

## **COMPRIENDIENDO LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL: DESDE CARL SCHMITT HASTA LA REFORMA DEL ART. 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

Manuel JARAMILLO FERNÁNDEZ

*Secretario General del Ayuntamiento de Cantillana*

El rechazo por determinados sectores doctrinales y políticos de las reformas realizadas en el régimen local español por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), suscita un mayor interés por el cuestionamiento que desde hace algunos años realizan algunos autores de la doctrina de las garantías institucionales. La pretendida superación de dicha doctrina, creada por Carl Schmitt y recibida por el Tribunal Constitucional de Alemania, así como por el Tribunal Constitucional español, por la llamada doctrina de la garantía constitucional podría incidir en la resolución del conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto contra determinados preceptos de la LRSAL, puesto que el cambio de doctrina constitucional ampliaría el ámbito de la autonomía local indisponible para el legislador.

### **SUMARIO:**

1. Introducción
2. La Teoría de las Garantías Institucionales: Origen y desarrollo histórico.
3. Crítica de la Teoría de las Garantías Institucionales
4. Insuficiencias de la Teoría de la Garantía Constitucional de la Autonomía Local
5. La fuerza expansiva del Principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el art. 135 de la Constitución y su incidencia en el Principio de Autonomía Local
6. Una curiosidad histórica: La recepción de la Teoría de las Garantías Institucionales por los Padres de la Constitución
7. Apuntes de actualidad: La STC de 3 de marzo de 2016
8. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

Las reformas operadas en el régimen local español por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), han generado el rechazo de amplios sectores doctrinales y políticos que consideran que muchas de sus disposiciones lesionan la autonomía local constitucionalmente garantizada. La oposición a determinados preceptos de la LRSAL se ha formalizado en el conflicto en defensa de la autonomía interpuesto por 2.302 municipios que representan a una población de 16.496.185 habitantes. A la vista del dictamen del Consejo de Estado 338/2014, de 26 de mayo, así como de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia (SSTC 103/2013, 143/2013 y 161/2013), pocas posibilidades de éxito pueden augurarse a los promotores del conflicto si se mantiene la aplicación de la teoría de las garantías institucionales como mecanismo de protección de la autonomía local. Sólo una mutación de la doctrina constitucional que sustituyese la teoría de las garantías institucionales por la denominada teoría de las garantías constitucionales podría alterar estas previsiones. En este trabajo, sin embargo, intentaremos demostrar la inconveniencia de desplazar la teoría de las garantías institucionales y las insuficiencias de la teoría de las garantías constitucionales. Delimitado de este modo el objeto del presente trabajo, aclararemos que no abordaremos el examen de la constitucionalidad de preceptos concretos de la LRSAL y, menos aún, por motivos distintos que la lesión de la garantía institucional de la autonomía local. Sin embargo, no se descarta por el autor de estas líneas, aventurarse en el futuro en tan ardua y apasionante tarea.

## 2. LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES: ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO

La teoría de las garantías institucionales tiene un desarrollo histórico casi centenario, de modo que es conveniente ilustrar al lector con su origen y desenvolvimiento hasta nuestros días como paso previo a la valoración de las críticas que le han sido realizadas y su operatividad en la actualidad.

### 1. Origen doctrinal

Carl Schmitt es el creador de la teoría de las garantías institucionales, tal y como afirma en su obra *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich* (1931): «Yo concebí la idea de garantía institucional en mi *Teoría de la Constitución* (1928)». Es en estas dos obras donde expone con mayor amplitud su

doctrina de las garantías institucionales como una técnica constitucional limitadora del poder legislativo. En todo caso, debemos ir adelantando que la teoría de las garantías institucionales está inserta en la compleja *Teoría de la Constitución* schmittiana -cuya primera traducción al español se debe a mi paisano Francisco Ayala-, es decir, no se puede comprender adecuadamente sin atender al sistema de ideas de este autor.

El concepto de garantía institucional lo trata Schmitt en el apartado IV del Capítulo 14 de su *Teoría de la Constitución*, distinguiéndolo de los derechos fundamentales. Según Schmitt,

«mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa. Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad. Ni aun cuando siquiera cuando se aseguran la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones –lo que no es obligado-, hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines».

De hecho, el ejemplo paradigmático de garantía institucional es el de la autonomía municipal consagrada por el art. 127 de la Constitución de 1919. Así lo manifiesta un poco más adelante:

«El instituto de la autonomía queda garantizado por ley constitucional del Reich, de manera que la institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o arrebaten su esencia, son inconstitucionales. Por el contrario, no se garantiza en esa prescripción un derecho a la existencia del municipio en particular, o de la asociación de municipios en particular. Por eso son posibles también anexiones de municipios, según derecho del país y contra la voluntad del municipio. Tampoco se fija el statu quo del contenido, existente en 14 de agosto de 1919, de las normas de administración autónoma contenidas en el derecho de los países; estas normas pueden ser cambiadas en cualquier momento por simple ley del país».

Asimismo es muy interesante esta otra consideración de Schmitt en la delimitación del concepto de garantía institucional, por la cual aun admitiendo el carácter de sujeto de derecho de los municipios y demás entidades locales los derechos de los que fueran titulares nunca pueden tratarse como «auténticos derechos fundamentales en el sentido del principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho. Todas estas instituciones existen *dentro* del Estado, no antes y por encima de él. El auténtico derecho fundamental parte del individuo con su esfera de libertad ilimitada en principio. Una institución no puede darse como supuesta en manera semejante. El Estado moderno es una unidad política cerrada y, por esencia, el *Status*, es decir, un *status* total, que relativiza en su seno todos los otros *statu*. No puede reconocer en su seno ningún *Status* de Derecho público dado antes que él o sobre él, y por ello jurídicamente equiparado, y mucho menos miembros intermedios que sobresalgan por encima de él o junto a él, con independencia respecto de él, no puede tener relaciones de Derecho político, es decir, internas, sino sólo de Derecho internacional». Schmitt viene a explicar el fundamento teórico de la distinción entre los derechos fundamentales y las garantías institucionales. Ambas limitan al legislador, pero mientras los primeros se fundamentan en el iusnaturalismo racionalista de la Ilustración en el que se sostiene la ideología liberal burguesa, las garantías institucionales obedecen a decisiones del constituyente por las que considera adecuado proteger instituciones que se consideran socialmente valiosas y, por ello, dignas de una especial protección frente al legislador. Al no hallarse en el núcleo esencial de la ideología liberal burguesa que predomina en la Constitución weimariana (cuestión esencial a la que dedica Schmitt especial atención en la obra para determinar el marco interpretativo de la misma, pues su *Teoría de la Constitución* es realmente una teoría del constitucionalismo liberal), la eficacia de las garantías institucionales no puede equipararse a la de los derechos fundamentales. Sólo un iusnaturalismo municipalista podría justificar que se otorgara a la garantía institucional de la autonomía local un tratamiento análogo al de los derechos fundamentales, lo que es una tesis inasumible por un jurista positivista.

Asimismo, esta reflexión nos acerca a otra idea esencial en la *Teoría de la Constitución* schmittiana, con la que vamos a enlazar el concepto material de Constitución de Schmitt con la teoría de las garantías institucionales. Nos referimos a la distinción entre Constitución y ley constitucional. Se trata de una distinción crítica con el formalismo jurídico kelseniano. Desde un constitucionalismo formalista y relativista todas las determinaciones constitucionales tienen la misma trascendencia, por lo que advierte Schmitt que «con tal formalización no reciben carácter fundamental en ningún modo aquellas prescripciones particulares, sino al contrario, las auténticas prescripciones fundamentales son rebajadas al grado de detalles de la ley constitucional». Para Schmitt una Constitución «es una Constitución porque contiene

las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta de un pueblo». Esto es, identifica Constitución con el núcleo ideológico de una constitución determinada, núcleo que determina el contenido y la interpretación del resto de la constitución escrita y de todo el ordenamiento jurídico. Por el contrario, las leyes constitucionales son determinaciones constitucionales, que a pesar de su relevancia en la arquitectura constitucional, no se integran en ese núcleo ideológico central de la Constitución. Así, comenta Schmitt la táctica partidista por la que «se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualesquiera razones prácticas frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias».

Las garantías institucionales se asocian con carácter general a las prescripciones de las denominadas por Schmitt leyes constitucionales, es decir, aquellas prescripciones constitucionales que no forman parte de su núcleo central, incluso aunque se consideren instituciones esenciales de la arquitectura organizativa del Estado, puesto que realmente no se integran en la esencia del régimen político que se refleja en una determinada constitución. El que las garantías institucionales sean con carácter general el contenido de leyes constitucionales explica la flexibilidad que admite Schmitt en su configuración legal: aquello que no afecta a la esencia de la Constitución no debe compartir la misma rigidez de reforma y de protección frente al legislador que las determinaciones que sí representan la esencia del régimen político reflejado en la Constitución. Como denuncia en *Legalidad y legitimidad* (1932), el abuso de las leyes constitucionales actuando como garantías institucionales provoca disfunciones en el modelo tradicional de legalidad positivista formal.

