El significado constitucional de la autonomía local

Antonio Cidoncha Martín
Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El origen: la autonomía local como garantía institucional. 3. La conceptuación de la autonomía local según el Tribunal Constitucional: un sintético balance. 3.1. La naturaleza de la autonomía local. 3.1.1. ¿De garantía institucional a garantía constitucional? 3.1.2. La autonomía local, autonomía administrativa. 3.2. La configuración de la autonomía local: la LBRL, Ley de garantía de la autonomía local. 3.3. El parámetro y la regla (o el método) de control de constitucionalidad. 3.3.1. El parámetro de control. 3.3.2. La regla (o el método) de control: del umbral mínimo a la ponderación. **4. Algunas reflexiones personales y algunas propuestas.** 4.1. Sobre la naturaleza de la autonomía local. 4.1.1. Sobre el calificativo de la garantía: ¿garantía institucional o garantía constitucional? 4.1.1.1. Algunas reflexiones. 4.1.1.2. … y una propuesta. 4.1.2. ¿Autonomía administrativa o autonomía política? Una reflexión. 4.2. Sobre la configuración (legal) de la garantía. 4.3. Sobre el parámetro y sobre el método de control de la autonomía local. 4.3.1. Sobre qué se garantiza. 4.3.1.1. La garantía constitucional frente al legislador básico. 4.3.1.2. La garantía constitucional frente al legislador sectorial (estatal o autonómico). 4.3.2. Sobre cómo se garantiza. 4.3.2.1. Sobre la ponderación y la autonomía local: algunas reflexiones. 4.3.2.2. Una propuesta. **5. Fin (por fin). 6. Bibliografía.**

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

1. Introducción

Las páginas que siguen pretenden indagar en el significado constitucional de la autonomía local. Pero para comprender de qué voy a escribir es necesario empezar por el principio, cosa que, por lo general, es lo más conveniente.

En el principio nos encontramos con los silencios del constituyente de 1978 sobre la autonomía local. El artículo 137 de la Constitución (CE en adelante) garantiza a los municipios y provincias autonomía para la gestión de sus intereses. El artículo 141.3 CE también se refiere a la isla como entidad local, pero no le otorga expresamente autonomía. Ha sido el Tribunal Constitucional (TC en adelante) el que ha aclarado que la garantía constitucional de la autonomía local alcanza a las islas, en los archipiélagos balear y canario (STC 132/2012, fj 3).

A simple vista, autonomía significa instituciones de autogobierno propias, competencias propias y recursos económicos suficientes para ejercer esas competencias. La CE dice algo sobre las instituciones de autogobierno de municipios y provincias, los ayuntamientos (art. 140) y las diputaciones provinciales –u otras corporaciones de carácter representativo– (art. 141): unos y otras han de ser instituciones representativas y, en el caso de los municipios, con legitimación democrática directa necesariamente. También dice algo (muy poco) sobre los recursos económicos de las entidades locales (art. 142): habrán de ser suficientes y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y las comunidades autónomas. Sin embargo, guarda silencio total sobre sus competencias: no las determina, ni siquiera fija las reglas de atribución. El texto constitucional se limita a señalar que municipios y provincias gozan de autonomía "para la gestión de sus intereses", pero no determina cuáles son los asuntos de su interés respectivo, ni siquiera establece criterios para esa determinación.

Es mucho el silencio de la CE sobre la autonomía de las entidades locales, especialmente en materia competencial, por contraste con la autonomía de las comunidades autónomas. A lo que parece, es al legislador al que se encomendaba hablar. Sí, pero ¿qué legislador? La CE no identifica con claridad a ese legislador. El artículo 148.1.2 se limita a decir que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de "alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre régimen local". Por su parte, en el artículo 149.1 no existe referencia expresa alguna al régimen local como mate-

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

ria competencial reservada al Estado. Lo único que hay es una referencia a que el Estado asume la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de (todas) las Administraciones públicas (149.1.18.ª CE)[1].

¿Qué es la autonomía local *ex* artículo 137 CE? ¿Qué garantiza? ¿Quién la garantiza? La garantía constitucional de la autonomía local ha sido cosa, primero, del TC; después, de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), y, bajo la influencia de esta, de nuevo del TC. A la fiesta se sumaron los estatutos de autonomía de segunda generación. De aguafiestas pareció ejercer la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), aunque entre las comunidades autónomas y el TC han desactivado en buena medida el propósito indisimulado del legislador de reducir el espacio competencial de los municipios.

En lo que sigue, trataré el origen de la garantía (apartado 2) y, después, me ocuparé del presente (apartado 3); todo ello en diálogo con el TC, el gran protagonista de esta historia. Después llegará el momento de hacer mis propias reflexiones y propuestas sobre el particular (apartado 4)[2].

2. El origen: la autonomía local como garantía institucional

El TC sienta los pilares de la autonomía local en la famosa sentencia 32/1981. Pero antes de ella está la STC 4/1981, suscitada por un recurso de inconstitucionalidad contra determinadas leyes preconstitucionales, entre ellas la Ley de Régimen Local de 1955, que preveía numerosos controles estatales sobre

1. La indefinición de la CE sobre el sujeto competente para regular el régimen local fue aprovechada por los primeros estatutos de autonomía para incorporar al elenco competencial de las comunidades autónomas el "régimen local", con carácter de exclusividad en dos casos (País Vasco –art. 10.4 de su Estatuto– y Cataluña –art. 9.8 del Estatuto de 1979–), eso sí, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18.ª CE. Se comprende que la clave para determinar la esfera competencial de ambas comunidades radicaba en la interpretación de la cláusula competencial del art. 149.1.18.ª.

2. A estas alturas, la literatura sobre la naturaleza de la autonomía local es amplísima. Quienes más se han ocupado de ella han sido los administrativistas. La atención prestada por los constitucionalistas durante mucho tiempo ha sido más bien escasa. No voy a citar toda la literatura que he leído, tan solo algunas monografías al respecto: como monografías clásicas, Fanlo Loras (1990), Sánchez Morón (1990) y García Morillo (1998); como monografías más recientes, Nieto Garrido (2018) y Zafra Víctor (2020). Dentro de las obras especializadas en derecho administrativo local, merece destacarse el monumental "Tratado de Derecho Municipal" de Muñoz Machado, con un capítulo dedicado a la autonomía local escrito por Luciano Parejo [Parejo Alfonso (2011)], y la espléndida monografía sobre el sistema de fuentes del derecho local de Velasco Caballero (2009a), en particular (en lo que aquí más nos interesa), su capítulo I.

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

los entes locales. En esta sentencia irrumpe en la jurisprudencia del TC la autonomía local como especie dentro del género "autonomía de las entidades territoriales" (art. 137 CE), entendida esta como principio general de organización del Estado [fj 1.B)]. En el fj 3, el TC sienta una doctrina general sobre la autonomía (de sobra conocida) y, tirando de este hilo, fija reglas sobre la compatibilidad entre la autonomía de las entidades territoriales (comunidades autónomas y entidades locales) y la existencia de controles por parte de otras Administraciones. Pero no establece diferencias de naturaleza entre la autonomía de las entidades locales y la de las comunidades autónomas.

En la STC 32/1981 aparece por primera vez la noción de garantía institucional en el vocabulario del TC, a cuenta de la autonomía provincial. La sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra la Ley 6/1980, de 17 de diciembre, de transferencia urgente y plena de las diputaciones catalanas a la Generalitat. Esta Ley vaciaba de competencias a las diputaciones provinciales en Cataluña y se las transfería a la Generalitat.

El TC define y fija los contornos de la idea de garantía institucional (fj 3); descubre en los artículos 137 y 141 CE una inequívoca garantía institucional de la autonomía provincial (fj 3); y, a partir de ahí, delimita el contenido de esta **en negativo** en la vertiente competencial (pues se trataba de un problema de vaciamiento competencial): el legislador puede disminuir o acrecentar las competencias provinciales, "pero no eliminarlas por entero, y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido solo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía" (fj 3 *in fine*). La garantía institucional protege así frente a la eliminación por entero de las competencias provinciales o contra su debilitamiento –restricción– sin razón suficiente y en daño de la autonomía provincial.

El TC podía haberse quedado ahí, no necesitaba ir más allá. Lo extremo del caso facilitaba su resolución con los escasos mimbres de la garantía institucional entendida en sentido negativo, como prohibición de vaciamiento de la institución. Sin embargo, quiso ir más allá y delimitó **en positivo** el contenido de la garantía institucional de la autonomía provincial y, por extensión, de la autonomía local en su conjunto, al menos en materia competencial (en el fj 4). Ese contenido no consiste en un haz de competencias concretas, consiste en el "derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, para cuyo ejercicio los órganos representativos deben estar dotados de las potestades sin las cuales ninguna actuación autónoma es posible" (fj 4).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

El TC "constitucionalizó" la tesis de cierto sector de la doctrina alemana, en boga por aquel tiempo y que popularizó entre nosotros el profesor Parejo Alfonso[3]. Esta construcción (en positivo) de la autonomía local como derecho de participación planteaba dos problemas interpretativos: primero, identificar con arreglo a algún criterio los asuntos que atañen a las entidades locales (los que son de interés local –municipal o provincial–)[4]; segundo, una vez hecha esa identificación, determinar, con arreglo a algún criterio, en qué consiste la participación sobre dichos asuntos o, dicho de otro modo, cuál es el grado de participación necesario para que la imagen maestra de la autonomía local no se vea resquebrajada respecto de cada asunto de interés local previamente identificado. Ardua tarea esta que habría de complicar el trabajo de nuestro Tribunal en el futuro.

Pero la STC 32/1981 no se limita a delimitar la naturaleza de la autonomía local, entendida como la garantía institucional. También dice algo fundamental sobre el sujeto a quien compete configurarla, que no es otro que el Estado central. En el fj 5 proclama que "la garantía es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado"[5]. Por tanto, "corresponde al mismo (al Estado) la fijación de principios y criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado, de manera que, en el respeto a esas condiciones básicas, las comunidades autónomas podrán legislar libremente".

La garantía institucional sirve de fundamento para interpretar expansivamente el artículo 149.1.18.ª CE: primero, para entender que, dentro del "régimen jurídico de las Administraciones públicas", cuyas bases competen al Estado, se incluye, como submateria, el régimen local; y segundo, para entender que en esta submateria el Estado está autorizado a fijar los principios y criterios básicos no solo en materia de organización, sino también en materia de competencias de las entidades locales[6].

3. Parejo Alfonso (1981).

4. Ello entraba en contradicción con lo que el propio TC había declarado: la CE, ni precisa cuáles son los intereses provinciales y el haz mínimo de competencias para atenderlos (fj 3), ni "pretende resucitar la teoría de los intereses naturales de los entes locales que, en razón de la creciente complejidad de la vida social, que ha difuminado la línea delimitadora de los intereses exclusivamente locales, abocaría a un extremado centralismo" (fj 4).

5. La razón: "las comunidades locales", en cuanto "titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada", "no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y a la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma haga de este derecho" (*ibidem*).

6. A la autonomía organizativa y competencial añadirá más tarde el TC la financiera, yendo más allá de la suficiencia financiera *ex art.* 142 CE y equiparándola a la autonomía financiera de las comunidades autónomas (por todas, STC 134/2011, fj 3).

