

EL DEBATE SOBRE LA AUTONOMIA MUNICIPAL (*)

Por

JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. *Los datos constitucionales: la Administración Local como elemento estructural del Estado y los principios básicos del sistema de régimen local. Una referencia al concepto general de autonomía y a la naturaleza de las autonomías territoriales.*—II. LAS RAÍCES HISTÓRICAS DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. *La idea del pouvoir municipal y sus notas características. La idea de los asuntos locales y la doctrina de la descentralización. La idea de la participación de los ciudadanos en la vida del Estado: VOM STEIN. La doctrina inglesa del local government y la interpretación de GNEIST. Otras aportaciones: GIERKE y PREUSS. Una referencia a la recepción de estas ideas en España.*—III. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. *El texto constitucional de Weimar y la teoría de las garantías institucionales: C. SCHMITT. La sentencia de la Corte Estatal del Reich de 1929. La recepción de la teoría en la moderna doctrina alemana: los elementos de la garantía y el concepto de contenido esencial. La recepción de la teoría en la jurisprudencia constitucional española. La construcción de nuevas técnicas de protección distintas a la del contenido esencial. Los intentos de construcción jurídica de la autonomía municipal con independencia de la teoría de la garantía institucional. Su crítica.*—IV. LAS REVISIONES MODERNAS DEL CONTENIDO DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. *El punto de partida: la noción de asuntos locales y su crisis. Los intentos revisores del contenido de la autonomía municipal: la «concepción funcional de la autonomía municipal» (ROTTERS); la «nueva concepción dogmático-constitucional de la autonomía municipal» (BURMEISTER).*—V. LA CRÍTICA DE LAS TESIS REVISORAS DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. *Panorámica general: la crítica de KNEMEYER. El «modelo de compensación» de BLÜMEL y la «garantía sustancial no descrita» de GRAWERT. La sentencia Rastede del Tribunal Constitucional alemán.*—VI. CONSIDERACIONES FINALES: EL DEBATE TEÓRICO SOBRE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y EL SISTEMA ESPAÑOL. *Los componentes de la garantía institucional: la necesidad de existencia de competencias propias. Una reflexión final sobre la cláusula general de competencia municipal y la especial posición de los entes municipales respecto de las leyes.*

I. INTRODUCCIÓN

Los datos constitucionales: la Administración Local como elemento estructural del Estado y los principios básicos del sistema de régimen local. Una referencia al concepto general de autonomía y a la naturaleza de las autonomías territoriales

Uno de los grandes temas que todavía permanecen abiertos en nuestro Estado autonómico es, como se sabe, el de las formas de inserción de las distintas Entidades locales en el entramado institucio-

(*) El presente trabajo ha sido escrito con destino al *Libro Homenaje al Profesor Ramón MARTÍN MATEO* con motivo de su jubilación universitaria.

nal de cada una de las Comunidades Autónomas, así como el de la articulación competencial entre éstas y aquéllas. Es, por cierto, muy significativo, en este último sentido, el debate abierto sobre el llamado pacto local, que pone de manifiesto cómo todavía hoy no se ha alcanzado un definitivo modelo administrativo en nuestro país. En el marco de estas preocupaciones, y como paso previo a cualquier otro tipo de análisis más concreto, aparecen estas líneas que pretenden ser, simplemente, una reflexión, una más, sobre algunos aspectos de la idea misma de autonomía municipal. Tarea que, por lo demás, me parece imprescindible a la hora de tomar posición sobre los múltiples problemas que, sin duda, se plantean en el desarrollo de la articulación competencial y organización de las distintas Administraciones actuantes en el territorio autonómico.

Todo análisis de la idea de autonomía municipal, o de la más general de autonomía local, ha de partir, necesaria y obviamente, de los datos que nos proporciona el texto constitucional. Un primer dato que ha de subrayarse especialmente es el de la ubicación del tratamiento de la Administración Local en la parte correspondiente a la organización territorial del Estado, poniéndose así de manifiesto la naturaleza de elemento estructural del mismo que aquélla posee. «El Estado —se afirma en la primera frase del artículo 137 de la Constitución (CE)— se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan.» La Administración Local, en cuanto elemento estructural del Estado, viene, además, organizada constitucionalmente a partir del principio representativo (arts. 140 y 141 CE), conectándose así, de forma insoluble, el principio democrático y la autonomía local (1).

Un segundo dato que se puede extraer también del texto constitucional es la parquedad con que éste ha regulado a la Administración Local (2), dedicándole el capítulo segundo del Título VIII, compuesto únicamente por tres artículos (del 140 al 142), a los que habría que añadir otras referencias concretas esparcidas a lo largo de aquél

(1) El artículo 105 del Anteproyecto de Constitución incluía a la Administración Local en el capítulo II del Título V, referido al Gobierno y la Administración. Inclusión que se corrigió muy pronto, pasando a su actual ubicación a partir del Informe de la Ponencia. Una referencia al proceso de elaboración parlamentaria en ARAGÓN, «El tratamiento constitucional de la autonomía local», en *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, vol. I, IEF, Madrid, 1985, págs. 467 y ss., en concreto págs. 470-473; también en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las Corporaciones Locales en el Anteproyecto de Constitución*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», 197, 1978, págs. 9-26. En Alemania, la idea de la Administración Local como parte estructural del Estado ha sido subrayada por K. STERN, *Der Staat des Grundgesetzes*, Heymanns, Köln, 1992, págs. 885-886.

(2) Dato que subraya F. SOSA WAGNER, «La autonomía local», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 3209.

(arts. 68.2.º, 132.1.º, 133.2.º, 143, 144, 146, 148.1.2.º y 22.º, etc.). Parquedad que, por cierto, contrasta con otras regulaciones constitucionales algo más detenidas (3), especialmente en lo referente a la articulación de la Administración Local con el resto de las Administraciones Públicas y a las relaciones de control (4).

En todo caso, los datos proporcionados por la regulación constitucional española permiten, perfectamente, extraer una serie de principios básicos caracterizadores de nuestro sistema de régimen local: 1.º Garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141). 2.º Reconocimiento de una tipología básica de Entidades locales (municipios, provincias e islas: arts. 140 y 141). 3.º Carácter democrático o representativo de dichas Entidades (arts. 140 y 141.2.º). 4.º Principio de suficiencia de las Haciendas locales (art. 142) (5).

Principios básicos que, como se acaba de señalar, se apoyan en dos conceptos fundamentales, indisolublemente unidos, que, por sí mismos, describen y resumen la posición constitucional de la Administración Local: autonomía y democracia (6). Trataré a continuación, como ya he dicho, de exponer algunas reflexiones sobre el primero de estos conceptos capitales, referido, en concreto, a su aplicación a las Entidades municipales.

Hablar de autonomía municipal nos remite al mismo concepto general de autonomía, mil veces estudiado, y cuyo análisis, en todos sus matices, sería, por ello, prácticamente imposible de llevarse aquí a cabo. Aparte de que, por lo demás, tal esfuerzo sería, incluso, de dudosa utilidad, pues, como oportunamente apuntó SOSA, un análisis del concepto de autonomía sólo tiene sentido hoy día si se le adjetiva y se predica, por consiguiente, de entes concretos en un contexto jurídico determinado (7).

En todo caso, y a los efectos meramente introductorios aquí per-

(3) Cfr. STERN, *op. cit.*, pág. 866; también, «Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung», en *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis* (ed. G. PÜTTNER), tomo I, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2.º ed., 1981, págs. 204-205 y 218; PÜTTNER, «Kommunale Selbstverwaltung», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (ed. ISENSEE-KIRCHHOF), tomo IV, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, págs. 1175-1176.

(4) Cfr., por ejemplo, la regulación contenida en la Constitución austríaca de 1920/1929 (arts. 115 y ss.).

(5) Cfr. los principios derivados de la regulación contenida en la *Grundgesetz* (GG) alemana en STERN, *Der Staat des Grundgesetzes*, cit., págs. 866-867.

(6) En el mismo sentido, SOSA WAGNER, cit., pág. 3209.

(7) *Op. cit.*, pág. 3210. En el mismo sentido, L. PAREJO, *Derecho básico de la Administración Local*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 95; FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 242-246; SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, págs. 25 y ss. La multiplicidad de sentidos del término autonomía lo subraya también R. HENDLER, «Das Prinzip Selbstverwaltung», en *Handbuch*, cit., pág. 1134, aunque intenta dar un concepto general de autonomía en pág. 1142.

seguidos, de la teorización general sobre el concepto de autonomía, que tanto debe, por cierto, a la doctrina italiana, podemos subrayar algunos aspectos de innegable importancia para la comprensión de la autonomía local. Antes que nada estaría el hecho de que, como subrayó SANTI ROMANO (8), con la palabra autonomía estamos aludiendo a la potestad del ente de darse un Ordenamiento jurídico, entero y propio, que se inserta en un Ordenamiento jurídico originario u Ordenamiento estatal a través del reconocimiento por éste de su carácter como tal. Estamos, pues, refiriéndonos ya al caso concreto del Ordenamiento local, ante un Ordenamiento derivado que debe encontrar su perfecta articulación en el Ordenamiento estatal, garante de la unidad última del sistema jurídico. Este primer aspecto de la autonomía local fue asumido inmediatamente por nuestro Tribunal Constitucional ya desde su primera jurisprudencia; es muy conocida la afirmación de la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, de que «resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado» y de que la autonomía no es soberanía, pues «dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución».

Se debe a M. S. GIANNINI el haber puesto de manifiesto un segundo aspecto fundamental del concepto de autonomía local y es, precisamente, el haber subrayado, al lado de su carácter normativo, su caracterización como autonomía política, entendida como la capacidad del ente autónomo de orientar y dirigir, política y administrativamente, la comunidad subyacente. Autonomía política —afirma el autor italiano— significa que los entes poseen una potestad propia de orientación política (*indirizzo politico-amministrativo*), que, además, puede ser divergente de la del mismo Estado (9). Y ello porque, según nuestro autor, la característica típica de la autonomía local reside en que esta potestad de orientación político-administrativa no se deriva del Estado, sino de la propia comunidad, o, si se quiere, con mayor exactitud, de la mayoría de la misma. Esto es, precisa-

(8) Cfr. «Autonomía», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. española de S. SENTÍS y M. AYERRA, Buenos Aires, 1964, págs. 37 y ss.; también, vid. *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, Cedam, Padova, 1930, pág. 59.

(9) *Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 288; más adelante afirma, por cierto, que «la dottrina italiana, nella sua maggioranza, identificò l'autonomia politica con l'autonomia normativa, rendendo così sempre un prezioso servizio all'antiautonomismo...» (pág. 291). En el mismo sentido, también en sus *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 207-208, y en la voz «Autonomia», *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, 1959, pág. 365.

mente, lo que hace que los entes locales territoriales tengan, dentro del sistema de los poderes públicos, y dado su carácter representativo, una posición específica respecto de cualquier otro ente público (10). Recién aprobada la Constitución italiana de 1947, hacía notar también ESPOSITO, en un plano más general, que la consideración del principio de las autonomías territoriales como elemento fundamental del Estado excluía que dichas autonomías pudiesen diferir entre ellas en el género o en la especie (11).

En lo que a nuestro país se refiere, y a pesar de la gradación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional entre el alcance de la autonomía de las Comunidades Autónomas y la de las Entidades locales (sentencia 32/1981, de 28 de julio, FJ 3.º), no parece difícil el admitir una identidad sustancial entre todas las autonomías territoriales reconocidas por la Constitución, con independencia, claro está, del hecho, ciertamente importante, de que sólo las Comunidades Autónomas sean titulares de la potestad legislativa. No estamos ante diferencias de naturaleza sino, más bien, de grado o alcance, como se ha encargado de subrayar correctamente nuestra doctrina (12). En todos los casos, pues, nos hallamos ante verdaderas autonomías políticas que con distinto alcance pueden llevar a cabo diferentes opciones de este tipo. En este sentido es muy significativo

(10) «Autonomia», cit., págs. 364-365. GIANNINI describe el fundamento de la potestad de orientación político-administrativa de la siguiente manera: «... il potere di dare a se stesso un indirizzo —potere de autodeterminazione— è posseduto da ogni soggetto giuridico, sia esso pubblico o privato. Potrà esser limitato dalla legge in talune sue estrinsecazioni —como avviene per gli enti pubblici comuni—, ma non può tuttavia esser eliminato del tutto. Or questo potere, allorchè il soggetto è un ente esponenziale di un ordinamento giuridico generale, cioè di una comunità comprendente persone di ogni età, sesso, religione, categoria, classe ecc., è, per definizione, potere d'indirizzo politico, perchè la comunità non emette che delle manifestazioni politiche, nel senso rigorosamente scientifico del termine. Stato, regione, provincia e comune hanno tutti, pertanto, un potere di indirizzo politico». Esta afirmación viene seguida matizada por el autor al observar que, en la medida en que sólo el Estado está investido del poder soberano, al ser la comunidad estatal en su conjunto la única soberana, y faltar esta característica a los entes locales, el poder que éstos ejercen es un poder o potestad de orientación político-administrativa y no un poder político en sentido estricto (pág. 365). Vid. también, en el mismo sentido, DE MARTIN, *Amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 66-67.

