

LA PREVALENCIA DEL DERECHO DEL ESTADO Y LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES AUTONÓMICAS: EL CASO DE LAS CESIONES DE APROVECHAMIENTO EN SUELO URBANO

Por

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PLANTEAMIENTO DEL PLEITO RESUELTO POR LA STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 20-11-02.—3. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA DEL DERECHO DEL ESTADO: SU ALCANCE Y SIGNIFICADO: A) *Consideraciones generales*. B) *La aplicabilidad de la cláusula de prevalencia como norma de conflicto por los distintos operadores jurídicos*. C) *La cláusula de prevalencia y la «función constitucional» de las normas básicas*. D) *La operatividad de la cláusula de prevalencia en la jurisprudencia constitucional: el voto particular a la STC 1/03: a) La cláusula de prevalencia y los procesos de inconstitucionalidad*. b) *La aplicabilidad de la cláusula de prevalencia por los órganos del Poder Judicial*.—4. UN SUPUESTO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA POR LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL: LA STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 20-11-02: A) *La evolución de la normativa y de la jurisprudencia constitucional aplicable en materia de cesiones de aprovechamiento*. B) *El razonamiento de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20-11-02 para justificar la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia por los órganos judiciales*. C) *La conclusión de la sentencia: la prevalencia de la Ley estatal 7/97 sobre la Ley valenciana 14/97*.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20-11-02, con base en la cláusula de prevalencia del Derecho del Estado, ha dejado inaplicada una ley autonómica; en concreto, el artículo 19 de la Ley valenciana 14/97, de 30-12, precepto que establece que, en suelo urbano (sin distinguir entre el consolidado y el no consolidado, o entre el suelo urbano en que se actúa de forma sistemática o de forma asistemática), el porcentaje de cesión de aprovechamiento a la Administración actuante será del 0%.

En principio, no parece deseable que los Tribunales ordinarios inapliquen normas autonómicas con valor de ley en aplicación de la cláusula de prevalencia, dada la sujeción del juez a la ley (art. 117.1 CE) y dado que estamos ante normas vigentes y en principio válidas, salvo que el Tribunal Constitucional las declarara inconstitucionales. Afirmar la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan inaplicar estas normas supondría, desde este punto de vista, tanto como negar su rango de ley (1). Por lo demás, la STC 163/95, de 8-11, ha negado expresamente esa posibilidad,

(1) Véase F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en los núms. 100-102, vol. I, de esta REVISTA, 1983, págs. 422 ss.

cuando el conflicto se plantea entre una norma básica y una ley autonómica de desarrollo, con base precisamente en el valor de ley de esas normas y en la sujeción de los órganos jurisdiccionales a la ley.

Ahora bien, la sentencia a que ahora vamos a referirnos inaplica esa norma autonómica al haberse encontrado el TSJ en un callejón sin salida. Ese callejón sin salida viene dado, en primer lugar, por los cambios habidos en la legislación estatal aplicable por razones temporales al caso de autos, y que dejaban sin sentido la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma autonómica; y, en segundo lugar, por los mismos avatares de la jurisprudencia constitucional en materia de cesión de aprovechamiento, dadas las diferencias entre la doctrina contenida en la STC 61/97, de 20-3, de una parte, y, de otra, en las SSTC 164/01, de 11-7, y, muy especialmente, 54/02, de 27-2. Tales cambios jurisprudenciales dejan asimismo sin sentido, a juicio de la sentencia que ahora comentamos, el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 7/97, de 14-4, que era la Ley estatal vigente y aplicable por razones temporales al caso de autos.

2. EL PLANTEAMIENTO DEL PLEITO RESUELTO POR LA STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 20-11-02

En este caso, los hechos del pleito no eran discutidos por ninguna de las partes. La cuestión controvertida versaba exclusivamente en que, habiéndose aprobado un programa de actuación integrada en determinado municipio, programa que debería ejecutarse por gestión directa por el Ayuntamiento, dicha Administración exigió a los propietarios la cesión de tres parcelas de suelo, que representaban el 10% del aprovechamiento urbanístico del ámbito del programa.

El Ayuntamiento procedió así con base en el artículo 2 de la Ley 7/97, vigente en aquel momento, ya que se trataba de una actuación sistemática. En efecto, el precepto en cuestión diferenciaba, dentro del suelo urbano, aquel en que se actuara sistemáticamente, en que habría que ceder el 10% del aprovechamiento como porcentaje fijo, y aquel en que se actuara asistemáticamente, en que la cesión sería del 0%. Posiblemente, en la mente del legislador estatal esa distinción obedecía a la consideración de que las actuaciones asistemáticas carecen de sentido en aquellos casos en que existe un elevado porcentaje de urbanización pendiente de ejecutar, que, en cambio, normalmente existirá en las actuaciones sistemáticas.

La demanda, y sustancialmente el escrito de conclusiones, señalaba como único motivo impugnatorio el hecho de que la ley aplicable al caso no debía ser la Ley estatal 7/97, sino la Ley valenciana 14/97, que, como hemos visto, establece el 0% como porcentaje de cesión en todo el suelo urbano. En este sentido, los recurrentes aducían que la aplicabilidad al caso de esa norma autonómica vendría dada por la exclusividad de la competencia autonómica en materia de urbanismo; exclusividad que enerva la

prevalencia de la norma estatal, conforme al artículo 149.3 CE. Y ello se corroboraría a la vista de que el artículo 27 TRLS de 1992 fue precisamente declarado inconstitucional en la medida en que el mismo establecía un concreto porcentaje de cesión del aprovechamiento tipo en suelo urbano y urbanizable, el 15%; lo que se consideró que invadía la competencia autonómica en materia de urbanismo. En suma, con arreglo a la STC 61/97, la determinación del concreto porcentaje de aprovechamiento sería competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, si bien dentro de los límites que, en su caso, haya establecido el Estado.

El Ayuntamiento, en su contestación a la demanda y en su escrito de conclusiones, alegaba, por el contrario, que la ley estatal debía aplicarse con preferencia, con base en la cláusula de prevalencia del Derecho del Estado. En este sentido, la argumentación municipal giraba en torno al hecho de que la STC 61/97 había diferenciado claramente entre el urbanismo en sentido objetivo, competencia autonómica, y el urbanismo en sentido subjetivo, donde existiría una competencia estatal, dada la incidencia del artículo 149.1.1 CE sobre el estatuto de la propiedad inmobiliaria. En este caso, tratándose de una cuestión relativa al contenido de ésta, no estaríamos ante la competencia exclusiva autonómica para regular el urbanismo en sentido objetivo, por lo que prevalecería el Derecho del Estado (2).

Hay que aclarar que ninguna de las partes había solicitado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; si bien, como la sentencia que comentamos aclara, ello no habría sido óbice a su planteamiento, previa audiencia de las partes.

El fallo de la sentencia fue finalmente desestimatorio de las pretensiones de los actores y confirmatorio, pues, de la procedencia de la cesión al Ayuntamiento del 10% del aprovechamiento, con base en que debía prevalentemente aplicarse el Derecho del Estado en este concreto caso.

3. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA DEL DERECHO DEL ESTADO: SU ALCANCE Y SIGNIFICADO

A) *Consideraciones generales*

Sobre la cláusula de prevalencia del Derecho estatal se han defendido doctrinalmente las posturas más variadas (3). Como es sabido, en un prin-

(2) J. C. TEJEDOR BIELSA, *La garantía constitucional de la unidad del Ordenamiento en el Estado autonómico*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 92 ss., entiende que, a efectos de la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia, lo relevante es que exista una reserva íntegra y excluyente de toda posibilidad de acción sobre una materia desde cualquier perspectiva y finalidad; de lo contrario, no se cumpliría la finalidad de la atribución de competencias al Estado.

(3) Sobre esta cláusula, vid., entre otros, F. BALAGUER CALLEJÓN, *La cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE y los Estatutos de autonomía*, en «Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics», núm. 4, 1986, págs. 132-33; J. CANTERO RODRÍGUEZ, *Nuevas reflexiones sobre la cláusula de prevalencia*, en «REALA», núm. 269, 1996, pág. 128.

cipio, autores como PAREJO ALFONSO (4) se inclinaron por considerarla como una verdadera cláusula de atribución de competencias al Estado. No obstante, el TC, desde su sentencia 77/84, de 3-7, se ha inclinado por que la cláusula en cuestión es una norma de conflicto, y no de competencia (5). De hecho, para el autor citado (6), la norma es no sólo de conflicto, sino

(4) L. PAREJO ALFONSO, *La prevalencia del Derecho del Estado*, CEC, Madrid, 1981, págs. 113 ss. Tengamos en cuenta que este autor, *op. cit.*, págs. 101 ss., entiende que muchas veces las leyes básicas ejercerán una función de delimitación de las competencias autonómicas; en concreto, en aquellos supuestos en que la Constitución o los Estatutos se remitan a los términos que establezca esa legislación básica. Vid., no obstante, STC 29/86, de 29-2.

