

Autonomía local: un pilar en la articulación del Estado de las Autonomías



& **Resumen/Abstract:** *La tesis sobre la que gira esta reflexión es la inadecuada equiparación de la autonomía local a una materia o sector sobre la que el estado y las comunidades autónomas reparten competencias según el binomio bases-desarrollo. Me detendré en el análisis de la jurisprudencia constitucional para mostrar la contradicción latente en las sentencias que, primero, relacionan, y luego, distinguen, jerarquizando, los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución con el 149.1.18, es decir, los artículos donde se recoge la garantía constitucional de la autonomía local y el artículo invocado para repartir funciones y materias sobre régimen local. La parte final estará dedicada a exponer el paralelismo, pese a las evidentes diferencias, entre la autonomía de comunidades y gobiernos locales, tomando como referencia los conceptos de bases y naturaleza supralocal de las materias.&*

& **Palabras clave:** Constitución española, Estado de las Autonomías, distribución de competencias, gobierno local

1. INTRODUCCIÓN

En una apasionada y brillante conferencia, Manuel Azaña¹ advierte contra la actitud del Bachiller Sansón Carrasco. Está bien no confundir ventas con castillos, pero quizás sea peor confundir castillos con ventas. En este juego de palabras, Azaña destaca la importancia de las ideas en política, la necesidad de disponer de un proyecto que permita contrastar los hechos con las aspiraciones y hacer una evaluación crítica de la distancia entre la realidad y el deseo.

Este trabajo intenta justamente valorar las ventas tomando como referencia los castillos, con plena conciencia del sentimiento contradictorio que la comparación provoca y que Claudio Magris² ha expresado como la tensión entre utopía y desencanto. Expondré en primer lugar la propuesta ideal y luego la descripción de la realidad, con el fin de apreciar el trecho que media entre la realidad y el deseo.

Plan de trabajo:

Antes, sin embargo, adelanto los temas más importantes con algunas precisiones sobre su tratamiento.

1. La tesis sobre la que gira esta reflexión es la inadecuada equiparación de la autonomía local con una materia o sector sobre la que el Estado y las comunidades autónomas reparten competencias según el binomio bases-desarrollo.
2. Me detendré en el análisis de la jurisprudencia constitucional para mostrar la contradicción latente en las sentencias que primero relacionan y luego distinguen, jerarquizando, los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución con el 149.1.18; es decir, los artículos donde se recoge la garantía constitucional de la autonomía local y el artículo invocado para repartir funciones y materias sobre régimen local.
3. La parte final estará dedicada a exponer el paralelismo, pese a las evidentes diferencias, entre la autonomía de comunidades y gobiernos locales, tomando como referencia los conceptos de bases y naturaleza supralocal de las materias.
4. No me detendré en dos aspectos fundamentales a los que sólo aludiré para explicar la tesis principal: la justificación del poder innovador de la potestad normativa local por emanar de un gobierno democrático y la polémica surgida en torno a si los estatutos de autonomía pueden condicionar la legislación básica del Estado.

2. PROPUESTA IDEAL. AUTONOMÍA LOCAL: COMPETENCIAS PROPIAS Y FINANCIACIÓN INCONDICIONADA

Definida en términos ideales, autonomía local significa competencias propias y financiación incondicionada que permitan el impulso de políticas diferenciadas. Veamos qué ha de entenderse por cada uno de estos conceptos.

En primer lugar, competencias propias. Una competencia es una potestad sobre una materia en la línea que señala el artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local: *ordenación y gestión* (potestad) *de una parte importante de los asuntos públicos* (materia). Además la competencia ha de reunir una serie de rasgos y observar una estructura. *Especificidad, exclusividad y decisoriedad*, distinguiendo *titularidad y ejercicio*. Relacionando rasgos y estructura se llega a conclusiones y premisas claves: las potestades locales, en la medida que ordenan y gestionan, innovan el ordenamiento jurídico, y en ningún caso reducen su alcance como meras ejecutoras reglamentarias de la legislación estatal y autonómica. La ley sectorial es marco, pero no presupuesto habilitador de la potestad normativa local.

Las potestades se ejercen sobre materias específicas en régimen de exclusividad. Este requisito exige precisar, hasta donde sea posible, un espacio delimitado, sin desestimar la dificultad que supone establecer la correspondencia entre competencias e intereses. Ahora bien, esta dificultad no ha de impedir la distinción entre titularidad y ejercicio. La interdependencia de materias obliga a la flexibilidad en el ejercicio pero no puede menoscabar la titularidad, de tal forma que un exceso en el ejercicio no debe privar de la titularidad. Así, al delimitar competencias señalando potestades y materias, conceptos como *ordenación general de la economía*, *bases para la planificación*, *interés general* o *condiciones de igualdad*, constituyen excepciones cuya invocación ha de vincularse a una competencia concreta sin que, en caso alguno, se erijan en títulos sustantivos.

Titularidad y ejercicio corresponden a la estática y dinámica de las competencias, pero han de entenderse correctamente: la titularidad es la premisa. Sólo cuando se ha identificado la especificidad de la materia y se la ha regulado con carácter exclusivo, se está en condiciones de flexibilizar el ejercicio. De no observar esta secuencia, se corre el riesgo de degradar las competencias propias en un derecho a intervenir o participar en un sistema de relaciones interadministrativas donde la cooperación pierda el rasgo distintivo de la voluntariedad, primando, pues, la coordinación y la supremacía del órgano coordinador.

La peculiaridad en la distribución de competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales radica en considerar la capacidad de gestión de los municipios y la naturaleza de la materia para, o bien reconocer y atribuir competencia, o en caso de que esta opción no procediera, garantizar el derecho a participar. Con independencia de la valoración que se haga en la evaluación crítica que ofrezca el contraste entre las condiciones ideales de la autonomía local y su situación real, la delimitación competencial no puede quedar a la discrecionalidad unilateral del legislador sectorial. Tanto la capacidad de gestión como la naturaleza de la materia admiten la objetividad suficiente para no aducir un margen de maniobra político que inmune la decisión al control del derecho.

El presupuesto anterior requiere que el legislador del Gobierno y la Administración local y el legislador sectorial queden diferenciados y se establezca con claridad la superioridad del primero sobre el segundo.

Esta división entre el legislador del Gobierno y la Administración local y los legisladores ordinarios exige, en primer lugar, una regulación de materias y potestades configuradas como competencias exclusivas, y en segundo, una lista de materias sujetas a normación concurrente, teniendo siempre en cuenta que, en la medida de lo posible, debe primar la exclusividad sobre la compartimentación.

Al enumerar competencias propias, la ley del Gobierno y la Administración local no remite al legislador sectorial el reconocimiento o atribución de competencia para que este, discrecionalmente, según un criterio más o menos descentralizador, disponga con libertad sobre el alcance de la autonomía local en la materia o sector de que se trate. En las materias sujetas a normativa concurrente, la potestad normativa local podrá ejercerse sin que el legislador sectorial haya promulgado ley; como en la legislación de desarrollo autonómico, en ausencia de bases, el Gobierno local buscará el fundamento de sus normas en el marco del ordenamiento vigente. Obviamente, en caso de conflicto de competencia, si se considerara lesionada la autonomía local, el juez constitucional puede recurrir a criterios más precisos y mejor argumentables que la indefinición de la imagen socialmente reconocible de la institución.

Recuperando una idea apuntada, la potestad normativa local tiene fundamento constitucional y no requiere habilitación del legislador sectorial, por tanto, la autonomía local no es un límite para la legislación estatal y autonómica, obligadas a prever un espacio a los gobiernos locales; expresado en otros términos: los gobiernos locales no tienen derechos frente al Estado, y las comunidades autónomas, como hemos visto, son titulares de competencias propias, exclusivas y compartidas, de ahí que la idea quede mejor formulada si, en lugar de «limitar» las competencias estatales y autonómicas, hablamos de «delimitar» las competencias de los tres niveles de gobierno.

En esta visión ideal de la autonomía local es necesario ponderar adecuadamente el peso de dos principios de enunciación simultánea al tratar la autonomía local: subsidiariedad y diferenciación. A mi juicio, el primero ha de vincularse a la titularidad y ejercicio de competencias propias; el segundo, a la transferencia o delegación de competencias de titularidad autonómica.

Los presupuestos del principio de subsidiariedad señalan al Gobierno más cercano como titular preferente de competencias; sólo la baja capacidad de gestión y la naturaleza de la materia desplazan la cercanía, saltando la competencia a otro Gobierno más lejano pero con más medios para su desempeño efectivo. También el principio de diferenciación toma como referencia la capacidad de gestión y la naturaleza de la materia, pero no parte de la proximidad. Quizás la reflexión adquiera alguna luz volviendo a la distinción entre los legisladores del Gobierno y la Administración local y el sectorial; el primero, al fijar las competencias, encuentra en la cercanía razones políticas y técnicas, mientras que el segundo, dependiendo del número de municipios o de su nivel demográfico, valorará la conveniencia de transferir o delegar competencias autonómicas. Lo que me parece incompatible con la autonomía local es que la diferenciación se erija en principio para el reconocimiento o atribución de competencias propias o delegadas según estime el legislador sectorial.

