

En relación a la situación de la autonomía local tras la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal¹

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA. II. ANALISIS DE LA «SENTENCIA-RASTEDE» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. 1. Estructura jurídico-dogmática de la garantía de la autonomía municipal. *a)* Posición de la doctrina antes del 23 de noviembre de 1988. *b)* Nueva estructuración por parte del Tribunal Constitucional Federal. 2. Contenido de la garantía de la autonomía municipal. *a)* Núcleo de la garantía de la autonomía municipal. *aa)* Delimitación por parte del Tribunal Constitucional Federal. *bb)* Consecuencias. *b)* Ambito de protección más allá de la garantía del contenido esencial. *aa)* Principio de distribución competencial según el artículo 28.2 GG. *bb)* «Asuntos de la comunidad local». *cc)* Criterios jurídico-materiales para la distribución de competencias por parte del legislador. *dd)* Competencia de concreción de los criterios jurídico-materiales. *ee)* Control jurisdiccional. 3. Consecuencias para la atribución de la competencia «eliminación de residuos». *a)* Eliminación de residuos en sentido estricto. *b)* Eliminación de residuos en sentido amplio. 4. Conclusiones. III. CONSECUENCIAS TRAS LA «SENTENCIA-RASTEDE» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. 1. Praxis de la distribución de competencias entre los distritos y los municipios integrados en los mismos. *a)* La competencia concreta de «eliminación de residuos». *b)* Problemática general de la reversión de competencias. *c)* Crítica funcional en el marco de la competencia de complementación y compensación por parte de los distritos. 2. Regulación de la autonomía municipal (propia responsabilidad). IV. PERSPECTIVAS. 1. Responsabilidad del legislador. 2. Perspectiva en el Derecho europeo.

Artículo traducido por Markus GONZÁLEZ BEILFUSS.

¹ Este estudio se basa en una versión ligeramente ampliada y no anotada de una conferencia que pronuncié el 19 de julio de 1989 en el marco de un coloquio organizado por el Instituto de Investigación de la Administración Pública de la Escuela Superior de Ciencias de la Administración de Speyer. La estructura de la ponencia ha sido mantenida. Quiero agradecer a los participantes en este coloquio el interesante y fecundo debate originado a raíz de dicha ponencia.

I. PUNTO DE PARTIDA

En el último decenio seguramente ningún otro problema de Derecho local ha ocupado de tal manera a la doctrina científica y a la praxis jurisprudencial ni ha provocado polémicas tan encarnizadas² como la relación jurídico-constitucional entre los municipios y los distritos en que éstos se integran. En muchos campos se ha intentado determinar sus respectivos ámbitos de autonomía y delimitar sus en principio recíprocamente excluyentes competencias sobre el concreto sector de referencia³. En nuestro sistema constitucional la última palabra al respecto la tienen los tribunales. El nombre «Rastede» ocupa un lugar muy destacado en relación a las disputas jurisdiccionales que se han producido en este sentido. Si el conflicto jurídico que bajo este nombre se prolongó durante unos quince años planteaba, en un principio, el problema de si la eliminación de residuos debía dejarse desde un punto de vista competencial en manos de los municipios o si podía, a través de una ley de un *Land*⁴, elevarse a nivel del distrito (incluyendo la posible reversión de dicha competencia bajo ciertas condiciones), en los últimos tiempos sólo restaban por aclarar problemas constitucionales de carácter principal. También en el sur de Alemania se han dado resoluciones judiciales en relación a la eliminación de residuos. Así, cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional de Baden-Wurtemberg (*Staatsgerichtshof, StGH Bad.-Württ.*), de 24 de marzo de 1973⁵, y dos sentencias del Tribunal Constitucional de Baviera (*Baye-*

² Destaca la exposición de las posiciones contrapuestas por, por una parte, WAGENER: «Urteilsanmerkung», *DöV*, 1984, pp. 168 y ss.; WAGENER, en KNEMEYER y HOFMANN (ed.): *Gemeinden und Kreise*, 1984, pp. 28 y ss., y, por otra parte, BLÜMEL: «Das verfassungsrechtliche Verhältnis der kreisangehörigen Gemeinden zu den Kreisen», *VerwArch*, 75 (1984), pp. 297 y ss.; BLÜMEL, en KNEMEYER y HOFMANN (ed.), cit., pp. 23 y ss.

³ Ver los ejemplos extraídos de la jurisprudencia que se analizan en III.1.

⁴ La regulación del artículo 1 de la Ley de Baja Sajonia de Eliminación de Residuos (*Abfallgesetz*), de 9 de abril de 1979, establece:

«1. Las entidades competentes según el artículo 3.2 son, mientras no se derive otra cosa del párrafo 3.º, los distritos y los municipios que no se encuadran en ningún distrito. Las competencias que deben llevar a cabo en este sentido forman parte de su círculo de acción propia. Los municipios integrantes de los distritos desempeñan labores de apoyo a estos últimos contra resarcimiento de sus costes.

2. A petición de los municipios y con el consentimiento de la instancia de control, un distrito puede transferir total o parcialmente a los municipios integrantes del mismo la obligación de eliminar los residuos generados en su término municipal, si se garantiza que dichos municipios son capaces de eliminarlos de un modo adecuado para el bien de la comunidad (art. 2 AbfG), de tal forma que no se ponga en peligro el eficaz cumplimiento de dicha obligación en cuanto continúa siendo del distrito. La segunda frase del número anterior también es aplicable en este caso.

⁵ StGH Bad.-Württ., ESVGh, 28, 1 = *Der Landkreis*, 1977, 293 = *BWPr.*, 1978, 33; coincidiendo en este sentido GERHARDT, «Übertragung der Aufgaben der Abfallbeseitigung auf die Landkreise kein Eingriff in die gemeindliche Selbstverwaltung», *Der Landkreis*, 1977, 291 y ss.

risches Verfassungsgerichtshof, BayGH) de los años 1979 y 1980 ⁶. Sin embargo, estas y otras ⁷ sentencias ni muchos menos han conseguido la fama de al menos tres de las llamadas «Sentencias-Rastede» ⁸.

El Director municipal (*Gemeindedirektor*) de Rastede, Konrad ULLRICH, ha resaltado expresamente hace poco que más allá de los problemas competenciales en relación a la eliminación de residuos se perseguía una «sentencia jurídico-constitucional de carácter principal» en relación al artículo 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*, en adelante GG) ⁹. En la práctica era muy urgente una clarificación jurídico-constitucional después de que el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo (*Oberverwaltungsgerichtshof, OVG*) de Lüneburg ¹⁰ y el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgerichtshof, BVerwG*) ¹¹ hubiesen adoptado posiciones opuestas respecto a aspectos básicos de la interpretación del artículo 28.2 GG, y de que la constitucionalmente insostenible ¹² «Sentencia-Rastede» del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo ¹³ hubiese dado pie a pronunciamientos jurisprudenciales ¹⁴ que eran peligrosamente contrarios al derecho de autonomía de los municipios garantizado constitucionalmente (art. 28.2, frase 1.ª GG).

⁶ *BayVGH, BayVBl*, 1980, 209 (con comentarios de WÜRTEMBERGER: *BayVBl*, 1980, 662 y s.); *BayVGH, BayBl*, 1981, 499; en relación a ambas sentencias, KONRAD: «Anspruch kreisangehöriger Gemeinden auf Übertragung von Abfallbeseitigungsaufgaben?», *BayVBl*, 1981, 481 y ss.

⁷ Una visión de conjunto al respecto la ofrece BLÜMEL: *VerwArch*, 75, 1984, 297 (298, nota 161).

⁸ Cfr. también el resumen de posiciones en torno a la discusión doctrinal a raíz de la «Sentencia-Rastede» del *BVerwG* (cfr. nota 11) por parte de SEELE: «Die Abgrenzung von Kreis und Gemeindeaufgaben im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur», *Der Landkreis*, 1984, pp. 229 y ss., y por parte de DER MÜHLEN: «Die "Rastede-Entscheidung" des *BVerwG* in der wissenschaftlichen Diskussion», *StT*, 1984, pp. 464 y ss.

⁹ ULLRICH: «Bundesverfassungsgericht stärkt Selbstverwaltung der Gemeinden», *dng* 1989, 67; ULLRICH, «Das Bundesverfassungsgericht stärkt die Selbstverwaltung der Gemeinden», *Verwaltungsrundschau* (VR), 1989, 289. También el gerente (*Landesgeschäftsführer*) de la Federación de Ciudades y Municipios de Baja Sajonia, HAACK, consideró en relación a HAZ, de 6 de febrero de 1989, que el proceso jurídico-constitucional no había versado principalmente sobre el caso concreto, sino sobre cuestiones básicas de la autonomía de las ciudades y municipios.

¹⁰ *OVG, Lüneburg, DÖV*, 1980, 417 (con comentarios de RICHTER) = *DVBl*, 1980.

¹¹ *BVerwGE*, 67, 321 = *DVBl*, 1983, 1152 = *DÖV*, 1984, 164 (con comentarios de WAGNER) = *NVwZ*, 1984, 176 = *BayVBl*, 1984, 309.

¹² BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 y ss.; KNEMEYER: «Das verfassungsrechtliche Verhältnis der Kommunen zueinander und zum Staat - Überlegungen zur Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. 8. 1983 in Sachen Abfallbeseitigung Rastede», *DVBl*, 1984, pp. 23 y ss.; HOFMANN: «Abfallbeseitigung und kommunale Selbstverwaltung - Überlegungen zum "Rastede-Urteil" des Bundesverwaltungsgerichts», *VR*, 1984, pp. 145 y ss.; HINKEL: *Anmerkungen zum "Rastede-Urteil"*, *Hess. Städte- und Gemeinde-Zeitung* (HSGZ), 1985, pp. 182 y ss.

¹³ Coincidiendo total o parcialmente con el *BVerwG* (nota 11), WEIDES: «Das Verhältnis zwischen Gemeinden und Kreisen gem. Art. 28, II, GG», *NVwZ*, 1984, pp. 155 y ss.; PAPIER: «Interkommunaler Kompetenzkonflikt», *DVBl*, 1984, pp. 453 y ss.; SCHMIDT-JORTZIG: «Die Selbstverwaltungsbereiche von Kreisen und kreisangehörigen Gemeinden nach der Verfassung», *DÖV*, 1984, pp. 821 y ss.

¹⁴ Destacan las sentencias aludidas en las notas a pie 182 a 188.

En el año 1974 el Tribunal Constitucional Federal no quiso hacer frente al problema, suscitado a través de un recurso de amparo municipal planteado por el municipio de Rastede, acerca de si la traslación, por parte una ley del *Land* de Baja Sajonia¹⁵, de la competencia de eliminación de residuos desde los municipios a los distritos de dicho *Land* era compatible con el artículo 28.2, frase 1.ª GG. Una Comisión previa del Tribunal inadmitió la demanda¹⁶ con una argumentación procesal (referida a la pretendida subsidiariedad del recurso de amparo) que estaba lejos de ser convincente¹⁷. Remitido a la vía contencioso-administrativa, el municipio Rastede obtuvo del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Lüneburg un pronunciamiento parcialmente favorable. La solicitud de que se le revertiese la obligación de eliminar todos los residuos generados en su término municipal o, en todo caso, su recogida y transporte, había sido rechazada por el distrito de Ammerland tras la intervención previa de la instancia de control competente. El Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Lüneburg obligó al distrito demandado a tomar una nueva decisión, dada la insuficiente motivación de la anterior¹⁸. El Tribunal dedujo del marco del artículo 28.2 GG la primacía competencial (*Zuständigkeitsvorrang*) en favor de los municipios, atribuyó en relación al cumplimiento de la reserva de ley¹⁹ del artículo 28.2, frase 1.ª GG, y en el marco de las llamadas limitaciones de los límites (*Schranken-Schranken*) la máxima importancia²⁰ al principio de proporcionalidad, y certificó la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley de Residuos de Baja Sajonia (*Abfallgesetz*) únicamente por el hecho de prever la reversión de la competencia a los municipios integrantes del distrito²¹.

¹⁵ Cfr. nota 4. En relación al restante régimen jurídico, cfr. los correspondientes preceptos en las Leyes de Residuos de los *Länder*, reproducidas en KUNIG, SCHWERMER y VERSTEYL: *AbfG*, 1988, pp. 597 y ss.

¹⁶ *BVerfG*, resolución de 10 de septiembre de 1976 —2 BvR 826/74.

¹⁷ Cfr., en sentido crítico, SCHMIDT-JORTZIG: «Judizielle Einschränkung der Kommunalverfassungsbeschwerde», *SKV*, 1976, 365 y ss.; BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (328 y ss.); cfr. también PESTALOZZA: «Die Sicherung des Selbstverwaltungsrechts in der Verfassungsgerichtsbarkeit», en VON MUTIUS (ed.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für von Unruh*, 1983, pp. 1057 (1966).

¹⁸ OVG, Lüneburg, *DÖV*, 1980, 417 = *DVBt*, 1980, 81.

¹⁹ En relación al significado del límite «en el marco de las leyes» como reserva de ley, cfr. *BVerfGE*, 56, 298 (309, 312); 76, 107 (117 y s.); SCHMIDT-ASSMANN: «Kommunalrecht», en VON MÜNCH (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, pp. 117; PIEROTH, en JARASS y PIEROTH: *GG*, 1989, art. 28, marg. 12; de otro parecer, SCHMIDT-JORTZIG: *Kommunalrecht*, 1982, marg. 486.

²⁰ RICHTER (*DÖV*, 1980, 420) considera en su comentario a la sentencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Lüneburg que la instrumentalización del principio de proporcionalidad no es sólo un triunfo decisivo para la exégesis de los límites en el marco del artículo 28.2, frase 1.ª GG, sino que también representa la desaparición de la garantía institucional como principio estructural del artículo 28.2 GG. En este sentido, HASSEL: *VR*, 1984, 145 (147 y ss.), en su crítica a la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo.

²¹ OVG, Lüneburg, *DÖV*, 1980, 417 (419) = *DVBt*, 1980, 81 (82).

Lamentablemente, el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Lüneburg cometió el error, incomprensible en el caso concreto y fatal desde un punto de vista «táctico»²², de considerar a la persona jurídica «municipio» como «continuación natural de la línea individuo-familia»²³.

La sentencia de revisión del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo de 4 de agosto de 1988²⁴ anuló la decisión del Tribunal de Lüneburg y restableció la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la demanda. Tras reafirmar algunas tesis jurídicas ya conocidas (protección de la autonomía municipal no sólo en un núcleo esencial, sino más allá de éste frente a una sustracción materialmente injustificada de competencias a partir del principio de proporcionalidad; eficacia de la autonomía municipal también entre los entes locales), el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo asestó el golpe definitivo a la eficacia normativa del artículo 28.2, frase 1.ª GG: el Tribunal acuñó el concepto «ámbito de la localidad» (*lokale Örtlichkeit*)²⁵, después de equiparar, de forma dogmáticamente muy dudosa, el término autonomía del artículo 28.2, frase 2.ª GG, con la competencia plena (universalidad) del artículo 28.2, frase 1.ª GG. El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo consideraba de este modo que «el derecho a regular bajo su propia responsabilidad asuntos de la comunidad local» también debía ser reconocido a los distritos²⁶. Acto seguido, el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo²⁷ se dirigió con vehemencia contra las consideraciones iusnaturalistas del Tribunal de Lüneburg²⁸, recondujo el magnificado principio de proporcionalidad al concepto de «idoneidad»²⁹, y consideró, finalmente, que la posibilidad prevista por el legislador de Baja Sajonia de confiar la eliminación de residuos total o parcialmente a municipios aisladamente considerados no era obligatoria desde el punto de vista jurídico-constitucional³⁰.

²² La opinión de BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (313), en el sentido de que las consideraciones iusnaturalistas del Tribunal de Lüneburg sólo constituyen un argumento adicional para una fundamentación que de por sí es suficiente, no modifica esta calificación (cfr. también la nota 27).

²³ OVG, Lüneburg, *DÖV*, 1980, 417 (418).

²⁴ Cfr. nota 11.

²⁵ *BVerwGE*, 67, 321 (325). De forma crítica en relación a este concepto, BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (309).

²⁶ *BVerwGE*, 67, 321 (323).

²⁷ *BVerwGE*, 67, 321 (324).

²⁸ Cfr. nota 23.

²⁹ *BVerwGE*, 67, 321 (325 y ss.); de forma crítica al respecto, HASSEL: *VR*, 1984, 145 (149), e HINKEL: *HSGZ*, 1985, 182 (184).

³⁰ *BVerwGE*, 67, 321 (330).

II. ANALISIS DE LA «SENTENCIA-RASTEDE» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Esta sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 23 de noviembre de 1988 en relación al «caso Rastede»³¹ hace frente a un nuevo recurso de amparo municipal de esta localidad contra el artículo 1 (párrafos primero y segundo) de la Ley de Residuos de Baja Sajonia. Para comprender por lo menos el resultado de la resolución del Tribunal Constitucional es imprescindible advertir que no se trata de un recurso de amparo municipal frente a la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo. A través de este tipo de recurso no pueden impugnarse sentencias judiciales de última instancia³². A diferencia del recurso de amparo individual, que puede tener como objeto cualquier acto del poder público [art. 93.1, núm. 4.a), GG, art. 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, en adelante, *BVerfGG*], el recurso de amparo municipal sólo es admisible, según los artículos 93.1, número 4.b), GG, y 91 *BVerfGG*, para impugnar leyes (de ahí que sea llamado recurso de amparo frente a disposiciones normativas)³³.