Para I. DE OTTO Y PARDO, «La prevalencia del Derecho del Estado», en *Estudios de Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 66 ss., el Estado posee competencia normativa general, a la que se superpone la de las Comunidades Autónomas. Así, entiende que el Derecho estatal nunca será nulo por incompetencia, sino sólo quedará desplazado por el Derecho autonómico en aquellas Comunidades Autónomas que hayan ejercitado su competencia normativa en la materia. Es decir, cuando las Comunidades Autónomas sean competentes, prevalecerá su normativa propia y la estatal será supletoria. En cualquier caso, la construcción de DE OTTO no se corresponde con la nueva jurisprudencia constitucional sobre la supletoriedad (SSTC 61/97, de 20-3, y 118/96, de 27-6).

DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 282, algún tiempo más tarde, modificó su postura y acabó entendiendo que la cláusula de prevalencia sólo podría operar en caso de concurrencia de competencias por defectos en el sistema de reparto de las mismas.

(5) Afirman E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 7.^a ed., Civitas, Madrid, 1995, págs. 332 ss., que la cláusula de prevalencia no constituye una norma de competencia. Vid. asimismo J. TORNOS MAS, *La cláusula de prevalencia y el artículo 4 de la LOAPA*, en «REDA», núm. 37, 1983, págs. 185 ss., quien la considera una norma de conflicto; J. GARCÍA TORRES, «La cláusula de prevalencia y el Poder judicial», en *Homenaje a García de Enterría*, I, Civitas, Madrid, 1991, pág. 571; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones», en *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 356, para quien su aplicabilidad presupone la competencia de ambas instancias; I. LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 162.

La STC 56/86, de 13-5, afirma que no se puede declarar sin más la prevalencia de los intereses generales sobre los comunitarios, de forma así de genérica, para el caso concreto. Y ello porque es la competencia la que determina el interés y no a la inversa. Por esta razón, el TC señala que debe apurarse la interpretación del ámbito de los respectivos títulos competenciales, siguiendo la línea marcada por la STC 77/84, de 3-7. Creemos que esto es consecuencia inequívoca de la consideración de la cláusula de prevalencia como simple norma de conflicto, y no como norma de competencia.

Sobre los criterios de resolución de conflictos en caso de actuaciones públicas ejecutivas, J. M. PEÑARRUBIA IZA, *Preferencia, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes*, en el núm. 149 de esta REVISTA, 1999, págs. 131 ss.

(6) *Op. cit.*, pág. 93. La tesis de PAREJO ALFONSO, que parte tanto de la superioridad de las bases sobre las normas de desarrollo como de la consideración de la regla de la prevalencia como norma de competencia y no de conflicto en los ámbitos reseñados en el artículo 149.1 CE, conduce, a nuestro juicio, a entender que el Derecho estatal delimita en estos ámbitos las competencias de las Comunidades Autónomas.

Una crítica a la tesis de PAREJO en TORNOS MAS, *La cláusula...*, cit., págs. 188 ss., para quien la conversión de la regla de prevalencia en norma de competencia supone alterar lo previsto en la CE y los Estatutos; a lo que añade que la exclusividad es compatible con la división entre bases y desarrollo, de modo que la prevalencia del Derecho del Estado no debería aplicarse sin más en los supuestos del artículo 149. Añade así que atribuir prevalencia al Derecho estatal como norma de competencia supone conferir a este Derecho estatal una función delimitativa de la competencia autonómica, impidiendo hablar de exclusividad competencial. Vid. asimismo DE OTTO Y PARDO, *op. cit.*, pág. 96, para quien la tesis de PAREJO ALFONSO es contraria al principio de competencia.

también de competencia porque tiene como presupuesto la existencia de dos normas concurrentes y en principio válidas, de modo que se hace primar una sobre la otra. Pero, si ambas son válidas, quiere decir que ambas son competentes, luego no estamos ante una norma de competencia, sino de conflicto.

En efecto, la regla de la prevalencia no atribuye competencia alguna; es, por el contrario, un simple efecto de la conjugación de dos factores: el primero, la libertad —limitada— del legislador estatal para definir los fines de interés general; el segundo, el necesario respeto a las competencias autonómicas y a los intereses autonómicos, que no pueden ser anulados por un cambio en la visión del legislador estatal, sino tan sólo, eventualmente, desplazados por la actuación de éste. De este modo, la regla de la prevalencia no es una norma de competencia, sino un efecto de las normas de competencia y, como veremos, de la función constitucional de las normas básicas.

Esto significa que la citada cláusula no comporta la invalidez de la norma autonómica contraria a la ley estatal prevalente, por incompetencia de aquélla, sino que sólo supone el desplazamiento en la aplicación de esa norma autonómica. Derogada la norma estatal, la norma autonómica podrá volver a aplicarse (7).

Esta interpretación plantea, sin embargo, no pocos problemas. Y ello porque supone tanto como decir que, en un caso concreto, existen dos normas igualmente válidas y en principio aplicables al caso, una estatal y una

(7) Las nociones de jerarquía y competencia constituyen criterios de resolución de antinomias normativas, al igual que las de especialidad y de posterioridad. La prevalencia, por el contrario, entendida como efecto desplazamiento, constituye uno de los efectos posibles de tales relaciones; los otros dos son la nulidad y la derogación. Lo que ocurre es que la CE eleva la prevalencia del Derecho estatal a criterio de resolución de antinomias normativas.

De hecho, la prevalencia puede ser consecuencia tanto de la superposición de dos títulos competenciales como de la existencia de una ley especial que prevalece sobre la general, como incluso una simple consecuencia del principio de posterioridad cuando se trata de una derogación tácita, y aun de la existencia de un margen de discrecionalidad política en favor del Estado en la determinación del ámbito de las normas básicas. Esto es, puede ser consecuencia del principio de posterioridad, así como del principio de especialidad, pudiendo estos dos principios darse combinados, o bien de la función constitucional de las normas básicas, como veremos. En cambio, en nuestro Ordenamiento la prevalencia nunca es una consecuencia del principio de jerarquía, aunque ello sí ocurre en otros Derechos.

F. BALAGUER CALLEJÓN, *Los conflictos normativos entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico*, en «RCG», núm. 19, 1990, págs. 107 ss., considera que el efecto de la prevalencia no está suficientemente bien definido en nuestra doctrina, ya que algunos extraen del mismo la invalidez o la derogación de la norma no prevalente, al menos en ciertos casos. Así, *op. cit.*, págs. 113 ss., considera que lo que define a la prevalencia es que se trata de un tipo de relación intermedia entre la jerarquía y la competencia —colocándola, por tanto, en el mismo plano que éstas—, ya que se trata de una relación indirecta que se caracteriza no obstante por operar, al igual que la jerarquía, sobre un mismo ámbito de validez, y por la existencia de un deber de respeto de la norma no prevalente respecto de la prevalente. A mi juicio, no obstante, ese deber de respeto no existe; precisamente por ello, aun en caso de conflicto normativo, ambas normas son válidas. Más bien estamos ante un mandato dirigido a los aplicadores de las normas. De hecho, el autor añade que el Ordenamiento jurídico no sanciona con la invalidez la infracción de ese supuesto deber de respeto.

Sobre los principios de jerarquía y competencia, véase también I. LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, *cit.*, págs. 28 ss., esp. págs. 34 ss.

autonómica, que son contradictorias entre sí. Y, teniendo en cuenta que el vicio de incompetencia comporta la invalidez de la norma incurra en el mismo (8), hay que entender, pues, que para que la citada cláusula sea aplicable será preciso que ambas normas hayan sido dictadas en virtud de títulos competenciales suficientes.

Pero ello no se compagina bien con el hecho de que la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes dictadas con base en el artículo 150 CE han pretendido efectuar una concreta atribución de competencias legislativas al Estado y a las Comunidades Autónomas. Es verdad que el sistema de distribución de competencias no es perfecto, y que muchas veces las competencias se solapan. Pero también es verdad que, cuando una determinada norma autonómica es incardinable materialmente en un título competencial autonómico y en un título competencial estatal, el Tribunal Constitucional siempre se ha inclinado por apurar (a veces más allá de lo razonablemente posible) la interpretación de las normas atributivas y delimitativas de las respectivas competencias para subsumir la norma controvertida en uno u otro título competencial.

