

**EL ÁMBITO DE OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE PREVALENCIA:
ALGUNAS CERTEZAS, RIESGOS INEVITABLES Y MUCHAS DUDAS. (A
PROPÓSITO DE LA DOCTRINA DERIVADA DE LA SERIE
JURISPRUDENCIAL INICIADA POR LA STC 102/2016, DE 25 DE MAYO)***

Por

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

bsetuain@unizar.es

Revista General de Derecho Administrativo 47 (2018)

RESUMEN: La STC 102/2016, de 25 de mayo inicia una serie jurisprudencial que parece revivificar la regla constitucional de prevalencia de la legislación estatal sobre la autonómica en caso de conflicto. Sin embargo, las fuertes discrepancias existente en el seno del intérprete constitucional, unidas a las numerosas incertidumbres que aún le acompaña suscitan dudas sobre su consolidación y operatividad.

PALABRAS CLAVE: prevalencia del derecho estatal, justicia constitucional.

SUMARIO: I- UNA CONSTATACIÓN TEMPRANA: LA STC 102/2016, DE 25 DE MAYO, EXPRESA UN NUEVO JUICIO SOBRE LA PREVALENCIA QUE EXCEDE EL OBJETO MATERIAL DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.- II. LA REGLA DE PREVALENCIA: REIVINDICACIÓN DESDE VARIOS ÁMBITOS FRENTE A LOS ESTRECHOS MÁRGENES RECONOCIDOS POR EL TC. EL ÚLTIMO IMPULSO FORMULADO POR ÉSTE.- III- CONDICIONES DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA. EN PARTICULAR, LA LIMITACIÓN INICIAL, POSTERIORMENTE SUPRIMIDA, A LOS SUPUESTOS DE LEGES REPETITAE: UNA GENERALIZACIÓN APARENTE NO EXENTA DE DUDAS.- 1- Primera limitación: los supuestos de inconstitucionalidad mediata sobrevenida. Posibles flexibilizaciones.- 1.1.- La nueva doctrina se refiere a supuestos de presunta inconstitucionalidad mediata por colisión entre una Ley básica estatal y una Ley autonómica, sin que parezca existir suficiente inconveniente jurídico para aplicarla a otros supuestos.- 1.2.- La nueva doctrina se ciñe a supuestos de incompatibilidad sobrevenida: la prevalencia como solución en los casos de mantenimiento del conflicto por inacción autonómica.- 2- Segunda limitación. Los supuestos de *leges repetitae*: conflicto inarmonizable entre una ley básica estatal y otra autonómica ¿de desarrollo?. Extensión de la doctrina.- 2.1.- El TC identifica los supuestos de *leges repetitae* con inejercicio competencial por parte de la Comunidad Autónoma. Las dudas más que razonables sobre este argumento.- 2.1.1.- En la hipótesis del inejercicio competencial: mandato básico estatal inserto en norma autonómica vs precepto inconstitucional por vicio de incompetencia. En ningún caso el argumento del TC explica la necesidad de aplicar la regla de prevalencia.- 2.1.2.- En la hipótesis del ejercicio

* Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación del MINECO “Los fenómenos hidrológicos extremos: inundaciones y sequías. Problemática jurídica y geográfica”. Asimismo se encuadra en el régimen de actividades del Instituto Universitario de Ciencias Ambientales de la Universidad de Zaragoza (IUCA).

competencial: una valoración correcta con la que tampoco encaja el razonamiento del TC.- 2.1.3.- La conclusión de este enredo argumentativo: el temor del TC a modificar definitivamente su doctrina sobre la prevalencia.- 2.2.- La eliminación de este límite: la amplificación de la doctrina por la vía de hecho que sigue sin explicarse razonablemente.- IV- UNA PARTICULARIDAD REMARCABLE: LA ADMINISTRACIÓN COMO OPERADOR JURÍDICO PRIMARIO PUEDE DECIDIR DIRECTAMENTE LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA AUTONÓMICA.- V. ¿Y A PARTIR DE AHORA?.- BIBLIOGRAFÍA.

OPERATIVITY OF PREVALENCE RULE: CERTAINTIES, RISKS AND DOUBTS (TAKING INTO ACCOUNT CASE-LAW INITIATED BY STC 102/2016, MAY 25TH)

ABSTRACT: STC 102/2016, May 25th, starts a jurisprudential series that seems to revive the constitutional prevalence rule. However, the discrepancies and the uncertainties, raise doubts about its consolidation and operativity.

KEYWORDS: prevalence of state law, constitutional jurisdiction.

SUMMARY: I- AN EARLY FACT: STC 102/2016, MAY 25th, EXPRESSES A NEW CONSIDERATION ABOUT THE PREVALENCE RULE.- II. THE CLAIM OF PREVALENCE RULE: NARROW SIGNS FACE LAST IMPULSE.- III- CONDITIONS OF THE NEW JURISPRUDENCE. IN PARTICULAR, THE INITIAL LIMITATION TO THE LEGES REPETITAE CASES.- 1- First limitation: mediated unconstitutionality cases. Flexibilizations.- 1.1.- The new doctrine refers to mediated unconstitutionality by collision between a basic state law and an autonomic law: no legal inconvenience to apply it to other cases.- 1.2.- The new doctrine is based on incompatibility cases: prevalence as solution in cases of autonomic inaction.- 2- Second limitation: leges repetitae cases. Extending the doctrine.- 2.1.- The TC identifies the leges repetitae cases with an autonomic competence exercise. Reasonable doubts.- 2.1.1.- No competence exercise assumption.- 2.1.2.- Competency exercise assumption. 2.1.3.- Conclusion: TC doubts to modify the prevalence doctrine.- 2.2.- The removal of this limit. IV- A REMARCABLE PARTICULARITY: THE PUBLIC ADMINISTRATION MAY DECIDE THE INAPPLICATION OF THE TERRITORIAL LAW AS A "PRIMARY OPERATOR".- V- SINCE NOW?.- BIBLIOGRAPHY

I. UNA CONSTATACIÓN TEMPRANA: LA STC 102/2016, DE 25 DE MAYO, EXPRESA UN NUEVO JUICIO SOBRE LA PREVALENCIA QUE EXCEDE EL OBJETO MATERIAL DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Hasta fechas recientes, y como consecuencia de una reiterada y controvertida doctrina del TC en este sentido, la utilización de la regla de prevalencia en caso de conflicto entre la legislación estatal y la de las Comunidades Autónomas "en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas" (art. 149.3 CE) quedaba subordinada a la intermediación del intérprete constitucional, sin que la técnica del desplazamiento admitida para las Leyes preconstitucionales contrarias a la CE (STC 4/1981, de 2 de febrero) -y que permite a los órganos judiciales apreciar esa disconformidad e inaplicarlas por si mismos- resultase operativa, ligada a este principio, en relación con las postconstitucionales. La explicación radica en el monopolio conferido a aquél para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas con rango legal,

considerándose así que el empleo de dicha regla implica de fondo un juicio de competencia que, como tal, le estaría reservado, y que determinaría la declaración de validez o invalidez de la norma correspondiente. En consecuencia, no cabía inaplicación por los órganos judiciales -y mucho menos por las Administraciones públicas- de la Ley autonómica contraria a la estatal, viéndose obligados a actuar los controles ante el TC a su alcance, con todo el recorrido procedimental y temporal que ello supone ¹.

Así las cosas, la STC 102/2016, de 25 de mayo ha supuesto un punto de inflexión en esta consolidada doctrina, en la medida en que ha admitido la utilización directa del principio de prevalencia por parte de los operadores jurídicos -Tribunales de justicia, pero también Administraciones públicas- sin intervención del intérprete constitucional. Esto se traduce en una capacidad inmediata de los mismos para inaplicar preceptos de Leyes autonómicas contrarios a la legislación básica estatal, siempre que se den inicialmente una serie de circunstancias, entre las que se destacan la condición de *leges repetitae* de los primeros en relación con el tenor original de la segunda, la falta de adaptación de la norma autonómica a las posteriores modificaciones de la legislación básica estatal, y la ausencia de cuestionamiento sobre la constitucionalidad de dichas modificaciones. La interpretación ha sido recogida con posterioridad por las SSTC 116/2016, de 20 de junio , 127/2016, de 7 de julio y 204/2016, de 1 de diciembre , y también en cierto modo, si bien *a contrario sensu*, por la 1/2017, de 16 de enero . No todas se han limitado a reproducirla, sino que alguna de ellas (la 204/2016 en particular) la ha dotado de mayor extensión formal y material.

En efecto. En un primer momento la STC 102/2016 parece pronunciarse sobre aspectos específicos de organización y funcionamiento local, dado que el objeto del recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es el Decreto 83/2013, de 6 de junio , por el que el Gobierno autonómico aprobó la fusión

¹ Aun sin detenernos ahora en las importantes particularidades que irán explicándose a lo largo del trabajo, conviene dejar claro desde el principio que la mayoría de las reflexiones en torno a la prevalencia y al giro dado por el TC a su doctrina sobre la misma van a referirse a su aplicación en supuestos de conflicto entre normas básicas estatales y normas autonómicas de desarrollo *con rango de Ley*. El TC ha formulado la interpretación que acaba de mencionarse en relación con ellas, reclamando su monopolio de control de constitucionalidad a causa de dicho rango. Por tanto, hay que entender que si el conflicto se plantea entre una norma autonómica de desarrollo de rango reglamentario y la legislación básica estatal, los órganos judiciales podrían desplazar la primera en aplicación de la regla de prevalencia, puesto que se trata de un control de legalidad que forma parte de su función. Es más, asumiendo la afirmación formulada por REBOLLO PUIG (2016, pp. 1595-1596), entendemos que la prevalencia está planteada como principio constitucional común independiente del rango de las normas: todo el derecho estatal, con independencia de qué órgano con potestad normativa sea su autor, se beneficia del mismo y prevalece sobre cualquier tipo de norma autonómica. Cosa distinta será su juego combinado con los títulos competenciales que las hayan amparado, sobre los que ha existido y sigue existiendo una importante discusión que también tendrá tratamiento en estas páginas.

voluntaria de dos municipios. Más aún, dicho recurso (interpuesto por una Concejala de uno de los municipios fusionados que votó en contra del acuerdo de iniciación del expediente de fusión) se fundamentaba en el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de junio, de la Administración local de Galicia, que fijaba como mayoría requerida para adoptar este tipo de acuerdos el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho que supusiera, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. En este caso, se había respetado el último extremo pero no el primero. La Xunta de Galicia explicó su actuación en la aplicación directa de la legislación básica en la materia. En concreto, del art. 47.2.a LBRL, cuya redacción originaria coincidía con las exigencias mantenidas en la norma autonómica pero que, tras ser modificado por la Ley 53/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, prescindió del requisito del número de hecho, condicionando la adopción del acuerdo local solo al cumplimiento de aquella mayoría absoluta. Así pues, en la fecha en que se adoptó la decisión municipal cuestionada, ya eran distintos los requerimientos de ambas normas.

Y es precisamente esto lo que pone de manifiesto que, por encima de la norma reglamentaria cuestionada y de la materia local sobre la que versa, lo que late en este caso es el conflicto entre una Ley estatal (en este caso básica) y otra autonómica (de desarrollo). De manera más concreta, sería la posible inconstitucionalidad mediata y sobrevenida del precepto de la Ley gallega la que explicaría el planteamiento de la duda ante el TC, que ya había ampliado a estos supuestos su ámbito de control de constitucionalidad al unirlos a los de inconstitucionalidad inmediata y directa². Y que, asimismo, había negado en una pluralidad de procesos semejantes la aplicación del principio de prevalencia y el desplazamiento automático del precepto autonómico anterior³, reclamando su exclusividad para enjuiciar las normas postconstitucionales con rango

² Según definición dada por el TC, se considera que existe inconstitucionalidad mediata en aquellos casos en que la infracción constitucional no deriva de la incompatibilidad directa de la norma autonómica con la CE sino de su eventual contradicción con normas infraconstitucionales dictadas por el Estado que, como delimitadoras de competencias -caso paradigmático de la legislación básica-, se constituyen en canon de constitucionalidad. Además es sobrevenida cuando, por modificación de la legislación básica, la Ley autonómica de desarrollo inicialmente ajustada a ella colisiona con el nuevo tenor. Justo lo que sucede en nuestro caso. Fue la STC 163/1995, de 8 de noviembre la que describió de forma expresa este tipo de inconstitucionalidad para incluirla en la esfera del control exclusivo del TC, influyendo de forma decisiva en la marginación de la regla del art. 149.3 CE. A la luz de esta doctrina, cualquier conflicto entre una Ley básica estatal y una Ley autonómica de desarrollo exige plantear procedimiento de control de constitucionalidad ante el TC, sin que proceda la aplicación de la misma

³ Entre otras, en las SSTC 69/1982, de 23 de noviembre , 163/1995, de 8 de noviembre , 73/2000, de 14 de marzo , 173/2002, de 9 de octubre , 1/2003, de 16 de enero , 58/2004, de 19 de abril , 162/2009, de 29 de junio , 66/2011, de 16 de mayo , 159/2012, de 17 de septiembre , 187/2012, de 29 de octubre , 177/2013, de 21 de octubre , 106/2014, de 28 de junio , o 195/2015, de 21 de septiembre .

de Ley y prohibiendo que los órganos judiciales puedan inaplicarlas por su propia autoridad, obligándoles a promover la correspondiente cuestión ante él, único fiscalizador de la constitucionalidad legal.

La importancia real de este fallo, por tanto, no va a radicar en la solución dada en relación con el precepto autonómico controvertido. Ni siquiera en sus razonamientos específicos sobre la figura de la inconstitucionalidad mediata sobrevenida, muy conocida, y también muy responsable del arrumbamiento de la regla de prevalencia. Lo que de verdad singulariza este pronunciamiento es el nuevo alcance que otorga a la cláusula en los supuestos de modificación de la legislación básica estatal que tienen como consecuencia el desajuste de la legislación autonómica de desarrollo, revivificando una regla moribunda -o directamente muerta- a causa de la actuación previa del TC. Por eso mismo, la respuesta dada se va a aplicar posteriormente a otras cuestiones que nada tienen que ver con la materia local, además de ser objeto de ampliación sucesiva en su extensión sustantiva.