Para justificar la exposición anterior resulta imprescindible acotar el mínimo de competencias propias garantizado constitucionalmente. Asumiendo los requisitos de la subsidiariedad (características de la materia y capacidad de gestión) hemos de comprobar su viabilidad teniendo en cuenta que la Constitución regula el gobierno local en la doble escala de municipios y provincias. El diferente tratamiento constitucional de ambos gobiernos locales y sus eventuales consecuencias jurídicas giran en torno al municipio como pieza básica, de tal forma que la provincia, pese a los intereses respectivos que le reconoce el artículo 137, queda configurada en el artículo 141 como una agrupación de municipios.

La singularidad institucional de la provincia, en cuanto entidad local constitucionalmente garantizada, es fijar en el ámbito local las competencias municipales que, por la naturaleza de la materia o por la baja capacidad de gestión de los municipios, el principio de subsidiariedad llevaría al nivel autonómico. La provincia, titular de competencias funcionales de cooperación y asistencia, representa un papel clave en la efectividad del principio de subsidiariedad con una consecuencia decisiva en la distribución de competencias entre las comunidades autónomas y los gobiernos locales: no todo lo supramunicipal es autonómico; puede seguir siendo local si interviene la provincia.

Quizás sea de interés introducir el término «intermunicipalidad» para significar el valor añadido y las economías de escala que el personal cualificado de las diputaciones aporta a las competencias municipales, así como la necesaria ponderación de estos datos en la valoración de las materias y la capacidad de gestión. Así definida y configurada, la provincia sería una entidad local de carácter instrumental y competencias funcionales al servicio de las compe-

tencias sustantivas de los municipios. Su diferente regulación constitucional, habitualmente esgrimida para mostrar la menor protección que la Constitución dispensa a la provincia frente al municipio, tendría efectos jurídicos en la relación provincia-municipio, pero no en la relación provincia-comunidad autónoma. La integración de ambos gobiernos en una sola comunidad política local impide disociarlos con el argumento de que la comunidad autónoma dispone de más potestades que la provincia, ya que su unidad provoca que cualquier limitación de la autonomía provincial merme la autonomía municipal.

La cuestión fundamental, entonces, pasa por diseñar adecuadamente la relación provincia-municipio. Algunas ideas son ofrecidas por la elaboración de los actuales planes de obras y servicios, donde la LRBR, en términos imperativos, concede a los municipios participación, y cuando el asunto ha resultado litigioso, la jurisprudencia lo ha concretado en la fijación de sus prioridades. Una decisión coherente con la legitimación democrática directa del municipio, y de segundo grado, de la provincia, que se traduce en la obligación provincial de atender y considerar la prioridad municipal.

El concepto de gobierno local requiere unir en un mismo tratamiento competencias y reglas del juego democrático. Hemos caracterizado la autonomía política de municipios y provincias como el marco normativo que permite a gobiernos legitimados por sufragio universal impulsar políticas diferenciadas. Lo que en terminología habitual se nombra como régimen local, organización, estructura y funcionamiento, ha de redefinirse en clave democrática: la dinámica política entre mayoría y minoría, entre quien gana y quien pierde las elecciones, en definitiva, entre Gobierno y oposición. Si la naturaleza democrática es el criterio para sostener que la potestad normativa local no ejecuta reglamentariamente la legislación estatal o autonómica sino que innova el ordenamiento jurídico, parece claro que este punto exija particular atención y no se clausure con el tópico de que la organización local no admite comparación con la del Estado y comunidades autónomas.

En efecto, la versión administrativista del gobierno local otorga prioridad a la relación entre el órgano colegiado (pleno) y el órgano unipersonal (alcalde), de tal forma que incurriría en nulidad el alcalde que asumiera competencias atribuidas al pleno. Siendo esta apreciación correcta, no debe ocultar que el diseño institucional ha de propiciar una función de gobierno correspondiente a la mayoría y un estatuto de la oposición que garantice a la minoría un control político de la mayoría. Al ubicar en el pleno competencias ejecutivas, se puede caer en la perversión democrática de atribuir a las fuerzas políticas en minoría facultades de gobierno que poco tienen que ver con la protección del pluralismo político. Como contrapunto, en el proceso de elaboración de normas locales, las minorías deben conocer los proyectos de ordenanza antes de su aprobación en pleno, valorando las alegaciones de los interesados y las propuestas o sugerencias de la ciudadanía. La tensión política en democracia (también en democracia local) no presupone una jerarquía de legitimidades entre los órganos asamblearios y de dirección, sino entre mayorías y minorías, de tal forma que el control no es del parlamento o del pleno sobre el Gobierno, sino en el parlamento o en el pleno de la minoría sobre la mayoría. Cuando una minoría se impone en una votación parlamentaria no constituye una muestra de plenitud democrática sino de anomalía política por falta de apoyo parlamentario al Gobierno.

Una ordenanza es una ley material, una potestad surgida de un gobierno democrático, y si antes hemos definido la competencia como la proyección de una potestad sobre una materia, no cabe separar competencias y reglas del juego democrático en el gobierno local. La

expresión jurídica «régimen local» debe reunir ambos puntos y, consiguientemente, una ley de gobierno y administración local no reducir su contenido a organización y funcionamiento y a algún principio sobre competencias, controles y relaciones interadministrativas, remitiendo al legislador sectorial por razón de la materia para que, con el solo límite de la imagen socialmente reconocible de la institución, atribuya competencias.

Resumiendo las premisas expuestas, la autonomía local presupone competencias propias entendidas como potestad normativa sobre materias específicas sujetas a titularidad exclusiva. El fundamento de la potestad normativa local se halla en la Constitución; la legislación sectorial es un marco, un límite negativo, en ningún caso el presupuesto habilitador. Si la vinculación fuera positiva y la ordenanza municipal quedara condicionada a ejecutar el mandato legal, no estaríamos ante dos ordenamientos distintos sino ante uno solo; desaparecería la relación interordinamental y el Gobierno local quedaría devaluado políticamente como una mera delegación gubernativa del Estado o, más frecuentemente, de la comunidad autónoma. En cambio, la superación de la intraordinamentalidad se explica por la legitimación democrática y la posibilidad de que la potestad normativa local innove el ordenamiento jurídico³.

Una vez definida en términos estáticos, la autonomía local requiere completar la perspectiva dinámicamente, atendiendo al ejercicio de sus competencias. No implica una contradicción con la titularidad exclusiva sobre materias específicas constatar la dificultad de establecer correspondencia biunívoca entre intereses y competencias; basta analizar la conexión e interdependencia entre materias, para comprobar la necesidad de cooperación y la conciencia de la flexibilidad inevitable en el ejercicio de las competencias. Mientras que los intereses de un nivel de gobierno no admiten fragmentación, las competencias deben dividirse para proceder a una distribución efectiva.

Ahora bien, la complejidad de las materias no puede elevarse a premisa principal y previa para delimitar competencias y precisar la titularidad; si así fuera primarían las relaciones interadministrativas sobre la asignación diferenciada de competencias y se diluiría la responsabilidad política y las exigencias de la ciudadanía en cada nivel de gobierno. La importancia de la cooperación requiere la identidad de las partes cooperantes para ir de lo particular a lo general (*e pluribus unum*). La consecuencia más sobresaliente de este postulado es que, si el ejercicio no fuera flexible sino excesivo, el exceso incurriría en ilegalidad o inconstitucionalidad pero no privaría de la titularidad. Igualmente sólo sería admisible no reconocer competencias diferenciadas de forma excepcional. Cabría entonces la creación de órganos de cooperación para preservar un mínimo de autonomía con el derecho a participar en la decisión final. Obviamente, si el legislador desplazara la regla por la excepción vendría obligado a motivar. Creo que la opción entre el mínimo de reconocer derecho a participar o intervenir y el máximo de delimitar competencias no puede justificarse como libre decisión política del legislador ordinario que ha de regular un sector determinado. Así ocurre, por cierto, en la determinación de la extensión e intensidad de las bases en las relaciones Estado-comunidades autónomas, o en la naturaleza de la materia cuando se trata de comunidades autónomas y entidades locales. Más adelante veremos la reforma estatutaria formulada para neutralizar jurídicamente la invocación de legitimidad política en la concurrencia asimétrica de la legislación compartida.