(11) ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nella nuova Costituzione (Commento all'art. 5 della Costituzione Italiana)*, «Riv. di Diritto Pubblico», 1948, pág. 199. Rechaza el autor todas aquellas tesis que pretenden afirmar una naturaleza sustancialmente distinta de la autonomía regional; la Constitución italiana (arts. 5, 115 y 128) no hace ninguna diferencia entre autonomías territoriales, si no es desde el punto de vista de su extensión o grado (págs. 200-201). Vid., también, V. ITALIA, «L'autonomia dei comuni e delle provincie. Contributo all'interpretazione dell'art. 128 Cost.», en *Scritti in onore di C. MORTATI*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1977, pág. 792. Una detenida exposición de la doctrina italiana sobre el principio de autonomía en T. CARBALLEIRA, *La provincia en el sistema autonómico español*, Pons-Universidad de Santiago, Madrid, 1993, págs. 79-84.

(12) Sosa, «La autonomía local», cit., pág. 3211; PAREJO, *Derecho básico de la Administración Local*, cit., pág. 112; *La autonomía local*, «Rev. de Estudios de Administración Local y Autonómica», 229, 1986, págs. 46-47.

que la Constitución (arts. 140 y 141.2.º) extienda el ámbito de las autonomías territoriales no sólo a la mera administración de las distintas Entidades, sino también a su «gobierno» (13). De otro lado, parece que el principio representativo sobre el que se asientan las autonomías territoriales pugnaría con una concepción de las mismas desde una óptica estrictamente administrativa.

Todas estas consideraciones, expuestas a partir de las doctrinas española e italiana, pueden encontrarse también, con los debidos matices, en el mundo doctrinal germano, donde tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre una concepción política y una concepción jurídica de la autonomía (14), vinculando la primera al principio de representación y la segunda a la idea de gestión de determinados asuntos públicos bajo propia responsabilidad. Al contrario que en los tiempos de Weimar, y con alguna importante excepción (15), es también afirmación general en la doctrina alemana la inescindible relación que debe existir entre los conceptos de democracia y autonomía o, lo que es lo mismo, la necesidad de adoptar conjuntamente las dos citadas concepciones a la hora de establecer la esencia definitoria de toda autonomía territorial. Señala HENDLER (16) cómo, en este sentido, la doctrina no sólo ha venido continuamente señalando la necesidad de la existencia de una estructura interna democrática en todos los entes territoriales autónomos, lo que, por lo demás, viene exigido también por la Ley Fundamental (art. 28-1.º), sino que ha puesto de manifiesto un aspecto muy interesante de la relación entre autonomía y democracia cual es el considerar aquélla como una manifestación de la protección de las minorías; la idea sería que aquellas fuerzas políticas que se encontrasen en minoría a nivel central no se verían forzosa-mente excluidas de la gestión de los asuntos públicos a otros niveles.

Hechas estas consideraciones generales sobre el concepto de autonomía centraré mi atención a partir de ahora en el caso concreto de la autonomía municipal, tal como se anuncia en el título de este trabajo.

(13) Vid. Sosa, cit., pág. 3211; EMBID IRUJO, *Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal*, «Rev. Española de Derecho Administrativo», 30, 1981, págs. 437 y ss., en concreto pág. 464; SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, cit., págs. 174 y ss.; CARBALLEIRA, cit., págs. 93 y ss.; MIR, *El sistema español de competencias locales*, Pons, Madrid, 1991, págs. 233-235.

(14) HENDLER, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, Heymanns, Köln, págs. 271 y ss.; «Das Prinzip Selbstverwaltung», en el *Handbuch*, cit., 1990, págs. 1138-1139. Vid., también, R. STÖBER, *Kommunalrecht*, Müller, Heidelberg, 1987, págs. 20-21; FLOGAITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ, París, 1979, págs. 111 y ss.

(15) E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, 10.ª ed., Beck, München, 1973, págs. 536-538.

(16) *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, cit., págs. 304 y 306. Vid., también, E. SCHMIDT-ASSMANN, «Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung», *Gedächtnisschrift für W. MARTENS*, De Gruyter, Berlín, 1987, en concreto págs. 256-257.

II. LAS RAÍCES HISTÓRICAS DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

*La idea de pouvoir municipal y sus notas características.
La idea de los asuntos locales y la doctrina de la descentralización.
La idea de la participación de los ciudadanos en la vida del Estado:
VOM STEIN. La doctrina inglesa del local government
y la interpretación de GNEIST. Otras aportaciones: GIERKE y PREUSS.
Una referencia a la recepción de estas ideas en España*

Es corriente hablar en la doctrina que se ha ocupado de estos temas de las distintas raíces históricas que alimentaron el concepto moderno de autonomía municipal (17), cada una con su carga de significado y con el diferente contexto histórico en el que se desarrollaron. No son raíces muy separadas pues, como se verá, están íntimamente relacionadas, aunque no todas tengan el mismo peso a la hora de describir la historia dogmática de la autonomía municipal. En todo caso, cada una de ellas subraya un aspecto de lo que después será el contenido propio del concepto. Seguiré para su exposición el mismo orden que nos ha propuesto STERN (18).

La primera raíz del concepto —y ya adelante que la principal— la constituyó la idea de *pouvoir municipal* alumbrada por la Asamblea Constituyente en los primeros momentos de la Revolución Francesa, y que GARCÍA DE ENTERRÍA ha estudiado entre nosotros con su acostumbrada brillantez (19).

Como es sabido, la Asamblea, recogiendo la tradición fisiocrática, y en especial las formulaciones de TURGOT, consagra el concepto en el conocido artículo 49 del Decreto de 14 de diciembre de 1789 al disponer que «*les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'Administration générale de l'Etat et déléguées par elle aux Municipalités*».

Tres notas, a mi modo de ver, venían a caracterizar a la nueva y sugerente idea de «poder municipal». La primera sería la considera-

(17) STERN, *Der Staat des Grundgesetzes*, cit., págs. 863-864; G.-Ch. VON UNRUH, «Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter», en *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis* (ed. G. PUTTNER), tomo I, cit., págs. 58-59. Entre nosotros, SOSA, «La autonomía local», cit., págs. 3188-3191; PAREJO, *Derecho básico de Administración Local*, cit., págs. 99-100. Vid. también, anteriormente, F. ALBI, *La crisis del municipalismo*, IEAL, Madrid, 1966, págs. 11 y ss.

(18) *Op. et loc. cit.*

(19) *Revolución Francesa y Administración contemporánea* (en concreto, su parte II, dedicada a la formación del régimen municipal francés contemporáneo), 2.ª ed., Taurus, Madrid, 1981. Vid., también, FANLO LORAS, *Fundamentos*, cit., págs. 78 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, cit., págs. 35 y ss.; VANDELLI, *El Poder Local*, MAP, Madrid, 1992, págs. 42-45.

ción del poder municipal como un poder originario y exclusivo del municipio (del que se afirmaba su carácter «natural»), no necesitado, por consiguiente, de una expresa atribución o delegación estatal. Consideración que se afirmaba perfectamente compatible con la idea de soberanía nacional en la medida en que el poder municipal se circunscribía a los asuntos estrictamente particulares de la respectiva comunidad vecinal.

La segunda nota característica del poder municipal, estrechamente relacionada con la anterior, se vinculaba a la concepción asociativa del municipio (del que se afirmaba, en consecuencia, su carácter «privado»), entendido como una asociación de vecinos constituida, precisamente, para la gestión de los asuntos que les eran privativos. El poder municipal se traducía, en definitiva, como ha subrayado GARCÍA DE ENTERRÍA, en un poder doméstico o cuasi-privado, en cuanto dirigido hacia asuntos estrictamente propios de la asociación vecinal (20); la colectividad comunal se presentaba frecuentemente como una gran familia llamada a gestionar fraternalmente, en palabras de F. BURDEAU, sus asuntos domésticos (21). Como diría SAINT-JUST ante la Convención: «*si vous tenez á examiner la municipalité dans sa nature, elle est una administración populaire, paternelle et domestique...; cette administration est pour ainsi dire étrangère au gouvernement. C'est le peuple en famille qui règle ses affaires*» (22). A partir de esta construcción el municipio, como titular del poder municipal, se colocaba frente al Estado en una situación semejante a la de los individuos; el Estado debía respetar la libertad de los municipios en la esfera de sus asuntos propios, del mismo modo que lo hacía con la libertad de los ciudadanos en su esfera personal. La libertad comunal aparecía, en definitiva, como un derivado y un complemento de la libertad personal.

En todo caso, la acentuación del carácter doméstico, privado, del poder municipal se explicaba por el temor de los revolucionarios a que esta idea pudiese incidir de alguna manera en el sacrosanto principio de la soberanía nacional. Es muy significativo, en este sentido, cómo después de 1790 la expresión «poder municipal» se utili-

(20) *Op. cit.*, págs. 102-103. Subraya esta misma idea CHAPUISAT, *La notion d'affaires locales en Droit administratif français*, Thèse, Université de Paris II, diciembre 1971, págs. 294 y ss.; cfr. allí las interesantes citas de las intervenciones de THOURET en la Asamblea.

(21) F. BURDEAU, «Affaires locales et décentralisation: évolution d'un couple de la fin de l'Ancien Régime á la Restauration», *Mélanges offerts á G. BURDEAU*, Le Pouvoir, LGDJ, París, 1977, págs. 773-774.

(22) Cita que tomo de BURDEAU, *cit.*, pág. 774, que pone de manifiesto cómo las funciones propias de los municipios eran frecuentemente comparadas con los derechos que derivan de la autoridad paterna. En el mismo sentido, también en su obra *Liberté, libertés locales chéries!*, Ed. Cuyas, París, 1983, pág. 42.

za raramente; muestra palpable de la desconfianza de los revolucionarios ante un concepto que podía afectar al monopolio del poder público detentado por la Asamblea. Precisamente, ante la posibilidad de cualquier equívoco, las Constituciones revolucionarias advertían que los administradores locales no tenían carácter de representación (23).

Si el poder municipal era considerado como un poder originario, vinculado a la idea asociativa del municipio, lo cierto es que ello era así porque, como hemos visto, su campo de actuación quedaba constreñido a un ámbito de actuación muy reducido: la gestión de los asuntos estrictamente privativos (*affaires particulières*) de la comunidad vecinal, ajenos al interés general, y reducidos, prácticamente, a la administración del patrimonio municipal y a la actuación en materia de policía, relativa «en especial a la propiedad, salubridad y tranquilidad en las calles, lugares y espacios públicos» (24).

En todo caso, como ya se ha notado, la idea de poder municipal y su derivada de los asuntos locales no será, por razones políticas, motivo de preocupación o de estudio durante la época revolucionaria y la posterior napoleónica. La idea emergerá en el momento de la Restauración y alrededor de ella se montará toda la polémica sobre la descentralización, concepto éste que, si constituye, por su lado, otra de las raíces históricas del concepto de autonomía según STERN y los autores que le siguen (25), está inescindiblemente unido a la idea básica del poder municipal.

En efecto, como señala F. BURDEAU (26), la idea de los asuntos locales constituirá la causa misma del debate sobre la descentralización, concepto que, por cierto, aparece en este período. En su lucha por la descentralización, los doctrinarios echarán mano, precisamente, de la vieja idea revolucionaria del poder municipal como fundamento mismo de las libertades locales. Y se afirmará que éstas se imponen, justamente, en virtud de la existencia de una categoría de asuntos propios a cada colectividad. Se generaliza así la convicción de que la centralización supone una usurpación del Estado, que se inmiscuye ilegalmente en la gestión de asuntos que no le incumben directamente (27). En este marco, B. CONSTANT llega, incluso, a considerar al poder municipal como un verdadero poder constitucional,

(23) Cfr. BURDEAU, «Affaires locales et décentralisation», cit., págs. 770 y 773; *Liberté*, cit., págs. 41-42; FANLO, cit., págs. 81-82.

(24) Cfr. VANDELLI, cit., pág. 43.

(25) Cfr. *supra*, nota 17.

(26) *Liberté*, cit., pág. 95.

(27) BURDEAU, «Affaires locales», cit., pág. 779; GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pág. 126.

y HENRION DE PANSEY procede, por su parte, a una acabada reelaboración del antiguo concepto (28).

No es éste el lugar, obviamente, para seguir los avatares del debate sobre la descentralización, que encontrará una acabada elaboración dogmática, a fines del XIX, en una conocida obra de HAURIUO (29), sino, más simplemente, subrayar su aportación al contenido mismo del concepto de autonomía municipal.