II. LA REGLA DE PREVALENCIA: REIVINDICACIÓN DESDE VARIOS ÁMBITOS FRENTE A LOS ESTRECHOS MÁRGENES RECONOCIDOS POR EL TC. EL ÚLTIMO IMPULSO FORMULADO POR ÉSTE

Como acaba de decirse, la aplicación de la cláusula de prevalencia contenida en el art. 149.3 CE se ha visto condicionada por la intervención del TC, al considerarse necesario formular una valoración de constitucionalidad de las normas en los supuestos de colisión entre Leyes estatales y autonómicas, y tener éste atribuida la exclusividad de tal juicio. De hecho, es el propio TC el que ha impuesto esta interpretación a través de una jurisprudencia muy restrictiva que parte un apriorismo que entiende incontestable: no puede haber dos Leyes, una estatal y otra autonómica, plenamente aplicables al mismo supuesto porque la competencia material corresponderá de forma excluyente a uno o a otro legislador. Así, una de ellas adolecerá de vicio de incompetencia y habrá vulnerado el orden constitucional de distribución competencial, siendo él quien deberá dilucidar cuál y en qué términos.

Este punto de partida, heredero directo de las tesis de KELSEN y su consideración del reparto constitucional de competencias como un sistema perfecto, ha sido tachado muchas veces de excesivamente rigorista por no corresponderse con la realidad jurídica. Y con razón. Es obvio que la distribución competencial que se desprende de la CE no es unívoca, homogénea y asépticamente precisa, pues de ser así, como defendió el ilustre jurista austriaco, sería superfluo reconocer una regla establecida para resolver conflictos que no iban a darse, al estar claro el alcance de la actuación normativa de cada nivel público. Esto no sucede, lo que dota de sentido a aquella en casos en que no sea

posible una interpretación articulada de las normas legales, que siempre será la primera vía a atender.

Por supuesto podrá discutirse su significado o extensión en función del carácter de las competencias actuadas para aprobar las Leyes que colisionan. De hecho, es lo que ha ocurrido en la doctrina española, que se ha manifestado de forma prolija sobre esta cuestión y ha formulado distintos entendimientos del alcance y operatividad de la prevalencia. Algunos autores la plantean en términos amplios -aplicable con independencia de la condición de las competencias que dan soporte a las normas en conflicto-, mientras que otros la limitan a los supuestos de compartición -principalmente en el marco del binomio bases/desarrollo- y/o concurrencia competencial⁴. Pero fuera de esto (importante sin duda, pero más allá del objeto de este trabajo) hay que defender la inexactitud del planteamiento absoluto del TC, que al identificar como cuestión competencial situaciones que la CE tenía previsto solucionar con la cláusula de prevalencia, provoca la consecuencia que se ha estado produciendo: su absoluta inaplicación.

Por eso mismo, también interesa recordar aquí algo que apuntalaría esa inexactitud y en lo que la doctrina española (con algún titubeo) ha estado de acuerdo, discrepando del razonamiento del intérprete constitucional: hay que tener claro qué es y qué no es la prevalencia. Tal como la describe el art. 149.3 CE, no es una norma de escalonamiento jerárquico, pese a haber quienes le han achacado una intención de subordinación de la legislación autonómica que se asemeja a la misma⁵. Este reproche muestra los recelos que suscita la regla en la esfera autonómica, donde se identifica más con una amenaza para el desarrollo de su ordenamiento y con una pauta que legitimaría la reducción de su alcance y extensión que con un instrumento para resolver conflictos. Lógicamente, al no ser posible relación jerárquica entre Leyes de distintos ordenamientos, la prevalencia queda al margen de ella, aunque sí implica un límite material al ejercicio de las competencias autonómicas y presupone una mayor calidad a la norma estatal⁶; un valor superior en otro término: el que le confiere el carácter principal del ordenamiento al que pertenece (el del Estado), dentro del cual adquiere sentido todo el sistema jurídico -que incluye a los subsistemas autonómicos-, al garantizar los intereses de la comunidad en su conjunto⁷.

⁴ Una síntesis temprana de estas interpretaciones en CANTERO MARTÍNEZ (1996), pp. 131-142. También en TEJEDOR BIELSA (2000), pp. 56-73. Con posterioridad, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2009), *in totum* y de modo resumido RUIZ LÓPEZ (2013), pp. 146-148.

⁵ Recientemente MARTÍN ALONSO (2017, p. 170).

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016, p. 348).

⁷ Entre otros SANTAMARÍA PASTOR (1988), pp. 328-329 y REBOLLO PUIG (2016), p. 1585.

La prevalencia tampoco es criterio de distribución de competencias, pues carece de cualquier capacidad atributiva o modificativa en relación con las mismas ⁸. Mucho más sencillo: es una regla de resolución de conflictos normativos interordinamentales; un criterio de selección de la aplicable en supuestos de controversia entre una norma estatal y otra autonómica que no se mueve en el ámbito de la delimitación de atribuciones Estado/Comunidades Autónomas sino en el del buen funcionamiento de las relaciones entre sus respectivos ordenamientos, facilitando la aplicación de un sistema jurídico complejo válidamente generado por la actividad normativa de los distintos niveles públicos con potestad legislativa en ejercicio de competencias legítimas. No hay que perder de vista lo que afirma este precepto: que las normas del Estado prevalecerán en estos casos sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. No se está pronunciando sobre qué corresponde materialmente a cada uno, ni tampoco atribuye al primero una habilitación competencial genérica o “competencia de última instancia” que le permita imponerse a las autonómicas ⁹. Dice llanamente lo que se desprende de su lectura: que ante la colisión entre una norma estatal y otra autonómica, ambas válidas por contar con fundamento competencial legítimo (y por ende, aplicables), si no es posible su articulación común, prevalecerá la estatal. En ningún caso consagra una regla que opere en supuestos de defecto o exceso competencial, pues esto nos sitúa ante Leyes inválidas a anular por el TC ¹⁰. Al contrario, la prevalencia actúa en presuposición de legitimidad de ambas normas y en ausencia de cuestionamientos de constitucionalidad que, por ello, excluyen juicios sobre la misma ¹¹. En definitiva: no es asunto de validez sino de eficacia

⁸ Aquí discrepa F. BALAGUER CALLEJÓN, cuya interpretación (la prevalencia es tanto regla de resolución de conflictos legislativos como de distribución de competencias) explica muy en síntesis pero claramente CANTERO MARTÍNEZ (1996), pp. 130-131. A lo allí expuesto nos remitimos.

⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015), pp. 348-349.

¹⁰ Lo sintetiza muy bien REBOLLO PUIG (2016, p. 1589): si la norma estatal en conflicto ha desbordado las competencias del Estado no solo no prevalecerá sobre la autonómica, sino que será inconstitucional y nula; si la norma autonómica se ha dictado desbordando la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma e invadiendo competencias estatales, será nula por incompetencia.

¹¹ Posiblemente éste sea el punto en que la doctrina constitucional peca de un mayor grado de rigidez, al entender que en todos los supuestos singulares de conflicto normativo hay que desbrozar y declarar la titularidad competencial. Extiende así una “sospecha” de inconstitucionalidad sobre las normas autonómicas, particularmente las dictadas en ejercicio de la competencia de desarrollo de la legislación básica estatal. Y no siempre esto es así: en muchos casos no existen dudas sobre el fundamento constitucional de las normas enfrentadas. No se pretende una fiscalización de la norma desde la perspectiva constitucional y un juicio de esa naturaleza. Simplemente se requiere una pauta de actuación que, por supuesto, conllevará una primera valoración de conformidad con el bloque de la constitucionalidad -como cualquier actuación interpretativa o aplicativa del derecho-, pero que no supondrá necesariamente una duda sobre la aquiescencia de la norma con el mismo. El TC tiene el monopolio de expulsar las Leyes inconstitucionales del ordenamiento jurídico como intérprete supremo (no único) de la CE, pero no

normativa, sin que quepa defender razonablemente la extensión del monopolio del TC desde el control de validez de las Leyes a cualquier aplicación de las mismas ¹².

Precisamente por ser una cuestión de eficacia, las consecuencias jurídicas de la regla de prevalencia no pueden ser ni la derogación ni la anulación de la Ley autonómica. Al no entrañar escalonamiento jerárquico imposibilita la primera, sin que quepa olvidar aquí la cuestionable posibilidad jurídica de las derogaciones interordinamentales. A ello se suma la falta de competencia de los operadores que la actúan (principalmente Tribunales de justicia, pero también órganos administrativos) para causar cualquiera de los dos efectos. En lo que realmente se traduce su aplicación es en el desplazamiento de aquélla en favor de la Ley estatal, quedando inaplicada en el supuesto en el que se produce la colisión. Esto se ve con facilidad en los supuestos en que el conflicto normativo es puntual (solo surge en uno o varios de los casos en los que las normas contradictorias pueden aplicarse ¹³), pero requiere más matices en el caso de incompatibilidad general. Sobre todo, en lo referente a la recuperación de la aplicabilidad de la Ley autonómica tras una nueva modificación de la Ley estatal que haga desaparecer la incompatibilidad entre ambas. La teoría jurídica así lo indicaría puesto que la Ley ha quedado desplazada pero permanece válida y vigente, y en este sentido se ha manifestado buena parte de la doctrina ¹⁴. Sin embargo, hay quienes alertan en

de aplicarla y utilizarla como marco de interpretación del ordenamiento jurídico a considerar en su función, participando en su defensa. Los operadores jurídicos (en particular los Tribunales de justicia) y el TC están llamados a entenderse, a ejercer sus respectivas funciones en sana convergencia, con entendimiento, en términos de normalidad y no de constreñimiento y confrontación. Entendiendo lo contrario se excede el TC.

¹² Vid. MUÑOZ MACHADO (2012, p. 136).

¹³ Expresamente SÁNCHEZ MORÓN (2016), p. 333: en estos casos “el efecto de la cláusula de prevalencia es, por tanto, la simple inaplicabilidad al caso concreto de la norma autonómica que entre en conflicto con otra estatal. Inaplicabilidad puntual, desplazamiento transitorio, casuístico u ocasional, que no implica pérdida general de eficacia”.

¹⁴ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015), p. 387. GARCÍA LUENGO (2014, p. 206) alerta sobre su necesidad, para evitar vacíos legislativos derivados de nuevas modificaciones de la legislación básica. Así lo entiende también el TC, cuando afirma en el FJ 6º de la STC 102/2016 que “la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse inaplicándola”.

Un argumento muy utilizado por esta doctrina, y también por la jurisprudencia del TS favorable a esta interpretación, ha sido el de la analogía existente con las consecuencias del principio comunitario de primacía. Es sabido y no discutido (el propio TC lo ha afirmado en sus Sentencias 145/2012, de 2 de julio y 232/2015, de 5 de noviembre, por citar solo algunas de las más recientes) que este principio permite a los Tribunales internos inaplicar normas estatales o autonómicas contrarias al derecho comunitario sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE y sin que éstas queden derogadas. Lo que, por cierto (RUIZ LÓPEZ 2013, p. 142), plantea una paradoja evidente: lo que el TC no está permitiendo en relación con los conflictos entre normas internas está perfectamente integrado en los casos de conflictos entre el derecho nacional y el comunitario. Con dureza REBOLLO PUIG (2016, p. 1582), para quién la paradoja deriva de que, en el primer caso, y tratándose de un principio no proclamado en ningún Tratado, “un Tribunal creativo y consciente de su misión lo ha construido”, mientras que en el segundo, “otro Tribunal

este punto sobre la anomalía que supone un desplazamiento indefinido y general lo que, a su juicio, le hace acercarse en sus efectos a un “sucedáneo de derogación” o “cuasiderogación” que no dudan en reivindicar ¹⁵. Cuando la incompatibilidad se produce entre legislación básica y de desarrollo por modificación de la primera -caso de la serie jurisprudencial a la que nos referimos-, la especialidad del marco relacional de estas normas propicia aún más dichos matices ¹⁶. Es destacable el aportado por MUÑOZ MACHADO ¹⁷, que suma a la consecuencia inmediata (ineficacia) la invalidez de la Ley desplazada, causada a su juicio por la nueva configuración de la competencia autonómica, que vería reducida su capacidad operativa por extensión del espacio abarcado por la estatal. En este punto coincide con la jurisprudencia constitucional, si bien con una diferencia respecto a la misma que resulta determinante: aunque la Ley autonómica quedara afectada por una incompetencia sobrevenida que solo pudiera declarar el TC, la regla de prevalencia posibilita su inaplicación inmediata por los operadores jurídicos. No estaría, pues, condicionada al previo juicio constitucional, sino que operaría en el mismo momento en que los aplicadores del ordenamiento jurídico aprecien la contradicción lo que, por otra parte, se encuentra a su alcance y siempre es susceptible de reconsideración posterior por un Tribunal superior o por el TC en último término ¹⁸. El juicio de validez ante el TC se plantearía, en todo caso, en paralelo por quien tiene competencia al efecto, y eso permitiría soslayar el efecto perverso que genera la doctrina estricta de este órgano: la aplicación durante años de Leyes a las que se reprocha inconstitucionalidad sobrevenida mientras se resuelve el conflicto competencial planteado.

que contaba con una consagración constitucional lo ha destruido”. En la misma línea, MUÑOZ MACHADO (2012), p. 138 demanda este principio como fundamento analógico de la regla de prevalencia: “en lo que concierne a la preferencia del derecho comunitario, tanto el TJUE como actualmente nuestro TS no oponen ninguna objeción a que así sea. Y la misma técnica jurídica es preciso extenderla a contradicciones entre legislación estatal y autonómica”.