ISBN: 978-84-120267-9-5

La garantía institucional fundamenta y, a la vez, ensancha la competencia estatal para regular las bases del régimen local, una competencia de creación jurisprudencial. A su vez, la autonomía local deviene conceptualmente no solo una garantía institucional, sino también una materia sujeta a reparto competencial. El objeto de la garantía y, a la vez, del reparto competencial (con arreglo al esquema bases estatales-desarrollo autonómico) es la organización y las competencias de las entidades locales.

Poco después, el TC completará esta declaración con la afirmación del **carácter bifronte** del régimen local: este es "siempre resultado de la actividad concurrente del Estado y las comunidades autónomas", de suerte que este "carácter bifronte" "hace imposible calificar de forma unívoca el régimen local como intracomunitario o extracomunitario" (STC 84/1982, fj 4). En materia de régimen local, las competencias del Estado concurren con las de las comunidades autónomas que han asumido competencias sobre ella, aun con el carácter de exclusivas. Exclusivo no puede ser identificado como excluyente de la acción del Estado. El "régimen local" es una materia de competencia concurrente del Estado y de las comunidades autónomas.

Por último, en la STC 32/1981, se dice también que la autonomía de provincias y municipios es administrativa, frente a la de las comunidades autónomas, que es política (fj 3, párr. 4). Se trata de una afirmación *obiter dicta,* en cierto modo inducida por la incardinación del "régimen local" como submateria dentro de la materia "régimen jurídico de las Administraciones Públicas" ("bases del régimen local" sería igual a "bases del régimen jurídico de las Administraciones Locales"). Una afirmación tan rotunda no la volveremos a encontrar en la jurisprudencia del TC.

3. La conceptuación de la autonomía local según el Tribunal Constitucional: un sintético balance

Han transcurrido cuarenta años desde que el TC construyera la autonomía local como garantía institucional. Desde la sentencia 32/1981, el TC ha ido vistiendo (y desvistiendo) la garantía, sirviéndose "de" y sirviendo "a" la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL en adelante), aprobada cuatro años después de dictarse esa sentencia. La LBRL no puede entenderse sin la doctrina sentada en la citada sentencia. No en vano, en su preámbulo se presenta como una Ley de desarrollo de la garantía constitucional de la autonomía local. Pero la evolución posterior de la doctrina del TC tampoco puede

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

entenderse sin la influencia de la LBRL y de los avatares que ha vivido desde 1985. Hagamos sumariamente un balance de la evolución de la doctrina del TC sobre la concepción de la autonomía local.

3.1. La naturaleza de la autonomía local

3.1.1. ¿De garantía institucional a garantía constitucional?

La conceptuación de la autonomía local como garantía institucional fue, andando el tiempo, objeto de severas críticas doctrinales y de construcciones alternativas. A ello me referiré después. Lo cierto es que, sensible o no a estas críticas, el TC ha ido modulando su doctrina y ha intentado perfeccionarla.

La expresión "garantía institucional" no ha desaparecido del lenguaje del TC (véase, por ejemplo, la STC 152/2016, fj 4), pero existe una tendencia clara en el TC a desmarcarse de ella y a calificarla preferentemente como "garantía constitucional". Ello es así porque el TC, si bien respeta nominalmente lo declarado en la sentencia 32/1981, ha ido centrando su trabajo en la construcción de reglas específicas de protección de la autonomía local. Esto es, bajo el manto de la garantía institucional, el TC se ha dedicado en realidad a extraer garantías constitucionales concretas, directamente a partir de los enunciados de los artículos 137 y 140 a 142 CE e indirectamente a partir de los enunciados de la LBRL.

Hay una clara tendencia en la jurisprudencia del TC a "desinstitucionalizar" la garantía[7]. Llama en este sentido la atención que en las importantes SSTC 41 y 111/2016, en las que el TC resolvió sendos recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de LRSAL, no aparezca en ningún pasaje la expresión "garantía institucional" y sí, por el contrario, la expresión "garantía constitucional". Lo mismo sucede en la STC 107/2017, en la que se resolvió el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por 2393 municipios contra la LRSAL.

3.1.2. La autonomía local, autonomía administrativa

En el fj 3 de la sentencia 31/1982, el TC declaró, de paso, que la autonomía local era administrativa, frente a la de las comunidades autónomas, que era

7. La expresión la tomo de Velasco Caballero (2009a: 37).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

política. No precisó en qué consistía una distinción que, a la postre, ha sido fuente de un debate doctrinal prolongado en el tiempo, en el que han sido mayoría los partidarios de calificar de "política" a la autonomía local[8], frente al criterio del Tribunal. Incluso entre los que mantienen que la autonomía local es conceptualmente "administrativa" no se niega que tenga significación o relevancia política[9].

Con posterioridad a la declaración de 1982, el TC deslizó (también como *obiter dictum)* que la autonomía de las comunidades autónomas tiene una "dimensión política" distinta de la autonomía de los ayuntamientos (STC 11/1999, fj 4), lo que, según entiendo, significaba que la autonomía de estos tiene también dimensión política. Por el contrario, en otra ocasión, declaró (de nuevo como *obiter dictum)* que los entes locales "son ante todo Administraciones Públicas" y que su autonomía "es sustantivamente diferente a la de las Comunidades Autónomas" [STC 132/2012, fj 7 c)].

Por último (y por ahora), en la sentencia 111/2016 [fj 8 b)], sin ser tan rotundo, presupone que las entidades locales son "Administraciones", bien que "Administraciones" de carácter representativo dotadas de autogobierno y, como tales, "deben contar, por imperativo constitucional con un órgano colegiado y representativo" (el pleno del ayuntamiento o de la diputación provincial). Ocurre que ese órgano representativo no es un órgano separado, sino "parte del órgano de gobierno y administración del ayuntamiento o diputación". En esto se diferencia del órgano representativo de las comunidades autónomas (la asamblea legislativa), distinto y separado de sus órganos de gobierno y administración. En consecuencia, "las normas locales carecen de rango de ley, razón por la cual la autonomía local se diferencia de la autonomía *política* de las Comunidades Autónomas (STC 32/1981, fj 3)" (la cursiva es mía).

La STC 111/2016 nos devuelve al punto de partida: las entidades locales son "Administraciones" dotadas de autonomía administrativa y no política, porque carecen de potestad legislativa y de un órgano legislativo separado del ejecutivo. Ahora bien, no son "Administraciones" cualesquiera: son Administraciones dotadas de órganos propios representativos, con legitimidad demo-

8. Entre los constitucionalistas, véase, por ejemplo, a García Morillo (1998) o García Roca (2000). Más recientemente, Arroyo Gil (2016).
9. Aragón Reyes (2011: 618 y 621).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

crática directa en el caso de los municipios, que llevan a cabo tareas no solo administrativas, sino también de gobierno. Y la conexión entre democracia y autonomía local trae –debe traer– consecuencias: "una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para su cumplimiento" (STC 116/2016, fj 8). Hasta aquí llega el TC.

3.2. La configuración de la autonomía local: la LBRL, Ley de garantía de la autonomía local

Como ya he señalado, en la STC 32/1981 no solo se conceptúo la autonomía local como una garantía institucional, también se declaró que esta garantía era general y configuradora de un modelo de Estado. En 1981, el TC marcó el camino al legislador estatal. Este se sirvió de esa construcción jurisprudencial para erigirse en legislador de desarrollo de la garantía constitucional de la autonomía local y, además, esa garantía le servirá de justificación para llevar a cabo una regulación intensa y extensa de la organización y las competencias de las entidades locales constitucionalmente garantizadas[10]. A lomos de la autonomía local, el legislador de la LBRL de 1985 consideró que prácticamente nada de lo que se refería a los municipios y las provincias (e islas) podía serle ajeno. La LBRL achicó así el espacio de regulación del legislador autonómico, desdibujando notablemente el "carácter bifronte" del régimen local.

Desde 1985, garantía institucional (o constitucional) de la autonomía local y LBRL han ido de la mano. No obstante, esta relación ha atravesado por varias fases[11]. En una **primera fase** (de "euforia"), el TC se apropia de la LBRL para construir la garantía institucional. Se sirve de la Ley como canon de interpretación de la autonomía local *ex* artículo 137 CE[12]. También llega a declarar que la LBRL forma parte del bloque de la constitucionalidad, pero sin extraer consecuencias de ello (SSTC 27/1987 y 109/1998). Finalmente, acaba por extraer consecuencias: distingue, dentro de la LBRL, entre las normas que son manifestación de la autonomía local (constitucionalmente garan-

10. En la LBRL; y en la Ley de Haciendas Locales de 1988 (Ley 39/1988, de 28 de diciembre), de la financiación de los entes locales.

11. Una exposición más extensa, en Cidoncha Martín (2018).

12. *V. gr.*, la LBRL le sirve para identificar potestades inherentes a la garantía institucional (la normativa o la organizativa –STC 25/1993–), para identificar el urbanismo como asunto que atañe a los municipios (STC 40/1988) o para identificar el umbral mínimo de participación de los municipios exigible (en la realización de obras en los puertos y aeropuertos) para satisfacer la garantía institucional (STC 40/1988).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

tizada) y el resto de normas. Las primeras, en cuanto emanación directa de la CE, son canon directo de constitucionalidad de todo tipo de leyes (estatales y autonómicas); las segundas, canon indirecto de constitucionalidad de las normas autonómicas, en cuanto legislación básica (STC 159/2001).

El intento de convertir la LBRL en canon directo de constitucionalidad, en cuanto Ley de garantía de la autonomía local, ha quedado en eso: en intento. En 1999 se introdujo en la LOTC el conflicto en defensa de la autonomía local. Las entidades locales legitimadas pueden suscitar este conflicto por un único motivo: la vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Con ocasión de la interpretación de esta expresión, el TC, desde la sentencia 240/2006 (tesis confirmada por otras posteriores: 37, 96 y 132/2014), ha declarado que la LBRL, ni forma parte del bloque de la constitucionalidad, ni es canon directo de validez de otras leyes (estatales o autonómicas) en ninguno de sus preceptos. Es solo canon indirecto de validez de la legislación autonómica, en cuanto que legislación básica.

Una **segunda fase** ("llega la competencia") se abre a partir de 2005, cuando se produce en nuestro país una oleada de reformas estatutarias. Algunos de esos estatutos reformados (o nuevos estatutos) se presentan como normas de garantía de la autonomía local, en particular el catalán (EAC) y el andaluz (EAAnd). A este respecto, los nuevos estatutos contienen una regulación más densa que los anteriores de aspectos institucionales de las entidades locales y, como novedad, contienen previsiones sobre las competencias de estos, en garantía de su autonomía[13]. Existe una cierta voluntad de competir con la LBRL como Ley de garantía de la autonomía local, pero a partir de una voluntad previa: la de "interiorizar" el régimen local, esto es, la voluntad de desplazar la legislación básica del Estado en beneficio de la legislación de la comunidad autónoma, blindando las competencias sobre régimen local de esta[14].

La irrupción del estatuto de autonomía como norma de garantía de la autonomía local plantea el problema de su relación con la LBRL: ¿Cabe que

13. *V. gr.*, art. 84 EAC.