Es decir, aun en casos de solapamiento de títulos competenciales, el Tribunal Constitucional nunca ha aplicado la cláusula de prevalencia, sino que ha optado por determinar si la norma fue dictada en virtud de un título competencial válido o si no fue así. Es el caso, por ejemplo, de las SSTC 213/88, de 11-11; 259/88, de 22-12; 46/92, de 2-4, y 11/99, de 11-2. En todos estos supuestos se declaran inconstitucionales normas autonómicas, formalmente amparables en el título competencial del urbanismo, por entender que las mismas eran contrarias a las bases estatales en materia de régimen local, al afectar al sistema de control de legalidad de los actos y acuerdos locales (9). Y en la STC 77/84, de 3-7, se aprecia un indudable es-

(8) Ha resaltado L. M.^a Díez-Picazo Giménez, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 348, que la competencia, a diferencia de la especialidad, constituye, al igual que la jerarquía, un criterio rector del sistema de fuentes, cuya lesión provoca la nulidad de la norma que lo contradice y sin que, por tanto, exista ninguna antinomia real entre dos normas, ya que sólo una de ellas es válida. Otra cosa ocurrirá con la cláusula de prevalencia, si la consideramos una simple norma de resolución de conflictos entre normas válidas.

Por otra parte, la diferencia entre prevalencia y derogación viene dada por la distinción entre vigencia y eficacia. La derogación afecta a la primera; la prevalencia, a la segunda —como afirma L. M.^a Díez-Picazo Giménez, *La derogación de las leyes*, cit., págs. 165 ss., una norma que prevalece sobre otra no elimina su vigencia, pero sí limita su eficacia—. En todo caso, la relación no parece biunívoca: así, como afirma el autor citado, las normas ultraactivas son eficaces pese a no estar vigentes, pero su prevalencia temporal sobre la ley derogante es una prevalencia impropia por cuanto no se funda en la función o posición de una y otra, ni en ningún otro principio de ordenación normativa, sino simplemente en la voluntad de aquélla, que podría enervar esa ultraactividad con el límite del artículo 9.3 CE.

(9) El caso era diferente, en apariencia, al resuelto, en similar sentido, por la STC 27/87, de 27-2, que declara la inconstitucionalidad sobrevenida de ciertos preceptos de la Ley valenciana 2/83, dictada en materia de régimen local, por contravenir las bases estatales después dictadas en esa materia. Es decir, en este caso no nos encontrábamos ante el ejercicio de una competencia autonómica exclusiva (con todos los problemas que plantea el concepto y alcance mismos de la exclusividad), sino ante una ley autonómica de desarrollo de unas bases estatales que resulta sobrevenidamente contraria a estas últimas. Vid.

fuerzo del TC para apurar la interpretación de los títulos competenciales, y resuelve el conflicto sobre esa base; aun cuando señala que, de no haber podido ser así, se tendría que haber indagado quién es en cada caso el titular de la competencia prevalente.

J. GARCÍA MORILLO, *La versatilidad de lo básico*, en el núm. 139 de esta REVISTA, 1996, págs. 135 ss. En todo caso, puede entenderse que ambos supuestos son semejantes, en la medida en que el título urbanismo se solaparía con el de desarrollo del régimen local y, en tal medida, quedaría sometido a las bases fijadas en relación con esto último.

CANTERO RODRÍGUEZ, *La cláusula...*, cit., págs. 132 ss., afirma que para que se pueda aplicar esta cláusula es preciso, en primer lugar, que se produzca un conflicto entre dos normas válidas y vigentes y, en segundo lugar, que la competencia no sea exclusiva de la Comunidad Autónoma. En relación con la primera cuestión, concluye que la prevalencia del Derecho estatal sólo se podría producir en el caso del artículo 149.2 CE, o bien en el supuesto en que una norma autonómica dictada al amparo de una ley marco contradijera otra norma estatal. En cambio, entiende que la prevalencia no es aplicable a las relaciones entre las leyes básicas y las leyes de desarrollo, ya que en estos casos, a su juicio, hay que aplicar el criterio de la competencia. Lo que ocurre es que si la supremacía de la ley básica estatal sobre la ley autonómica produce, como afirma el TC, la inconstitucionalidad de la segunda si contradice la primera, a la que se confiere cierta aptitud de delimitación de competencias, el principio de competencia habrá quebrado.

Por lo que respecta al caso de superposición de títulos competenciales, esta autora señala que estos conflictos deben resolverse a través de una correcta delimitación de los mismos, por lo que tampoco aquí se aplicaría la cláusula de prevalencia. Pero si se entiende que existen cuestiones que pueden ampararse en ambos títulos, dicha cláusula sí sería de aplicación, aun cuando se partiera de que la relación entre las bases estatales y sus normas de desarrollo es estrictamente competencial; en cuanto que, en ese caso, la Comunidad Autónoma no habría incurrido en extralimitación. Sólo desde esta perspectiva podría afirmarse que, a los efectos que nos ocupan, existe una sustancial diferencia entre ambos supuestos. Véase J. C. TEJEDOR BIELSA, *La garantía constitucional de la unidad del Ordenamiento en el Estado autonómico*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 98 ss. En sentido parecido al sostenido por CANTERO RODRÍGUEZ, vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», en *Homenaje a García de Enterría*, vol. I, cit., págs. 562 ss.; del mismo autor, «Proceso contencioso administrativo y procesos constitucionales: alternativa, simultaneidad, interferencias», en *Homenaje a González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1135 ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ordenamiento...», *op. cit.*, págs. 358 ss., añade que la regla de la prevalencia se aplica, entre otros, en casos de superposición de títulos competenciales, si bien matiza que en éstos los conflictos normalmente se podrán resolver a través de la interpretación de las competencias respectivas. A mi juicio, la aplicabilidad de la regla a esos supuestos puede explicar, además, por qué el artículo 149.3 se refiere en bloque al Derecho estatal y no sólo a las leyes básicas —como resalta PAREJO, *op. cit.*, pág. 92—. Contrario a la aplicación de la prevalencia a esos casos se manifiesta BALAGUER, *Los conflictos...*, cit., págs. 130 ss., donde entiende que la dicción del artículo 149.3 CE en relación con las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas impide esta interpretación; de este modo, considera que en estos supuestos es precisa la intervención del TC. Vid. asimismo J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, pág. 330, quien entiende que, en caso de superposición, no se produce sino el desplazamiento aplicativo de la norma autonómica, salvo que la contradicción sea frontal y abstracta —como ocurre en la relación entre las bases y el desarrollo—, en cuyo supuesto considera que se produce la derogación de la norma autonómica previa a la estatal y la nulidad de la posterior. A mi juicio, no es posible hablar de derogación en estos casos, ya que la *potestas normandi* radica en sujetos diferentes.

La STC 259/88, de 22-12, que se remite a la doctrina sentada en la STC 213/88, estima la impugnación efectuada por el Gobierno, al amparo del Título V de la LOTC, contra el Decreto catalán 146/84, de 10-4, que desarrollaba el artículo 9 de la Ley 3/84, declarado inconstitucional por la segunda de las sentencias citadas. Si el TC admitió la utilización de esta vía, quiere decir que entendía competente a la Comunidad Autónoma catalana, ya que en caso contrario el cauce procedente habría sido el conflicto de competencias.

B) *La aplicabilidad de la cláusula de prevalencia como norma de conflicto por los distintos operadores jurídicos*

Partiendo de que la cláusula de prevalencia no es una norma de competencia sino de conflicto, autores como TORNOS MAS (10) se han inclinado por considerar que sólo pueden aplicarla, cuando la norma autonómica tiene valor de ley, aquellos órganos que no estén facultados para elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Es decir, los órganos de las Administraciones Públicas. Los órganos jurisdiccionales, por el contrario, ante un conflicto entre una norma estatal y una autonómica, no podrían aplicar la cláusula de prevalencia, sino que deberían plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta interpretación, desde luego, tiene a su favor el principio de vinculación del juez a la ley y el monopolio de rechazo del Tribunal Constitucional en relación con las normas con valor de ley. Este monopolio conecta con la seguridad jurídica y con el principio democrático, y preserva mejor el equilibrio de poderes en el Estado. Por lo demás, la STC 163/95, de 8-11, afirma, en efecto, como hemos visto, que sólo el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de rechazo de las leyes autonómicas. Se trata de nor-

En todo caso, quizá el proceso se admitió a trámite y se entró en el fondo por cuanto el Gobierno fundamentó la impugnación en la infracción del principio de autonomía local. Lo que pasa es que esta sentencia, al igual que la STC 213/88, parece entender que la existencia de un mínimo común de autonomía local en todo el territorio nacional entra dentro de la garantía institucional, aunque la concreción de ese mínimo sea en parte función de la ley básica, dada la indeterminación constitucional de aquella garantía.