Únicamente tras un detenido análisis de la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal puede determinarse si la situación de la autonomía municipal ha variado tras la misma. Los primeros posicionamientos publicados me parecen haber sido redactados con cierta precipitación y excesivamente arrastrados por el voluntarismo³⁴. El recurso de amparo municipal interpuesto por la localidad de Rastede fue, como es sabido, desestimado en cuanto al resultado. A pesar de ello, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal es valorada como un «gran triunfo» para los municipios por haber remediado el peligro de vaciamiento de la autonomía municipal a través de la constante susstracción de competencias³⁵. Otros posicionamientos consideran que a pesar del fracaso procesal del municipio Rastede, la autonomía municipal ha obtenido finalmente un éxito; constitucionalmente se habría establecido que los distritos no gozan de la misma protección jurídi-

³¹ *BVerfGE*, 79, 127 = *DVBt*, 1989, 300 = *NVwZ*, 1989, 347 = *DÖV*, 1989, 349 = *BayVBl*, 1989, 269 = *Die Gemeinde* (Schl.-H.), 1989, 169 = *NST-N*, 1989, 82 = *Eildienst* LKT NW, 1989, 65 = *UPR*, 1989, 138 = *ZfW*, 1989, 208.

³² De ahí que no sea del todo comprensible el comentario de ERLenkÄMPER: «Entwicklungen im Kommunalrechts», *NVwZ*, 1985, 795 (798), en el sentido de que es «interesante» que el recurso de amparo municipal no se hubiese planteado frente a la sentencia del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo de 4 de agosto de 1983 (*BVerwGE*, 67, 321).

³³ *BVerfGE*, 71, 25 (35 y s.); 76, 107 (113).

³⁴ Cfr. notas 35, 36 y 37. Más comedido, por contra, VON MUTIUS: «Ein Sieg für die gemeindliche Selbstverwaltung? - Bemerkungen zur Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts», *Die Gemeinde* (Schl.-H.), 1989, 193 (195).

³⁵ ULLRICH: *dng*, 1989, 67; más extensamente, ULLRICH: *VR*, 1989, pp. 289 y ss.

co-constitucional que los municipios ³⁶. Y verdaderamente eufórica parece la afirmación en el sentido de que el Tribunal Constitucional Federal ha reforzado de cara al futuro la posición de los municipios en una de las sentencias del siglo ³⁷.

Anticipando el resultado de las consideraciones que desarrollaré a continuación, cabe apuntar: jurídicamente, sobre todo si se tiene en cuenta la concretización constitucional por parte de la jurisprudencia, la situación de la autonomía local aparece en la práctica diferente tras el 23 de noviembre de 1988 ³⁸. Este hecho deberá ser demostrado de forma concreta a continuación. Sin embargo, como mínimo igual de importante es la siguiente cuestión a analizar, es decir, qué consecuencias tiene la comprensión jurídico-dogmática del artículo 28.2 GG para la práctica, y concretamente para la práctica legislativa, administrativa y jurisprudencial ³⁹.

³⁶ GOLDMANN: «Bundesverfassungsgericht bestätigt Aufgabenvorrang der Gemeinden», NST-N, 1989, 61.

³⁷ Afirmación del Presidente de la Federación de Ciudades y Municipios de Baja Sajonia, EVESLAGE: nota de prensa de la Federación de Ciudades y Municipios de Baja Sajonia, núm. 2/1989, de 7 de febrero de 1989, p. 1.

³⁸ Este hecho ya lo confirman los principales pronunciamientos contenidos en las directrices de la decisión de 23 de noviembre de 1988. Dichas directrices establecen:

«1. La reserva de ley del artículo 28.2, frase 1.ª, GG, incluye no sólo la forma en que se atienden los asuntos de la comunidad local, sino también la competencia municipal en relación a los mismos.

2. Al contenido esencial de la autonomía municipal no le corresponde ningún catálogo de competencias determinado concretamente o determinable a partir de caracteres estables, pero sí la potestad de atribuirse, sin ningún título competencial específico, todos los asuntos de la autonomía local que no hayan sido transferidos legislativamente a otras instancias del poder público.

3. a) El artículo 28.2, frase 1.ª, GG, también contiene fuera del núcleo de la garantía un principio constitucional de distribución competencial en relación a los asuntos de la comunidad local en favor de los municipios que debe ser respetado por el legislador al distribuir competencias. Este principio también es operativo en favor de los municipios integrados en un distrito en relación a éste.

b) El legislador sólo puede, en consecuencia, sustraer a los municipios una competencia con marcado carácter local en aras del interés general, sobre todo, por tanto, si no fuese posible asegurar el ordenado cumplimiento de dicha competencia de otro modo, y si los motivos que fundamentan la sustracción de la competencia prevalecen frente al principio constitucional de distribución competencial del artículo 28.2, frase 1.ª, GG.

4. Asuntos de la comunidad local en el sentido del artículo 28.2, frase 1.ª, GG son aquellas necesidades e intereses enraizados en la comunidad local o que guardan una relación específica con ella, y que son, por tanto, comunes a los habitantes del municipio en cuanto tales, en la medida en que afectan a la convivencia de las personas en el municipio; para ello poco importa el potencial de actuación (*Verwaltungskraft*) del municipio.»

³⁹ Cfr. más adelante bajo III.

1. ESTRUCTURA JURÍDICO-DOGMÁTICA DE LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

La estructura jurídico-dogmática de la garantía de la autonomía municipal puede resultar muy determinante para el contenido del derecho a la autonomía municipal. En la resolución de la problemática que subyace a la misma no sólo están en juego problemas puramente académicos. Por el contrario, sobre el tapete se encuentra la preconcepción que fundamenta la interpretación del artículo 28.2 GG. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal abre nuevos caminos con esta sentencia. Las consecuencias de ello serán percibidas por los municipios integrantes de los distritos una vez que mitigue la alegría por la supuesta y sin matizaciones favorable «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal en relación a los mismos.

a) *Posición de la doctrina antes del 23 de noviembre de 1988*

En el pasado más reciente la doctrina científica se había referido de forma creciente al paralelismo estructural del artículo 28.2, frase 1.ª, GG con la teoría general de los derechos fundamentales⁴⁰. El artículo 28.2, frase 1.ª, GG, aunque no constituye ningún derecho fundamental, sino un enunciado jurídico-organizativo, protege de hecho la autonomía municipal (de acuerdo con la sistemática interna y con su finalidad), «de una forma similar, desde el punto de vista estructural, a la protección de los derechos fundamentales»⁴¹.

STERN había aportado importantes contribuciones jurídico-dogmáticas derivando, a partir de la garantía institucional de la autonomía municipal, una garantía institucional jurídico-subjetiva (protección de las instituciones «Municipio» y «Agrupación de Municipios»), una garantía institucional jurídico-objetiva (protección de un haz de competencias que los municipios deben llevar a cabo bajo su responsabilidad) y una garantía de una posición jurídica subjetiva (derecho reaccional y protección jurídica del municipio frente a restricciones incons-

⁴⁰ Cfr. BLÜMEL: «Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts», en VON MUTIUS (ed.): *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für von Unruh*, 1983, pp. 265 (268, 296); BROHM: «Die Selbstverwaltung der Gemeinden im Verwaltungssystem der Bundesrepublik», *DVBf*, 1984, 293 (296); PAPIER, *DVBf*, 1984, 453 (457); HASSEL: *VR*, 1984, 145 (148 y s.); KNEMEYER: «Die Stellung der bayerischen Gemeinden nach Grundgesetz, Bayerischer Verfassung und Bayerischen Landesgesetzen», en el KNEMEYER (ed.), *Bayerische Gemeinden-Bayerischer Gemeindetag, Festschrift 75 Jahre Bayerischer Gemeindetag*, 1987, 97 (113).

⁴¹ PIETZCKER: «Änderung bestehender Bedauungspläne durch Änderung der Baunutzungsverordnung?», *NVwZ*, 1989, 601 (606).

titucionales de la garantía jurídico-institucional)⁴². Basándose en esta diferenciación, a partir de la más destacada segunda vertiente de la garantía del artículo 28.2, frase 1.ª GG (garantía jurídico-institucional) se desarrolló un ámbito de protección alrededor de los elementos «competencia plena» (universalidad del ámbito de actuación municipal en relación a los asuntos de la comunidad local) y «propia responsabilidad» (autonomía)⁴³. A continuación se fijaron más detalladamente los contornos de la reserva de ley («en el marco de las leyes»)⁴⁴. Y finalmente, en el plano de los llamados «contralímites» (*Gegenschranken*), los cuales limitan, a su vez, la reserva de ley y su cumplimiento, la doctrina todavía mayoritaria intentó formular un núcleo indisponible a partir de la llamada garantía del contenido esencial. Fuera de este núcleo de la autonomía municipal resistente a cualquier tipo de limitación, la doctrina procuró construir una garantía a partir del principio constitucional de proporcionalidad⁴⁵. Precisamente esto último había experimentado también en la doctrina más reciente⁴⁶ un auge trepidante el marco del artículo 28.2, frase 1.ª GG.

En la sentencia de 23 de junio de 1987⁴⁷, en relación a un recurso de amparo municipal interpuesto por la ciudad de Wilhelmshaven fren-

⁴² Cfr., en representación de sus múltiples trabajos al respecto, únicamente STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 2.ª edición, 1984, § 12, II.4.b) (= p. 409).

⁴³ Cfr., por ejemplo, VON MUTIUS: «Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten?», Gutachten E zum 53. DJT, 1980, pp. 17 y ss.; VON MUTIUS: «Örtliche Aufgabenerfüllung- Traditionales, funktionales oder neues Selbstverwaltungsverständnis?», en VON MUTIUS (ed.): *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für von Unruh*, 1983, pp. 227 (241 y ss.); KNEMEYER: *Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise, Festgabe für von Unruh*, p. 209 (219 y ss.); KNEMEYER, en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 40), p. 107 y ss.; SCHMIDT-JORTZIG: *Kommunalrecht*, marg. 462 y ss.; ERICHSEN: «Grundzüge des Kommunalrechts», en GRIMM y PAPIER: *Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht*, 1986, pp. 105 (189 y ss.); ERICHSEN: *Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen*, 1988, pp. 325 y ss.; WOLFF, BACHOF y STOBER: *Verwaltungsrecht*, II, 5.ª edición, 1987, § 86, marg. 45 y ss.; SEEWALD: «Kommunalrecht», en STEINER (ed.): *Besonderes Verwaltungsrecht*, 3.ª edición, 1988, pp. 26 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), pp. 144 y ss.; PIEROTH, en JARASS y PIEROTH: GG, art. 28, marg. 6 y ss.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, BVerfGE, 26, 228 (237); 56, 298 (309, 312); 76, 107 (117 y s.); MAUNZ: en MAUNZ y DÜRIG, entre otros, *Grundgesetz*, art. 28, marg. 51 y ss.; STERN: *Staatsrecht*, I (nota 42), § 12, II.4.d) (= p. 415); STOBER: *Kommunalrecht*, 1987, pp. 46 y ss.

⁴⁵ Cfr., p. ej., BVerwGE, 67, 321 (323); BVerwG, NVwZ, 1984, 378 (379) = DVBl, 1984, 679 (680) = DÖV, 1984, 548; BVerwG, NVwZ-RR, 1989, 377 (378 y s.); OVG, Lüneburg, DÖV, 1980, 417 (418); HINKEL: «Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung», NVwZ, 1985, 225 (228 y s.); CLEMENS: «Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung im Bild der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», StT, 1986, 256 (263 y s.); BLÜMEL, en *Festgabe für von Unruh* (nota 40), pp. 269 y ss., 283 y ss.; WOLFF, BACHOF y STOBER: *Verwaltungsrecht*, II, § 86, marg. 160 y ss.; STOBER: *Kommunalrecht*, pp. 47 y s.; ERICHSEN: *Kommunalrecht*, NW (nota 43), pp. 330 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), pp. 118 y s.; PIEROTH, en JARASS y PIEROTH: GG, art. 28, marg. 13.

⁴⁶ Cfr. sobre todo VON MUTIUS: Gutachten E zum 53. DJT (nota 43), pp. 42 y ss.; VON MUTIUS: «Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände», *Jura*, 1982, 28 (38 y s.); PAPIER: DVBl, 1984, 453 (454 y ss.); HASSEL: VR, 1984, 145/147 y ss.; HINKEL: NVwZ, 1985, 225 (229 y s.).

⁴⁷ BVerfGE, 76, 107 = DVBl, 1988, 41 = NVwZ, 1988, 47 = DÖV, 1988, 122.

te a la regulación del plan de ordenación territorial del *Land* de Baja Sajonia, el Tribunal Constitucional Federal todavía entendió la estructura dogmática de la garantía de la autonomía municipal de forma muy similar al modelo que se acaba de esbozar. Con excesivo apego, quizá, a la dogmática de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional comprueba en su sentencia ⁴⁸,

— si constituye un atentado contra el artículo 28.2, frase 1.ª, GG, la limitación de la potestad municipal de planificación como consecuencia de la exclusión, operada por el *Land*, de una parte considerable del término municipal en calidad de emplazamiento privilegiado para la instalación de grandes industrias;

— si la regulación del *Land* se adecúa a las exigencias de la reserva de ley del artículo 28.2, frase 1.ª, GG;

— y si la limitación de la potestad municipal de planificación, por una parte, no afecta al núcleo de la garantía de la autonomía local, y, por otra parte, si respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si es adecuada para la consecución de sus fines y si no es desproporcionada desde el punto de vista de su razonabilidad.

b) Nueva estructuración por parte del Tribunal Constitucional Federal

En este caso concreto, el Tribunal Constitucional Federal se aparta de este entretanto reconocido modelo estructural del artículo 28.2, frase 1.ª, GG, aunque sin hacerlo de forma clara y, aún más, sin justificarlo. En su «Sentencia-Rastede» el Tribunal establece a partir de la reproducción del artículo 28.2, frase 1.ª GG: «La garantía de la institución de la autonomía municipal contenida en el mismo precisa la configuración y modelación (*Ausgestaltung und Formung*) del legislador» ⁴⁹. De esta forma, se expresa en el proceso una notable aproximación a la jurisprudencia relativa al artículo 14.1 GG. Si en ésta la «propiedad», en cuanto objeto de protección, no se encuentra vinculada como otros derechos fundamentales a realidades ciertas, naturales y sociales, sino que se entiende como una concreta atribución jurídica de un objeto a un titular de derechos, es decir, como una relación de atribución estructurada jurídicamente («propiedad como producto del ordenamiento jurídico») ⁵⁰, cabe dudar, por lo que respecta al artículo 28.2, frase 1.ª, GG, si el contenido material de la autonomía municipal, delimitado directamente por la Constitución a partir de un com-

⁴⁸ Cfr. *BVerfGE*, 76, 107 (117 y ss.).

⁴⁹ *BVerfGE*, 79, 127 (143) = *DVBl*, 1989, 300 (301).

⁵⁰ SCHOCH: «Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG», *Jura*, 1989, 113 (116).

ponente espacial (local) y otra social (comunidad)⁵¹, no viene dado por la propia Constitución y no puede, por tanto, ser definido legalmente⁵². La propia Sala Segunda del Tribunal Constitucional parece no estar muy segura de su débil posición jurídico-dogmática, y prueba de ello es que en la deliberación de los fundamentos jurídicos se discute este marco conceptual. Mientras en un principio el Tribunal utiliza repetidamente el concepto «reserva de ley»⁵³, más adelante considera, de forma más consecuente con el caso y más correcta desde el punto de vista de la propia demanda, que el legislador puede regular «la institución autonomía municipal» en lo que se refiere a la atribución de competencias a los municipios⁵⁴.

Esta formulación pone de manifiesto paralelismos evidentes en relación a la determinación del contenido de la propiedad en el sentido del artículo 14.1, frase 2.ª GG⁵⁵. Desde el punto de vista del contenido, mediante esta construcción el Tribunal Constitucional se abre el camino para reconocer al legislador una prerrogativa de apreciación (*Einschätzungsprerogative*) para dar contenido al concepto constitucional «asuntos de la comunidad local» en las leyes que sustraen, distribuyen o atribuyen competencias. Dicha prerrogativa es controlable

⁵¹ SCHMIDT-JORTZIG: *Kommunalrecht*, marg. 465 y ss.; SCHMIDT-JORTZIG: «Gemeindliche Selbstverwaltung und Entwicklungszusammenarbeit», *DÖV*, 1989, 142 (145 y ss.); VON MUTIUS: en *Festgabe für Von Unruh* (nota 43), pp. 245 y s.; VON MUTIUS: *Die Gemeinde* (Schl.-H.), 1989, 193 (196).

⁵² En el debate de Speyer (nota 1) el Profesor BLÜMEL y el Dr. RENNERT (colaborador científico en el Tribunal Constitucional Federal) expresaron, reconociendo mi tesis acerca del paralelismo entre la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal y la perspectiva institucional en relación al artículo 14.1 GG, este interesante razonamiento en relación a la eliminación de la divergencia respecto a la «Sentencia-Wilhelmshaven» (nota 47): El enunciado general de la «Sentencia-Rastede» correspondería de hecho, dada la regulación general y abstracta, es decir, vigente para todos los municipios de Baja Sajonia integrados en un distrito, del artículo 1 de la Ley de Residuos de Baja Sajonia (nota 4) a la estructura del artículo 14.1 (especialmente en su frase 2.ª) GG, por lo que el mandato al legislador estaría en un primer plano, y la concepción jurídico-institucional precisería la eliminación del principio de proporcionalidad. En cambio, la «Sentencia-Wilhelmshaven» presentaría un paralelismo en relación al artículo 14.3 GG, porque el programa de ordenación territorial de Baja Sajonia impugnado (en cuanto a acto singular) a través del recurso de amparo municipal excluía una parte considerable del propio territorio de la ciudad de Wilhelmshaven como lugar prioritario para la instalación de grandes industrias. De ahí que, al igual que respecto al artículo 14.3 GG, se podría haber acudido al principio de proporcionalidad en cuanto límite de la intromisión. Frente a esta sin duda destacable forma de argumentación, se podría sostener que una perspectiva institucional no necesariamente conduce a la eliminación del principio de proporcionalidad como límite constitucional de la configuración y modelación legislativa en el marco el artículo 28.2, frase 1.ª, GG (a no ser que se negase que el principio de proporcionalidad también deriva del Estado de Derecho y se tuviese únicamente en cuenta su constitucionalización; en este sentido, el «destierro» del principio de proporcionalidad de la ordenación jurídica del Estado, *BVerfGE*, *NJW*, 1989, 2457/2460). De igual forma, el Tribunal Constitucional Federal para la configuración de la propiedad por parte de la ley en el sentido del artículo 14.1, frase 2.ª, GG; cfr. *BVerfGE*, 74, 203 (215 y ss.); 75, 78 (98 y ss.); 76, 220 (238 y ss.).