Detengámonos ahora en una sugerente y prometedora propuesta institucional que puede completar las garantías anteriores referentes a la protección y defensa de la autonomía local. Me refiero al Consejo de Gobiernos Locales⁴, configurado como un órgano de representación

exclusivamente local y con las funciones de control preventivo mediante la emisión de informe preceptivo sobre la legislación autonómica que afecte a la autonomía local. Nuevamente hemos de calibrar las consecuencias de su regulación por el legislador estatutario o por el legislador ordinario autonómico. En la visión ideal que estamos describiendo, y en coherencia con los postulados sostenidos antes, ganaría consistencia el Consejo si fuera el Estatuto el lugar donde se previeran sus funciones (variable independiente) y su composición (variable dependiente). Si se trata en términos procesales de control preventivo o en clave interadministrativa de conocimiento previo, estas funciones exigen la composición exclusivamente local del órgano; poco sentido tiene que lo integre también una representación autonómica porque se incurriría en la contradicción de que el órgano controlado o que presenta un proyecto forme parte del órgano que lo controla o lo ha de conocer y valorar.

Sea como control preventivo o como conocimiento previo (sin que ambas funciones sean contradictorias), un aspecto fundamental de esta intervención a través de informe preceptivo es las consecuencias que provoca: el legislador sectorial estaría obligado a motivar contestando al informe negativo de la representación local. Este contraste de motivaciones aleja la actuación del Consejo de las convencionales relaciones interadministrativas concebidas casi siempre como sustitución no argumentada del reconocimiento de competencias propias, amparando la opción del legislador sectorial en el contenido político de la decisión y en la, por tanto, imposible fiscalización jurisdiccional para la que faltarían parámetros jurídicos consistentes.

Para que la autonomía local sea efectiva, a las competencias propias hay que unir financiación incondicionada. Como regla, los ingresos de los gobiernos locales deben provenir fundamentalmente de tributos propios y participación en los ingresos del Estado y comunidades autónomas, y como excepción de subvenciones y convenios que, por su naturaleza afectada, se vinculan a competencias delegadas o encomiendas de gestión, nunca a competencias propias, ya que si estas se financiaran con recursos finalistas dejarían de serlo para convertirse en delegadas.

3. REALIDAD EMPÍRICA: VULNERABILIDAD POLÍTICA Y JURÍDICA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

En contraste con esta regulación ideal de la autonomía local, procede, en lo que sigue, exponer la realidad evaluando críticamente la distancia entre una y otra. En primer lugar hay que dejar constancia de la opción declarada en el Preámbulo de la LRBRL y luego articulada, de separar régimen local (organización, funcionamiento, relaciones interadministrativas, controles) y competencias. La razón esgrimida pretendía favorecer a la autonomía local para no asimilarla a unos intereses locales diferenciados y exclusivos casi imposibles de delimitar y, por el contrario, reverdecería un *iusnaturalismo* anacrónico, más cercano a la asociación privada de vecinos que a la naturaleza de un gobierno local investido de autonomía política. Superando el tópico sociológico del carácter natural del municipio frente al artificio del Estado, la Ley 7/85 rechaza la regulación de su predecesora de 1955 renunciando a fijar competencias propias que luego resultaban ignoradas por el legislador sectorial:

«En punto al aspecto, absolutamente crucial, de las competencias, la base de partida no puede ser hoy que la de la radical obsolescencia... de la vinculación de la autonomía a un bloque de competencias por naturaleza sedicentemente locales.

En efecto, salvo algunas excepciones son raras las materias que en su integridad pueden atribuirse al exclusivo interés de las corporaciones locales; lógicamente también son raras aquellas en las que no exista interés local en juego...»

Ante la dificultad de aislar materias de claro ámbito local, pero ante el dato, igualmente evidente, de tratar asuntos públicos sin repercusión local, la ley adopta la postura equilibrada de garantizar la autonomía local como un derecho a intervenir y participar, imponiendo al legislador sectorial la necesaria ponderación de los principios de proximidad política y descentralización administrativa en la asignación de competencias. Más arriba, la ley, pese a su condición de ley ordinaria, destaca una función constitucional (*vis específica*) capaz de condicionar al resto de normativa que afecte a la autonomía local.

Este planteamiento se refleja en la ley cuando el artículo 2.1 señala los principios de atribución y reconocimiento de competencias y el artículo 25.2 enumera las materias que, según la distribución constitucional de competencias, Estado y comunidades autónomas deberán fijar en la correspondiente legislación sectorial. Sistemáticamente interpretados ambos artículos y el 62, podemos concluir que nos hallamos ante una regla, el reconocimiento de competencias, y una excepción, la naturaleza de la materia y la capacidad de gestión. Es decir, el legislador sectorial puede elegir entre el máximo del reconocimiento de competencias o el mínimo de garantizar el derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten al gobierno local (materias del artículo 25.2 y cláusula general de competencia 25.1).

Podría argumentarse que esta libertad o discrecionalidad entre una u otra opción está limitada por la necesidad de atribuir competencias propias, pero no hay precepto jurídico alguno que obligue a este reconocimiento. El límite se encuentra en la garantía institucional del artículo 137 de la Constitución, cumplida con el derecho a intervenir o participar en los asuntos que le afecten y que socialmente no desnaturalice la imagen de la institución. La autonomía local, con la remisión al legislador sectorial, actúa jurídicamente como un principio general del Derecho, como una directiva constitucional cuyo respeto, en última instancia, ha de juzgar el Tribunal Constitucional.

La duda que queda, ante el margen en manos del legislador sectorial, es la efectividad de la preconizada función constitucional en el preámbulo de la ley. De no mediar *interpositio legis*, el Tribunal recurre directamente a la Constitución sin que las referencias jurídicas disminuyan porque tampoco figuran en la ley en lo que a competencias se refiere.

Pese a su ubicación sistemática en la ley, el artículo 62 recoge la excepción a la regla establecida en el artículo 2.1. Si la naturaleza de la actividad impidiera, por dificultad o inconveniencia, la asignación diferenciada de facultades decisorias en la materia a los gobiernos locales, entonces, el Estado o la comunidad autónoma asegurarían su intervención mediante la participación o integración en actuaciones o procedimientos conjuntamente con el estado o con las comunidades autónomas, correspondiendo al legislador sectorial la decisión final. Lo problemático de este artículo es la apreciación de la «dificultad» o «inconveniencia». Alguna clave proporciona el artículo 2.1 cuando condiciona la atribución de competencias a la capacidad de gestión de la entidad local (no hay parámetro para la naturaleza de la actividad enunciada en términos similares «características de la actividad pública»). Sin embargo, parece evidente la precariedad de la autonomía local frente a la libertad del legislador de la materia; preservado el núcleo (el mínimo del derecho a intervenir) se entrega a su voluntad más o menos descentralizadora. Como advirtiera Santamaría Pastor, este principio de acción continua está aquejado porque no admite equiparación jurídica la posibilidad de impugnar

una ley por los excesos que comete o los derechos de los que priva, sino por los que deja de atribuir. No es lo mismo impugnar por lo que se quita que por lo que no se da.

Comparando la visión ideal con la constatación empírica del contenido real de la autonomía local, se concluye que la titularidad sobre materias específicas en régimen de exclusividad por parte de los gobiernos locales constituye una eventualidad imposible de prever y fácilmente sustituible por un sistema de relaciones interadministrativas, igualmente desnaturalizado. Hemos visto en lo que sería un marco modélico que la titularidad es un presupuesto imprescindible para modular el ejercicio. La cooperación, incluso la coordinación, responde mal al concepto de relación entre diferentes niveles de gobierno si previamente no se ha definido la identidad de los cooperantes. Cuando la comunidad autónoma decide, alegando el carácter supralocal de una materia (dificultad o inconveniencia del artículo 62) crear un órgano colegiado o arbitrar un procedimiento de actuación conjunta, reservándose la decisión final, adopta una decisión que puede respetar formalmente la autonomía local, pero que en realidad rebaja su calado a un trámite procesal de oír o emitir un informe sin trascendencia alguna porque, si el asunto resultara litigioso, el Tribunal Constitucional carecería de referentes jurídicos claros.

Esta conclusión igualmente ilustra la fragilidad de la autonomía en la definición del mínimo garantizado en la Constitución. Cuando a finales de los años noventa surgió un debate doctrinal sobre las insuficiencias de la garantía institucional para la defensa de la autonomía local y se propuso no la garantía, sino la configuración⁵, con la intención de superar el carácter protector y negativo de la garantía institucional, el resultado no arrojó criterios diferenciadores. Se concluyó propugnando una «interpretación debilitada del principio de reserva de ley», justificada por la naturaleza democrática del Gobierno local y la consiguiente innovación del ordenamiento que producen las ordenanzas locales. En definitiva, leída la autonomía local como garantía institucional o como configuración constitucional, lo cierto es que está limitada a la condición de principio constitucional y no basta la regulación del artículo 137, 140 y 141 de la Constitución. El debate entra, franqueando estos umbrales, por unos derroteros más teóricos pero necesarios para la acabada comprensión de la autonomía local.