Desarrolla con más amplitud y con más precisión Schmitt su teoría de las garantías institucionales en la citada *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich*. No nos extenderemos en el análisis de supuestos concretos ni en la poco lograda diferenciación de las garantías institucionales de derecho público y de derecho privado (institutos), sino que atenderemos sólo a los pasajes que definen los elementos principales de su teoría. Partiendo de la señalada distinción entre Constitución y ley constitucional, Schmitt diferencia la garantía constitucional estricta del resto de garantías constitucionales al afirmar que «sólo se puede hablar de garantía constitucional en sentido estricto, cuando la propia Constitución se identifica con la garantía que provee, y cuando, por consiguiente, una infracción de la garantía implica, sin más, un daño a la misma Constitución». Se trataría de un concepto muy restringido de garantía institucional que excluiría de su ámbito la mayoría de las instituciones consideradas como tales. Incluso podría considerarse que la autonomía local no es una garantía institucional al ser dudoso que se identifique con las decisiones fundamentales de la Constitución. Siguiendo la argumentación schmittiana nadie consideraría un delito de alta traición un ataque contra el principio de autonomía local. Pero a continuación,

añadiendo cierta confusión, distingue entre la garantía institucional y la garantía constitucional de un contenido puramente político y contingente. La segunda obedece más a cuestiones de táctica política y por ello concluye en que «se excluye la garantía constitucional del sentido específico que corresponde a la categoría de la garantía, por su reforma dificultada, es decir, porque sólo mira a la defensa frente al legislador, es decir, frente a la mayoría parlamentaria». Por el contrario,

«el concepto de la garantía institucional presupone una auténtica garantía y efectivamente implica para nuestro derecho constitucional vigente una garantía constitucional, pero con un objeto determinado, a saber, una institución, porque en caso contrario no cabría hablar de “garantía institucional”. Este tipo de garantía se refiere en toda ocasión a algo presente, algo existente, organizado y formado, disponible. Es la garantía de una sustancia existente y de una situación jurídica, y contiene siempre elementos de la garantía de un *status quo*».

Este requisito de la preexistencia configuradora de la garantía institucional ayuda a entender mejor la teoría pero también será motivo de grandes dificultades para la aplicación al caso concreto. El problema interpretativo se produce principalmente al existir dos alternativas divergentes en la concepción de las garantías institucionales: una concepción de mera garantía petrificadora de un determinado *status quo* y otra concepción de protección genérica o nominal de una institución. Sin mucha claridad Schmitt propone que «entre estos dos extremos, es decir, entre una extremada garantía de *status quo* y una garantía institucional mínima, debería moverse la interpretación correcta».

Finalizaremos esta exposición general de la teoría de las garantías institucionales con un breve esquema-resumen de los niveles o ámbitos de aplicación de la misma:

NIVEL SUPERIOR	GARANTÍAS INSTITUCIONALES EN SENTIDO ESTRICTO→LAS RELACIONADAS CON EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN
NIVEL MEDIO	GARANTÍAS INSTITUCIONALES EN SENTIDO AMPLIO→LAS NO RELACIONADAS CON EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN, PERO QUE SÍ RESPONDEN A INSTITUCIONES PREEXISTENTES CON RELEVANCIA EN LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL
NIVEL INFERIOR	APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES→ PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y POLÍTICAS DE CONTINGENCIA QUE SE PRETENDEN BLINDAR FRENTE A LA MAYORÍA PARLAMENTARIA DEL MOMENTO

## 2. La teoría de las garantías institucionales en Alemania

La teoría de las garantías institucionales tuvo una gran aceptación doctrinal desde su formulación y de ahí su recepción por el Tribunal Constitucional Federal alemán y los de sus Estados federados tras la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Curiosamente, el ámbito de la autonomía local es aquél en el que mayor trascendencia y aplicación ha tenido la doctrina de las garantías institucionales. Recogiendo el testigo del art. 127 de la Constitución weimariana, la Ley Fundamental de Bonn garantiza la autonomía administrativa local en su art. 28.2.

Centrándonos en la perspectiva objetiva, la garantía institucional de la autonomía local protege la institución de la «autonomía» o «autoadministración», esto es, el ejercicio de un ámbito propio de competencias bajo la propia responsabilidad, si bien hay que matizar que la intensidad de la protección es distinta para los municipios que para las agrupaciones de los mismos o entidades supramunicipales, como los *Kreis* de origen prusiano, pues mientras a los primeros se les garantiza el llamado principio de universalidad al corresponderles la gestión de «todos los asuntos de la comunidad local», para los segundos la garantía se limita al «ámbito de sus competencias legales».

Respecto a la dimensión objetiva de la «propia responsabilidad», con ella se garantiza un margen de actuación y configuración de los entes locales para organizarse y tomar decisiones conforme a sus propios criterios y para ejercer las tareas que tengan atribuidas sin instrucciones ni tuteladas del resto de sujetos públicos, especialmente del *Land*, pues no olvidemos que en Alemania la Administración Local es interiorizada por los *Land*. Esto impide los controles de oportunidad sobre las competencias locales de su círculo de acción propio, pero no excluye los controles de legalidad.

El legislador recibe, pues, el encargo constitucional de delimitar el contenido y alcance de la autonomía local, dentro de los límites sustantivos que se derivan del citado art. 28.2. Por tanto, aplicando la teoría de las garantías institucionales de Schmitt no se admite cualquier configuración legal ni todo tipo de injerencia en dicha autonomía. Ahora bien, en la práctica surge la difícil tarea de determinar los límites que debe respetar el legislador. Se han dado diferentes respuestas en el tiempo por parte de la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Si en un principio se admitió el uso de las técnicas de protección desarrolladas en el ámbito de los derechos fundamentales como la del principio de proporcionalidad, desde la trascendental sentencia «Rastede», el Tribunal Constitucional Federal rechaza expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito de la garantía institucional del artículo 28.2 y sostiene que la

protección de la autonomía local derivada de este precepto se proyecta en dos direcciones fundamentales: por un lado, el respeto de un ámbito nuclear o contenido esencial de la autonomía local; y por otro lado, se introduce un principio material que apunta a un «reparto de tareas a favor del municipio».

La determinación del contenido inalterable por el legislador se ha pretendido llevar a cabo a través distintos métodos, fundamentalmente el de «evolución histórica» o el que atiende a la «forma típica o imagen característica» de la autonomía local.

Debido a esta indeterminación de la garantía institucional de la autonomía local, debe advertirse que no se protege un catálogo, preciso o determinable a priori de competencias locales. Asimismo, se cuenta dentro del núcleo esencial de la autonomía local la suficiencia financiera, es decir, una mínima dotación financiera que debe relacionarse con el ámbito competencial de las entidades locales, de modo que también puede considerarse lesivo de la autonomía local la atribución de competencias sin la correspondiente asignación de recursos económicos y financieros para su adecuado desarrollo. Este aspecto no se ha tenido suficientemente en cuenta por la doctrina española a la hora de valorar el garantismo de la autonomía local en las diferentes normas reguladoras de nuestro régimen local y, sobre todo, en la LRSAL.

Así, tan contrario a la autonomía local se considera la imposición de competencias a los municipios sin la correspondiente provisión financiera –y en este sentido ha operado la reforma constitucional alemana de 2006–, como que el legislador atribuya una competencia local a otra entidad pública distinta al municipio justificándola en motivos de simplificación administrativa o concentración de competencias. Únicamente pueden retirarse competencias a los municipios por motivos de interés general, de tal modo que no sea posible asegurar de otra manera el ejercicio conforme al ordenamiento jurídico de dichas competencias. Asimismo, los argumentos de la economicidad y el ahorro solo se admiten excepcionalmente en los supuestos en que mantener la competencia en el ámbito municipal produjese un incremento desproporcionado de los costes. En este sentido debemos apuntar que en Alemania, las reordenaciones del régimen local justificadas en motivos economicistas, sobre todo para la aplicación de economías de escala más eficientes, no tomaron la dirección de limitar las competencias de las entidades locales, sino que se centraron en la reforma territorial, fundamentalmente en una drástica disminución del número de municipios. En este sentido, siguiendo a Hellmutt Wollman en su colaboración («La reciente reforma de Gobierno Local en España. Reflexiones desde una perspectiva comparada») a la obra coordinada por F. García Rubio *Las reformas locales en el entorno comparado*, pueden



distinguirse dos grupos de países: los países en los que el tamaño medio de los municipios es mediano o grande como consecuencia de una política de fusión determinada coercitivamente por el Estado (o los Land en Alemania) y los países en los que existe un gran número de pequeños municipios. En el primer grupo se encuentran fundamentalmente países noreuropeos como Reino Unido, Suecia y la propia Alemania. En estos países se optó por un modelo en el que se atribuían importantes competencias a las entidades locales en la prestación de servicios sociales, es decir, se configuró a las entidades locales como piezas claves en el modelo del Estado del Bienestar. Pero una planta territorial fragmentada hacía económicamente inviable esta apuesta, de modo que en los años sesenta y setenta se disminuyó drásticamente el número de municipios y de entidades supramunicipales. Según Wollmann,

«la razón y la legitimación para esta –en última instancia– coercitiva estrategia de reforma territorial tiene su raíz en la convicción política y cultural de que el Parlamento, como intérprete y protagonista de una racionalidad coercitiva superior a la racionalidad local, posee la potestad y legitimidad de decidir y fijar los confines y el tamaño de los municipios».