La concepción de la autonomía municipal en la obra del barón VOM UND ZUM STEIN constituye otra de sus raíces alimenticias, ésta ya de origen germánico. Concepción que se plasma en la conocida *Städteordnung* prusiana de 19 de noviembre 1808, en la que la autonomía municipal pretende ser un eficaz medio contra la burocratización en la gestión de los intereses propios de la comunidad vecinal a través de posibilitar a los ciudadanos la directa intervención en el ámbito donde se desarrollaba su vida cotidiana. En la concepción de VOM STEIN la autonomía municipal era, precisamente, la vía a través de la cual los ciudadanos, que de esta forma dejaban de ser súbditos, tomaban parte, se implicaban, en la vida del Estado. La idea de participación, y su complementaria de integración en el entramado estatal, es central en la concepción del gran reformador prusiano y, desde esta perspectiva, la autonomía municipal aparecía también como el medio de superación del antagonismo entre la sociedad civil y el Estado. Y así se comprende que las libertades municipales no sólo no se confrontaban con el Estado, sino que, al contrario, perseguían, justamente, una mayor integración del ciudadano dentro de aquél. Cualidad de ciudadano que, por lo demás, quedaba identificada en el pensamiento de STEIN con la de propietario (30).

(28) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., págs. 127 y ss.; FANLO, cit., págs. 81 y 96. Afirmaba H. DE PANSEY que «*au-dessous des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il en est un quatrième qui, tout à la fois public et privé, réunit l'autorité du magistrat à celle du père de famille: c'est le pouvoir municipal. Quoique au-dessous des trois autres, ce pouvoir est cependant le plus ancien de tous*». Cita que tomo de CHAPUISAT, *La notion*, cit., págs. 300-301.

(29) *Etude sur la décentralisation*, P. Dupont Editeur, París, 1892, en donde, por cierto, señala que con la descentralización aparecen los servicios obligatorios a cargo de los entes descentralizados, algo desconocido hasta ese momento (pág. 39). Antes ha definido la descentralización como «una manera de ser del Estado relativa a la Administración local y a la Administración de los intereses especiales» (pág. 4).

(30) Sobre las ideas de VOM STEIN, entre otros, vid. SCHWAB, *Die Selbstverwaltungsidee des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen*, Athenäum Verlag, 1971, en especial págs. 12, 28 y ss., 113 y ss. y 132 y ss.; LANGE, «Die Entwicklung des kommunalen Selbstverwaltungsgedankens und seine Bedeutung in der Gegenwart», *Festschrift für W. WEBER*, Duncker-Humboldt, Berlín, 1974, págs. 852-855; BECKER, «Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart», en *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, tomo I (ed. H. PETERS), Springer, 1956, págs. 77 y ss. Cfr., igualmente, los artículos publicados sobre STEIN en «DöV», octubre 1957, por IPSEN, BECKER, PETERS, W. WEBER. Entre nosotros, MARTÍN MATEO, *El municipio y el Estado en el Derecho alemán*, Madrid, 1965, págs. 27-59, 80-82; Sosa, cit., pág. 3189, y la clásica monografía de MIJARES, *El Barón Vom Stein y la formación del régimen municipal moderno en Alemania*, IEAL, Madrid, 1965.

La doctrina inglesa del *local government* constituye la última de las ideas clásicas que han contribuido a perfilar el moderno contenido de la autonomía local y que fue incorporada al pensamiento continental a través de la obra de Rudolf VON GNEIST. Aquí también está presente la idea de una instancia local colaboradora con el Estado, cuya misión principal reside, precisamente, en la ejecución territorial de las leyes estatales, dado el carácter no ejecutivo de la Administración de la Corona. En definitiva, los entes locales suplen la falta de una estructura propia del poder central en cada territorio y sus funciones son las expresamente previstas en la ley. GNEIST, en su peculiar descripción de la concepción inglesa del *selfgovernment*, destacó, sobre todo, la posibilidad que ello suponía de poder unir en una sola voluntad estatal los diferentes intereses de la sociedad (31). Un *selfgovernment*, por lo demás, que había de ser gestionado por funcionarios honorarios procedentes de las capas superiores de la sociedad y cuya función debería ser, en el pensamiento del gran autor alemán y en contra de las corrientes liberales de su época, estrictamente de carácter ejecutivo (32). Ha escrito MARTÍN MATEO que «la concepción de GNEIST de la *Selbstverwaltung* es, pues, de índole estatal. Su sistema es perfectamente conservador, monárquico y autoritario, descarta la elección como forma de provisión de los puestos servidos por funcionarios honorarios y no deja más que la administración económica al cuidado de los órganos propiamente comunales» (33).

Naturalmente, no agota lo expuesto las aportaciones que del mundo germánico recibe el contenido de la noción de autonomía municipal. Habría, en todo caso, que mencionar aquí la contribución derivada de la conocida teoría corporativa o de las comunidades (*Genossenschaftslehre*) de Otto VON GIERKE y, sobre todo, de las posiciones de su discípulo Hugo PREUSS. No se trata ahora, obviamente, de exponer en detalle tales aportaciones. Me limitaré a recordar cómo el primero rechaza la consideración del municipio como una institución estatal a la que se le ha otorgado la personalidad jurídica; antes al contrario, en la obra de GIERKE, el municipio se concier-

(31) LANGE, cit., pág. 856. Vid. también CASCAJO, «Breve nota sobre una concepción clásica del principio de autogobierno», en *Organización Territorial del Estado*, cit., págs. 799 y ss., en especial págs. 801 y ss.

(32) SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Staatsverwaltung und Selbstverwaltung bei Rudolf von Gneist*, «Die Verwaltung», 8, 1975, págs. 345 y ss., en concreto págs. 348 y ss. y 357-358.

(33) *El municipio*, pág. 84. Cfr. también sus reflexiones sobre la interpretación que hizo GNEIST del *selfgovernment* inglés en pág. 85. En este sentido, vid. igualmente GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, Alianza Editorial, Madrid, 1972, págs. 88-90 y 149. En el sentido del texto, BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1976, págs. 271 y ss.

be como una comunidad con una personalidad originaria, independiente del Estado, aunque integrada en el mismo, y que aparece como absolutamente necesaria para impedir una desmedida centralización que, además de ser extraña a la tradición alemana, podía, según él, significar la tumba de la libertad. A partir de estas consideraciones exigía el autor alemán una significativa ampliación del ámbito de actuación autónoma de los municipios (34). Para PREUSS, la organización estatal debería construirse de abajo arriba, a partir de la autonomía de las distintas comunidades que la componen; para este autor, el fortalecimiento y extensión de la autonomía frente a un Estado centralizado y burocrático era la condición necesaria para la democratización de la Administración (35). Ha escrito GRASSMANN—que ha estudiado monográficamente el pensamiento de PREUSS—que, después de STEIN, ha sido este autor el que, en un momento de cambio de la historia alemana, intentó una nueva ordenación nacional con la ayuda de la autonomía municipal (36) y lo hizo a partir de la afirmación de la esencial igualdad del Estado y los municipios o, en un plano más general, de la igualdad de todas las corporaciones territoriales (37). En el pensamiento de PREUSS, no es de un acto de concesión del Estado del que el municipio derivaba sus poderes, como afirmaban LABAND y JELLINEK, sino de su propia naturaleza de corporación política fundamentada en la voluntad general de la comunidad que le sirve de base. Es, precisamente, esta circunstancia la que justificaría la existencia de un ámbito propio de actuación, constituido por los asuntos locales (38).

Como se ha visto, pues, y siguiendo en ello la propuesta de ordenación de STERN, las raíces históricas de la construcción jurídica del concepto de autonomía municipal se extienden fundamentalmente en los ámbitos jurídicos francés y alemán. Tanto es así que podría decirse, resumiendo todo lo anterior, que la doctrina francesa del *pouvoir municipal* y la alemana de la *Selbstverwaltung* constituyen

(34) En este sentido, LANGE, cit., pág. 859. Vid. también MARTÍN MATEO, cit., págs. 86-87.

(35) LANGE, cit., págs. 860-861.

(36) GRASSMANN, *Hugo Preuss und die deutsche Selbstverwaltung*, Mathiesen Verlag, Lübeck-Hamburg, 1965, pág. 5; MARTÍN MATEO, *El municipio*, cit., pág. 87, ha hablado de una aplicación a ultranza de los principios de la *Selbstverwaltung*.

(37) Significativamente, su obra más conocida lleva el título de *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlín, 1889, reeditada en Scientia, Aalen, 1964. De especial interés en el sentido del texto son sus reflexiones contenidas en la voz «Selbstverwaltung», del *Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften*, tomo III, 1924, en especial en págs. 774-775.

(38) GRASSMANN, cit., págs. 50-52, advierte que PREUSS no concreta cuáles podrían ser esos asuntos locales, cuya diferenciación con los estatales considera muy difícil, por lo que la construcción de un «ámbito natural de actuación» le parece imposible. Vid. también MARTÍN MATEO, cit., pág. 88.

los dos pilares sobre los que se asienta la misma historia dogmática de la autonomía municipal. Dos doctrinas, por lo demás, no absolutamente separadas en la medida en que la idea del *pouvoir municipal* está presente también en los movimientos liberales que se desarrollan en Alemania en el pasado siglo e influye determinantemente en muchos autores (por ejemplo, y entre otros, en VON ROTTECK) (39).

En nuestro país, como en otros, se reciben también las aportaciones de las grandes doctrinas sobre la autonomía municipal, singularmente la idea de poder municipal, pero, como se ha señalado acertadamente (40), la elaboración dogmática puede calificarse de reiterativa y desvaída, no comparable, por supuesto, a las grandes construcciones teóricas francesas o alemanas (41). Y es que, como ha escrito SOSA (42), «el régimen local no consigue desprenderse de su *pathos* de gran asunto político, de gran tarea nacional, y es lógico que, así contemplado, fuera esa dimensión la que captara la atención general, sin que se llegara nunca a *rebajar* el tono del debate para ocuparse, con más continencia, de las aparentemente insignificantes cuestiones jurídicas».

III. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

El texto constitucional de Weimar y la teoría de las garantías institucionales: C. SCHMITT.

La sentencia de la Corte Estatal del Reich de 1929.

La recepción de la teoría en la moderna doctrina alemana: los elementos de la garantía y el concepto de contenido esencial.

La recepción de la teoría en la jurisprudencia constitucional española.

La construcción de nuevas técnicas de protección distintas a la del contenido esencial. Los intentos de construcción jurídica de la autonomía municipal con independencia de la teoría de la garantía institucional. Su crítica

En los tiempos de Weimar encontrará la autonomía municipal su primera gran construcción jurídica. En efecto, el artículo 127 de la

(39) Vld. en este sentido LANGE, cit., pág. 857; BECKER, cit., pág. 84; MARTÍN MATEO, cit., págs. 60, nota 121, y 76-77.

(40) SOSA, «La autonomía local», cit., pág. 3191.

(41) Pueden consultarse en todo caso las reflexiones de POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, cito por la edición del INAP, 1988, por ejemplo en págs. 250-251, 256-257, 288-289, 291-292, 297-298, entre otras; COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, tomo I, 1850, ed. de la EGAP, Santiago, 1995, págs. 246 y ss.; SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Madrid, 1891, pág. 225; F. MELLADO, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1894, pág. 273; A. POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1923, págs. 301 y ss. («La noción de *self-government*»), en especial págs. 316 y ss.

(42) Cit., pág. 3193.

Constitución de 11 de agosto de 1919 reconoció a los municipios y a las agrupaciones municipales «el derecho a la autonomía (*das Recht der Selbstverwaltung*) dentro de los límites de las Leyes». Pero si se consagraba al máximo nivel normativo el principio de la autonomía municipal, al mismo tiempo se la ponía enteramente a disposición del legislador, sin prever frente a este último ninguna técnica de garantía. Situación que, por lo demás, también era predicable de los derechos fundamentales, regulados en el mismo Título del texto de la Constitución en el que se encontraba el derecho a la autonomía. Pronto la mejor doctrina alemana advirtió de las carencias de la regulación constitucional y así se habló de normas que «giraban en el vacío» (*leerlaufende*), sin significación práctica (*praktisch bedeutungslos*) ni contenido material (*materiell inhaltlos*), carentes de valor (*wertlos*) (43), que, en definitiva, se traducían en un simple derecho a la legalidad de la Administración, oponible, sí, a esta última y ejercitable ante los Tribunales, pero perfectamente ineficaz frente al legislador.

