareas” (pero no “las estructuras básicas externas del municipio”), *cfr.* BVerfG, Auto de 26 de octubre de 1994 — 2 BvR 445/91 — BVerfGE 91, pp. 228 y ss. (pp. 236 y ss.).

57. Ocasionalmente se mencionan en la literatura otras potestades (“soberanías”) de los municipios; por ejemplo, por Engels (2021: ap. 53) (“soberanía” de cooperación, de establecer sus

de los municipios de, en el marco de un presupuesto legalmente ordenado para el cumplimiento de sus tareas, decidir bajo su propia responsabilidad sobre ingresos y gastos. En palabras del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG), es “la libertad de decidir para qué (admisibles) fines deben utilizarse qué medios y en qué cantidad”⁵⁸.

También está abarcado por el art. 28.2 LF el derecho de los municipios y de las asociaciones de municipios a la tutela judicial. Estos pueden (también) tutelar su “soberanía financiera” ante los tribunales de lo contencioso-administrativo y, en caso necesario, ante los tribunales civiles (por ejemplo, en el marco de la responsabilidad patrimonial del Estado federado), frente al Estado. Los tribunales de lo contencioso-administrativo son también competentes cuando, según el derecho del Estado federado, una comarca compele a un municipio a pagar, para asegurar su presupuesto (“*Kreisumlage*”), y el municipio interpone una demanda contra ello⁵⁹. El derecho de los municipios y de las asociaciones de municipios a la tutela judicial efectiva por jueces independientes deriva, según la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), directamente del art. 28.2 LF y no del derecho fundamental a la tutela judicial del art. 19.4 LF, porque los municipios no pueden invocar derechos fundamentales⁶⁰ (*cfr. supra*)⁶¹. La tutela judicial del art. 28.2 LF se completa con el art. 98.1, núm. 4b, LF, que permite a los municipios y asociaciones de municipios interponer un recurso de amparo municipal ante el *Bundesverfassungsgericht* cuando sienten lesionado su derecho a la autonomía administrativa del art. 28.2 LF. En la medida en que el recurso de amparo municipal solo puede dirigirse contra una ley (una ley en el sentido de cualquier norma jurídica dictada por el Estado que produce efectos respecto de los municipios)⁶², se trata aquí en realidad de un control normativo.

Aunque el derecho de los municipios de, en el marco de un presupuesto legalmente ordenado para el cumplimiento de sus tareas, decidir bajo su propia responsabilidad sobre ingresos y gastos, está garantizado según la

propios estatutos, sus cajas de ahorros, o de recaudar).

58. BVerwG, Auto de 30 de enero de 1997 – 8 NB 2/96 – BVerwGE 104, pp. 60 y ss. (p. 66).

59. Ejemplos en la jurisprudencia: Auto del BVerwG de 16 de septiembre de 2020 (8 B 22/20); Sentencia del BVerwG de 27 de septiembre de 2021 (8 C 29/20); Sentencia del BVerwG, de 27 de septiembre de 2021 (8 C 30/20).

60. Véase, por ejemplo, Auto del BVerfG de 22 de febrero de 2019 (2.K.II.S) – 2 BvR 2203/18 (art. 19.4 LF no protege a las corporaciones locales, ap. 19); aunque, respecto del art. 19.4 LF, esta cuestión fue dejada abierta por el Auto del BVerfG de 8 de julio de 1982 (2 BvR 1187/80, Auto – *Sasbach*) - BVerfGE núm. 61, pp. 82 y ss. (p. 109).

61. Auto del BVerfG de 15 de diciembre de 2020 (I.K.II.S) – 1 BvR 1395/19, ap. 3b.aa.

62. Auto del BVerfG de 23 de junio de 1938 (2 BvR 826/83, “Auto – *Willhelmshaven*”) - BVerfGE núm. 76, pp. 107 y ss. (p. 114).

opinión general por el art. 28.2 LF, la Constitución no precisa esta “soberanía financiera” mucho más. Aun así, la tercera frase del art. 28.2 LF (introducida en 1994⁶³) establece lo siguiente: “La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”.

Esta soberanía financiera de los municipios protegida por el art. 28.2 LF queda asegurada, más allá, por otras normas constitucionales. Las reglas sobre financiación del art. 106 LF, apartados 5 a 9, asignan a los municipios en general los ingresos procedentes del impuesto sobre bienes inmuebles, del impuesto sobre actividades económicas, así como los locales sobre consumo y gastos (apartado 6). También garantizan la participación en otros impuestos (apartado 6), además de determinados pagos en compensación (apartado 8), pero sobre todo una parte en los ingresos procedentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas (apartado 5) y del impuesto sobre el valor añadido (apartado 5a).

También el art. 84.1.VII LF concreta la soberanía financiera de los municipios⁶⁴. Este precepto, que fue incorporado a la Constitución en 2006 (en el marco de la reforma del federalismo)⁶⁵, prohíbe nuevas leyes de la Federación que atribuyan tareas a los municipios y asociaciones de municipios. Esta prohibición de asignación directa (“*Durchgriffsverbot*”) para la Federación fortalece a los Estados federados, pues solo estos pueden ahora asignar tareas a los municipios. Al mismo tiempo, la ley protege a los municipios, a los que (también) la Federación podría asignar nuevas tareas y de esa manera debilitar su fuerza financiera^{66/67}.

63. Cuadragésima segunda Ley de reforma de la Constitución, de 27 de octubre de 1994 (BGBl I, pp. 3146 y ss.).

64. Auto del BVerfG, Auto de 7 de julio de 2020 - 2 BvR 696/12 - BVerfGE 155, 310 (323): prohibición de asignación, art 84.1.VII LF.

65. Quincuagésima segunda Ley de reforma de la Constitución, de 28 de agosto de 2006 (BGBl I, pp. 2034 y ss.).

66. Sobre los motivos y los problemas de la nueva regulación, véase Kesper (2006: 153 y ss.).

67. Otras normas constitucionales que configuran la soberanía financiera de los municipios son:

- El art. 91e GG, introducido por la Ley para la reforma de la Constitución de 21 de julio de 2010 (BGBl I, pp. 944 y ss.). Al respecto, véase Mayen (2011: 585 y ss.).
- Desde 1968 contiene la Ley Fundamental normas sobre el estado de guerra (“*Verteidigungsfall*”). Entre ellas se encuentra el art. 115.3 LF, que determina qué y con qué límites puede regularse la hacienda de manera distinta a lo previsto por otras normas de la LF. Aun en estado de guerra debe garantizarse la “viabilidad de los Estados federados, de los municipios y de las asociaciones de municipios, especialmente desde una perspectiva financiera”.