En este sentido, desde un punto de vista subjetivo, se entiende por la doctrina y la jurisprudencia alemana que la garantía institucional de la autonomía local viene referida al conjunto de entidades locales, no individualmente a cada una de las existentes, lo que convierte en admisibles estos procesos de reforma territorial siempre que se otorgue audiencia a los municipios afectados y se justifiquen suficientemente las causas que motivan la medida. Esta necesidad de racionalización de la planta municipal se manifiesta en cuanto se incrementa el intervencionismo estatal y participan de ese proceso las entidades locales, como ya fue advertido en la Alemania de comienzos de los años treinta por Johannes Popitz y recogió Schmitt en *El defensor de la Constitución*. Schmitt ya venía advirtiendo en obras anteriores sobre la creciente intervención del Estado en todas las áreas, especialmente en la económica, y cómo ello afectaba a la tradicional dicotomía liberal Estado/Sociedad. Se trata de la evolución al Estado social al que él denomina Estado total. Pues bien, considera en cierto modo incompatible con la pretensión de racionalizar o planificar esta ampliación de la esfera de actuación del Estado con la autonomía municipal que «permite una extensión casi ilimitada de la economía municipal». Por ello sentencia que «todo intento de establecer y llevar a la práctica un amplio programa financiero y económico con directrices homogéneas para el régimen de la economía pública choca con los estorbos y obstáculos de esta policracia tan diversa, que está parapetada, en el Estado de Derecho,

detrás de una muralla legal, y que goza, al mismo tiempo, de la protección de las normas constitucionales». Sobre esta interesante idea volveremos más adelante.

Por el contrario, en los países del sur de Europa la tradición municipalista hace inconcebible reordenar la planta municipal de forma coercitiva; sólo se admiten procesos voluntarios de fusión, lo que impide grandes reformas territoriales y es la razón de que la mayor parte de los municipios no tengan el tamaño necesario para beneficiarse de las economías de escala y cuenten con los recursos financieros suficientes como para prestar adecuadamente muchos de los servicios que son propios del Estado social de nuestros días. Ante esta dificultad de partida, no es de extrañar que en los países sureuropeos se atribuyan menos competencias a las entidades locales, municipales o supramunicipales.

### 3. La recepción de la teoría de las garantías institucionales en España

Se señala como introductores en el ámbito doctrinal español de la teoría de las garantías institucionales a Nicolás Pérez-Serrano y sobre todo a Luciano Parejo Alfonso, esencialmente en virtud de su trabajo *Garantía institucional y autonomías locales* (1981), cuestión discutible –sin merma de la innegable trascendencia de esta obra– dada la temprana recepción de la obra schmittiana, que se remonta a los años veinte y treinta del pasado siglo y sobre la que ahondaremos en el epígrafe VI. Partiendo de la recepción doctrinal, el Tribunal Constitucional de nuestro país también aceptó la teoría de las garantías institucionales desde los primeros pronunciamientos que tuvieron por objeto la protección de la autonomía local constitucionalmente garantizada (SSTC 4/1981, 32/1981, 38/1983, 27/1987, 213/1988, 259/1988, 214/1989), línea jurisprudencial que ha llegado con mínimos matices hasta la actualidad. Desde estas primeras resoluciones del Alto Tribunal se pueden reconocer con claridad los mismos caracteres de la teoría schmittiana que hemos analizado anteriormente. Merece la pena transcribir este amplio fragmento del FJ 3 de la STC de 28 de julio de 1981:

«El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las formaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado cuya regulación orgánica se hace

en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto normación jurídica viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace».

En todo coincide esta concepción general del Tribunal Constitucional con la teoría schmittiana, aunque quizás resulte excesiva la afirmación de que las garantías institucionales son «componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales». No toda garantía institucional resulta imprescindible para asegurar los principios y valores constitucionales que fundan el régimen político español, sino sólo las garantías institucionales en sentido estricto. Desde luego que una reforma constitucional que suprimiese la autonomía local no tendría que afectar a la esencia de nuestro régimen político-constitucional, pues dicha autonomía es sólo una opción de organización territorial de los poderes públicos que no implica necesariamente que el Estado deje de ser social, democrático y de Derecho y que ya no se propugnen los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Se alega en los últimos años que la autonomía local es clave para nuestro régimen democrático destacando dos argumentos de filosofía política liberal complementarios relacionados con la calidad democrática: la mayor proximidad a la democracia directa y la división del poder. La Administración Local al ser la más cercana al ciudadano es la que más se aproxima al ideal de la democracia directa y por ello se considera a la misma la más adecuada desde un punto de vista de calidad democrática. Por otro lado, partiendo de la premisa de que la democracia se caracteriza de forma esencial por la desconcentración del poder, la articulación de distintos niveles de gobierno desde la perspectiva territorial devendría en una técnica complementaria a

la división horizontal o funcional de poderes propuesta por Locke y Montesquieu. Separación de poderes y descentralización territorial del poder no serían otra cosa que dos caras de la misma moneda. Hábilmente se ha llegado a invertir la relación entre democracia y régimen local: no es el principio democrático el que condiciona la organización y funcionamiento de las entidades locales, sino que considerando la descentralización del poder requisito *sine qua non* de la democracia, es el principio de autonomía el que condiciona al democrático. Veamos el caso de la sesgada lectura que se hace de STC 103/2013, a través de la que se invierten las premisas de su razonamiento. En la misma, partiendo de una perspectiva material del principio democrático, al modo schmittiano, se proyecta el mismo a la organización de los órganos de gobierno municipal, lo que implica que forzosamente dichos órganos deban tener carácter representativo y no se permita en ellos la presencia de personas que no han sido elegidas democráticamente. Por el contrario, en muchos comentarios sobre la relación democracia-gobierno local se invierte la perspectiva: el gobierno local no es un ámbito en el que se proyecta la democracia, sino que sin gobierno local no puede haber auténtica democracia. Este pensamiento ya ha empezado a calar incluso en la jurisprudencia constitucional, y así ya empieza a dejarse sentir en las SSTC 103 y 163/2013. No obstante, a mi juicio, en dichas sentencias no se ha invertido todavía la relación entre ambos principios, pues en ellas es el principio democrático el que se proyecta en el gobierno local y no la autonomía local la que incide en aquél. Extrañamente, aplicando este radical parámetro de calidad democrática, un país tan centralista como Francia, la patria de Tocqueville, referente del mundo municipalista, no sería un verdadero Estado democrático. Pero la realidad es tozuda y no siempre discurre por los mismos senderos que abre parte del mundo académico. Así, si atendemos a las diversas propuestas de supresión de las Diputaciones Provinciales y a la poca convicción con la que han sido defendidas por sus valedores, se puede constatar que frente a lo expresado por el TC, las mismas no son consideradas por una gran parte de la población como uno de los pilares maestros de nuestro edificio constitucional. También es significativo que en los debates electorales de las últimas elecciones a las Cortes Generales, apenas se haya tratado la cuestión de la reforma del régimen local y cuando se ha hecho ha sido para abrir un debate sobre la privatización de los servicios públicos y no para reflexionar sobre el gobierno local en sí mismo considerado, ni tampoco se está considerando como uno de los puntos clave en los pactos postelectorales que puedan producirse. Todo ello revela el escaso interés que suscita en los ciudadanos lo que para algunos especialistas en la materia es uno de los puntos centrales de nuestro sistema democrático. En definitiva, regresando a la teoría constitucional schmittiana, son los valores superiores del art. 1.1 y en general los principios del Título preliminar los que constituyen el auténtico núcleo esencial de la

Constitución de 1978, de modo que sólo las garantías institucionales directamente vinculadas con este núcleo primario son «componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales». Como explicamos anteriormente, la mayor parte de las garantías institucionales, incluso cuando constituyen elementos constitucionales relevantes, no son Constitución en el sentido schmittiano, sino leyes constitucionales.

Por otro lado, la flexibilidad que permite la teoría de las garantías institucionales concuerda con la doctrina de autolimitación a la que se disciplina nuestro Tribunal Constitucional y que se fundamenta en la especial prudencia que debe presidir la fiscalización del máximo intérprete constitucional sobre un legislador dotado de legitimidad democrática y atendiendo al valor superior del pluralismo político que debe admitir diversas políticas legislativas posibles en el seno de una sociedad democrática. Como manifiesta Manuel Zafra Víctor en su artículo *Garantía estatutaria de la autonomía local* (Anuario del Gobierno Local 2008, Fundación Democracia y Gobierno Local) y que repite con casi igual redacción en la página 71 de su obra *Respaldo político para buenas ideas*:

«El juez constitucional no precisa la mejor o la única respuesta posible, sólo constata el caso extremo. Cumplido el requisito elemental de participar o emitir informe y cubierto el mínimo, debe dejar a la configuración legal del legislador ordinario el margen comprendido entre *lo razonable* (núcleo esencial) y *el óptimo*. Entre uno y otro punto se hallan los mojones del control judicial, lo razonable como límite a partir del cual la actuación del poder público (legislador sectorial) no es justiciable».

Muy ilustrativo al respecto es el siguiente fragmento de la STC de 2 de febrero de 1981 (FJ 2):

«En un sistema de pluralismo político (artículo 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo. Aplicado este criterio al principio de autonomía de municipios y provincias, se traduce en que la función del Tribunal consiste en fijar unos límites cuya inobservancia constituiría una negación del principio de autonomía, pero dentro de los cuales las diversas opciones políticas pueden moverse libremente».

Pero la recepción de la teoría de las garantías institucionales es mucho más profunda que una mera aceptación por parte de la doctrina científica o de la jurisprudencia constitucional; es incluso perceptible como un elemento sistemático de nuestra Carta Magna. En efecto, el art. 53.1 de la Constitución Española, en términos similares al art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn («en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia»), dispone que «sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». Estos preceptos constitucionales suponen una asunción estructural y expansiva de la teoría de las garantías institucionales, al aplicarla tácitamente en el ámbito de los derechos y libertades, ámbito que aunque parecía quedaba excluido en la formulación schmittiana, realmente demuestra la versatilidad y la vis expansiva de la teoría de las garantías institucionales. No en vano expresa el jurista de Plettenberg que

«la razón por la que la idea de la garantía institucional resulta esclarecedora es que en cada una de las garantías de los tradicionales derechos fundamentales, incluso cuando no esté garantizada ninguna institución en sentido estricto, se puede encontrar la *garantía de una regulación en el sentido típico tradicional*».