⁵³ *BVerfGE*, 79, 127 (143, 145, 146) = *DVBt*, 1989, 300 (301).

⁵⁴ *BVerfGE*, 79, 127 (152) = *DVBt*, 1989, 300 (303).

⁵⁵ Cfr. SCHOCH: *Jura*, 1989, 113 (115 y ss.), con más indicaciones bibliográficas.

jurisdiccionalmente sólo desde el punto de vista de su justificación (*Vertretbarkeit*)⁵⁶. El razonamiento adoptado por el Tribunal Constitucional lleva, consecuentemente, a que la potestad reguladora del legislador en relación a la atribución de competencias a los municipios (fuera del núcleo del art. 28.2, 1.ª frase GG) no puede seguir limitándose a través del ejercicio de proporcionalidad, sino que en la actual situación deba seguirse una nueva relación regla-excepción, entendida no como simple técnica de regulación, sino como expresión de un principio también material de distribución descentralizada de competencias⁵⁷. Sobre este punto se volverá más adelante⁵⁸.

2. CONTENIDO DE LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

Aunque el concepto estructural del Tribunal Constitucional Federal varíe claramente, pues, de la concepción reinante hasta entonces en torno a la sistemática del artículo 28.2, frase 1.ª GG, las siguientes consideraciones deben tomarse como punto de partida para aclarar las principales afirmaciones del Tribunal. Hay dos aspectos que no quiero entrar a analizar, no por carecer de importancia, sino porque el Tribunal Constitucional, de forma totalmente adecuada, sólo se limita a ratificar aquello que ya se había consolidado anteriormente y que ahora no podía ser puesto en duda seriamente: la reserva de ley «en el marco de las leyes» (art. 28.2, frase 1.ª GG) no se refiere únicamente a la forma de ejercer la competencia municipal⁵⁹, sino también al ámbito material de la misma («asuntos de la comunidad local»)⁶⁰. Esto ha sido incluso expresado por el Tribunal Constitucional en forma de directriz en la única conclusión de la sentencia que está cuidadosamente argumentada⁶¹ (primera directriz)⁶². Por otro lado, el Tribunal ha reforzado la llamada vigencia interlocal del derecho de autonomía de los

⁵⁶ BVerfGE, 79, 127 (154) = DVBl, 1989, 300 (304).

⁵⁷ BVerfGE, 79, 127 (149) = DVBl, 1989, 300 (302).

⁵⁸ Cfr. II.2.b).

⁵⁹ En este sentido, sin embargo, KNEMEYER, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), p. 224; CLEMENS: *StT*, 1986, 258 (263); ERLenkÄMPER: «Entwicklung im Kommunalrecht», *NVwZ*, 1986, 989 (992).

⁶⁰ En este sentido, la opinión mayoritaria hasta el momento; BLÜMEL, en *Festgabe für von Unruh* (nota 40), pp. 270, 299 y s.; VON MUTIUS: *Festgabe für von Unruh* (nota 43), p. 250; SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), p. 117; ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), p. 329; HINKEL: *NVwZ*, 1985, 225 (229); BROHM: «Gemeindliche Selbstverwaltung und staatliche Raumplanung», *DÖV*, 1989, 429 (431); HERZOG: «Die kommunale Selbstverwaltung im Kreis - ihre verfassungsrechtliche Stellung und ihre politische Bedeutung», en *40-Jahr-Feier des Landkreistages Rheinland-Pfalz*, 1989, p. 25 (27).

⁶¹ Cfr. BVerfGE, 79, 127 (143 y ss.) = DVBl, 1989, 300 (301).

⁶² Cfr. nota 38.

municipios⁶³, coincidiendo en ello con la opinión mayoritaria⁶⁴ y rechazando⁶⁵ de esta forma de modo concluyente todos los modelos de asociación⁶⁶.

Más allá de esto, los pronunciamientos centrales de la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal giran en torno al ámbito de configuración y regulación de la ley, ámbito que es de nueva creación y tiene nuevos perfiles. Por un lado, se refieren al núcleo de la garantía de la autonomía municipal y, por otro, se ocupan del ámbito de protección existente más allá de la garantía del contenido esencial.

a) Núcleo de la garantía de la autonomía municipal

En relación a la ya mencionada garantía institucional de la propiedad privada del artículo 14.1 GG siempre se ha reconocido que para poder hablar seriamente y desde un punto de vista sustantivo de una garantía institucional deben citarse los caracteres que determinan este tipo normativo. Por el momento, los caracteres estructurales se definen a través de los conceptos «utilidad privada» (*Privatnützigkeit*), «poder de disposición general» (*grundssätzliche Verfügungsbefugnis*) sobre el objeto de la propiedad y «garantía del contenido» (*Gewährleistung der Substanz*) de la propiedad⁶⁷. La autonomía municipal como garantía institucional se caracterizaba hasta la fecha porque tanto los tribunales como la doctrina operaban permanentemente con los conceptos «núcleo» y «contenido esencial», sin que nadie pudiese decir positiva y, sobre todo, concretamente qué debía ser «lo esencial», «que no podía ser sustraído de una institución sin modificar su tipo y estructura»⁶⁸.

⁶³ BVerfGE, 79, 127 (150) = DVBl, 1989, 300 (303).

⁶⁴ BVerwG, NVwZ, 1984, 378 = DVBl, 1984, 679 (680) = DÖV, 1984, 548; OVG, Lüneburg, DÖV, 1980, 417 y s.; VON MUTIUS, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), p. 254 y s.; VON MUTIUS: *Jura*, 1982, 28 (36); STERN: *Staatsrecht*, I (nota 42), § 12, II.4.d) (= p. 418); SCHMIDT-ASSMAN: *Kommunalrecht* (nota 19), p. 111; ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), p. 335; KNEMEYER, en *Festschrift Bayerischer Gemeindegtag* (nota 40), p. 116.

⁶⁵ En este sentido, por ejemplo VON MUTIUS: Gutachten E zum 53, DJT (nota 43), pp. 18, 20 y s.; VON MUTIUS: *Jura*, 1982, 28 (30); VON MUTIUS, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), pp. 236 y s.; KNEMEYER, en: *Festgabe für von Unruh* (nota 43), págs. 215 y ss.; BLÜMEL, en *Festgabe für von Unruh* (nota 40), pp. 278 y s.; BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (311 y s.); BROHM: DVBl, 1983, 293 (295 y s.); BROHM: «Die Eigenständigkeit der Gemeinden», DÖV, 1986, 397 (399); KRÜGER: «Die Aufgabenallzuständigkeit der Gemeinden — ein verfassungsrechtliches Hindernis für eine leistungsfähige Verwaltungsorganisation?», en *NWVBl*, 1987, 97 y s.; KÖSTERING: «Gemeinde- und Kreisaufgaben im kreisangehörigen Raum - Das Verhältnis zwischen Gemeinde und Kreisaufgaben einschließlich der Funktionalreform», en *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Band 3, 2.ª edición, 1983, pp. 39 (45 y s.).

⁶⁶ Con ello sólo se hace referencia al llamado «entendimiento funcional de la autonomía (funktionalle Selbstverwaltungsverständnis): cfr., por todos, ROTERS, en VON MÜNCH (ed.): GG, 2.ª edición, 1983, art. 28, marg. 30 y ss.

⁶⁷ Cfr. SCHOCH: *Jura*, 1989, 113 (115, 116).

⁶⁸ STERN: *Staatsrecht*, I (nota 42), § 12, II.4.d) (= 416).

aa) *Delimitación por parte de Tribunal Constitucional Federal*

El Tribunal Constitucional lleva a cabo ahora el intento de acercarse un paso más a una definición clara. Basándose dogmáticamente en el inciso «bajo propia responsabilidad», en sentencias anteriores se había efectuado una delimitación positiva en la medida en que se enumeraron los conocidos «derechos de soberanía» (*Hoheitsrechte*), es decir, la potestad sobre el territorio (*Gebietshoheit*), la potestad de organización (*Organisationshoheit*), la potestad sobre el propio personal (*Personalhoheit*), la potestad sobre las finanzas (*Finanzhoheit*) y la potestad reglamentaria (*Satzungshoheit*)⁶⁹. Ahora, el Tribunal Constitucional se expresa de forma más decidida que nunca⁷⁰ en relación a la segunda⁷¹ característica estructural del artículo 28.2, 1.ª frase GG: la universalidad de la esfera de actuación de los municipios.

El método utilizado para determinar el núcleo de la autonomía municipal permanece intacto⁷²; de forma especial se tiene en cuenta la evolución histórica y las diversas formas de aparición de la autonomía municipal⁷³. Al igual que hasta ahora⁷⁴ se rechaza describir un ámbito de actuación determinado de una vez por todas. Ello constituye una sabia autolimitación ante la permanente alteración de las circunstancias que condicionan, tanto jurídica como fácticamente, las competencias materiales que deben ser cumplidas. El Tribunal Constitucional resume su posición en la segunda directriz de la «Sentencia-Rastede»: «Al contenido esencial de la autonomía municipal no le corresponde ningún catálogo de competencias determinado concretamente ni determinable a partir de criterios estables, pero sí la potestad de atribuirse, sin ningún título competencial específico, todos los asuntos de la

⁶⁹ Cfr. por ejemplo: *BVerfGE*, 52, 95 (117); *BVerfG*, *BayVBl*, 1987, 556; también *BVerwG*, *NVwZ*, 378 (379) = *DVBl*, 1984, 679 (680 y s.) = *DÖV*, 1984, 548 (549). En este sentido, la doctrina desde hace ya algún tiempo; cfr. STÖBER: *Kommunalrecht*, pp. 30 y ss.; WOLFF, BACHOF y STÖBER: *Verwaltungsrecht*, II, § 86, marg. 51 y ss.; SEEWALD: *Kommunalrecht* (nota 43), pp. 28 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), pp. 119 y ss.

⁷⁰ Cfr. entre la jurisprudencia más antigua, sobre todo, *BVerfGE*, 8, 122 (132 y ss.) y 22, 180 (204 y ss.); posteriormente, *BVerfGE*, 21, 117 (128 y s.); 23, 353 (365); 50, 195 (201).

⁷¹ De forma poco precisa, FRERS: «Zum Verhältnis zwischen Gemeinde und Gemeindeverband nach art. 28, II, GG», *DVBl*, 1989, 449 (450), que en sus explicaciones en torno a la delimitación positiva del núcleo de la autonomía municipal omite que el artículo 28.2, frase 1.ª, GG se distingue por la existencia de dos caracteres estructurales. La diferenciación radical entre la competencia plena, por un lado, y la propia responsabilidad (en su cumplimiento) por otro, se pone de manifiesto por muchos motivos, y en este contexto no en último lugar también por las exigencias de contenido («en el marco de las leyes») de las regulaciones de que son responsables los propios municipios (cfr. III, 2).

⁷² Cfr. las *BVerfGE*, 1, 167 (178); 7, 358 (364); 8, 332 (360); 11, 266 (274); 17, 172 (182); 22, 180 (205); 26, 172 (180); 38, 358 (278 y s.); 50, 195 (201); 59, 216 (226); 76, 107 (118).

⁷³ *BVerfGE*, 79, 127 (146) = *DVBl*, 1989, 300 (301).

⁷⁴ Cfr. por ejemplo: *BVerfGE*, 76, 107 (118). Asimismo en las «Sentencias-Rastede» del OVG, Lüneburg, *DÖV*, 1980, 417 (418 y s.) = *DVBl*, 1980, 81 (82) y *BVerwGE*, 67, 321 (323).

autonomía local que no hayan sido transferidos legislativamente a otras instancias del poder público»⁷⁵.

A primera vista, esta formulación seguramente promete más de lo que realmente puede albergar. En otro pasaje de su sentencia, el Tribunal Constitucional aclara esta directriz en el sentido de que es potestad de los municipios el atraer funciones que no han sido ocupadas⁷⁶. La competencia plena de los municipios, limitada, sin embargo, a los asuntos de la comunidad local y ajena a las llamadas cuestiones de política general⁷⁷, debe reconocerse como el elemento esencial de la autonomía municipal y se contrapone al ámbito competencial específico de las agrupaciones de municipios atribuido expresamente por vía legislativa⁷⁸.

bb) Consecuencias

Las consecuencias de esta concepción del núcleo de la autonomía municipal podrían ir bastante lejos. Si en principio sólo se trata de ámbitos de actuación no regulados legalmente, dicho núcleo únicamente engloba *a priori*, si se toma la palabra al Tribunal Constitucional, a los llamados asuntos de regulación voluntaria por parte de los municipios. Pero como de la Constitución se deriva, además, que sólo están en juego asuntos de la comunidad local, la garantía del contenido esencial no obstaculiza el tantas veces descrito⁷⁹ «proceso de deslocalización» (*Entörtlichungsprozeß*) que tiene lugar en el moderno Estado social y prestacional. El Tribunal Constitucional señala al respecto de forma precisa y categórica: «El principio de competencia plena de los municipios no ofrece ninguna protección frente a este proceso»⁸⁰. De ahí que detrás del núcleo de la autonomía municipal sólo subyazca la prohibición de acabar jurídica o materialmente con la autonomía municipal o de incitar su vaciamiento subrepticio⁸¹. Para ello debería demostrarse positivamente, sin embargo, que el nivel de funciones que si-

⁷⁵ Cfr. nota 38.

⁷⁶ BVerfGE, 79, 127 (147) = DVBl, 1989, 300 (302).

⁷⁷ Cfr., en relación a este enunciado excluyente, SCHMIDT-JORTZIG: *Kommunalrecht* (nota 19), pp. 144 y s.; SCHMIDT-JORTZIG: *DÖV*, 1989, 142 (146 y s.).

⁷⁸ BVerfGE, 79, 127 (147) = DVBl, 1989, 300 (302).

⁷⁹ Cfr. por muchos, BLÜMEL: *Das verfassungsrechtliche Verhältnis von Gemeinden und Landkreisen*, 1979, pp. 14 y ss.; VON MUTIUS, «Gutachten E zum 53», *DJT* (nota 43), págs. 60 y ss.; VON MUTIUS, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), pp. 231 y ss.; ROTERS, en VON MÜNCH: *GG*, Bd. 2, Art. 28, marg. 41 y ss., MAUNZ: «Die Verankerung des Gemeinderechts im Grundgesetz», *BayVBl*, 1984, 417 (420 y s.); bibliografía complementaria en SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), p. 115, y ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), pp. 326 y s.

⁸⁰ BVerfGE, 79, 127 (149) = DVBl, 1989, 300 (302).

⁸¹ En este sentido, BVerfGE, 1, 167 (174 y s.); 22, 180 (204 y s.); 23, 353 (367); 38, 258 (279); 56, 298 (312); 76, 107 (118).

guen perteneciendo a los municipios tras un recorte de sus competencias es insuficiente para que pueda ejercerse su autonomía⁸². En el caso Rastede, el Tribunal Constitucional Federal⁸³, en consonancia con el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Lüneburg⁸⁴ y el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo⁸⁵, ha podido llegar fácilmente a la conclusión de que aplicando este método de sustracción (por otra parte, frecuentemente criticado)⁸⁶ en relación a los concretos ámbitos de competencia municipal⁸⁷ que subsisten teniendo en cuenta el artículo 1 (apartados primero y segundo) de la Ley de Residuos de Baja Sajonia⁸⁸, no puede hablarse de una mera presencia simbólica de la autonomía municipal. La jurisprudencia constitucional en torno al núcleo de la autonomía municipal ofrece, sin embargo, perspectivas interesantes en relación a la llamada competencia de complementación y de compensación de los distritos⁸⁹.

b) *Ambito de protección más allá de la garantía del contenido esencial*

Ante la insuficiente efectividad, puesta de nuevo de manifiesto, de la garantía del núcleo de la autonomía municipal⁹⁰, debe centrarse la atención en el ámbito de protección existente más allá del contenido esencial. La existencia de esta otra esfera de garantía hace mucho tiempo que no se discute⁹¹. Como mucho a partir de 1980, su contenido

⁸² BVerfGE, 79, 127 (148) = DVBl, 1989, 300 (302).

⁸³ BVerfGE, 79, 127 (155) = DVBl, 1989, 300 (304).

⁸⁴ OVG, Lüneburg, DÖV, 1980, 417 (419) = DVBl, 1980, 81 (82).

⁸⁵ BVerfGE, 67, 321 (327).

⁸⁶ Cfr. BLÜMEL: *Verhältnis von Gemeinden und Landkreisen* (nota 79), p. 21; BLÜMEL en *Festgabe für von Unrub* (nota 40), p. 277; BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (321); KNEMEYER en *Festgabe für von Unrub* (nota 43), pp. 212 y s. («Salami-Taktik»); KNEMEYER en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 40), p. 113; de forma diferente, ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), p. 330.