Mucha incertidumbre de esta nueva regulación ha aclarado el *Bundesverfassungsgericht* en una reciente resolución. Por ejemplo, existe una “asignación” prohibida de tareas cuando una tarea ya asignada se amplía y de ese modo “sus parámetros, presupuestos normativos o estándares se modifican de tal manera, que se producen efectos relevantes respecto de la soberanía organizativa, de personal y financiera [de los municipios]”⁶⁸.

Según la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, la soberanía financiera no protege, sin embargo, todas y cada una de las posiciones jurídicas patrimonialmente evaluables de los municipios (a diferencia del derecho fundamental de los ciudadanos a la propiedad del art. 14.1 LF, que no pueden invocar los municipios)⁶⁹.

En el caso concreto, una norma legal impidió al municipio recaudar tasas por la utilización de sus vías por cableados de telecomunicación. El recurso de amparo municipal contra la norma no tuvo éxito.

La soberanía financiera protegida por el art. 28.2 LF tampoco se ve afectada si se retiran o deniegan ingresos individuales a los municipios⁷⁰.

Al margen de esto, el contenido concreto de esta “soberanía financiera” constitucionalmente garantizada es discutido en la literatura y en la jurisprudencia. Una actual —pero desde hace mucho discutida— pregunta es si, por ejemplo, puede derivarse del art. 28.2 LF un derecho de los municipios a recibir una financiación mínima⁷¹. La literatura, que ha respondido mayoritariamente que sí a esta cuestión⁷², no ha conseguido con razón imponerse, pues la Constitución no permite reconocer cómo puede calcularse una “financiación mínima”⁷³. No obstante, muchas constituciones de los Estados federados sí garantizan a los municipios un derecho a una financiación mínima⁷⁴.

68. Auto del BVerfG de 7 de julio de 2020 — 2 BvR 696/12 — BVerfGE 155, 310 (348 y ss.): prohibición de asignación, art 84.1.VII LF.

69. Auto del BVerfG de 7 de enero de 1999 (2.K.II.S) - 2 BvR 929/97 (derecho a la autonomía administrativa de los municipios no queda afectado por la retirada de ingresos individuales, ap. 44, en remisión a BVerfGE núm. 61, pp. 82 y ss. —p. 105—).

70. Auto del BVerfG de 7 de enero de 1999 (2.K.II.S) - 2 BvR 929/97 (derecho a la autonomía administrativa de los municipios no queda afectado por la retirada de ingresos individuales, ap. 45, en remisión a BVerfGE núm. 61, pp. 82 y ss. —p. 105—).

71. Por último, aceptándolo, Schmidt (2023: 249 y ss.).

72. Hoppe (1992: 118 y ss.); Birk e Inhester (1993: 1284); Nierhaus (2005: 3 y ss.); Dombert (2006: 1137 y ss.).

73. Queda abierta la cuestión en reiterada jurisprudencia del BVerfG. Véanse, por ejemplo, Auto de 10 de junio de 1969 (2 BvR 480/61 — NJW 1969, pp. 1955 y ss., p. 1956); Auto de 23 de septiembre de 1994 (2 BvR 1547/85 — NVwZ 1995, pp. 370 y ss.); Auto del BVerfG de 7 de julio de 2020 (2 BvR 696/12 — NJW 2020, pp. 3232 y ss., p. 3236).

74. Véase Auto del BVerfG de 7 de julio de 2020 (2 BvR 696/12 - NJW 2020, pp. 3232 y ss., p. 3236), con más referencias en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los Estados federados.

Otras cuestiones discutidas son, por ejemplo:

- ¿Protege la soberanía financiera municipal, reconocida por el art. 28.2 LF, también a los municipios, cuando la Agencia Tributaria estatal o un ciudadano cometen un error en un procedimiento tributario sobre el impuesto de bienes inmuebles y sufren aquellos por eso un importante déficit fiscal? ¿Puede en tal caso un municipio reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado (“*Staatshaftung*” [von Komorowski, 2002])?
- Otra (probablemente más académica) cuestión es, respecto del ámbito de protección del art. 28.2 LF, la siguiente: ¿debe diferenciarse entre un ámbito esencial (“*Kernbereich*”) y otro periférico (“*Randbereich*”) en el sentido de que intervenciones estatales a lo sumo deben suceder en este ámbito periférico?
- ¿Abarca también la soberanía financiera un derecho a no ser controlado financieramente desde fuera de la institución, de manera que una inspección obligatoria (por ejemplo, de los libros contables) se considerase una intervención (Mehde, 2023: ap. 225)?

Si tras estas observaciones persisten dudas en un caso concreto, sobre si una medida estatal afecta a la soberanía financiera de los municipios (o de las asociaciones de municipios) y, por tanto, al art. 28.2 LF, es acorde con el fin de protección de esta norma interpretar de manera amplia su ámbito de protección y entender que este se encuentra afectado por la medida (estatal). De esta manera se posibilita un más exacto control judicial-imparcial de la actuación estatal controvertida. Control que puede pasar a los dos siguientes pasos: si la medida estatal no solo “afecta” el ámbito de protección (del art. 28.2 LF), sino si también “interviene” en él (*cf. infra* 2.) y, finalmente, si esta intervención está constitucionalmente justificada (*cf. infra* 3.).

4.2. Intervenciones estatales (“*staatliche Eingriffe*”) en el derecho a la autonomía administrativa y especialmente en la “soberanía financiera”

Si el art. 28.2 LF protege el derecho a la autonomía administrativa de los municipios (por tanto, también su “soberanía financiera”), y si este derecho a la autonomía administrativa de las asociaciones de municipios protege frente a intervenciones estatales injustificadas, debe explicarse este concepto de “intervención” (“*Eingriff*”). Para conocer el concepto de intervención respecto del art. 28.2 LF, es posible acudir a la dogmática de los derechos fundamentales alemana, tal como se ha realizado anteriormen-

te para determinar el ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa municipal (*cf. supra* 1.). Aunque el art. 28.2 LF no sustenta ningún derecho fundamental, sí crea constitucionalmente una posición jurídica para los municipios y asociaciones de municipios frente al Estado. Una posición jurídica que estos pueden tutelar ante los tribunales e, incluso, ante el *Bundesverfassungsgericht* por medio de un recurso de amparo municipal. Por “intervención” puede entenderse, entonces, toda medida estatal que restrinja la posición jurídica de los municipios (o de la asociación de municipios), por ejemplo, de su soberanía financiera, se trate de una acción u omisión soberana de la Federación o de un Estado federado, salvo que este perjuicio fuera absolutamente irrelevante o totalmente insignificante. Normalmente puede suceder una intervención por medio de una ley o por medio de un acto administrativo.