### 3. CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Es un lugar común de un importante sector doctrinal la consideración de la debilidad de la autonomía local y la insuficiente regulación que le dedica nuestra Constitución, sobre todo si se compara con la dada a las Comunidades Autónomas (CCAA). La insatisfacción de ese sector doctrinal municipalista con la flexibilidad de la teoría de las garantías institucionales y la indeterminación en la que queda el concepto de autonomía local ha servido de motivación para diversos intentos de crítica y superación de tal teoría. Muchos son los trabajos que tratan esta cuestión, pero el más logrado de los que he tenido ocasión de estudiar es el publicado por Jorge Fernández-Miranda y titulado *El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional*. El gran mérito de este trabajo reside en la sobresaliente síntesis de la argumentación favorable al concepto positivo de autonomía local, en la que se funden erudición y claridad expositiva. Por ello, en adelante me remitiré al mismo como obra representativa de tal sector doctrinal.

La crítica de Fernández-Miranda incide en tres puntos fundamentales:

- a) Los desfases derivados de la importación del principio del Derecho alemán al Derecho español. Siguiendo a Esteve Pardo, Fernández-

Miranda advierte que no existen en el caso español las premisas necesarias para una traslación acrítica de la teoría de las garantías institucionales respecto al principio de autonomía local. Opina que la autonomía local no era una institución asentada en la conciencia colectiva española en el momento constituyente de 1978 y que incluso aunque se tratase de una institución social y jurídicamente consolidada, el periodo franquista de la autonomía local y la tradición centralista española suponen un lastre que impide una aplicación aceptable del método historicista de la teoría de las garantías institucionales -que considera intrínseco en la concepción alemana- en nuestro Estado democrático. No obstante, Fernández-Miranda también reconoce que la ausencia de una conciencia social consolidada por carecer de un pasado que le permita delimitar una esfera irreductible, no es un obstáculo que necesariamente impida la aplicación de la teoría de las garantías institucionales al principio de autonomía local puesto que «podía haber favorecido el dinamismo de la concepción, haciendo más fácil la adecuación del principio a las nuevas tendencias, si bien no ha sido así». En este sentido, afirma con cierto optimismo «que con el transcurso del tiempo ese vacío –de un pasado con una autonomía local aceptable según sus parámetros- sea subsanado por la práctica diaria de los municipios y de los propios administrados. Poco a poco, la Administración local irá concienciándose del lugar que ocupa en el entramado constitucional, al tiempo que los particulares irán exigiendo de aquélla determinadas prestaciones que se le presuponen, desde un punto de vista tanto material como formal».

b) Como teoría de carácter limitador o negativo, no la considera una herramienta adecuada para construir un principio de autonomía local positivo. Tomando como base las ideas de García Morillo proclama que el perfil negativo de la teoría de las garantías institucionales como elemento de resistencia pasiva frente al legislador «no ofrece una garantía valiosa para dibujar un contenido competencial mínimamente exigible». En opinión de estos autores «la forma en que la Constitución reconoce la autonomía local trasciende de la mera garantía institucional». Para el sector doctrinal que aspira a la superación de la teoría de las garantías institucionales, la autonomía local no es una garantía de mínimos, sino que desde ella se articula un auténtico concepto positivo de cómo debe ser el régimen local. En una extensa cita de la obra de García Morillo *La configuración constitucional de la autonomía local* (Seminario de Régimen Local, Madrid, Marcial Pons, 1998), se sintetiza esta crítica contra el carácter negativo de la teoría de las garantías institucionales:

«La CE va más allá del mero establecimiento de una garantía institucional. En efecto, la Constitución no sólo protege a los órganos

locales, sino que regula sus características básicas, reitera su carácter autónomo y los inviste de uno de los valores superiores del ordenamiento constitucional, el de ser expresiones del pluralismo político y manifestaciones del principio democrático en lo referente a los órganos de gobierno de la colectividad. No parece, por ello, aventurado afirmar que la autonomía local es algo más que una mera garantía institucional o, dicho de otra forma, no parece atrevido asegurar que el concepto de garantía institucional es insuficiente para describir la regulación constitucional de la autonomía local. Una regulación del tenor que la CE realiza de la autonomía local es más bien propia de una auténtica garantía constitucional, esto es, de unos órganos que la Constitución no sólo quiere que existan, sino que desea que cumplan unas funciones determinadas -de considerable importancia- y que, en consecuencia, se elijan de acuerdo con los requerimientos del principio democrático. Desde esta perspectiva, la Constitución no sólo garantizaría la pervivencia de la institución, sino que añadiría a esa garantía de pervivencia un plus, el del diseño de los rasgos constitutivos de la institución garantizada.»

c) Finalmente, entiende Fernández-Miranda que la teoría de las garantías institucionales es incapaz de proporcionar un criterio seguro que permita delimitar lo que se entiende por «núcleo esencial» e infranqueable para el legislador ordinario. Las dificultades para precisar en el caso concreto el núcleo esencial e indisponible de una institución han generado graves problemas interpretativos que en Alemania el Tribunal Constitucional ha intentado solventar con diversos métodos interpretativos, partiendo del método histórico y evolucionando después a otros métodos como el de la sustracción. Este mismo problema hermenéutico ha dado lugar a la aparición de nuevas tesis en la doctrina científica como la teoría de las garantías constitucionales propugnada por el propio Fernández-Miranda. En resumen, existe un sector doctrinal que no considera aceptable la teoría de las garantías institucionales desde el momento en que no resulta operativa en el caso concreto y que, sobre todo, no consigue alcanzar el objeto de proteger efectivamente la autonomía local reconocida por la Constitución. Para Cruz Villalón, «si el constituyente ha pretendido realizar una “operación de salvamento” al incorporar a la Constitución determinados institutos, dicha pretensión resultaría ilusoria si en definitiva el respectivo precepto constitucional no vinculase en modo alguno al legislador. De lo que se trata, pues, es de salvar la normatividad del precepto sobre la base de identificar



un contenido institucionalizado social e incluso jurídicamente reconocido». Una adecuada funcionalidad del principio de autonomía local propia del carácter normativo de la Constitución de 1978 -que al igual que la Ley Fundamental de Bonn sobrepasaría en este sentido la regulación del art. 127 de la Constitución de Weimar- exigiría una interpretación de máximos y no una interpretación de mínimos. Con la teoría de las garantías constitucionales se superarían las críticas a la técnica de la garantía institucional basadas en la dificultad de delimitación de su contenido mínimo o esencial utilizando la naturaleza del concepto jurídico indeterminado que la garantía institucional de la autonomía local contiene y que puede ser determinable realizando una interpretación integradora junto con los grandes valores y principios constitucionales. Es decir, frente a la doctrina constitucional fiscalizadora de la razonabilidad que permite distintos desarrollos al legislador, se preconiza una teoría que delimitaría unos máximos de la autonomía local y que como en el caso del concepto jurídico indeterminado sólo daría lugar a una solución válida.

#### **4. INSUFICIENCIAS DE LA TEORÍA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL**

Expuestas las críticas a la teoría de las garantías institucionales y la propuesta de superación de la misma que consiste en la llamada teoría de la garantía constitucional, es momento de someterla a su vez a crítica o réplica, siguiendo la misma estructura tripartita, respondiendo a sus tres frentes o puntos de ataque de la teoría de las garantías institucionales.

a) Respecto a la crítica sobre los desfases derivados de la importación del principio del Derecho alemán al Derecho español se debe objetar que parte de un error de hecho y de una valoración excesivamente pesimista de la historia de nuestro régimen local. Fernández-Miranda sólo cita los cuarenta años de historia franquista como si nuestro régimen local no hubiera vivido más historia. Como demuestra el preámbulo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), nuestro régimen local tiene una antigua y rica historia que permite reconocer una institución histórica y socialmente reconocida. Aun sabiendo de antemano que los preámbulos legislativos son proclives a los excesos retóricos no debe ignorarse el siguiente pasaje del mismo:

«Como demuestra nuestra historia y proclama hoy la Constitución, decir régimen local es decir autonomía. La pervivencia

misma, a lo largo del tiempo y bajo las más diversas circunstancias políticas, de esta nota caracterizadora, muestra, no obstante, la indeterminación y ambigüedad del concepto. Solo su configuración positiva desde unos postulados y en un contexto jurídico-político determinado, es capaz de dotarlo de un contenido preciso».

La determinación concreta de la autonomía local puede ser cambiante en cada momento histórico, pero la institución nunca ha llegado a desaparecer. Otra cosa es que el contenido tradicional de la autonomía local sea insuficiente para determinados sectores en el nuevo modelo de Estado democrático y social de derecho surgido de la transición y para la sociedad española actual, pero ahí reside precisamente una de las grandes ventajas de la teoría schmittiana de las garantías institucionales, pues la misma evita la petrificación de las instituciones y permite su adaptación a las nuevas realidades sociales. El que la historia de una institución no responda a la idealidad deseada no impide que sirva de punto de partida desde el que avanzar hacia el objetivo del ideal particular, que en una democracia pluralista ni siquiera puede que sea el ideal de toda la sociedad.