La superación de esta situación tan insatisfactoria para el reconocimiento constitucional del principio de la autonomía municipal fue obra de C. SCHMITT a través de su teorización sobre las llamadas garantías institucionales de la Constitución, que, aplicada precisamente a aquélla, constituyó la primera gran construcción jurídica de dicho principio con decisivo eco y aceptación generalizada en la doctrina jurídico-pública. La autonomía municipal había encontrado, en esta sugestiva teoría, no sólo una explicación de su naturaleza, sino también, y sobre todo, un medio de eficaz protección frente a las decisiones del legislador. No se trata aquí, naturalmente, de entretenernos en la distinción schmittiana entre derechos fundamentales y garantías institucionales pues ello, aparte de ser conocido, nos alejaría de nuestro tema de hoy. Simplemente puede ser oportuno recordar que, como decía SCHMITT, la Constitución puede otorgar una protección especial a determinadas instituciones (en nuestro caso, la autonomía municipal) con el fin de hacer imposible su supresión por el legislador. El artículo 127 de la Constitución de Weimar, al consagrar el derecho a la autonomía de los municipios y agrupaciones municipales, lo que en realidad garantizaba era la institución misma de la autonomía local, que «como tal —señalaba SCHMITT— no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido material la supriman o la priven de su contenido esencial son inconstitucionales» (44):

(43) Vid. SCHMIDT-JORTZIG, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Verlag O. Schwartz, Göttingen, 1979, págs. 14-16 y bibliografía citada en nota 9. En nuestro país, PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981, págs. 17-20.

(44) C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), reedición en Duncker-Humblot, Berlín, 1965, págs. 170 y ss.; la cita del texto en pág. 171. Es aquí donde el autor formula por pri-

La interpretación de SCHMITT encontró inmediata acogida no sólo en la doctrina, sino también, y muy pronto, en la jurisprudencia. En efecto, la sentencia del 10/11 de diciembre de 1929 de la Corte Estatal del *Reich* (*Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*) declaró que:

«El artículo 127 de la Constitución del *Reich* no significa un simple programa sin contenido jurídico. Antes bien, establece de forma vinculante que a los municipios y a las asociaciones municipales les corresponde el derecho a la autonomía. La legislación del *Land* no puede, por consiguiente, suprimir este derecho y transferir a las autoridades estatales la administración de los asuntos municipales. Tampoco puede limitar la autonomía de tal manera que quede vaciada de contenido, que pierda la oportunidad de una acción vigorosa y solamente pueda llevar una existencia aparente» (45).

Toda esta construcción jurídica de la autonomía municipal a partir de la garantía institucional pasa a la época de la *Grundgesetz*, cuyo artículo 28-2.º (por cierto, ya no incluido en la parte de la Constitución referida a los derechos fundamentales) será interpretado desde esta perspectiva. Muy pronto también la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se hace eco de la misma. Y, así, en su sentencia de 20 de marzo de 1952 (caso *Offenbach am Main*) declara taxativamente que:

«Aunque el artículo 28 GG está incluido en el capítulo “La Federación y los *Länder*”, en él debería garantizarse a los municipios el derecho a la autonomía con una amplitud similar a como lo había sido en el artículo 127 de la Constitución de Weimar (RV), que ésta había colocado entre los derechos fundamentales...»

mera vez su teoría de las garantías institucionales; más tarde la desarrolla en *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), reed. en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker-Humboldt, Berlín, 1973, págs. 140 y ss., en especial págs. 143 y ss. También en su colaboración al *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (ed. de ANSCHÜTZ y THOMA), tomo II, Mohr, Tübingen, 1932, págs. 595-597. La teoría fue tratada, muy pronto, monográficamente, por F. KLEIN, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, Marcus, Breslau, 1934, en especial vid. págs. 6-7, 20 y ss., 46 y ss., 50 y ss. y, sobre todo, a los efectos de este trabajo, págs. 56-66 y 128 y ss.

(45) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Anhang: Entscheidungen des Staatsgerichtshofs*, tomo 126, W. de Gruyter, Berlín, 1930, págs. 14 y ss. La cita en pág. 22.

Transcribe esta sentencia a continuación la declaración citada más arriba del *Staatsgerichtshof* weimariano para afirmar, acto seguido, que dicha interpretación ha de seguirse también para el caso del artículo 28-2.º GG (46).

La moderna doctrina alemana acostumbra a reconocer en el contenido de la garantía institucional de la autonomía tres elementos o aspectos distintos de la misma. La garantía institucional sería, según el primero de ellos, una garantía subjetiva de la institución municipal y, en general, de las entidades locales constitucionalmente previstas en tanto que sujetos de Derecho. El segundo elemento de la garantía institucional sería el constituir también una garantía objetiva de la autonomía local en cuanto tal; ello supondría, en primer lugar, la atribución a los municipios de una competencia general (*Allzuständigkeit*) para gestionar «todos los asuntos de la comunidad local» (*alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft*), tal como afirma el artículo 28-2.º GG, y, en segundo lugar, la exigencia de que la gestión de dichos asuntos se lleve a cabo «bajo su propia responsabilidad» (*in eigener Verantwortung*), libres del mandato o instrucciones de Administraciones superiores, las cuales sólo eventualmente poseerían el instrumento del control de legalidad. Para el ejercicio de esta gestión autónoma el Ordenamiento ha de reconocer a las entidades locales las correspondientes potestades administrativas. Por último, el tercer elemento de la garantía institucional vendría constituido, según esta doctrina, por su condición de ser, a su vez, una garantía de los dos primeros, pues se traduciría en una garantía de la posición jurídica subjetiva de las entidades locales frente a eventuales ataques a su existencia como institución o a su posición autónoma, en el sentido descrito (47).

La garantía institucional de la autonomía municipal, que hemos visto descompuesta en sus distintos elementos, puede ser conformada, limitada, por la ley. Pero ésta encuentra, en su labor de conformación o de limitación, una barrera infranqueable, constituida por

(46) «BVerfGE», 1, 167, en concreto págs. 174-175. Vid. PAREJO, *Garantía institucional*, cit., págs. 63-64, con una traducción de parte de la sentencia.

(47) Una descripción de los distintos elementos de la garantía institucional de la autonomía local en STERN, *Der Staat des Grundgesetzes*, cit., pág. 868; «Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung», cit., pág. 205; KNEMEYER, «Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde und Landkreise», en *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geb. von Ch. von UNRUH*, Decker's-Schenk, Heidelberg, 1983, págs. 218-225; BLUMEL, *Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts*, *ibidem*, pág. 268; STÖBER, *Kommunalrecht*, cit., págs. 22-26; SCHMIDT-ASSMANN, «Kommunalrecht», en *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10.ª ed., De Gruyter, Berlín, 1995, págs. 14-23; SOSA, cit., pág. 3196. Cfr. también, en este sentido, comparativamente, los componentes del principio de libre Administración de las corporaciones locales en Francia descritos por FANLO, cit., págs. 160 y ss.

una serie de técnicas de protección de la autonomía constitucionalmente garantizada, entre las que destaca, en primer lugar, la referida al denominado «contenido esencial» de la misma, que en ningún caso puede verse afectado por la actividad del legislador.

El problema, claro está, ha sido el de determinar con la mayor precisión posible el alcance mismo del concepto de «contenido esencial». El Tribunal Constitucional alemán lo ha intentado, inicialmente, a partir de la utilización del llamado método interpretativo histórico, mediante el cual ha pretendido delimitar el contenido esencial de la autonomía local (o, más concretamente, municipal) apelando a su desarrollo histórico, esto es, a las formas de expresión que dicha autonomía ha ido adquiriendo a lo largo de su evolución. «Para determinar lo que pertenece a ese núcleo esencial —ha afirmado textualmente el Alto Tribunal alemán— ha de tenerse en cuenta el desarrollo histórico y las diferentes manifestaciones históricas de la autonomía» (48).

Las insuficiencias de este método, que conllevaba una real relativización del contenido de la autonomía, hizo que se explorasen otros métodos que, al menos, complementasen el anterior, tal como el denominado método de la sustracción, consistente en determinar el núcleo esencial de la autonomía a partir de lo que quedase de la misma, una vez operada la intervención limitadora. Tampoco en este caso se evitaba, como, por lo demás, parece claro, la relativización del concepto de contenido esencial. Hoy en día, una gran parte de la doctrina en Alemania se inclina por admitir la existencia de una «imagen característica», de «una forma típica de manifestación», de la institución a partir de la cual podría obtenerse su contenido esencial (49).

Es sabido que la idea de la garantía institucional ha sido recibida por el juez constitucional español en términos muy parecidos a los que ya han sido descritos. En la temprana sentencia 32/1981, de 28 de julio, la técnica de la garantía institucional aparecía ya como técnica de «preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». Y se añadía que «dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre». La concepción social dominante, ese *Erscheinungsbild* social, aparece, pues, también,

(48) Cita que tomo de BLÜMEL, *Wesensgehalt*, cit., pág. 272. Vid., también, SCHMIDT-JORTZIG, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, cit., pág. 39 y jurisprudencia citada en nota 69.

(49) En este sentido, SCHMIDT-JORTZIG, cit., pág. 42 y bibliografía citada en nota 75.

entre nosotros, como criterio delimitador del contenido nuclear de la autonomía. Concepción social que —como ha puesto PAREJO de manifiesto, siguiendo a SCHMIDT-ASSMANN— está, a su vez, condicionada por las correspondientes normas jurídicas. Y en este sentido, en la determinación de lo que sea autonomía, la realidad social efectiva y la normación jurídica se hallan indisolublemente imbricadas (50).

En todo caso, como ha señalado BLÜMEL (51), ninguno de los métodos de determinación del contenido esencial han impedido la continua erosión de la autonomía municipal. Y, si ello es así, el problema a plantearse sería el analizar si dicha noción no debería venir complementada por otras técnicas de protección.

Así, en este sentido, se ha echado mano, en primer lugar, de una técnica de protección que podemos denominar como «técnica de prohibición del exceso» (*Übermassverbot*), según la cual la garantía institucional se traduciría en un derecho de rechazo contra recortes de la autonomía municipal considerados excesivos, desproporcionados o arbitrarios, y ello con independencia de que el contenido esencial pudiese verse afectado o no por dicha intervención. Más aún, si se acepta el carácter complementario de esta técnica respecto de la del contenido esencial, su aplicación habría de llevarse a cabo necesariamente en el ámbito exterior al mismo (52).

Con base en la jurisprudencia *Rastede*, a la que me referiré más adelante, la doctrina alemana ha apelado también al denominado «principio material de distribución de funciones» (*materielles Aufgabenverteilungsprinzip*) como otra técnica de protección de la autonomía municipal. Según este principio, el legislador sólo podría privar a los municipios de la gestión de asuntos con relevante carácter local cuando ello viniese exigido por el interés público y no se pudiese asegurar de otro modo el desarrollo de dicha gestión (53).

Otras técnicas de protección, que aquí, naturalmente, no pueden ser estudiadas, podrían extraerse de los principios de subsidia-

(50) PAREJO, *Garantía institucional*, cit., págs. 45-46.

(51) *Wesensgehalt*, cit., pág. 277.

(52) Señala BLÜMEL, *Wesensgehalt*, cit., págs. 283-284, que para algunos autores esta técnica de la protección del exceso sustituiría a la del contenido esencial, a la que haría realmente superflua, mientras que para otros, entre los que se encuentra, sería, más bien, una técnica complementaria de éste, lo que, en mi opinión, parece más acertado.

(53) Vid. SCHMIDT-ASSMANN, «Kommunalrecht», cit., pág. 20; «Kommunale Selbstverwaltung "nach Rastede"», *Festschrift für Horst SENDLER*, Beck, München, 1991, págs. 135-137, que considera que este principio sustituye al de proporcionalidad, propio de la protección de los derechos fundamentales y no de la del ejercicio de funciones estatales. Vid. también FRENZ, *Gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie und Verhältnismässigkeit*, «Die Verwaltung», 1, 1995, págs. 34 y 47 y ss.; CLEMENS, *Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG*, «NVwZ», 1990, págs. 835-836.

riedad (54) o de descentralización o, incluso, del llamado principio de «lealtad municipal», también teorizado por la doctrina alemana (55). Lo cierto es, pues, que al lado de la tradicional técnica de protección de la autonomía municipal a partir de su núcleo o contenido esencial han ido apareciendo, como se ha visto, otras posibilidades, como las expuestas, que tienden a reafirmar, todavía más, el principio constitucional de la autonomía municipal.

Es necesario, con todo, señalar, por último, que la construcción jurídica de la autonomía municipal (y, en general, de la autonomía local) se ha intentado también llevar a cabo prescindiendo de su caracterización como garantía institucional. Así, en Francia, en donde, *seguramente por razones de su historia constitucional*, no se elaboró una teoría semejante a la de las garantías institucionales, una parte de la doctrina ha descrito la naturaleza del allí denominado principio de libre administración de las colectividades locales como una verdadera libertad pública constitucionalmente garantizada (56). Se ha querido así poner de manifiesto la existencia para el legislador de ciertos límites en la regulación de la autonomía local, con lo que, en la práctica, parece perseguirse la misma finalidad que con la utilización de la noción de garantía institucional. Hay que decir, en todo caso, que esta construcción jurídica basada en el concepto de libertad pública *no ha experimentado una acabada elaboración en la doctrina francesa en lo que a sus concretos efectos se refiere y, por lo demás, no ha sido de general aceptación en la misma* (57).