¹⁵ Sobre todo considerando la inseguridad jurídica que generaría esta “resurrección”. Cfr. REBOLLO PUIG (2016), pp. 1601-1602, en especial nota al pie número 47. También SANTAMARÍA PASTOR (1988), p. 330.

¹⁶ Sobre todo dirigidos a considerar la derogación implícita de la norma de desarrollo frente a la generalidad de la básica. Vid. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2015), pp. 209 y ss, y la doctrina allí citada.

¹⁷ *Ibidem* (2012), pp. 137-139.

¹⁸ No puede obviarse que cualquier aplicación de las Leyes por los operadores jurídicos (piénsese ahora en los Tribunales del justicia) lleva implícita una interpretación de conformidad de las mismas con el resto del ordenamiento (CE incluida) no solo legítima sino necesaria. Como ha advertido MUÑOZ MACHADO (2016, p. 134), cuando el art. 1 de su LO define al TC como “intérprete supremo de la CE” no está excluyendo aquella labor interpretativa de los anteriores, que es inherente e indisoluble a su función: solo reivindica su condición última y superior. Así pues, es en el ámbito de dichos operadores ejerciendo esta función en el que se despliega su operatividad de la regla de prevalencia, siempre que aprecien contradicción legislativa pero no dudas de

La utilidad y agudeza del razonamiento están fuera de toda duda, sobre todo porque nada obsta desde el plano jurídico que el desplazamiento opere sin venir condicionado por la constitucionalidad de la norma desplazada, al tratarse de una cuestión de eficacia normativa. Sin embargo, creemos modestamente que todo podría simplificarse conviniendo en que el verdadero papel de la legislación básica no es, como se afirma habitualmente, contribuir a delimitar las competencias autonómicas¹⁹. Las Leyes básicas no afectan a la esfera material de dichas competencias, traducidas en la posibilidad de que la Comunidad Autónoma dicte normas de desarrollo. Este ente deriva sus competencias de una habilitación constitucional, no de que el Estado ejerza su atribución de dictar la legislación básica. Y por la misma razón, tampoco las pierde con este ejercicio. Lo que hace aquella legislación es alterar el sentido o la extensión de las normas de desarrollo; la libertad autonómica para darles contenido, pero nunca la competencia en cuanto tal. Desechada así la cuestión en este orden, quiebra el pretendido silogismo conflicto Ley básica-Ley de desarrollo/invalidéz de esta última por inconstitucionalidad sobrevenida, porque dicha validez no depende de su armonía con la primera sino con el concepto de bases que refleja la CE. Y la regla de prevalencia se desplegaría sin condicionantes, propiciando el desplazamiento de la norma autonómica en contradicción con la Ley básica sin cuestionamientos de constitucionalidad, como plantea con sencillez el art. 149.3 CE²⁰.

Por estos argumentos y otros semejantes, no ha de extrañar la permanente reivindicación de dotar al principio de prevalencia de eficacia real, lo que pasa por rechazar el vacío al que le ha relegado el TC, ubicándolo y aplicándolo como regla de resolución de conflictos entre normas válidas. Los requerimientos desde el ámbito doctrinal han sido constantes, como se desprende de lo anterior. En el seno del propio TC también ha habido voces que propugnan el abandono de su jurisprudencia clásica para acoger aquella consideración de la regla, por supuesto desde los votos particulares. Muy conocidos son los formulados a las Sentencias 1/2003, de 16 de enero y 6/2011, de 16 de mayo, a los que es justo reconocer su influencia en el nuevo giro llevado a cabo

constitucionalidad de las normas en conflicto. Si existen dudas de vulneración de la CE, entonces deberán plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁹ Así lo han defendido entre otros, y por citar los más recientes, GARCÍA LUENGO (2014), pp. 197-199 y REBOLLO PUIG (2016), pp. 1591-1592, a quienes seguimos.

²⁰ Como pauta de utilidad, REBOLLO PUIG (2016) se ha mostrado no obstante dispuesto a aceptar el reconocimiento de la invalidez sobrevenida de la norma autonómica en estos casos si ello sirve para declarar de forma terminante y *erga omnes* la incompatibilidad e inaplicabilidad de la misma, pero siempre como complemento del desplazamiento inicial. Sin convenir *ab initio* con ella, acaba confluyendo con la postura de MUÑOZ MACHADO expuesta *supra*. Cfr. p. 1602.

por el TC en esta materia ²¹. Ambos son inequívocos, llegándose a afirmar en el segundo que “el abandono del principio de prevalencia es, ante todo y sobre todo, una inaplicación de la CE”.

La jurisdicción ordinaria -particularmente el TS, pero no solo él ²²- también ha disentido de la interpretación del TC y ha hecho uso de la prevalencia como regla de resolución de conflictos inaplicando o ratificando la inaplicación de Leyes autonómicas contrarias a la legislación básica sin plantear previamente cuestión de inconstitucionalidad ²³. El TC ha actuado contra estos intentos, estimando recursos de amparo presentados frente a sentencias judiciales “disidentes” con el argumento de que el desplazamiento de la Ley autonómica contraria a la básica estatal supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente por exceso de jurisdicción. Es el caso significativo de la STC 187/2012, de 29 de octubre, que anuló por este motivo la STS de 14 de octubre de 2009, en la que se ratificaba la corrección jurídica de aplicar la legislación básica de régimen local en conflicto con la Ley autonómica para anular un acuerdo municipal. Sin embargo, este pronunciamiento no ha desanimado al TS que, teniendo muy presente que el TC otorgó el amparo en función de los efectos concretos de la aplicación de la prevalencia sobre el caso de autos -limitados, por tanto, a ese supuesto-, y que reconoció expresamente que la selección de la norma aplicable, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos enjuiciados “forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los jueces y Tribunales del poder judicial por mandato de la propia CE”, ha seguido avalando el uso de la regla por instancias previas cuando estima que, sin ninguna

²¹ Ambos suscritos por el Magistrado Delgado Barrio y el primero de ellos, además, por los Magistrados Jiménez de Parga y Rodríguez-Zapata. No son los únicos votos formulados en el sentido indicado, aunque sí los más contundentes y explícitos. Cabe citar también los que acompañan a las SSTC 178/2004, de 21 de octubre, 211, 212, 213, 214 y 215/2004, de 18 de noviembre y 247/2007, de 12 de diciembre, suscritos en esta ocasión por el Magistrado Rodríguez-Zapata (a los que se adhirió el Magistrado García Calvo en el caso de las de 2004). Todos ellos reclamaron el papel de la regla de prevalencia y el exceso de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

²² Sirvan como ejemplo entre otras las Sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 2002 (comentada en las pp. 332-334 del trabajo de ALONSO MÁZ, 2003) y 29 de septiembre de 2011, de Castilla-La Mancha de 27 de diciembre de 2010 y 26 de julio de 2011, y de Canarias de 28 de noviembre de 2012 y de 21 de abril de 2014 (ambas con votos particulares reivindicando la aplicación de la doctrina del TC).

²³ Algunos ejemplos: SSTS de 13 de octubre de 2003, 23 de marzo, 29 de junio y 28 de diciembre de 2006, 27 de marzo, 6 de junio, 22 de noviembre y 27 de diciembre de 2007, 28 de enero, 27 de febrero, 19 de mayo, 2 de junio, 9 de septiembre, 10 de noviembre y 9 de diciembre de 2008, 23 de julio, 23 de septiembre y 14 de octubre de 2009, 28 de junio de 2012, 25 de septiembre y 19 de diciembre de 2013, o 27 de febrero de 2014. Sobre la mantenida disparidad de criterios de la jurisprudencia constitucional y la ordinaria en este punto, vid. GONZÁLEZ SANFIEL (2016), *in totum*.

consideración de constitucionalidad por su parte, es ésta la única manera de interpretar de modo sistemático e integrador el ordenamiento jurídico ²⁴.

Pues bien. Como hemos dicho, el TC parece resuelto a apartarse de su consideración tradicional de la regla de prevalencia, acercándola al sentido que se reclama desde los ámbitos descritos. No se trata, como se verá, de un giro radical que los acepte en su integridad, pero sí de un movimiento inequívoco, si bien no tan contundente como cabría esperar y todavía en desarrollo que, además, coexiste con pronunciamientos que replican la doctrina clásica ²⁵. Indicador de lo dicho es que la Sentencia que inaugura la serie jurisprudencial referida a esta cuestión (STC 102/2016) afirme expresamente que

“el art. 149.3 CE es un precepto destinado no a fijar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, *sino a solucionar los conflictos que puedan producirse en aplicación de las normas respectivas, y que no vayan a resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad de una de ellas, (...)* proporcionando una herramienta útil para que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los de las Comunidades Autónomas puedan desarrollarse con fluidez, *en situaciones que no demanden como respuesta la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes de alguno de ellos*” (FJ 6º),

aunque a la vez que declara esto, supedita la flexibilización en la aplicación del principio a la concurrencia de una serie de condiciones que, no obstante, también admite ampliar, al afirmar en el mismo FJ que éste es “uno de los casos” en que podrá aplicarse en dicho sentido. Lo que efectivamente va a suceder, pues las Sentencias sucesivas van a matizar (e incluso eliminar) algunas de ellas, admitiendo una aplicación más extensa de la prevalencia por parte de los operadores jurídicos.

III. CONDICIONES DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA. EN PARTICULAR, LA LIMITACIÓN INICIAL, POSTERIORMENTE SUPRIMIDA, A LOS SUPUESTOS DE LEGES REPETITAE: UNA GENERALIZACIÓN APARENTE NO EXENTA DE DUDAS

La STC 102/2016 , por tanto, ha sido la primera en introducir una fractura en la rígida doctrina sobre la regla de prevalencia, permitiendo a los operadores jurídicos inaplicar Leyes autonómicas que colisionan con Leyes estatales sin cuestionar su constitucionalidad. Pero pese al estimable cambio que supone, no ha supuesto un

²⁴ Auto de 30 de abril de 2013, Sentencias de 13 de mayo y 25 de septiembre de 2013, etc. Se mantiene, pues, en palabras de RÁZQUIN LIZARRAGA (2017, p. 3), el “choque de jurisdicciones”.

²⁵ SSTC 98/2016, de 23 de mayo y 113, 114 y 115/2016, de 20 de junio , todas con remisión expresa a la previa STC 195/2015, de 21 de septiembre , dado que se pronuncian sobre el mismo asunto.

cambio de paradigma, pues ha limitado aquella actuación a la concurrencia de una serie de circunstancias, algunas de ellas inherentes a la esencia de la regla, otras específicamente impuestas por la interpretación del TC. De hecho, ninguno de los pronunciamientos que componen la serie reivindica un carácter innovador en este sentido, insistiendo (singularmente aquella primera) en la particularidad de los casos a los que se aplica su interpretación ²⁶.

1. Primera limitación: los supuestos de inconstitucionalidad mediata sobrevenida. Posibles flexibilizaciones

Lógicamente, las primeras circunstancias que deben concurrir en cualquier caso para defender la aplicación de la regla de prevalencia son el conflicto real -no aparente- entre una Ley estatal y otra autonómica y la inviabilidad de superarlo mediante la interpretación armónica y articulada de ambas. Ambos elementos se daban en el supuesto analizado, que partía de preceptos con exigencias cuantitativas distintas para adoptar el acuerdo de fusión municipal, en los que nula articulación cabe. A ello hay que sumar, como dato relevante, la ubicación concreta de estos preceptos: de qué tipo de normas forman parte.

1.1. La nueva doctrina se refiere a supuestos de presunta inconstitucionalidad mediata por colisión entre una Ley básica estatal y una Ley autonómica, sin que parezca existir suficiente inconveniente jurídico para aplicarla a otros supuestos

En el tenor de la STC 102/2016 y de los pronunciamientos que le dan continuidad, la nueva consideración de la regla de prevalencia aparece ceñida a aquellos supuestos en que se reprocha a la Ley autonómica *inconstitucionalidad mediata*, dado que la colisión se da entre uno de sus preceptos y otro que forma parte de una Ley básica estatal. Esto es razonable, si tenemos en cuenta que dicha regla opera en los supuestos de conflicto normativo Estado/Comunidades Autónomas y no en los de confrontación directa de la norma autonómica con la CE (inconstitucionalidad inmediata), que se resuelven a través los mecanismos de control de constitucionalidad por el TC. Pero tampoco hay que olvidar que para que en estos casos pueda operar, las dos normas enfrentadas han tenido que ser válidamente aprobadas mediante el ejercicio de competencias propias lo que, según el TC, no sucedía en el caso del precepto autonómico. Éste, al reproducir la redacción

²⁶ Sin embargo, datos previos parecen desdecir estas advertencias y apuntar hacia una intención más amplia de modificar poco a poco la doctrina. En ocasiones anteriores, las mismas circunstancias habían suscitado el rechazo del TC a la aplicación de la prevalencia y la reivindicación para sí del control previo de inconstitucionalidad. Así, el supuesto sobre el que se

original del art. 47.2.a LBRL, evidencia la falta de uso de aquéllas, habiéndose limitado el legislador gallego a reiterar la voluntad del estatal transcribiéndola en su norma. Ante esta afirmación, podría surgir la duda de si se cumplen realmente las condiciones de aplicación de la regla o si, entendiéndolo como aquél que la autonómica es en este punto una Ley dictada sin ejercicio competencial, estaríamos ante una norma inconstitucional por vicio de incompetencia. Enunciamos solo esta cuestión, sobre la que se volverá más adelante.