A mi juicio, y por las razones que se expondrán más adelante, la cláusula de prevalencia es en primer lugar aplicable en las relaciones entre las leyes básicas y las leyes autonómicas de desarrollo. Ello, incluso cuando la norma autonómica formalmente se ampare en un título competencial distinto, cuando también la misma se pueda considerar desarrollo de las bases estatales dictadas en otra materia. Por lo que respecta a los casos de competencias indistintas, como pasa con el artículo 149.2 CE, entiendo, con TEJEDOR BIELSA, *op. cit.*, pág. 87, que habrá en primer lugar que apurar la interpretación de los títulos competenciales que pueden incidir en cada supuesto; el autor se basa en la STC 109/96. En cuanto a los casos de superposición física de competencias, a mi juicio, habría en principio que diferenciar entre los casos en que la competencia estatal esgrimida es básica, en cuyo caso sí se aplicaría la cláusula de prevalencia en cuanto que la norma autonómica pueda considerarse desarrollo de esa norma básica; los supuestos en que la competencia estatal aplicada sea la del artículo 149.1.1 CE, donde la solución debe ser la misma por las razones que se verán más adelante; y los supuestos en que el Estado ejerce otra competencia exclusiva. En este caso, realmente el TC lo que hace es apurar la interpretación de los títulos competenciales. Así pasa en las SSTC 77/84, de 3-7, y 40/98, de 19-2 (en relación con esta última, en especial es relevante el pronunciamiento relativo al artículo 18 de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). No obstante, en todos estos supuestos la prevalencia podría aplicarse residualmente, cuando el problema no se pueda solventar mediante la interpretación de los respectivos títulos competenciales. En cuanto al caso a que alude CANTERO RODRÍGUEZ, de la norma autonómica dictada al amparo de una ley marco y contraria a otra ley estatal, entiendo que deberá aplicarse la norma autonómica si la ley marco es posterior a aquélla; en caso contrario, podría llegarse a la misma conclusión si se entendiera que la función constitucional de la ley marco rechaza su modificación o derogación tácita.

(10) *Op. cit.*, págs. 86 ss.; para este autor, esa cláusula operaría sólo como presunción *juris tantum* a favor de la norma estatal, de forma que, en último término, será necesario un pronunciamiento del TC que clarifique el alcance de las respectivas competencias.

mas que han sido dictadas después de la Constitución y a las que, por tanto, no se podría aplicar el binomio inconstitucionalidad sobrevenida-derogación a que alude el parecer mayoritario expuesto en la STC 4/81, de 2-2.

A esa idea subyace en realidad que, pese a sus problemas interpretativos, el modelo de distribución de competencias constituye un sistema jurídico cerrado en que en cada caso es posible hallar una única solución jurídicamente correcta, cuya determinación corresponde al Tribunal Constitucional. Porque, en efecto, según esta interpretación de la cláusula de prevalencia, el conflicto entre la norma estatal y la autonómica se debe resolver siempre con arreglo a estrictos parámetros de validez de la una o de la otra, según el alcance de los respectivos títulos competenciales. Nunca podría resolverse en términos de derogación de la ley autonómica anterior a la estatal y opuesta a ella, en la medida en que ambas normas proceden de poderes públicos distintos, a diferencia del caso de las leyes anteriores a la Constitución y materialmente opuestas a ella.

Ahora bien, esta solución lleva consigo la paradoja de que los órganos administrativos pueden inaplicar leyes autonómicas que se opongan a la legislación básica estatal, sin que, sin embargo, puedan hacerlo los órganos judiciales. Este óbice, sin embargo, no parece demasiado sólido, precisamente porque la sujeción a control jurisdiccional de toda la actuación administrativa comporta que la eventual inaplicación de la ley autonómica pueda ser enjuiciada por los órganos jurisdiccionales, quienes en último término plantearían la cuestión de inconstitucionalidad.

En realidad, el entendimiento de la cláusula de prevalencia como norma de conflicto y no de competencia puede tener, según se interprete, un alcance distinto. Para la posición doctrinal que acabamos de enunciar, esa cláusula tendría un sentido puramente provisional. A esa interpretación subyace en realidad la consideración de que el orden de competencias es un sistema cerrado, cuyos problemas se pueden resolver siempre vía interpretación normativa.

Una segunda posición relativa al alcance de la cláusula de prevalencia como norma de conflicto vendría a decir que también los órganos jurisdiccionales están llamados a aplicarla, en aquellos casos en que efectivamente existan dos normas válidas y aplicables al caso (11). Estó último presupo-

(11) Partidario de la posibilidad de aplicación de la cláusula de prevalencia por el Poder Judicial en caso de contradicción entre leyes autonómicas y estatales es J. JIMÉNEZ CAMPO, *¿Qué es «lo básico»?* *Legislación compartida en el Estado Autonómico*, en «REDC», núm. 27, 1989, pág. 62, quien por esta razón considera necesario decantarse por una noción parcialmente formal de las bases; así como J. GARCÍA TORRES, «La cláusula de prevalencia y el Poder judicial», cit., págs. 569 ss. Este autor, *op. cit.*, pág. 573, entiende que el TC no puede enjuiciar la compatibilidad de las normas autonómicas con aquellas estatales que no son parámetro de constitucionalidad de las mismas; y añade que la sujeción del juez a la ley sufre modulaciones en ciertos casos —*op. cit.*, pág. 575—. En el mismo sentido, F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», en *Homenaje a García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pág. 23, quien afirma que el monopolio de rechazo de las leyes que ostenta el TC se refiere sólo a las leyes estatales. Vid., no obstante, LASAGABASTER, *op. cit.*, pág. 134. Una crítica a la tesis de RUBIO LLORENTE en TEJEDOR BIELSA, *La garantía...*, cit., pág. 59, quien considera que la misma es contradictoria con la posición de dicho autor en cuanto a la exclusividad de la jurisdicción constitucional en relación con los conflictos de competen-

ne que los títulos competenciales muchas veces se solapan de manera irresoluble, de tal forma que sería posible que, en ciertos casos, tanto el Estado como la Comunidad Autónoma hubieran dictado una norma válida desde la perspectiva competencial. La cláusula de prevalencia supondría así un desplazamiento de la norma autonómica a favor de la estatal, mientras ésta no se modifique o derogue.

Ambas interpretaciones en realidad suponen conferir un cierto sentido provisional a la cláusula de prevalencia. Según la primera, esa provisionalidad se dará en cada caso, caso por caso, pero desaparecerá si el asunto llega a los órganos judiciales, en cuyo caso los mismos se verán obligados a elevar la cuestión de inconstitucionalidad. De acuerdo con la segunda, la prevalencia sigue siendo de aplicación en cada caso aunque el asunto llegue a los órganos judiciales; su provisionalidad depende de la vigencia de la misma norma estatal (12).

La primera de estas interpretaciones es, aparentemente, más respetuosa con las competencias autonómicas, ya que impide que los órganos judiciales puedan sin más dejar de aplicar una norma autonómica con valor de ley. Sin embargo, paradójicamente, su resultado puede desembocar en la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley autonómica por el TC, al menos con la actual estructura de los procesos constitucionales. La segunda interpretación, si bien permite a los órganos judiciales dejar de aplicar una ley autonómica, tiene como ventaja que dicha ley seguirá siendo válida y vigente (aunque quede inaplicada caso por caso) pese a su contradicción con la ley estatal.

C) *La cláusula de prevalencia y la «función constitucional» de las normas básicas*

El segundo problema que plantea esa solución (la consideración de dicha cláusula como norma dirigida tan sólo a los órganos administrativos, no a los judiciales) radica, no obstante, en su propio punto de arranque. Es decir, puede cuestionarse que el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sea un modelo cerrado que en todo caso comporte la existencia de una sola solución jurídicamente correcta y susceptible de ser averiguada mediante la interpretación jurídica (13). Y ello no tanto por los especiales problemas que plantea la inter-

cia, en cuanto que la aplicabilidad de esa cláusula comporta implícitamente un juicio positivo sobre la constitucionalidad de la ley autonómica.

(12) BALAGUER CALLEJÓN, *Los conflictos normativos...*, cit., pág. 96, afirma que la prevalencia puede actuar como regla provisional o definitiva de solución de conflictos normativos: en el primer caso, cuando sólo una de las normas sea competente; en el segundo, cuando ambas lo sean.

TORNOS MAS, *El sistema...*, cit., pág. 127, considera que esta cláusula sirve para resolver temporalmente el conflicto hasta tanto se pronuncia el TC, y añade que, por esta razón, la misma refuerza el régimen de suspensiones en favor del Estado establecido en la LOTC.

(13) TEJEDOR BIELSA, *op. cit.*, págs. 79 ss., apunta a esas dos concepciones, abierta y cerrada, del sistema de distribución de competencias. En este sentido, resalta que la STC

pretación de las normas constitucionales, o por los límites a que se sujeta el razonamiento práctico humano, sino, ante todo, por la misma interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado de las relaciones entre las normas básicas y las normas autonómicas de desarrollo.