El camino más corto para salir del atolladero pasa por auspiciar una reforma de la Constitución para que el Título VIII recoja una regulación de la autonomía local similar a la que el artículo 147 dedica al contenido de los estatutos de autonomía. Tendría como efecto fundamental que la autonomía local dejaría de ser una *res nullius* reclamada por las comunidades autónomas como competencia exclusiva al no figurar entre las materias sobre las que el Estado, según el artículo 149, tiene reservada competencia. En efecto, cuesta trabajo asumir que, como cualquier otro sector o materia, la autonomía local está sujeta a la competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas con arreglo al conocido binomio bases-desarrollo. En el mismo sentido, no resulta fácil aceptar la existencia de una conferencia sectorial de asuntos locales, como si los gobiernos locales fueran objeto y no sujeto de las políticas impulsadas por los otros dos niveles de gobierno.

4. LA AUTONOMÍA LOCAL NO ES UNA MATERIA SUJETA AL BINOMIO BASES-DESARROLLO

En este trabajo se parte de este postulado: «la autonomía local no es una materia, ni un sector, ni un asunto; es un nivel de gobierno legitimado por sufragio universal, expresión de pluralismo político y manifestación del principio democrático.»

En los debates parlamentarios de la Ley 7/85, Tomás de la Cuadra Salcedo, ministro de Administraciones Públicas, pronunció un discurso de presentación del proyecto destacando precisamente esta dimensión de la autonomía local:

«... vaya por delante, para la comprensión de la arquitectura de la Ley, que el reparto competencial que la Constitución española hace sobre la base de ámbitos materiales diferenciados quiebra en lo que se refiere al régimen local, porque no existe un ámbito material local al igual que los ámbitos materiales de la sanidad, el medio ambiente, la agricultura, la pesca, el comercio interior, los montes, etc. Los entes locales son colectividades dotadas de personalidad jurídica con capacidad para gestionar y defender sus intereses. Los entes locales no son un ámbito material u objetivo, sino un ámbito subjetivo.»

La vulnerabilidad de la autonomía local ha tenido también manifestación en su imposibilidad de acceder al Tribunal Constitucional, primero porque no estaba regulado procedimiento alguno y, a partir de 1999, por la dificultad procesal para presentar recurso. Cuando la autonomía local ha ocupado a la jurisprudencia constitucional ha sido como objeto de conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas. Sin embargo, y pese a esta restricción, las sentencias del Tribunal han puesto de manifiesto contradicciones evidentes que, en el fondo, revelan la dificultad para caracterizarla como una materia más. Ha sido una constante que los fundamentos jurídicos relacionen el título competencial por el que el Estado legisla sobre régimen local previsto en el artículo 149.1.18 y los artículos que garantizan la autonomía local en el mismo plano que al Estado o a las comunidades autónomas en el artículo 137, o específicamente para municipios y provincias en los artículos 140 y 141.

Incluso ha habido sentencias donde ambos fundamentos se han jerarquizado concediendo más importancia al artículo 137 y 140 que al 149.1.18. Así, la STC 159/2001. En ella el Tribunal distingue, por un lado, «los rasgos definitorios de la autonomía local, y por otro, la regulación legal del funcionamiento, la articulación de la planta orgánica.» Separando ambos ámbitos, la Sentencia concluye:

«Sólo aquellos extremos de la LRBRL que pueden ser cabalmente enraizados de forma directa en los artículos 137, 140 y 141 de la CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieren a aspectos secundarios o no expresivos de su núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional que son mayoría en el seno de la LRBRL y que se incardinan desde el punto de vista competencial en el artículo 149.1.18 tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental.»

En el FJ 2 de la STC 11/1999 de 11 de febrero, el Tribunal analiza el canon de constitucionalidad empleado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias contenido en los artículos 137 y 149.1.18 puestos en relación directa con los artículos 65 y 66 de la LRBRL. La relación del título competencial con la garantía de la autonomía local podría suscitar la duda, a juicio del Tribunal Constitucional, sobre si el rechazo del precepto cuestionado tiene que ver con la vulneración de la autonomía local, la trasgresión de la competencia básica del Estado o ambos puntos conjuntamente. La valoración apunta en la misma dirección que en la sentencia anterior:

«Expresado de este modo indiferenciado las normas de contraste, conviene ante todo poner de manifiesto que **los imperativos constitucionales derivados del art. 137 CE, por un lado, y del art. 149.1.18 CE no son coextensos**. Para empezar, los destinatarios del artículo primero son todos los poderes públicos, y más concretamente todos los legisladores, en

tanto el destinatario del segundo es cada legislador autonómico, en cuanto vinculado por la competencia normativa básica del legislador estatal acogido a dicho precepto.»

Ya lo había apuntado el Tribunal en la decisiva Sentencia 214/89, cuando en el Fundamento Jurídico Primero responde a los argumentos formulados por la representación procesal de la Generalidad. Invocando el precedente asentado en la STC 32/1981, el Tribunal recuerda que el número 18 del artículo 149.1 de la Constitución no admite comparación con el resto de apartados del mismo artículo (no puede asimilarse al resto de materias). En la parte final del razonamiento el Tribunal concluye:

«...el Tribunal Constitucional deja sentado que la “garantía constitucional” (de la autonomía local) es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencias.»

Más adelante, califica al «régimen local» como una materia no evanescente que estuviera disgregada en tal pluralidad de asuntos que requiriera títulos competenciales diversificados. Por el contrario, la autonomía local (el régimen local) presenta rasgos diferenciados y propios que incluyen en la garantía institucional los aspectos relativos a competencias. En el Fundamento Jurídico 8.b, el Tribunal pone en relación el artículo 149.1.18 y los artículos 137 y 140:

«El Estado no se ha excedido de la competencia que, con cobertura en el artículo 149.1.18 de la Constitución, puesto en relación con los artículos 137 y 140 de la misma norma fundamental, le corresponde a fin de regular los requisitos que con carácter necesario, deben reunir los municipios.»

La relación entre los artículos 137 y 140 y el esgrimido como título competencial en la materia régimen local revela la dificultad para fundamentarlo en las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas. Con argumentos fundados, la representación procesal de la Generalidad sostiene que la LRBRL convierte al poder constituido que legisla invocando el artículo 149.1.18 en poder constituyente, porque la garantía de la autonomía local establecida en el artículo 137 no se reserva a un legislador específico, es una imposición y un límite para cualquier legislador que regule la autonomía local, bien directamente o bien en cualquier materia donde municipios y provincias, como entidades locales constitucionalmente garantizadas, deban ejercer competencias. El deslizamiento del artículo 137 a la distribución de competencias establecida en el artículo 149.1.18 incurre en inconstitucionalidad toda vez que reserva la garantía a la legislación básica.

En coherencia con esta crítica, la Generalidad sostiene que régimen local es una materia que, como todas las contenidas en el artículo 149, debe observar precisión en la distribución de competencias:

«En la actual situación constitucional, régimen local no es, pues, un título colocado en el frontispicio de una ley, sino un criterio material de reparto de competencias que no puede disolverse en los distintos sectores materiales a los que afecta. Esta consideración del régimen local como materia viene refrendada por la jurisprudencia constitucional (STC de 6 de diciembre de 1983) por lo que resulta claro que se trata de una materia en el mismo sentido en que lo son todas las restantes del artículo 149.1 de la Constitución, cualquiera que pueda ser la incidencia de las demás sobre la misma.»

Con tono análogo cuestiona radicalmente la idea anticipada en el Preámbulo de la Ley y luego, como hemos visto, concretada en el artículo 2.1. Los criterios y principios para la atribución de competencias, a juicio, de la Generalidad, suponen traspasar la condición de poder

constituido del legislador básico y sectorial del artículo 149.1.18 para continuar la regulación constituyente del artículo 137. La *vis específica* justificada en la función constitucional de la ley carece de fundamento jurídico, provocando confusión en la verdadera posición de la ley sobre el régimen local.

Anticipando algunos de los temas controvertidos hoy (relación entre la legislación básica y estatutos de autonomía), la representación procesal de la Generalidad denuncia el exceso constituyente de una ley interpuesta:

«En primer lugar, el artículo es inconstitucional porque el legislador ordinario ha tratado de asumir el papel de legislador constituyente, convirtiendo a la Ley de Bases de Régimen Local en una especie de *lex interposita* situada entre la Constitución y los Estatutos de Autonomía con la finalidad de armonizar interpretándolas, las disposiciones de dichos textos legales concernientes a la distribución territorial de la disposición legislativa, lo cual resulta inexplicable que se haya vuelto a intentar tras la rotundidad con que se expresó la STC de 5 de agosto de 1983.

El precepto que se discute parte, asimismo, del error de confundir lo que es la garantía institucional de que gozan algunos Entes Locales con la legislación básica que se atribuye al Estado sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 de la Constitución).»