Sea como fuere, y sin proceder aquí, como ya he dicho, a una reflexión teórica sobre las diferencias entre derechos fundamentales y garantías institucionales (58), lo cierto es que la explicación de la autonomía municipal a partir de aquéllos no ha encontrado en ningún sitio un eco doctrinal significativo (59). La garantía constitucional de

(54) Cfr., recientemente, HEBERLEIN, *Subsidiarität und kommunale Selbstverwaltung*, «NVwZ», 1995, págs. 1052 y ss., en concreto págs. 1054-1056, que ha puesto de manifiesto la conexión entre la competencia general de los municipios y el principio de subsidiaridad, considerando a la primera como una manifestación concreta del segundo.

(55) Cfr. MACHER, *Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens*, Duncker-Humblot, Berlín, 1971.

(56) El principio francés de la libre administración de las corporaciones locales ha sido estudiado entre nosotros por FANLO, cit., en la primera parte de su obra.

(57) Cfr. la alusión a las distintas posiciones en la doctrina francesa en FANLO, cit., págs. 158-160. También BACOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, París, 1993, págs. 94 y ss. y 105 y ss., en donde señala que la personalidad jurídica y la elección de los órganos constituirían los elementos esenciales, cuya ausencia afectaría a la libertad de las colectividades territoriales.

(58) Cfr., sobre el tema, BAÑO LEÓN, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, «Rev. Española de Derecho Constitucional», 24, 1988, págs. 155 y ss., en especial págs. 165 y ss.

(59) Cfr., entre nosotros, por ejemplo, a SÁNCHEZ MORÓN, cit., págs. 166 y ss.

la autonomía municipal —ha afirmado BETHGE (60)— nada tiene en común con un derecho fundamental, pues no se trata de una garantía de tipo organizativo (*organisationsrechtliche Institutionsgarantie*) puesta al servicio de la protección de aquél (como sería el caso, por ejemplo, de la Universidad o de los medios de comunicación social), sino de una garantía institucional de carácter competencial (*kompetenzrechtliche Institutionsgarantie*), cuyo objeto no es un ámbito de libertad, sino un sustrato de facultades y competencias públicas (61). Es, además, significativo para este autor que el reconocimiento de la autonomía municipal se efectúe en la parte organizativa del texto constitucional (como también en el caso español) y no en la parte reservada a los derechos fundamentales (como era el caso en la Constitución de Weimar). De otro lado, la previsión en el sistema alemán de un recurso constitucional específico de protección de la autonomía municipal —art. 93-1-4.º.b) GG— es la consecuencia procesal —apunta BETHGE— del cambio de sentido del reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, que ha pasado de una consideración como derecho fundamental a la de norma de garantía de distribución competencial. Lo que, en todo caso, sería interesante destacar ahora es el dato de que la falta de carácter de derecho fundamental de la autonomía municipal no significa por sí misma —como se puede comprobar en el caso alemán— el que no pueda preverse para los municipios una vía procesal específica de acceso al Tribunal Constitucional, distinta de la reservada a los derechos fundamentales. En España, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional se han basado, precisamente, en la falta del carácter de derecho fundamental para negar la vía del recurso de amparo en defensa de la autonomía municipal. Es por ello por lo que muchas propuestas recientes de introducción de un medio de defensa de la autonomía municipal ante el Tribunal Constitucional parten del necesario establecimiento de un recurso constitucional específico (62).

(60) «Das Selbstverwaltungsrecht im Spannungsfeld zwischen institutioneller Garantie und grundrechtlichen Freiheit», en *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, cit., págs. 149 y ss., en concreto págs. 158 y ss. y 163 y ss.

(61) La diferenciación de BETHGE entre los dos tipos de garantía institucional necesita alguna aclaración para no resultar algo equívoca. La garantía de la autonomía municipal tiene, naturalmente, también carácter organizativo; lo que sucede es que no está al servicio de la salvaguardia de un derecho fundamental, sino al servicio de un conjunto de potestades y competencias públicas. Quizás sea éste el sentido que este autor ha querido darle también a su expresión *kompetenzrechtliche Institutionsgarantie*.

(62) Cfr. el libro colectivo *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, MAP, Madrid, 1997, con trabajos de GARCÍA ROCA, PÉREZ TREMPES, MORELL OCAÑA, FONT I LLOVET y PAREJO ALFONSO, autor este último que ha venido defendiendo, con vistas a abrir la vía del amparo a los municipios, la conexión de la garantía institucional de la autonomía local con el derecho fundamental del artículo 23.1.º de la Constitución. Vid. también, entre otros, MARTÍN MATEO, *La garantía institucional*, cit., págs. 624-625; ARAGÓN, «El trata-

Con independencia de su consideración como derecho fundamental, ha habido también otros intentos de configurar la autonomía municipal sin apelar a la técnica de la garantía institucional. Así, recientemente, MAURER, partiendo de la dicción literal de la norma del artículo 28-2.º GG, afirmaba la necesidad de considerar a la autonomía municipal como un verdadero derecho subjetivo, cuyo contenido, al venir descrito en el mismo texto constitucional, impediría su total disponibilidad por parte del legislador. Se darían en este caso, según este autor, todos los elementos estructurales de un derecho subjetivo en lo que se refiere a su titular, los municipios; a su objeto, la regulación de los asuntos de la comunidad local bajo propia responsabilidad, y a sus destinatarios, el Estado y los demás poderes públicos. Las posibilidades procesales de defensa (recurso contencioso-administrativo y recurso constitucional) vendrían a corroborar la necesidad de considerar a la autonomía municipal como un verdadero derecho subjetivo de las corporaciones locales (63).

También entre nosotros, y en estos últimos años, se ha defendido el abandono de la teoría de la garantía institucional en la explicación de la configuración constitucional de la autonomía municipal. Así, AJA ha propuesto la consideración de esta última como un «principio constitucional» orientador del Ordenamiento y desarrollado por el legislador en una multiplicidad de reglas concretas (64). Recientemente, otro constitucionalista, GARCÍA MORILLO —cuya inesperada y prematura desaparición ha truncado una brillante carrera—, rechazaba igualmente la explicación de la autonomía local a partir de la garantía institucional y propugnaba la consideración de aquélla como una «garantía constitucional», donde se encontrarían ya diseñados sus rasgos constitucionales básicos. Dicha garantía no se limitaría, pues, a la mera existencia de la institución, sino que comprendería también la dotación a los titulares de la autonomía de los medios necesarios que hiciesen posible el cumplimiento de la función que constitucionalmente tienen asignada (65).

miento», cit., págs. 492-493; LÓPEZ GONZÁLEZ, *Legitimación de las corporaciones locales para recurrir en amparo*, «Rev. Española de Derecho Administrativo», 38, 1983, págs. 429 y ss.; SALAS, *La defensa directa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, «Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica», 245, 1990, págs. 9 y ss.; L. MARTÍN-RETORTILLO, «Las corporaciones locales y el recurso constitucional de amparo», en *Organización Territorial del Estado*, cit., págs. 1965 y ss. RODRÍGUEZ ZAPATA, «La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios», en *La Provincia en el sistema Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 465-490.

(63) MAURER, *Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung*, «DVBl», 1995, págs. 1037 y ss., en concreto págs. 1041-1045.

(64) AJA, «Configuración constitucional de la autonomía municipal», en *Informe sobre el gobierno local*, MAP-Fundació Pi-Sunyer, Madrid, 1992, págs. 43-66, en especial págs. 61 y ss.

(65) GARCÍA MORILLO, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Diputa-

A pesar de su originalidad, no parece que estas propuestas puedan sustituir con éxito a la técnica de la garantía institucional como explicación acabada de la función de la autonomía municipal en el sistema constitucional (66). Muchas de las críticas a la técnica de la garantía institucional basadas en la dificultad de delimitación de su contenido mínimo o esencial podrían perfectamente solventarse recordando la naturaleza de concepto jurídico indeterminado que dicho contenido tiene y que puede ser determinable —en la línea de nuestra jurisprudencia constitucional— echando mano de las posibilidades interpretativas que el mismo texto de la Constitución y la naturaleza de la institución nos proporcionan. Sea como fuere, el mismo problema de delimitación se plantearía si, abandonando la categoría de la garantía institucional, considerásemos a la autonomía municipal como un verdadero derecho fundamental, como un derecho subjetivo, como un principio constitucional o como, en fin, una garantía constitucional. Por lo demás, ha de recordarse que el ámbito de protección que la técnica de la garantía institucional proporciona a la autonomía municipal no se circunscribe a su contenido mínimo o esencial, sino que, por la incidencia en este campo de otros principios constitucionales, abarca también el «halo» o ámbito exterior al «núcleo duro» de la institución, donde, precisamente, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, pueden ser muy eficaces las antes aludidas técnicas complementarias de protección (67).

ción de Barcelona-M. Pons, Barcelona, 1998, págs. 17 y ss., especialmente págs. 34-44. Crítico con la incorporación de la categoría de la garantía institucional al ámbito local había sido ya antes ESTEVE PARDO, *Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local*, «Rev. Española de Derecho Constitucional», 11, 1991, págs. 125 y ss. Vid. también CARBALLEIRA, cit., págs. 105 y ss.

(66) Muy significativamente, escribe GARCÍA MORILLO que «ciertamente, esta catalogación conceptual como garantía constitucional no añade, en principio, nada a la que pudiera otorgarse como garantía institucional...» (cit., pág. 36).

(67) Vid. ORTEGA, «La garantía institucional y las competencias locales», en *Informe*, cit., págs. 355-361, con crítica a la posición de AJA (págs. 356-358). En el sentido del texto, vid., igualmente, la posición de PAREJO en su *comunicación* contenida en GARCÍA MORILLO, *La configuración*, cit., págs. 53 y ss., que cita, muy oportunamente, la sentencia alemana *Rastede*, analizada en este trabajo.

IV. LAS REVISIONES MODERNAS DEL CONTENIDO DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

*El punto de partida: la noción de asuntos locales y su crisis.
Los intentos revisores del contenido de la autonomía municipal:
la «concepción funcional de la autonomía municipal» (ROTTERS);
la «nueva concepción dogmático-constitucional de la autonomía
municipal» (BURMEISTER)*

Como acabamos de ver, toda la construcción dogmática y jurisprudencial del principio de la autonomía municipal se ha basado mayoritariamente en la brillante idea de la garantía institucional, complementada, eso sí, con otras técnicas de protección. Hemos podido constatar también cómo el campo propio de la garantía institucional de la autonomía municipal ha venido siendo fijado tradicionalmente en la gestión por parte de los municipios, y bajo su propia responsabilidad, de una serie de asuntos de los que se predicaba su carácter local. Así pues, la que se puede denominar concepción tradicional de la autonomía municipal ha quedado vinculada a la necesaria existencia de una gestión efectiva e independiente de una serie de asuntos llamados locales, y esta circunstancia se ha considerado el contenido mismo, y mínimo, de aquélla garantizado constitucionalmente.

Sin embargo, como es sabido, la doctrina jurídico-pública no ha dejado de advertir la inexistencia de asuntos locales «por naturaleza», introduciendo así una matización importante en la concepción clásica de la autonomía municipal, a la vez que ha puesto de manifiesto el proceso de continuo desapoderamiento de competencias propias de las entidades municipales en favor de otras Administraciones que se está produciendo en el Estado industrial de nuestros días. Se ha hablado, en este sentido, de la continua pérdida del carácter local (*Entörtlichung*) de muchos asuntos, con la inmediata consecuencia de su asunción por parte de Administraciones superiores (*Hochzonung*), y del paralelo vaciamiento del ámbito autónomo de gestión municipal (68).

Esta situación de pérdida de sustancia de la garantía institucional de la autonomía municipal, producida por este fenómeno de *Entörtlichung*, ha colocado a la doctrina ante una disyuntiva funda-

(68) Cfr. SOSA, cit., pág. 3203; PAREJO, *Garantía*, cit., págs. 73-74; STERN, *Der Staat*, cit., pág. 871; «Die Verfassungsgarantie», cit., págs. 207-208; SCHMIDT-ASSMANN, «Kommunalrecht», cit., pág. 17. Ya antes el fenómeno había sido advertido por U. SCHEUNER, *Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung*, «Archiv für Kommunalwissenschaften», 1973, págs. 1 ss., en concreto págs. 23-25. Entre nosotros, la referencia obligada es la obra de F. ALBI, *La crisis del municipalismo*, IEAL, Madrid, 1966.

mental: aceptar, adaptándolo, el concepto tradicional de la autonomía municipal, que, en todo caso, exigiría la presencia, por mínima que sea, de una gestión autónoma de asuntos locales, o, por el contrario, ofrecer una nueva concepción de aquélla, desvinculada ya de la necesidad de dicha gestión. Veamos a continuación, en este último sentido, las propuestas de estas posiciones revisoras del entendimiento tradicional de la autonomía municipal.