En efecto, en relación con esta última cuestión, en las sentencias 76/83, de 5-8 (14), o 214/89, de 21-12, entre otras, el TC ha afirmado que las normas estatales no pueden determinar en abstracto el alcance de las respectivas competencias, en la medida en que ello supondría la invasión de funciones del Constituyente. Considera además que las normas básicas no pertenecen al bloque de constitucionalidad (15) y carecen, por tanto, de acuerdo con el artículo 28 LOTC, de la función de delimitación de competencias (16). Así lo ha afirmado, por ejemplo, la STC 29/86, de 29-2.

La STC 15/00, de 20-1, ha clarificado que esa doctrina de la sentencia de la LOAPA sólo es de aplicación en los casos en que el legislador estatal pretenda imponer al legislador autonómico una única interpretación vinculante para dicho legislador (17). Y, de hecho, la STC 40/98, de 19-2, apli-

40/98, de 19-2, afirma que a la atribución de competencias al Estado subyace un interés general y prevalente. Asimismo, pone de relieve que el criterio del interés general como determinante de la atribución de competencias y de interpretación del sistema competencial está en la base del voto particular de JIMÉNEZ DE PARGA a la STC 13/98, de 22-1.

(14) Vid., por ejemplo, L. PAREJO ALFONSO, *Algunas reflexiones sobre la sentencia del TC de 5-8-83, relativa al proyecto de Ley orgánica de armonización del proceso autonómico*, en «REDC», núm. 9, 1983, pág. 160; S. MUÑOZ MACHADO, *La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones (la STC de 5-8-83: asunto LOAPA)*, en «REDC», núm. 9, 1983, págs. 121 ss.

(15) Véase, sobre esta noción, F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», cit., págs. 3 ss., quien resalta que si, en ocasiones, con esta expresión se refiere el TC a las normas delimitativas de la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en otras parece aludir, más genéricamente, a aquellas que son parámetro de la constitucionalidad de las leyes. En este último sentido se pronunciaba, por ejemplo, I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 94 ss.

Para J. TORNOS MAS, *La legislación básica en la jurisprudencia del TC*, en «RVAP», núm. 31, 1991, pág. 277, que las leyes básicas pertenezcan o no al bloque de constitucionalidad depende de cómo se interprete esta última noción. Así, entiende que si la misma se circunscribe a las normas que positivamente delimitan las competencias autonómicas y estatales, las bases no pertenecerán a dicho bloque; por el contrario, si se considera que este último se forma por las normas que sirven de parámetro de la constitucionalidad de otras, habrá que entender que las leyes básicas pertenecen al mismo, en la medida en que, de modo reflejo, configuran el ámbito de la potestad legislativa autonómica. A mi juicio, no obstante, y como veremos, ni siquiera en este último sentido puede afirmarse que las leyes básicas pertenezcan al bloque de constitucionalidad.

(16) Véase R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Relaciones entre leyes: jerarquía, competencia y función constitucional*, en el núm. 113 de esta REVISTA, 1987, págs. 7 ss. Del mismo autor; y en concreto en relación con las leyes básicas, «Legislación básica en materia de régimen local: relación con las leyes de las Comunidades Autónomas», en *La provincia en el sistema constitucional español*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 50 ss.

(17) P. CRUZ VILLALÓN, *¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento jurídico cuarto de la STC 76/83, de 5-8, sobre la LOAPA)*, en «REDC», núm. 9, 1983, págs. 193 ss., afirma que la sentencia de la LOAPA abandona, cuando se refiere a las leyes meramente interpretativas de los conceptos constitucionales, la perspectiva competencial —es decir, la vinculación a las Comunidades Autónomas—, al menos en apariencia, para dar paso al argumento de la reserva a la Constitución y al TC. Pero el autor concluye que, en realidad, el planteamiento competencial sería el correcto, si bien el mismo sólo podría afectar a la eficacia de las normas, y no a su validez; y añade que en realidad es lo que subyace a la sentencia, cuando la misma se refiere a la exclusión de otras posibles alternativas.

ca la doctrina de la STC 76/83 a un caso en que el Estado estaba ejerciendo una competencia exclusiva suya, la competencia sobre puertos de interés general, al entender que el artículo 4 de la Ley 27/92 establecía de forma refleja una delimitación inconstitucional de las competencias autonómicas sobre los puertos.

Sin embargo, también ha señalado, desde su sentencia 1/82, de 28-1, que en la medida en que las normas básicas tienen como finalidad el establecimiento de mínimos uniformes en todo el territorio nacional en aras del interés general, en cuanto que la concreción de ese interés general es función de las Cortes Generales, correlativamente la extensión de lo básico podrá variar según el propio concepto de interés general que las Cortes sustenten en cada caso (18). Por lo demás, esa discrecionalidad política del legislador estatal a la hora de determinar el ámbito de lo básico es congruente con la consideración material-formal de las normas básicas, sostenida por el TC de forma explícita a partir de su sentencia 69/88, de 19-4, cuya doctrina se ha reiterado, entre otras, en la STC 80/88, de 28-4, y, más recientemente, en la STC 37/02, de 14-2 (19). En suma, la *necesidad*

La STC 341/93, de 18-11, parece extrapolar esta doctrina de la prohibición de las normas meramente interpretativas a supuestos en que no se hallan en juego las competencias autonómicas, aunque creemos que la verdadera razón radica en que el contenido de la norma impugnada era materialmente inconstitucional, al determinar *con desacierto* el único sentido admisible del artículo 18.2 CE.

La STC 227/88, de 29-11, afirma que no cabe entender que la Ley de Aguas sea meramente interpretativa del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, ya que «una cosa es que el legislador realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, subrogándose en el ejercicio del poder constituyente sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (supuesto contemplado en la STC 76/83 de 5-8, en que los recurrentes se apoyan) y otra muy distinta que ejercite las potestades normativas que la Constitución y los Estatutos de autonomía le atribuyen específicamente para la regulación de un sector material del Ordenamiento. El desarrollo de esta actividad requiere, como presupuesto lógico, una interpretación del alcance y los límites de la competencia legislativa del Estado, definida en la Constitución y en los Estatutos. Semejante operación interpretativa, que es común al ejercicio de toda potestad pública, no sólo no está vedada, sino que resulta imprescindible en el *iter* de elaboración de toda norma o acto de los poderes públicos pero que no puede confundirse con el resultado concreto a que se llegue en cada caso». Vid. asimismo STC 149/91, de 4-7.

(18) Es decir, aunque el interés general no es una cláusula atributiva de competencias, salvo en los casos en que la misma Constitución remita explícitamente al mismo a tal efecto (como pasa, por ejemplo, con los puertos y aeropuertos de interés general: SSTC 68/84, 40/98 y 204/92; o también con las obras públicas de interés general: STC 65/98, de 18-3), dicho concepto es, a juicio del TC, lo que fundamenta la elasticidad del ámbito de lo básico. La paradoja se resuelve desde el momento en que las normas básicas no delimitan competencias.

La STC 156/95, de 26-10, afirma que el legislador estatal tiene un amplio margen de libertad para determinar qué debe considerarse básico.

(19) Vid., entre otros, J. JIMÉNEZ CAMPO, *¿Qué es «lo básico»?», cit., págs. 39 ss.; J. GARCÍA MORILLO, *La versatilidad de lo básico*, cit., págs. 127 ss.; I. DE OTTO Y PARDO, «El problema del concepto de bases a partir de la Ley reguladora de las bases del régimen local», en *Estudios...*, cit., pág. 109.*

La STC 32/81, de 28-7, al identificar las bases con criterios principales, apunta a una noción material. En la STC 1/82 comienza la evolución, no sólo porque se entiende que las bases son normas directamente aplicables, sino además por la razón señalada en el texto.

como criterio legitimatorio de la normación básica, a que alude TEJEDOR BIELSA (20), sería una necesidad relativa.

Desde este punto de vista, resulta que la misma extensión de lo básico puede variar según la propia concepción del interés general que las Cortes Generales mantengan en cada caso. Ello no es sino una consecuencia del principio democrático y del carácter abierto de la Constitución, a su vez fundamentado en el pluralismo político.

La determinación, pues, de los límites de la competencia estatal para dictar normas básicas y de la competencia autonómica para desarrollarlas no es una cuestión que pueda dilucidarse en estrictos términos de interpretación constitucional (21). Ésta sólo servirá en casos flagrantes de extralimitación. Pensemos que si bien en ocasiones (por ejemplo, la STC 214/89, de 21-12, al enjuiciar el artículo 45.2 de la Ley 7/85, o la STC 206/01, que declaró inaplicables en las Comunidades Autónomas recurrentes determinados preceptos de la Ley 3/93) el TC ha declarado que ciertas normas básicas invaden el espacio legislativo autonómico, sus pronunciamientos en este sentido no han sido excesivamente abundantes. Justamente, porque el TC entiende que, con el límite de que el grado de detalle de la norma básica no impida el desarrollo legislativo autonómico, es el propio legislador estatal quien debe determinar el alcance de la regulación básica (22).