Asimismo, debemos destacar que la autonomía administrativa reconocida por el art. 127 de la Constitución de Weimar no protegía una institución de carácter moderno, sino más bien una institución enraizada en las tradiciones y privilegios del Antiguo Régimen. El art. 127 suponía cierta continuidad con el pasado del Imperio guillermino y la Constitución de 1871, una constitución federal de Estados monárquicos en su gran mayoría, es decir, de Estados en los que todavía pervivían las instituciones del Antiguo Régimen.

b) Por lo que respecta a la afirmación de que la teoría de las garantías institucionales es una teoría negativa incapaz de construir un principio de autonomía local positivo, curiosamente designaremos como paladín de la teoría schmittiana a su mayor rival académico: Hans Kelsen. Al tratar la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico en el Capítulo V de su *Teoría pura del derecho* (1934), admite en su sistema formal que una norma jurídica superior no sólo regule el procedimiento de creación de otra norma, sino también su contenido. Para Kelsen, la función esencial de una constitución

«es la de regular los órganos y el procedimiento para la creación del derecho que tenga un carácter general, o sea, la de regular la actividad legislativa. Puede prever asimismo el contenido de las

futuras leyes, y de hecho las constituciones positivas lo hacen con no escasa frecuencia al imponer o prohibir determinados contenidos».

Y un poco después añade que

«es mucho más eficaz que la constitución impida la promulgación de leyes que posean ciertos contenidos. Una parte que es típica de las constituciones modernas es la que recoge un catálogo de derechos y libertades fundamentales; pues bien, **dicha parte no es en definitiva otra cosa que una limitación de carácter negativo**».

Podemos encontrar en la misma obra la justificación de esta afirmación, pues al abordar el problema de la interpretación en el Capítulo VI, se refiere Kelsen a la indeterminación intencionada de la norma superior al delimitar la norma inferior. Expone Kelsen que «la indeterminación puede ser abiertamente intencionada, lo que significa que en tal caso esa indeterminación forma parte de la intención del órgano que ha impuesto la norma superior. Por eso, cuando se emite una norma general se hace siempre –teniendo en cuenta su naturaleza- al amparo de la suposición de que la norma individual que se cree como ejecución de aquella dará continuidad al proceso de determinación del sentido en los sucesivos niveles normativos». Y en el caso de las garantías de contenido normativo establecidas en una constitución no se puede sino afirmar que la indeterminación ha sido querida por el constituyente, pues ningún poder constituyente es tan ambicioso como para que pretender predeterminar de forma exhaustiva todo el desarrollo legislativo posterior. Por el contrario, la teoría de las garantías institucionales permite un justo equilibrio entre la garantía de un contenido mínimo que debe respetar el legislador y la posibilidad de desarrollar políticas legislativas adaptadas a las circunstancias y a las cambiantes convicciones de la sociedad.

Avanzando en el Capítulo VI de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen proclama que «en todos estos casos de indeterminación –intencional o no intencional- del nivel normativo inferior, se ofrecen a la ejecución varias posibilidades». Lo que se completa con el siguiente pasaje: «Conseguir, a partir de la ley, la sentencia judicial o el acto administrativo correctos, es una tarea que es esencialmente la misma que la consistente en promulgar la ley correcta dentro del marco de la constitución. No hay posibilidad de obtener leyes correctas por medio tan solo de la mera interpretación de la constitución, como tampoco es posible conseguir sentencias correctas por medio de la interpretación de la ley.

Ciertamente hay una diferencia entre ambos supuestos, pero se trata solo de una diferencia cuantitativa y no cualitativa; consiste en que, desde una perspectiva material, la vinculación del legislador es mucho menor que la del juez, siendo el primero mucho más libre que el segundo a la hora de crear derecho». Deberíamos apreciar esta disertación emitida por el teórico de la jurisdicción constitucional concentrada y magistrado constitucional durante más de diez años.

c) Por último, nos centraremos en el argumento por el cual se considera la teoría de las garantías institucionales como inútil para imponer límites al legislador debido a la dificultad para determinar el núcleo esencial de las instituciones indisponible para el mismo. Se trata de uno de los tres argumentos que ya utilizara Anschütz, otro de los grandes iuspublicistas alemanes, contra la teoría schmittiana y al que respondió Schmitt en su citada *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich*. Lo denomina Schmitt «argumento de la “conclusión ilimitada”, puesto que de la dificultad de limitación, deduce la ausencia de límites». Schmitt replica reduciendo el argumento de Anschütz al absurdo:

«Tanto el derecho público como el privado conocen casos de difícil limitación de los que nadie puede colegir una ausencia de límites. Por ejemplo, en circunstancias y momentos críticos, resulta extremadamente dificultoso precisar de manera unívoca y sin que quepa lugar a duda, si una medida de la policía o un decreto del presidente del *Reich* son verdaderamente necesarios para conservar el orden público y la seguridad, o precisar qué es lo que teniendo por fundamento esa autorización se encuentra exactamente permitido. Pero, ¿quién podría llegar a pensar en deducir de lo dicho que la competencia del presidente o de la policía no conoce a resultas límite alguno? En lo que concierne en particular al concepto de autonomía administrativa municipal, nuestros conceptos jurídicos no están todavía tan equivocados como para impedirnos distinguir actualmente, con buena voluntad y con cierto conocimiento del tema, cuando nos encontramos ante un supuesto extremo en el que en vez de limitar el autogobierno de una comunidad, se opta por dejarlo de lado. Si lo que se pretende sugerir con esa conclusión sobre la ausencia de limitación es que existe un método para socavar y vaciar discretamente una institución que no puede ser protegida por ninguna garantía institucional, esto, dependiendo del tipo legislativo y de

su composición, puede ser acertado y además bastante peliagudo. Ahora bien, no parece el criterio más apropiado para la interpretación jurídica de una disposición constitucional y resulta sorprendente que, si en aras a la planificación se puede incurrir en la práctica de dejar constitucionalmente indeterminada una garantía, de ello deba concluirse que esa garantía constitucional no existe o que ¡carece de cualquier significado desde un punto de vista práctico! Tal lógica permitiría privar de sentido a numerosas disposiciones del derecho privado, del derecho penal y del tributario. Justamente un jurista orientado al positivismo debería rechazar esa conclusión de la manera más radical”.

Con su elegancia habitual Schmitt ha rebatido el «argumento ilimitado» e identifica su posición como la auténticamente positivista, la que reafirma el carácter normativo de la constitución. Y es que resulta absurdo el argumento por el cual la teoría de las garantías institucionales es previa a una consideración normativa de la constitución, cuando Schmitt es un jurista plenamente positivista y precisamente el primero que desarrolló una teoría constitucional atendiendo a su naturaleza y de carácter material. Esta crítica manifiesta el gran desconocimiento de la obra de Schmitt por aquellos que impugnan la teoría de las garantías institucionales.

Pero quizás, el argumento definitivo contra la denominada teoría de la garantía constitucional consiste en que frente a lo afirmado por el sector doctrinal que la apoya, ésta realmente no consigue una mayor operatividad que las garantías institucionales. En ningún momento se determina con precisión absoluta la configuración de la autonomía local, sólo se describe una metodología interpretativa que amplía el mínimo o núcleo esencial de la institución indisponible para el legislador. Se trata, pues, de una teoría que no constituye una superación de la teoría anterior desde un punto de vista técnico, sino que tiene una finalidad ideológica que pretende legitimar jurídicamente un concepto determinado de cómo debe ser el régimen local español. Precisamente, justo en la misma página en la que se encuentra la anterior cita que hemos transcrito, Kelsen realiza la siguiente advertencia: «Los comentarios “científicos” en los que se apoya la actividad aplicativa de la ley son de naturaleza absolutamente político-jurídica. Constituyen propuestas que hay que consultar de cara a la actividad legislativa, intentos de influir en la función creadora del derecho que es propia de los tribunales y de las autoridades administrativas». Es el Derecho Constitucional la rama jurídica más próxima a la política y todo escrito en esta materia –incluido el presente- puede tener cierto carácter polémico; cuanto más cuando en vez de determinar un modelo abierto al posterior desarrollo legal, es el jurista el que impone un modelo único y exclusivo que

deben acatar los políticos, limitándose la tarea del legislador a concretar el desarrollo de ese modelo preestablecido.

En esta misma línea se pronuncian autores como Carro Fernández-Valmayor y Zafra Víctor. Así, regresando al artículo sobre la *Garantía estatutaria de la autonomía local*, Zafra Víctor abunda en el problema de la inevitable indeterminación de toda garantía constitucionalmente establecida:

«La servidumbre de la autonomía local como principio constitucional aqueja su contenido de la inevitable indeterminación y consiguiente imprevisibilidad de las normas que le afecten. No salva sus carencias interpretar el artículo 137 de la Constitución, en lugar de cómo el mínimo de la garantía institucional, como un mandato de optimización al legislador, en ambos casos la apertura del margen proporciona demasiada libertad para considerar salvaguardada la calidad de las competencias locales en el sentido del artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local: ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos».