La primera de ellas ha sido la denominada «concepción funcional de la autonomía municipal», defendida por ROTERS (69), en donde ésta se disuelve, en esencia, en una mera ejecución conjunta de las tareas públicas con las demás Administraciones territoriales. El texto del artículo 28-2.º de la Ley Fundamental —señala nuestro autor— debe ser interpretado como referido a los «asuntos de la comunidad local» y no a los «asuntos locales»; el atributo «local» no se refiere a los «asuntos» o materias, sino, por el contrario, a la «comunidad». De otro lado, de la constatación de que el ámbito funcional del municipio aparece integrado en la estructura administrativa del Estado, deriva nuestro autor la consecuencia de que la ejecución de funciones estatales es también un «asunto de la comunidad local». Hoy en día —advierte ROTERS—, apenas existen asuntos que puedan ser gestionados por una sola Administración y, en este sentido, el concepto de «asuntos de la comunidad local» sólo puede referirse, por consiguiente, a la realización de una serie de *funciones* en el marco de un proceso de decisión más amplio y como parte de la división del trabajo entre Administraciones públicas. Así pues, y en virtud de esta situación, lo que de la expresión «asuntos de la comunidad local» podría derivarse sería, en definitiva, la existencia de un derecho de participación, con las otras Administraciones públicas, en la gestión de los asuntos públicos, convertidos así en «tareas comunes» (*Gemeinschaftsaufgaben*) a realizar en forma de condominio entre todas ellas. En consecuencia, la norma del artículo 28-2.º GG no sería susceptible de venir entendida como la garantía de la existencia de un bloque competencial sobre materias específicas, sino que, más bien, traduciría la exigencia de participación e intervención del nivel municipal, de acuerdo con el principio de la división del trabajo, en el proceso de ejecución y desarrollo de las tareas públicas (singularmente en materia de planificación y de ejecución normativa). En definitiva, y

(69) *Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen*, Kohlhammer-Deutscher Gemeindeverlag, 1975; *GG-Kommentar* (ed. I. VON MÜNCH), tomo II, artículo 28, Beck, München, 1983; «Die Beteiligung der Kommunen an höherstufigen Entscheidungsprozessen», en *Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis* (ed. G. PÜTTNER), tomo I, cit., págs. 288-298; *Kommunale Spitzenverbände und funktionales Selbstverwaltungsverständnis*, «DVBl», 1976, págs. 359-365.

desde el punto de vista competencial, la autonomía municipal acaba identificándose para ROTERS en un derecho de audiencia o de codecisión en un nivel supralocal en todos aquellos casos que sean relevantes para los municipios.

La expresión «bajo propia responsabilidad», que luce también en la disposición constitucional, viene interpretada por ROTERS de una forma muy particular, coherente, por lo demás, con las premisas de las que parte. En efecto, nos señala nuestro autor que en la realidad constitucional apenas encontramos ámbitos para una responsabilidad municipal propia, ya que las Administraciones públicas han de renunciar, en gran medida, a su propia responsabilidad en favor de una colaboración más estrecha entre ellas. Si la gestión «bajo propia responsabilidad» apenas puede encontrarse en el entramado administrativo de la realidad social, ¿cuál sería entonces su campo específico?, ¿cuál sería, en definitiva, el significado de la expresión «bajo propia responsabilidad»? ROTERS localiza, naturalmente, la «gestión bajo propia responsabilidad» en el interior de los correspondientes procesos de decisión cuando éstos no estén totalmente reglados, esto es, cuando exista un margen de decisión propio en manos de la entidad municipal (70).

Más conocida entre nosotros es la posición de BURMEISTER, propuesta como una «nueva concepción dogmático-constitucional de la autonomía municipal» que también constituye una revisión total de la tesis clásica sobre la misma, montada, como ya sabemos, sobre la necesaria existencia de una garantía competencial de los municipios sobre los asuntos locales; garantía protegida, al igual que los derechos fundamentales, por una reserva de ley, la cual, a su vez, encontraría su límite de intervención en el contenido esencial de la institución (*Wesensgehaltssperre*) (71).

Dado el eco que, particularmente en la doctrina española, han tenido las tesis del autor alemán, me permitiré exponer las mismas con algún detalle (72).

(70) Cfr. la posición de ROTERS, en *Kommunale Mitwirkung*, cit., págs. 30-35; *GG-Kommentar, Art. 28*, cit., págs. 216, 222-223, 229, 245-247; *Kommunale Spitzenverbände*, cit., págs. 362-364.

(71) Las tesis de BURMEISTER están expuestas en su obra *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie*, Verlag Vahlen, München, 1977. La exposición por el autor de la concepción clásica de la autonomía municipal en págs. 2 a 32.

(72) Cfr. una exposición de las mismas en PAREJO, *Garantía institucional*, cit., págs. 97 y ss.; EMBID IRUJO, *Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal*, cit., págs. 456-459. Una descripción general de las nuevas concepciones de la autonomía local puede verse también en OLIVEIRA, *Direito das autarquias locais*, Coimbra Editora, 1993, págs. 147 y ss. En la doctrina francesa se ha hecho eco de la posición de BURMEISTER, AUTEXIER, *L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République*, «Rev. de Droit Public», 3, 1981, págs. 581

Al igual que ROTERS, cree BURMEISTER más correcto interpretar la norma constitucional en el sentido de que se está refiriendo a «todos los asuntos de la comunidad local» antes que a «todos los asuntos locales de la comunidad». El término «local» es, pues, para nuestro autor, una caracterización del conjunto de personas que se ven afectadas por la actividad del municipio en su esfera jurídica o en su círculo de intereses. De ello deduce que a los municipios se les deben conceder competencias de participación allí donde la realización de funciones sea de interés inmediato para la comunidad local, siendo indiferente el que dichas funciones tengan también una relevancia supralocal. Y ello porque, para BURMEISTER, la norma constitucional no contiene ni una garantía de un sustrato material de funciones denominadas «locales», ni una limitación de la competencia municipal a funciones de exclusiva relevancia local; lo que la norma constitucional garantiza es, en su opinión, un derecho de intervención de los municipios en todos aquellos casos en los que los intereses de la comunidad local se vean de alguna forma afectados (73).

Dado el permanente solapamiento del ámbito de actuación municipal con intereses supralocales, la idea de un poder municipal de decisión independiente de otros sujetos administrativos pasaría por alto, según BURMEISTER, la realidad y los condicionamientos de la Administración de nuestros días. El principio de la competencia general de los municipios no se identifica, por ello, con el reconocimiento de un principio de competencia municipal exclusiva, sino, más bien, con la participación en procesos de decisión supralocales cuando los asuntos afecten a los intereses de la comunidad local. Esta continua imbricación de lo local con lo supralocal lleva a nuestro autor a afirmar, frente a la concepción tradicional de la autonomía municipal como una garantía competencial, que dicha autonomía debe venir, más bien, considerada como un determinado tipo de actuación administrativa o, mejor, como una determinada forma de realización de las tareas administrativas (74). Con lo cual, dicho sea de paso, BURMEISTER disuelve prácticamente el principio constitucional de la autonomía municipal en una simple forma organizativa de realización de las funciones administrativas.

En esta línea de pensamiento, advierte el autor alemán que los

ss., en particular págs. 612-615, donde llega incluso a afirmar que «*la convergence du diagnostic de J. Burmeister avec les analyses françaises est impressionante*» (pág. 615).

(73) *Op. cit.*, págs. 70-75. BURMEISTER, después de constatar el avanzado proceso de *Entörtlichung* de muchos asuntos, afirma que el abandono de la caracterización «local» como criterio delimitador de la competencia municipal es una exigencia del mantenimiento de la sustancia de la garantía constitucional (pág. 73).

(74) *Op. cit.*, págs. 81-83.

municipios no son otra cosa que instituciones de la Administración del Estado entendido en su unidad (*Einrichtungen der Staatsverwaltung*), aunque sea con un particular *status* constitucional, y que, como tales, realizan tareas que forzosamente, desde su punto de vista, sólo pueden ser tareas estatales. Ello le hace concluir que, fuera del campo de la Administración estatal, no es posible singularizar una categoría de asuntos o tareas que serían originariamente propios de la autonomía municipal y cuya disposición le estaría vedada por la norma constitucional al que nuestro autor denomina titular de la potestad organizativa en el campo del Ejecutivo (75).

A partir de las premisas anteriores, la garantía institucional de la autonomía local gana —según BURMEISTER— un significado totalmente diferente al de la concepción clásica al venir considerada como el «fundamento de la totalidad de la estructura administrativa estatal» (*allumfassendes Fundament des gesamtstaatlichen Verwaltungsaufbaus*). Desde esta perspectiva, dicha garantía se traduciría en el establecimiento de un principio estructural de la organización del Estado consistente en que los municipios se verían colocados como la «instancia de ejecución» básica de todas las tareas administrativas (76). El significado de la norma del artículo 28-2.º GG residiría, precisamente —en opinión de nuestro autor—, en que para la realización de esa función general de ejecución a los municipios se les garantizaría el derecho a la autonomía, esto es, el derecho a tomar decisiones bajo propia responsabilidad sobre el modo y manera del cumplimiento de dicha función. Consecuentemente, para BURMEISTER, la autonomía no se traduce en una garantía competencial referida a un determinado catálogo de funciones, sino que, más bien, se manifiesta en la garantía de una determinada forma o tipo de Administración (*institutionelle Garantie eines bestimmten Verwaltungstypus*); la garantía de la autonomía constituye, en definitiva, para el autor alemán, una garantía institucional de ejecución administrativa descentralizada en el interior de la estructura administrativa del Estado, ejecución que, como BURMEISTER recuerda reiteradamente en su obra, no se refiere, únicamente, a un catálogo delimitado de tareas administrativas con exclusivo significado local, sino que abarca, y de manera principal, todas las tareas estatales. El contenido protegido de la garantía se identificaría, precisamente, con la necesaria discrecionalidad sobre el modo de actuación del municipio en la ejecución de dichas tareas. Y si, por razones de necesidad de una ejecución unitaria de la ley, determinadas competencias de los municipios tu-

(75) *Op. cit.*, págs. 97-100.

(76) *Op. cit.*, pág. 105.

viesen que ser trasladadas a un nivel administrativo superior, a éstos se les debería reconocer un derecho de audiencia o de codecisión en dicho nivel supralocal (77).

La mencionada existencia en el sistema alemán —art. 93-1-4.b) GG— de un recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) en manos de los municipios para defensa de su derecho a la autonomía, hace que BURMEISTER se plantee también el problema de si ello puede constituir un argumento en contra de sus tesis, ya que podría afirmarse que la GG habría considerado dicho derecho como un verdadero derecho fundamental y, en este sentido, habría colocado a los municipios fuera de la estructura estatal. Nuestro autor niega que, en este caso, estemos ante un supuesto de violación de un derecho fundamental o ante un supuesto de control abstracto de normas, sino que, por el contrario, afirma que nos hallamos ante un supuesto semejante al del conflicto entre la Federación y los *Länder* (previsto en el art. 93-1-3 GG); sólo que aquí dicho conflicto se plantearía entre la Federación y los *Länder*, por un lado, y los municipios, por otro. Ello, nos dice BURMEISTER, es más correcto desde la óptica del artículo 28-2.º GG, en la medida en que allí no se garantiza un derecho al ejercicio de determinadas competencias, sino un derecho de defensa contra limitaciones desproporcionadas, esto es, no justificadas por el interés general, de la posibilidad de libre configuración de los municipios sobre el modo y manera de la ejecución de las tareas administrativas a ellos atribuidas (78).

(77) Todas estas consideraciones en págs. 104 a 113 y 187-188. De la afirmación, ya aludida en el texto, de que la Administración municipal es parte integrante de la Administración estatal extrae BURMEISTER la consecuencia de que no es sostenible, desde un punto de vista constitucional, la diferenciación entre campo propio de actuación de los municipios y campo de actuación delegado o transferido (pág. 116). La GG, al hacer de los municipios parte integrante del Estado, ha considerado que sus funciones son siempre funciones estatales que les han sido transferidas, siempre como propias, para su ejecución (pág. 117). En el ámbito de actuación municipal sólo sería posible una diferenciación entre funciones voluntarias y funciones obligatorias. Sobre estas ideas, vid. también págs. 116-117, 124-125, 129-130 y 132. En todo caso, BURMEISTER advierte que la inexistencia de un núcleo inviolable de competencias municipales no quiere decir que el legislador sea totalmente libre en el proceso de atribución competencial. Justamente, según él, el principio de competencia general de los municipios, garantizado por el artículo 28-2.º GG, exige que sólo en el caso de existencia de intereses estatales superiores, especialmente en el supuesto de carga excesiva para la capacidad de gestión municipal, pueda acordarse una transferencia competencial a niveles superiores (págs. 143-144).