Por esta razón, las relaciones entre las normas básicas y las normas autonómicas no se pueden entender de competencia, en la medida en que una relación de competencia presupone, como señala GÓMEZ-FERRER (23)

(20) *Op. cit.*, págs. 100 ss.

(21) G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Proceso contencioso-administrativo y procesos constitucionales: Alternatividad, simultaneidad, interferencias», cit., pág. 1134, considera que debe partirse de que lo básico tiene una cierta indeterminación *a priori*, y de ahí que haya sido posible la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley catalana 3/84 en la STC 213/88, a pesar de que es necesario que la norma básica tenga materialmente este carácter. Vid. asimismo *Colisiones...*, cit., pág. 548, donde en todo caso afirma que esa inconstitucionalidad sobrevenida lo es por incompetencia, lo que no deja de ser contradictorio: o la relación es de competencia, en cuyo caso la inconstitucionalidad, caso de existir, es originaria, o la relación es de otro tipo, en cuyo caso no cabe hablar de incompetencia.

(22) Vid. I. DE OTTO Y PARDO, «El problema...», cit., págs. 108 ss., quien afirma que la posibilidad de enjuiciamiento material de las bases es en la práctica poco significativa, dado que resulta muy difícil que se anule una norma calificada como básica porque materialmente no lo sea. Para J. M.^a BAÑO LEÓN, «La ordenación de las normas reguladoras del régimen local», en *Tratado de Derecho municipal*, I, dir. S. MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, pág. 343, el espacio entre las bases estatales y las diversas opciones es amplio, lo que supone que el legislador estatal tiene un papel casi decisivo en la determinación de lo que es básico en todas las materias. Para S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Civitas, Madrid, 1982, pág. 352, al ser lo básico un concepto de gran imprecisión, las Cortes tienen en este punto un margen de apreciación difícilmente sustituible, entre otras cosas porque se trata de un concepto oscilante, que depende de la idea que en cada momento se tenga de los intereses generales.

(23) *Op. cit.*, pág. 18.

La STC 4/93, de 14-1, considera contraria al orden de competencias una orden de convocatoria para la provisión de plazas de Letrados del Consejo Consultivo de Canarias que lesionaba las bases estatales por establecer un turno restringido. Y la STC 62/93, de 18-2, declara inconstitucional por incurrir en extralimitación competencial un precepto de la Ley aragonesa reguladora de las cajas de ahorros por no ajustarse a la LORCA.

Parece afirmar que las leyes básicas son parámetro de la legitimidad constitucional de las normas autonómicas la STC 331/93, de 12-11, donde se afirma la parcial inconstitucio-

(siguiendo a CRISAFULLI), una predeterminación de los distintos ámbitos de actuación de una y otra norma, predeterminación que en este caso es sumamente flexible.

Además, como señala PAREJO ALFONSO (24), el principio de competencia no explica por qué la ley estatal se halla en una posición de supremacía respecto de la ley regional, y no viceversa. En efecto, si la cuestión se planteara en estrictos términos competenciales, ambas leyes se limitarían recíprocamente con la misma intensidad. Pero si la ley estatal básica se dicta en virtud del interés general y las Comunidades Autónomas deben respetar ese interés, hay que entender que aquélla se halla en una posición de supremacía respecto de la ley autonómica, si bien dicha supremacía es limitada por cuanto debe respetarse el ámbito legítimo de competencia autonómica.

Es más, si las relaciones entre la ley básica y las normas de desarrollo fueran estrictamente de competencia, habría que estimar inconstitucionales todos aquellos preceptos autonómicos que se limitan a reproducir la normativa básica. Pero el TC no suele entenderlo así (por ejemplo, STC 137/86), de modo que se suele limitar a analizar si las normas autonómicas se ajustan o no a las bases estatales.

alidad de la Ley catalana municipal y de régimen local por contradecir la Ley 7/85, si bien más adelante alude a la incompetencia de la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, la idea expuesta en el texto podría ser matizada en el caso de las normas básicas preconstitucionales, donde, al no existir una autocalificación como normas básicas, el criterio aplicable debería ser material. Creo que ése fue el sentido de la STC 32/81, de 28-7.

(24) L. PAREJO ALFONSO, *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, CEC, Madrid, 1981, págs. 65-66.

En todo caso, el fundamento que este autor da a su tesis es discutible, ya que se basa, *op. cit.*, págs. 78 ss. y págs. 101 ss., en que si el artículo 148 determina la esfera de intereses propiamente autonómicos —donde el interés general sólo podría servir de límite a través de las leyes armonizadoras—, el 149 se refiere a los intereses generales de la Nación. Esto no explica la superposición de algunos títulos competenciales del Estado con los enumerados en el artículo 148, así como el que haya materias que se hallan en ambos preceptos, como la sanidad.

A mi juicio, la STC 27/87 incurre en ciertas contradicciones, ya que si la afirmación de que el sistema de control de los actos locales es en todo caso una cuestión básica parece partir de una noción material de bases (que, entendida en términos estrictos, conduciría a considerar las relaciones entre la legislación básica y la autonómica de desarrollo como estrictamente de competencia), esto inmediatamente se contradice con la alusión a la inconstitucionalidad sobrevenida, que presupondría que las bases son delimitativas de las competencias autonómicas. No obstante, quizá esta sentencia se halle condicionada por las especialidades de la materia a regular, ya que, en este ámbito, las bases, más que responder a un interés general definido en cada caso por el legislador básico, tienen una función constitucional mucho más definida: asegurar un mínimo común de autonomía en todo el territorio nacional. Es decir, en este ámbito, es relativamente más sencillo identificar ciertos aspectos básicos *per se*, y no sólo eso, sino que, además, la existencia de una regulación de unos mínimos de autonomía para todas las entidades locales entraría, paradójicamente, dentro de la garantía institucional. No obstante, la STC 1/03 considera que cuestiones tan relevantes en el ámbito de la función pública como las causas de la pérdida de la condición de funcionario carecen de carácter básico en la medida en que estén definidas en una ley preconstitucional, después de que el legislador estatal haya definido lo que positivamente entiende como bases. Y eso que, en esta materia, la función constitucional de estas últimas (asegurar un mínimo de igualdad entre los funcionarios de todas las Administraciones Públicas) asimismo se halla bastante definida.

GÓMEZ-FERRER (25), al rechazar en este caso la aplicabilidad de la noción de competencia, y al no ser, por razones obvias, aplicables los criterios de jerarquía y de posterioridad, elabora la noción de función constitucional.

La noción de función constitucional permitiría reconducir el problema a los términos de validez-invalidez, al igual que cuando nos encontramos ante una relación de competencia o de jerarquía. En suma, esa noción, que parte de la consideración de que las normas básicas permiten salvaguardar unos mínimos uniformes en todo el territorio nacional en aras de un interés general que define la propia norma básica, comportaría que, en caso de choque entre la norma básica estatal y una norma autonómica, sea ésta anterior o posterior, el conflicto pueda resolverse en términos de validez-invalidez de una u otra norma. Es decir, la norma básica estatal incurra en extralimitación, al ir más allá de lo que exige su misma función constitucional de norma básica, invadiría las competencias autonómicas y sería, pues, inválida e inconstitucional por un vicio reconducible a la incompetencia (26); pero la norma autonómica que no se acomode a los pronunciamientos de la ley básica estatal se podría entender, asimismo, inválida e inconstitucional por contravenir la función constitucional de la norma básica. No por extralimitación competencial, sin embargo, en la medida en que carecería de sentido decir que una norma inicialmente conforme al reparto constitucional de competencias ha devenido inválida sin que la Constitución se haya modificado, y sin que tampoco lo hayan hecho las normas a las que se atribuye positivamente una función de atribución competencial o de limitación de las competencias autonómicas, como puedan ser las leyes de armonización, o la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (*ex art. 149.1.29 CE*) y la LOFCA (27).

Desde este punto de vista, podría seguirse manteniendo por hipótesis que la cláusula de prevalencia constituye una norma de conflicto que sólo puede ser aplicada por los órganos no legitimados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Cuando, por el contrario, el choque normativo entre la norma básica y la autonómica se plantee ante un órgano jurisdiccional, podría sostenerse que éste debe seguir planteando la cuestión, al tratarse de un problema reconducible al binomio validez o invalidez constitucional de una u otra ley.

Ahora bien, en ciertos casos el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no será posible. Simplemente porque los parámetros del juicio de constitucionalidad son las normas vigentes en el momento en que el

(25) *Relaciones...*, cit., págs. 23 ss., esp. pág. 31; «Legislación...», cit., p.54.

(26) Pensemos, por otra parte, que la noción de función constitucional se compagina mejor que la de competencia con el hecho de que, en ocasiones, la jurisprudencia constitucional haya admitido una legislación estatal que, en relación con concretos aspectos, restrinja a lo mínimo el ámbito de desarrollo legislativo autonómico (STC 149/91, de 4-7). Véase en todo caso la evolución en este punto marcada por la STC 102/95, de 26-6.