Autores como E. Aja y T. Font⁶ han criticado la asimilación que la jurisprudencia constitucional ha establecido entre garantía institucional y bases. En la línea de los argumentos de la Generalidad en la STC 214/89 han distinguido entre la protección constitucional de la autonomía local de los artículos 137, 140 y 141 y las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas del artículo 149.1.18. Las bases están relacionadas con la distribución de competencias, mientras que la constatación de la inconstitucionalidad de una ley estatal o autonómica que no respete la autonomía local nada tiene que ver con el binomio bases-desarrollo. La identificación entre bases y garantía institucional que hace el Tribunal resulta, además, perjudicial para la autonomía local porque empobrece su contenido en cuanto reduce las competencias de las comunidades autónomas excluyéndolas de la función de garantizar la autonomía local.

Analizar la evolución de la jurisprudencia constitucional permite seguir los criterios adoptados por el Tribunal en este aspecto medular de considerar la autonomía local una materia. Si en la STC 159/2001 diferencia con claridad el núcleo de la autonomía local y lo remite a los artículos 137 y 140 y relega lo accesorio al título encomendado al legislador básico sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas, en la reciente STC 240/2006 el Tribunal niega el postulado fundamental asumido en la STC 214/89 referente a la función constitucional de la LRBRL y circunscribe sus efectos a los de una ley ordinaria. Deja, pues, de ser parámetro de constitucionalidad para las leyes estatales y lo mantiene para las leyes autonómicas, como ya recogiera en la STC 159/2001, en aquellos aspectos enraizados de forma directa en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución:

«Las anteriores consideraciones permiten concluir que el canon que este Tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a las leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE) que establecen ese “contenido mínimo” que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorios de “los elementos esenciales” o de “núcleo primario” del autogobierno de los entes locales territoriales. También el legislador básico estatal ha de respetar la garantía insti-

tucional de la autonomía local (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2), puesto que los destinatarios del art. 137 CE “son todos los poderes públicos, y más concretamente todos los legisladores” (STC 11/1999, de 11 de febrero, FJ 2). Pero la legislación básica sobre régimen local no se integra en el “bloque de la constitucionalidad” ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales.»

La fragilidad, y consiguiente vulnerabilidad jurídica de la autonomía local, adquiere con esta sentencia un tono preocupante. Hemos tratado de mostrar la escasa virtualidad de la LRBRL en su artículo 2.1, la debilidad del mandato al legislador sectorial en el artículo 25.2 y la imposibilidad de controlar fiablemente la decisión del legislador titular de la materia cuando, en lugar de cumplir la regla de reconocer competencias, opta por conceder audiencia o recibir el informe emitido por la representación local. Lo que el Tribunal confirma en la STC 240/2006 es la absoluta irrelevancia de una ley que regule la autonomía local. Cuando un asunto resulte litigioso bastará con constatar si el núcleo esencial, el mínimo de la garantía institucional de los artículos 137 y 140, ha sido respetado por la legislación sectorial, sea estatal o autonómica.

El Tribunal asume el escrito del Abogado del Estado declarando que la LRBRL, como ley ordinaria, no puede erigirse en parámetro de constitucionalidad de otra ley estatal. En realidad, estamos ante una nueva opción del legislador compatible con la Constitución. La tesis que fundamenta los argumentos de la Abogacía del Estado reside en el tópico de la autonomía local constitucionalmente protegida como un mínimo, más allá del cual aparece como un derecho de configuración legal que no admite control de constitucionalidad:

«A continuación el Abogado del Estado expone los argumentos para rebatir que las competencias a que se refiere el precepto legal objeto del presente conflicto formen parte del núcleo de la autonomía local garantizada constitucionalmente en materia de planeamiento urbanístico.

Para ello empieza afirmando que la configuración constitucional de la autonomía local ha sido objeto de diversas Sentencias de este Tribunal (SSTC 32/81; 214/1989, entre otras) en las que se reconoce el rango constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140, 142 CE) pero se precisa que su configuración tiene carácter legal, ya sea mediante el desarrollo de la competencia normativa básica atribuida al Estado, ya sea por el ejercicio de la competencia normativa sectorial atribuida al mismo Estado o a las comunidades autónomas, sin que la jurisprudencia constitucional haya establecido una relación de jerarquía entre estas distintas normas que dan forma al principio de autonomía local. De lo anterior se deduce que la defensa de la autonomía local por sus entes titulares deberá realizarse mediante el control de legalidad, aunque excepcionalmente existirá un mínimo que tendrá carácter constitucional y que es el único que puede ser objeto de conflicto contemplado en el capítulo IV del título IV de la LOTC.»

Este punto de inflexión de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía local coloca la reflexión en un nivel de abstracción teórica aún mayor pero también igualmente oportuna. Ha sido una constante que el Tribunal haya considerado la LRBRL como canon de validez de la legislación sectorial; con esta sentencia, sin embargo, se aparta del precedente y sienta unos fundamentos diferentes. La STC 214/1989 había dejado claro en su FJ. 1 la función constitucional de la ley, ahora se niega y se condiciona su observación por la legislación autonómica sólo si sus artículos reflejan los principios establecidos en los artículos 137 y 140 de la Constitución. Esta «deslegalización» y simultánea «constitucionalización» de la ley en el

tema de las competencias implica que la autonomía local no rebasa el perímetro de un principio constitucional, con las importantes consecuencias que esto conlleva en la interpretación realizada por el Tribunal.

Antes de abordar el apasionante y polémico debate en torno a las peculiaridades de la Constitución como norma jurídica y a la singularidad de su interpretación, dejemos constancia de la inseguridad e indeterminación que la STC 240/2006 suscita. En la medida en que no sólo se aparta, matizando, de la jurisprudencia anterior, sino que rechaza abiertamente sus fundamentos sin, a mi modesto juicio, una argumentación convincente, la inseguridad jurídica aumenta. Habría que reparar en los efectos negativos que el abandono, insuficientemente motivado, del precedente provoca. Trataré ahora de explicar la incidencia de la interpretación de la autonomía local como un principio constitucional.

L. Prieto Sanchis ha escrito sobre la naturaleza específica de la interpretación constitucional al enjuiciar principios en los que, a diferencia de las reglas, dominan las zonas de penumbra sobre las de certeza:

«... una de las características del juez ordinario es lo que pudiera llamarse “unidad de solución justa”, esto es, la exigencia institucional de que, en presencia de un caso concreto, sólo cabe una interpretación correcta, mientras que, en cambio, la misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar la “mejor” o la “única” respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretación resulta intolerable. En otras palabras, el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto “libre”, el legislador, y por tanto, que su tarea ha de ser más bien delimitar el campo dentro del cual la “interpretación política” resulta admisible o no arbitraria.

... el intérprete constitucional no busca en realidad una solución al caso, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez); por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la razonabilidad...»⁷

Conforme se va leyendo este párrafo acude la doctrina de la garantía institucional, su limitada eficacia circunscrita al caso extremo y a la supresión de un mínimo fácilmente apreciable por el exceso de la medida. Fue así en la eliminación de las diputaciones o en el tema de los controles de oportunidad, pero resulta estéril para valorar la distancia entre el derecho a intervenir en el círculo de los intereses locales y el reconocimiento de competencias. Esta distancia, pese a la diferencia cualitativa que media entre ambos puntos, pertenecería a un juicio de razonabilidad que el Tribunal tiene vedado y que corresponde a la legítima opción política del legislador sectorial. Sería la configuración legal expresada en la STC 170/1989, de 19 de octubre:

«... más allá de ese límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas...»

Identificado el mínimo según el juicio que en cada caso haga el Tribunal, genéricamente identificado con el derecho de las entidades locales a intervenir en el círculo de sus intereses, no parece exagerado concluir que la autonomía local esta aquejada en su funcionamiento normal de «desconstitucionalización» y sólo goza de protección constitucional en las situaciones límite, cuando la institución pudiera desaparecer.

Esta es la conclusión inevitable si se parte de la premisa de que nos encontramos ante una materia como la agricultura o la sanidad sobre la que el Gobierno, cuando legisla, debe

disponer de margen para dejar la impronta de sus convicciones políticas. Este postulado se puede negar no sólo por razones extrajurídicas, sino leyendo la Constitución y comprobando que no aparece legislador del Gobierno ni/o de la Administración local. Una vez constatado este punto y desechada la idea de considerar la autonomía local *res nullius*, asumible por las comunidades autónomas como competencia exclusiva según el artículo 149.3, no resulta disparatado proponer una ley del Gobierno y la Administración local cuyo contenido coincida con el de un Estatuto de autonomía. Desde luego lo mejor sería la reforma de la Constitución, pero si no fuera esta la solución, cabría, sin riesgo de inconstitucionalidad, proponer una ley de cortes que previera un núcleo de competencias (materias y potestades); potestad de autoorganización como regla y heterorregulación sólo justificada para evitar la ventaja coyuntural de la mayoría o el veto bloqueante de la minoría.