14. Esta voluntad es bien visible en el Estatuto catalán. Este blinda las competencias en materia de organización territorial (art. 151 –precepto que especifica las submaterias que comprende la materia–) y de ciertas submaterias en materia de régimen local (art. 160.1). El Estatuto proclama la exclusividad de su competencia, con pretensión excluyente de toda competencia estatal. A este respecto, se omite toda referencia a la competencia básica del Estado *ex* art. 149.1.18.ª CE. Como es sabido, el blindaje fue desactivado por el TC (STC 31/2010, ff.jj. 94 y 100).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

sobre un mismo ámbito concurran estatuto de autonomía y LBRL? El TC (STC 31/2010, fj 37) admite esta concurrencia, siempre que la regulación estatutaria se superponga y no se oponga a la regulación básica. ¿Y si se opone? El TC acaba diciendo que la norma básica prevalece sobre la norma estatutaria (STC 168/2016).

Una **tercera fase** (de "depresión") se abre con la aprobación de la LRSAL. La estrella polar que guía la reforma de la LBRL de 2013 es la estabilidad presupuestaria (y la sostenibilidad financiera) en un contexto de crisis económica, algo que no se oculta en el preámbulo. En términos de autonomía local, de la LRSAL salen ganadores y perdedores. Ganadoras son las diputaciones provinciales, cuyas competencias coordinadoras sobre los municipios se refuerzan. Perdedores son los municipios, a los que la Ley achica su espacio organizativo y el competencial.

Es la primera vez que el legislador estatal, lejos de optimizar la autonomía local, la minimiza, o al menos, lo pretende[15]. Ya no puede aparecer como el paladín, cuando menos, de la autonomía municipal. En esta tesitura, el TC, que había erigido al legislador básico estatal en garante de la autonomía local, se ve obligado a matizar, en la sentencia 41/2016 (fj 3); los cometidos de las bases de régimen local son dos: "concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada" y "concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales […] distintos de los 'enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE'".

Respecto del primero de los cometidos, aclara: el legislador básico, cuando desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, tiene "libertad de configuración, siempre que deje espacio a las comunidades autónomas y respete el derecho de la entidad local a participar a través de órganos propios en [su] gobierno y administración". Dentro de esos límites, el legislador puede ampliar o reducir la autonomía local, de tal suerte que "una legislación estatal que, respetando aquellos límites, pretendiera reducir la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado, podría ser tan básica y legítima como la que tratara de ensancharla al

15. Digo que lo pretende porque, a la postre, el TC ha desactivado en buena medida las pretensiones de la Ley, en particular, la pretensión de "cerrar" las competencias propias que el legislador sectorial debe atribuir a los municipios (STC 41/2016, fj 10) o la de "fortalecer" la función coordinadora sobre los municipios de las diputaciones provinciales (STC 111/2016, fj 12). Sobre esta cuestión, Cidoncha Martín (2017: 63-76).

ISBN: 978-84-120267-9-5

máximo". Es lo que resulta de un "sistema constitucional basado en el principio democrático".

Esto es: el legislador básico, a quien compete la configuración de la autonomía local, cumple garantizando un mínimo de autonomía local y no está obligado, aunque sí facultado a ampliar la autonomía local. La LBRL concreta, pero no necesariamente optimiza la autonomía local. Fin del mito del legislador básico como paladín de la autonomía local. No existe un mandato de optimización de la autonomía local (en particular, la municipal) ínsito en los artículos 137, 140, 141 y 142, en conexión con el artículo 149.1.18 CE. Hay solo un mandato de mínimos.

3.3. El parámetro y la regla (o el método) de control de constitucionalidad

3.3.1. El parámetro de control

El parámetro de control de constitucionalidad de las leyes que incidan sobre la autonomía local son los pocos artículos de la CE en los que se consagra y apenas se regula: básicamente, los artículos 137, 140, 141 y 142, y los que puedan conectarse a ellos. No es parámetro de control la LBRL. Como ya he dicho, el TC, a la postre, ha declarado que dicha Ley ni forma parte del bloque de la constitucionalidad ni es canon directo de validez de otras leyes (estatales o autonómicas) en ninguno de sus preceptos, solo canon indirecto de validez de la legislación autonómica, en cuanto que legislación básica. Con una salvedad: "solo podrá ser canon de validez de la ley *autonómica* en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representan más que exteriorizaciones o manifestaciones" (STC 95/2014, fj 5 –la cursiva es mía–)[16].

Los silencios de la CE, especialmente en materia competencial, hacían difícil extraer de ella un contenido de autonomía local mínimamente operativo que sirviera de control de la ley. El TC estaba abocado a echarle imaginación. Nuestro alto tribunal, antes de la LBRL, y a cuenta de la autonomía

16. ¿? Si determinado contenido de la LBRL exterioriza la CE, ¿no es lo exteriorizado Constitución? Si la respuesta es "sí", ese contenido legal, que es contenido constitucional, no podrá ser modificado mediante una reforma legal (los planos de la constitucionalidad y la legalidad se difuminan). Si la respuesta es "no" (lo exteriorizado no es Constitución), ese contenido legal no es Constitución y, por tanto, y siguiendo al propio TC, no podrá ser utilizado como canon de validez de la ley autonómica (o estatal).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

provincial y de las competencias de las diputaciones provinciales, construyó la noción de garantía institucional, en su doble vertiente negativa (prohibición de vaciamiento de la institución) y positiva (el –incierto– derecho a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen).

Como ya he dicho, andando el tiempo, el TC, sin abandonar esta concepción de la autonomía local, ha ido construyendo reglas concretas, directamente a partir de los enunciados de los artículos 137 y 140 a 142 CE, e indirectamente a partir de los enunciados de la LBRL. Me interesa centrarme en las reglas que ha ido extrayendo en sede de competencias locales. Es para esta vertiente para la que el TC construyó la idea de autonomía como derecho de participación. Pongo además el acento en los municipios, pues es en torno a sus competencias donde se plantean en toda su complejidad los problemas de la construcción del TC, habida cuenta del proceso de atribución de competencias propias que pergeña la LBRL (art. 25.2), el núcleo duro de las competencias municipales: un proceso en dos tiempos, en el que la ley básica manda lo que se tiene que atribuir y el legislador sectorial atribuye y fija las condiciones de ejercicio; un legislador sectorial que opera con amplia libertad, dada la indeterminación del legislador básico y lo evanescente de ese derecho de participación[17].

3.3.2. La regla (o el método) de control: del umbral mínimo a la ponderación

Como ya he dicho, la configuración de la autonomía local como derecho de participación en todos los asuntos "de interés exclusivo o prevalentemente municipal" (por utilizar los términos de la STC 41/2106, fj 9) planteaba desde el principio dos interrogantes. El primero era determinar cuáles eran esos asuntos o, cuando menos, un criterio para identificarlos. El TC no se ha preocupado o no se ha visto obligado a fijar criterio alguno de identificación. Hasta la presente, solo ha identificado uno de estos asuntos como de interés municipal, el urbanismo. Se ha limitado a decir, de forma apodíctica: "No es necesario argumentar que, entre los asuntos

17. En rigor, en punto a la garantía de la autonomía local en la vertiente competencial, hay que distinguir dos grupos de reglas de control de constitucionalidad: unas específicas, aplicables a los controles administrativos al ejercicio de competencias locales; otra general, aplicable a la atribución de competencias locales, extraída del derecho de participación. Solo me referiré aquí a la regla general. Sobre las primeras, *vid.* Cidoncha Martín (2017: 47-49).

ISBN: 978-84-120267-9-5

de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo" (STC 40/1998, fj 39, doctrina reiterada en otras muchas sentencias).

El segundo interrogante era determinar el grado de participación necesario sobre esos asuntos para entender satisfecha la garantía institucional. El TC sí se ha preocupado de despejar este interrogante, a cuenta de la ejecución por el legislador sectorial (básicamente autonómico) del mandato del legislador básico *ex* artículo 25.2 LBRL. Aquel, al atribuir y regular las competencias municipales, tiene libertad de configuración, pero no ilimitada. Acerca de cuáles son esos límites se ha producido un viraje en el TC. En un principio, el TC estableció lo que podemos denominar doctrina del "umbral mínimo", a cuenta precisamente del urbanismo: so pena de incurrir en vulneración de la autonomía local, "el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de *ese umbral mínimo* que les garantice su participación efectiva en los asuntos que les atañen" (STC 159/2001, fj 4; doctrina reiterada en SSTC 51/2004, fj 9, y 252/2005, fj 4 –la cursiva es mía–). Este umbral mínimo lo debía respetar el legislador autonómico (STC 159/2001), pero también el legislador estatal sectorial (SSTC 40/1998 y 204/2002).

El TC ha afinado su criterio y ha virado hacia lo que podemos denominar "doctrina de la ponderación". Esta doctrina aparece con toda claridad en la STC 154/2015 [fj 6.a)], también a cuenta del urbanismo y como canon de control de la atribución de competencias a los entes locales (en verdad, a los municipios) por las comunidades autónomas: "En relación con asuntos de competencia autonómica que atañen a los entes locales", el legislador autonómico "puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración a la hora de distribuir funciones", pero debe graduar el alcance o intensidad de la intervención local "en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias". Ello, no por imperativo de la legislación básica, sino "por imperativo de la garantía constitucional de la autonomía local" y para asegurar "el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración".

El TC acoge así una parte del test alexiano de la proporcionalidad, que Alexy aplicó a los derechos fundamentales[18] y que el TC ha venido

18. Alexy (1997). Como es harto conocido, Alexy concibe los derechos fundamentales como principios constitucionales y estos como mandatos de maximización, que obligan a

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

empleando solo en ese ámbito[19]. Lo que nos quiere decir el TC es esto: el legislador sectorial autonómico ya no cumple con otorgar al ente local un mínimo de participación en una materia de interés local (exclusivo o preferente), debe darle a este un grado de participación inversamente proporcional al interés supralocal implicado: cuanto más intenso sea el interés supralocal implicado menos participación local y viceversa. He aquí el viraje. El trabajo argumentativo del TC se complica: ahora se trata de sopesar en cada caso entre intereses locales y autonómicos, siguiendo una ley (la ley de la ponderación): cuanto más se limite el interés local, mayor será la necesidad de justificar la necesidad de satisfacer un interés autonómico[20].

Además, la ponderación se extiende como una mancha de aceite más allá del control de constitucionalidad de la legislación sectorial atributiva de competencias locales y he aquí otro viraje. El TC ha aplicado la ponderación a disposiciones organizativas y de personal introducidas por la LRSAL restrictivas de la autonomía municipal[21], ha predicado su aplicabilidad a disposiciones competenciales de la LBRL[22] y, más recientemente, la ha incluido dentro de los límites a la coordinación autonómica sobre

realizar algo en la mayor medida posible (dentro de las posibilidades fácticas y normativas existentes). Cuando se producen conflictos entre principios, estos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad. Este conocidísimo test consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como apunta Atienza, los dos primeros subprincipios "se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas", y nos vienen a decir que una medida que limita un derecho o un bien relevante para satisfacer otro debe ser idónea para obtener esa finalidad, y necesaria en el sentido de que no pueda alcanzarse esa finalidad con un coste menor para el derecho o bien limitado. Por el contrario, el tercer subprincipio "tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas" y se expresa mediante una ley (la ley de la ponderación), que se formula así: "cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro" [Atienza Rodríguez y García Amado (2016: 14)].