4.2.1. Intervenciones por ley

La promulgación de una ley puede, por ejemplo, intervenir en la soberanía financiera de un municipio, tutelada por el derecho a la autonomía administrativa, cuando esta ley introduce una autorización necesaria, según la cual los municipios deben preventivamente obtener una autorización del Estado, antes de tomar un crédito o asumir obligaciones de pago análogas⁷⁵.

Dudoso podría ser si las disposiciones legales sobre la supervisión municipal represiva pueden considerarse, en este sentido, como “intervención”. Estas autorizan al Estado federado para supervisar a los municipios que se encuentran en él. Además, estas normas contienen una habilitación para restringir sensiblemente en el caso concreto la autonomía administrativa de un municipio, cuando concurren los presupuestos formulados por la ley. Existe, sin embargo, supervisión estatal sobre los municipios desde que existe derecho a la autonomía administrativa (*cf. supra* II.). Los preceptos legales acerca de la supervisión estatal sobre los municipios son, por así decirlo, el revés de la autonomía administrativa, una parte intrínseca e inherente a ella⁷⁶. Estos preceptos legales podrían

75. Ejemplo: necesarias autorizaciones exigidas por la Ley para la toma de créditos o para la asunción de obligaciones de pago análogas (§ 82.5 de la Ordenanza municipal de *Sachsen*). Al respecto, *cf.* BGH, Sentencia de 12 de diciembre de 2002 – III ZR 201/01 – BGHZ 153, pp. 198 y ss. (p. 202).

76. Sentencia del BVerfG de 23 de enero de 1957 (2 BvF 3/56 = BVerfGE núm. 6, pp. 104 y ss., p. 118); Auto del BVerfG de 21 de junio de 1988 - 2 BvR 602/83, ap. 29 = BVerfGE núm. 78, pp. 331 y ss., p. 341).

entonces, más que intervenciones en el ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa, ser en realidad parte del ámbito de protección, uno de sus elementos definitorios. De manera similar a como “los asuntos de la comunidad local” en el tenor del art. 28.2.I LF definen y a la vez limitan el ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa, podría también regir esto para la supervisión estatal. Sin embargo, la supervisión estatal no aparece en el tenor del art. 28.2 LF, como sí sucede con “los asuntos de la comunidad local”. La Ley Fundamental no menciona explícitamente la supervisión municipal, pero prevé con las palabras “en el marco de las leyes” que se establezcan límites al derecho a la autonomía administrativa. Entre estas leyes se cuentan también los preceptos sobre la supervisión estatal de los municipios y asociaciones de municipios. Esto conduce a calificar estas leyes en sí mismas como intervenciones en la autonomía administrativa (Jarass, 2022: ap. 35). Si subsisten dudas, una interpretación amplia del concepto de intervención⁷⁷ es también coherente con el fin de protección del art. 28.2 LF. De esta manera se posibilita un más exacto control judicial-imparcial de las normas legales sobre la supervisión municipal, sea por los tribunales ordinarios (por medio de un control incidental) o sea por el Tribunal Constitucional (por medio de un recurso de amparo municipal).

Entre las intervenciones en la soberanía financiera tutelada por la autonomía administrativa municipal se encuentran aquellas leyes que atribuyen a los municipios nuevas tareas. Tras la introducción de la “prohibición de asignación” del art. 84.1.VII LF en 2006, que impide a la Ley federal atribuir nuevas tareas a los municipios y asociaciones de municipios (*cfr. supra* IV.1), solo pueden las leyes de los Estados federados atribuir tareas a los municipios. Estas nuevas tareas restringen la soberanía financiera (y organizativa) de los municipios, protegida por el derecho a la autonomía administrativa, pues aquellos no solo deben cumplir las nuevas y viejas tareas, sino que deben gestionar la introducción o reasignación de los medios financieros para ello. Que, según el derecho constitucional de los Estados federados, deban ser entregados a los municipios estos medios financieros para el cumplimiento de nuevas tareas (principio de conexidad), no cambia nada respecto de su calificación como intervención. Se trata, más bien, de una pregunta de la constitucionalidad de esta intervención (de lo que me ocupo luego).

⁷⁷. Sobre una interpretación amplia del ámbito de aplicación en supuestos dudosos, *cfr. supra* IV.1.

4.2.2. Intervenciones en razón de ley (por ejemplo, por medio de un acto administrativo)

Más frecuentemente que por ley (*cf.* IV.2.a) suceden intervenciones estatales en la garantía de autonomía administrativa de los municipios en virtud de una ley, mayormente en virtud de las ordenanzas municipales y comunales de los Estados federados. Particularmente perjudican a los municipios las medidas represivas de supervisión municipal que adoptan las autoridades estatales de supervisión. En concreto se trata del reproche (“*Beanstandung*”) a una medida antijurídica del municipio, de la orden de corregir (“*Anordnung*”) una vulneración jurídica de los municipios, de la llamada actuación de sustitución (“*Ersatzvornahme*”), es decir, una actuación de la autoridad supervisora en lugar de los municipios, y, por último, se trata del nombramiento de un Comisario estatal (“*Staatskommissar*”) para asegurar que el municipio actúa en el futuro conforme a derecho. El Estado federado dirige estas medidas en particular hacia un municipio (o una asociación de municipios), es decir, hacia una corporación con autonomía administrativa propia que está fuera de las instancias internas del Estado: hacia otra persona jurídica. Estas concretas medidas de supervisión estatal cumplen con el restringido concepto alemán de acto administrativo, tal como es definido en las leyes alemanas de procedimiento administrativo (por ejemplo, en el § 35.I VwVfG). Actos administrativos perjudiciales son ejemplos paradigmáticos para intervenciones en el caso concreto.