(78) *Op. cit.*, págs. 180-188. Afirma BURMEISTER que, en la medida en que el legislador debe motivar todo desplazamiento competencial a un nivel administrativo superior, los municipios están perfectamente legitimados para combatir la suficiencia de esa motivación; en todo caso, cualquier limitación del campo competencial municipal —vuelve a recordar el autor— fundamenta una pretensión de compensación de la misma en la forma de una participación en las decisiones de los niveles administrativos superiores (págs. 196-198). Por el contrario, las transferencias a los municipios no son recurribles; el principio de competencia general no es sólo un derecho a la competencia, sino también una obligación de ejercerla. No obstante —señala BURMEISTER—, si con la transferencia competencial se viese afectada la capacidad de gestión del municipio, habría que reconocer la posibili-

V. LA CRÍTICA DE LAS TESIS REVISORAS DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL
*Panorámica general: la crítica de KNEMEYER. El «modelo de compensación» de BLÜMEL y la «garantía sustancial no descrita» de GRAWERT.
La sentencia Rastede del Tribunal Constitucional alemán*

Las tesis revisoras de la concepción tradicional de la autonomía municipal que acaban de exponerse han sido sometidas a una severa crítica por la misma doctrina alemana, donde siguen siendo ampliamente minoritarias. De ROTERS se ha dicho que el intentar reducir la autonomía municipal a un mero derecho de participación va mucho más allá de lo que permite una correcta interpretación del texto constitucional y, además, no tiene en cuenta la función de desarrollo democrático que aquélla debe desempeñar. Toda esta teorización —afirman los críticos— sería más bien propia de un Estado centralista (79).

Quizás haya sido KNEMEYER el que, traduciendo un sentir generalizado, se haya distinguido más por la contundencia de su crítica, la cual podría resumirse de la forma siguiente:

— La reducción de la autonomía local a un mero derecho de participación no puede llevarse a cabo sin una previa modificación constitucional.

— La legitimación democrática de la autonomía municipal exige una actuación «bajo propia responsabilidad» e impide degradarla a una mera función técnico-administrativa.

— La gestión por los vecinos de sus propios asuntos se convierte en imposible si sólo se les concede un mero derecho de participación, y no la posibilidad de decisión autónoma sobre los mismos.

dad de recurrir tal transferencia a través de lo que el autor denomina una *Funktionsgewährleistungsanspruch*, una pretensión de garantía del ejercicio de las correspondientes funciones (págs. 199-200).

(79) Vid. STERN, *Der Staat*, cit., pág. 872; «Die Verfassungsgarantie», cit., págs. 208-209. ULLRICH, *Kritik am sogenannten funktionalen Selbstverwaltungsverständnis*, «DöV», 1978, págs. 73 y ss., afirma, frente a la postura «funcional» de ROTERS, que lo que sean «asuntos locales» es perfectamente determinable a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (pág. 76); de otro lado, niega también que sea utilizable el argumento de la falta de capacidad de gestión municipal para abandonar el concepto clásico de lo que debe ser la autonomía. La falta de capacidad de gestión viene desmentida en el caso de los grandes municipios y, si existe desproporción entre las funciones a realizar y dicha capacidad, ello no debe forzosamente suponer una pérdida competencial ya que la situación puede encontrar solución mediante el otorgamiento de los adecuados medios financieros (pág. 75). En este último sentido se ha pronunciado también LOSCHELDER, en la recensión a la obra de ROTERS, «DöV», 1976, págs. 500-501. Vid. también un resumen crítico en PIELOW, *Autonomía local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland*, Verlag Vahlen, München, 1993, pág. 231. En la misma línea crítica, BROHM, *Die Selbstverwaltung der Gemeinden im Verwaltungssystem der Bundesrepublik*, «DVBl», 1984, págs. 293 y ss., en particular pág. 296, donde afirma claramente que la posición «funcional» no es compatible con la Constitución ni con las funciones esenciales de la autonomía local.

— Los conceptos de federalismo y descentralización girarían en el vacío al no tenerse en cuenta la separación, constitucionalmente prevista, entre funciones y ámbitos de actuación de la Federación, los *Länder* y los municipios. El modelo constitucional no es un modelo centralista, sino la tensión saludable —señala KNEMEYER— entre sistemas autónomos (80).

Todas estas críticas han sido extendidas también, con la misma contundencia, a las tesis de BURMEISTER, antes expuestas, por su semejanza con las de ROTERS (81). Refiriéndose concretamente a ellas, ha señalado KNEMEYER que toda interpretación, todo cambio de sentido, de la autonomía municipal ha de realizarse en el marco del texto constitucional y no al contrario; si así se hiciese —continúa este autor— estaríamos ante una radical transformación de la institución que afectaría a su contenido esencial y exigiría, por ello, una revisión de la Constitución. El artículo 28-2.º GG —concluye— garantiza expresamente el derecho a la gestión de todos los asuntos de la comunidad local, y la garantía de un derecho sólo se consigue mediante la exclusión de otros sujetos administrativos del conocimiento o gestión de aquéllos (82).

Sin abandonar la concepción clásica de la autonomía municipal, y ante el progresivo vaciamiento de las competencias municipales, propuso BLÜMEL, en la reunión de 1977 de la Asociación de profesores alemanes de Derecho público, la adopción de lo que él mismo denominaba como «modelo de compensación» (*Kompensationsmodell*). Según este modelo, al lado de un «núcleo intocable» de funciones propias, a los entes municipales se les debe reconocer, a título de compensación, un derecho a participar en todas aquellas funciones que, por fuerza de las nuevas condiciones, hayan pasado a niveles administrativos superiores. Ello puede suponer también —señalaba BLÜMEL— que, en determinados campos, se produzca la aparición de «tareas comunes» (*Gemeinschaftsaufgaben*) que prefiguren una auténtica Administración en forma de condominio entre Estado y municipios (83).

(80) KNEMEYER, «Kommunale Selbstverwaltung im Wandel», *Festschrift für H. U. SCUPIN*, Duncker-Humblot, Berlín, 1983, págs. 797 y ss., en concreto págs. 803-806. También en «Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise», en *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, cit., págs. 216-217.

(81) Cfr. STERN, *Der Staat*, cit., pág. 875; RICHTER, *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie?*, «DVBl», 1978, págs. 783 y ss., que afirma contundentemente que las tesis de BURMEISTER conducen a una «desvalorización de la autonomía municipal» (pág. 785). También crítica la recensión de SCHULTE, en «DVBl», 1978, págs. 825-827.

(82) KNEMEYER, «Kommunale Selbstverwaltung im Wandel», cit., págs. 807-809.

(83) BLÜMEL, *Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart*, «VVDStRL», 36, 1978, págs. 171 y ss.; en concreto, vid. págs. 244-251; *Wesensgehalt*, cit., pág. 280.

En la citada reunión de 1977, el segundo ponente (GRAWERT) ponía de manifiesto, por su parte, algo que ha venido siendo característico, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, en las críticas a ROTERS y BURMEISTER, y es el subrayar que el carácter político, el carácter democrático, de los municipios exige la existencia de un campo propio de decisión autónoma que debe diferenciarse de los meros derechos de participación. Para GRAWERT, la norma constitucional contiene, en definitiva, una «garantía sustancial no descrita» (*unbeschriebene Substanzgarantie*) que ampara las decisiones bajo propia responsabilidad. Aunque la naturaleza de esta garantía no permite, de entrada, establecer su contenido (de ahí el calificativo de «no descrita»), sí que posibilita —advierte GRAWERT— una determinación posterior de un importante campo de asuntos propios de los entes municipales (84).

Así pues, en definitiva, las tesis de ROTERS y BURMEISTER no han logrado imponerse a la concepción tradicional de la autonomía municipal que, con todas las adaptaciones posibles, debe siempre traducirse en la garantía de un núcleo, intocable o, si se quiere, también mínimo, de asuntos que deben ser gestionados necesariamente, bajo propia responsabilidad, por los municipios.

Esta ha sido, por lo demás, la posición del Tribunal Constitucional alemán plasmada en la conocida sentencia *Rastede*, de 23 de noviembre de 1988 (85), cuyos interesantes pronunciamientos podrían resumirse de la forma siguiente:

— El contenido esencial de la autonomía municipal se refiere a la potestad de atribuirse, sin necesidad de ningún título competencial específico, todos los asuntos de carácter local que no hayan sido transferidos por el legislador a otras instancias del poder público. Así pues, la competencia general (*Allzuständigkeit*) de los municipios sobre todos los «asuntos de la comunidad local» aparece como la esencia misma de la autonomía municipal (86).

— Fuera del núcleo de la garantía, la Constitución consagra también un principio constitucional de distribución competencial (*Auf-*

(84) GRAWERT, en «VVDStRL», 36, cit., págs. 277 y ss.; en concreto, por lo que se dice en el texto, págs. 292-295 y 381.

(85) «BVerfGE», 79, 1989, págs. 127 y ss.

(86) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, «Kommunale Selbstverwaltung "nach Rastede"», *Festschrift für H. SENDLER*, cit., págs. 130-131; CLEMENS, *Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG*, cit., págs. 837-838; PIELOW, *Autonomía local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland*, cit., págs. 235-241; SCHOCH, *En relación a la situación de la autonomía local tras la «sentencia RASTEDE» del Tribunal Constitucional Federal*, «Documentación Administrativa», 234, 1993, págs. 281 ss.

gabenverteilungsprinzip) en relación con los asuntos de la comunidad local que debe ser respetado por el legislador al distribuir competencias (87).

— El legislador sólo puede sustraer a los municipios una competencia con marcado carácter local por motivos de interés general, sobre todo si no fuese posible asegurar de otro modo el ordenado cumplimiento de dicha competencia. En esta actuación debe reconocerse al legislador un margen de apreciación (*Einschätzungsspielraum*). En todo caso, el Alto Tribunal alemán se apresura a advertir que motivos de índole administrativa, económica o de ahorro no justifican, por sí mismos, un desplazamiento de competencias municipales a instancias superiores; dicho desplazamiento sólo sería posible si el ejercicio de la competencia en el nivel municipal conllevase un crecimiento desproporcionado de los costes. Y esto es así porque la Constitución contrapone a las consideraciones de carácter meramente económico el elemento político-administrativo de la participación de la ciudadanía local en el desarrollo de las funciones públicas, dándole a éste la primacía. Así pues, el que otras instancias, distintas de la municipal, pudiesen ejercer de forma más económica las correspondientes competencias no legitima ni justifica, al menos en principio, el que se prive de su ejercicio a las entidades municipales.

En conclusión, pues, la garantía de la autonomía municipal exige, en todo caso, la existencia de la gestión de unos asuntos como propios por parte de los municipios. Pero es que, además, desde la perspectiva teórica expuesta, la competencia general de los municipios aparece —a mi modo de ver correctamente— como la esencia misma de su autonomía. Sobre este punto volveré, aunque muy brevemente, al final de estas páginas.

VI. CONSIDERACIONES FINALES:

EL DEBATE TEÓRICO SOBRE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y EL SISTEMA ESPAÑOL

Los componentes de la garantía institucional: la necesidad de existencia de competencias propias.

Una reflexión final sobre la cláusula general de competencia municipal y la especial posición de los entes municipales respecto de las leyes

Prácticamente todos los aspectos del rico debate teórico expuesto pueden ser trasladados con aprovechamiento cierto a la concreta realidad de nuestro sistema local actual. No se trata ahora, natural-

(87) Cfr. nota 53.

mente, de proceder a un análisis pormenorizado del Ordenamiento local español, lo que, por supuesto, desbordaría el marco que se han fijado estas líneas, sino, más sencillamente, de recordar, en esquema, algunos de sus puntos esenciales susceptibles de ser contrastados con la aportación teórica hasta el momento analizada.

Como se encargó de recordarnos el Tribunal Constitucional en su sentencia 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 1.º), lo organizativo y lo competencial son componentes necesarios de la garantía institucional de los entes locales. En el Derecho español, lo organizativo viene encuadrado por una serie de características que nos recuerdan lo expuesto antes de manera general en estas páginas. En esencia, dichas características organizativas serían las siguientes: 1.ª La organización de la autonomía debe tener carácter democrático (arts. 140 y 141 CE, art. 19.2.º LBRL). 2.ª El gobierno local se produce «bajo la propia responsabilidad» (art. 7.2.º LBRL) (88); característica íntimamente conectada con la anterior y también con el aspecto competencial de la garantía. 3.ª Técnicamente, los municipios, las provincias y las islas se articulan como Administraciones públicas de carácter territorial y corporativo, dotadas de las potestades inherentes a las Administraciones públicas (art. 4.1.º y 2.º LBRL). 4.ª La potestad de autoorganización local está implícita en el mismo concepto de autonomía. La Ley Básica de 1985 —art. 4.1.º.a)— se ha limitado a reconocer tal realidad. Se trata, en todo caso, de una potestad de autoorganización no plena, delimitada por la normación básica estatal y por la normación autonómica. A este respecto debe recordarse que la sentencia 214/1989 (FJ 6.º) del Tribunal Constitucional advirtió que en el ejercicio de tal potestad ha de tenerse en cuenta el espacio normativo reservado para las Comunidades Autónomas, que primará sobre los Reglamentos orgánicos complementarios de los municipios, sin que, por otro lado, la potestad organizativa local pueda ser totalmente desconocida por las normas estatales o autonómicas (89).