⁸⁷ Cfr. al respecto los análisis (que procuran ser equilibrados y evitar criterios unilaterales) de VON BROHM: *DVBl*, 1984, pp. 293 y ss.; VON BROHM: *DÖV*, 1986, pp. 397 y ss.; HINKEL: *NVwZ*, 1985, pp. 225 y ss.; KÖSTERING: «Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung als konstitutives und politisches Element unserer staatlichen Ordnung», *VR*, 1986, pp. 241 y ss.; SCHÄFER y STRICKER: «Die Aufgaben der Gemeinden und ihre Entwicklung», en GABRIEL (ed.): *Kommunale Demokratie zwischen Politik und Verwaltung*, 1989, pp. 35 y ss.

⁸⁸ Cfr. nota 4.

⁸⁹ Cfr. III.1.c).

⁹⁰ Hasta el momento no se ha dado a conocer ninguna sentencia del Tribunal Constitucional que haya declarado la inconstitucionalidad de una intromisión legislativa en la esfera de la autonomía municipal por haber violado el contenido esencial de ésta; cfr. respecto a este hecho y sus posibles consecuencias BLÜMEL, en *Festgabe für von Unrub* (nota 40), pp. 276 y ss.

⁹¹ Cfr. *BVerwGE*, 67, 321 (323); *BVerwG*, *NVwZ*, 1984, 378 (379) = *DVBl*, 1984, 679 (680) = *DÖV*, 1984, 548; *BVerwG*, *NVwZ-RR*, 1989, 377 (379); BLÜMEL, en *Festgabe für von Unrub* (nota 40), p. 282 y s.; HINKEL: *NVwZ*, 1985, 225 (228 y s.); CLEMENS: *StT*, 1986, 258 (263 y s.); SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), pp. 118 y s.; ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), pp. 332 y s.

jurídico empezó a examinarse sobre todo, aunque no solamente⁹², en base a los criterios enmarcados en el principio de proporcionalidad⁹³. Sin referirse en ningún momento a la evolución anterior⁹⁴, en los Fundamentos Jurídicos de esta sentencia el Tribunal Constitucional evita escrupulosamente la utilización del concepto «proporcionalidad»⁹⁵ y sorprende⁹⁶ a la doctrina con un principio de distribución de compe-

⁹² Cfr. VON MUTIUS: «Gutachten E zum 53», *DJT* (nota 43), pp. 42 y ss.; BLÜMEL, en *Festgabe für von Unruh* (nota 40), p. 283.

⁹³ Así, en todo caso, la nómine opinión de la jurisprudencia y la doctrina; cfr. StGH Bad.-Württ., *ESVGH*, 28, 1 (3, 5 y s.); *VerfGH*, NW, *DVBl*, 1979, 668 (669), con comentarios de PÜTTNER: *VerfGH* NW, *DÖV*, 1983, 726 y s. = *DVBl*, 1983, 714 (715), con comentarios de PÜTTNER; *SaarVerfGH*, *NVwZ*, 1986, 1008 (1009); *BayVerfGH*, *DVBl*, 1989, 308 (309 y s.) = *KStZ*, 1989, 34 (35 y s.); *BVerwGE*, 67, 321 (323, 325, 329); *BVerwG*, *NVwZ-RR*, 1989, 378 (379); *OVG*, Lüneburg, *DÖV*, 1980, 417 (418) = *DVBl*, 1980, 81 (82); *VGH*, Bad.-Württ., *NuR*, 1984, 274 (276); *VGH*, Bad.-Württ., *ESVGH*, 38, 184 (188, 193) = *DÖV*, 1988, 649 (650, 651) = *VB/BW*, 1989, 100 (101, 103); *VGH*, Bad.-Württ., *NVwZ*, 1989, 978 (980); *OVG*, Koblenz, *AS* 20, 58 (70 y s.) = *DVBl*, 1986, 249 (252 y s.); *OVG* Koblenz, *DÖV*, 1988, 310 (311); VON MUTIUS: Gutachten E zum 53, *DJT* (nota 43), pp. 42 y ss.; VON MUTIUS: *Jura*, 1982, 28 (38 y s.); VON MUTIUS: *Festgabe für von Unruh* (nota 43), p. 252; BLÜMEL: *Festgabe für von Unruh* (nota 40), pp. 283 y ss.; BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (320 y ss.); PAPIER: *DVBl*, 1984, 453 (454 y ss.); HASSEL: *VR*, 1984, 145 (147); HINKEL: *HSGZ*, 1985, 182 (184); HESSEL: *NVwZ*, 1985, 225 (229 y s.); BROHM: *DVBl*, 1984, 293 (296, 298); BROHM: *DÖV*, 1989, 429 (431); CLEMENS: *StT*, 1986, 258 (264); PIETZCKER: *NVwZ*, 1989, 601 (606 y s.); STERN: *Staatsrecht*, I (nota 42), § 12, II.4.d) (= p. 415); WOLFF, BACHOF y STÖBER: *Verwaltungsrecht*, II, § 86, marg. 165; STÖBER: *Kommunalrecht*, p. 48; SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), p. 119; ERICHSEN: *Kommunalrecht* NW (nota 43), p. 333; PIEROTH, en JARASS y PIEROTH: *GG*, Art. 28, marg. 13.

⁹⁴ El propio Tribunal Constitucional Federal no sólo ha participado en esta evolución, sino que, como ponen de manifiesto muchas de las citas contenidas en la nota 93, la ha impulsado constantemente. Cfr., por ejemplo, *BVerfGE*, 26, 228 (239, 241): «proporcionalidad» como límite frente a una intromisión legislativa en forma de exclusión normativa de un municipio de una responsabilidad conjunta en materia escolar; *BVerfGE*, 56, 298 (313): protección «desde el punto de vista de la proporcionalidad» frente a limitaciones reglamentarias del poder de planificación de determinados municipios; *BVerfG*, *NVwZ*, 1982, 95: comprobación de la inclusión por vía legislativa de una ciudad en un distrito a partir de «los principios básicos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad»; *BVerfGE*, *NVwZ*, 1982, 306 (308) = *JZ*, 1982, 288 (290) = *DVBl*, 1982, 27 (29): comprobación de una intromisión reglamentaria en la potestad de los municipios de dictar ordenanzas tomando el «principio de la proporcionalidad» como parámetro; *BVerfGE*, 76, 107 (119, 122, 13): en relación a la proporcionalidad de una ley que faculta al reglamento el limitar la potestad de planificación de municipios individualmente considerados en relación a zonas delimitadas espacialmente.

⁹⁵ Por ello, no es acertado seguir pidiendo al Tribunal Constitucional «que las limitaciones operadas por ley que van más allá del llamado núcleo de protección... deban ser controladas a la luz del principio de proporcionalidad». En este sentido, VON MUTIUS: *Die Gemeinde* (Schl.-H.), 1989, 193 (194).

⁹⁶ Dada la posición doctrinal que el propio Tribunal Constitucional Federal había contribuido a configurar (cfr. notas 93 y 94), puede calificarse de infrecuente e incomprensible el que el Tribunal haya preferido una «desaparición secreta» del principio de proporcionalidad del artículo 28.2 *GG* a una explicación fundamentada. El Tribunal Constitucional Federal tampoco puede haber partido implícitamente del hecho de que sus sentencias (cfr. nota 94) afectaban a otros supuestos de hecho, ya fueran intromisiones en la responsabilidad propia de los municipios en el sentido del artículo 28.2, frase 1.ª, *GG* (y no de la competencia plena de los mismos) o intromisiones en el derecho de autonomía de municipios aisladamente considerados. Por una parte, este tipo de supuestos no se encuentra en la base de todas las sentencias. Por otra, las anteriores consideraciones del Tribunal Constitucional Federal pueden haber pretendido ser susceptibles de generalización (en este sentido, BLÜMEL, en *Festgabe für von Unruh*, pp. 286 y s.; por

tencias entre el artículo 28.2, frases 1.ª y 2.ª GG, que se estructura en forma de regla y excepción y que hasta el momento no había sido formulado de este modo.

aa) *Principio de distribución competencial según el artículo 28.2 GG*

Acudiendo al en este sentido inequívoco texto constitucional, tanto la jurisprudencia⁹⁷ como la doctrina⁹⁸ habían partido hasta ahora de la primacía de los municipios en el cumplimiento de funciones dentro del ámbito de la competencia plena⁹⁹. Después de que el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo intentase jurisdiccionalmente poner en duda estas bases constitucionales¹⁰⁰, el Tribunal Constitucional Federal hace valer su autoridad de forma quizá demasiado clásica. Refiriéndose varias veces a la llamada función político-democrática de la autonomía municipal¹⁰¹, así como al principio organizativo de la «construcción de la democracia de abajo hacia arriba» (art. 11.4 de la Constitución de Baviera), el Tribunal Constitucional¹⁰² deduce del artículo 28.2 GG (precepto que tiene un carácter descentralizador) una relación de regla-excepción no como simple técnica jurídica, sino como expresión de un principio material¹⁰³ de distribución de competencias [cfr. también directriz 3, a]¹⁰⁴. Este principio de distribución competencial en relación a los asuntos de la comunidad local, que tam-

lo demás, la doctrina mayoritaria aludida en la nota 93 debería haber cometido un error fundamental), y finalmente el Tribunal ya tenía motivos para abordar expresamente el principio de proporcionalidad, porque su abandono suscita interrogantes no resueltos en relación a los límites institucionales de las intromisiones en la responsabilidad propia de los municipios (cfr. III.2).

⁹⁷ De forma significativa, por ejemplo: *BVerfGE*, 21, 117 (128); 23, 353 [365]; *VerfGH NW*, *DVB*, 1981, 216 (217)]; *OVG Lüneburg*, *NST-N*, 1987, 309 (310); asimismo, en su «Sentencia-Rastede» el *OVG Lüneburg*, *DÖV*, 1980, 417 (418).

⁹⁸ Cfr. por ejemplo: CLEMENS: *SfT*, 1986, 258 (262); KRÜGER: *NWVBl*, 1987, 97, 98; KNE-MEYER, en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 40), pp. 108 y ss.; BERG: «Allzuständigkeit der Gemeinden und gesetzlich zugewiesene Aufgaben der Landkreise und Bezirke», en KNE-MEYER (ed.): *Bayerische Gemeinden - Bayerischer Gemeindetag, Festschrift 75 Jahre Bayerischer Gemeindetag*, 1987, pp. 135 (148 y s.).

⁹⁹ En este sentido se ha hablado frecuentemente de una «presunción de competencia plena» en favor de los municipios. Cfr. por ejemplo: *OVG Lüneburg*, *DÖV*, 1980, 417 (418); VON MUTIUS en: *Festgabe für von Unruh* (nota 43), p. 246; BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 197 (208); KNE-MEYER, en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 40), p. 110; WOLFF, BACHOF y STOBER: *Verwaltungsrecht*, II, § 86, marg. 49; de forma crítica, CLEMENS: *SfT*, 1986, 258 (262).

¹⁰⁰ *BVerwGE*, 67, 321 (324).

¹⁰¹ Cfr. al respecto, sobre todo, HILL: *Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform*, 1987, *passim*.

¹⁰² *BVerfGE*, 79, 127 (149) = *DVB*, 1989, 300 (302).

¹⁰³ La instrumentalización de la figura de la «relación regla-excepción» como principio de distribución material de competencias puede comprobarse en el ordenamiento jurídico de diversas maneras. Cfr. SCHOCH: *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, pp. 1128 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. nota 38.

bién es válido en favor de los municipios integrados de distritos frente a éstos, debe ser respetado por el legislador ¹⁰⁵.

bb) *Asuntos de la comunidad local*

Si en la nueva estructuración del artículo 28.2 GG no se reconoce hasta el momento ninguna mejora desde el punto de vista de la racionalidad, el Tribunal Constitucional ofrece a continuación una sorpresa. Dado que el principio de distribución competencial del artículo 28.2 GG también garantiza a los municipios un ámbito de competencias frente a los distritos que engloba de forma general a todos los asuntos de la comunidad local, es preciso determinar qué forma parte de dichos asuntos. Teniendo en cuenta el texto constitucional, los diversos intentos de definición ¹⁰⁶ habían prestado atención, obviamente, a los elementos espacial y social mencionados anteriormente ¹⁰⁷. Junto a ello y con el trasfondo de la reforma territorial y funcional, el potencial de actuación de los municipios había adquirido una importancia creciente y parcialmente incluso determinante en los intentos de interpretación ¹⁰⁸.

El Tribunal Constitucional Federal contradice ahora este hecho de una forma bastante apodíctica y sin ningún tipo de explicación ¹⁰⁹. En base a la doble función del concepto «asuntos de la comunidad local» —por una parte, delimitación de la competencia plena de los municipios frente al ámbito competencial de la política general, y, por otra

¹⁰⁵ BVerfGE, 79, 127 (150) = DVBl, 1989, 300 (303).

¹⁰⁶ Cfr. VON MUTIUS: «Gutachten E zum 53», DJT (nota 43), pp. 17 y s.; VON MUTIUS, Jura 1982, 28 (30 y s.); VON MUTIUS, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), pp. 245 y s.; SCHMIDT-JORTZIG: *Kommunalrecht*, marg. 465 y ss.; SCHMIDT-JORTZIG: DÖV, 1989, 142 (144 y ss., 148); KNEMEYER, en *Festschrift Bayerischer Gemeindegtag* (nota 40), pp. 109 y s.; BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (308 y s.); KRÜGER: *NWVBL*, 1987, 97 (98, 99 y ss.); STERN: *Staatsrecht*, I [(nota 42), §12 II.4.d)] (= pág. 142 y s.); SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), pp. 114 y 116; ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), pp. 325 y ss.; VON UNRUH: «Die kommunale Selbstverwaltung - Recht und Realität», en *Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung. Das Parlament*, B 30-31/89, de 21 de julio de 1989, p. 3 (9).

¹⁰⁷ Cfr. nota 51.

¹⁰⁸ BVerwGE, 67, 321 (324); BVerwG, NVwZ, 1984, 378 (380) = DVBl, 1984, 679 (682) = DÖV, 1984, 548 (550); OVG, Koblenz, AS, 19, 83 (85) = DVBl, 1985, 179 (189); VON MUTIUS: «Gutachten E zum 53», DJT (nota 43), p. 19; VON MUTIUS: *Jura*, 1982, 28 (31); VON MUTIUS, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), p. 246; HASSEL: *VR*, 1984, 145 (151); CLEMENS: *StT*, 1986, 258 (262); SCHMIDT-JORTZIG: DÖV, 1989, 142 (147); KÖSTERING, en *H&WP*, III (nota 65), p. 50; WOLFF, BACHOF y STÖBER: *Verwaltungsrecht*, II, § 86, marg. 48; ERICHSEN, en GRIMM y PAPIER (nota 43), p. 192; ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), p. 328.

¹⁰⁹ Al respecto debe apuntarse que el propio Tribunal Constitucional había llamado hacía tiempo la atención en el sentido de que por lo que al cumplimiento de las competencias materiales se refiere, la delimitación competencial entre municipio y distrito se determinaba en gran medida en función del respectivo rendimiento de municipio y del distrito; BVerfGE, 23, 353 (368). En BVerfGE, 26, 228 (239) el Tribunal también apunta que el derecho de autonomía municipal dependía de la capacidad de rendimiento del propio municipio.

parte, atribución de esta esfera a la constitucionalmente deseada participación de los ciudadanos en la Administración Pública— el Tribunal Constitucional ¹¹⁰ confirma, en primer lugar, su anterior jurisprudencia ¹¹¹, según la cual asuntos de la comunidad local son aquellas necesidades e intereses que se enraizan en la comunidad local o que tienen una relación específica frente a ella. El Tribunal ¹¹² añade rápidamente la destacable ¹¹³ consideración de que dichas necesidades deben ser comunes a los habitantes del municipio en cuanto tales, «en la medida en que afectan a la convivencia de los hombres en la comunidad política. Para ello poco importa el potencial de actuación (*Verwaltungskraft*) del municipio ¹¹⁴».

cc) *Criterios jurídico-materiales para la distribución competencial por parte del legislador*

La segunda mitad de la cita encierra una «carga explosiva jurídico-material». Esta consideración todavía no afecta al rechazo ¹¹⁵ a través de dicha concepción de la fallida tesis del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo acerca de la existencia de un nivel uniforme de prestación a escala local, que debería ser alcanzado por las ciudades en los lugares en que no hay distritos y por los municipios y los distritos conjuntamente cuando éstos existen ¹¹⁶. En realidad, no puede imputarse al artículo 28.2, frase 1.ª GG una diferenciación entre funciones locales de los municipios y funciones supralocales de los distritos que permitiese a éstos participar en el contenido de la garantía de la competencia plena de los municipios ¹¹⁷. Más allá de esto, la atribución de competencias que no están especialmente relacionadas con la comunidad local no presenta problemas, ya que el ámbito de protección del artículo 28.2, frase 1.ª GG, ni siquiera entra en juego ¹¹⁸.

Por el contrario, «una competencia con marcado carácter local», en opinión del Tribunal Constitucional ¹¹⁹ (y las correspondientes consideraciones bien merecen una cita más larga), «sólo puede ser sustraí-

¹¹⁰ *BVerfGE*, 79, 127 (151) = *DVBt*, 1989, 300 (303).

¹¹¹ *BVerfGE*, 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120).

¹¹² *BVerfGE*, 79, 127 (151 y s.) = *DVBt*, 1989, 300 (303).

¹¹³ FRERS: *DVBt*, 1989, 449: «nueva definición»; ULLRICH: *VR*, 1989, 289 (291): «todavía no puede ser valorada adecuadamente».

¹¹⁴ Esta definición también se contiene en la cuarta directriz de la sentencia (nota 38).

¹¹⁵ *BVerfGE*, 79, 127 (152) = *DVBt*, 1989, 300 (303).

¹¹⁶ En este sentido, *BVerwGE*, 67, 321 (324).

¹¹⁷ *BVerfGE*, 79, 127 (152) = *DVBt*, 1989, 300 (303).