También actos administrativos de las comarcas, que obligan a los municipios a abonar una contribución municipal con base en la Ley de contribuciones municipales, son intervenciones en virtud de la ley.

En virtud de la ley, sin embargo, pueden darse no solo actos administrativos, sino también normas jurídicas infralegales⁷⁸.

Al margen de medidas de las autoridades, también las resoluciones judiciales que perjudican a los municipios deben ser contadas como intervención en el derecho a la autonomía administrativa.

78. Por ejemplo, Auto del BVerfG de 15 de octubre de 1985 (2 BvR 1808/82, 2 BvR 1809/82, 2 BvR 1810/82 – BVerfGE 71, pp. 25 y ss. – recursos de amparo municipal contra la orden de investigación de los números clave para la distribución de la parte del municipio en el impuesto sobre la renta de las personas físicas); Auto del BVerwG de 24 de abril de 1996 – 7 NB 2.95 – BVerwGE 101, pp. 99 y ss. – Solicitud de control normativo contra el estatuto presupuestario (“*Haushaltssatzung*”) de una comarca.

Discutido es si también una medida del Estado federado en el marco de la llamada supervisión técnica ("*Fachaufsicht*") puede ser una intervención en el derecho a la autonomía administrativa de los municipios. La supervisión técnica es la supervisión mediante la cual la autoridad superior controla y dirige a la autoridad inferior dentro del Estado emitiendo instrucciones⁷⁹. Estas medidas de supervisión técnica no se dirigen, por tanto, normalmente a una persona jurídica ajena a las instancias estatales del Estado federado. Algunas particularidades se producen en el derecho municipal alemán, porque el municipio (persona jurídica separada del Estado) no solo cumple tareas locales en el marco de la autonomía administrativa, sino también algunas supraestatales, es decir, aquellas que han sido atribuidas por ley. Por ejemplo, determinadas tareas estatales de la protección contra riesgos públicos. Las instrucciones del Estado federado a los municipios respecto de estas tareas no son (según una posición discutida pero dominante) actos administrativos. Aun así pueden, sin intención de las autoridades estatales de supervisión, perjudicar el derecho a la autonomía administrativa de los municipios, por ejemplo, su soberanía organizativa o financiera⁸⁰. En un supuesto excepcional como este también puede calificarse una instrucción en el marco de una supervisión técnica como una intervención (fáctica) en el derecho a la autonomía administrativa.

4.3. Justificación constitucional de una intervención en el derecho a la autonomía administrativa del art. 28.2 de la Ley Fundamental

4.3.1. Necesidad de presupuesto jurídico para las intervenciones

El art. 28.2 LF puede proteger a un municipio frente a intervenciones estatales en el derecho a la autonomía administrativa, cuando prohíbe o limita intervenciones en este derecho. El tenor de la norma garantiza un derecho a la autonomía administrativa solo "en el marco de las leyes". Esta formulación se interpreta en general como una llamada norma de limitación ("*Schrankenregelung*"), de manera que las intervenciones no están prohibidas sin excepción, sino que pueden ser admisibles cuando suceden por ley o en virtud

79. Jock (2011: 75 y ss.); Schenek (2023: § 118 GemO, ap. 6, § 129 GemO, ap. 2); Brunner (1969: 775); Brandt y Henning (1982: 184); Groß (2002: 793, 795).

80. Por ejemplo, instrucciones de la autoridad supervisora de asignar concreto personal para el cumplimiento de las tareas encargadas: Gern y Brüning (2019: ap. 364). No lo son, por el contrario: el peligro de recibir solicitudes de indemnización de daños y perjuicios por terceros (Sentencia del Hess.VGH, de 2 de febrero de 2016 - 4 A 617/14 - NVwZ-RR 2016, pp. 551 y ss., pp. 552 y ss.); ni tampoco la imposición de costas procesales (Sentencia del BayVGh, de 20 de septiembre de 1976 - 67 V 70 - BeckRS 1976, p. 1506).

de un presupuesto legal⁸¹. De tal manera, las intervenciones en la autonomía administrativa municipal solo pueden ser constitucionales cuando suceden al amparo de una habilitación legal. Esta debe ser, por su parte e igualmente (formal y materialmente), constitucional. Más allá de eso, otras normas de la Constitución pueden imponer límites a la intervención.

4.3.2. Justificación constitucional de intervenciones por ley

Del principio de Estado de derecho de la Ley Fundamental (art. 20.3) deriva, además, que una ley solo puede imponer restricciones a la autonomía administrativa de los municipios y asociaciones de municipios cuando sea formal y materialmente constitucional. Formalmente debe respetar, en particular, la distribución de competencias legislativas entre la Federación y los Estados federados, dada por la Ley Fundamental. Las leyes de los Estados federados no pueden, por otra parte, lesionar la Constitución de su Estado federado. Las constituciones de los Estados federados prevén, entre otras cuestiones, que solo pueden ser asignadas tareas estatales a los municipios cuando el Estado federado asume los costes de esas tareas. Las leyes federales ya no pueden, como ya se ha dicho (*cf. supra IV.1*), asignar a los municipios ninguna nueva tarea más.

Cuando es dudoso si o en qué medida una ley restringe el derecho a la autonomía administrativa de los municipios, aquella debe ser interpretada (en lo posible) en el sentido más favorable a los municipios (interpretación conforme a la Constitución, teoría de la interacción). En lo restante rige, según la opinión dominante (aunque también discutida), el principio de proporcionalidad también para las leyes que restringen el derecho a la autonomía administrativa. Así, no puede una ley, por ejemplo, restringir excesivamente la soberanía financiera de los municipios (ni tampoco de las asociaciones de municipios). Supuestos típicos de leyes que pueden restringir el derecho a la autonomía administrativa son los preceptos sobre supervisión estatal en las ordenanzas municipales y comarcales de los Estados federados. Estas habilitan para la adopción de diversas medidas de supervisión respecto de los municipios (reproche, orden, actuación de sustitución, Comisario estatal), que intervienen con distinta intensidad en el derecho a la autonomía administrativa de los mismos. De una interpretación de estas normas en el contexto del principio de proporcionalidad deriva que intervenciones severas en el derecho a la autonomía administrativa de los municipios solo son constitucionales cuando la vulneración jurídica producida por el municipio

81. Sentencia del BVerwG de 27 de octubre de 2010 (8 C 43/09), ap. 19 y ss.

que debe corregirse no puede ser sanada con un medio de supervisión menos severo.