En lo que respecta al aspecto competencial de la garantía institucional me limitaré en estas páginas a referirme concretamente, y

(88) Característica compatible con la existencia de controles de legalidad de carácter concreto (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, y 27/1987, de 17 de febrero) y con técnicas de articulación con otros entes (Tít. V, Cap. II, LBRL). Sobre el tema del control, vid. las interesantes reflexiones de TORNOS, «La actividad de control sobre los entes locales», en *Informe*, cit., págs. 97 y ss., en especial págs. 112 y ss., y bibliografía allí citada.

(89) Cfr. PAREJO, *La potestad de autoorganización de la Administración Local*, «Documentación Administrativa», 228, 1991, págs. 13 y ss.; crítico con la sentencia en págs. 26 y ss. También FANLO, voz «Reglamento orgánico», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 5734-5736. Cfr., en el mismo sentido, el voto discrepante del magistrado DÍAZ EIMIL a la mencionada sentencia 214/1989, donde se afirma que «la naturaleza supletoria y residual de esa competencia autonómica viene necesariamente determinada por la garantía de la autonomía municipal».

para finalizar, a la cláusula general de competencia municipal prevista en el artículo 25.1.º de la Ley Básica de 1985, sin entrar ahora a analizar el papel que al legislador, estatal y autonómico, le cumple jugar en el proceso de atribución competencial a los municipios. Sobre este punto me gustaría, con todo, dejar sentado que, en mi opinión, el legislador no posee en este campo una total discrecionalidad en la medida en que, tal como se ha podido deducir del debate teórico analizado, la garantía institucional de la autonomía municipal exige, en todo caso, la existencia de verdaderas competencias propias en manos de los municipios. A partir de la misma norma del artículo 137 de nuestra Constitución no creo que fuese posible construir un sistema local únicamente sobre la base de competencias delegadas o, menos todavía, sobre la mera concesión de derechos de audiencia o participación de los municipios en procesos de decisión en instancias administrativas superiores (90). Desde esta exigencia es como debería interpretarse el listado de materias del artículo 25.2.º de la Ley de 1985 (91), aunque las competencias derivadas del mismo hayan de ejercerse necesariamente «en los términos» de la correspondiente legislación, lo que las diferencia, por lo demás, de las derivadas de la cláusula general del artículo 25.1.º, a la que, como acabo de indicar, me referiré a continuación.

El municipio ha de actuar en el marco y de acuerdo con las leyes, entre las cuales se incluye, obviamente, la Ley Básica de 1985, cuyo artículo 25.1.º contiene, como se sabe, una cláusula general de competencia a su favor, siempre, claro está, que el ejercicio de esta competencia general tenga por finalidad la de contribuir «a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». Lo que me interesa subrayar aquí, antes que nada, es que la existencia de esta cláusula general se halla sólidamente anclada en el mismo texto constitucional, pues ha de recordarse que el artículo 137 CE otorga también a los municipios la autonomía para la gestión de sus propios intereses, sin referencia expresa a la necesidad de una ley previa

(90) Ya la sentencia 4/1981 había advertido que la gestión de sus intereses «exige que se dote a cada Ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer su interés respectivo» (FJ 3.º).

(91) Cfr. L. ORTEGA, *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, Madrid, 1988, págs. 99 ss.; «Las competencias propias de las corporaciones locales», en *Tratado de Derecho municipal* (dir. MUÑOZ MACHADO), tomo I, Civitas, Madrid, 1988, págs. 185 y ss.; «La garantía institucional y las competencias locales», cit., págs. 360-361, donde critica la posición de FONT («Las competencias locales», en *Informe*, cit., pág. 75) sobre la relativización de la importancia que juega la noción de competencia propia en la configuración de la autonomía de los entes locales. FONT reconoce, con todo, que las competencias propias y exclusivas son una exigencia de la autonomía; lo que sucede es que, para él, la legislación básica no ofrece suficiente cobertura a esta forma de atribución competencial (pág. 76). Es esto, precisamente, lo discutible de la posición de este autor.

que, en cada caso, los especifique. Esta circunstancia pone, precisamente, de manifiesto la peculiaridad de la posición de los municipios respecto de las leyes, en la medida en que no sólo pueden llevar a cabo lo que aquéllas expresamente les permitan, sino también todo aquello que afecte al ámbito de sus intereses propios, aun en el supuesto de ausencia de previas regulaciones legales (92). En definitiva, pues, la cláusula general se traduce en una de competencia de carácter residual en manos de los municipios para desarrollar toda clase de actividades que consideren de interés para su comunidad, siempre, claro está, que la ley no haya ocupado el correspondiente ámbito de actuación, reservándose a otra Administración pública en virtud de la existencia de un interés público prevalente que así lo exija (93). Es, precisamente, esta peculiar posición de los municipios respecto de las leyes lo que explica que, al igual que en el Derecho alemán, pueda también hablarse entre nosotros de una verdadera «presunción de competencia» en favor de aquéllos (94). Y esta afirmación no queda, por cierto, enervada por la equívoca afirmación del artículo 25.1.º de que la actuación del municipio ha de llevarse a cabo, en todo caso, «en el ámbito de sus competencias», lo cual parecería indicar que aquélla sólo podría moverse dentro de un espacio previamente definido por las leyes. Esta interpretación no dejaría de ser contradictoria con la misma esencia de la cláusula general del 25.1.º, a la que, de hecho, vendría a anular. Si —como ha señalado acertadamente SOSA— sólo se considerase legítima la actuación municipal cuando existiesen competencias, previa y expresamente, atribuidas por las leyes, no se comprendería muy bien el significado de la norma del 25.1.º, que podría aparecer, entonces, como totalmente superflua (95). La expresión, pues, sólo puede referirse a la ya mencionada especial posición del municipio respecto del Ordenamiento

(92) Cfr., en este sentido, PAREJA I LOZANO, *Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales*, núm. 138 de esta REVISTA, 1995, págs. 107 ss., especialmente págs. 121 y ss. También, GARCÍA MORILLO, *La configuración*, cit., págs. 47-48.

(93) En este sentido, PAREJO ha hecho perfectamente admisibles en nuestro orden constitucional los principios derivados de la jurisprudencia *Rastede* del Tribunal Constitucional alemán que han sido analizados en este trabajo (vid. *comunicación*, cit., págs. 70-71).

(94) En este sentido, SOSA, «La autonomía local», cit., pág. 3217. FANLO, cit., pág. 297, ha hablado de «técnica complementaria de determinación de las competencias locales», a la que da, sin embargo, un carácter excepcional. Una posición distinta es la de ENTRENA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/2, Tecnos, Madrid, 10.ª ed., 1994, pág. 99, según el cual la cláusula general no atribuye competencias, sino que simplemente delimita la capacidad municipal.

(95) SOSA, «La autonomía local», cit., págs. 3216-3217. Este autor señala además, muy oportunamente, que en el caso de la provincia se ha recogido también la cláusula general «y es obvio que el legislador no ha querido configurar a la provincia como ente local más fuerte que el municipio, como se desprende de la posición institucional general de aquélla que es, a su vez, consecuencia de su elección indirecta».

jurídico y a la necesaria vinculación de su actividad a los intereses de la comunidad vecinal.

Es curioso observar cómo un problema interpretativo parecido al del citado inciso del 25.1.º de nuestra Ley Básica se ha planteado en la doctrina francesa con motivo de la aprobación de la Ley 83-8, de 7 de enero de 1983, relativa a la distribución de competencias entre los municipios, los departamentos, las regiones y el Estado, cuyo artículo 1.º determinó que las citadas colectividades locales gestionan «los asuntos de su competencia», con lo que parecía que, respecto de los municipios, se derogaba la cláusula general de competencia contenida ya en la vieja Ley municipal de 5 de abril de 1884, en donde sólo se aludía de forma general a «los asuntos del municipio». Si ésta ha sido la posición de alguna parte de la doctrina francesa (96), la mayoría de la misma ha defendido, sin embargo, la persistencia en el sistema local francés de la cláusula general de competencia de los municipios, afirmando que la legislación de 1983 no ha afectado a la cláusula general contenida en la Ley de 1884. En esta línea de defensa de la pervivencia de la cláusula general, no sólo se ha afirmado que la citada expresión «asuntos de su competencia» de la Ley de 1983 se refiere, simplemente, al «bloque histórico» de las competencias ejercidas hasta el presente por los municipios, sino que, de manera muy significativa para lo expuesto en estas páginas, se ha observado que la competencia de los municipios no se encuentra limitada *a priori* por las enumeraciones contenidas en las leyes. Y ello, entre otras razones, porque, como se afirma en la doctrina francesa, aquéllos han de hacer frente con rapidez a los distintos problemas que se van presentando y que afectan directamente a la comunidad vecinal, sin que tengan que esperar una eventual intervención legislativa que se lo permita expresamente (97).

En base a todas estas consideraciones, un tema interesante a analizar con algún detenimiento sería el de poner en relación, en nuestro sistema local, la competencia general de los municipios con la

(96) Así, por ejemplo, CHAPUISAT, *Les affaires communales*, «AJDA», octubre 1976, págs. 470 y ss., particularmente pág. 476; MOREAU, *Administration régionale, départementale, municipale*, 8.ª ed., Dalloz, París, 1989, pág. 3; VENEZIA y GAUDEMET, en LAUBADÈRE, *Traité de Droit administratif*, tomo I, 9.ª ed., LGDJ, París, 1984, pág. 93.

(97) BOURJOL-BODARD, *Droit et libertés des collectivités locales*, Masson, París, 1984, pág. 34; PONTIER, *Semper manet. Sur une clause générale de compétence*, «Rev. de Droit public», 100, 1984, págs. 1443 ss., en especial págs. 1468-1472, donde considera a la cláusula general como «aptitud facultativa para intervenir» (pág. 1470); MODERNE, «Etude d'un domaine sensible: la nouvelle répartition des compétences», en *La libre administration des collectivités locales*, Economica, París, 1984, págs. 99 ss., en especial págs. 108-109; ROUAULT, *L'intérêt communal*, Presses Universitaires de Lille, 1991, págs. 267-274; LACHAUME, *La commune*, LGDJ, París, 1997, págs. 22-24. Vid. también una descripción de las distintas posiciones de la doctrina francesa en FANLO, *Fundamentos*, cit., págs. 165-166.

garantía constitucional de su autonomía; análisis que, naturalmente, no puede realizarse aquí pues su desarrollo desbordaría la extensión prefijada de estas líneas. En todo caso, antes de finalizar, me gustaría dejar planteadas algunas cuestiones que sobre esta temática pueden deducirse de lo expuesto a lo largo de este trabajo. La primera se referiría a la necesidad de realzar el contenido del artículo 137 de la Constitución como fundamento directo de la competencia general municipal, de la que el artículo 25.1.º de la Ley Básica sería, en consecuencia, su simple traducción legislativa. La segunda cuestión, íntimamente unida a la anterior, versaría sobre la posible coincidencia del campo de la garantía institucional de los municipios —en su vertiente estrictamente competencial— con el de la cláusula general de competencia. Recuérdese, a este respecto, el contenido que la doctrina alemana ha dado al elemento objetivo de la garantía institucional y, sobre todo, los pronunciamientos de la ya analizada sentencia *Rastede*, que, sustancialmente, creo trasladables al caso español. La idea de un interés municipal, reconocido por la Constitución, y entendido como todo interés de la comunidad vecinal respectiva, apoyaría la posibilidad de aquella coincidencia. El conjunto de los intereses municipales o, como dice el 25.1.º de la Ley de 1985, de las «necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» constituirían, en este sentido, el campo autónomo de actuación municipal, el ámbito de la garantía institucional, en virtud de la propia norma constitucional. Ambito que, como ya hemos tenido ocasión de observar, traduce la especial posición de los municipios respecto del Ordenamiento jurídico. Sobre este ámbito autónomo de libre actuación municipal puede actuar, naturalmente, el legislador para operar, en función del interés público predominante en cada caso, cualquier desplazamiento competencial hacia las Administraciones superiores, siempre, claro está, con el límite del contenido mínimo de la garantía de dicha actuación autónoma y, sobre todo, con estricta sujeción a los principios de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad en sus diferentes manifestaciones.

Todas estas cuestiones exigirían, por supuesto, un tratamiento más detenido que aquí, por la razón expuesta, no puede llevarse a cabo. En todo caso indican, de algún modo, que el debate sobre la autonomía municipal, a pesar de la originalidad y rigor de los distintos planteamientos, no puede, ni aun hoy día, considerarse definitivamente cerrado.