La razón por la que una ordenanza innova el ordenamiento jurídico y no reduce su alcance al de ejecutar el mandato de una ley que habilite su sentido, radica en la naturaleza democrática del Gobierno local, como más arriba se decía, porque según el artículo 1 de la Constitución, los valores superiores son el pluralismo político y el principio democrático. Los gobiernos locales constituyen una expresión de estos valores superiores, de ahí que cuando la autonomía local aparece disminuida se resiente la democracia. Atendiendo a estas ideas, la autonomía local no puede quedar fiada, como una suerte de concesión graciable, a la voluntad descentralizadora mayor o menor de los legisladores sectoriales. El mínimo que hace reconocible la institución, el núcleo esencial más allá del cual la autonomía pierde sus perfiles, exige una determinación jurídica más precisa que la de un principio constitucional.

Ni léidos los artículos 137 y 140 de la Constitución como el límite negativo de la garantía institucional, ni el positivo de un «mandato de optimización», remedian la debilidad jurídica y política de la autonomía local. Los puntos menos consistentes de ambas concepciones han ido revelándose a lo largo de este trabajo, pero conviene volver a señalarlos, ahora con una perspectiva más completa: el mínimo de la autonomía local se ha fijado primero en la jurisprudencia constitucional, y luego en el artículo 2.1 de la LRBRL, en el derecho de los entes locales a intervenir en el círculo de sus intereses, un derecho degradado a la exigencia de un simple trámite de audiencia o emisión de informe, y que si se hubiera podido recurrir ante el Tribunal Constitucional, a tenor de la jurisprudencia, probablemente, la sentencia hubiera entendido respetada la autonomía. El motivo es fácil de enunciar y también se ha aludido: si previamente no se fija la titularidad de competencias locales, será imposible impugnar una ley estatal o autonómica cuando no las reconoce, y si el recurso se planteara, el casuismo de la jurisprudencia constitucional, propiciado por la indeterminación de criterios como la naturaleza de la materia y la dificultad o inconveniencia para asignar competencias diferenciadas (artículo 62 de la LRBRL), el Tribunal virtualmente se acogería al margen de apreciación política del legislador sectorial que, habiendo preservado el mínimo con la participación de la representación local, dispone de juicio estimativo infiscalizable jurídicamente para determinar, por ejemplo, el ámbito supralocal de la materia. Pocos motivos restan para proponer la optimización que, cabalmente, coincide con la decisión unilateral del legislador sectorial y fuera del control del Tribunal.

Como advirtiera L. Díez Picazo⁸, entre la Constitución y el juez ha de intercalarse el legislador para evitar una abusiva creación judicial del Derecho. La Constitución es una norma jurídica peculiar porque, con el mismo marco jurídico, ha de posibilitar que opciones políticas diferentes lleven a cabo sus programas y promulguen leyes distintas sin tacha de constitucio-

nalidad; el legislador no ejecuta la Constitución, la toma como marco o límite pero cuenta con espacio suficiente para dejar su impronta política. Sin embargo, el mayor o menor detalle de la regulación constitucional y el consiguiente mayor o menor recorrido del legislador responde al objeto de que se trate. No es lo mismo la ordenación y gestión de los servicios públicos, sanidad y educación, por ejemplo, que el diseño institucional de los poderes del Estado o de las relaciones entre diferentes niveles de gobierno; ambos puntos, separación de poderes y fragmentación del poder, constituyen las piedras angulares de la democracia.

Estas reglas del juego no pueden variar dependiendo de los apremios forzados por la coyuntura o según las necesidades inmediatas de los poderes constituidos, ni la indefinición de su regulación jurídica autoriza a un legislador ordinario a ocupar el lugar del poder constituyente.

Cuando se defiende la tesis de excluir la autonomía local del repertorio de materias enumerado en el artículo 149.1 de la Constitución, cuando negamos que se asimile a la sanidad o la educación, resaltamos que las reglas del juego no ofrezcan la indefinición que permita a un legislador ordinario (a un poder constituido) casi plena libertad para definirla como un derecho de configuración legal. Baste pensar en los derechos de un concejal en minoría que estuvieran en función de la legislación autonómica, o en la ordenación y gestión de los servicios personales dependiendo de que la comunidad autónoma decidiera crear un instituto o atribuir competencias a los gobiernos locales. Como expresara el TC en la STC 214/89

«...las Comunidades Locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho...»

Cuando antes se analizaba la relación entre los principios de subsidiariedad y diferenciación, la conclusión a la que se llegaba es que el punto del que debe partir la comunidad autónoma para ejercer la diferenciación en función de las características de sus municipios presupone un nivel de competencias común a todos los municipios españoles, cualquiera que sea la comunidad autónoma donde se ubiquen. El mínimo que se toma como referencia para que el Tribunal Constitucional considere vaciada de contenido la autonomía local no puede quedar indeterminado ni formulado como un principio sino establecido con todo el detalle y el pormenor posible por un legislador específico del Gobierno y la Administración local. Parece lógico que la Constitución debiera decir más que la escueta declaración del artículo 137 y de los artículos 140 y 141, al menos encomendar a una ley de cortes las competencias y la autoorganización, y la ley desarrollar el mandato para que el Tribunal encuentre fundamentos jurídicos más cercanos a las reglas que a los principios

5. ANALOGÍA CONCEPTUAL ENTRE LAS BASES Y LA NATURALEZA SUPRALOCAL DE UNA MATERIA

En la parte final de este trabajo voy a centrarme en las analogías que presenta la autonomía local con la autonomía de las comunidades para resaltar que ambas autonomías presentan la misma naturaleza política. La distinción que hiciera el Tribunal en la primera jurisprudencia entre la autonomía política de las comunidades y la administrativa de los entes locales y que, por cierto, las comunidades trajeron a colación cuando impugnaron normativa estatal (tanto Galicia como Cataluña en la STC 214/89) carece de sentido hoy. Contraponer la ley autonómica a la ordenanza local supone un anacronismo agravante para un Gobierno de origen democrático. Expresiones como «interpretación debilitada de la reserva de ley o relajación o modulación del principio de legalidad» muestran la escasa consisten-

cia dogmática del ordenamiento jurídico local y obligan a redefinir, en clave interordinamental, que la relación entre ley y ordenanza no se mueve en el concepto de límite, ni siquiera en el de marco, sino en la más precisa y rigurosa de delimitación de competencias.

Aunque la comparación en ciencias sociales requiere homogeneidad entre los términos que se someten a parangón y las comunidades autónomas y los gobiernos locales presentan diferencias importantes, siquiera sean cuantitativas por el escaso número de las primeras y la elevada cantidad de los segundos, lo cierto es que conceptualmente puede trazarse similitud en el tema más controvertido e importante para valorar la profundidad del autogobierno de ambas. Me refiero a la regulación de las bases y a la definición de lo supralocal.

Advertiré de entrada la diferencia. Las comunidades autónomas tienen constitucionalizadas sus competencias y, en virtud del principio dispositivo, asumen las que estiman convenientes en los estatutos; las entidades locales no disponen de esta garantía fundamental. S. Muñoz machado y J. García Roca han equiparado la definición de lo básico y la delimitación de las materias de ámbito supralocal, J. Jiménez Campo⁹, por el contrario, cuestiona la equiparación alegando que, por imprecisa que sea la enumeración de materias, proporciona una referencia jurídica ausente en la autonomía local.

Más problemática aparece otra objeción planteada por A. Galán¹⁰: mientras que la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas responde a un imperativo constitucional, las competencias locales carecen de análoga protección jurídica; en puridad, constituyen la concesión graciable del legislador sectorial. Aunque las competencias locales políticamente sean defendibles y positivas, jurídicamente, no se puede exigir a los legisladores ordinarios que disciplinen las materias en las que los gobiernos locales debieran ver garantizada su autonomía. Este argumento, como el anterior, no puede subestimarse, pero no se entendería la reforma de los estatutos de autonomía si la extensión de las bases en legislación del Estado no dejara reducida la autonomía de las comunidades a complementar o ejecutar sin que quede espacio para una política diferenciada. Hay otro punto igualmente discutible: las competencias no son estatales o autonómicas, también hay competencias locales. Que no estén señaladas en la Constitución no significa que la autonomía del artículo 137 no las exija. Por tanto, las competencias locales no son competencias autonómicas transferidas o delegadas; son competencias originarias, constitucionalmente atribuidas, que el legislador sectorial debe delimitar. Igual que las competencias de desarrollo de las bases señaladas en la legislación estatal.