4.3.3. Justificación constitucional de intervenciones en virtud de una ley

También la aplicación de una ley constitucional que restringe admisiblemente el derecho a la autonomía administrativa de los municipios (o, en su caso, de las asociaciones de municipios) debe estar constitucionalmente justificada. Especialmente, el acto de intervención debe respetar los presupuestos normativos que la Ley prevé para la intervención. Si la Ley a aplicar es una norma discrecional, la autoridad estatal que actúa en el caso concreto debe hacerlo sin fallas al respecto. Evidentemente, el principio de proporcionalidad debe ser respetado.

5. Conclusión: ¿Puede vulnerar el control financiero y económico de los “tribunales de cuentas” (“*Rechnungshöfe*”) u otras instituciones el derecho de los municipios (o las asociaciones de municipios) del art. 28.2 de la Ley Fundamental?

Hasta el momento no me he ocupado del control de los municipios y asociaciones de municipios por los “tribunales de cuentas”. Una razón para ello es que, aunque los municipios y asociaciones de municipios están en toda Alemania bajo la ya tratada (general) supervisión jurídica y en la realización de tareas estatales también bajo la supervisión técnica, solo existe un control financiero adicional por los “tribunales de cuentas” en nueve de los 16 Estados federados⁸². Los “tribunales de cuentas”⁸³ están incorporados, en Alemania, al Ejecutivo estatal. El “Tribunal de Cuentas federal” (“*Bundesrechnungshof*”) es una institución del Ejecutivo de la Federación. Un “Tribunal de Cuentas estatal” (“*Landesrechnungshof*”) es una institución del Ejecutivo del Estado federado⁸⁴.

No me voy a ocupar en lo que sigue del “Tribunal de Cuentas federal”. Dado que la Constitución entiende los municipios como parte de los Estados federados (*cf. supra* I.2), normalmente no hay en la Federación un control de los municipios y asociaciones de municipios por parte del “Tri-

82. *Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, Bremen, Hessen y Thüringen*, véase Stöhr (2010: 362); desde 2011 también *Niedersachsen*, § 1.1 de la Ley de *Niedersachsen* sobre la comprobación municipal supralocal.

83. Opinión predominante, véase, por ejemplo, *Groß* (2004: 202 y ss.), con más pruebas.

84. Por ejemplo: § 1 de la Ley del Tribunal de Cuentas de *Baden-Württemberg* de 19 de octubre de 1971, modificada por última vez por Ley de 16 de abril de 2023 (GBl. p. 77, p. 82).

bunal de Cuentas federal”. Esto solo sucede en los supuestos excepcionales previstos por la Constitución⁸⁵.

A pesar de pertenecer al Ejecutivo, los tribunales de cuentas son independientes⁸⁶. No son, en realidad, tribunales, ni en un sentido formal ni en un sentido material. Formalmente no pertenecen al poder judicial; materialmente no ejercitan ninguna función jurisdiccional. No deciden sobre controversias, y sus comprobaciones, valoraciones, juicios, declaraciones y recomendaciones de mejora no producen vinculación jurídica⁸⁷. Los resultados de su comprobación no son ejecutables ni tampoco producen efectos de cosa juzgada. Los “tribunales de cuentas” examinan el comportamiento de las instituciones públicas bajo su control. Aunque lo hacen también desde una perspectiva jurídica (comprueban la legalidad del comportamiento), sobre todo examinan las medidas del “Tribunal de Cuentas” la llevanza del presupuesto y de la economía (todos los hechos y transacciones realizados por la Administración a auditar) desde una perspectiva financiera y económica⁸⁸, es decir, si la institución comprobada ha actuado económica y eficientemente⁸⁹. Respecto de las instituciones auditadas, el “Tribunal de Cuentas” no tiene facultades para dar órdenes ni para adoptar medidas coactivas. Más bien, las conclusiones del “Tribunal de Cuentas estatal” se remiten al Parlamento y al Gobierno estatal⁹⁰. El Parlamento puede decidir si las conclusiones del “Tribunal de Cuentas estatal” dan motivos para iniciar una modificación legislativa. El Gobierno puede, por ejemplo, decidir si asume él mismo la iniciativa para una modificación legislativa o si dicta normas inferiores. En la medida en que la autoridad estatal de supervisión de los municipios haya tomado conocimiento del informe del Tribunal de Cuentas, puede esa autoridad decidir si procede contra el municipio (o la asociación de municipios) con los instrumentos de supervisión, sea un reproche, una orden de corregir, una actuación de sustitución o un nombramiento de un Comisario estatal (*cf. supra* IV.2.b).

85. Ver al respecto: Auto del BVerfG de 7 de septiembre de 2010 (2 BvF 1/09 – BVerfGE 127, pp. 165 y ss. (pp. 219 y ss.).

86. Véase, por ejemplo, § 1.1, § 11 apartados 1 y 2 de la Ley del Tribunal de Cuentas de *Baden-Württemberg*.

87. Parcialmente discrepante, Jury (2023: 298): un anuncio de comprobación (“orden de comprobación” [*Prüfungsanordnung*] sería un acto administrativo para la ejecución del derecho de comprobar.

88. Sobre el objeto y contenido de la investigación, *cf.*, por ejemplo, los arts. 89 y 90 de la Ordenanza presupuestaria del Estado libre de Baviera (*Haushaltsordnung des Freistaates Bayern*); § 88.1, §§ 89 y 90 de la Ordenanza presupuestaria de *Baden-Württemberg*.