Sin embargo, en lo que sí se quiere insistir ahora es en el hecho de que la inconstitucionalidad mediata que cree apreciarse en este caso deriva de la incompatibilidad entre la legislación básica estatal y una Ley autonómica de desarrollo que, sin ser teóricamente la única fórmula posible de incurrir en ella ²⁷, sí es el más habitual. Según la STC 102/2016, la regla de prevalencia se aplicaría a estos supuestos. Y en apariencia no a otros, si consideramos que en el FJ 6º niega su ejercicio en aquellas ocasiones en las que el conflicto surja entre normas estatales y autonómicas dictadas en ejercicio de títulos competenciales distintos. Conforme tiene reiteradamente declarado, estos casos se resolverían a favor del título competencial más específico, en línea con la rígida defensa de su monopolio para depurar el ordenamiento legal que caracteriza su doctrina ²⁸.

pronunció la STC 66/2011 era un caso de *leges repetitae* autonómica, para el que no se consideró viable la prevalencia de la Ley básica estatal.

²⁷ Recuérdese que el TC aprecia inconstitucionalidad mediata cuando la norma autonómica es incompatible con la CE por contradecir normas estatales delimitadoras de competencias y, como tales, integradas en el canon de constitucionalidad. La práctica totalidad de estas normas son las Leyes básicas dictadas por el Estado ejerciendo las diversas competencias materiales que le otorga el art. 149.1 CE. Pero también podría ser el caso de las Leyes marco o de las Leyes Orgánicas de transferencia o delegación (art. 150. 1 y 2 CE) que, por directa atribución del constituyente, tienen asignada esa finalidad competencial. En los casos en que Leyes autonómicas contravinieran el contenido de las mismas, también incurrirían en inconstitucionalidad mediata, según la definición reiterada por el TC.

²⁸ Y que plantea no pocos problemas. Para empezar, no siempre es fácil determinar cuál es este título más específico, por mucho que se atienda a la finalidad y contenido de las normas dictadas al amparo de cada uno, que son los criterios que señala la jurisprudencia constitucional para llevar a cabo esta tarea. Buena muestra de ello son las incontables ocasiones en que el TC ha realizado con mucha laboriosidad este señalamiento, resolviendo los correspondientes recursos, cuestiones de inconstitucionalidad o conflictos positivos de competencias planteados frente a controversias al respecto. El mismo FJ 6º de la STC 102/2016 cita algunas de ellas. Obviamente, el fin de estos procedimientos es la declaración de inconstitucionalidad de la norma no protegida por aquél - usualmente la autonómica-, lo que en ningún caso significa que hubiese sido dictada con defecto o exceso competencial: simplemente el TC considera que otro título engloba mejor y de forma más precisa la materia concreta y que el actuado por la Ley que pasa a declararse inconstitucional no la cubre suficientemente, por lo que se prima el texto dictada en ejercicio del específico. ALONSO MÁS (2017), p. 247 señala con acierto que, "posiblemente el TC esté tratando supuestos de colisión entre normas válidas y perfectamente amparadas en un título competencial propio como problemas de delimitación de las distintas competencias", estando como está pensada la regla de prevalencia precisamente para estas situaciones, que se podrían resolver de manera más eficaz y sin necesidad de anular normas válidas.

Parece, por tanto, que no se admite la aplicación de la regla de prevalencia a otros supuestos de conflicto internormativo distintos del analizado. Por ejemplo, los derivados de la ausencia inicial de legislación básica estatal y la incompatibilidad que produce en la autonómica preexistente cuando se aprueba con posterioridad. O los casos en los que el enfrentamiento se suscita, más allá del modelo relacional bases/desarrollo, entre normas estatales y autonómicas dictadas al amparo de títulos competenciales materialmente distintos pero que interfieren o concurren²⁹. Algo, por cierto, habitual en nuestro sistema jurídico como ha reconocido el TC, al afirmar en muchas ocasiones que las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas no privan al Estado de las suyas ni impiden su ejercicio. Sin embargo, esta apariencia no es cierta en ninguno de los dos casos.

En el primero, ha sido el propio TC el que ha aclarado la duda al ampliar en la Sentencia 204/2016 el ámbito de aplicación de la nueva doctrina, incluyéndolo. Allí ha reconocido la posibilidad de aplicar también la prevalencia en los casos de Leyes autonómicas que, hoy de desarrollo, fueron aprobadas en ausencia de legislación básica, con la que resultan incompatibles cuando ésta por fin se aprueba³⁰. En el

La cuestión también puede mirarse desde otro ángulo, que pone de manifiesto la falta de claridad del razonamiento del TC en esta Sentencia y las realidades forzadas a que lleva su resistencia a reconocer una aplicación normalizada de la prevalencia. Si nos centramos en comprender cuándo habrá de aplicarse la regla de especificidad y no esta última, veremos que no es sencillo de decidir intentando seguir su explicación, por mucho que el TC formule su afirmación con una naturalidad que pudiera llevarlo a creer. No hay que perder de vista -y adelantamos aquí una cuestión que trataremos de manera más detenida en el apartado III. 2.A de este trabajo- que, en última instancia, y pese a las confusas afirmaciones del TC, Estado y Comunidad Autónoma detentan competencias en ambos casos y, por tanto, aprobarán normas competencialmente válidas al amparo de los mismos. Más concretamente: *cuando la Comunidad Autónoma aprueba la norma legal que desarrolla la básica estatal con la que después resulta incompatible por modificación de ésta, también está ejerciendo un título específico y propio distinto del estatal*, lo que, a tenor de aquélla, implicaría la aplicación de la regla de especificidad. Y sin embargo, el TC está admitiendo en este caso la regla de prevalencia, con limitaciones iniciales que después desaparecen, como se explicará (fundamentalmente, que el precepto autonómico de desarrollo sea transcripción literal del básico inicial luego modificado en sentido incompatible, lo que le lleva a negar el ejercicio de la competencia por parte de la Comunidad Autónoma). En definitiva: si atendemos solo a la explicación del TC, la confusión está servida. Por eso, creemos entender que lo que plantea en realidad el FJ 6º de la Sentencia es la prohibición de extender la regla de prevalencia a los supuestos de incompatibilidad derivada del ejercicio de competencias convergentes y/o concurrentes; algo con lo que no estamos de acuerdo y vamos a referirnos a continuación.

²⁹ Entendiendo concurrencia como confluencia aplicativa, no en el sentido en que define la teoría jurídica las competencias concurrentes: al alcance indistinto de Estado y Comunidades Autónomas. Recuerda FERNÁNDEZ FARRERES (2017), p 53, que ese tipo de competencias no se han previsto en nuestro sistema.

³⁰ En este caso la incompatibilidad se daba entre un precepto de la Ley vasca de función pública (que reprodujo el art. 87.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado al establecer los plazos de prescripción de las sanciones impuestas por faltas disciplinarias leves) y el vigente art. 97 del TREBEP. El precepto de la norma preconstitucional no era básico, y así lo había señalado expresamente la STC 37/2002, de 14 de febrero. Pero fue tomado como referencia (literal) por el legislador autonómico a la hora de aprobar su propia normativa de función pública. En 2007 se aprobó el EBEP, que estableció en ese punto un plazo de prescripción más amplio que el fijado por

segundo, no existe declaración expresa por parte del TC, pero entendemos que también cabe defender su aplicación cuando se trate de competencias que interfieren, atendiendo a la lógica y finalidad constitucional del principio ³¹. Se trata, como sabemos, de una regla de resolución de conflictos surgidos entre normas estatales y autonómicas válidas, por lo que parece natural reclamarla ante cualquiera de ellos. El único límite para negar su uso en supuestos en que el conflicto derive del ejercicio normativo de competencias materialmente distintas está, por determinación constitucional, en la condición *exclusiva* de la autonómica. Pero exclusiva de verdad, no solo “de nombre”: que sea simultáneamente excluyente; que impida cualquier género de atribución estatal en la materia. Lo que en la práctica es difícil que suceda dada la abundancia de competencias transversales del Estado. Por más que, con una intención calculadamente ambigua, haya sido práctica común de muchos Estatutos proclamar dicha condición de múltiples competencias, el Estado puede, ejerciendo las suyas, entrecruzarse o superponerse a ellas. Por este motivo, nos parece muy razonable la interpretación que sugiere identificar la referencia a las competencias exclusivas autonómicas del art. 149.3 CE no como una barrera derivada de los Estatutos de Autonomía que no puede franquear la regla de prevalencia o, en sentido inverso, una “prevalencia” del derecho autonómico en el ámbito de sus competencias sino como un recordatorio de que su operatividad requiere que las normas en conflicto provengan del ejercicio de competencias por parte de los *dos* normadores sin excepción; que “sin competencia, no hay prevalencia”. En definitiva, que si el Estado carece de título suficiente que legitime su actuación normativa no podrá reclamar su consideración preferente ³², pero que si permanece dentro de sus competencias, *todo* el derecho estatal prevalece sobre *todo* el derecho autonómico, siendo lo relevante no tanto que la competencia sea exclusivamente autonómica como que aquél haya aprobado su norma dentro de las suyas: así opera una regla de resolución de conflictos ³³. Por supuesto, si el operador duda de la constitucionalidad de alguna de las normas, actuará ante el TC el mecanismo de control de constitucionalidad a su alcance. Negar esto implicaría dejar muy poco espacio para una regla que, pese a

la Ley vasca. Ante este conflicto inarmonizable, sin existir dudas acerca del carácter básico del precepto del EBEP, y sin tacha de inconstitucionalidad por parte de ninguna de las dos normas, el TC ha admitido la prevalencia de la estatal en aplicación del art. 149.3 CE.

³¹ Recuérdese lo indicado en la nota a pie número 30.

³² GARCÍA TORRES (2015, pp. 260-261).

³³ En estos términos, REBOLLO PUIG (2016), pp. 1596-1597. En la misma línea ALONSO MÁS (2017), p. 252. Por supuesto, hay discrepancias con esta afirmación, algunas desde el propio plano normativo. Existen Estatutos de Autonomía que incorporan una regla de prevalencia de su propia legislación, como el de Galicia, que afirma (art. 38.1) que “en materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, *el Derecho propio de Galicia es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro...*”.

la marginación a que ha sido sometida, está reconocida en la CE y parece empezar a ponerse en valor.

De todos modos no estaría de más que el TC aclarase esta cuestión, ofreciendo una explicación acabada (o por lo menos más perfeccionada) del marco, circunstancias y condiciones en que opera la prevalencia en caso de conflicto normativo. No parece, sin embargo, que ésta sea su intención, si consideramos que hasta ahora va ofreciendo evoluciones singulares y mínimas de su nueva doctrina que no acompaña de una argumentación general, alargando la incertidumbre. Es posible, pues, que ésta y otras respuestas que también van a reclamarse vengan dadas *ad casum*, en función de la concreta realidad analizada. Y aunque esto tiene sentido, pues el pronunciamiento debe atender a las particularidades precisas del caso al que atiende, nada impide la formulación paralela de un modelo común que responda al destino general de la fórmula más allá de puros criterios pragmáticos ³⁴. En todo caso, no juega a favor de ello (y posiblemente explique su ausencia) la gran discusión que hay en el seno del propio TC en torno a la nueva doctrina. Al fallo de la STC 102/2016 se formuló voto particular por parte de una Magistrada disconforme con el mismo en términos muy tajantes. En las posteriores SSTC 116/2016 y 127/2016 (que se pronuncian sobre los mismos preceptos que la anterior, y en el mismo sentido), se unieron a él dos y cuatro Magistrados más respectivamente, hasta sumar un total de cinco. Y ello en un órgano que, en ese momento, estaba compuesto por diez Magistrados. Es decir: absoluta igualdad numérica en las dos opiniones contrapuestas, resuelta por el voto de calidad del Presidente. Por su parte, la ya citada STC 204/2016 se pronuncia sobre la misma cuestión, si bien el conflicto se planteó entre normas diferentes. También allí se dictaron dos votos particulares. Por fin, la STC 1/2017 -que, a diferencia de las anteriores (todas consecuencia de cuestiones de inconstitucionalidad), resuelve el recurso de amparo presentado frente a la inaplicación de una Ley autonómica por un órgano judicial que la consideró contraria a la legislación básica estatal aplicando los argumentos de las anteriores Sentencias ³⁵- también ha sido objeto de un voto particular discrepante. Todo ello da muestra de la polémica que rodea al tema sobre el que se viene reflexionando.

³⁴ Así se manifiesta la Magistrada Asúa en sus votos particulares al fallo mayoritario, siendo el primer reproche que le hace su limitación argumentativa para fundamentar un cambio doctrinal de tal envergadura y la falta de establecimiento claro y preciso de los supuestos a los que habrá de aplicarse.

³⁵ Si bien en este caso en sentido negativo. El recurso de amparo se planteó frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana que consideró inaplicable un precepto autonómico que permitía incluir cláusulas de pago aplazado en el pliego de licitación de un contrato de obra por considerarlo contrario al art. 75.7 de la LCSP de 2007, entonces vigente. El TC otorgó el amparo solicitado por la Generalidad valenciana al considerar que el Tribunal de instancia había desplazado indebidamente la Ley autonómica, puesto que no se daban los presupuestos que justificaron la prevalencia de la norma

1.2. *La nueva doctrina se ciñe a supuestos de incompatibilidad sobrevenida: la prevalencia como solución en los casos de mantenimiento del conflicto por inacción autonómica*

Como cabe deducir de lo expuesto, la STC 102/2016 liga su nueva consideración de la prevalencia a aquellos supuestos en que la inconstitucionalidad mediata que estima presente es *sobrevenida*: el conflicto viene causado por la modificación de una Ley básica en sentido incompatible con el tenor de la Ley autonómica, inicialmente compatible³⁶. No opera por tanto en los casos de inconstitucionalidad mediata originaria, en los que la Ley autonómica se aprueba con un tenor inconciliable con el de la Ley básica. A esta cuestión se habían referido los votos particulares formulados a la STC 1/2003, que distinguieron ambas posibilidades. Mientras en relación con la primera se reclamaba la aplicación de la regla por los operadores jurídicos, no ocurría lo mismo en el segundo caso, al considerarse que el legislador autonómico ya tiene el conocimiento y, más aún, el mandato irrefutable de acomodación al contenido de la norma básica. Desatenderlo implica voluntad y consciencia al efecto, por lo que estaríamos hablando de una norma cuya invalidez correspondería declarar al TC³⁷.

estatal en sus anteriores pronunciamientos. Ni se trataba de un supuesto de *leges repetitae*, ni de legislación de desarrollo devenida incompatible con la legislación básica por modificación posterior de ésta, ni de un caso de ausencia de norma básica y posterior dictado de ésta en un sentido incompatible con la primera. Aquí, la Ley autonómica ya se aprobó oponiéndose a la normativa básica existente en ese momento (TRLCAP de 2000).