¹¹⁸ También en este sentido, *BVerfGE*, 79, 127 (152) = *DVBt*, 1989, 300 (303), aunque de forma consecuente con la nueva estructuración del artículo 28.2, frase 1.ª, GG, se evita utilizar el concepto «ámbito de protección».

¹¹⁹ *BVerfGE*, 79, 127 (153) = *DVBt*, 1989, 300 (303 y s.).

da a los municipios por parte del legislador en aras del interés común, sobre todo, por tanto, si no se pudiese asegurar de otro modo el ordenado cumplimiento de dichas competencias. Por contra, el mero objetivo de la simplificación administrativa o de la concentración de competencias en aras, por ejemplo, de la clarificación de la organización administrativa, debe ser rechazado como justificación de la sustracción de competencias, ya que ello pretende exclusivamente la eliminación de una situación que viene exigida por la distribución descentralizada de competencias deseada por la Constitución. Asimismo, motivos de economía y ahorro de la Administración pública en su conjunto no justifican por sí mismos que competencias municipales sean transferidas a los distritos, sino únicamente en el caso de que la continuidad de la competencia a nivel municipal conllevara un crecimiento desproporcionado de los costes. Una Administración organizada de forma centralizada realmente podría actuar de modo más económico y racional en muchos ámbitos; pero la Constitución contrapone frente a estas consideraciones de carácter económico el elemento político-democrático de la participación de la ciudadanía local en el cumplimiento de las funciones públicas, dándole a éste la primacía. El Estado está por ello limitado, en primer lugar, a garantizar que los municipios lleven a cabo sus competencias siguiendo los principios básicos de economía y ahorro; el hecho de que otras instancias pudiesen satisfacer en ámbitos especialmente mayores la misma competencia de forma más económica en conjunto no legitima, por lo menos en principio, ninguna sustracción de funciones».

En este punto ya aparecen tres consideraciones que deben ser valoradas y analizadas con perspectiva. Si las consideraciones son acertadas, apenas ninguna frase de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Baden-Wurtemberg ¹²⁰ mencionada al principio, en relación a la transferencia de competencias sobre eliminación de residuos operada por la Ley de Residuos del *Land* Baden-Wurtemberg de 18 de noviembre de 1975 ¹²¹, es correcta. Más allá de esto, la obligación del Estado de garantizar que los municipios lleven a cabo sus competencias siguiendo los principios de economía y ahorro podría volver a impulsar el debate en torno a la suficiente financiación de los municipios ¹²².

¹²⁰ Cfr. nota 5.

¹²¹ BLÜMEL: «Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart», *VVDStRL*, 36 (1978), 171 (211 y ss.), ya adopta una posición de rechazo.

¹²² Cfr. al respecto STARGARDT: «Kommunale Finanzstrukturen im Umbruch: Stille Auslöschung oder konzeptioneller Wandel?», *Der Gemeindehaushalt*, 1988, pp. 25 y ss.; KARRENBURG: «Zur aktuellen Haushaltsentwicklung der Kommunen», *Der Gemeindehaushalt*, 1988, pp. 73 y ss.; FORNDRAN: «Kommunale Finanzen an der Belastungsgrenze?», *Sparkasse*, 1988, pp. 156 y ss.; MÜNSTERMANN: «Kommunaler Finanzausgleich in den Bundesländern - Aktuelle Entwicklungstendenzen und Verteilungsprobleme», *ZKF*, 1988, pp. 74 y ss., 102 y ss.; KNEMEYER: «Kommunales Selbstverwaltungsrecht und Finanzaussattung der Städte», *StT*, 1980, pp. 330 y ss.; cfr., más allá, la posición del Gobierno Federal en relación a la situación financiera de las ciudades,

Y finalmente, se pone de manifiesto una crítica funcional en relación al radio de acción de los distritos. En este sentido, sólo el cumplimiento de competencias supramunicipales por parte de los mismos se encuentra fuera de discusión. Sin embargo, debe dilucidarse cuál es el conjunto de competencias que deben ser asumidas por los distritos desde el punto de vista de la función de complementación y compensación ¹²³. En el marco de esta crítica es evidente que el instrumento de financiación de la contribución al distrito también se encuentra en el banco de pruebas.

dd) *Competencia de concreción de los criterios jurídico-materiales*

La espada de Damocles que los distritos podían imaginar que pendía sobre sus cabezas a la luz de este régimen constitucional jurídico-material no existe en absoluto en la realidad. El Tribunal Constitucional Federal todavía reconoce que el análisis de si y en qué medida una competencia concreta constituye un asunto de la comunidad local debe ser llevado a cabo de forma diferente en función del tamaño de los municipios que se encuentran implicados. La atribución debe realizarse en base a criterios materiales y orientada a las exigencias requeridas para un cumplimiento ordenado de las competencias. En todo caso: «en la valoración de la incidencia y peso local de una competencia debe reconocerse un ámbito de apreciación al legislador» ¹²⁴.

Si no me equivoco, esta tesis es nueva ¹²⁵. Precisamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se había hablado recientemente y de forma creciente de un ámbito legislativo de apreciación y valoración. En el marco del artículo 28.2, frase 1.ª GG, los puntos de referencia para ello habían sido las decisiones de planificación ¹²⁶ y el prin-

municipios y distritos, BT-Drucks 11/2822, así como el análisis de la evolución de las finanzas municipales desde el año 1985 por parte del Bundesbank en su Informe mensual de abril de 1988, editado parcialmente en NST-N, 1988, pp. 163 y ss., y EILDienst LKT NW, 1988, pp. 221 y ss.; de forma decepcionante para los municipios de Renania del Norte-Westfalia, la continuación de la en este sentido poco convincente jurisprudencia del Tribunal Constitucional de este Land relativa a los artículos 78.1 y 79.2 de su Constitución, DVBl, 1989, 151 = NWVBl, 1989, 85 = *Der Gemeindehaushalt*, 1989, 160 = HSGZ, 1989, 211 = EILDienst LKT NW, 1989, 100 = ZKT, 1989, 60 = NVwZ-RR, 1989, 493.

¹²³ Cfr. al respecto III.1.c).

¹²⁴ BVerfGE, 79, 127 (153) = DVBl, 1989, 300 (304).

¹²⁵ FRERS: DVBl, 1989, 449 (450), constata que esta idea es totalmente nueva e incluso llama la atención en el sentido de que con ella el Tribunal Constitucional evita entrar en las múltiples y contradictorias concepciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a lo que concretamente forma parte de los asuntos locales.

¹²⁶ BVerfGE, 76, 107 (121 y s.); respecto a su apenas sostenible decisión sobre el control jurisdiccional en relación a la vinculación de los municipios a la orden de adjudicación de los contratos de obras, BVerwG, NVwZ-RR, 1989, 377 (379).

cipio de proporcionalidad ¹²⁷. El actual margen de libertad del legislador, respecto al cual el Tribunal Constitucional ¹²⁸ debía verificar, además, la necesaria potestad de tipificación ¹²⁹ en relación a la dualidad local-supralocal, comienza sistemáticamente (en base a la doctrina tradicional en torno al art. 28.2, frase 1.ª GG) mucho antes y pone en manos del legislador la atribución de una competencia de acuerdo con el artículo 28.2, frase 1.ª o bien frase 2.ª GG, dada la vinculante definición del ámbito protegido por el precepto constitucional.

ee) *Control jurisdiccional*

En relación a esta competencia legislativa de concreción de los criterios jurídico-materiales sólo existe un control jurisdiccional limitado. La vinculación del legislador es esencialmente jurídico-normativa, aunque no está flanqueada por los correspondientes mecanismos de control jurisdiccional. Por lo que afecta a la intensidad del control, el parámetro de actuación del legislador no se corresponde con el parámetro de control que utiliza la jurisprudencia. Si en opinión del Tribunal Constitucional una competencia tiene un carácter local relevante, el legislador debería respetar, en cuanto tal, que fuese atribuida a los municipios. Si el legislador quisiese, sin embargo, sustraer las competencias a los municipios sólo podría hacerlo si los fundamentos de dicha sustracción primasen frente al principio constitucional de distribución competencial del artículo 28.2, frase 1.ª GG; su ámbito de decisión estaría, en este sentido, jurídicamente limitado ¹³⁰.

El control jurisdiccional del cumplimiento de estas vinculaciones jurídico-normativas sólo es posible de forma limitada ¹³¹. Debe comprobarse si la decisión del legislador representa una concreción justificable (*vertretbar*) del marco fijado por el artículo 28.2, frase 1.ª GG a través del concepto indeterminado de «asuntos de la comunidad local»

¹²⁷ En este sentido, sobre todo PAPIER: *DVBl*, 1984, 453 (454 y s., 456); HINKEL: *HSGZ*, 1985, 182 (184).

¹²⁸ *BVerfGE*, 79, 127 (154) = *DVBl*, 1989, 300 (304).

¹²⁹ En relación a la discusión sobre el alcance de la potestad de tipificación por parte del legislador en la asignación de competencias municipales a los distritos cfr., por un lado, WAGNER: *DÖV*, 1984, 169, y WEIDES: *NVwZ*, 1984, 155 (157), así como, por otro lado, BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (323 y ss.).

¹³⁰ *BVerfGE*, 79, 127 (154) = *DVBl*, 1989, 300 (304). El Tribunal Constitucional desarrolla en forma de «escala resbaladiza» y, por tanto, de difícil sujeción, la siguiente regla proporcional: «la prerrogativa de apreciación por parte del legislador es menor y el control jurisdiccional más intenso, cuanto más se limitase el contenido de la autonomía municipal como consecuencia de la regulación legal».

¹³¹ En este sentido, debe partirse de que jurisdiccionalmente la exigencia de bienestar del municipio es plenamente controlable. En ello también coinciden los colegas BLÜMEL, SIEDENTOPF y el Dr. RENNERT en el debate de Speyer (nota 1).

y del principio de distribución de competencias contenido en el mismo ¹³². Es de temer que en la práctica este simple control de justificación (*Vertretbarkeitskontrolle*) se limite a ser una obligación un poco más reforzada de que el legislador fundamente y exponga su decisión, dejando de lado aspectos discutibles de carácter fáctico y de contenido ¹³³. El Tribunal Constitucional es de la opinión, por el contrario, que un control de justificación es más intenso que la mera comprobación de si la decisión del legislador carece de consideraciones ajenas al caso ¹³⁴. Pero ¿existe en este sentido verdaderamente alguna diferencia? ¿No es una decisión legislativa basada en consideraciones ceñidas al caso al mismo tiempo justificable?

En cualquier caso, debería ser indiscutible que tras la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal la garantía de la autonomía municipal está en mayor medida que hasta entonces en manos del legislador. Dogmáticamente no es satisfactorio que en la reducción del control jurisdiccional emprendida en esta sentencia el Tribunal haya temido enfrentarse a enunciados ya existentes, que circunscribían esta limitación del control jurisdiccional sólo a decisiones legislativas de planificación y a los elementos del principio de proporcionalidad en relación a la justificación de la intromisión legislativa en los asuntos de la comunidad local ¹³⁵. La seguridad jurídica para la práctica administrativa apenas ha mejorado y los municipios integrantes de distritos se ven de repente amenazados por una espada, que incluso es de doble filo ¹³⁶.

3. CONSECUENCIAS PARA LA ATRIBUCION DE LA COMPETENCIA «ELIMINACIÓN DE RESIDUOS»

a) *Eliminación de residuos en sentido estricto*

La solución del caso concreto interesa, como ya se ha apuntado al principio, sólo de forma secundaria. En un futuro, según dicen, la eliminación de residuos en vertederos y, de forma creciente en incineradoras, se llevará a cabo incluso por encima de las áreas de los distri-

¹³² BVerfGE, 79, 127 (154) = DVBl, 1984, 300 (304).

¹³³ En este sentido, HINKEL: NVwZ, 1985, 225 (230), aunque en un contexto dogmático muy diferente, como es el marco del principio de proporcionalidad en relación a la necesidad de una intromisión en la autonomía de los municipios.

¹³⁴ BVerfGE, 79, 127 (154) = DVBl, 1989, 100 (304). FRERS: DVBl, 1989, 449 (452) considera que poniendo el énfasis en el control de justificación, el Tribunal Constitucional quería propiciar claramente un aumento del control existente hasta entonces.

¹³⁵ Cfr. notas 126, 127.

¹³⁶ FRERS: DVBl, 1989, 449 (450).

tos¹³⁷. De todos modos, el Tribunal Constitucional considera, en la medida en que se hace referencia a la eliminación de residuos en sentido estricto (manipulación, almacenamiento y depósito de los mismos), que el legislador ha reconocido a través de una valoración justificada de los intereses locales que, en aras de una mejor protección del medio ambiente, de evitar epidemias y de proteger el paisaje, dicha función todavía constituye un asunto de la comunidad local en relación a las ciudades no integradas en ningún distrito, pero no respecto a los municipios que forman parte de uno de ellos. Esta función ha salido del ámbito de protección del artículo 28.2, 1.ª frase GG¹³⁸. Este resultado también se habría podido conseguir sin los conceptos jurídicos «prerrogativa de valoración legislativa» (*gesetzgeberische Einschätzungsprerogative*) y «control jurisdiccional de justificación» (*gerichtliche Vertretbarkeitskontrolle*).

b) *Eliminación de residuos en sentido amplio*

Las consideraciones del Tribunal Constitucional en torno a la eliminación de residuos en sentido amplio (recogida y transporte de los mismos) constituyen, junto a las relativas a la admisión del recurso de amparo municipal¹³⁹, la parte más débil de la «Sentencia-Rastede». La recogida y transporte de los residuos, en todo caso de la basura doméstica, no son competencias supralocales tampoco en relación a los municipios integrados en un distrito. A pesar de ello, el legislador habría llevado a cabo una transferencia de competencias, porque la utilización de los costosos vehículos especiales que se necesitan sólo es razonable desde un punto de vista económico si la eliminación de re-

¹³⁷ ULLRICH: *dng*, 1989, 67; ULLRICH: *VR*, 1989, 289. Cfr. en relación a los actuales problemas de eliminación de residuos, REMMERS: *NST-N*, 1989, 210; en relación al concepto de eliminación de residuos en el Sarre, cfr. el informe de la Federación de Ciudades y Municipios, 1989, 228, así como, sobre la oposición por parte de los municipios, *KPBl*, 1989, 649.

¹³⁸ *BVerfGE*, 79, 127 (157) = *DVBl*, 1989, 300 (305).

¹³⁹ *BVerfGE*, 79, 127 (141 y s.) (parte que no aparece reproducida en las revistas aludidas en la nota 31). La argumentación del Tribunal, que no es asumible desde un punto de vista dogmático y que sólo puede explicarse teniendo en cuenta el desacierto de la anterior inadmisión (nota 17), discurre de la siguiente manera: el plazo determinado en el artículo 93.2 *BVerfGG*, para interponer el recurso había transcurrido el 30 de septiembre de 1974. El municipio Rastede, que recurre en amparo, «se beneficia» del hecho de haber interpuesto con esa fecha un recurso de amparo municipal contra el artículo 1, párrafos primero y segundo de la Ley de Residuos de Baja Sajonia, recurso que no fue admitido por razones de subsidiariedad. Por ello debe tratarse al municipio Rastede como si el inicio del procedimiento administrativo para revertir la eliminación de residuos hubiese interrumpido el plazo de impugnación y como si el plazo de un año hubiese vuelto a empezar a correr con la notificación de la sentencia de última instancia. La lógica de todo esto es que por causa de una (aparente) subsidiariedad del recurso de amparo municipal debe interponerse un recurso (aparentemente) inadmisibles para salvaguardar el plazo de un año del artículo 93.2 *BVerfGG*. De forma adecuada al respecto GOLDMANN: *NST-N*, 1989, 61 (62): camino ilógico.

siduos se organiza por grandes áreas, ya que sólo de esta manera puede lograrse que la carga fiscal en el distrito sea lo más uniforme posible para los habitantes del mismo ¹⁴⁰.

A este respecto, el Tribunal Constitucional hace notar (en principio de forma totalmente adecuada con el marco de sus consideraciones generales en torno al art. 28.2, frase 1.ª GG) ¹⁴¹ que ninguno de los dos aspectos permiten por sí mismos la sustracción de competencias, ya que ambos exclusivamente pretenden acabar con situaciones que precisamente vienen exigidas por la distribución de competencias establecida en la Constitución ¹⁴². El Tribunal Constitucional salva el artículo 1, primero y segundo párrafos, de la Ley de Residuos de Baja Sajonia a través de dos consideraciones que no son convincentes. Por una parte, dado que la eliminación de residuos en sentido amplio se reduce a la mera función de apoyo de la eliminación de residuos en sentido estricto, el legislador puede haber considerado que la separación de las fases de recogida y transporte podía conllevar una creciente dificultad y, con ella seguramente, una puesta en peligro de la eliminación de residuos en sentido estricto ¹⁴³. El Tribunal Constitucional no pone de manifiesto que el legislador realmente haya adoptado este punto de vista. Tampoco puede encontrarse en el caso concreto una fundamentación de la pretendida «creciente dificultad» de la eliminación de residuos. Por otra parte, la constitucionalidad de la regulación legislativa tampoco puede ser puesta en duda porque se prevé la posibilidad de reversión de la competencia transferida (art. 1.2, frase 1.ª de la Ley de Residuos de Baja Sajonia) ¹⁴⁴. El Tribunal Constitucional actúa en este sentido como si la reversión de la competencia (que depende de que se den determinadas condiciones materiales, que se halla a discreción del distrito y que además sólo es posible con el consentimiento de la instancia de control) se equiparase a la directa atribución legislativa de competencias en favor de los municipios del distrito ¹⁴⁵. Se tiende a achacar al Tribunal «fallos de subsunción».

¹⁴⁰ BVerfGE, 79, 127 (157 y s.) = DVBl, 1989, 300 (305), teniendo en cuenta los trabajos legislativos LT, 7. WP, Sten.-Ber., 67. Sitzung, Sp. 6848.