89. Véase, por ejemplo, § 90 núm. 3 de la Ordenanza presupuestaria de *Baden-Württemberg*.

90. Véase, por ejemplo art. 97 de la Ordenanza presupuestaria del Estado libre de Baviera.

Los tres Estados federados⁹¹ más grandes no prevén, sin embargo, ningún control de los municipios y asociaciones de municipios por el “Tribunal de Cuentas estatal”, sino que han creado en vez de ello una autoridad especial estatal de comprobación (*Sonderbehörde*) para un control de cuentas supralocal⁹². Estas “autoridades de comprobación de los municipios” (*Gemeindeprüfungsämter*)⁹³ u “oficinas de comprobación de los municipios” (*Gemeindeprüfungsanstalten*)⁹⁴ examinan “si en la gestión presupuestaria, de tesorería y contable, gestión económica [...] etc., han sido observados los preceptos legales”⁹⁵. Aquí se trata entonces, en general⁹⁶, de un control de legalidad o, en su caso, de juricidad⁹⁷. En este sentido, la autoridad especial estatal reduce el trabajo de la autoridad de supervisión jurídica general. Correspondientemente, la autoridad especial actúa en mandato de la autoridad de supervisión jurídica del Estado federado⁹⁸. Sobre el resultado de la comprobación instruye esta autoridad especial a las autoridades de supervisión jurídica y al municipio comprobado⁹⁹. Por el contrario, esta autoridad especial no está autorizada (como tampoco un “tribunal de cuentas”) para dar órdenes o para tomar medidas coactivas contra los municipios o asociaciones de municipios. Tras ser informada por esa autoridad especial, puede (solo) la autoridad de supervisión jurídica general (*Kommunalaufsi-*

91. Baviera, *Baden-Württemberg* y *Nordrhein-Westfalen*, véase Stöhr (2010: 362); hasta 2011 también *Niedersachsen*.

92. Véanse, por ejemplo, §§ 1, 2 de la Ley sobre la oficina de comprobación de los municipios de *Baden-Württemberg*.

93. Baviera: Unión bávara de comprobación de municipios u oficinas estatales de la Oficina de distrito (art. 105 GO).

Nordrhein-Westfalen: Oficina de comprobación municipal (§ 105 GO).

Ejemplos para el concepto “Oficina de comprobación municipal” (*Gemeindeprüfungsamt*): *Schleswig Holstein*: § 3.2.I frase 1 KPG.

Rheinland-Pfalz: § 110.5 GO en relación con la Ordenanza estatal sobre las Oficinas de comprobación municipal de 13 de julio de 2016 (*Landesverordnung über die Gemeindeprüfungsämter vom 13.7.2016*, GVBl. 2016, pp. 313 y ss.).

Sachsen Anhalt: § 137.1.I KVG.

94. Por ejemplo: § 113 GO *Baden-Württemberg*.

95. Vgl. § 114.1.II GO *Baden-Württemberg*.

96. En algunos Estados federados la comprobación contable se extiende en parte, también, a la eficiencia/idoneidad (véanse, por ejemplo, § 106.I núm. 3 y 4 BayGO, § 105.3.II GO *Nordrhein-Westfalen*, § 3.1.II Núm. 2 ÜPKKG *Hessen*).

97. Por ejemplo: Gern y Brüning (2019: ap. 1271). Contra la noción de “supervisión jurídica” (*Rechtsaufsicht*) habla, según la opinión del Tribunal Supremo federal (Sentencia de 5 de junio de 2006 - III ZR 225/07 - BGHZ 177, 37, ap. 16 con más referencias), la circunstancia de que la oficina comprobante no dispone de medios de supervisión jurídicos para influir en la corporación examinada. Sobre la diferenciación conceptual entre supervisión (*Aufsicht*) y control (*Kontrolle*), cfr. BVerfGE 137, pp. 108 y ss., pp. 150 y ss. (supervisión comprende la facultad de influir en la institución supervisada, de manera que los parámetros de comprobación pueden ser, en su caso, impuestos coactivamente).

98. Por ejemplo, § 113.1.II GO *Baden-Württemberg*.

99. Por ejemplo, § 114.4.I GO *Baden-Württemberg*.

chtsbehörde), en su caso, emplear sus medios de supervisión (reproche, orden de corregir, actuación sustitutoria o Comisario estatal, *cfr. supra IV.2.b*).

En esta restricción de los instrumentos de actuación de comprobación financiera por los “tribunales de cuentas” y de una fiscalización financiera de los municipios y mancomunidades por parte de autoridades especiales, la situación jurídica en los Estados federados es similar. Medios jurídicos de comprobación vinculantes solo puede ejecutar la autoridad estatal de supervisión jurídica (“*Kommunalaufsichtsbehörde*”). Esta complicada estructura prevista legalmente protege a los municipios y asociaciones de municipios de intervenciones por las distintas autoridades estatales. Nosotros describimos esta construcción (protección) como “unidad de la supervisión municipal”.

¿Qué significan estas formas de control financiero (al margen de las distintas regulaciones en los Estados federados) para el derecho a la autonomía administrativa de los municipios del art. 28.2 LF? Si se aplica el antes expuesto esquema metodológico —ámbito de protección, intervención, justificación de la intervención—, deriva lo siguiente:

La decisión del legislador en favor de un sistema con tribunal de cuentas o en favor de un sistema con autoridad especial afecta al ámbito de protección del derecho a la autonomía administrativa. También respecto de la actividad de comprobación del Tribunal de Cuentas o de la autoridad especial y del respectivo informe debe afirmarse la afectación del ámbito de protección del art. 28.2 LF, y más todavía para las concretas medidas jurídico-vinculantes de supervisión de la autoridad de supervisión municipal. Correspondientemente se empleará como parámetro constitucional el art. 28.2 LF, lo que para la protección de los municipios y asociaciones de municipios es correcto e importante.

Son estas medidas una intervención (“*Eingriff*”? Respecto de la decisión legislativa esta pregunta es dudosa, y es dudosa también respecto de la comprobación por un “tribunal de cuentas” o, en su caso, por una oficina de comprobación, pues estas comprobaciones solo son preparatorias de una seriamente perjudicial medida (de comprobación)¹⁰⁰. Un perjuicio jurídico e inmediatamente vinculante para los municipios o asociaciones de municipios sucede solo desde un reproche, una orden, una actuación sustitutoria o el nombramiento de un comisario estatal por la autoridad de supervisión municipal.

100. Esto puede verse probablemente del mismo modo en el caso de la solicitud de documentos para el examen por parte del órgano comprobante (por ejemplo, § 106.6 BayGO).

Sin embargo, las decisiones del legislador y las comprobaciones de los “tribunales de cuentas” o autoridades especiales que se basan en ellas son requisitos para que la autoridad de supervisión municipal proceda. Si se interpreta de manera amplia el concepto de intervención respecto del art. 28.2 LF para la protección de los municipios y de las asociaciones de municipios (*cfr. supra*), igualmente se trata de intervenciones en el derecho del art. 28.2 LF.