19. También, en una ocasión, en relación con la autonomía universitaria, entendida como derecho (STC 103/2001).

20. El TC ha intentado precisar cómo hay que ponderar: corresponde determinar, a partir de la libertad de configuración del legislador autonómico: "i) si hay intereses supralocales que justifiquen que la Comunidad Autónoma haya dictado esa regulación; ii) si el legislador autonómico ha ponderado los intereses municipales afectados; y iii) si ha asegurado a los ayuntamientos implicados un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses" (STC 152/2016, fj 6).

21. En lo que hace a disposiciones organizativas, *vid.* STC 111/2016, fj 8. En lo que respecta a disposiciones sobe personal, *vid.* STC 45/2017, fj 3 b).

22. A la regulación de las competencias propias generales del art. 7.4 [SSTC 41/2016, fj 11 b); y 107/2015, fj 3 b)]; o a la competencia de coordinación sobre los municipios de las diputaciones provinciales [STC 111/2016, fj 12 c)]. Sobre esta cuestión, Cidoncha Martín (2017: 67-73).

ISBN: 978-84-120267-9-5

las diputaciones provinciales[23]. A lo que parece, la ponderación ha venido para quedarse: se ha convertido en "la" regla de control de la garantía constitucional de la autonomía local.

4. Algunas reflexiones personales y algunas propuestas

4.1. Sobre la naturaleza de la autonomía local

4.1.1. Sobre el calificativo de la garantía: ¿garantía institucional o garantía constitucional?

4.1.1.1. Algunas reflexiones

La doctrina de la garantía institucional alumbrada por el TC en 1981 fue útil para hacer frente a un problema concreto: defender una entidad local (la provincia) frente a su vaciamiento competencial por las comunidades autónomas (por una de ellas). Sin embargo, una vez configurada legalmente la autonomía local en 1985, con la LBRL, pasaron a ser otros los problemas: preservar la esfera competencial de las comunidades autónomas frente a un legislador básico omnirregulador (so pretexto de su condición de garante de la autonomía local), y viceversa, preservar la autonomía local concretada en la LBRL frente a la cicatería del legislador (sectorial) autonómico. Andando el tiempo, un buen sector doctrinal empezó a expresar críticas a la conceptuación de la autonomía local como garantía institucional[24]. En la misma jurisprudencia del TC existe una clara tendencia a "desinstitucionalizar" la garantía y a llamarla garantía constitucional, como ya se ha señalado.

De entre todas las objeciones que se han hecho a la concepción de la autonomía local como garantía institucional, hay una difícil de sortear[25]. Se dice que la técnica de la garantía institucional tiene un sentido puramente

23. STC 82/2020, fj 6.

24. En la última década del siglo pasado, *vid.* Fanlo Loras (1990), Esteve Pardo (1991) o García Morillo (1998). Este último ideó una alternativa (la autonomía local como garantía constitucional) que mereció la réplica del difusor, entre nosotros, de la doctrina de la garantía institucional [Parejo Alfonso (1998)]. Ya en este siglo, la construcción alternativa más acabada es la de Velasco Caballero (2009a) y su idea de la autonomía local como principio que impone a los poderes púbicos un mandato de optimización (alexiano) de aquella.

25. Sobre las objeciones que parecen sorteables, *vid.* Cidoncha Martín (2017: 76-77).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

negativo, es un límite a la actuación positiva del legislador[26]. Así las cosas, mal puede ser la autonomía local límite al legislador si, dado el silencio de la Constitución sobre las competencias locales, su configuración corresponde a aquel. Difícilmente puede haber un contenido competencial que respetar por el legislador si es este el que lo determina.

Es cierto que la garantía institucional, entendida, según la tradición, como límite negativo frente al legislador, es insuficiente como técnica de protección de la autonomía local, pero solo en la vertiente competencial. En la vertiente organizativa, la CE ha configurado, aunque sea mínimamente, la autonomía local: ha determinado cuáles son las instituciones de autogobierno de las entidades locales y ha exigido que sean representativas; en particular, ha determinado la composición de los ayuntamientos y ha exigido que su órgano representativo, el Pleno, goce de legitimación democrática directa. Esto es, ha establecido una mínima estructura que puede operar como límite negativo frente al legislador regulador de la organización local. Además, de la conexión entre la autonomía local y el principio democrático es también posible extraer reglas estructurales que operan *ex Constitutione* como límite negativo al legislador[27]. La idea de garantía institucional como límite negativo frente a la ley puede servir.

En lo que respecta a la vertiente financiera, es indudable que la CE ha dicho casi nada (art. 142), pero sí lo suficiente el TC, que ha configurado la autonomía financiera de las entidades locales *ex Constitutione* como una norma de libertad: la CE garantiza la libertad de las entidades locales para establecer sus planes de ingresos y gastos[28]. Ciertamente es una libertad limitable por el legislador (incluso muy limitable), pero justamente esta regla

26. Entre los constitucionalistas, salvo error por mi parte, quien primero vio este problema fue García Morillo (1998). En su réplica a García Morillo, Parejo Alfonso matizó su propia doctrina: la garantía institucional tiene un núcleo duro, una zona de certeza (indisponible absolutamente por el legislador: es límite absoluto) y un halo de incertidumbre, disponible por el legislador, pero sujeto a control de proporcionalidad (es límite relativo) [Parejo Alfonso (1998)].

27. *V. gr.*, de la conexión de la autonomía local con el principio democrático ha extraído el TC una regla: la exigencia de que las decisiones relevantes para la vida de la comunidad local las adopten los órganos de naturaleza representativa con la debida publicidad (los plenos), sin que les puedan ser hurtadas a estos por órganos de naturaleza ejecutiva (las juntas de gobierno). *Vid.* SSTC 132/2012 (fj 4), 103/2013 (fj 6) y 161/2013 (fj 10). No obstante, según se desprende de la jurisprudencia más reciente, esta regla no es absoluta, sino "derrotable" (aunque muy difícilmente derrotable) a partir de la ponderación entre el binomio principio democrático-autonomía local que la sustenta y otro principio (*v. gr.*, la estabilidad presupuestaria) que se le contraponga (STC 111/2016, fj 8).

28. STC 134/2011, fj 13.

ISBN: 978-84-120267-9-5

de libertad se erige en límite *negativo* frente al legislador: este puede limitar esa libertad, pero hasta el límite de hacerla irreconocible. La idea de garantía institucional como límite negativo frente al legislador puede también servir y opera de forma parecida a como lo hace la garantía del contenido esencial para los derechos fundamentales de libertad[29].

Sin embargo, la idea de garantía institucional entendida en negativo apenas sirve para la vertiente competencial de la autonomía local. Aquí el silencio de la CE es total, más allá de la obviedad de declarar que las entidades locales gozan de autonomía "para la gestión de sus intereses" (art. 137). La CE no determina cuáles son esos intereses, ni siquiera determina las reglas para determinarlos. El déficit de configuración es prácticamente absoluto. Sirva de consuelo que este mismo déficit también lo tiene la garantía del contenido esencial como técnica aplicable a los derechos fundamentales que consisten en un "hacer" (normativo y/o ejecutivo) de los poderes públicos (llámense estos derechos "de configuración legal" –*v. gr.*, la tutela judicial efectiva– y/o "de prestación" –*v. gr.*, el derecho a la educación–). Las disposiciones constitucionales que los recogen contienen, en puridad, normas finalistas: la CE prescribe un fin (un hacer del Estado, esto es lo que preexiste al legislador), pero no los medios para alcanzarlo, esto queda dentro de la libertad del legislador. Y resulta notablemente problemático enjuiciar la constitucionalidad del grado de cumplimiento del fin por el legislador.

En el artículo 137 CE hay una norma finalista, un mandato del constituyente a los poderes constituidos para dotar de competencias a las comunidades autónomas y a las entidades locales. Se trata de un mandato parcialmente concretado en la CE y que tiene un destinatario perfectamente identificado (el estatuto de autonomía) en el caso de las comunidades autónomas. Sin embargo, ese mandato no está concretado en absoluto en la CE en el caso de las entidades locales y, además, no tiene destinatario identificado. Ha sido el

29. En algún lugar [Cidoncha Martín (2005: 397)] rebauticé estos derechos como derechos "absolutos", porque no necesitan de la intervención del Estado para realizar el interés que incorporan. Frente a ellos, los derechos "relativos" sí exigen esa intervención: consisten en pretensiones frente al Estado. Esta pretensión puede consistir en un *non facere* del Estado (*v. gr.*, derecho a que el Estado no discrimine en la creación o aplicación de las normas), pero más habitualmente consiste en un *facere.* Este *facere* puede consistir en acciones normativas y fácticas: así ocurre con los llamados tradicionalmente derechos de *prestación*, como el derecho a la educación (que exige del Estado regulación y escuelas); pero puede consistir básicamente en acciones normativas: así ocurre con el derecho al ejercicio del cargo representativo, que impone al legislador una regulación que posibilite su ejercicio (exige competencias).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

TC el que ha convertido al legislador estatal básico *ex* artículo 149.1.18 CE en destinatario primario, que no exclusivo.

Siendo esto así, la garantía institucional, entendida exclusivamente como límite negativo frente al legislador, es insuficiente. Es una garantía débil, porque no asegura frente a aquel un concreto ámbito material de competencias en favor de las entidades locales. Solo es eficaz en casos extremos y muy claros, como el resuelto por la STC 32/1981, en el que una ley autonómica pretendía vaciar por entero de competencias a las diputaciones provinciales en beneficio de la Generalitat.

Ocurre que la STC 32/1981 no solo construyó la garantía institucional de la autonomía local en negativo, sino en positivo, algo que olvidan los críticos de la garantía institucional. La autonomía local garantiza a las entidades locales no un haz de competencias determinado, pero sí el derecho a participar en cuantos asuntos sean de interés (exclusivo o preferentemente) local. Ahora bien, esta garantía "en positivo" complica sobremanera el trabajo del TC, porque le obliga a llevar a cabo dos tareas. La primera es identificar los asuntos de interés (exclusiva o preferentemente) local con arreglo a algún criterio de identificación, algo que el TC no ha hecho. La segunda es establecer un criterio para evaluar respecto de cada asunto de interés local si se garantiza o no ese derecho de participación, algo que el TC sí ha hecho. Ese criterio era el relativamente sencillo del umbral mínimo y ahora es el más complejo de la ponderación. La pregunta es si merece la pena el sobreesfuerzo al que se ha sometido a sí mismo el TC[30], para, al final, concluir que se cumple con la garantía asegurando el derecho de la entidad local a ser oída o a la participación no decisoria en la gestión de las competencias de otros[31].

4.1.1.2. … y una propuesta

La doctrina de la garantía institucional supone un esfuerzo loable por dotar de un contenido mínimo e inderogable a determinados preceptos constitucionales. Sucede que, en la jurisprudencia constitucional, la garantía institucional se ha convertido en un cajón de sastre en el que cabe todo: desde instituciones propiamente dichas (*v. gr.*, la familia o la Seguridad Social) hasta principios

30. Invito al lector a leer, como ejemplo, la STC 57/2015.
31. Véase la STC 152/2016. Un comentario a la misma en Cidoncha Martín (2017: 89-91).

ISBN: 978-84-120267-9-5

constitucionales (*v. gr.*, la publicidad procesal), pasando por los derechos fundamentales, que son cosas cualitativamente distintas[32].