¹⁴¹ Cfr. nota 119.

¹⁴² BVerfGE, 79, 127 (158) = DVBl, 1989, 300 (305). El Tribunal Constitucional fundamenta este hecho de forma contundente con la mirada puesta en los contraargumentos frente a la máxima igualdad impositiva dentro del distrito y frente a que el cumplimiento de funciones a nivel de distrito es más económico.

¹⁴³ BVerfGE, 79, 127 (159) = DVBl, 1989, 300 (305).

¹⁴⁴ BVerfGE, 79, 127 (160) = DVBl, 1989, 300 (305 y s.); en el mismo sentido ya se había pronunciado el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Lüneburg, DÖV, 1980, 417 (419) = DVBl, 1980, 81 (82); de forma opuesta e incorrecta, BVerwGE, 67, 321 (329 y s.).

¹⁴⁵ El Tribunal Constitucional (E, 79, 127/160 = DVBl, 1989, 300/306) habla de una simple «dificultad» en comparación con la competencia municipal que deriva directamente de la ley. A lo sumo en este momento se pone de manifiesto que el cambio de paradigma del principio de proporcionalidad al principio material de distribución de competencias formulado a modo de regla-excepción conlleva inmediatas consecuencias prácticas: las dudosas consideraciones del Tri-

Dado el resultado logrado, la siguiente suposición seguramente se acerca a los verdaderos motivos del Tribunal: la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo ¹⁴⁶ había devenido firme dado que era irrecurrible ¹⁴⁷. Si el Tribunal Constitucional Federal hubiese declarado la inconstitucionalidad de la sustracción legislativa de la eliminación de residuos en sentido amplio se estaría ante dos sentencias contradictorias en un determinado punto, resultado éste que es altamente insatisfactorio.

4. CONCLUSIONES

Si se suman las consideraciones hechas hasta ahora se obtienen los siguientes resultados:

— El concepto tradicional de autonomía resulta protegido en la medida en que tanto la llamada comprensión funcional de la autonomía ¹⁴⁸ (incluyendo modelos de asociación similares) ¹⁴⁹ como la nueva concepción dogmático-constitucional de BURMEISTER, que pretendía transformar la autonomía municipal sólo en un principio estructural de la organización del Estado ¹⁵⁰, son rechazados de forma definitiva. El modelo de compensación propuesto por BLÜMEL ¹⁵¹ tampoco ha tenido entrada en las consideraciones del Tribunal Constitucional. Finalmente, tampoco ha entrado en acción la prohibición de optimización propagada por HILL ¹⁵², cuyo principal punto débil reside en pretender relacionar y armonizar entre sí magnitudes inconmensurables. Sobre todo ha resultado reforzada la perspectiva institucional del artículo 28.2, frase 1.ª GG ¹⁵³.

bunale Tribunal Constitucional sólo podían ser realizadas sobre la «escala móvil», la cual debe utilizarse de forma flexible. Utilizando el principio de proporcionalidad, el artículo 1, párrafos primero y segundo, de la Ley de Residuos de Baja Sajonia no debería haberse salvado, ya que en relación a la eliminación de residuos en sentido amplio no es necesario (¡intervención mínima!).

¹⁴⁶ Cfr. nota 11.

¹⁴⁷ Cfr. nota 32.

¹⁴⁸ A título representativo, ROTERS, en VON MÜNCH: GG, Bd. 2, art. 28, margs. 30 y ss.

¹⁴⁹ El «modelo de funciones complementarias» entre la primera y segunda frase del artículo 28.2, GG, creado por el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (E 67, 321/324) derivó prácticamente en una «comprensión funcional de la autonomía». En este sentido, VON MUTIUS: JK, GG, art. 28, II/9.

¹⁵⁰ BURMEISTER: *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie*, 1977, *passim*.

¹⁵¹ BLÜMEL: *VVDStRL*, 36 (1978), 171 (245 y ss.); BLÜMEL, en *Festgabe für von Unruh* (nota 40), pp. 279 y s.

¹⁵² HILL: *Politisch-demokratische Funktion* (nota 101), pp. 23 y ss.; de la misma opinión, BERG, en *Festschrift Bayerischer Gemeindegtag* (nota 98), pp. 147, 155; en sentido crítico, KRÜGER: *NWVBZ*, 1987, 97 (102).

¹⁵³ Cfr. II.1.b), y II.2.a).

— El Tribunal Constitucional Federal ha otorgado una nueva estructura jurídico-dogmática a la garantía de la autonomía municipal del artículo 28.2, frase 1.ª GG. En este sentido, las palabras claves deducidas del inciso «en el marco de las leyes» son «configuración y modelación» (*Ausgestaltung und Formung*) de la autonomía municipal por parte del legislador¹⁵⁴, así como regulación de la «atribución de competencias a los municipios» (*Aufgabenausstattung der Gemeinden*)¹⁵⁵. Los paralelismos estructurales con la determinación del contenido de la propiedad según el artículo 14.1, frase 2.ª GG son sorprendentes.

— El llamado contenido esencial inmodificable de la autonomía municipal se encuentra determinado de forma definitiva. Junto a la propia responsabilidad (*Eingenverantwortlichkeit*), constituida por los llamados «derechos de soberanía» (*Hoheitsrechte*)¹⁵⁶, la universalidad de la esfera de acción de los municipios también forma parte del núcleo esencial. Sin embargo, a partir de ahora el núcleo esencial se refiere únicamente a las materias de regulación voluntaria que no han sido reguladas por ley. La garantía del contenido esencial no ofrece por principio, pues, una protección frente a cualquier sustracción de competencias¹⁵⁷.

— En el restante ámbito de garantía del artículo 28.2, frase 1.ª GG la hasta ahora reconocida primacía competencial de los municipios se transforma en un principio jurídico-material de distribución de competencias¹⁵⁸. A través de esta nueva figura, el Tribunal Constitucional intenta claramente poner freno a la tendencia, de la cual también es en parte responsable¹⁵⁹, hacia una permanente ampliación espacial de las competencias de la Administración¹⁶⁰. Este atrevido intento puede basarse, entre otras causas, en que una ilimitada transferencia de competencias en sentido ascendente amenaza la reforma territorial y

¹⁵⁴ BVerfGE, 79, 127 (143) = DVBl, 1989, 300 (302).

¹⁵⁵ BVerfGE, 79, 127 (152) = DVBl, 1989, 300 (303).

¹⁵⁶ Cfr. nota 69.

¹⁵⁷ Cfr. II.2.a).bb). El caso de un vaciamiento de la competencia municipal plena puede ser dejado de lado en este contexto.

¹⁵⁸ Cfr. II.2.b).aa).

¹⁵⁹ De forma decidida, MAUNZ: BayVBl, 1984, 417 (421); el Tribunal Constitucional «ha aceptado claramente como un hecho y no ha puesto reparos desde un punto de vista constitucional» a la permanente sustracción de competencias de los municipios integrados en un distrito. KÖSTERING: VR, 1986, 241 (242), es de la opinión que tras la reforma territorial y funcional, los Tribunales Constitucionales han apoyado de forma más clara el contenido de la autonomía municipal. Cfr. en relación a la valoración de la evolución, BLÜMEL, en *Festgabe für von Unruh* (nota 40), pp. 294, nota 244; BLÜMEL, *VerwArch*, 75 (1984), 297 (310, nota 248).

¹⁶⁰ En este sentido, siempre se podrá alegar la tesis de que la competencia plena de los municipios siempre se ha reconocido teóricamente, mientras que la evolución fáctica ha ido parcialmente en sentido contrario. MAUNZ: BayVBl, 1984, 417 (421, 422); VON MUTIUS, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), pp. 233; BLÜMEL: *Das verfassungsrechtliche Verhältnis Von Gemeinden und Landkreisen*, pp. 18 y s., 35.

funcional ¹⁶¹. Sin embargo, el reforzamiento jurídico-material de la autonomía municipal se relativiza considerablemente en la práctica desde un punto de vista competencial y funcional. El Tribunal Constitucional se distancia claramente del procedimiento de subsunción en relación al inciso «asuntos de la comunidad local» ¹⁶², al dejar al legislador la concreción constitucional vinculante en cada caso singular ¹⁶³, reonociéndole una prerrogativa de apreciación, y al limitarse el propio Tribunal a llevar a cabo un control de justificación.

III. CONSECUENCIAS TRAS LA «SENTENCIA-RASTEDE» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Tras la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal va a tener lugar un amplio debate en torno a las consecuencias y conclusiones que se derivan de la misma. En relación a la obtención de resultados concretos es evidente que la genérica alusión respecto al real o supuesto reforzamiento de la autonomía municipal ¹⁶⁴ es insuficiente. Será preciso un análisis detallado referido a cada uno de los diversos ámbitos materiales. Enumerando las transferencias de competencias concretas de los municipios integrados en un distrito a éstos últimos, se ha puesto de forma acertada en duda que en el pasado el legislador haya respetado en todo caso el principio de primacía que beneficia a los municipios, así como que no se hayan realizado transferencias de competencias únicamente por motivos económicos ¹⁶⁵. La reclamada comprobación de ámbitos materiales concretos también ha llevado a afirmar que de la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional se deriva la obligación del legislador de controlar y, en su caso,

¹⁶¹ KNEMEYER: *DVB*, 1984, 23 (25); WAGENER: *DÖV*, 1984, 169; BLÜMEL: *VerwArch*, 75 (1984), 297 (310 y s.); MAUNZ: *BayVBl*, 1984, 417 (420); BERG, en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 98), p. 137. En general, en relación a la teoría del refuerzo de la autonomía municipal a través de la reforma territorial y funcional, KÖSTERING, en *HkWP* III (nota 65), p. 45; KÖSTERING: *VR*, 1986, 241; BROHM: *DÖV*, 1986, 397 (404 y s.). Cfr. en este contexto también la nueva versión del artículo 3.a), de la Ley Municipal de Renania del Norte-Westfalia a través de la Ley de 20 de junio de 1989, *GVBl, NW*, p. 362.

¹⁶² De forma no muy acertada, FRERS: *DVB*, 1989, 449 (450), que parece no tener en cuenta que el Tribunal Constitucional no renuncia incluso a su poder de decisión en relación a los caracteres del artículo 28.2 GG, sino que «únicamente» se limita a llevar a cabo un mero control de justificación en relación a la concreción constitucional.

¹⁶³ Por lo que respecta al resultado práctico, el Tribunal Constitucional responde de esta manera a la exigencia de WAGENER, en KNEMEYER/HOFMANN (ed.): *Gemeinden und Kreise*, pp. 28 y s., en el sentido de que a la luz de la cantidad de expertos que forman parte del Parlamento y de la Administración, los jueces deberían utilizar un parámetro de control limitado.

¹⁶⁴ Cfr. notas 35 a 37.

¹⁶⁵ FRERS: *DVB*, 1989, 449 (453), enumerando un conjunto de transferencias de competencias de municipios integrados en un distrito a estos últimos o a ciudades que no forman parte de ningún distrito.

corregir las distribuciones de competencias que ya se hubiesen realizado en el pasado ¹⁶⁶. Sin embargo, el artículo 93.2 *BVerfGG* impedirá impugnarlas en su totalidad. Si como de diversas maneras ha exigido la doctrina ¹⁶⁷, al completar el margen de configuración de los municipios se incluye la asunción de competencias del llamado círculo de acción atribuido (*übertragener Wirkungskreis*), probablemente se obtendrán resultados muy sorprendentes. Finalmente, para lograr una perspectiva completa no deberían ocultarse los ámbitos en que los municipios se oponen, a veces de forma vehemente, a nuevas competencias. Constituyen ejemplos muy recientes en este sentido la controversia entre la Federación de Ciudades y Municipios de Hesse y el Gobierno de este *Land* en torno a la vigilancia de sustancias peligrosas ¹⁶⁸, así como entre la Dieta de los municipios bávaros (y la Asociación de Distritos de Baviera) y el Estado Libre de Baviera en torno a la competencia para albergar a solicitantes de asilo ¹⁶⁹.

1. PRAXIS DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS DISTRITOS Y LOS MUNICIPIOS INTEGRADOS EN LOS MISMOS

En un trabajo como éste, el necesario análisis detallado de la distribución de competencias entre municipios integrados en distritos y éstos últimos apenas puede ser apuntado. Metodológicamente, el intento de aproximación a resultados concretos podría llevarse a cabo en tres niveles diferentes de abstracción y, desde un punto de vista del contenido, podría seguir las siguientes directrices (teniendo en cuenta la requerida autolimitación y siendo conscientes de la provisionalidad de las mismas).

¹⁶⁶ WANSLEBEN: «Örtliche Aufgaben sind solche der Gemeinden», *StT*, 1989, 338 (339).

¹⁶⁷ KÖSTERING, en *HkWP* III (nota 65), pp. 42 y s.; BRÖHM: *DVBt*, 1984, 293 (297 y s.).

¹⁶⁸ En relación a la controversia en torno a esta competencia, que culminó en una resolución de protesta de la Federación de Ciudades y Municipios de Hesse, cfr. los informes en *HSGZ*, 1989, pp. 189 y s., 204 y s.

¹⁶⁹ Cfr., al respecto, los informes de BIRKL: *KPBl*, 1989, 564 y 632; en relación a la posición de rechazo de las Federaciones de Municipios (*Spitzenverbände*), cfr., los informes en *BatBgm.*, 1989, 242, 246 y s., 305 y s. El origen de la controversia lo constituye la Sentencia del Tribunal Constitucional de Baviera (*BayVBl*, 1989, 370, con comentario de KÖHLER). Problemas de similar índole se están dando desde hace algún tiempo en Baja Sajonia entre los municipios y el *Land*. La Federación de Ciudades y Municipios de Baja Sajonia quiere interponer un pleito frente al *Land*, porque desde finales de 1987 el *Land* rechaza reembolsar a los municipios, a través de su Ministerio de Ayudas Sociales, la ayuda social que los mismos otorgan a los solicitantes de asilo que ven rechazada su solicitud (cfr. *KPBl*, 1989, 637).

a) *La competencia concreta de «eliminación de residuos»*

Por lo que respecta especialmente a la competencia «eliminación de residuos», debería aclararse cuáles son los frentes de batalla después de la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional. Desde un punto de vista constitucional, las correspondientes leyes de los *Länder*¹⁷⁰ deben, según esta sentencia¹⁷¹, prever la posibilidad de revertir a los municipios en todo caso la recogida y transporte de los residuos¹⁷². Si las leyes de los *Länder* son susceptibles de ser interpretadas de varias maneras, procede una interpretación conforme a la Constitución en este sentido¹⁷³. Una renovada solicitud por parte de un municipio integrado en un distrito para que le sea parcialmente revertida la competencia «eliminación de residuos» no puede ser rechazada desde un principio con perspectivas de éxito¹⁷⁴. El reciente posicionamiento de la Federación de Distritos de Baviera¹⁷⁵, de carácter negativo en general, aunque es políticamente comprensible, no es constitucionalmente¹⁷⁶ sostenible¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Editadas en KUNIG/SCHWERMER/VERSTEYL: *AbfG*, pp. 597 y ss.

¹⁷¹ Las siguientes consideraciones se basan en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal en la «Sentencia-Rastede». Aquí no se considera si bajo la vigencia de la nueva Ley de Residuos (de 27 de agosto de 1986, *BGBI I*, p. 1410) la recogida y transporte han degenerado de tal manera en una mera función de apoyo, que se integran en el marco de una genérica eliminación de residuos supramunicipal. El Tribunal Constitucional (cfr. nota 176) no parece apreciar un cambio de este tipo. En este sentido, KUNIG, en KUNIG/SCHWERMER/VERSTEYL: *AbfG*, § 3, marg. 29.

¹⁷² Es dudosa la tesis de BERG, en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 98), p. 154: apelando al artículo 28.2, frase 1.ª GG, los municipios tendrían un derecho estricto a que se les revertiera la competencia frente a *Länder* concretos, en la medida en que la legalidad ordinaria (p. ej., art. 2.1, frase 3.ª, de la Ley de Residuos de Baviera) faculta a los distritos a llevar a cabo esta reversión. Por una parte, la Ley de Residuos del respectivo *Land* debe prever la posibilidad de revertir la competencia de recogida y transporte de residuos (de ahí que sean constitucionales el art. 1.2 de la Ley de Residuos de Baden-Wurtemberg; el art. 2.1, frase 3.ª, de la Ley de Baviera; el art. 2.1 de la de Hesse; el art. 1.2 de la de Baja Sajonia; el art. 5.2 de la de Renania del Norte-Westfalia; el art. 2.4 de la del Sarre; el art. 1.2 de la de Slesvig-Holstein; frente a la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal ya no es sostenible, en cambio, el art. 1 de la Ley de Residuos de Renania-Palatinado). Por otra parte, en relación a dicha reversión no debe establecerse ninguna decisión reglada.

¹⁷³ De forma acertada, en relación al artículo 2.1, frase 3.ª de la Ley de Residuos de Baviera, VON KLITZING: «Hochzonung? - Zu den Grenzen des Gesetzgebers bei der Umverteilung der örtlichen Aufgaben zwischen den Kommunen», *BayBgm*, 1989, 185 (188). Ya no pueden sostenerse las sentencias del Tribunal Constitucional Bávaro aludidas en la nota 6.

¹⁷⁴ ULLRICH: *dng*, 1989, 67 (69); ULLRICH: *VR*, 1989, 289 (292).

¹⁷⁵ Cfr. el posicionamiento de la Junta Directiva y del Comité General de la Federación de Distritos de Baviera en relación a la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal, *BayBgm*, 1989, pp. 163 y ss.