³⁶ Como recuerda el FJ 4º de la misma STC 102/2016, la figura de la inconstitucionalidad sobrevenida fue acuñada por la STC 4/1981, de 2 de febrero para aludir a la situación en que quedaban las Leyes preconstitucionales incompatibles con la nueva CE. Ésta era una situación excepcional, en la que concurrieron circunstancias jerárquicas y temporales que justificaron su desplazamiento directo por los Tribunales de justicia, que podían apreciar la inconstitucionalidad de las mismas a fin de considerarlas derogadas y, como tales, inaplicables. La técnica se extendió a otras situaciones, aunque siempre vinculada a la inconstitucionalidad mediata, y sin admitirse ya la posibilidad del desplazamiento por los operadores jurídicos, sujetos al previo control de constitucionalidad por el TC. Una crítica a esta técnica, que considera excesiva y sin respaldo constitucional, en GARCÍA LUENGO (2014), pp. 194-197.

³⁷ Se había manifestado antes en este sentido LASAGABASTER HERRARTE (1991), p. 152. Por el contrario, para FERNÁNDEZ FARRERES (2017), pp. 66-67, ésta es una distinción artificiosa. Defendiendo que, con propiedad, no cabría hablar de inconstitucionalidad -puesto que no hay una contradicción directa con la CE, por lo que refuta la figura de la inconstitucionalidad mediata-, considera que los efectos deberían ser los mismos en ambos supuestos, pues la regla de prevalencia no exige sucesiones temporales determinadas.

En la práctica judicial viene operando aquélla consideración, y ante la circunstancia descrita -Ley autonómica de desarrollo posterior a la Ley básica estatal y en conflicto con la misma-, los Tribunales de justicia plantean ante el TC la correspondiente cuestión por eventual inconstitucionalidad mediata. Sirva de ejemplo el reciente Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón de 16 de octubre de 2017, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón. Este precepto otorga un sentido al silencio administrativo (positivo) contrario al establecido en el artículo 20.4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, formal y materialmente básico. En el razonamiento jurídico quinto de dicho Auto se rechaza

Sin embargo, en este punto hay un aspecto que no está bien resuelto en el derecho español, y que compromete la coherencia de nuestro sistema jurídico, afectando también a la aplicación de la prevalencia conforme a su finalidad constitucional cuando, precisamente esta regla debería ser una de las primeras soluciones a considerar para solventarlo. En efecto. Aunque es cierto que los supuestos de incompatibilidad sobrevenida son un marco adecuado para su actuación, también lo es que éstos muchas veces se mantienen por desidia del legislador autonómico, cuando podrían (y deberían) ser eliminados. Pensemos en el caso que ocupa a la STC 102/2016 : la incompatibilidad entre la Ley gallega de régimen local y la LBRL surgió tras la reforma de esta última llevada a cabo por la Ley 53/2003 . El 6 de junio de 2013 se dictó el Decreto autonómico de fusión municipal aplicando por prevalencia la norma básica estatal, y el 10 de julio del mismo año la Concejal disconforme presentó recurso contencioso-administrativo que, una vez tramitado y previo dictado de la Sentencia, dio lugar al planteamiento por la Sala del TSJ de Galicia de la cuestión de inconstitucionalidad en marzo de 2015. Es decir: diez años después de que el legislador estatal modificase la legislación básica, el autonómico aún no había atendido el mandato inherente de adaptar su normativa de desarrollo, manteniendo el conflicto normativo. Esta adaptación podría haber consistido en rebajar las exigencias cuantitativas del acuerdo de fusión en el nuevo sentido marcado por la legislación básica (lo más normal), aunque también cabría partir de éstas y reforzarlas mediante algún mecanismo adicional de cualificación que, incluso, podría reiterar los requerimientos iniciales de dicha norma básica. Pero en todo caso, con una manifestación normativa positiva al efecto que, en este caso, no se dio. Y si se hace mención a esta segunda posibilidad es para atender la objeción sugerida en este sentido en el voto particular (apartados 4 y 5): considerar que la falta de acomodación al nuevo tenor básico pudiera ser una decisión singular y legítima de la Comunidad Autónoma en orden a mantener en su ámbito territorial requisitos más exigentes para proceder a la fusión de Municipios, y no una mera reproducción inicial de la norma base mantenida por inercia, sin ejercicio específico de voluntad.

De ser esto así, habría que convenir en ello, y denunciar que se ha reclamado la aplicación de la prevalencia con el fundamento que supone una hipótesis o premisa no constatada. Pero con todo respeto hacia el impecable esfuerzo argumentativo desplegado, nos tememos que no es el caso. Y la prueba está en que es el propio operador jurídico autonómico (la Xunta de Galicia) quien, ante la tesitura del conflicto, desplaza su norma en favor de la Ley básica, interpretando no una voluntad que, de

expresamente la aplicación de la regla de prevalencia que reclamaba la Administración demandada con base a la STC 102/2016 , precisamente con el argumento de la sucesión temporal aludida.

existir, conocería ³⁸, sino una falta de adecuación por inacción o parálisis que cede con la aplicación de la regla constitucional de prevalencia ³⁹.

Esta situación es bastante habitual y, como se ha dicho, genera por indolencia desajustes en el sistema jurídico. Estos desajustes, en el mejor de los casos -que por desgracia, nos tememos que se producirán sobre todo cuando se judicialice el conflicto y actúe como operador jurídico un órgano judicial- podrán resolverse de acuerdo con la nueva doctrina, utilizando la prevalencia conforme a su finalidad constitucional. En otros, la discusión explícita de la constitucionalidad de las Leyes autonómicas no adaptadas a través de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, así como de los conflictos de competencias que pueda plantear el Estado, permitirá aplicar normas contrarias a la legislación básica durante el tiempo que tarde el TC en resolver los procedimientos, pues pese a que, como se ha defendido, cabría aplicar la prevalencia como regla complementaria y transitoria de resolución de conflictos, no se trata de una práctica real a causa del alcance que le ha venido dando el mismo Tribunal. Pero en los supuestos en que el conflicto no se judicialice y/o no se someta al juicio del TC (que no serán pocos), es muy probable que el operador jurídico primario -la Administración- eluda voluntaria o involuntariamente la regla de prevalencia, y seleccione la norma aplicable de forma asistemática, dando lugar a soluciones particulares que afectan a la coherencia y a la seguridad jurídica ⁴⁰.

Ante esta tesitura, la pregunta que surge inevitablemente es, ¿hasta cuándo hay que entender en términos jurídicamente admisibles que la Comunidad Autónoma se encuentra en tránsito real de adaptar su norma a los cambios sobrevenidos de la legislación básica, y a partir de cuándo estamos ante el más puro desinterés? Dado que en nuestro ordenamiento no operan técnicas habituales en otros para resolver estas

³⁸ Como acabamos de decir, alguna manifestación se hubiese formulado en este sentido. Más cuando la Ley gallega de régimen local se ha modificado varias veces por iniciativa del propio Ejecutivo autonómico, una de ellas en relación con la fusión de Municipios, sin haber alterado el régimen de mayorías requerido.

³⁹ La propia Magistrada acepta en cierto modo que esto es así, al afirmar que "... en el trance de aplicar una norma autonómica ... que la propia Xunta considera contraria a la legislación básica estatal de forma sobrevenida, *la actuación procedente habría sido, en su caso, la de promover la acomodación de la norma autonómica a dicha legislación básica mediante la oportuna reforma*, haciendo uso de la iniciativa legislativa que al Gobierno de la Xunta reconoce el art. 13.1 del Estatuto de Autonomía..." Desde luego, esto hubiese sido lo lógico, pues parece evidente que no se trata de una decisión autonómica específica y voluntaria. Sin embargo, el momento de plantear la reforma legislativa no es ante la evidencia práctica del conflicto, sino antes, en evitación del mismo. Para casos como el descrito está pensada la regla de prevalencia.

⁴⁰ De nuevo las Sentencias a que nos referimos sirven de ejemplo de lo que decimos. En sus supuestos de hecho, las distintas Administraciones concernidas han considerado para decidir la norma aplicable criterios diversos, reivindicando en unos casos la legislación básica y en otros la autonómica de desarrollo, lo que pone de manifiesto de manifiesto la singularidad aludida. De hecho, porque hay conflicto entre las normas, pero también porque lo hay en la interpretación de cuál hay que aplicar, se han terminado dictando.

eventualidades ⁴¹, no puede fijarse un plazo preciso en este sentido. Pero sí parece lógico considerar que casos como el referido sobrepasan los habituales de una tramitación legislativa, incluso los de las más complicadas. Y puesto que no ha habido ningún reproche de inconstitucionalidad, ni por parte de la Comunidad Autónoma hacia la nueva legislación básica estatal, ni por parte del Estado hacia la Ley autonómica contraria a ésta, creemos que lo que resulta es obvio: la norma de desarrollo no adaptada es inaplicable por incompatibilidad con la norma básica, y queda desplazada a la luz de la regla de prevalencia que, de esta manera, soluciona una situación indeseable pero muy habitual. Como ya se dijo, no se trata de invalidarla sino de permitir que el operador jurídico que se vea en esta tesitura resuelva, y seleccione la norma aplicable conforme a un criterio señalado por la CE. Y eso requiere extender y normalizar el uso del principio a cualquier nivel aplicativo; insertarlo en la práctica administrativa, sobre todo mientras pervivan desidias como las descritas. Se insistirá sobre esta cuestión.

2. Segunda limitación. Los supuestos de *leges repetitae*: conflicto inarmonizable entre una ley básica estatal y otra autonómica ¿de desarrollo?. Extensión de la doctrina

Sin restar importancia a todo lo anterior, hay que entender sin embargo que el pilar inicial sobre el que el TC basa su cambio doctrinal está en considerar que la prevalencia solo opera en los casos de *leges repetitae*. Esto es, cuando el precepto de la Ley autonómica de desarrollo incompatible con la legislación básica es reproducción literal del tenor original de la misma y, tras la modificación de este último, el legislador autonómico no ha adaptado su norma al nuevo contenido, generando el conflicto. Según se desprende de las tres primeras Sentencias de la serie, es en estos casos en los que se aplicaría el principio.

La práctica de reproducir en la normativa de desarrollo preceptos de la legislación básica ha sido por desgracia muy habitual, y ya bien temprano el TC rechazó desde el prisma de la técnica legislativa el ejercicio competencial autonómico mediante esta fórmula ⁴². Desde esta óptica, considera más ajustado formular remisión a la Ley estatal ⁴³, aunque el mimetismo podría asumirse si su finalidad es dotar de sentido o

⁴¹ TORNOS MÁS (1991, pp. 44 y ss.) alude en este sentido a una técnica prevista en el constitucionalismo austriaco: la fijación por la propia legislación básica de un plazo preclusivo de adaptación que, de superarse, determinaría la asunción provisional de la competencia de desarrollo por el Estado.

⁴² Las SSTC 208/1981, de 18 de diciembre, FJ 1º y 10/1982, de 23 de marzo, FJ 8º, entre otras, destacan la inseguridad, confusión y complejidad que introduce en el ordenamiento la reproducción de normas por dos órganos legislativos distintos con ámbitos competenciales diferentes.

⁴³ STC 147/1993, de 29 de abril, FJ 4º.

inteligibilidad al texto aprobado por el Parlamento autonómico ⁴⁴. Sin embargo, la posible inconstitucionalidad de los preceptos reproductores no derivaría de este hecho (aunque puede potenciarla ⁴⁵), sino de la eventual falta de cobertura de la materia regulada de esta forma por el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma ⁴⁶. Y aunque casi resulta superfluo advertirlo, conviene recordar también que la inclusión literal de un precepto básico en la Ley autonómica no afecta a su naturaleza, que no transmuta a mandato autonómico ⁴⁷.

*2.1. El TC identifica los supuestos de *leges repetitae* con inejercicio competencial por parte de la Comunidad Autónoma. Las dudas más que razonables sobre este argumento*

Pues bien. Enfrentado a la circunstancia descrita, el TC se formula una pregunta clave (STC 102/2016, FJ 3º): en estos supuestos de *leges repetitae*, ¿opera su habitual doctrina sobre la inconstitucionalidad sobrevenida (que obliga a los Tribunales a formular cuestión a la vista del recurso contencioso planteado, como han hecho en este caso), o por el contrario hay que considerar desplazada la norma autonómica inadaptada en favor de la nueva legislación básica (lo que permitiría la actuación directa del operador jurídico primario, tal y como entiende -y ha actuado- la Administración)? Sabemos que la respuesta que ofrece se alinea con esta segunda opción, y da para ello dos razones.

La primera tiene que ver con la imposibilidad de que los órganos administrativos accedan ante él a través de los mecanismos de control de constitucionalidad. A diferencia de los órganos jurisdiccionales, que sí disponen de la misma, a ellos no puede exigírseles esa vía, faltando uno de los principales fundamentos de su doctrina habitual. En la tesitura de decidir el expediente presentado, dada la prohibición del *non liquet* al que está sujeta, la Administración autonómica tuvo que seleccionar la norma aplicable y

⁴⁴ SSTC 47/2004, de 29 de marzo, FJ 8º y 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9º .

⁴⁵ STC 162/1996, de 17 de octubre, FJ 3º .