Y partiremos otra vez de la obra del profesor Zafra *Respaldo político para buenas ideas*, para aportar un último argumento contra una interpretación expansiva de la garantía institucional de la autonomía local: el peligro de un exceso de protagonismo judicial. Cita Zafra la obra de Díez-Picazo «*Constitución, Ley y Juez*» (Revista Española de Derecho Constitucional, número 15):

«... una revaluación de la ley y por consiguiente un nuevo jacobinismo, acompañado naturalmente de la necesaria mejora de la calidad técnica de las leyes; una buena dosis de escepticismo y una tendencia restrictiva en la aplicación directa de la Constitución, no yendo nunca más allá de los genuinos supuestos en que la aplicación directa es posible y aun en estos casos no perdiendo nunca el hilo de la intermediación de la ley; abandonar la tentación de un Derecho judicial dando un nuevo énfasis al mandato del art. 1.7 del Código civil de resolver los asuntos ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

En realidad, Díez-Picazo toma esta argumentación contraria a los excesos de la justicia constitucional de una larga tradición de pensadores como Bentham y Montesquieu que abomina de la inseguridad jurídica que causa la creación judicial del Derecho. Es sobresaliente en este sentido la doctrina de otro de los grandes maestros del

Derecho público alemán, Ernst Forsthoff, quizás no por casualidad el discípulo más aventajado de Carl Schmitt. Forsthoff, que ocupó el exótico cargo de Presidente del Tribunal Constitucional de Chipre, trató el problema de la creación judicial en el ámbito de la justicia constitucional en su trabajo sobre la *Vinculación a la ley y al Derecho*. En la correspondencia con su maestro, Forsthoff, expone las ideas principales respecto a esta cuestión: «Mi conclusión es que el actual Estado es un Estado de jueces pues es el juez quien decide cuándo se encuentra vinculado a la ley y cuándo, invocando el Derecho, puede desvincularse de ella». «El Estado de Derecho, por el contrario, garantiza la certeza de la libertad acomodada a la ley, que es justamente lo que disuelve el Estado de jueces». «La moderna interpretación de la Constitución lleva a la inseguridad del Derecho constitucional y a un aumento del poder de los jueces».

Si nos atenemos a los comentarios y argumentos que hemos citado, dejará perplejo al lector saber que el profesor Zafra predica la inconstitucionalidad de la mayor parte de la LRSAL. Si este prestigioso profesor es consciente de las limitaciones de la teoría de las garantías constitucionales y de los riesgos de la creación judicial, ¿cómo puede ser su juicio tan radicalmente contrario a la LRSAL? Parece claro que la frustración al contemplar que el régimen local sigue un camino opuesto al que planteó en su aventura en dos direcciones generales le impide valorar con objetividad la nueva normativa. Sin embargo, el espíritu democrático y pluralista es bien otro: aceptar que si bien uno considera su opción normativa la más razonable y oportuna, debe aceptar que existen otras formas de concebir lo más oportuno, existen otras políticas legislativas legítimas en el marco de la Constitución. En este sentido, como cierre y dedicatoria al recientemente fallecido gran maestro, citaremos de nuevo el artículo de Díez-Picazo antes reseñado:

«Hablaba hace un momento de la ley zarandeada y de la ley sin «auctoritas». No aludo con ello a una mayor dosis de conductas contrarias a lo que la ley dispone. Creo que por regla general las leyes se observan y se cumplen. Aludo a otro fenómeno: a las presiones que todos los grupos interesados llevan a cabo para que las leyes contengan cláusulas que sean conformes con sus deseos, con sus aspiraciones o con sus intereses; en sentido inverso, al rechazo que en ocasiones la ley suscita y las formas de manifestación de este rechazo. La ley les parece además a muchos como algo originariamente viciado, contrario a los rectos principios. Las leyes que no nos gustan se tildan de inconstitucionales. No creo que sea sólo un problema nacido al calor del sistema constitucional. Más bien puede ser un reflejo de las conductas que adoptábamos en el sistema preconstitucional. Se trataba dentro de lo posible de rectificar, de corregir la ley. Los principios generales del derecho eran para ello un arma insustituible y a partir de una concepción iusnaturalista radical se ha

podido sostener entre nosotros la rectificación de las normas legales por el valor superior de los principios del derecho».

## **5. LA FUERZA EXPANSIVA DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA CONSAGRADO EN EL ART. 135 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL**

Comienza el preámbulo de la LRSAL con el siguiente párrafo:

«La reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Todo ello exige adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local así como mejorar su control económico-financiero».

Desde el primer momento, el legislador muestra la estrecha vinculación de la reforma que implica la LRSAL con la nueva redacción del art. 135 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/2012. Es evidente que la motivación fundamental de la norma reside en reformar aquéllos aspectos del régimen local español que den lugar a gasto público ineficiente. La racionalidad de la organización y el sistema competencial de las entidades locales se pone al servicio de la estabilidad presupuestaria con el fin de asegurar la sostenibilidad a largo plazo de todo el sistema.

Acertadamente, el Dictamen del Consejo de Estado 567/2013, de 26 de junio, sobre el anteproyecto de la LRSAL, integra en su evaluación de la norma la relación de la misma con el principio de estabilidad presupuestaria consagrado por el art. 135 de la Constitución en su actual redacción y cómo la reforma de dicho art. 135 en septiembre de 2011 causa la alteración del canon o parámetro de constitucionalidad cuando se trata de enjuiciar si un precepto legal vulnera o no la garantía institucional de la autonomía local consagrada por la Constitución. En términos schmittianos, el art. 135 ha quedado integrado en el núcleo esencial de la Constitución, es Constitución en sentido estricto, lo que otorga al principio de estabilidad presupuestaria una capacidad de irradiación sobre



todo el ordenamiento jurídico. Se puede afirmar sin temor que la fuerza expansiva del principio de estabilidad presupuestaria es tal que ha redefinido el principio de autonomía local. Transcribiremos al efecto los ilustrativos siguientes párrafos del Dictamen del Consejo de Estado 567/2013:

«El anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local trae causa, según pone de manifiesto la exposición de motivos, de la necesidad de adaptar el régimen jurídico de las entidades locales a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, aprobada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución que, tras la reforma aprobada el 27 de septiembre de 2011, menciona expresamente como principio que debe inspirar la actuación de las Administraciones Públicas el de estabilidad presupuestaria.

El alcance de esta reforma fue examinado por el Consejo de Estado en el dictamen 164/2012, relativo al anteproyecto de la que posteriormente fue aprobada como Ley Orgánica 2/2012, en el que se recordaba que, tal y como manifiesta la exposición de motivos de la reforma, "la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos".

De esta forma, continuaba el dictamen, "la estabilidad presupuestaria se configura como un límite constitucional, cuya contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad, y también como una orientación constitucionalmente vinculante, que prescribe un programa constitucional obligatorio para la actividad financiera pública". Y recordaba que, como había señalado el Tribunal Constitucional en la primera de sus sentencias relativas a los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la legislación sobre estabilidad presupuestaria en la que se tomaba en consideración el nuevo artículo 135 de la Constitución (STC 157/2011, de 18 de octubre), "la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria introduce un nuevo canon de constitucionalidad al que debe atenerse al resolver tales recursos", resultando así que "el mandato constitucional de que todas las Administraciones Públicas deben adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria vincula a todos los poderes públicos y, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad del Estado y de las Comunidades Autónomas"».

El principio de estabilidad presupuestaria consagrado por el art. 135 legitima, por tanto, la reordenación del ámbito competencial de las entidades locales y otras medidas como el redimensionamiento del sector público local o determinados controles de carácter económico-financiero que sin llegar a vaciar completamente la autonomía local, sí que sean medios necesarios para el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

Estas medidas han sido acusadas de recentralizadoras, tanto por disminuir la esfera de la autonomía local como por otorgar un mayor protagonismo al Estado frente a unas CCAA que habían intentado interiorizar en los años anteriores el régimen local inspirándose en el modelo federal alemán y buscando anclaje en los llamados estatutos de nueva generación. Pero dejando al margen cuestiones de oportunidad, la recentralización, por la que el Estado reafirma su normativa básica e impone los controles financieros previstos en la LO 2/2012 y en la LRSAL, es un hecho. Por un lado, la STC 31/2010, de 28 de junio, ha certificado la prevalencia de la normativa básica estatal sobre los estatutos de autonomía. Por otro lado, la mayor parte de la doctrina ha asumido que la reforma del art. 135 de la Constitución ha fortalecido la competencia estatal ex art. 149.1.14 sobre Hacienda general. Sobre esta cuestión se expresa también el Dictamen del Consejo de Estado 567/2013:

«Así lo reconoció expresamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 157/2011 al entender que la reforma del artículo 135 de la Constitución, de 27 de septiembre de 2011, supuso la confirmación de la competencia del Estado en materia de estabilidad presupuestaria, ya que la nueva redacción de dicho precepto encomienda el desarrollo de los principios a que se refiere el precepto a una ley orgánica -apartado 3- y no hay duda de que la remisión a una norma de este tipo presupone la competencia del Estado en la materia que a través de ella se pretende regular».

En realidad, ya habíamos visto en el epígrafe II.2 cómo Popitz y Schmitt, a comienzos de los años treinta del pasado siglo, ya habían advertido que en un Estado intervencionista es necesario que en algún momento se racionalice su actuación desde un punto de vista económico y ello conlleva ineludiblemente un proceso recentralizador que ordene la ingente actuación de los poderes públicos. Popitz y Schmitt ya habían visto la necesidad de racionalizar desde arriba el régimen local en los años treinta. En los países noreuropeos se acometió tal racionalización simplificando la planta municipal en los años sesenta y setenta. En la España actual, ante la resistencia social y doctrinal a una racionalización profunda de la planta municipal (en este sentido es representativo el

citado Dictamen 567/2013), la única alternativa que le ha quedado al legislador ha consistido en redefinir el ámbito competencial de las entidades locales y redimensionar la Administración institucional de las mismas.