¹⁷⁶ El Tribunal Constitucional Federal [*BVerfGE*, 79, 127 (157 y s.) = *DVBt*, 1989, 300 (305)] ha puesto de manifiesto que al igual que antes (!), la recogida y transporte de residuos (en todo caso, de residuos domésticos) no constituyen competencias supramunicipales. En relación a la resolución de una reclamación de reversión de competencias, el Tribunal Constitucional (E 79, 127/160 = *DVBt*, 1989, 300/306) ha establecido directivas concretas.

b) *Problemática general de la reversión de competencias*

La reversión de competencias a los municipios integrantes de un distrito, más allá del caso concreto de la eliminación de residuos, plantea problemas de carácter general. Desde un punto de vista conceptual, se trata de determinar si, dando por supuesta la competencia de agruparse que tienen los municipios integrantes de un distrito, la autonomía municipal, que a su vez ha sido reforzada tras la reforma territorial y funcional, requiere una reversión de determinadas competencias desde los distritos u otro tipo de agrupaciones de municipios en favor de éstos últimos¹⁷⁸. Dos ejemplos prácticos recientes de sentido contrapuesto pueden aclarar este hecho.

Así, el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Münster reconoció acertadamente en su sentencia de 6 de junio de 1986 que las competencias atribuidas en el marco de la reforma funcional a las grandes ciudades integradas en un distrito no podían ser revertidas, en principio, a los distritos de acuerdo con la Ley sobre cooperación entre entes locales, aun cuando se tratase de una transferencia de competencias en forma de mandato¹⁷⁹. Los mayores costes personales y materiales de los municipios integrados en un distrito acarreados por la reforma funcional no justifican de hecho una determinación más o menos discrecional del ámbito espacial de las competencias¹⁸⁰, pero ponen de manifiesto la deficiente financiación municipal¹⁸¹.

En un contexto totalmente diferente aparece la conocida sentencia del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo de 27 de enero de 1984¹⁸² en relación a la transferencia de la competencia de abasteci-

¹⁷⁷ La tesis tomada en consideración por el Tribunal Constitucional Federal (*E*, 79, 127/135, 140), pero finalmente no analizada (cfr. *E*, 79, 127/159 = *DVB*, 1989, 300/305), en el sentido de que el problema de la eliminación de residuos por parte de municipios integrados en distritos podía ser resuelto, en su caso, a través de mancomunidades de residuos y de transporte de basuras, no puede preferirse a la «solución de los distritos», ya que aquélla va en detrimento de la legitimación democrática directa de las corporaciones representativas. Coincide en este sentido la Federación de Distritos de Baviera (nota 175), *BayBgm*, 1989, 163 (164 y s.); en el mismo sentido, WAGENER: *DÖV*, 1984, 169; en general también es de este parecer VON MUTIUS, en *Fstgabe für von Unruh* (nota 43), pp. 256 y s.; en igual sentido, aunque en otro contexto (cfr. notas 182 a 188), *BVerwG*, *NVwZ*, 1985, 832 = *JZ*, 1985, 499; *OVG*, Koblenz, *AS*, 19, 83 (85) = *DVB*, 1985, 179 (180).

¹⁷⁸ Cfr. al respecto, KRÜGER: *NWVBL*, 1987, 97 (102).

¹⁷⁹ *OVG*, Münster, *NVwZ*, 1987, 153 = *DVB*, 1987, 142; cfr. al respecto ERLenkÄMPER: «Entwicklungen im Kommunalrecht», *NVwZ*, 1988, 21 (27).

¹⁸⁰ *BVerfG*, *NVwZ*, 1987, 123: el artículo 28.2, frase 1.ª GG no garantiza que a los municipios no se les impongan competencias muy costosas, en la medida en que la atribución de competencias sea en cuanto tal compatible con el artículo 28.2, frase 1.ª GG.

¹⁸¹ De forma coincidente con la relación inmediata entre la garantía de la competencia plena de los municipios según el artículo 28.2, frase 1.ª GG y la existencia de una financiación adecuada, BROHM: *DVB*, 1984, 293 (299 y s.); BROHM: *DÖV*, 1986, 397 (405 y ss.); KÖSTERING: *VR*, 1986, 241 (245 y s.); VON UNRUH, en *Aus Politik und Zeitgeschichte* (nota 106), pp. 10 y ss.

¹⁸² *BVerwG*, *NVwZ*, 1984, 378 = *DVB*, 1984, 679 = *DÖV*, 1984, 548.

miento de agua desde los municipios a los municipios-agrupación (*Verbandsgemeinden*), operada por el artículo 67.1.5 de la Ley Municipal de Renania-Palatinado¹⁸³. El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo justifica dicha transferencia con la tesis¹⁸⁴ de que la «ponderación material realizada por el legislador en aras del bien común, en el sentido de que los municipios-agrupación iban a dar, dado su mayor potencial de actuación, mejor respuesta que los municipios a las futuras exigencias del suministro de agua, entra dentro de su margen de determinación de finalidades y establecimiento de pronósticos»¹⁸⁵. Precisamente esta argumentación ha sido superada tras la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal¹⁸⁶. Por tanto, desde la actual perspectiva también las demás sentencias del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Coblenza¹⁸⁷ y del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo¹⁸⁸ en relación a la denegación de la reversión del suministro de agua (prevista en el art. 67.5, frase 1.ª, de la Ley Municipal de Renania-Palatinado) desde los municipios-agrupación a los municipios, no pueden sostenerse en la actualidad¹⁸⁹.

Con este trasfondo, tanto la eliminación, por parte del Tribunal Constitucional¹⁹⁰, del «potencial de actuación de la Administración» (*Verwaltungskraft*) como carácter esencial de la autonomía municipal, como la consiguiente obligación del Estado de garantizar que los municipios¹⁹¹ puedan resolver sus asuntos siguiendo los principios de economía y ahorro¹⁹² podrían tener unas repercusiones jurídicas insospechadas. Puede imponerse, por lo menos parcialmente, que el haz de competencias de administración propia se oriente según el artículo 28.2, frase 1.ª GG y que la financiación de los municipios deba ser acorde con ello, y no, por el contrario, que dicha financiación determine el cumplimiento de las competencias materiales¹⁹³.

¹⁸³ De forma extensa al respecto, SCHLEIFENBAUM/KAMPHAUSEN: «Selbstverwaltung der Gemeinden in Rheinland-Pfalz - im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung nur noch Utopie?», VR, 1983, pp. 9 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. en relación a la crítica (también respecto a otras consideraciones del Tribunal), ERLenkÄMPER: NVwZ, 1985, 795 (798).

¹⁸⁵ BVerwG, NVwZ, 1984, 378 (380) = DVBl, 1984, 679 (682) = DÖV, 1984, 548 (550).

¹⁸⁶ FRERS: DVBl, 1989, 449 (453).

¹⁸⁷ OVG, Koblenz, AS, 19, 83 = DVBl, 1985, 179.

¹⁸⁸ BVerwG, NVwZ, 1985, 332 = JZ, 1985, 499; BVerwG, NVwZ, 1988, 525.

¹⁸⁹ ERLenkÄMPER: NVwZ, 1985, 795 (799), ya se había mostrado crítico en relación a las respectivas argumentaciones. Es de destacar: en todos los casos (cfr. notas 187, 188) el municipio-agrupación había llegado a un acuerdo con el municipio en relación a la reversión de la competencia; en cada caso intervino la instancia de control del Land.

¹⁹⁰ Cfr. cuarta directriz, nota 38.

¹⁹¹ Puesto de relieve en el original, BVerfGE, 79, 127 (153) = BA, p. 36.

¹⁹² BVerfGE, 79, 127 (153) = DVBl, 1989, 300 (303).

¹⁹³ ULLRICH: *dng*, 1989, 67 (68); en este sentido ya se había pronunciado KNEMEYER, en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 40), p. 108.

c) *Crítica funcional en el marco de la competencia de complementación y compensación por parte de los distritos*

De esta forma ya se ha abordado la perspectiva general de la relación jurídica entre los municipios integrados en distritos y éstos últimos. Partiendo de la entretanto clásica clasificación de las competencias de los distritos en supramunicipales, complementarias y compensatorias¹⁹⁴, se pone de manifiesto una crítica funcional en el marco de la competencia de complementación y compensación. En su muy minucioso análisis de la relación entre las competencias de los distritos y de los municipios, KÖSTERING intentó demostrar que tras la reforma territorial y funcional la competencia de complementación de los distritos en relación a los asuntos municipales retrocedía necesariamente en beneficio de la asunción de competencias supramunicipales propias, así como que las medidas de compensación financiera no jugaban el mismo papel que antes de la reforma territorial¹⁹⁵. La constatación de que esto sea así sólo puede obtenerse a partir de un análisis de la realidad.

Las consecuencias jurídicas de este hecho afectarían de modo directo a las contribuciones por cuotas que los distritos imponen a los municipios (*Kreisumlage*)¹⁹⁶, las cuales, de constituir la fuente de ingresos que únicamente cubría las insuficiencias de las restantes fuentes, han pasado a ser la principal forma de financiación de los distritos. Dirigidas a la necesidad de financiación, que se define como la suma de los medios financieros que precisa una corporación territorial para el cumplimiento de sus competencias¹⁹⁷, esta orientación a las necesidades financieras puede acarrear cambios en la responsabilidad sobre dichas competencias si los distritos logran desarrollar las correspondientes competencias potenciales. Las competencias de complementación y compensación sirven de coartada para ello. El ejemplo más claro en los últimos años de cómo la jurisprudencia ha posibilitado a los distritos el atraer sin más competencias hacia sí es la sentencia

¹⁹⁴ OVG, Lüneburg, NST-N, 1987, 309 (311); CLEMENS: *StT*, 1986, 319 (324 y s.); KRÜGER: *NWVBL*, 1987, 97 (99 y s.); KÖSTERING, en *HkWP* III (nota 65), pp. 49 y s.; WOLFF/BACHOF/STOBER: *Verwaltungsrecht* II, § 85, margs. 23 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN: *Kommunalrecht* (nota 19), p. 191; ERICHSEN: *Kommunalrecht* NW (nota 43), p. 52.

¹⁹⁵ KÖSTERING, en *HkWP* III (nota 65), pp. 45, 50.

¹⁹⁶ Cfr. al respecto la reciente OVG, Lüneburg, DÖV, 1986, 1020 = *DVB*, 1986, 1063 (con comentarios de SCHMIDT-JORTZIG) = *Der Landkreis*, 1987, 82; cfr. al respecto ERLINKÄMPER: *NVwZ*, 1988, 21 (26 y s.) y el comentario de GÜNTHER: *Der Landkreis*, 1987, 60 y s.; OVG, Koblenz, DÖV, 1988, 310. Cfr. por lo demás, desde el punto de vista de los distritos, CONRAD: «Finanzierung der Selbstverwaltung im Kreis», en VON MUTIUS (ed.): *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festschrift für von Unruh*, 1983, p. 357 (368 y ss.).

¹⁹⁷ OVG, Lüneburg, DÖV, 1986, 1020 = *DVB*, 1986, 1063 (1064) = *Der Landkreis*, 1987, 82 (83).

del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Coblenza en el pleito de la ciudad Höhr-Grenzhausen en relación al aumento retroactivo de su contribución al distrito ¹⁹⁸. Aproximándose de forma clara a la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo ¹⁹⁹, el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Coblenza lleva a cabo dos consideraciones que demuestran que la libertad de configuración y de apreciación de los distritos ya no puede mantenerse. Según el Tribunal, el conjunto de competencias y la necesidad de financiación de cada distrito en concreto dependerían en gran medida de las finalidades establecidas por sus respectivos miembros ²⁰⁰, y no podría considerarse, en principio, contrario a la autonomía que la esfera de actividad de los municipios integrados en distritos y, sobre todo, las competencias de ejercicio voluntario, se viese limitada por una carga financiera que beneficiase a los distritos ²⁰¹. Si esta concepción se pudiese imponer provocaría justamente aquello que fue criticado por VON MUTIUS de la siguiente manera: los distritos se expanden autónoma e ininterrumpidamente sobre todo en el ámbito de las competencias de ejercicio voluntario (p. ej.: en la esfera cultural, de las medidas de activación económica, de la protección del medio ambiente y de la conservación paisajística), sin respetar la competencia plena de los municipios, para dejar que posteriormente sean éstos, a pesar de que sus competencias hayan sido recortadas de hecho, los que financien dicha expansión a través de su contribución a los distritos ²⁰². Cabe preguntarse si las necesidades de financiación realmente pueden depender de las finalidades políticas de las Asambleas de los distritos y si no deberían ser guiados en mayor medida por preceptos legislativos.

La solución de una problemática tan compleja precisa de investigaciones de mayor profundidad. La línea propuesta por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Colonia, en el sentido de reconocer a la instancia de control un derecho de participación en la aprobación de la cuota de contribución a los distritos (según el art. 45.2 del Estatuto de los distritos de Renania del Norte-Westfalia) ²⁰³, no me parece, evidentemente, un camino jurídicamente aceptable, aunque ello puede conllevar, en cuanto al resultado, ventajas financieras a los mu-

¹⁹⁸ OVG, Koblenz, AS, 20, 58 = DVBl, 1986, 249 = DÖV, 1986, 342.

¹⁹⁹ Cfr. nota 11.

²⁰⁰ OVG, Koblenz, AS, 20, 58 (60) = DVBl, 1986, 249 (250) = DÖV, 1986, 342 (343).

²⁰¹ OVG, Koblenz, AS, 20, 58 (67) = DVBl, 1986, 249 (251) = DÖV, 1986, 342 (344 y s.), invocando la BVerfGE, 23, 353 (369).

²⁰² VON MUTIUS, en *Festgabe für von Unruh* (nota 43), p. 257; de forma coincidente, KRÜGER: *NWVBL*, 1987, 97 (102).

²⁰³ VG, Köln, DVBl, 1986, 737 (con comentario crítico de J. MÜLLER) = *KStZ*, 1986, 110 = *Die Gemeinde* (Schl.-H), 1986, 269; en sentido crítico, ERLenkÄMPER: «Entwicklungen im Kommunalrecht», *NVwZ*, 1986, 989 (993).

nicipios. Contra la construcción de un condominio podrían alegarse argumentos jurídico-constitucionales²⁰⁴.

2. REGULACIÓN DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL (RESPONSABILIDAD PROPIA)

Dada la estructura del caso concreto, la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal no tenía que pronunciarse en relación al segundo elemento estructural del artículo 28.2, frase 1.ª GG, la propia responsabilidad. Sin embargo, la reestructuración jurídico-dogmática de esta frase del segundo párrafo del artículo 28 GG²⁰⁵ suscita la extraordinariamente interesante pregunta de por dónde discurren los límites de la configuración, formación y la atribución de contenido²⁰⁶ de la autonomía municipal. Dado que a diferencia de la universalidad del ámbito de actuación competencial hasta ahora no existe en este sentido un principio de distribución de competencias entre los entes locales (que debería ser bidimensional), la reserva «en el marco de las leyes» debe tener en este ámbito otro contenido e incluso seguramente otra estructura. ¿Pero existen en este sentido alternativas a las conocidas categorías de «proporcionalidad» (*Übermaßverbot*), «interdicción de la arbitrariedad» (*Willkürverbot*), «justicia del sistema» (*Systemgerechtigkeit*), etc.? ¿Opera por su parte el elemento «en el marco de las leyes» en relación a la responsabilidad propia como una verdadera reserva de ley? En caso afirmativo, ¿le corresponde a esta reserva un contenido distinto en función del respectivo elemento de referencia (atribución de contenido de la competencia plena o limitación de la responsabilidad propia)?

Estas preguntas permanecen de momento abiertas. En todo caso, el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo ha considerado en dos sentencias posteriores a la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal, relativas a la admisibilidad de intromisiones legislativas en la potestad financiera de los municipios, que la reserva «en el marco de las leyes» (art. 28.2, frase 1.ª GG) constituye una verdadera reserva de ley. En la sentencia de 27 de enero de 1989 se trataba de la concesión de una ayuda financiera condicionada en cuanto a su finalidad y a la que sólo se tenía derecho una vez agotadas todas las restantes fuentes de ingresos (limitación del municipio al 10 por 100 de los gastos de urbanización según el art. 129.1, frase 3.ª del Código de

²⁰⁴ VON MUTIUS: «Gutachten E zum 53», *DJT* (nota 43), pp. 80 y ss., 83; J. MÜLLER: *DVBf*, 1986, 740; ERICHSEN: *Kommunalrecht NW* (nota 43), p. 153.

²⁰⁵ Cfr. II.1.b), y II.2.b).aa).

²⁰⁶ Cfr. en relación a estos tres conceptos las notas 154 y 155.

Urbanismo)²⁰⁷. Y en la sentencia de 15 de marzo de 1989, en relación a la limitación del derecho de autonomía de los municipios por la vinculación a la Orden de Adjudicación de los contratos de obras (según el art. 31.2 GemHVO Bad.-Württ.), el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo recurrió, en el marco de la reserva de ley y siguiendo la sistemática habitual, al principio de proporcionalidad²⁰⁸.

IV. PERSPECTIVAS

Contemplando las discusiones jurídicas activadas por y alrededor de los «procedimientos-Rastede» desde una cierta distancia, cabe preguntarse si en el transcurso de una década y media se han estado desarrollando luchas en un campo colindante al de batalla²⁰⁹ o en la retaguardia. Lo primero apunta a las «verdaderas» limitaciones y amenazas a la autonomía municipal, es decir, a las intromisiones por parte del Estado²¹⁰. Lo segundo pretende llamar la atención sobre la ampliación del problema ante la dimensión europea.

1. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

Puede afirmarse con certeza que el nivel local en que se ejercita una competencia material²¹¹ no es indiferente²¹². El que el Tribunal Constitucional responsabilice ahora principalmente al legislador respecto de la garantía de la autonomía municipal no debería conllevar, sin embargo, que se cerrasen los ojos frente al modo en que éste pue-

²⁰⁷ BVerwG, NVwZ, 1989, 469 = DVBl, 1989, 929 = NST-N, 1989, 215 = HSGZ, 1989, 209.