(27) Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Relaciones...*, cit., pág. 22. A mi juicio, una norma autonómica que fuera más allá de lo que estas normas interpuestas le permiten sí sería inconstitucional por vicio de incompetencia, dado que la Constitución o el Estatuto remiten expresamente el alcance de las competencias autonómicas a lo que esas normas señalen.

Tribunal Constitucional dicta su sentencia (STC 137/86), pero esas normas pueden no ser coincidentes con las que, por razones temporales, son de aplicación al supuesto que debe enjuiciar el órgano jurisdiccional. Es decir, puede ocurrir que la norma autonómica aplicable al caso por razones temporales fuera, en el momento en que se dictó, contraria a la legislación básica estatal, pero que no lo sea en el momento en que el órgano jurisdiccional pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, por haberse modificado esa legislación básica. O puede ocurrir, por el contrario, que una norma autonómica fuera en su origen adecuada a las bases estatales, pero que no lo sea en el momento en que el órgano jurisdiccional vaya a resolver; en este caso, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sí sería posible (28), pero en el primero no tendría sentido.

Incluso podría darse el caso de que la norma autonómica fuera inicialmente contraria a la legislación básica, después fuera conforme a ella y después, de nuevo, otra vez opuesta a la norma básica, o viceversa.

Desde este punto de vista, no parece muy lógico que la validez constitucional de las leyes autonómicas quede subordinada en cada caso a lo que disponga la legislación básica. Porque esta legislación básica puede variar bastante (pensemos, por ejemplo, en la normativa básica funcional, que se modifica todos los años, o en la normativa básica en materia de contratación). Parece poco serio que un cambio en la normativa básica pueda provocar la expulsión del Ordenamiento de las leyes autonómicas que la contradigan. Máxime cuando esta normativa básica puede volver a cambiar.

Es más, si bien parece lógico conferir al legislador estatal cierta discrecionalidad para valorar las exigencias del interés general y, en tal medida, para delimitar el ámbito de lo básico, parece contrario al principio de competencia entender que las normas legislativas de las Comunidades Autónomas incurren en inconstitucionalidad sobrevenida al producirse un cambio en la legislación básica estatal (29). Y, en relación con las normas autonómicas posteriores a la legislación básica, parece asimismo que bastaría que su aplicabilidad quedara desplazada. Parece, pues, que el efecto debería ser la prevalencia del Derecho del Estado, pero sin que ello implique nulidad por incompetencia de las normas autonómicas, anteriores o posteriores a las bases.

En suma, puede hablarse de un cierto efecto delimitativo de las normas básicas respecto del campo de normación de las Comunidades Autónomas, pero ese efecto delimitativo debe entenderse en todo caso provisional, de modo que, al no afectar de modo definitivo al reparto de com-

(28) Aun en este caso, tampoco tendría sentido plantear la cuestión de inconstitucionalidad, desde el momento en que cuando se produjeron los hechos origen del pleito la norma era válida. Porque no parece razonable otorgar efecto *ex tunc* en todo caso a la inconstitucionalidad sobrevenida.

(29) Ello todavía es más evidente cuando la normativa autonómica se dicta después de que el Estado haya delimitado lo básico con carácter formal y después proceda a una nueva delimitación, ya que en el momento en que legisla la Comunidad Autónoma la misma puede tener la certeza de que las normas que está dictando son plenamente conformes a la legislación básica y al reparto de competencias.

petencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sólo se desplaza la aplicabilidad de los actos en que se plasma el ejercicio de la potestad normativa autonómica, sin que ello comporte su declaración de inconstitucionalidad (30).

D) *La operatividad de la cláusula de prevalencia en la jurisprudencia constitucional: el voto particular a la STC 1/03*

Éste parece ser el sentido del voto particular formulado a la STC 1/03, de 16-1, suscrito por JIMÉNEZ DE PARGA, DELGADO BARRIO y RODRÍGUEZ-ZAPATA. En esta sentencia se dilucidaba la constitucionalidad de una ley extremeña, en materia de función pública, que resultó sobrevenidamente disconforme a las bases estatales en materia de situaciones administrativas, como consecuencia de las modificaciones producidas en esta materia por la Ley 13/96. El voto particular afirma que no debió declararse la nulidad de la ley extremeña, sino que debería haberse aplicado la cláusula de prevalencia:

«Esta conclusión se desprende no sólo de la lógica relación existente entre competencias para establecer las bases y para desarrollarlas, sino de un precepto expreso de la Constitución: la ya citada *cláusula de prevalencia* que, como es sabido, dispone que las normas del Estado “prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las normas de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas” (art. 149.3, inciso 3, CE). Pero *esta prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad*».

a) *La cláusula de prevalencia y los procesos de inconstitucionalidad.*

Con ello se está afirmando, en primer lugar, que dicha cláusula puede ser utilizada no sólo por los órganos no legitimados para plantear la cues-

(30) La STC 179/85, de 19-12, parece no obstante afirmar que cuando el Estado dicta las bases sobre una materia, no debe aplicarse la cláusula de prevalencia respecto de las leyes autonómicas que las desarrollan, ya que ello implicaría que las Comunidades Autónomas pueden seguir legislando en aquellos ámbitos ya regulados por la normativa estatal calificada como básica. Esto parece significar que la ley básica delimita competencias de modo definitivo, provocando la inconstitucionalidad de la ley autonómica que regule aspectos ya previstos en la ley básica.

tión de inconstitucionalidad, sino también, en segundo lugar, por el mismo Tribunal Constitucional. En este sentido, dicho voto particular recurre, no obstante, a la disociación entre los pronunciamientos de inconstitucionalidad y nulidad de las leyes (31). Como es sabido, este tipo de pronunciamientos se han dado, en algunos casos —como el resuelto por la STC 195/98, de 1-10 (32), o el de la STC 208/99, de 11-11—, para evitar vacíos normativos. En segundo lugar, indudablemente, esa disociación se dará en los casos de inconstitucionalidad por omisión (33).

Ahora bien, en casos como el que ahora nos ocupa, no creo que la cuestión pueda resolverse, como parece hacer el voto particular, en términos de disociación entre inconstitucionalidad y nulidad. Que en estos supuestos un pronunciamiento de nulidad de la ley autonómica no parezca adecuado me parece obvio, por las razones antes apuntadas. Pero decir que en estos casos la norma autonómica no es nula pero sí que es inconstitucional me parece algo forzado (34). Parece subyacer al voto particular, aunque explícitamente no se diga, la tesis de la función constitucional de las leyes básicas, y de ahí su afirmación de que en este caso existe inconstitucionalidad indirecta. Sin embargo, lo cierto es que en el mismo voto se hace referencia a la competencia estatal recogida en el artículo 149.1.18 CE, competencia que, inicialmente (añade), respetó la ley extremeña. Con ello se ignora que,

(31) Para Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 123-124, la lesión del principio de jerarquía no lleva consigo la nulidad de la disposición que lo vulnera, salvo que exista una norma positiva que así lo disponga; de modo que, en principio, sólo lleva consigo la inaplicación de la norma jerárquicamente subordinada. Pero en nuestro Ordenamiento jurídico la lesión de la jerarquía sí lleva aparejada la nulidad, al menos como regla general. Estos casos de disociación entre inconstitucionalidad y nulidad constituyen una excepción.

(32) Vid., por ejemplo, J. C. TEJEDOR BIELSA, *Inconstitucionalidad y nulidad demorada: ¿paliativo de la nueva jurisprudencia sobre la supletoriedad?*, en «REDA», núm. 101, 1999, págs. 117 ss. Y, sobre la STC 208/99, véase, por ejemplo, P. BIGLINO CAMPOS, *Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/99, sobre la Ley 16/89, de defensa de la competencia*, en «REDC», núm. 59, 2000, págs. 303 ss.

(33) Así, por ejemplo, STC 45/89, de 20-2, o STC 96/96, de 30-5. Esta última señala expresamente que cuando se impugna, por contraria al orden de competencias, una norma estatal en la medida en que excluye a las Comunidades Autónomas de ámbitos de su competencia mediante la no referencia expresa a dichos ámbitos, la declaración de inconstitucionalidad no comporta la de nulidad, ya que entenderlo de otro modo supondría convertir al TC en un legislador positivo; de forma que es el legislador estatal quien, en un plazo razonable, debe reconstruir la norma con arreglo al orden de competencias. Pensemos, de cualquier modo, que se trata de supuestos de omisión relativa. Debe añadirse además que, en estos casos de omisión relativa, la existencia de un pronunciamiento parcial de nulidad del precepto ha comportado, de hecho, la reconstrucción del mismo y la sustitución, al menos provisional, de la libertad de configuración del legislador, tal como ocurrió con la declaración de nulidad del inciso «el viudo» en el artículo 160 LGSS por la STC 103/83, de 22-11.