## **6. UNA CURIOSIDAD HISTÓRICA: LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES POR LOS PADRES DE LA CONSTITUCIÓN**

Resulta sorprendente que se acepte acríticamente y circule de autor en autor la idea de que la recepción de la teoría de las garantías institucionales corresponde a Pérez-Serrano y a Parejo Alfonso -sin perjuicio de la altura intelectual de ambos maestros- cuando está bien documentada la temprana recepción de la obra de Schmitt en España desde los años veinte y treinta, que se intensifica en los años cuarenta, cincuenta y sesenta de la mano del Instituto de Estudios Políticos. Jerónimo Molina Cano, en su obra *Contra el "mito Carl Schmitt"*, relaciona una importante nómina de juristas españoles del s. XX influenciados por Carl Schmitt: Francisco Javier Conde, Carlos Ollero, Sánchez Agesta, Manuel García-Pelayo, Díez del Corral, Galán Gutiérrez, Jesús Fueyo, Fernández de la Mora, Antonio Truyol y Serra, Tierno Galván o Fernández-Carvajal. Culmina la vinculación de Schmitt con España con el matrimonio de su hija Ánima con el profesor Alfonso Otero y con la designación de Schmitt como Miembro de Honor del Instituto de Estudios Políticos en 1962, presidido por Manuel Fraga en aquellos momentos. En el acto de investidura, Fraga, estudioso conocedor de la obra del autor alemán, dedicó un elogioso discurso al jurista de Plettenberg.

Pues bien, se conoce como «padres de la Constitución» a los siete ponentes que se encargaron de la redacción de la Constitución española de 1978, a saber: Gabriel Cisneros Laborda, Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, Gregorio Peces-Barba Martínez, Manuel Fraga Iribarne, Jordi Solé Tura y Miquel Roca y Junyent. Todos ellos eran eximios juristas especialistas en Derecho Constitucional. Su dominio del Derecho Constitucional comparado es evidente a la vista de las múltiples influencias que se perciben en nuestra Carta Magna. De hecho se suele afirmar que la Constitución española de 1978 constituye un mosaico del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra mundial. De hecho, ya hemos señalado anteriormente las similitudes de la Constitución de 1978 con la Ley Fundamental de Bonn en lo que se refiere a la influencia estructural de la teoría de las garantías institucionales y, en concreto, respecto a la garantía de la autonomía local. Cae así por su propio peso la tesis de los defensores de la teoría de la garantía constitucional de la autonomía local por la cual la verdadera intención de nuestra Constitución no es proteger unos mínimos de contenido de la autonomía local conforme a la teoría de las garantías institucionales, sino que la misma determina un mandato al legislador para la

construcción positiva de un modelo de autonomía local de máximos. Los «padres de la Constitución» sabían muy bien lo que hacían: la indeterminación de la garantía institucional de la autonomía local fue totalmente intencionada e inspirada directamente en el modelo alemán.

## 7. APUNTES DE ACTUALIDAD: LA STC DE 3 DE MARZO DE 2016

Cuando hacía meses que estaba terminada la redacción del presente artículo y era inminente su publicación, ha recaído la trascendental STC de 3 de marzo de 2016. Aunque no aborda todos los preceptos controvertidos por la doctrina en cuanto que la asamblea legislativa extremeña no recurrió los preceptos relacionados con las competencias provinciales (entre los que se encuentra el conflictivo art. 26.2) sí que nos sirve para poder ratificar la tesis principal de este trabajo: que el grueso de la reforma introducida por la LRSAL es constitucional y que en realidad la mayor parte de los preceptos que han sido o pueden ser declarados inconstitucionales lo serán por vulnerar reservas de ley orgánica o la autonomía de las CCAA, pero no por lesionar la garantía institucional de la autonomía local.

La sentencia comentada contiene unas afirmaciones doctrinales que merecerían un artículo independiente por lo que intentaré ser breve. Como proclama la propia sentencia se articula en cuatro ejes temáticos: planta municipal y entes locales no necesarios, clarificación de la interpretación conjunta de los preceptos sobre competencias municipales, el plan económico-financiero y la retención de cantidades adeudadas por las Comunidades Autónomas con cargo al sistema de financiación autonómica. De estos cuatro ejes el más relevante es el referente a las competencias municipales y respecto a él realiza el Alto Tribunal una elaboración doctrinal impecable. Y digo esto porque ya me pronuncié respecto a la interpretación conjunta de los preceptos sobre competencias municipales en mi artículo *La reforma del régimen local y el problema constitucional del Título III del Estatuto de Autonomía para Andalucía*<sup>1</sup> en el mismo sentido que ahora lo ha hecho el máximo intérprete de la Constitución. Podemos sistematizar y resumir la doctrina constitucional del siguiente modo:

1. La relación de materias del art. 25.2 de la LRBRL es abierta, pues la interpretación sistemática permite una mejor armonización de la LRSAL con el modelo de organización territorial del Estado de nuestra Carta Magna y, sobre

<sup>1</sup> JARAMILLO FERNÁNDEZ, M., *La reforma del régimen local y el problema constitucional del Título III del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, El Consultor de los Ayuntamientos, nº 10, 30 de mayo de 2015.

todo, con el principio de autonomía, referido tanto a las Entidades Locales como a las CCAA. Para adoptar una medida de tan hondo calado como la limitación de la potestad legislativa de la CCAA en materias de competencia propia el legislador estatal básico debería haber sido más explícito y tajante, de modo que existiendo duda debe realizarse la interpretación que menos desajustes pueda causar en el ordenamiento jurídico. Una interpretación distinta difícilmente sería conforme a la Constitución. Pero esto no debe entenderse como un éxito para los contrarios a la LRSAL, pues el TC interpreta que las leyes sectoriales que otorguen competencias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 también deberán cumplir los requisitos exigidos en los apartados siguientes –reviviendo por vía interpretativa el apartado 6 *non nato* del art. 25-. De este modo, sin cumplir los requisitos formales y la dotación financiera necesaria para que los municipios puedan desarrollar esas competencias sin perjuicio para su estabilidad presupuestaria y suficiencia financiera las CCAA no podrán atribuir competencias propias a los mismos.

Una especial consideración merece el problema de la legislación sectorial dictada con anterioridad a la LRSAL. A mi parecer dichas leyes no están exentas del cumplimiento de los requisitos materiales exigidos por los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 de la LRBRL en la redacción dada por la LRSAL; si bien, los requisitos formales no serían exigibles aplicando analógicamente la doctrina del TC sobre las normas preconstitucionales, las cuales debían sujetarse a las determinaciones materiales de la Constitución pero no a las nuevas exigencias formales de la misma. Ahora quedaría por determinar qué se consideraría por incumplimiento material. A mi juicio el incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de realizar la dotación económica que permita a los municipios el ejercicio de la competencia otorgada en perjuicio de su suficiencia financiera. Recordemos aquí que la suficiencia financiera de las entidades locales está constitucionalmente garantizada por el art. 142 de la CE y que ya la doctrina alemana consideraba tan lesivo de la garantía institucional de la autonomía local el vaciamiento competencial como la asignación competencial sin los medios financieros suficientes como para poder prestarlas adecuadamente. En este caso considero que si las CCAA quieren hacer eficaz su legislación sectorial a efectos de la nueva redacción dada al art. 25 de la LRBRL deberían ir realizando las oportunas dotaciones presupuestarias. Me atreveré a afirmar que, por ejemplo en el caso de Andalucía, no creo que ninguna ley sectorial atributiva de competencias a los municipios haya realizado la oportuna dotación de medios económicos o materiales para el desenvolvimiento de las mismas. Ni siquiera el art. 9 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) podría entenderse operativo dado que no es

aceptable pensar que con la participación en los tributos de la comunidad autónoma (PATRICA) cumpla los parámetros del art. 25.4 de la LRBRL. Y es que a pesar de que el art. 24.1 de la LAULA haya parecido vincular las competencias del art. 9 a la financiación de la Ley 6/2010, dicha financiación no cumple mínimamente los parámetros de la norma estatal, sino que más bien parece desempeñar una función de financiación genérica de los municipios andaluces como demuestra un somero análisis de la determinación y distribución de los fondos de la PATRICA. La Ley 6/2010 se inspira en el modelo de la PIE diseñada en el TRLRHL, por lo que simplemente establece unas fórmulas para determinar el volumen de los fondos a repartir entre los ayuntamientos, así como los criterios para distribuirlos entre los mismos. Para su reparto se clasifican los municipios en distintos grupos y luego se aplican diferentes coeficientes que terminan de fijar la cantidad que corresponde a cada uno. Desde luego que esta metodología no tiene nada que ver con la finalidad del nuevo art. 25.4 de la LRBRL, que no es sino concretar para cada atribución competencial los recursos financieros necesarios para su ejercicio, lo que conecta a su vez con el coste efectivo de los servicios. A mayor abundamiento debemos referir que la misma redacción del citado art. 24.1 de la LAULA tampoco determina realmente que con la PATRICA queden cubiertas las competencias propias del art. 9, sino que realmente expresa que “la aportación de la Comunidad Autónoma de Andalucía a la financiación de las competencias locales propias y transferidas se realizará fundamentalmente a través del mecanismo de participación en los tributos de la Comunidad Autónoma”. Es decir, cubre todas las competencias propias -que desde luego exceden con mucho de la ya amplia relación del art. 9- y las transferidas -conforme a lo dispuesto en la misma LAULA-, y ni siquiera dice que constituya la financiación íntegra de las mismas, sino la financiación fundamental. En definitiva, es hora de que las CCAA demuestren su compromiso con el municipalismo con hechos y no con palabras. Lamentablemente, la experiencia nos hace temer que la Ley no se cumplirá: ni las CCAA realizarán la dotación financiera correspondiente a favor de los municipios ni éstos dejarán de ejercer competencias impropias en caso de no tenerla.