⁴⁶ STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4º . Las SSTC 47/2004 y 341/2005 , antecitadas, diferencian expresamente dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. En éste, la falta de habilitación autonómica ha de conducir a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal, mientras que en el primero la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto. Alude expresamente a esta doctrina el FJ 5º de la STC 102/2016 , en el que se citan además otros pronunciamientos en los que se insistió en la misma.

⁴⁷ El FJ 6º de la STC 102/2016 recuerda este hecho, insistiendo en la incapacidad de legislador autonómico de influir o bloquear mediante esta técnica la potestad del legislador estatal para

dar preferencia a uno de los preceptos en conflicto inarmonizable, de cuya constitucionalidad -en particular de la de la nueva Ley básica modificada- no dudaba. Y lo hizo en el sentido que el TC considera lógico, porque además lo es: desplazando el autonómico en favor del básico. Se trata, sin duda, de una decisión novedosa, sobre la que incidiremos en el siguiente apartado.

Pero ahora sí interesa detenerse en la segunda de las razones dadas por el TC para componer su giro doctrinal: la consideración de los supuestos de *leges repetitae* como inejercicios competenciales por parte de la Comunidad Autónoma. Para el intérprete constitucional, en estos casos el legislador autonómico no añade a la legislación básica nada que permita considerar su texto como normativa de desarrollo; no pretende transformar el ordenamiento a través de mandatos normativos propios, sino que se limita a reproducir los establecidos por el legislador estatal; no reclama su competencia para desarrollar la normativa básica, aprobando una norma superflua por mimética cuyo contenido decae con el cambio de aquella a la que reproduce ⁴⁸. Por eso la Administración autonómica hizo lo único que procedía: inaplicarla en favor del precepto básico; solución impuesta a su juicio por el art. 149.3 CE y única constitucionalmente respetuosa con la plenitud del ordenamiento (FJ 6^o). Y que es algo semejante a lo que sucede cuando la jurisdicción ordinaria inaplica preceptos de reglamentos ejecutivos que transcriben la Ley que desarrollan cuando ésta se modifica (art. 6 LOPJ), sin que esto implique su nulidad. O cuando opera el principio de primacía del derecho comunitario, que permite a los jueces ordinarios inaplicar normas con rango de Ley contrarias al mismo, lo que ha sido ratificado por el propio TC ⁴⁹. Así pues, la falta de ejercicio de la competencia autonómica elimina la existencia de juicio sobre ella y la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad, que es como sabemos la base de su doctrina habitual sobre la prevalencia.

La afirmación es contundente, no puede discutirse. Pero esa contundencia no evita que surjan en torno a ella diversos interrogantes, todos relevantes. El primero es evidente: ¿es verdad que cuando el legislador autonómico reproduce el precepto básico no ejerce una competencia propia, tratándose de un recordatorio sin valor normativo propio? ¿Para considerar una norma de desarrollo tiene que adicionar contenido al

establecer lo básico, y recordando la vigencia del mandato de acomodación de aquél a las modificaciones de éste.

⁴⁸ ALONSO MÁS (2017), p. 242.

⁴⁹ Un análisis de esta cuestión en FERNÁNDEZ FARRERES, (2016), *in totum*. Ambas analogías, sin embargo, presentan dudas sobre su precisión, pues parten de fundamentos jurídicos diferentes a los de la prevalencia. El primer caso tiene su base específica en el control judicial de la potestad reglamentaria previsto en el art. 106.1 CE, además de tratarse de una consecuencia del principio de jerarquía normativa. Por su parte, el control de adecuación al derecho comunitario se plantea

mandato estatal básico? Según la respuesta dada, se llegará a conclusiones distintas, pero ninguna de ellas -se avanza ya- va a coincidir con el argumento del TC que es, a nuestro juicio, muy forzado.

2.1.1. En la hipótesis del inejercicio competencial: mandato básico estatal inserto en norma autonómica vs precepto inconstitucional por vicio de incompetencia. En ningún caso el argumento del TC explica la necesidad de aplicar la regla de prevalencia

Vamos a empezar por lo más obvio y partir del dato puramente lingüístico: la palabra “desarrollo”. Si se acepta su significado, habrá que convenir que la norma autonómica que se pretenda tal tiene que suponer un avance, una mejora, un incremento, algo añadido a lo existente, que es lo básico. La competencia para desarrollarlo atribuida a las Comunidades Autónomas se ejercería así acrecentando o perfeccionando la legislación estatal, siempre partiendo de ella, sin minoración posible ni determinaciones incompatibles⁵⁰. En esta tesitura, el TC tendría razón: la Comunidad no ha ejercido su competencia y el precepto hoy en conflicto con Ley básica de régimen local no es un desarrollo de la misma porque no lo ha sido nunca. Entonces, ¿qué es? Tampoco aquí cabe dar una sola contestación.

Una respuesta flexible y lógica, en línea con lo que parece considerar el TC en esta Sentencia, llevaría a negar su naturaleza de norma autonómica pues, pese a estar incluido en una Ley aprobada por el Parlamento de la Comunidad, no es un mandato jurídico propio. No ha existido como regla autonómica propiamente dicha, ciñéndose a ser transcripción del precepto básico estatal, que es lo que nunca ha dejado de ser pese a su inserción en aquella Ley. Hay por tanto una sola norma en juego que, en el mejor de los casos, se ha reproducido como recordatorio en el texto autonómico⁵¹. Sin embargo, una respuesta más rígida -y también menos lógica, en lo que conecta con la concepción estricta que se está intentando rebatir- llevaría a considerarlo un precepto inconstitucional por vicio de incompetencia, al no ampararse en una competencia autonómica. En todo caso, sea cual sea la que se acepte, ninguna presenta una secuencia lógica con el argumento dado por el TC que, conviene recordar, deduce la aplicación de la regla de prevalencia en estos supuestos de la falta de ejercicio de la competencia autonómica.

como un control difuso que compete a todos los órganos judiciales nacionales. Ambos aspectos se destacan por la Magistrada Asúa en su voto particular.

⁵⁰ De este parecer es el Magistrado DELGADO BARRIO, que en su voto particular a la STC 6/2011, reclamó la incorporación en las normas autonómicas de desarrollo de un *aliquid novi* para considerarlas tales.

⁵¹ Y en el peor, como afirma MUÑOZ MACHADO (2013), p. 41, por “pura picaresca” interesada que confunde el origen y naturaleza de las regulaciones.

Ciertamente. Si se admitiera la segunda respuesta -con la que no se está de acuerdo-, y aceptando a efectos puramente argumentativos la consideración monopolística del TC acerca de su propio papel, procedería que éste declarase la inconstitucionalidad del precepto autonómico iterativo, previa interposición del correspondiente recurso o cuestión. El supuesto no diferiría tanto de aquéllos en los que ha venido aplicando su concepción clásica en torno a la regla de prevalencia, pues se trataría de un conflicto normativo bajo el que subyace un asunto de competencia -en este caso, de inejercicio de una competencia- que tendría que enjuiciar. Así pues, el modo coherente con el que tendría que haber proseguido su juicio era derivar la existencia de aquel vicio admitiendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada ⁵². No, desde luego, aplicar la regla de prevalencia que, además, opera en conflictos entre normas válidas sobre cuya constitucionalidad no se duda.

Tampoco es razonable el argumento del TC en caso de asumir la primera respuesta, pues faltan las premisas bajo las que actúa la prevalencia. De nuevo no se estaría ante un conflicto entre normas válidas aprobadas en ejercicio de competencias propias, ya que esto es expresamente negado por aquél en el caso del precepto autonómico. De hecho, cabría negar la existencia de un conflicto, porque si el precepto básico reproducido en la norma autonómica no es en esta sede un mandato propio sino una transcripción sin valor específico, ¿con qué podría colisionar la nueva redacción del precepto básico? ¿Conigo mismo en su versión anterior, a la que viene a sustituir? Es absurdo. Lo que se produciría es un decaimiento del precepto mimético -ni siquiera una derogación, por su papel recordatorio- ante el nuevo tenor básico. La prevalencia no está pensada para este marco, a lo que se suma que no hay algo prevalente y algo sobre lo que prevalecer. Según esta interpretación solo habría un precepto: el básico estatal, que se modifica con posterioridad.

No se entiende cómo el TC ha deducido la aplicación de la regla de la coyuntura descrita, utilizando como tesis de fondo justamente la menos apropiada: la falta de conflicto al haber solo un precepto con valor normativo por inejercicio competencial autonómico. Habrá que situarse así en la hipótesis opuesta y considerar que, pese a lo afirmado, las *leges repetitae* sí conllevan ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo.

2.1.2. En la hipótesis del ejercicio competencial: una valoración correcta con la que tampoco encaja el razonamiento del TC

⁵² Algo parecido manifiesta la Magistrada Asúa en su voto particular.

La poca claridad de las razones dadas por el TC para exceptuar los preceptos autonómicos que transcriben literalmente mandatos básicos estatales de un patrón general que él mismo admite -las Leyes aprobadas en el marco del binomio bases/desarrollo surgen del ejercicio de dos competencias distintas⁵³- llevan a considerarlas insuficientes, y a reivindicar algo comúnmente aceptado en la esfera doctrinal y jurisprudencial: legislar lo básico y desarrollar lo básico son dos títulos diferentes que operan en ámbitos funcionales distintos de una misma materia y que otorgan dos potestades legislativas legítimas sobre ella, la estatal y la autonómica. Que el desempeño de esta última sea técnicamente deficiente y opte por reproducir como desarrollo lo fijado por el Estado como básico podrá criticarse con toda razón pero, como se ha dicho, ni conlleva la inconstitucionalidad de los preceptos que lo hagan, ni suprime el ejercicio competencial. Como bien señala el voto particular, el precepto cuestionado forma parte de una Ley de régimen local autonómico aprobada en virtud de una competencia atribuida al efecto por el Estatuto de Autonomía dentro del marco constitucional; competencia que no se restringe a desarrollar preceptos de la legislación básica sino que se extiende a la configuración de un modelo propio de régimen local dentro del marco de aquélla, límite infranqueable para el mismo.

Nos encontramos así con que, frente a lo afirmado por el TC, el supuesto de *lex repetita* descrito conforma un precepto con fundamento competencial legítimo y, desde ese prisma, válido. A consecuencia de la modificación de la Ley básica que reproduce y de la inacción autonómica para su acomodación, surge una incompatibilidad insalvable entre sus contenidos, sin que se cuestione la constitucionalidad del nuevo tenor de aquélla. Sin duda, aquí se está describiendo el campo de actuación de la regla de prevalencia, que ciertamente ha de aplicarse porque para estos casos la fija la CE. Tan sencillo como eso. No hay necesidad de armar un argumento tan rebuscado como el utilizado por el TC, sobre todo porque tampoco explica su uso, al partir de premisas confusas y cuestionables. Era mucho más natural identificar el contexto propio del principio y defender allí su operatividad.

2.1.3. La conclusión de este enredo argumentativo: el temor del TC a modificar definitivamente su doctrina sobre la prevalencia

⁵³ FJ 6º: “Este Tribunal ha declarado (...) que *el control de la adecuación de la legislación autonómica a la legislación básica que desarrolla no puede llevarse a cabo por aplicación del principio de prevalencia (...)*, sino que es un auténtico control de constitucionalidad reservado al TC. Por ello, *en los supuestos en que con apoyo en títulos competenciales distintos, Comunidad Autónoma y Estado aprueban productos normativos incompatibles*, el conflicto planteado se resuelve sin traer a colación el art. 149.3 CE”.

Pero hacer esto suponía romper claramente con la doctrina anterior y rechazar que la prevalencia intervenga en cuestiones de competencia. Afirmar que en ambos casos (aprobación de la Ley básica estatal, aprobación de la *lex repetita* autonómica de desarrollo) se ejercen competencias implica, en los parámetros de aquella, reconducir su conflicto al juicio de constitucionalidad, ante un probable exceso de la Comunidad Autónoma. Así pues, resulta menos traumático negar un ejercicio competencial y derivar de ahí la posibilidad de aplicarla que reconocer cuáles son su campo y extensión. Situándola en lo específico evita refutar una generalidad construida durante años, aunque cuestionada⁵⁴. Porque en efecto, el esfuerzo argumentativo desplegado en este caso por el TC para justificar la prevalencia de la norma estatal parece dirigido a “romper sin romper”, a empoderar una regla agónica sin tener de desdecirse, a avanzar por una vía intermedia -y timorata- que, por inviable, falla en su fundamento y cae en algo más que inconsistencias.

Ha primado la practicidad sobre la argumentación jurídica, haciendo hincapié en las circunstancias particulares del caso -lo que es lógico- para construir como excepción algo que apunta hacia su generalización -lo que ya no lo es-. Pero en ese esfuerzo ha encallado, pues no ha satisfecho ni a quienes reivindican mantener la doctrina clásica -recuérdese la igualdad de posturas en el propio seno del órgano- ni probablemente a quienes desean una aplicación más amplia de la regla, que aun reconociendo la preservación de la legislación básica que implica la fórmula, se plantearán las mismas preguntas y dudas aquí expresadas, que consideramos ineludibles.

2.2. La eliminación de este límite: la amplificación de la doctrina por la vía de hecho que sigue sin explicarse razonablemente

Acaba de afirmarse el deseo del TC de ahondar en la brecha abierta en su doctrina sobre la prevalencia, y esto no se ha dicho por decir. Apenas seis meses después de la STC 102/2016 -cuyo fallo ratifican las SSTC 116/2016 y 127/2016, sobre el mismo asunto- este órgano procedió a dictar la STC 204/2016, que ha ampliado el ámbito de aplicación de la regla al extenderla a supuestos distintos de las *leges repetitae*. Como se indicó en el apartado III.1.A, el TC ha admitido este principio para solucionar el conflicto entre una Ley autonómica aprobada en ausencia de legislación básica y ésta última, dictada con posterioridad en términos incompatibles y a la que no se adaptó aquella.