Una cosa es que el significado de los conceptos constitucionales básicos deba ser protegido frente al legislador, y otra cosa es que todo concepto constitucional que se estime básico daba ser considerado una institución. Si convenimos en que una institución es una organización o una forma de organización (pública o privada, jurídica, social o económica), no lo es la publicidad procesal. En cambio, los municipios y las provincias sí son formas de organización territorial reconocidas por la CE con fines de protección y, además, son piezas del modelo de organización territorial. Podrían ser catalogados como instituciones, aunque, en puridad, sería más correcto reservar el calificativo para los ayuntamientos y las diputaciones provinciales. Municipios y provincias son, sin más, entidades territoriales garantizadas por la Constitución.

Me quedo con la expresión "garantía constitucional", porque es la expresión que se está imponiendo en la jurisprudencia constitucional y porque, además, es una expresión menos problemática que la de garantía institucional. Un entendimiento puramente institucional de municipios y provincias dificulta, a mi juicio, la comprensión de la autonomía local como derecho, toda vez que sostengo (frente a la confusión en que ha incurrido la doctrina del TC) que garantía institucional y derecho fundamental no son categorías idénticas, aunque tampoco contrapuestas[33].

Creo que es posible configurar la autonomía local como un derecho subjetivo[34]. Al fin y al cabo, la configuración como derecho está presente en el lenguaje del TC desde la sentencia 32/1981[35]. Además, el alto tribunal ha abierto la vía para una configuración de la autonomía local como garantía subjetiva al ver en el conflicto en defensa de la autonomía local un conflicto subjetivo, en el que los legitimados interponen la demanda en defensa no de un interés general en abstracto, sino de sus competencias[36]. Pero me vale también ver en la autonomía local un derecho "reactivo o reaccional", "es decir, un derecho de defensa, pues hay una serie de acciones judiciales ordinarias

32. Sobre esta cuestión, Cidoncha Martín (2009: 179).
33. *Ibidem.*
34. En la misma línea, Velasco Caballero (2009a: 45).
35. En el fj 4, párr. cuarto, al delimitarla positivamente (como derecho de participación en los asuntos de interés local), y en el fj 5, párr. cinco, al conectarla con la competencia estatal (expresamente declara que las "comunidades locales" son "titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada").
36. STC 27/2016, fj 3. Sobre esta cuestión, Cidoncha Martín (2017: 44-46).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

(el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa) y constitucionales (singularmente el conflicto en defensa de la autonomía local, pero también la cuestión de inconstitucionalidad) que permiten al municipio defender, aisladamente o asociado, su esfera de autonomía"[37]. Llámese derecho subjetivo o derecho reaccional, lo que se esconde detrás de la garantía constitucional es una esfera de poder atribuida a las entidades locales (a cada una de ellas) o, en palabras del propio TC, un "ámbito subjetivo de autonomía" (STC 27/2016, fj 3) o de intereses propios [STC 107/2017, fj 2 c)].

Lo relevante no es el rótulo (garantía constitucional), sino lo que se garantiza. Respecto de los municipios y las provincias[38], lo que garantiza la CE es su autonomía. Pero, obviamente, sin garantía de existencia no puede haber garantía de autonomía. Previa a la garantía de la autonomía es la garantía de existencia de los municipios y provincias como entidades territoriales: garantía general, no individual. En palabras del TC, referidas al municipio, pero predicables también de la provincia, la garantía (institucional) no puede preservar al municipio individualmente [STC 214/1989, fj 13 c)]. El legislador puede crear, modificar o suprimir municipios y provincias, pero no suprimir el municipio o la provincia como entidad local o diluirla para pasar a identificarla con otra entidad.

Presupuesta la existencia (general, no individual) de municipios y provincias, la CE garantiza un modo de existir específico: la autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137). Esta se despliega en tres vertientes: organizativa, competencial y financiera. El contenido constitucionalmente protegido frente al legislador puede construirse como límite (en negativo) en la vertiente orgánica y financiera, pero no tanto en la vertiente competencial. Trataré de articular una propuesta de parámetro y método de control al respecto.

4.1.2. ¿Autonomía administrativa o autonomía política? Una reflexión

He dicho antes que buena parte de la doctrina ha venido clamando desde hace mucho tiempo en favor de considerar la autonomía local como una autonomía

37. García Roca (2004: 21)

38. También las islas, aunque la autonomía de las islas es una creación jurisprudencial. Me limitaré, por tanto, a hablar de municipios y provincias, en el bien entendido de que las instituciones de las islas (cabildos o consejos insulares) asumen las funciones de las diputaciones provinciales en las mismas.

ISBN: 978-84-120267-9-5

política. También he dicho que el TC no se ha atrevido a dar ese paso: sigue calificándola como autonomía administrativa.

En verdad, el debate en torno a la naturaleza política o administrativa de la autonomía local me parece fatigoso por escasamente útil. Lo relevante es el contenido de la autonomía local y su protección, no tanto su rótulo. Yo sostengo lo siguiente:

1.º– Es obvio que la autonomía de las comunidades autónomas es distinta (en cantidad y calidad) a la de las entidades locales, y admito que su signo más visible cualitativamente es la atribución a aquellas de potestad legislativa a manos de un poder legislativo (un órgano representativo) distinto del poder ejecutivo.

2.º– Las entidades locales son, en sentido subjetivo, "Administraciones" (el rótulo del capítulo II del título VIII de la CE así lo atestigua), pero ello no significa que se limiten a administrar. También gobiernan, esto es, ejercen labores de dirección política y toman decisiones con arreglo a criterios de oportunidad política. Esto también lo hacen la Administración del Estado y las Administraciones autonómicas, a través de sus órganos superiores y directivos.

3.º– Lo que distingue a las "Administraciones" locales de la estatal y de las autonómicas es su doble condición de Administraciones representativas, que gozan de legitimidad democrática (directa o indirecta) *ex Constitutione*, y de Administraciones dotadas de autogobierno garantizado *ex Constitutione* frente a la ley. Llámese a esto como se quiera. Yo lo llamo autonomía local, sin más.

4.2. Sobre la configuración (legal) de la garantía

A impulsos del TC, una simple ley ordinaria (la LBRL) asumió una función, desarrollar la garantía (constitucional) de la autonomía local o, si se prefiere (yo lo prefiero así), la función de configurar los aspectos básicos de la organización y las competencias de las entidades locales, uno de los tres niveles territoriales de poder de nuestro Estado. El "rango" de la LBRL no se correspondía con la función que asumió, que la convertía en "norma institucional de los entes locales" (tomo la expresión del preámbulo de la Ley). Si se me permite la expresión: demasiados pocos galones para tamaña función.

Esta tensión entre la posición formal de la Ley y la tarea que se le asignó se aprecia muy bien en la evolución de la jurisprudencia del TC. La LBRL

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

llega a formar parte del bloque de la constitucionalidad e incluso a ser canon directo de constitucionalidad de las leyes (estatales o autonómicas). Después (tras la introducción del conflicto en defensa de la autonomía local) el TC se desdice. Por último, tras la irrupción de los estatutos de autonomía como normas de garantía de la autonomía local, la LBRL recupera vigor y pasa a gozar de primacía de posición respecto de aquellos, leyes orgánicas que, además, forman parte del bloque de la constitucionalidad.

Constatado lo anterior (la no correspondencia entre el rango y la función asignada a la LBRL), quiero hacer tres reflexiones:

1.ª– La primera reflexión tiene que ver, forzosamente, con la etiqueta que se adhirió a la LBRL: Ley de desarrollo de la garantía constitucional de la autonomía local. Ya se ha indicado que este calificativo es difícilmente sostenible tras la reforma introducida por la LRSAL, al menos en lo que a la autonomía municipal se refiere. Pero esto es coyuntural. Hay un error estructural: la autonomía local no es –no debe ser– una técnica de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. No es materia que se atribuya al Estado o que se reparta entre este y aquellas.

La autonomía es una cualidad o condición predicable de las entidades locales, que debe respetar el legislador competente para regular en cada caso. Ya lo dijo la STC 11/1999 (fj 2): "los destinatarios" del artículo 137 CE "son todos los poderes públicos y más concretamente todos los legisladores" (el estatal y los autonómicos). La autonomía local no debe implicar necesariamente un plus de regulación para el legislador básico estatal. Es límite y garantía frente a todo legislador, incluido el legislador básico estatal, no un título competencial.

2.ª– La segunda reflexión concierne a la relación de la LBRL con los estatutos de autonomía. Lo que tenemos: una ley ordinaria (estatal) que no se integra en el bloque de la constitucionalidad, pero que, aun así, prevalece en caso de conflicto (contradicción) sobre el estatuto de autonomía, una ley orgánica (estatal) que forma parte del bloque de la constitucionalidad. Recuérdese además que la prevalencia está prevista expresamente en la CE (art. 149.3) para resolver conflictos entre normas estatales y normas autonómicas, no entre normas estatales.

Pienso que se trata de una relación anómala. La anomalía se produce porque el TC, en la sentencia 31/2010, admitió que el estatuto de autono-

mía entrase a regular aquello que, en mi opinión, no le corresponde (en este caso, la organización y, sobre todo, las competencias locales)[39]. Al permitirlo, creó un ámbito de concurrencia en sentido propio del legislador básico y el estatutario. Sucede que, cuando dos normas dictadas en virtud de títulos competenciales válidos concurren en un mismo ámbito, pueden entrar en contradicción y, cuando entran en contradicción, una de ellas debe prevalecer.

Sin duda con la mejor de las intenciones (salvar en lo posible la constitucionalidad del estatuto catalán), el TC permitió el "pecado" (que el estatuto se reservase la regulación de lo que no le corresponde, incluso con carácter exclusivo), pero rebajó su alcance (lo exclusivo no es excluyente de la competencia estatal) y, finalmente, impuso un "castigo" por el pecado: en caso de contradicción, prevalece la norma básica sobre la estatutaria.

Lo ideal habría sido que el TC hubiera afrontado de forma más contundente (con una declaración de inconstitucionalidad) la euforia regulativa de los estatutos de autonomía. Como no ha sido así (puedo entenderlo), hemos de aprender a convivir con la "anomalía": que la relación entre ley básica (en nuestro caso, la LBRL) y estatuto de autonomía sea a la vez de competencia[40] y de concurrencia (en sentido propio) y que, en caso de conflicto en la concurrencia, aquella prevalezca sobre este[41].

3.ª– La última reflexión se proyecta sobre la relación entre el legislador básico y el legislador autonómico. En realidad, tiene que ver con el alcance de lo básico, asunto sobre el que han corrido ríos de tinta (o de *bytes*) en la doctrina[42] y en la jurisprudencia del TC.

39. En el mismo sentido, J. M.ª Rodríguez de Santiago en el prólogo a Velasco Caballero (2009a: 17-21). No puedo detenerme en este asunto. Me limito a apuntar lo que pienso acerca de lo que es y lo que no es un estatuto de autonomía: por un lado, *es* norma institucional básica de cada comunidad autónoma (art. 147.1 CE), pero **no es** norma institucional básica de las entidades locales (constitucionalmente garantizadas) radicadas en su territorio; por otro lado, es norma atributiva de competencias a la comunidad autónoma [art. 147.2.d) CE], incluidas competencias "sobre" las entidades locales, pero **no es** norma atributiva de competencias "a" las entidades locales (constitucionalmente garantizadas) radicadas en su territorio.

40. STC 31/2010, fj 3: "En cuanto normas legales [los estatutos de autonomía] a las que queda reservada la regulación de ciertas materias, el principio de competencia es el que determina su relación con otras normas legales".