²⁰⁸ BVerwG, NVwZ, 1989, 377 (379 y s.).

²⁰⁹ WAGENER: DÖV, 1984, 168: desavenencias familiares en el seno de la «familia municipal».

²¹⁰ No modificado en lo fundamental, VON MUTIUS: «Gutachten E zum 53», DJT (nota 43), pp. 57 y ss.

²¹¹ A la luz de las transformaciones sociales se deberá tener en cuenta de forma creciente que a menudo determinadas competencias no pueden ser satisfechas desde un solo nivel. La cooperación es necesaria. Se ha de llamar la atención, por ejemplo, sobre el transporte público de cercanías (cfr. al respecto FROMM: «Der öffentliche Personennahverkehr in der kommunalen Verkehrspolitik», en *Festgabe Für von Unruh*, 1983, pp. 703 y ss.; J. FIEDLER: «Neue Perspektiven für Stadt, Gesellschaft und Umwelt durch einen anderen ÖPNV», *StT*, 1989, pp. 379 y ss.; en relación a las mancomunidades que son necesarias según la Federación Alemana de Ciudades y Municipios, cfr. *dnG*, 1989, 181 y s.; respecto a la amenaza de que no sea posible financiar la ÖPNV, cfr. *BayBgm*, 1989, 306 y s.) y sobre el suministro de energía (cfr. al respecto PÜTTNER: «Kommunale Energiepolitik?», *NVwZ*, 1988, pp. 121 y ss.; DAMM: «Verfassungsrechtliche und kartellrechtliche Aspekte kommunaler Energiepolitik», *JZ*, 1988, pp. 840 y ss.; TETTINGER: «Rechtliche Markierungen für kommunale Energiepolitik - Zur Stromversorgung auf kommunaler Ebene», *NWVBL*, 1989, pp. 1 y ss.).

²¹² Cfr. BERG, en *Festschrift Bayerischer Gemeindetag* (nota 98), pp. 156 y s.

da utilizar su prerrogativa de apreciación, cuyo mal uso puede resultar todo menos favorable para los municipios. Aquí debería recordarse simplemente (y de nuevo son municipios de Baja Sajonia los afectados) la transferencia legislativa a los distritos del control de oportunidad sobre los municipios independientes²¹³. El Tribunal Constitucional tuvo que desestimar el recurso de amparo municipal interpuesto frente a dicha transferencia²¹⁴. La alusión a la realidad del esperado «control de los distritos»²¹⁵ puede no haber agradado a los municipios. Sin embargo, las reglas en relación a la oportunidad y practicibilidad no deben ser establecidas por el Tribunal Constitucional, sino por el legislador. El triunfo de los municipios turísticos bávaros obtenido el 15 de diciembre de 1988 a través de una sentencia del Tribunal Constitucional de Baviera en relación a los impuestos sobre las segundas viviendas²¹⁶ tampoco es de mucho valor en la práctica si el Ministerio del Interior bávaro hace todo lo posible para impedir la introducción de dicho impuesto²¹⁷.

2. PERSPECTIVAS EN EL DERECHO EUROPEO

La «perspectiva europea» constituye un reto muy especial para la autonomía local en conjunto y, por tanto, no sólo para la autonomía municipal. «La Carta Europea de autonomía local»²¹⁸ elaborada en el marco del Consejo de Europa y que entró en vigor el 1 de septiembre de 1988 no puede suscitar ningún tipo de preocupaciones. En ella se formulan estándares para la introducción y configuración jurídica de la autonomía local que son vinculantes para los Estados signatarios desde el punto de vista del Derecho internacional público y que en la República Federal de Alemania ya constituían una realidad jurídico-normativa²¹⁹.

²¹³ Octava Ley de Modificación de la Ley Municipal de Baja Sajonia/Ley de Distritos de Baja Sajonia, de 18 de febrero de 1982 (*GVBl*, p. 53).

²¹⁴ *BVerfGE*, 78, 331 = *NVwZ*, 1989, 45 = *BayVBl*, 1989, 111 = *Die Gemeinde* (Schl.-H.), 1989, 145 = *NST-N*, 1988, 326.

²¹⁵ En este sentido, GOLDMANN en el comentario a la sentencia, *NST-N*, 1988, 328.

²¹⁶ *BayVerfGH*, *DVBL*, 1989, 308 = *NVwZ*, 1989, 551 = *BayBl*, 1989, 237 (con anotaciones de KNEMEYER: pp. 232 y ss.) = *KStZ*, 1989, 34; comentarios al respecto por parte de BAYER: *KStZ*, 1989, pp. 28 y ss.

²¹⁷ Cfr. al respecto la comunicación, en *Der Gemeinderat*, 1989, 43. Mientras tanto, a través de la modificación del artículo 3.3 de la Ley de Tributos Locales, de 21 de julio de 1989 (*GVBl*, p. 361), se ha establecido la prohibición de que los municipios creen tributos sobre las viviendas; cfr. al respecto, ECKER: «Örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern im Kommunalabgabengesetz Bayerns neu geregelt», *KStZ*, 1989, pp. 161 y ss.; BAYER: «Drei Thesen zur Unvereinbarkeit des bayerischen kommunalen Wohnungssteuerverbots mit dem Grundgesetz», *KStZ*, 1989, pp. 181 y ss.

²¹⁸ *BGBI* II, 1987, p. 66; también editada en *NVwZ*, 1988, 1111, y *StT*, 1988, 680.

²¹⁹ Cfr. al respecto LEITERMANN: «Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung in Kraft», *StT*, 1988, pp. 678 y ss.; KNEMEYER: «Die Europäische Charta der kommunalen Selbst-

La repercusión de la Europa comunitaria en la autonomía local será cualitativamente muy diferente. Entretanto, y como punto de partida, debería aceptarse que el artículo 28.2 GG no está garantizado desde la perspectiva comunitaria²²⁰. Pero si desde el punto de vista de la eficacia externa, el Derecho comunitario puede derogar la garantía constitucional del artículo 28.2 GG y si la propia regulación comunitaria no obliga, en el ámbito interno, a tener en cuenta la estructura interna de los Estados miembros²²¹, el peligro que amenaza la autonomía local podría estar suficientemente perfilado²²². Precisamente en los últimos tiempos ha aumentado la publicación de investigaciones que llaman la atención sobre inminentes o futuras reglamentaciones por parte de la Comunidad Europea²²³. Unas breves ideas pueden aclarar esta problemática:

— Por lo que respecta a la legitimidad de los entes locales a través de las elecciones de sus corporaciones representativas, la Comisión Europea quiere conseguir a través del Derecho comunitario lo que en el ámbito de los Estados miembros no es jurídicamente admisible mediante ley ordinaria²²⁴ (aunque este último hecho encuentra última-

verwaltung», *DÖV*, 1988, pp. 997 y ss.; más allá, los Informes del Simposio Internacional sobre la Carta Europea de la Autonomía Local celebrado en Würzburg por parte de MAHLBERG: *NVwZ*, 1988, pp. 109 y ss., y K. SCHMIDT: *DÖV*, 1988, pp. 1011 y ss.

²²⁰ ZULEEG: «Selbstverwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht», en VON MUTIUS (ed.): *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für Von Unruh*, 1983, p. 91 (93); KREINER: «Europarecht und Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden», *RiA*, 1989, pp. 141 y ss.; VON MUTIUS: *Die Gemeinde* (Schl.-H.) 1989, 193 (197).

²²¹ SIEDENGTOPF: «Europäische Gemeinschaft und kommunale Beteiligung», *DÖV*, 1988, 981 (1983).

²²² En relación a los diversos intentos de carácter institucional, procedimental y jurídico-material respecto a la garantía y refuerzo de la autonomía local en el marco de la Comunidad Europea, cfr. SIEDENTOPF: *DÖV*, 1988, 981 (1985 y ss.); MOMBAUR/VON LENNEP: «Die deutsche kommunale Selbstverwaltung und das Europarecht», *DÖV*, 1988, 988 (1995 y ss.); LEITERMANN: «Der Beirat der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften - Eine brauchbare Vertretung kommunaler Interessen in der Europäischen Gemeinschaft?», *StT*, 1989, 155 y s.

²²³ MOMBAUR/VON LENNEP: *DÖV*, 1988, 988 (1991 y ss.); LEITERMANN: «Die Auswirkungen des Europäischen Binnenmarktes auf die Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland», *VR*, 1989, pp. 185 y ss.; SIMMACHER: «Auswirkungen des europäischen Sozialraumes auf die überrörtlichen Träger der Sozialhilfe», *BayBgm*, 1989, pp. 221 y ss.; GIRMINDL: «EG-Binnenmarkt, Regionalpolitik und Zonenrandförderung: Anmerkungen aus der Sicht eines Grenzlandkreises», *BayBgm*, 1989, 216; VON BERNSTORFF: «Die EG-Bauproduktenrichtlinie», *BayBgm*, 1989, pp. 220 y ss.; NEUBAUER: «Europa 1992: Weichenstellung für die kommunalen Sparkassen», *BayBgm*, 1989, pp. 222 y ss.; H. G. LANGE: «Europäischer Binnenmarkt 1993 - Strukturreform und Aufgabenwandel der Kommunen», *dng*, 1989, pp. 203 y ss.; LUDWIG: «Der EG-Binnenmarkt für Energie und die Gemeinden», *Der Gemeindehaushalt*, 1989, pp. 150 y ss.

²²⁴ ISENSEE, «Kommunalwahlrecht für Ausländer aus der Sicht der Landesverfassung Nordrhein-Westfalens und der Bundesverfassung», *KritV*, 1987, pp. 300 y ss.; PAPIER, «Verfassungsfragen des kommunalen Ausländerwahlrechts», *KritV*, 1987, pp. 309 y ss.; PAPIER: «Verfassungsrechtliche Probleme des Ausländerwahlrechts», en *Aus Politik und Zeitgeschichte - Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament*, B. 24/88, de 10 de junio de 1988, pp. 37 y ss.; SCHINK: «Kommunalwahlrecht für Ausländer?», *DVBt*, 1988, pp. 417 y ss.; BLECKMANN: «Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz - Zum Kommunalwahlrecht der Ausländer», *DÖV*, 1988, pp. 437 y ss.; KÄMPER, «Kommunalwahlrecht für Ausländer in Nordrhein-Westfalen?», *ZRP*, 1989, pp. 96

mente una oposición creciente)²²⁵: la introducción de un derecho de sufragio local de los extranjeros comunitarios²²⁶.

— De las cuatro libertades básicas establecidas en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE) (libertad de circulación de mercancías, de personas, de capitales y libre prestación de servicios), la Comisión Europea se ocupa con especial rigor de la libertad de circulación de personas. Si se impusiesen las concepciones de la Comisión en relación a la interpretación del artículo 48.4 del TCEE²²⁷ se afectaría de forma muy importante la potestad de los entes locales en materia de personal, ya que la Administración pública (Administración local) podría ser instrumentalizada para la realización del mercado interior de los trabajadores²²⁸.

— El impulso económico por parte de los entes locales no sólo compite con la política regional de la Comunidad Europea²²⁹. En un futuro, la Comisión comprobará la práctica del impulso económico por parte de los entes locales tomando como parámetro los preceptos relativos a las ayudas otorgadas por los Estados (arts. 92 y ss. TCEE). Junto a la obligación de notificación (art. 93.2 TCEE), las corporacio-

y ss.; STÖCKER: «Nationales Selbstbestimmungsrecht und Ausländerwahlrecht», *Der Staat*, 28 (1989), pp. 71 y ss.; KARPEN: «Kommunalwahlrecht für Ausländer», *NJW*, 1989, pp. 1012 y ss.; SCHMITZ: «Zur Einführung des Kommunalwahlrechts für Ausländer durch den Landes- oder Gemeinschaftsgesetzgeber», *VR*, 1989, pp. 253 y ss.; H. H. RUPP: «Wahlrecht für Ausländer?», *ZRP*, 1989, pp. 363 y ss.

²²⁵ RITTSTIEG: «Kommunales Wahlrecht für Ausländer», *KritV*, 1987, pp. 315 y ss.; RITTSTIEG: «Juniorwahlrecht für Inländer fremder Staatsangehörigkeit», *NJW*, 1989, pp. 1018 y s.; ZULEEG: «Zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung des Kommunalwahlrechts für Ausländer in Nordrhein-Westfalen», *KritV*, 1987, pp. 322 y ss.; ZULEEG: «Juristische Streitpunkte zum Kommunalwahlrecht für Ausländer», *ZAR*, 1988, pp. 13 y ss.; DÄUBLER: «Der Ausländer als Untertan - ein Dauerzustand?», en *Politik und Zeitgeschichte - Beilage zu Wochenzeitung. Das Parlament*, B. 24/88, de 10 de junio de 1988, pp. 41 y ss.; BRYDE: «Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie», *JZ*, 1989, pp. 257 y ss.

²²⁶ Propuesta de la Comisión Europea de directiva del Consejo sobre el derecho de sufragio de los nacionales de los Estados miembros en las elecciones locales en los Estados de residencia, reproducida en *NVwZ*, 1989, pp. 341 y ss.; cfr. al respecto, KUHN: «Kommunales Wahlrecht für EG-Ausländer?», *BayBgm*, 1989, pp. 214 y s.; JAHN y RIEDEL: «Gemeinschaftsrechtliche Einführung eines kommunalen Wahlrechts für EG-Ausländer und innerstaatliches Verfassungsrecht», *NVwZ*, 1989, pp. 716 y ss.; KREINER: *RiA*, 1989, 141 (146); DE LOBKOWICZ: «Ein europäisches Kommunalwahlrecht für alle EG-Bürger», *DÖV*, 1989, pp. 519 y ss.; en relación a la posición del Bundesrat respecto a la propuesta de la Comisión, cfr. BR-Drucks, 178/89.

²²⁷ Cfr. respecto a las consideraciones de la Comisión Europea, LEITERMANN: *VR*, 1989, 185 (187); METZ: «Die Absichten der EG im Bereich des öffentlichen Dienstrechts», *BayBgm*, 1989, pp. 218 y ss.; H. G. LANGE: *dnG*, 1989, 203 (206).

²²⁸ Respecto a los «peligros», cfr. LECHELER: «Öffentliche Verwaltung in den Mitgliedstaaten nach Maßgabe der «Dynamik der Europäischen Integration»», *Die Verwaltung*, 22 (1989), pp. 137 y ss.; LECHELER: «Der nationale öffentliche Dienst und der Europäische Binnenmarkt», *BayVBl*, 1989, pp. 417 y ss.; cfr. frente a ello, PERNICE: «Buchbesprechung», *Die Verwaltung*, 22 (1989), 239 (241 y s.); KREINER: *RiA*, 1989, 141 (144 y s.).

²²⁹ MOMBAUR y VON LENNEP: *DÖV*, 1988, 988 (992), GIRMINDL: *BayBgm*, 1989, 216. Cfr. también MOMBAUR: «Europäischer Binnenmarkt: Kommunalpolitik und Wirtschaftsförderung im Wettbewerb der Standorte», *DÖV*, 1989, pp. 243 y ss.

nes locales están, evidentemente, sujetas a las obligaciones jurídico-materiales (cfr., sobre todo, art. 92 TCEE) ²³⁰.

— También la materia de suministros y contratos públicos sufrirá modificaciones. El director de la Administración municipal (*Stadttdirektor*) de Bocholt, VON AMMELN, pone de manifiesto que los entes locales no están preparados para las mismas; en relación al cumplimiento de las competencias existe, por lo demás, una considerable acumulación de personal ²³¹. Por sí misma, la apertura de la contratación pública conduce, a través de una reforzada obligación de licitar por parte de las corporaciones territoriales, a una mayor liberalización en el marco del mercado interior, de la cual la Comisión Europea espera un aumento de la competitividad ²³².

— Finalmente, en la economía energética, por citar un último ejemplo, el mercado interior de la Comunidad Económica Europea tampoco deja de tener efectos a nivel local. Los expertos informan que con la admisión o prohibición de importaciones de electricidad del extranjero se está entrando en un nuevo ámbito jurídico ²³³. Aunque en su época las disposiciones comunitarias (arts. 85, 86, 90.2 TCEE) no eran muy concretas en sus detalles, la tendencia general hacia la liberalización en el mercado interior podría indicar la línea de evolución.

Estos pocos ejemplos demuestran que el problema de la situación de la autonomía local en Alemania tras la «Sentencia-Rastede» del Tribunal Constitucional Federal puede resultar dentro de poco una discusión anacrónica. El que en el marco de la vigencia de la garantía de la autonomía municipal siga dándose en el futuro entre los entes locales una «disputa familiar especialmente persistente» ²³⁴ en relación a la delimitación competencial entre municipios integrados en un distrito y estos últimos es algo que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 23 de noviembre de 1988 depende en gran medida de la sensibilidad del legislador del *Land*.

²³⁰ Particularidades respecto a los objetivos de la Comisión Europea, en MOMBAUR y VON LENNEP: *DÖV*, 1988, 988 (993); LEITERMANN: *VR*, 1989, 185 (186 y s.); KREINER: *RiA*, 1989, 141 (145).

²³¹ *Westfälische Nachrichten* Nr. 162, de 17 de julio de 1989, p. 7.

²³² Particularidades en MOMBAUR y VON LENNEP: *DÖV*, 1988, 988 (993); LEITERMANN: *VR*, 1989, 185 (186); H. G. LANGE: *dnj*, 1989, 203 (205); KREINER: *RiA*, 141 (146).

²³³ Cfr. MOMBAUR y VON LENNEP: *DÖV*, 1988, 988 (993 y s.).

²³⁴ En este sentido, WAGENER: *DÖV*, 1984, 168.