⁵⁴ No olvidemos que para el TC en el mismo supuesto, sin *leges repetitae*, se seguiría aplicando la doctrina clásica: ahí se entiende que tanto Estado como Comunidad Autónoma sí ejercerían sus respectivas competencias, por lo que procedería el control de constitucionalidad que tiene reservado.

En cualquier caso lo curioso de esta Sentencia no es esta extensión, que ya se intuía en la anterior, sino el modo en que se ha procedido a ella: por la vía de hecho, sin razonamientos adicionales que expliquen porqué algo planteado para supuestos y circunstancias muy precisas pasa a aplicarse a casos en los que ninguna de ellas está presente. Efectivamente, en su FJ 3º, el TC afirma con una tranquilidad pasmosa que

“aunque a diferencia del supuesto resuelto por la STC 102/2016 , en el presente caso la norma de cuya constitucionalidad duda el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao no reproduce precepto alguno estatal de carácter básico (...) *la razón de decidir de aquella Sentencia sirve para resolver también el proceso constitucional*. En ambos casos se trata de una Ley autonómica a la que, en el momento en que se dictó, no podía imputarse vicio alguno de inconstitucionalidad y que, sin embargo, deviene incompatible con una Ley básica del Estado aprobada con posterioridad”.

Resulta, pues, que lo determinante de la aplicación de la regla de prevalencia ya no es que el precepto autonómico sea una *lex repetita* -lo que habíamos considerado fundamento del giro doctrinal- sino el hecho de que la Ley autonómica no era contraria a las bases cuando fue aprobada. Conjugando los dos fallos, se concluye que es indiferente que éstas existieran o no, que el precepto autonómico las reprodujera o no y que, en consecuencia, se considerara ejercido un título competencial propio o no (que en el supuesto descrito, no cabe duda de que así es). Lo que importa en realidad es que no planteaba desajustes *ab initio*, y que éstos se generaron a resultas de la modificación o primera redacción de la legislación básica. Y claro, si eso es lo concluyente, aún es más difícil comprender todo el aparato argumentativo construido en torno a aquella circunstancia que, a la postre, no era la decisiva⁵⁵. ¡Tanto discurrir sobre si se reclama o no un título competencial propio para esto! Desconcierto que todavía se acrecienta más cuando comprobamos que, manteniendo sus recelos, el TC sigue proyectando esta extensión como excepción, de modo que fuera del marco descrito niega al operador jurídico la posibilidad de resolver contradicciones normativas recurriendo a la prevalencia de la legislación estatal. Para el resto de los casos -piénsese en una Ley autonómica de desarrollo que no reproduce los preceptos básicos ya existentes pero que deviene incompatible con ellos por modificación posterior de los mismos- conserva su participación, sin variar su criterio acerca del necesario juicio de constitucionalidad⁵⁶. La

⁵⁵ La contundencia del desacuerdo de los votos particulares de esta Sentencia (en este caso dos) es, como puede imaginarse, elevada, al sumar a las disensiones ya existentes la perplejidad por la falta de razonamientos que expliquen la decisión adoptada.

⁵⁶ Lo que, como antes hemos afirmado en relación con los supuestos de incompatibilidad entre

conclusión es por tanto obvia, e idéntica a lo ya expuesto: el TC avanza en su ruptura con la inaplicación de la regla de prevalencia que él mismo ha causado pero sin definir esa quiebra, moviéndose en un terreno vacilante, incierto y jurídicamente inseguro. Posiblemente el equilibrio de pareceres en el seno del órgano tenga mucho que ver con esto, pero no es la posición en la que debería estar situado el intérprete constitucional, creando insatisfacción a todas las posiciones y generando más dudas que certezas a los operadores jurídicos y a los ciudadanos.

IV. UNA PARTICULARIDAD REMARCABLE: LA ADMINISTRACIÓN COMO OPERADOR JURÍDICO PRIMARIO PUEDE DECIDIR DIRECTAMENTE LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA AUTONÓMICA

Las Sentencias que dieron cuerpo a la doctrina del TC sobre la prevalencia se centraron en rechazar su utilización por los órganos judiciales, proscribiendo que fueran éstos los que desplazasen directamente el texto legislativo autonómico en contradicción con la legislación básica estatal. Sin embargo, la STC 102/2016 ha introducido en este punto una novedad destacable, al reconocer de forma expresa (FFJJ 3º y 6º) que los órganos administrativos también son destinatarios del principio, como aplicadores del derecho. En virtud de la nueva interpretación, tanto aquéllos como cualquier Administración dispone de esta regla de resolución de conflictos en los mismos términos generales, y pueden inaplicar la Ley autonómica en las circunstancias descritas. De hecho, lo que se ratifica en el fallo es su utilización por una de ellas. Conviene recordar además que esta particularidad sirve como argumento *a fortiori* para respaldar la solución adoptada, al considerar que su falta de legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad es el elemento que le lleva a operar necesariamente con la técnica del desplazamiento que implica la regla.

La novedad es llamativa, al punto de afirmarse en el voto particular la configuración de una prevalencia de aplicación administrativa distinta y contrapuesta a la que podrían aplicar los órganos judiciales. Se estima así que, mientras éstos siguen obligados a plantear la cuestión de inconstitucionalidad en los casos de conflicto interordinamental sin dudas de constitucionalidad (doctrina habitual del TC), los órganos administrativos, carentes de esta vía, pueden aplicar la regla en la misma tesitura, de tal manera que la

Leyes estatales y autonómicas dictadas al amparo de títulos competenciales materialmente distintos pero que concurren, no debería ser causa *per se* para impedir la aplicación de la regla, atendiendo a su lógica y finalidad constitucional (vid. apartado III.1.A). En este caso además, con el añadido de que el supuesto descrito opera en el marco relacional bases/desarrollo; esto es, en supuestos de competencias compartidas sobre las que no caben dudas de exclusividad. Sin embargo, lo que sí ha hecho el TC (Sentencia 1/2017), en una línea ya conocida y criticada por algunos autores (vid. nota a pie 39), ha sido rechazar la aplicación de la prevalencia en los casos en que la norma autonómica incompatible es posterior a la legislación básica estatal.

nueva doctrina solo se predica de éstos y no de aquéllos ⁵⁷. Aceptar esta afirmación supondría admitir una paradoja evidente ⁵⁸ que, sin embargo, no se da: el TC plantea su interpretación en un término general, con independencia de que el operador jurídico sea un juez o una Administración. Prueba de ello es que la STC 1/2017 niega la aplicación de la prevalencia por un órgano judicial, pero no en base a este hecho -que asume como presupuesto sin discusión-, sino por no concurrir las condiciones y límites a los que está sujeta la misma ⁵⁹.

De todos modos, a la vez que llamativa, la novedad es relativa y tiene condición formal, no material, puesto que se singulariza en una calificación expresa de los órganos administrativos como operadores jurídicos primarios en relación con la prevalencia, sin introducir una consideración que, por pura lógica jurídica, no tuvieran ya en ese momento. En efecto. Que el destinatario de la regla no es el TC no se pone en duda, estando que su función es enjuiciar la validez constitucional de las Leyes estatales y autonómicas y dilucidar los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas utilizando como referencia el bloque de la constitucionalidad. Tampoco se ha cuestionado que los Tribunales de justicia sí lo eran, porque forma parte de la función jurisdiccional resolver conflictos normativos en los que no existen dudas de constitucionalidad mediante la selección del texto aplicable. De hecho, los intentos más decididos de aplicar dicha regla se han llevado a cabo por ellos. Y que los órganos administrativos también lo son se ha admitido con naturalidad por la mejor doctrina, dada su condición de aplicadores del ordenamiento jurídico. En un sistema normativo tan complejo como el nuestro, no toda contradicción puede resolverse recurriendo a los principios de jerarquía (*¿quid* cuando se produce entre normas de ordenamientos distintos?) o especialidad (*¿quid* cuando la finalidad y contenido de las normas no permitan concluir cuál es el título más específico?), ni siempre existen dudas de validez sobre alguna de ellas, por lo que la prevalencia -no se olvide: regla establecida en la CE - actúa como criterio adicional de selección de la norma aplicable por parte del operador jurídico inmediato. Claramente lo explica TORNOS MÁS cuando afirma que el elemento

⁵⁷ *Idem* MARTÍN ALONSO (2017, p. 170, nota) y REQUEJO PAGÉS et alt. (2016), pp. 238 y 250.

⁵⁸ Mientras los órganos administrativos podrían inaplicar directamente leyes autonómicas opuestas a la legislación básica estatal, los órganos judiciales no. Vid. ALONSO MÁS (2003), p. 313.s

⁵⁹ FERNÁNDEZ FARRERES (2017), pp. 74-75 ha alertado de lo inexacto de esta afirmación. Aunque era cierto que en este caso la Ley autonómica era posterior a la básica estatal, también lo es que ésta se modificó tras la aprobación de aquélla y mantuvo la misma regulación incompatible, pudiendo reconducirse a la inconstitucionalidad mediata que reclama el TC para aplicar la nueva doctrina. Esto es interpretado por el autor como un propósito decidido de dar marcha atrás en ella, pero particularmente no creemos (o no queremos creer) que sea así, tratándose de una nueva expresión de las vacilaciones y temores de este Tribunal a quebrar la doctrina tradicional, reforzados por la falta de mayoría clara para ello.

decisivo para determinar su valor es entender que entre sus destinatarios está la Administración, a la que el ordenamiento, en razón del principio de seguridad jurídica, ofrece una regla de conflicto para resolver qué norma se aplica al caso concreto sin tener que pronunciarse sobre la validez de la que quede desplazada ⁶⁰.

Obviamente a este tipo de afirmaciones no han sido ajenas las críticas, inevitables y lógicas por quienes defienden la concepción habitual del principio. Los votos particulares a las Sentencias que se comentan condensan buena parte de ellas, aunque todas se reconducen a la misma cuestión de base, ligada a la identificación de un juicio de competencia en el empleo de dicha regla: la Administración no puede inaplicar por su propia autoridad una Ley autonómica porque invade el ámbito de funciones del TC al formular una valoración sobre la delimitación de las competencias. No se va a reiterar la disconformidad con esta consideración y sus razones, suficientemente expuestas, pero sí conviene recordar alguna circunstancia adicional que apoya la legitimidad de la actuación administrativa. En concreto, el propio papel de las Administraciones públicas como aplicadoras de un ordenamiento jurídico al que están vinculadas (art.s 9.1 y 103.1 CE) y simultáneamente contribuyen a ajustar con su uso. El principio de legalidad les exige sujetar su actuación al mismo, y la posición preeminente que ocupa dentro de él la CE, así como su eficacia directa, les obliga a atender sus mandatos y valorar cómo se acomodan a ella el resto de normas a aplicar. Siendo la prevalencia uno de esos mandatos, no cabe negar su condición de destinatarias de la misma, por lo que en la tesitura de seleccionar la Ley aplicable en casos de conflicto sobre los que deben resolver habrán de atenderla, priorizando la estatal sobre la autonómica siempre que ésta no se haya aprobado en uno de los raros supuestos de competencia exclusiva y excluyente. No hablamos del caso en que esta última sea inconstitucional, pues aquí la propia primacía de la CE habilita al órgano administrativo para inaplicarla ⁶¹. Nos referimos a Leyes válidas para las que existe una habilitación de desplazamiento derivada de la CE como norma suprema que vincula a todos los órganos, incluidos los de aplicación. Es cierto, y así puede reivindicarse, que el mismo principio de legalidad también obliga a aplicar las normas autonómicas válidas, por lo que (y esto ya no lo es) colisionaría con él su desplazamiento en caso de contradicción inarmonizable con la Ley básica. Así se ha defendido en el voto particular a la STC 102/2016, considerando por ello que la solución oportuna era iniciar el procedimiento de modificación legislativa a fin de proceder a su adaptación. No cabe duda de que esta adaptación debe realizarse, pero no en ese preciso momento en que la Administración viene obligada a decidir.

⁶⁰ (1991), pp. 33-34.

⁶¹ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL (2001), *in totum*.

Entender que ésta es la única opción válida no es operativo, ni desde el punto de vista de la eficacia administrativa ni del de su utilidad general. Si el operador jurídico hubiese sido un órgano administrativo local, ¿qué solución cabría ofrecerle? Precisamente la que deriva de la prevalencia, planteada para estos supuestos.

Admitir, pues, que la regla también va dirigida a las Administraciones públicas no plantea problema jurídico aparente. Menos aún considerando que su actuación está sujeta al control jurisdiccional, por lo que la inaplicación normativa en que se traduce puede ser revisada por unos Tribunales que, si tienen dudas sobre el ajuste constitucional de alguna de las normas en conflicto (particularmente la básica), plantearán cuestión de inconstitucionalidad. Pero como posibilidad, no como deber. Frente a lo defendido por quienes rechazan esta interpretación, el control de constitucionalidad nunca se sustrae al TC que puede, de darse el caso, modificar el criterio del órgano administrativo. De hecho, ésta es la sucesión acontecida en el supuesto de la STC 102/2016 : la Administración autonómica aplica la prevalencia, esta decisión se somete al control judicial, el órgano judicial encargado de resolver el recurso plantea cuestión de inconstitucionalidad, y el TC la inadmite al considerar pertinente la actuación administrativa que determinó la inaplicabilidad de la norma, sobre la que, por ello, no corresponde pronunciarse⁶².

⁶² Esta inadmisión es criticada por el voto particular, precisamente por considerar que por su causa el papel de control de los órganos judiciales sobre la actuación administrativa queda en entredicho, invadiendo la función jurisdiccional al privarles de su competencia para pronunciarse sobre la cuestión de fondo. Entiende que el TC les impone de este modo una decisión administrativa con la que legítimamente pueden diferir, y también considera que el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente puede verse perturbado por esta decisión, pues una cosa es que la Administración decida en un determinado sentido y otra distinta que quien no esté de acuerdo con esa decisión tenga derecho a que un órgano judicial controle la legalidad de la misma, valorando dentro de su potestad de juzgar si la norma invocada era aplicable al caso y trasladando sus dudas de constitucionalidad mediata al intérprete constitucional. Se han mostrado de acuerdo con este reparo REQUEJO PAGÉS et. alt. (2016), pp. 251-252 y ALONSO MÁS (2017), p. 256.