41. Sobre esta cuestión, véase una hipótesis de trabajo, a la espera de una reforma constitucional, en Nieto Garrido (2018: 163-167).

42. Sobre esta cuestión, Montilla Martos (2018).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

Aprecio en el TC dos visiones contrapuestas sobre el alcance material de las bases, una minimalista y otra maximalista. La minimalista ve en las bases un mínimo de regulación (solo lo indispensable)[43]. La maximalista permite a las bases regular todo lo que haga falta para asegurar el interés general ínsito en la materia[44]. Esta última visión es la que se ha impuesto en la práctica y es la que siempre ha tenido el TC en relación con el régimen local, apoyándose en la garantía constitucional de la autonomía local. Cuando esta justificación ha perdido fuerza (tras la LRSAL) han aparecido otras (las razones económicas que giran en torno a la estabilidad presupuestaria).

Creo que, cuando la CE ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre una materia, ha decidido que sea este el que fije libremente su ámbito, porque las bases no están determinadas en la CE. Compete al Estado regular cuanto exija lo básico (lo unitario) en cada momento, con la extensión e intensidad que, en su valoración puramente política, determine. Al TC compete corregir los excesos y evitar que se vacíe el espacio competencial autonómico (este es el reducto indisponible para el legislador básico). Lo que no compete al TC es descubrir en la CE unas bases ideales que no existen o, alternativamente, impartir instrucciones al Estado sobre cómo construir esas bases, a modo de directrices de técnica normativa. Una y otra cosa están fuera de su alcance. Es mi convicción.

4.3. Sobre el parámetro y sobre el método de control de la autonomía local

Retomo lo que dejé al final del apartado 4.1.1: articular una propuesta sobre el parámetro y sobre el método de control de la garantía constitucional de la autonomía local en su vertiente competencial. Es en esta vertiente donde se han puesto de relieve la insuficiencia de la doctrina de la garantía institucional, entendida en sentido negativo, y los problemas de articularla en sentido positivo, como derecho de participación en los asuntos de interés (exclusiva o primordialmente) local.

Parto de la base de que el parámetro de control de constitucionalidad de la garantía es solo la CE, pero no la LBRL. Ya ha quedado claro que, para el TC, la ley básica configura la autonomía local, pero no es parámetro (directo) de constitucionalidad de las leyes (estatales o autonómicas) que atribuyen

43. Como sentencia señera en este punto, la STC 69/1988. *Vid.* también un buen resumen de esta posición en la STC 109/2003.

44. Es la posición de la STC 31/2010, fj 10: para el TC, es factible en las bases un alcance diferente al mínimo común denominador normativo en función de la materia concreta sobre la que se proyecten… y no como simple excepción.

ISBN: 978-84-120267-9-5

competencias a los entes locales. Lo que sea la autonomía local debemos extraerlo exclusivamente de la CE, no de la ley básica que la configura.

Mi propuesta exige tener muy presentes a los dos legisladores que concurren en la determinación de las competencias municipales, el legislador básico estatal y el legislador sectorial (estatal y autonómico). Estos dos legisladores no concurren, en la práctica, en la determinación y atribución de las competencias provinciales. Esa doble tarea ha sido llevada a cabo por el legislador básico (art. 36 LBRL)[45].

4.3.1. Sobre qué se garantiza

4.3.1.1. La garantía constitucional frente al legislador básico

Al legislador básico estatal *ex* artículo 149.1.18.ª CE le corresponde la decisión política inicial de definir los asuntos de interés municipal, fijando las reglas de atribución de competencias y, como excepción, atribuyendo directamente competencias a los municipios, dentro de los límites marcados por el TC[46]. El legislador básico es el configurador o, más abiertamente, el creador del sistema de atribución de las competencias municipales (también de las provinciales) a partir del mandato finalista contenido en el artículo 137 CE. Sin su intervención no es posible el ejercicio de las competencias municipales.

Se comprenderá fácilmente que, frente al legislador básico, la garantía constitucional es forzosamente mínima. La CE solo le exige que dote a los municipios de un mínimo de competencias, indeterminado de antemano, pues es a él a quien corresponde determinarlo. Además, le exige que ese mínimo sea de competencias propias, esto es, ejercidas bajo la propia responsabilidad, lo que implica la prohibición sobre ellas de controles de oportunidad por otras Administraciones (salvo excepción justificada) o de controles de legalidad genéricos e indeterminados. Cumplido este mínimo, forma parte de la libertad del legislador básico ir más allá, hasta el límite que representan las competencias del Estado o de las demás entidades territoriales y, antes que eso, hasta el límite que

45. Sobre el sistema competencial de la LBRL, antes y después de la LRSAL y de las SSTC recaídas en torno a ella, *vid.* Cidoncha Martín (2017: 52-75).

46. Esto es, siempre que no suponga un obstáculo a las competencias autonómicas y con la finalidad de garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino (STC 41/2016, fj 9).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

representa su condición de legislador básico. Del artículo 137 CE se derivan un mandato de mínimos y una habilitación (limitada) de máximos.

Sé que esto es decir poco y que solo en casos muy extremos de vaciamiento competencial se activaría la garantía constitucional. Pero creo que esta ha sido la voluntad del constituyente. Este repartió las competencias sobre los distintos sectores de la realidad entre el Estado y las comunidades autónomas y corresponde al legislador (¡qué remedio!) la tarea de detraer de esas competencias las que han de pasar a las entidades locales.

El legislador básico ha cumplido con ese mandato de mínimos. Lo ha hecho teniendo en cuenta que su labor consiste principalmente en fijar las reglas de atribución de competencias, no en atribuir directamente competencias. En lo que hace a los municipios, ese mínimo está cubierto en el artículo 25.2 LBRL, cuando dispone que ejercerán en todo caso competencias propias específicas[47] sobre una relación de materias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas; y en el artículo 26.1, cuando declara determinados servicios de prestación obligatoria por los municipios. En los artículos 25.2 y 26.1 de la LBRL, el legislador ha creado las posibilidades de ejercicio de la autonomía municipal en la vertiente competencial, cumpliendo el mandato finalista del artículo 137 CE.

Fuera del mandato de mínimos, constitucionalmente obligado, pero dentro de la habilitación de máximos, constitucionalmente permitida, sitúo la posibilidad de delegación de competencias a los municipios (art. 27 LBRL), pero también la habilitación del artículo 7.4 LBRL para que los municipios ejerzan competencias propias genéricas. También hay que situar fuera de ese mandato de mínimos las competencias propias específicas que el legislador

47. El TC, con buen criterio, ha dado nombre a los distintos tipos de competencias de la LBRL con ocasión de la resolución de los recursos planteados con la LRSAL [en realidad, ha hecho suya la terminología empleada por Velasco Caballero (2014)]. En lo que hace a las competencias municipales, hay que distinguir entre competencias **propias** y competencias **delegadas** (art. 27) y, dentro de las propias, entre competencias **propias específicas** (art. 25.2) y competencias **propias generales** (las del art. 7.4). Como su propio nombre indica, las competencias propias específicas "se atribuirán a los municipios de modo específico a través de normas (estatales o autonómicas) con rango de ley", con arreglo a los requisitos previstos en los apartados 3 a 5 del nuevo art. 25 LBRL. Son, por tanto, "competencias determinadas por ley sectorial". Por el contrario, las competencias propias generales "están directamente habilitadas por el legislador básico", esto es, "su ejercicio no requiere de una habilitación legal específica, pero es posible solo si" se dan las condiciones previstas en el art. 7.4 LBRL (STC 41/2016, fj 10). En otras palabras, las competencias propias generales se distinguen de las competencias propias específicas "no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas" (STC 107/2017, fj 3).

ISBN: 978-84-120267-9-5

sectorial (estatal o autonómico) quiera atribuir a los municipios, más allá del mínimo establecido en el artículo 25.2 LBRL[48]. El carácter facultativo y no obligatorio de todas ellas así lo atestigua[49].

En conclusión, frente al legislador básico, el "derecho" de participación de las entidades locales garantizado por la CE es el **"derecho" a un mínimo de competencias propias**, **pero no a un mínimo determinado (o determinable) en la CE**[50]. La determinación de este mínimo corresponde al legislador básico. Ese derecho ha sido satisfecho: el legislador básico ha establecido un mínimo competencial para municipios (arts. 25.2 y 26.1 LBRL) y provincias (art. 36.1 LBRL) en cumplimiento del mandato constitucional y ha ampliado ese mínimo en ejercicio de su democrática libertad de configuración.

4.3.1.2. La garantía constitucional frente al legislador sectorial (estatal o autonómico)

El segundo legislador que concurre en la determinación de las competencias municipales es el legislador sectorial (estatal o autonómico). Su intervención es necesaria para hacer jurídicamente efectivo el artículo 25.2 LBRL, no para hacer efectivo el artículo 26.1 LBRL[51]. A él corresponde atribuir las "competencias propias específicas" de los municipios, pero también regular sus condiciones de ejercicio. El legislador sectorial tiene libertad para establecer condiciones a esa atribución, pero es una libertad limitable en garantía de la autonomía municipal. Aquí es donde entra la ponderación que ha construido el TC y a la que me refiero después.

Ahora bien: ¿qué legislador sectorial está sometido al escrutinio de la ponderación? Desde luego, el legislador autonómico, el principal destinatario del mandato

48. El TC ha desactivado el propósito de la LRSAL de cerrar el elenco de competencias propias específicas de los municipios: la relación del art. 25.2 LBRL no es un máximo, es un mínimo ampliable por el legislador sectorial [STC 41/2016, fj 12 a)].

49. Algunos estatutos de autonomía (*v. gr.*, art. 84 del Estatuto catalán) han asegurado a los municipios un plus de competencias propias específicas respecto de las aseguradas por el actual legislador básico. Estamos aquí ante una garantía estatutaria, no constitucional. Dicho sea a partir de mi convicción (no secundada por el TC) de que los estatutos de autonomía no son normas aptas para atribuir competencias a las entidades locales.

50. "Derecho" que los municipios pueden defender ante el TC, coaligados, en el conflicto en defensa de la autonomía local, frente a un legislador básico que reduzca las competencias municipales por debajo de ese mínimo.

51. Ni el art. 7.4 LBRL (competencias propias genéricas). Aquí la intervención necesaria (previa y determinante) es de la Administración (la competente para emitir el informe de duplicidad –o no– y de sostenibilidad financiera –o no–).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

del artículo 25.2 LBRL. Basta echar un vistazo al elenco de materias de ese precepto para comprobar que son esencialmente materias de competencia autonómica. Pero también el legislador sectorial estatal estará, en su caso, sometido al escrutinio de la ponderación, en la medida en que tenga que atribuir competencias propias a los municipios en materias que correspondan al Estado. Ello es así porque la garantía de la autonomía local deriva directamente de la CE, no de la ley básica.

Dicho en términos sintéticos: los municipios **no** tienen *ex Constitutione* "derecho" a un elenco determinado de competencias propias, pero **sí** tienen *ex Constitutione* **"derecho" a ejercer ese elenco** (el mínimo determinado por el legislador básico) **en condiciones respetuosas con su autonomía,** las que resultan –o deben resultar– de la ponderación[52].