De lo que se trata, entonces, es de si estas intervenciones están o no justificadas constitucionalmente. El art. 28.2 LF permite restringir el derecho de autogobierno municipal „en el marco de la ley“.

Una ley estatal que se decide por un control financiero por un “tribunal de cuentas” o por una autoridad especial y que autoriza a ese control, debe ser formal y materialmente conforme con la Constitución. Desde una perspectiva formal han sido promulgadas, sin duda, en los Estados federados alemanes algunas leyes al respecto. En la medida en que el art. 28.2 LF no ofrece prácticamente pautas jurídico-materiales, el legislador tiene en la configuración de sus leyes, en virtud de su legitimación democrática, un amplio margen de actuación que, en todo caso, debe respetar los límites jurídico-constitucionales que derivan de otras normas constitucionales. Incluso el legislador no debe violar el principio de proporcionalidad, que forma parte del principio del Estado de derecho consagrado en el art. 20.3 LF, restringiendo excesivamente la posición jurídica de los municipios y de las asociaciones de municipios. En un sentido jurídico, esta habilitación legal para un control financiero estatal supralocal perjudica, sin embargo, solo levemente, pues el “Tribunal de Cuentas” (o, en su caso, la autoridad especial) no puede dictar prohibiciones ni órdenes (*cfr. supra*)¹⁰¹.

La habilitación legal para la comprobación estatal supralocal tampoco es desproporcionada porque las leyes prescriben al mismo tiempo una comprobación local, que los municipios llevan a cabo a través de sus propios órganos. Esta comprobación local sirve menos a los intereses del Estado y más a un autocontrol de los municipios y asociaciones de municipios en su propio interés (Brüning y Vogelgesang, 2009: 69 y ss.).

Si se entiende, como aquí, la comprobación por un tribunal de cuentas o, en su caso, por la oficina de comprobación municipal como una intervención (lo que tampoco está jurídicamente exento de dudas, porque el

101. Véase., por ejemplo, Sentencia del Tribunal Administrativo de Baviera (BayVGH) de 15 de mayo de 2014 — 4 BV 14.261, 4 BV 14.264, 4 BV 14.265 — BeckRS 2014, 55218, ap. 27.

perjuicio jurídico efectivo solo se produce con una medida de supervisión de la autoridad de supervisión municipal, *cf. supra*), igualmente estaría esta intervención justificada constitucionalmente. El principio de proporcionalidad (esencial en el Estado de derecho) es aquí el parámetro de comprobación más importante. No queda, sin embargo, violado. En la medida en que las investigaciones y los informes del “Tribunal de Cuentas” o, en su caso, de la autoridad especial no producen vinculación jurídica para los municipios (*cf. supra*), prevalece el interés del Estado de conocer con claridad la actividad financiera y económica de los municipios y asociaciones de municipios, que es financiada mayoritariamente por el Estado (*cf. supra*).

También las intervenciones en el derecho a la autonomía administrativa de los municipios que existen cuando la autoridad estatal de supervisión municipal procede con una medida perjudicial de supervisión contra los municipios o asociaciones de municipios, deben estar justificadas constitucionalmente. Esto debe examinarse en el caso concreto. Estas medidas de supervisión no deben vulnerar ninguna ley y, particularmente, tienen que ser proporcionadas y estar exentas de errores de discrecionalidad (*cf. supra IV.3.c*).

6. Bibliografía

- Anschütz, G. (1916). Staatsaufsicht und Selbstverwaltung. *Juristische Wochenschrift (JW)*, 45, 1147-1150.
- (1933). *Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar*, 14.^a ed. (reimpresión 1965). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Berlit, U. (2010). Die Umsetzung der Schuldenbremse in den Ländern – erste Ansätze und Probleme. En M. Junkernheinrich, Koriath, Lenk, Scheller, Woisin (dirs.), *Jahrbuch für öffentliche Finanzen*, 2, 311-337.
- Birk, D. e Inhester, M. (1993). Die verfassungsrechtliche Rahmenordnung des kommunalen Finanzausgleichs, dargestellt am Beispiel des Landes Nordrhein-Westfalen. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 108, 1281-1287.
- Brandt, E. y Henning, K. J. (1982). Die Aufsicht von Ministerien über Bundesoberbehörden. *Verwaltungsrundschau (VR)*, 28, 181-187.
- Brüning, C. y Vogelgesang, K. (2009). *Die Kommunalaufsicht* (2.^a ed.). Berlín: Erich Schmidt.
- Brunner, G. (1969). Der Selbsteintritt der höheren Behörde. *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 22, 773-781.
- Burgi, M. (2019). *Kommunalrecht* (6.^a ed.). Múnich: C.H. Beck.
- Dombert, M. (2006). Zur finanziellen Mindestausstattung von Kommunen. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 121, 1136-1143.

- Dreier, H. (2015). Art. 28. En H. Dreier (ed.). *Grundgesetz Kommentar, Bd. II* (3.^a ed.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Drews, B. (1934). Das neue preußische Gemeindeverfassungsrecht. *Juristische Wochenschrift (JW)*, 63, 197-200.
- Ehlers, D. (1990). Die Rechtsprechung zum nordrhein-westfälischen Kommunalrecht der Jahre 1984 — 1989 Teil 1. *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl)*, 4, 44-51.
- Elicker, M. (2004). Aufsichtsrechtliche Fragen des Kommunalleasing. *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 57, 875-878.
- Engels, A. (2021). Art. 28. En M. Sachs (dir.). *Grundgesetz Kommentar* (9.^a ed.). München: C.H. Beck.
- Fachinger, J. (1949). Grundsatz, Inhalt und Grenzen der Staatsaufsicht über die Gemeinden. *Deutsche Verwaltung (DV)*, 2, 372-375.
- Frick, W. (1931). Die Verwaltung des Großdeutschen Reichs. *Reichsverwaltungsblatt (RVBl)*, 52, 41-47.
- Gern, A. y Brüning, C. (2019). *Deutsches Kommunalrecht* (4.^a ed.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Gönnenwein, O. (1963). *Gemeinderecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Groß, T. (2002). Was bedeutet Fachaufsicht? *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 117, 793-800.
- (2004). Exekutive Befugnisse der Rechnungshöfe. *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, 95, 194-222.
- Gundlach, U. (2023). Angemessene Finanzausstattung der Gemeinden kontra Kreisumlage. *Landes— und Kommunalverwaltung (LKV)*, 33, 103-109.
- Heberlein, H. (1991). Kommunale Deutschlandpolitik. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 10, 531-536.
- Hellermann, J. (2023). Art. 28. En Epping y Hillgruber (dirs.). *Beck-online-Kommentar zum Grundgesetz*. München: C.H. Beck.
- Hoppe, W. (1992). Der Anspruch der Kommunen auf aufgabengerechte Finanzausstattung. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 107, 117-124.
- Ipsen, J. (1994). Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers. *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 9, 194-212.
- Jarass, H. D. (2022). Art. 28. En H.D. Jarass y M. Kment (dirs.). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), Kommentar* (17.^a ed.). München: C.H. Beck.
- Jock, C. (2011). *Das Instrument der Fachaufsicht*. Göttingen: Optimus Verlag
- Jury, G. (2023). Rechnungsprüfung der Gemeinden, Verwaltungsaktbefugnis des Rechnungshofs und Ermessen bei der Bestimmung des zu prüfenden Zeitraums — zum Beschluss des Sächsischen Oberverwaltungsge-