La efectividad de las competencias autonómicas depende, en el caso de las exclusivas recogidas en el artículo 148, de las modulaciones o incluso desplazamientos a que el Estado las someta con la invocación de títulos transversales como ordenación general de la economía, la planificación de la economía o las condiciones de igualdad de todos los ciudadanos. Más problemático aún resulta el ejercicio de competencias concurrentes en las que el estado legisla o reglamenta sobre las bases y las comunidades autónomas asumen el desarrollo. En este caso las semejanzas con el concepto de garantía institucional son evidentes. R. Jiménez Asensio ha escrito a propósito de las bases:

«...es al legislador estatal a quien compete determinar el grado de espacio que deja a la intervención del legislador autonómico, que será mayor o menor según los casos, no pudiendo el Tribunal Constitucional hacer otra cosa que rechazar esa legislación básica por exceso (por contemplar elementos no básicos), puesto que no parece lógico que pueda existir a priori un control por defecto.»¹¹

La coincidencia con la observación de Santamaría Pastor en la valoración de la autonomía local como principio es clara:

«No hay que poseer gran experiencia procesal para saber que es mucho más fácil impugnar una norma por los excesos que comete o por los derechos de que priva que por sus lagunas o derechos que deja de atribuir.»¹²

En ambos casos el legislador sectorial dispone de una amplitud considerable que condiciona de forma sensible el ámbito reservado al otro nivel del gobierno. Si el Tribunal, al enjuiciar la constitucionalidad de una ley sectorial estatal o autonómica, no puede sustituir al legislador, sino limitar la sentencia a declarar lo contrario a la Constitución, sus fundamentos no pueden trascender la argumentación jurídica centrada, sin embargo, en la indeterminación e indefinición de las bases o de la garantía institucional. Puede decir algo en el caso de exceso, pero sobrepasaría su condición de legislador negativo si entrara a valorar el defecto. Esta libertad en manos del legislador se justifica por la legítima opción política de la fuerza mayoritaria gobernante. Habiendo declarado el Tribunal que las comunidades autónomas legislaran, aún en ausencia de legislación básica, dando carta de naturaleza a la concepción material de las bases, hace no obstante, desde sus primeras sentencias, una salvedad importante:

«... no puede aceptarse la tesis de que... las Comunidades Autónomas puedan legislar respetando simplemente los principios que inmediatamente se derivan de la Constitución, pues supondría que el legislador de la Comunidad Autónoma hiciera suya la competencia que sólo corresponde al legislador del Estado para establecer las bases a que debe ajustarse la regulación de una determinada materia, que no son las que respecto de la misma fija, en un plano de mayor o menor abstracción y generalidad, la propia Constitución, sino la que dentro de los amplios límites que esos principios marcan, considere más adecuado, según su propio juicio, el legislador competente, que es, sin duda, el legislador estatal.» (STC 28 de julio de 1981, 8 de febrero y 27 de julio de 1982 y 7 de abril de 1983).

Asumiendo los argumentos de esta jurisprudencia, J. Jiménez Campo vincula la imposible predeterminación jurídica de las bases con el reconocimiento del insuprimible espacio de autodeterminación política en unos términos virtualmente idénticos a los empleados para preservar, según la garantía institucional, la autonomía local:

«Dónde se sitúe, en cada caso, tal límite es, con mucha frecuencia, algo de determinación difícil y sobre lo que, desde luego no cabe decir aquí nada. Importa subrayar, sencillamente, que el ejercicio expreso por el Estado de su competencia entraña una inicial libertad de opción que sólo se ha de detener ante la preservación —en virtud del principio constitucional de autonomía— de lo que se estime contenido mínimo para el desarrollo autonómico».¹³

La renuncia a fijar criterios jurídicos para señalar límites a las bases y pese a la dificultad del empeño, ha sido la preocupación de otro prestigioso constitucionalista que, a diferencia de Jiménez Campo, piensa que no puede invocarse siempre la política para no atender a la seguridad ofrecida por el efecto de racionalización, estabilidad y limitación del poder que corresponde a una Constitución. Creo no desfigurar las ideas de C. Viver Pi-Sunyer atribuyéndole la tesis de no considerar el reparto de competencias entre niveles de gobierno como una materia cualquiera sujeta a evolución y, por tanto, encomendada a los poderes constituidos para su adaptación según las circunstancias aconsejen. De ahí que abogue por la primacía del derecho y se resista, de entrada, a sobredimensionar los límites jurídicos en un tema que K. Hesse caracteriza como «elementos firmes» de la Constitución. El poder constituyente debe alargar su influencia y sustraer a los legisladores ordinarios la revisión coyuntural de las

reglas del juego porque, de no proceder así, los poderes constituidos cruzan el umbral y se erigen en constituyentes.

C. Viver no cae en el voluntarismo de aspirar a la plena predeterminación en reglas precisas de la distribución de competencias; es consciente de la complejidad de separar materias inevitablemente interdependientes o de evitar externalidades positivas o negativas en el ejercicio de unas competencias sobre otras. Pero, con buen criterio, y pese a rechazar la subsunción como el ideal de la argumentación y aplicación del Derecho, intenta encontrar o formular parámetros jurídicos que eviten el casuismo y fomenten la generalidad, la previsibilidad y la seguridad jurídica, una aspiración imposible de lograr si, en lugar de regular materias de forma objetiva, predomina el criterio teleológico y acaba siendo el fin perseguido la razón para señalar la titularidad de la competencia. La crucial distinción entre titularidad y ejercicio de la competencia, la advertencia de no privar de la titularidad por un exceso en el ejercicio, la negativa a clausurar la tensión entre titularidad y ejercicio con el fácil recurso a la cooperación... conceptos jurídicos consistentes cuya potencialidad debe experimentarse antes de justificar la discrecionalidad del legislador ordinario para alterar las reglas del juego:

«...afirmar que la solución de los problemas de distribución de competencias, al ser esencialmente políticos, deben solventarse con criterios políticos y residenciarse en sede política, aparte de aceptar como un a priori ineludible lo que no lo es, supone el reconocimiento puro y simple de la claudicación del Derecho como elemento para regular la cuestión de la distribución territorial del poder estatal. Ante la supuesta impotencia del Derecho, esta cuestión se deja en manos del nudo poder político».¹⁴

Este juicio severo sobre la apresurada claudicación del derecho encuentra más sentido aún cuando se trata de una normativa tan relevante como la que regula la distribución de competencias entre niveles de gobierno. C. Viver justifica la necesidad de una «constitución de detalle»¹⁵:

«...en los preceptos que tienen como un objeto la distribución de las competencias entre entes territoriales, en la medida que esta función se ha de realizar desde una posición suprapartes, es necesario evitar al máximo que esta regulación quede a la libre disposición de alguno de los entes implicados en el reparto competencial. Los preceptos que regulen las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas no pueden “delegar” esta regulación a disposición de ninguno de estos dos entes. Por eso estos preceptos pueden e, incluso, han de ser más detallados y, si se quiere, más reglamentistas.

...la tarea de repartir competencias actualmente tiene un contenido y una complejidad técnica que no admite con facilidad la regulación mediante principios generales y abiertos. En suma, tanto por su objeto como por su finalidad se trata de preceptos que requieren una notable precisión técnica y un importante grado de detalle».¹⁶.

La expresión más clara de la «constitución de detalle» en la distribución de competencias y la que más polémica ha levantado en el proceso de reforma estatutaria ha sido la desagregación de materias en submaterias con el fin de neutralizar la *vis expansiva* de los títulos horizontales (ordenación general de la economía o condiciones de igualdad de los ciudadanos) y la amplitud y desmesura del concepto de bases. Debido a la indefinición de las materias sobre las que se diseña el reparto de competencias, sea como delimitación material (comercio, instituciones financieras...), sea por la indeterminación y virtual extensión de lo básico, el Estatuto de Cataluña ha optado por regular materias de menor alcance, pero más precisas, por submaterias (en lugar de comercio, debería hablarse de horarios comerciales, regulación de modalidades de ventas, requisitos para ser comerciante, requisitos y régimen de instalación de establecimientos comerciales...).

Desagregando las materias genéricas en submaterias, la distribución competencial se vuelve más segura y garante para las competencias autonómicas, consolidando los rasgos propios de una competencia: exclusividad y especificidad. Esta definición objetiva de las materias ofrece entidad suficiente para que la interpretación constitucional evite los criterios finalistas. La objetividad permite el reparto de funciones tasadas porque el poder constituyente ya tuvo en cuenta los fines que había que conseguir cuando procedió a la delimitación material.

La semejanza entre las dificultades para acotar el alcance de lo supralocal y lo básico llevan a la libertad y discrecionalidad unilateral del legislador sectorial y a la consiguiente vulnerabilidad de comunidades autónomas y entidades locales. Calificado este espacio a disposición del legislador ordinario como legítima prerrogativa de estimación política, C. Viver no duda en emplear el término «desconstitucionalización»¹⁷ para mostrar la desprotección y debilidad de una autonomía formalmente política pero, en realidad, reducida a ejecutar el mandato de un poder superior. En 1994, al realizar el autor un balance del funcionamiento real de las comunidades autónomas, emplea otro término jurídicamente relacionado con el de desconstitucionalización: la autonomía política se habría «administrativizado». La actuación estatal habría descendido al detalle hasta tal punto que las políticas autonómicas no pasarían de residuales y complementarias. Admitiendo la cualitativa diferencia entre la protección constitucional de la autonomía de comunidades y entes locales, lo cierto es que los artículos 148 y 149 no ofrecen una garantía tan concluyente como para impedir que, tanto las competencias exclusivas del 148 como las compartidas del 149, puedan dar cobertura a políticas propias, toda vez que el Estado las condiciona esgrimiendo los títulos horizontales o definiendo extensivamente las bases.