Determinado por el legislador básico el cuadro de competencias que obligatoriamente han de ser atribuidas a los municipios, el legislador sectorial (estatal o autonómico), al regular su atribución, deberá hacerlo de forma respetuosa con la autonomía municipal y es ahí donde aparece la ponderación. El escrutinio al legislador sectorial (estatal o autonómico) tendrá como parámetro directamente la CE y no la ley básica. **Frente al legislador sectorial, sea estatal o autonómico, la garantía constitucional no es una garantía material (una esfera competencial determinada), sino de intensidad**: un determinado nivel de intervención sobre cada competencia propia integrante del mínimo competencial atribuido por el legislador básico. Este nivel no puede determinarse *a priori*, solo cuando el legislador sectorial haya regulado y, obviamente, solo en el caso de que el asunto llegue al TC.

En tanto el TC no se pronuncie, se presume constitucional la regulación sectorial y a ella deben atenerse los municipios, pero también los jueces, sujetos como están a la ley. Si los municipios entienden que la ley sectorial vulnera la garantía constitucional de la autonomía local, pueden coaligarse y promover un conflicto en defensa de la autonomía local. Si los jueces entienden lo mismo, deben plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad al TC. Lo que estos no pueden hacer es inaplicar la ley y hacer su propio

52. Obviamente, si el legislador sectorial no hace su trabajo, tenemos un problema, porque es a él a quien compete la atribución efectiva de la competencia. Acaso sea posible pensar que, ante el silencio del legislador sectorial, los municipios están habilitados a ejercer con la máxima plenitud posible el elenco competencial del art. 25.2 LBRL, a la espera de que el legislador sectorial se digne regular. A ello ayuda el que los municipios están habilitados directamente *ex* art. 26.1 LBRL a prestar determinados servicios que caen dentro del elenco competencial del art. 25.2.

ISBN: 978-84-120267-9-5

juicio de ponderación. Si el legislador sectorial ha regulado, el juez no puede sustituir la regla hecha por aquel por la suya propia, resultado de su propia ponderación en el caso concreto[53].

Mi propuesta se sirve de la jurisprudencia del TC (de la que parto) y se proyecta sobre las competencias municipales, aquellas que requieren una legislación en dos tiempos, la básica y la sectorial. Creo que tiene algunas ventajas. Por un lado, exime al TC de llevar a cabo el trabajo que nunca ha hecho, el de identificar (con arreglo a algún criterio) las materias de interés municipal, con la consiguiente elevación a rango constitucional. Esa identificación está deferida por el constituyente al legislador básico. Por otro lado, permite el control de la legislación sectorial estatal. Es más, permite el control de toda la legislación sectorial, estatal o autonómica, a través del conflicto en defensa de la autonomía local, toda vez que el parámetro de control es claramente la CE y no la LBRL, a la que el TC niega la condición de parámetro de control en el citado conflicto, como ya sabemos. Se supera así una de las estrecheces que ha impuesto el alto tribunal al acceso a ese proceso constitucional.

4.3.2. Sobre cómo se garantiza

4.3.2.1. Sobre la ponderación y la autonomía local: algunas reflexiones

La ponderación es la nueva regla de control de constitucionalidad de las leyes sectoriales (autonómicas) que atribuyan competencias a los municipios. Pero, como he dicho antes, se ha extendido más allá de este ámbito. Da la impresión de que es el nuevo "paradigma", es ahora la regla o método de control de constitucionalidad de toda suerte de leyes (estatales o autonómicas) que, dictadas sobre esto o sobre aquello, restrinjan la autonomía local.

La ponderación como método interpretativo alternativo al tradicional (el de la subsunción) tiene partidarios acérrimos y detractores también acérrimos. No entro en esta polémica[54]. Pienso que es un método que, si bien tiene por hábitat natural la colisión entre normas de derechos fundamentales, puede

53. Otra cosa es que haya lagunas en la legislación, que es tanto como decir que el legislador no ha ponderado (o no ha ponderado lo suficiente). En este caso, sí creo que el juez está autorizado a interpretar el caso concreto directamente a la luz de la garantía constitucional.

54. Un ejemplo –de altísimo nivel– de esta polémica, en Atienza Rodríguez y García Amado (2016).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

aplicarse a la colisión entre normas competenciales[55]. Sin embargo, hay algo que me separa de ella y, en cualquier caso, veo a este método ciertos inconvenientes en su aplicación a la autonomía local.

Me separa de ella la premisa de la que parte, la idea de que la autonomía local *ex artículo* 137 CE es un principio en sentido alexiano: un mandato de maximización u optimización, que debe ser realizado en la mayor medida posible (dentro de las posibilidades fácticas y normativas existentes). Confieso que nunca me ha convencido la concepción alexiana de los derechos fundamentales como principios y de estos como mandatos de maximización, por dos razones, que son trasladables al principio de autonomía local:

1.ª– **Porque conduce a resultados contradictorios e ilógicos**: puesto que no existe jerarquía entre los derechos fundamentales, los poderes públicos están obligados por igual a maximizar cada uno de ellos. Pero no es posible que uno esté obligado a la vez a maximizar la libertad de empresa y el derecho al trabajo, por poner un ejemplo. Tampoco es posible maximizar a la vez la autonomía de las entidades locales y la de las comunidades autónomas, ambas reconocidas en el artículo 137 CE y potencialmente enfrentables.

2.ª– En segundo lugar, **porque la idea de mandato de maximización afecta al principio democrático, al valor "pluralismo político" y a la libertad de configuración del legislador**. La CE no es un manual de instrucciones, es un marco en el que caben políticas diversas, siempre dentro del respeto a ese marco. Así, el legislador es libre de dar más o menos cancha a la libertad de empresa o al derecho al trabajo, en función de su opción política. Si opta por maximizar la libertad de empresa, está obligado a respetar el mínimo de derecho al trabajo que constituye su contenido esencial. Y viceversa. Igualmente, el legislador es –debe ser– libre para maximizar la autonomía local o, en particular, la municipal, más allá del mínimo constitucionalmente protegido (siempre dentro del respeto al límite que representan otros principios constitucionales, *v. gr.*, la unidad del Estado o la autonomía de las comunidades autónomas), pero no está obligado a ello.

Creo que no hay nada en la CE que obligue al legislador a maximizar la autonomía local en general, ni la municipal en particular. Respecto de esta, el legislador está obligado, en sede competencial, a proveer de un mínimo de garantía, y está habilitado para ampliar esa garantía: **mandato de mínimos,**

55. Véase, en este sentido, Velasco Caballero (2009b).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

habilitación de máximos. Es, en definitiva, lo que ha venido a decir el TC, al enjuiciar la LRSAL.

Amén de este problema de base, veo en la aplicación de la ponderación algunas dificultades, que son trasladables al caso que nos ocupa, el control del legislador sectorial que atribuye competencias a los municipios:

1.ª– La dificultad de su aplicación al control abstracto de la ley: como se ha dicho incluso por defensores de la ponderación, "el control abstracto de las leyes no es la actividad más idónea para el desarrollo de la ponderación, estrechamente conectada al caso concreto"[56]. Si ya es difícil pesar, más bien sopesar entre principios a la vista del caso concreto, mucho más lo es sopesarlos en abstracto, sin tener a la vista un caso concreto.

2.ª– La dificultad en sí de su aplicación, dada la complejidad que encierra la ponderación: sopesar entre principios y extraer de ellos una regla aplicable al caso. ¿Cómo se hace esto? Uno de los máximos defensores de la ponderación ha propugnado no complicarse la vida inútilmente como hace Alexy (con su fórmula del peso) y buscar la sencillez: "El mejor teórico del derecho es el que hace fácil lo difícil y no difícil lo fácil"[57]. El problema de simplificar la argumentación es que acaba implicando una alta dosis de discrecionalidad judicial[58]. Si hacemos difícil lo difícil, puede que la cosa se ponga imposible. Si hacemos fácil lo difícil, puede que otorguemos al juez un poder excesivo. Como se ha dicho gráficamente "(p)oco se avanza si el señorío del derecho cambia de manos", del legislador al juez[59].

En verdad, la doctrina de la autonomía local como derecho de participación se ha revelado, a la postre, una garantía débil. Como se ha dicho gráficamente, "participar en todo es no tener competencia en nada", siendo así que "el espacio local queda en manos de las llamadas –mediante un eufemismo– leyes sectoriales", lo que es algo así "como dejar las ovejas al cuidado del lobo"[60]. La ponderación, que, en principio, pretende mejorar la posición de la autonomía local respecto del método del umbral mínimo, a la postre,

56. Prieto Sanchís (2001: 225).
57. En Atienza Rodríguez y García Amado (2016: 22-23).
58. El propio Atienza reconoce que la ponderación, que no es un procedimiento arbitrario, sí "supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción" (*Ibidem*: 31).
59. Zafra Víctor (2020: 125-126), parafraseando a Constant.
60. García Roca (2004: 18).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

sucumbe como garantía a su propia complejidad, pero también a la premisa de la que debe partir: el municipio no tiene *per se* garantizada una competencia propia, sino el derecho a participar en las competencias de otro ente, la comunidad autónoma. Esta cumple si otorga al municipio una participación X en *su* competencia, que será tanto menor/mayor cuanto mayor/menor sea el interés supralocal implicado. ¡A saber cómo se sabe esto en abstracto![61] La atribución de competencias municipales es una operación incierta y, en buena medida, casi dejada a merced del legislador sectorial (el lobo). A la postre, la única certeza competencial de los municipios es el artículo 26.1 LBRL.

4.3.2.2. Una propuesta

Ya he dicho que la decisión inicial de definir los asuntos de interés municipal es una decisión política que corresponde al legislador básico. También he dicho que, una vez fijado por este el mínimo competencial (constitucionalmente protegido) de los municipios, el legislador sectorial (estatal o autonómico), a quien compete la atribución de competencias propias (específicas) a los municipios, debe llevar a cabo esta tarea en condiciones respetuosas con la autonomía local.

¿Qué es respetar la autonomía local en la atribución de competencias propias específicas a los municipios? Propongo una lectura más generosa de la autonomía municipal. Me sirvo para ello de las posibilidades que ofrece la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL), a la que ha acudido el TC en algunas ocasiones como herramienta interpretativa para iluminar la autonomía local[62]. En la Carta, yendo más allá de la proclama del llamado principio de subsidiariedad o de proximidad (art. 4.3), se dice que **"las competencias encomendadas a las entidades locales deben ser normalmente plenas y completas"**, aunque se añade –ciertamente– que "no pueden ser limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley" (art. 4.4).

61. Como muestra un botón: el TC, que, en la sentencia 152/2016 (fj 6), se había afanado por precisar los elementos del test de ponderación, finalmente no lo sigue en el caso concreto. A este respecto, *vid.* Cidoncha Martín (2017: 89-94).

62. *Vid.*, por ejemplo, SSTC 233/1999 (fj 11) y 148/2012 (fj 15). La literatura sobre la Carta es abundantísima. Entre las monografías que se han ocupado de ella, valgan, como muestra, Caamaño Domínguez (coord. – 2003), Lasagabaster Herrarte (2007), y, más recientemente, Font i Llovet (dir. – 2019).