2. Poco cabe decir sobre la configuración de las competencias delegadas en la nueva redacción del art. 27 pues pocas dudas había sobre su constitucionalidad.

3. Respecto al ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas deberá adecuarse necesariamente al nuevo art. 7.4 de la LRBRL. El TC es tajante al negar la posibilidad de que las CCAA puedan establecer las

cláusulas generales de competencia o desvirtuar de cualquier otra manera el modelo competencial fijado por la LRSAL. Siguiendo nuestro razonamiento debemos entender contrario a la LRBRL el art. 8 de la LAULA –del que ya se puede afirmar sin tapujos que ha devenido inconstitucional y debería declararse como tal aplicando la doctrina sentada en las SSTC 1/2003 y 66/2011, si bien siempre me ha parecido más práctica y razonable la solución del desplazamiento propuesta en los correspondientes votos particulares-, así como el art. 2.3 del Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que ha sido inconstitucional *ab initio*. Ya no cabe la excusa de que existen dos leyes vigentes y el operador jurídico desconoce cuál aplicar; la STC de 3 de marzo, al rechazar la inconstitucionalidad de los preceptos de la LRSAL enjuiciados ya ha resuelto a su favor, de modo que anteponer normativa autonómica a la LRSAL supone una clara ilegalidad –y si se me apura incurriría en prevaricación-. Parafraseando al fallecido maestro Luis Ortega Álvarez la contrarreforma autonómica contra la LRSAL había «pretendido ir demasiado lejos»<sup>2</sup>.

4. En cuanto al blindaje estatutario de competencias de los municipios de las CCAA cuyos Estatutos recogen un listado de competencias propias como los de Cataluña y Andalucía, el TC se remite a la doctrina fijada en la STC 31/2010, de modo que las previsiones estatutarias sólo se considera que vinculan al legislador autonómico, pero nunca pueden limitar al legislador básico estatal. Debemos sacar a la luz la gravedad del conflicto constitucional que generan o pueden generar estos preceptos estatutarios. Unos preceptos estatutarios capaces de limitar al legislador básico estatal tienen una trascendencia máxima, pues afectan al núcleo del modelo de organización territorial del Estado. En el momento en el que se limita al Estado en el ejercicio de una competencia exclusiva se está sobrepasando un límite sagrado en el modelo de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA delimitado por los arts. 148 y 149 de la CE. El art. 149.1 establece las mínimas competencias que corresponden al Estado para asegurar el principio de unidad. Este es el auténtico fundamento teórico de la doctrina constitucional junto a que los Estatutos de Autonomía sólo son leyes orgánicas, de modo que su relación con las leyes básicas estatales no es de jerarquía, sino de competencia.

<sup>2</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L., *La posición de los estatutos de autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 90, septiembre-diciembre (2010).

Todo ello, unido a la declaración de inconstitucionalidad de las tres primeras disposiciones transitorias de la LRSAL nos deja en una situación en la que lejos de haberse debilitado el articulado de la LRSAL se ha fortalecido, pues además de verse avalada su constitucionalidad y su prevalencia sobre los Estatutos de Autonomía, ya no existen disposiciones que atrasen su aplicación inmediata en el ámbito competencial, de modo que deberían dejar de prestarse de forma inmediata todos los servicios municipales que no tuvieran cobertura en una ley sectorial que cumpla los requisitos del art. 25 de la LRRL o que hubiera sido delegada conforme al art. 27 de la misma norma, aunque como último recurso quedaría la tramitación del expediente previsto en el art. 7.4.

Pero tras este sucinto *excursus*, al que no me he podido resistir, sobre la situación en que queda el sistema competencial municipal, me gustaría recoger algunas de las consideraciones doctrinales con las que el TC arma su sentencia y que vienen a coincidir con las reflexiones realizadas a lo largo de este trabajo. Además de que a lo largo de la sentencia es evidente la omnipresencia de la reforma del art. 135 CE, que altera el canon de constitucionalidad que favorece a los preceptos enjuiciados, transcribiremos el siguiente fragmento de la sentencia (FJ 3º), crucial en mi opinión por su fuerza axiológica:

Por eso 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 máximo. Ambas soluciones se corresponden con los polos dentro de los que puede moverse el legislador básico del régimen local en el marco de un sistema constitucional basado en el principio democrático (art. 1 CE).

La doctrina constitucional a este respecto se ha edificado sobre normas básicas habitualmente destinadas a consolidar o incrementar la autonomía de los entes locales. No obstante, de esta doctrina se desprende que para valorar si se está ante bases del régimen local que cumplen aquel primer cometido, resulta determinante que el precepto enjuiciado afecte a la autonomía de entes locales con relieve constitucional, no estrictamente su sentido ampliador o reductor de esa autonomía. A este criterio responden claramente las SSTC 103/2013, FJ 3, letras e), f) y g) y 143/2013, FJ 5. Abordaron el régimen orgánico de los denominados —municipios de gran población‖ introducido en la LRRL por la Ley 57/2003, de 16 de 27 diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que prevé la creación preceptiva de los —órganos de gestión desconcentrada‖ (art. 128 LRRL), la —comisión especial de sugerencias y reclamaciones‖ (arts. 20 y 132 LRRL) y el —consejo social de la ciudad‖ (art. 131 LRRL). Este Tribunal consideró que ese régimen es constitucionalmente legítimo y básico por referencia a la directa afectación de



los intereses de un ente local con autonomía constitucionalmente garantizada con independencia de que los llamados —municipios de gran población— perdieran parte de su capacidad decisoria en un ámbito típicamente local (organización interna).

Interpretar que la competencia normativa estatal empieza allí donde la legislación básica pretende incrementar esa autonomía local conduciría a concebir los arts. 149.1.18, 137, 140 y 141 CE como una suerte de garantía de irreversibilidad de las cotas de autonomía local alcanzadas mediante la ley; con ello el Estado carecería de competencia para derogar o modificar las normas previamente dictadas por él que ampliaban la autonomía local.

Pluralismo político, reversibilidad de las políticas legislativas y garantía institucional son conceptos que están inextricablemente unidos. En consecuencia, una concepción maximalista de la autonomía local es contraria al principio democrático.

## 8. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos intentado demostrar la conveniencia de mantener la vigencia de la teoría de las garantías institucionales creada por Carl Schmitt y que tan fructífera ha sido en Alemania y España pese a las dificultades interpretativas que en la aplicación al caso concreto supone la concreción del núcleo irreductible de una institución. Sin embargo, son diversos los argumentos a favor del mantenimiento de la teoría de las garantías institucionales:

1. El mismo problema hermenéutico en la fijación de límites concretos al legislador aflora en la teoría de la garantía constitucional de la autonomía local que un sector doctrinal propugna como superadora de la teoría de las garantías institucionales.
2. La congruencia de la teoría de las garantías institucionales con el valor superior del pluralismo político que se refleja en la metodología constitucional del juicio de razonabilidad.
3. La intención de los «padres de la Constitución» de incorporar esta teoría de origen germano a nuestra Carta Magna debido al conocimiento previo de los orígenes doctrinales y de los frutos que había dado la misma en Alemania.

No estamos, pues, ante una disquisición intelectual sin trascendencia práctica. Todo lo contrario: sin un cambio de la doctrina constitucional, es previsible que como ya anticipó el dictamen del Consejo de Estado 338/2014, de 26 de mayo, el grueso de la reforma operada por la LRSAL saldrá indemne del conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto contra la misma. Pero es más, la superación de la teoría de las

garantías institucionales supondría un cambio radical en la metodología de trabajo y el peso político de nuestro Tribunal Constitucional, puesto que supondría sustituir el modelo de juicio de razonabilidad constitucional por un modelo de estricta subsunción que limitaría la acción del poder legislativo hasta extremos hoy día inconcebibles, causando graves trastornos en el equilibrio de los poderes del Estado. Y es que si uno considera la cuestión con amplitud de miras, ¿por qué no trasladar la teoría de las garantías constitucionales a otros ámbitos? El régimen local sería sólo un ejemplo de ámbito determinado constitucionalmente casi al detalle y vedado al legislador, salvo en la concreción de pormenores. Cuando se quiere sustituir lo viejo por lo nuevo se deben sopesar previamente todas las consecuencias. La reflexión y el espíritu crítico no pueden desaparecer o verse arrastrados por la seducción del cambio, de lo nuevo. Afortunadamente la primera sentencia recaída sobre la LRSAL se mantiene en la tradicional doctrina de la garantía institucional.

#### 9. BIBLIOGRAFÍA DESTACADA:

AAVV (Coord. Santamaría Pastor): *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014

AAVV: *Las reformas locales en el entorno comparado*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2015

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, 'El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional', *Revista de Administración Pública*. Nº 175/2008.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2011.

LUCAS VERDÚ, Pablo: 'Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debedor de la cultura político-constitucional demoliberal', *Revista de Estudios Políticos*. Nº 64/2009.

MELLADO RUIZ, Lorenzo: *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, CEMCI Publicaciones, Granada, 2014.

MOLINA CANO, Jerónimo: *Contra el "mito Carl Schmitt"*, Universidad de Murcia, 2014.

SCHMITT, Carl:

- *Legalidad y legitimidad*, Ed. Comares, Granada, 2006.
- *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- ‘Posiciones ante el derecho’, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

SOSA WAGNER, Francisco: *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

ZAFRA VÍCTOR, Manuel: *Respaldo político para buenas ideas*, Ed. Iustel, Madrid, 2015.