La protección de la autonomía prácticamente desaparece. C. Viver descarta que el «no vaciamiento» de la autonomía o el que la competencia pueda reconocerse, constituyan garantías adecuadas. Más arriba se estableció la coincidencia con la naturaleza de la garantía institucional cuando quienes sostienen la dimensión política de las bases limitan la inconstitucionalidad precisamente al caso extremo del no vaciamiento.

Una vez constatadas estas carencias de la autonomía política y el riesgo de administrativización, el autor propone elevar el rango del legislador autonómico y colocar el Estatuto como la obligada referencia del legislador sectorial. Más allá de la valoración que se haga de esta propuesta, la preocupación y la inquietud que provoca la hegemonía del legislador ordinario para alterar la distribución de competencias ha de dirigirse a mejorar y precisar el marco normativo. Sólo si las materias están bien definidas, la titularidad asignada, el ejercicio flexibilizado, será útil la reforma del Senado. De lo contrario, la intervención de las comunidades autónomas en la segunda cámara no pasará de un sustituto espurio de competencias propias, y la cooperación, como en el caso de los gobiernos locales, no observará las pautas y reglas de una relación voluntaria sino de una participación accesorio, porque la decisión final siempre corresponderá al nivel superior de gobierno.

6. CONCLUSIONES

1-La autonomía local no puede quedar reducida a un principio constitucional. Los principios limitan pero no delimitan y, por tanto, con la sola garantía de la protección constitucional como una directiva dirigida a los legisladores ordinarios, la autonomía local corre el riesgo de «desconstitucionalización», toda vez que el legislador sectorial dispone de un amplio margen de maniobra, legitimado políticamente, para determinar el alcance de las competencias y la potestad de autoorganización locales.

2-Tampoco se puede rebajar la relevancia jurídica y política de la autonomía local como una materia o sector sobre la que el Estado y las comunidades autónomas reparten competencias. En relación con la conclusión anterior, las reglas del juego por las que se dispersa en poder político entre varios niveles de gobierno no admiten equiparación con la regulación de servicios públicos como sanidad o educación, donde resulta legítimo que la fuerza política gobernante deje su impronta.

Si tuviera que explicarse la esencia de la democracia, diríamos que consiste en la lucha contra la concentración del poder, un objetivo que se consigue dividiéndolo (separación de poderes) o fragmentándolo horizontalmente en niveles de gobierno democráticamente legitimados. El diseño institucional para armonizar el ejercicio de los poderes no puede quedar al arbitrio de uno de estos poderes, a riesgo no sólo de frustrar la eficiente asignación de recursos y la adecuada prestación de servicios sino, fundamentalmente, por el empobrecimiento y disminución de la democracia que provoca. Jurídica y constitucionalmente las reglas del juego corresponde fijarlas al poder constituyente con un grado de detalle que se aparte de la necesaria apertura de otras regulaciones.

3-De la anterior conclusión se infiere que la autonomía local no se circunscribe ni a un principio constitucional, ni a una materia o sector y que, por tanto, no procede configurarla como un mínimo indeterminado, más allá del cual se ofrece al legislador como un derecho de configuración legal. A nadie se le escapa que la configuración legal propicia que un legislador ordinario cruce el umbral del poder constituido para erigirse en poder constituyente, sin que el Tribunal Constitucional tenga claros argumentos jurídicos para impedirlo.

4-El Derecho no proporciona soluciones definitivas pero sus límites han de aceptarse una vez valoradas sus posibilidades. O bien la Constitución prevé una ley con rigidez jurídica donde se regule la autonomía local especificando su contenido, o bien se acepta que, ante la indefinición constitucional, corresponde a una ley de cortes fijar las competencias locales y garantizar la primacía de la potestad de autoorganización de municipios y provincias, exceptuando únicamente la regulación de los órganos obligatorios. De esta manera quedarían diferenciados el legislador del gobierno y la administración local y el legislador estatal o autonómico que, al regular materias, tendrían que respetar las potestades locales.

5-Cobraría así relevancia el ordenamiento jurídico local y ganaría carta de naturaleza la sustantividad de la ordenanza para regular materias que le permitan el impulso de políticas diferenciadas. De asumirse estas premisas, el legislador sectorial debería limitar la regulación de una materia al ámbito supralocal, sin que la remisión a la ordenanza pudiera entenderse como una habilitación o autorización para ejecutar las previsiones legales.

Al principio de este trabajo aludía al pensamiento de C. Magris para ponderar, según su consejo, utopía y desencanto; creo que procede, tras las conclusiones, reproducir un par de textos del autor italiano. En ambos recomienda la pervivencia de los ideales, sobre todo si han sido despojados del tono providencialista que tantas desgracias han causado a la humanidad. La constatación de que es un ideal nocivo el silogismo que asegura la perfecta subsunción del caso concreto en la norma y que la predeterminación legal de cualquier contingencia constituye un voluntarismo perjudicial, no debe frenar la aspiración de limitar jurídicamente el ejercicio del poder:

«...tendría que proporcionar más paciencia y tesón para perseguirlos (los ideales) y por lo tanto mayores probabilidades de realizarlos, en esa medida relativa, imperfecta y perfectible que es la medida humana.

...necesitan utopía unida al desencanto. El destino de cada hombre, y de la misma Historia, se parece al de Moisés, que no alcanzó la Tierra Prometida, pero no dejó de caminar en dirección a ella. Utopía significa no rendirse a las cosas tal como son y luchar por las cosas tal como debieran ser.»

Notas

- ¹ «Miserias y grandeza de la política».
- ² MAGRIS, C. 2001. *Utopía y desencanto*. Anagrama.
- ³ PAREJO, L. 1998. *La potestad normativa local*. Diputación de Barcelona-Marcial Pons.
- ⁴ VILALTA, M. 2007. *El Consejo de Gobiernos Locales*. Madrid: Iustel.
- ⁵ GARCÍA MORILLO, J. 1998. *La configuración constitucional de la autonomía local*. Diputación de Barcelona-Marcial Pons.
- ⁶ AJA, E. 1992. *Configuración constitucional de la autonomía local. Informe sobre el Gobierno Local*. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- FONT, T. 2003. *Anuario de Gobierno Local 2003*. Fundación Democracia y Gobierno Local - Institut de Dret Public
- ⁷ PRIETO SANCHÍS, L. 1991. «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 9, 1991. Este autor remite al artículo de A. Carrasco «El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional», publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (nº. 11, 1984). En la pág. 83 y comentando la STC 32/81, escribe: «El argumento empieza estableciendo la evidencia de un valor constitucional. Se nos advierte ya que la CE no contiene más determinación que esta, pero dicha fijación del valor constitucional puede ser reconocida en su núcleo esencial a partir del cual la referencia al legislador ordinario va a poder ser juzgada en términos de indubitable criterio jurídico y no político. Ya advertíamos en el capítulo segundo que lo razonable es el límite de lo justificable. Desde lo razonable hasta lo óptimo hay un amplio margen de actuación donde la actividad del Poder Público no es justificable. En esta sentencia el concepto de contenido esencial, como también advertíamos en aquel capítulo, por su identificación con lo razonable, se traslada desde la zona de los derechos fundamentales a los artículos 137 y siguientes de la CE.»
- ⁸ DÍEZ PICAZO, L. 1985. «Constitución, Ley y Juez», en *Revista Española de Derecho Constitucional* (n.º 15, 1985).
- ⁹ MUÑOZ MACHADO, S. 2006. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II*. Madrid: Iustel.
GARCÍA ROCA, J. «Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional: ¿es posible un conflicto local e indirecto contra leyes». Defensa de la autonomía local; JAVIER JIMÉNEZ CAMPO. «Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- ¹⁰ *La descentralizació de competències de la Generalitat als ens locals de Catalunya*. Vol. I
- ¹¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R. 2001. *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*. Madrid: Institut d'Estudis Autònoms – Marcial Pons – Instituto Vasco de Administración Pública.
- ¹² SANTAMARÍA PASTOR, J. A. «Notas sobre la Sentencia de las Diputaciones Catalanas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 6.
- ¹³ JIMÉNEZ CAMPO, J. «¿Qué es lo básico?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 27.
- ¹⁴ VIVER I PI-SUNYER, C. «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 25.
- ¹⁵ Sobre la controversia entre las cláusulas específicas y los principios abstractos, FERRERES COMELLA, V. 2007. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ¹⁶ «En defensa dels Estatuts d'Autonomia coma a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridico-constitucional», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*. (n.º 1, 2005).
- ¹⁷ VIVER I PI-SUNYER, C. 1994. *Las autonomías políticas*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.