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

¿Por qué no dar la vuelta a las cosas? ¿Por qué no podría el TC entender que el artículo 137 CE implica *prima facie* que los municipios tienen derecho a ejercer plenamente las competencias que constituyen su mínimo constitucionalmente protegido?[63] ¿Por qué no entender que el legislador sectorial puede limitar ese amplio contenido, pero solo con justificación rigurosa? La garantía constitucional de cada competencia municipal (integrante del elenco mínimo garantizado constitucionalmente) ya no consistiría en un contenido mínimo de autonomía local frente al legislador sectorial, sino en un contenido amplio *prima facie*. Es otra lectura, tan susceptible de críticas como la que sostiene ahora el TC, pero tan posible como esta[64].

Otra cosa es qué se ha de entender por limitación justificada. A mí me vale con someter al legislador sectorial a un doble control: en primer lugar, verificar que la limitación responde a una finalidad razonable de protección de intereses supralocales; y, en segundo lugar, verificar que la limitación no va más allá de lo necesario para la protección de ese interés supralocal: "idoneidad" e "indispensabilidad" (necesidad estricta), estos serían mis test. Repárese bien en lo que pretendo decir: el legislador sectorial no configura el contenido de la competencia local (*v. gr.*, abastecimiento de agua potable); esta queda definida *prima facie* con la máxima amplitud, una vez que el legislador básico la incluye dentro de las que manda atribuir a las entidades locales. El legislador sectorial puede limitar su alcance, siempre que esa limitación sea, como digo, idónea e indispensable. Entiéndase bien la indispensabilidad: el legislador sectorial no cumple respetando un mínimo de autonomía local, cumple limitando la limitación (valga la redundancia) a lo estrictamente indispensable. Se trata, no de prohibir el vaciamiento de la competencia

63. Mínimo indeterminado en la CE y determinado por el legislador básico, como ya he dicho, y que integran las competencias propias específicas obligatorias del art. 25.2 LBRL y, dentro de ellas, los servicios obligatorios del art. 26 LBRL. *Vid.* apartado 4.3.1.1.

64. Una lectura de la autonomía local en este sentido, en García Roca (2000, 2004). Insisto en que no es una lectura que obligatoriamente se infiera de la CE, pero sí que es posible. Insisto también en que esta lectura posible la acoto al mínimo competencial constitucionalmente protegible y determinado por el legislador básico. No sostengo la tesis de la competencia universal de los municipios, limitable por ley.
Por lo demás, no es contradictorio sugerir esta lectura y descreer al mismo tiempo de la idea de "mandato de maximización" alexiana. Repárese en que la autonomía municipal amplia *prima facie* que se sugiere no se predica de todas las competencias municipales, sino solo de su mínimo constitucionalmente protegido (no me cansaré de repetirlo). Además (y este es el argumento relevante), no se manda al legislador sectorial que optimice la autonomía municipal respecto de cada competencia propia que esté obligado a atribuir, se prohíbe que limite su contenido (*prima facie* amplio) injustificadamente.

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

local, sino de prohibir la limitación no indispensable, que es algo bien distinto[65].

A la postre, en lugar de proclamar un derecho genérico (el derecho de participación en todos los posibles asuntos de interés local), quizá sea más respetuoso con la autonomía municipal (y, por ende, con la autonomía local) acotar ese derecho a un mínimo competencial, el que se decida políticamente, pero dándole un contenido amplio, al menos *prima facie*. Los municipios deberían poder ejercer con razonable amplitud las competencias que integran ese mínimo, deberían poder llevar a cabo políticas propias sobre ellas y no limitarse a administrarlas en los estrechos márgenes impuestos libérrimamente por el legislador sectorial.

5. Fin (por fin)

Es hora de terminar. No quiero fatigarte aún más de lo que ya estás, amable lector. Me limitaré a recapitular, a modo de titulares, mi posición sobre el significado constitucional de la autonomía local.

Primero: no veo en el artículo 137 CE un principio al modo alexiano, esto es, un mandato de optimización de la autonomía local, y sí una garantía de posición de las entidades locales (las constitucionalmente garantizadas: municipios, provincias e islas). Es lo que veo: una garantía constitucional (mejor que institucional), llamada "autonomía", que se proyecta sobre aquellas en lo organizativo, lo competencial y lo financiero.

Segundo: no veo en la "autonomía local" una materia sujeta a reparto competencial. Veo, como digo, una garantía (un modo específico de existir) que debe ser respetada por el legislador, o, para ser más precisos, por los legisladores del "régimen local", esta sí una materia sujeta a reparto compe-

65. Como se ve, propugno la aplicación del principio de proporcionalidad mutilado, esto es, sin el tercero de sus test, precisamente el test de ponderación. Con esto debe bastar, siempre que el control de necesidad se entienda en sentido estricto: la afectación a la autonomía local debe ser la mínima posible para satisfacer el interés supralocal de que se trate. Pero no tengo inconveniente en añadir un tercer test, a moco de cláusula aseguradora de última instancia. Ese tercer test no sería el de la ponderación, sino el del sacrificio excesivo: aun siendo idónea y estrictamente indispensable la limitación, si a la postre vacía de contenido la competencia local, sería inconstitucional. Pero insisto en que, si los dos primeros test se superan, no será normalmente necesario el tercero: una medida que limita una competencia local solo lo estrictamente necesario para satisfacer un interés supralocal, en principio, no implica un vaciamiento de aquella.

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

tencial Estado-comunidades autónomas. Cierto es que, ante los silencios del constituyente sobre la materia (el régimen local), en particular, en la vertiente competencial, el legislador básico (el primer legislador en actuar) está, en buena medida, llamado a configurar el régimen local, pero siempre de forma respetuosa con la autonomía local.

Tercero: es factible construir la garantía constitucional de la autonomía local como límite negativo frente al legislador en lo organizativo y lo financiero. En la vertiente competencial, hay que pedirle algo más a la garantía. Hay que pedirle que sea directriz, esto es, que mande al legislador (básico) que provea de un mínimo de competencias propias a las entidades locales constitucionales. Estas no tienen ex *constitutione* (y *ex ante*) "derecho" a competencias concretas, pero sí "derecho" (*ex constitutione* y *ex post*) a las competencias propias que fije, como un mínimo, el legislador básico.

Cuarto: en nuestro peculiar sistema de atribución de competencias municipales, el legislador básico no atribuye directamente competencias propias (específicas) a los municipios, manda al legislador sectorial (estatal o autonómico) que las atribuya. Pues bien, las competencias que el legislador básico manda atribuir al legislador sectorial son, *prima facie*, competencias plenas. El legislador sectorial, obligado a atribuirlas, puede limitar (que no vaciar) su contenido, *prima facie*, amplio, siempre que la limitación, amén de razonable (idónea), sea la estrictamente indispensable para salvaguardar el interés supralocal de que se trate.

Soy plenamente consciente de que mis propuestas merecerán objeciones, porque se mueven en el "alambre", dados los silencios del constituyente. En este asunto no es fácil hacer otra cosa que funambulismo jurídico-constitucional. Pero, puestos a movernos en el "alambre", prefiero hacer una lectura de la autonomía local algo más tuitiva de la que, a la postre, ha resultado de entenderla como derecho de participación en el gobierno y administración de cuantos asuntos atañen a las entidades locales.

Se trata de una lectura *de constitutione data*. No pretendo sugerir reformas constitucionales. Otros, más cualificados que yo, las vienen haciendo. Buena suerte a todos ellos, aunque, de momento, creo que deben perder toda esperanza. Prefiero lanzar mis ideas sobre el Tribunal Constitucional. Me parece más operativo. Es más, si este virase hacia mi lectura, ello podría servir de impulso para que el legislador básico se moviera e

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5

hiciera aquello que, a mi juicio, debería haber hecho desde un principio: definir con concreción y precisión máximas las competencias propias de las entidades locales[66]. Porque, en verdad, cuantas más "reglas", menos "principios" y, por tanto, menos discrecionalidad, judicial o legislativa. Este es, en el fondo, mi deseo.

6. Bibliografía

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales.

Aragón Reyes, M. (2011). Autonomía local. En M. Aragón Reyes (dir.) y C. Aguado Renedo (coord.). *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. II (pp. 617-626). Civitas-Thomson Reuters.

Arroyo Gil, A. (2016). Autonomía local. Una reflexión constitucional. En J. Tudela Aranda y C. Garrido López (coords.). *La organización territorial del Estado, hoy. Actas del XIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 123-154). Tirant lo Blanch.

Atienza Rodríguez, M. y García Amado, J. A. (2016). *Un debate sobre la ponderación.* Palestra-Temis.

Caamaño Domínguez, F. (coord.). (2003). *La autonomía de los entes locales en positivo. La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera.* Fundación Democracia y Gobierno Local.

Cidoncha Martín, A. (2005). El control del Gobierno desde la perspectiva del parlamentario individual. En M. Aragón Reyes y A. J. Gómez Montoro (coords.). *El Gobierno. Problemas constitucionales* (pp. 339-406). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

– (2009). Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial. *Teoría y Realidad Constitucional,* 23, 149-188.

– (2017). La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Cuadernos de Derecho Local*, 45, 12-100.

– (2018). La Ley reguladora de las Bases de Régimen Local como ley de garantía de la autonomía local. En M. Aragón Reyes *et al.* (dirs.). *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría* (pp. 519-536). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Esteve Pardo, J. (1991). Garantía institucional y función constitucional de las bases del régimen local. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31, 125-147.

66. Invito al lector a leer las descarnadas, pero sabias palabras del maestro Santamaría Pastor (2014).

Fanlo Loras, A. (1990). *Fundamentos constitucionales de la autonomía local.* Centro de Estudios Constitucionales.

Font i Llovet, T. (dir.). (2019). *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas.* Fundación Democracia y Gobierno Local.

García Morillo, J. (1998). *La configuración constitucional de la autonomía local.* Diputación de Barcelona/Marcial Pons.

García Roca, J. (2000). El concepto de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad. *REALA*, 282, 23-70.

– (2004). Un bloque constitucional local conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente). *REALA,* 294-295, 13-66.

Lasagabaster Herrarte, I. (2007). *La Carta Europea de la Autonomía Local.* Iustel.

Montilla Martos, J. A. (2018). La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo. *Revista de Derecho Político*, 101, 573-605.

Nieto Garrido, E. (2018). *El estatuto constitucional de los entes locales.* Aranzadi.

Parejo Alfonso, L. (1981). *Garantía institucional y autonomías locales.* Instituto de Estudios Locales.

– (1998). Comunicación. En J. García Morillo. *La configuración constitucional de la autonomía local* (pp. 53-77). Diputación de Barcelona/Marcial Pons.

– (2011). La autonomía local en la Constitución española. En S. Muñoz Machado (coord.). *Tratado de Derecho Municipal*, v. 1 (pp. 47-210). Iustel.

Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación. *AFADUAM*, 5, 201-228.

Sánchez Morón, M. (1990). *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*. Civitas.

Santamaría Pastor, J. A. (2014). El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge. En J. A. Santamaría Pastor (coord.). *La reforma del régimen local español* (pp. 139-155). Fundación Democracia y Gobierno Local.

Velasco Caballero, F. (2009a). *Derecho Local. Sistema de fuentes.* Marcial Pons.

– (2009b). Método de la ponderación y sistema competencial. En L. Ortega y S. de la Sierra (dirs.). *Ponderación y Derecho administrativo* (pp. 135-158).

– (2014). El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas Comunidades Autónomas. *Revista catalana de dret públic,* 48, 1-23.

Zafra Víctor, M. (2020). *La autonomía local en una Constitución reformada.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie: Claves del Gobierno Local, 35
ISBN: 978-84-120267-9-5