- richts vom 25.08.2022, SächsVBl. 2023, 313. *Sächsische Verwaltungsblätter (SächsVBl)*, 31, 297-306.
- Kammer, R.-D. (2015). Finanzkontrolle durch den Bundesrechnungshof. En H.G. Henneke (dir.). *Aufsicht und Finanzkontrolle über gebietlich begrenzte kommunale Aufgabenerfüllung* (pp. 120-129). Stuttgart y München: Boorberg Verlag.
- Kesper, I. (2006). Reform des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland – Die geplanten Änderungen im Überblick –. *Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl)*, 13, 145-158.
- Köttgen, A. (1936). Gemeindeprüfungswesen und Staatsaufsicht. *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, 41, 270-301.
- Mayen, T. (2011). Neuordnung der Finanzbeziehungen des Bundes und der Kommunen auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 30, 584-590.
- Mayer, O. (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht* (3.^a ed.). Leipzig: Duncker&Humblot.
- Mehde, V. (2023). Art. 28. En G. Dürig, R. Herzog y R. Scholz (dirs.). *Grundgesetz, Kommentar*. München: C.H. Beck.
- Naß, O. (1935). Das Polizeirecht im Dritten Reich. *Deutsche Verwaltung (DV)*, 12, 164-167.
- Nierhaus, M. (2005). Verfassungsrechtlicher Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung. *Landes— und Kommunalverwaltung (LKV)*, 15, 1-7.
- Oebbecke, J. (2000). Die verfassungsrechtlich gewährleistete Planungshoheit der Gemeinden. En W. Erbguth, J. Oebbecke, H.-W. Rengeling y M. Schulte (dirs.). *Planung: Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag* (pp. 239-253). München: C.H. Beck.
- Pfeiffer, T. (2007). Kommunalaufsicht. *Thüringer Verwaltungsblätter (ThürVBl)*, 4, 203-209.
- Scheneck, K.-M. (2023). § 118 GemO. En J. Dietlein y A. Pautsch (dirs.). *Beck-online-Kommentar Kommunalrecht Baden-Württemberg* (22.^a ed.). München: C.H. Beck.
- Schmidt, T. I. (2023). Kommunale Mindestfinanzausstattung. *Der Landkreis*, 93, 249-254.
- Schmieder. (1919-1920). Neuregelung der Kommunalaufsicht. *Preußisches Verwaltungsblatt (PrVBl)*, 41, 122-124.
- Sester, P. (2003). Tatbestand und rechtliche Struktur des Cross-Border-Leasings. *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB)*, 15, 94-106.
- Stöhr, A. (2010). Überörtliche Prüfung kommunaler Körperschaften. *Zeitschrift für Landes— und Kommunalrecht Hessen — Rheinland-Pfalz — Saarland (LKRZ)*, 5, 361-366.

- Surén, F. K. (1935). Die Deutsche Gemeindeordnung. *Reichsverwaltungsblatt (RVBl)*, 56, 125-130.
- Von Komorowski, A. (2002). Gemeindliche Amtshaftungsansprüche gegen das Land bei Fehlern der Finanzämter im Gewerbe- und Grundsteuerverfahren. *Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, 55, 67-75.
- Von Leyden. (1931). Staatskommissare. *Reichsverwaltungsblatt (RVBl)*, 52, 27-31.
- Von Unruh, G.C. (1973). Die kommunale Selbstverwaltung im Grundgesetz und ihr genetisches Modell. En N. Achterberg (dir.). *Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag* (pp. 391-419). Berlín: Duncker&Humblot.

7. Índice de abreviaturas

BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (<i>Tribunal Administrativo de Baviera</i>)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (<i>Colección de jurisprudencia de la editorial Beck</i>)
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Band I (<i>Boletín Oficial de la República de Alemania, tomo I</i>)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (<i>Gaceta judicial del Bundesgerichtshof en materia civil</i>)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (<i>Tribunal Constitucional Federal alemán</i>)
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (<i>Gaceta judicial del Tribunal Constitucional Federal alemán. Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita</i>)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (<i>Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo</i>)
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (<i>Gaceta judicial del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo</i>). Los números que

siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita

GBL.	Gesetzblatt (<i>Boletín Oficial</i>)
GO	Gemeindeordnung
Hess.VGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof (<i>Tribunal Administrativo de Hesse</i>)
KPG	Kommunalprüfungsgesetz
KVG	Kommunalverfassungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (<i>revista</i>)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport (<i>revista</i>)
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht (<i>Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia</i>)
PrOVGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (<i>Gaceta judicial del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia. Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita</i>)
PrGS	Preußische Gesetzessammlung (<i>Boletín Oficial de Prusia</i>)
Reg.Bl.	Regierungsblatt (<i>Boletín Oficial del Gobierno</i>)
RG	Reichsgericht (<i>Corte Imperial</i>)
RGBL. I	Reichsgesetzblatt Band I (<i>Boletín Oficial del Reich, tomo I</i>)
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (<i>Gaceta judicial del Reichsgericht en materia civil</i>)
ÜPKKG	Gesetz zur Regelung der überörtlichen Prüfung kommunaler Körperschaften in Hessen (<i>Ley reguladora de la fiscalización supralocal de las corporaciones municipales en Hesse</i>)