No parece, sin embargo, que hayan existido tales invasión e imposición, aunque sí cabe reprochar al TC su poco atinada afirmación acerca de lo indeseable que resulta la judicialización de decisiones administrativas en estos casos (FJ 6º). El intérprete constitucional ha aclarado el sentido en que debe resolverse la cuestión de fondo de manera análoga a cuando se pronuncia sobre una cuestión de inconstitucionalidad. En este último supuesto, dictaminando el ajuste o desajuste constitucional de la Ley cuestionada clarifica al órgano judicial el sentido de la solución a adoptar. En nuestro caso, indicando que la actuación administrativa es correcta por suponer el ejercicio de un principio constitucional, está recalcando su constitucionalidad y la innecesariedad de pronunciarse expresamente sobre los preceptos legales en conflicto, pues con su decisión ya está marcando su sentido. Tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente se perturba, pues éste consiste en asegurar el acceso y desarrollo del proceso con todas las garantías, no el compromiso de obtener un fallo coincidente con su postura. La recurrente no se ha visto privada su derecho, pues el órgano judicial ha ejercido su labor jurisdiccional y ha obtenido respuesta a sus dudas de constitucionalidad, por lo que puede dictar Sentencia en el sentido al que lleva el pronunciamiento del TC.

V. ¿Y A PARTIR DE AHORA?

La potencialidad del nuevo entendimiento del principio de prevalencia por parte del TC no es desdeñable. Para empezar, toma en consideración un precepto constitucional hasta ahora neutralizado, reanimando una regla que, en un ordenamiento complejo y cambiante, va a contribuir a dotarle de congruencia, evitar parálisis derivadas de conflictos normativos, y dotar de mayor eficacia a la labor de los aplicadores del derecho. En el caso de los Tribunales de justicia, esta eficacia se traducirá en evitar la suspensión del procedimiento judicial que fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, reforzándose el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial efectiva. No tiene ningún sentido práctico declarar nula una Ley autonómica por contravenir una Ley básica estatal que al día siguiente puede cambiar y eliminar el conflicto, generando así un vacío legislativo. Sobre todo porque, como se ha dicho tantas veces, el papel del TC no se ve perturbado, pues lo que hace el órgano judicial es seleccionar la norma aplicable sin interpretarla desde una perspectiva competencial⁶³. En el caso de los órganos administrativos, la eficacia que confiere la regla a su actuación les permite ajustarse más al mandato constitucional en este sentido derivado del art. 103.1.

Pese a ello, la consumación de esta potencialidad va a depender de que se despejen las incertidumbres que rodean el cambio doctrinal, que no solo desconciertan a los anteriores sino que pueden propiciar excesos por quienes quieran aprovechar esa confusión. Hay que precisar bien las circunstancias en las que se aplicará la regla, identificándolas de modo claro. Van a ser Tribunales y Administración quienes determinen, como intérpretes y aplicadores del ordenamiento, cuándo procede la prevalencia de la norma estatal y cuándo hay que plantear el control de constitucionalidad por existir recelos sobre la de alguna, en particular sobre aquella. Hace falta un planteamiento riguroso acerca del significado y operatividad de la regla tal y como se deriva del tenor del art. 149.3 CE, que no se hizo cuando se conformó la doctrina clásica (partiendo de la simplificación de que cualquier juicio sobre una Ley era un juicio de constitucionalidad) ni se está haciendo ahora.

A la vista del panorama expuesto, las certezas que hoy existen son pocas, tanto en relación con el propio significado de la regla -nada más allá de que es pauta de resolución de conflictos normativos interordenamentales- como en lo que hace a su operatividad -el TC tiene ánimo de cambiar su doctrina y recuperarla, se le ha dotado progresivamente de algo más amplitud, opera en supuestos de conflicto entre Ley básica y Ley de desarrollo, se reconoce expresamente a la Administración como aplicadora de

la misma...-. No obstante, esas mismas certezas tienen como contrapunto otras tantas dudas: temor al cambio por la división existente en el seno del órgano, planteamiento de la nueva interpretación como excepciones a una doctrina tradicional que mantiene, falta de identificación de conflictos entre Leyes básicas y de desarrollo dentro del ámbito de aplicación de la regla, silencio sobre conflictos al margen de ese binomio, etc. En este trabajo se ha defendido desde el razonamiento jurídico cómo interpretar alguna de ellas, pero no dejan de ser propuestas teóricas sin reconocimiento expreso por parte del TC.

Sin embargo, la principal duda, y en la que más difícil va a resultar ponerse de acuerdo, sigue siendo la identificación o no en el conflicto legislativo de un tema de constitucionalidad. Aquí, como muchos otros antes, hemos mantenido la postura negativa, con el argumento de que los reajustes normativos no son exclusivos de un TC cuya función primordial es garantizar la supremacía de la CE sobre las Leyes pero no resolver colisiones entre éstas si no existen reparos de constitucionalidad. El monopolio del TC se ciñe a anularlas con efectos jurídicos generales, sin ser el único facultado para valorar *ab initio* su constitucionalidad. Los órganos judiciales lo hacen en su labor enjuiciadora, y la propia cuestión de inconstitucionalidad es un ejemplo de esa valoración previa, que es la que suscita las dudas sobre su acomodo constitucional. Lo mismo sucede con los órganos administrativos en su labor aplicativa. La prevalencia se mueve en este ámbito; en el de las normas válidas en contradicción, como regla útil para solventarla. En los casos referidos la colisión surge entre un precepto legal básico y otro de desarrollo, y el operador desplaza el segundo en favor del primero sin formular juicio de constitucionalidad, extrayendo una consecuencia lógica de la ineficacia normativa. Esto no implica rechazar la doctrina de la inconstitucionalidad mediata, pero sí minimizarla. Sobre todo si es sobrevenida, pues deja de considerarse tal si la Ley autonómica contraria a la Ley básica estatal se considera constitucional: el control del TC deja de ser obligatorio para dar paso a la prevalencia.

Muchos no están de acuerdo con este enfoque, a la vista de los riesgos que genera. El voto particular del Magistrado Martínez-Vares a la STC 204/2016 expone un catálogo de ellos, entre los que destacan la quiebra del sistema concentrado de justicia constitucional, la inseguridad jurídica y pérdida de uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas del bloque de la constitucionalidad ante las diversas actuaciones de los operadores jurídicos, o la falta de preservación de la posición de los Parlamentos autonómicos. Desde la doctrina se incide en los mismos ⁶³ o se apuntan otros, como el peligro de apreciar como auténtica una contradicción normativa

⁶³ TORNOS MÁS (1991), p. 40.

⁶⁴ ARAGÓN REYES (2014), pp. 29-30.

inexistente o dudosa ⁶⁵. Estos riesgos en mayor o menor medida existen (aunque algunos ni siquiera son tales ⁶⁶), pero no tienen porqué tener una connotación negativa si constituyen una forma de avanzar hacia un ordenamiento más coherente y eficaz. Lo realmente peligroso es la incertidumbre, ya que la inseguridad jurídica deriva de ordenamientos confusos y la certeza requiere reglas claras de actuación.

Se han hecho diversas sugerencias para corregir la falta de claridad que rodea a un principio tan importante como el de prevalencia: reforzar el papel del TS en orden a controlar su aplicación permitiendo la unificación de criterios sin sobrecargar al TC, exigir una especial motivación a las Administraciones públicas cuando utilicen la regla mediante la explicación de la selección normativa realizada y su argumentación para considerar la existencia de un conflicto inarmonizable, escuchar al autor de la norma autonómica en conflicto, etc. ⁶⁷. Por supuesto, todo esto está muy bien mientras duren la confusa situación actual y sus indeseables consecuencias ⁶⁸. Sin embargo a veces la solución viene de lo más sencillo, que en este caso es lo que dice el art. 149.3 CE. La prevalencia como regla constitucional es clara y no exige tan complicadas construcciones alrededor. Las palabras de GARCÍA TORRES (2015, p. 240), apelando al criterio teleológico de interpretación de las normas jurídicas son muy ajustadas: “dado que en la CE figura una regla relativa a la prevalencia de las normas estatales, debe presuponerse que pretendió alguna finalidad con ella, y que es preciso asegurarle unos supuestos generales de aplicación, no simplemente un conjunto dubitativo y problemático de hipótesis”. No se puede estar más de acuerdo.

ALONSO MÁS, M.J., (2003), “La prevalencia del derecho del Estado y la inaplicación judicial de las Leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano”, RAP 161, pp. 305-347.

⁶⁵ RÁZQUIN LIZARRAGA (2017), p. 8.

⁶⁶ Por ejemplo, no es cierto que se quiebre el sistema de control concentrado de constitucionalidad. Primero, porque el TC sigue siendo el único que anula las Leyes inconstitucionales, y de lo que aquí se habla es de inaplicarlas cuando no lo sean y colisionen con otra norma estatal. Segundo, porque en ningún sitio está mandado que la inaplicación requiera previa anulación: toda anulación conlleva inaplicación, pero no necesariamente a la inversa. Lo que el Magistrado denomina “sistema concentrado de control de constitucionalidad” es, en realidad una interpretación estricta y rígida del mismo que desatiende el juicio de constitucionalidad que conlleva la labor de aplicación jurídica.

⁶⁷ Cfr. ALONSO MÁS (2017), pp. 258 y ss.

⁶⁸ Son sintomáticas de lo que se quiere decir las palabras de FERNÁNDEZ FARRERES (2017), p. 79, cuando aventura que mientras ésta se mantenga, el operador jurídico puede encontrarse con que “cuando inaplique, puede ver cómo su resolución es recurrida en amparo y revocada por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, mientras que si actúa más precavidamente y, ante la duda opta por preguntar sobre la inconstitucionalidad de la misma, no dejará de correr el riesgo de que la respuesta del TC sea la de que su consulta no procede, quedando la cuestión planteada inadmitida sin más”.

ALONSO MÁZ, M.J. (2017), "De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico", RAP 203, pp. 235-265.

ARAGÓN REYES, M. (2014), "Problemas del Estado autonómico", Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid 31, pp. 13-32.

CANTERO MARTÍNEZ, J. (1996), "Nuevas reflexiones sobre la cláusula de prevalencia", REALA 269, pp. 115-150.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2009), "Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado autonómico", RJUAM 20, pp. 219-238.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2001), "La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y Leyes inconstitucionales", RAP 155, pp. 59-106.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2000), "El principio de prevalencia del derecho estatal", en *Autonomía, pluralidad de ordenamientos y principios de relación*, Instituto de Estudios Autonómicos-Generalitat de Cataluña, Barcelona.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2016), "Inaplicación judicial de la Ley por razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea y derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional", REDA 181, pp. 25-44.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2017), "¿Puede el juez inaplicar la Ley autonómica por razón de la prevalencia del derecho estatal?: estado actual de la cuestión", REDA 186, pp. 47-82.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2015), *Curso de Derecho Administrativo I*, Cívitas, Cizur Menor, 15ª edición.

GARCÍA LUENGO, J. (2014), "El desplazamiento de la normativa autonómica por la legislación básica estatal", en VVAA, *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, volumen I, pp. 185-209.

GARCÍA TORRES, J. (2015), "Ceci a tué cela: la doctrina de la inconstitucionalidad mediata y la prevalencia de las normas estatales", en ARROYO JIMÉNEZ, L. et alt., *El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, Madrid, pp. 235-261.

GONZÁLEZ SANFIEL, A. (2016), "Desplazamiento versus inconstitucionalidad sobrevenida (la lucha encubierta entre la Jurisdicción Ordinaria y el Tribunal Constitucional)", en VVAA, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, tomo II, pp. 1617-1641.

LASAGABASTER HERRARTE, I., (1991), *Los principios de supletoriedad y prevalencia del derecho estatal respecto del derecho autonómico*, Cívitas, Madrid.

MARTÍN ALONSO, G. (2017), "Tribunal Constitucional y crisis del Estado de las Autonomías: la doctrina constitucional durante el año 2016", *Revista d'estudis autonòmics i federals* 25, pp. 166-213.

MUÑOZ MACHADO, S. (2012), *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona.

MUÑOZ MACHADO, S. (2013), "Crisis y reconstitución de la estructura territorial del Estado", en BAENA DEL ALCÁZAR, M. (Dir.), *La reforma del Estado y de la Administración Española*, INAP, Madrid, pp. 19-46.

MUÑOZ MACHADO, S. (2016), *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona.

PAREJO ALFONSO, L. (1981), *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional*, CEC, Madrid.

RÁZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2017), "El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior", *Revista Aranzadi Doctrinal* 4, abril 2017.

REBOLLO PUIG, M. (2016), "En busca de la prevalencia perdida", en VVAA, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, tomo II, pp. 1581-1615.

REQUEJO PAGÉS, J.L., et alt. (2016), "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2016", *Revista Española de Derecho Constitucional* 108, pp. 229-271.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2015), "Sobre los efectos de la legislación básica sobrevenida en la normativa autonómica de desarrollo", en VVAA, *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, pp. 197-213.

RUIZ LÓPEZ, M.A., (2013), "La cláusula de prevalencia del derecho Estatal y la colisión entre jurisdicciones", *RAP* 192, pp. 137-178.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2016), *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 12ª edición.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CERA, Madrid.

TEJEDOR BIELSA, J.C. (2000), *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el Estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Cívitas, Madrid.

TORNOS MÁZ, J. (1991), "Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la Ley de bases . La cláusula de prevalencia", *REDC* 33, pp. 29-45.