En ocasiones, la inconstitucionalidad por omisión relativa (inclusión de un supuesto y no de otros, con lesión al principio de igualdad) ha comportado la declaración de nulidad de toda la norma. Esto pasó, por ejemplo, con el artículo 29.2.1) de la Ley 30/84 (STC 99/87, de 11-6). Recientemente, la STC 18/03, de 30-1, ha mantenido un pronunciamiento al menos formalmente contrario, en relación con el precepto paralelo de la LOLIS.

(34) Igual que también lo es la disociación de pronunciamientos que se produce en el conflicto en defensa de la autonomía local. Véase, por ejemplo, mi trabajo «La protección de la autonomía local frente a normas con valor de ley», en *Nuevas perspectivas del régimen local. Homenaje al profesor José María Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 829 ss.

como hemos visto, las relaciones entre leyes básicas y leyes autonómicas no pueden calificarse como estrictamente competenciales.

Quizá lo que debería cuestionarse es precisamente el concepto de inconstitucionalidad indirecta, al menos cuando de las leyes básicas se trata. En el caso de las leyes a que se refiere el artículo 28 LOTC, afirmar la inconstitucionalidad indirecta, se considere o no oportuno este concepto, tiene al menos apoyo normativo. Pero ese apoyo normativo ya no está tan claro en el supuesto de las leyes básicas, a menos que se entendiera que, en la medida en que las mismas definen en cada caso cuáles son las exigencias del interés general, poseen también una función delimitativa de competencias. De cualquier modo, la inconstitucionalidad tampoco será indirecta en los casos de vicio de incompetencia, sino directa —por invasión de la reserva constitucional a otra norma—.

Por otra parte, es evidente que si el voto particular alude a esa disociación entre inconstitucionalidad y nulidad, ello se debe justamente a que, en el contexto de la LOTC, la estimación del recurso de inconstitucionalidad implica necesariamente la declaración de inconstitucionalidad, lo que por otra parte entra dentro de la lógica de este recurso.

En suma, este voto particular pretende articular la funcionalidad de la cláusula de prevalencia en el contexto de los procesos constitucionales, y más en concreto en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad; desde luego, el esfuerzo realizado es plausible. El problema consiste, precisamente, en que si se parte, como ha hecho siempre el TC, de que la cláusula de prevalencia es una norma de conflicto y no de competencia, la aplicabilidad de la misma a un caso concreto presupone, a mi juicio, no sólo la validez de ambas normas, sino también su legitimidad constitucional. Parece ilógico decir que una norma inconstitucional sea simplemente desplazada por otra en su aplicación. Desde esta perspectiva, el TC simplemente sería, hoy por hoy, incompetente para aplicar esa cláusula.

No debe en todo caso perderse de vista la posibilidad de que se modificara, al amparo del artículo 161.1.d) CE, la LOTC, a fin de permitir que el TC enjuiciara asimismo pretensiones relativas a la prevalencia en un caso concreto de una norma estatal sobre otra autonómica, o viceversa; estas pretensiones podrían articularse en un proceso autónomo o bien dentro del contexto del recurso de inconstitucionalidad o de la cuestión de inconstitucionalidad, como pretensión subsidiaria. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

Por otra parte, los razonamientos del voto particular se circunscriben, al menos en su literalidad, a los supuestos en que la ley autonómica era inicialmente conforme a la normativa básica estatal vigente en aquel momento y, sin embargo, sobrevenidamente, deviene contraria a las bases estatales como consecuencia de una modificación de éstas. No queda claro, sin embargo, si el razonamiento del voto particular relativo a la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia habría sido el mismo en caso de que la norma de la Comunidad Autónoma hubiera sido desde el principio contraria a las bases estatales.

En efecto, el voto particular parece girar en torno a dos ideas: el inicial

ajuste de la ley autonómica a la legislación básica y el carácter directo o indirecto de la lesión constitucional. Da la impresión de que son necesarios, en el contexto de este voto, ambos factores para que se pueda aplicar la cláusula de prevalencia; si bien en este punto se echa de menos una mayor claridad:

«Esta colisión entre la ley de la Comunidad Autónoma y la *posterior ley básica del Estado*, que hace que una norma que fue aprobada válidamente resulte *sobrevenidamente contraria a la normativa básica estatal*, no puede ser confundida con una situación completamente distinta: la que resulta de una ley autonómica que, en el momento mismo en que es aprobada, contradice directamente la Constitución. Este último es el supuesto que da lugar sin más a la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de una ley.

Entendemos, sin embargo, que *las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas*, pueden y deben ser resueltas directamente: *a)* En primer lugar, llevando a cabo una interpretación de los preceptos estatales y autonómicos que permita conjugar su aplicación, mostrando que la contradicción entre ellos es meramente aparente, y en su caso haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias (STC 236/2000, de 16 de octubre, FF.JJ. 3 y 5, y art. 5 LOPJ); y *b)* ya en segundo lugar, cuando dicha interpretación conjunta no fuera posible, *dando aplicación a la normativa básica estatal, pues la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas —en sentido estricto— de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de “desarrollo legislativo” de las bases del Estado, como era aquí el caso».*

De este párrafo debo en primer lugar resaltar tres ideas. Una de ellas, que la relación entre normas básicas y normas de desarrollo autonómicas es de tal índole que, en puridad, no puede hablarse de competencias exclusivas en sentido estricto. Ello puede interpretarse como una simple cuestión nominal (compartición de la potestad legislativa) o bien como una consecuencia del entendimiento de las relaciones entre la normativa básica y la normativa autonómica de desarrollo como no estrictamente competenciales, pero en todo caso se elimina el obstáculo de la literalidad del artículo 149.3 CE en cuanto a la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia (35). La segunda idea es que el voto entiende aplicable la cláusula de prevalencia

(35) En todo caso, recuérdese la opinión de TEJEDOR BIELSA, *op. cit.*, págs. 92 ss., en cuanto al concepto de exclusividad a estos efectos.

en un supuesto en que la STC 163/95 había afirmado la exclusividad de la jurisdicción constitucional y la aplicabilidad de los mecanismos y efectos propios de las declaraciones de inconstitucionalidad. La tercera idea es que, aun cuando el voto particular alude a carácter sobrevenido del desajuste a la legislación básica, también señala que esta situación es completamente diferente del caso de la inconstitucionalidad originaria y *directa*.

Podemos preguntarnos si el sentido de este voto particular habría sido distinto en el caso de que la ley extremeña impugnada hubiera sido desde el principio contraria a las bases estatales (36). Ello podría sustentarse si se entendiera que la infracción de una ley básica comporta, además, la infracción del precepto constitucional que confiere al Estado la competencia para dictar esas bases, lo que desde luego no está claro, al menos en todos los casos, dada la elasticidad de lo básico. Pero pensemos que no tiene sentido aducir la infracción del artículo 149 CE sólo cuando el «vicio» es originario. Además, resulta cuanto menos chocante que una norma originariamente contraria a las bases estatales se considere desde el principio nula e inconstitucional y que, sin embargo, la misma pueda quedar subsanada, sin que la Constitución se haya modificado, en caso de que esas bases estatales resulten alteradas. Por supuesto, ello entra dentro de la dinámica de la inconstitucionalidad indirecta, pero no deja de ser paradójico.

Justamente, como señala el mismo voto particular, la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia en los casos de inadecuación sobrevenida de las leyes autonómicas a la normativa básica

«hace posible una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución. Es preciso tener en cuenta que la legislación básica no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que lícitamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos. Modificaciones en modo alguno excepcionales en el funcionamiento de un Estado autonómico maduro, que se producen cada vez con mayor frecuencia en un ordenamiento complejo y que obligan a reajustes muy distintos».

(36) Para LASAGABASTER, *op. cit.*, págs. 148 ss., es inexcusable distinguir según la ley autonómica sea anterior o posterior a la legislación básica estatal. Así, entiende que esta última es de aplicación preferente a las normas autonómicas cuando sea posterior a las mismas, prevalencia que deberán declarar los Tribunales ordinarios, al tratarse, a su juicio, de un caso similar, *mutatis mutandis*, a las leyes preconstitucionales contrarias a la CE, si bien no existiría derogación, sino simple prevalencia. No obstante, el autor citado añade que, para que ello sea posible, es preciso que el Estado determine cuáles son las normas básicas, ya que en caso contrario el juez se hallaría en el papel del TC, con grave inseguridad jurídica. En cambio, considera que el principio de prevalencia no es aplicable cuando la ley estatal es anterior a la autonómica, ya que, a su juicio, en ese caso los Tribunales ordinarios se estarían colocando en el lugar del TC; de modo que, si estiman que existe contradicción, deberán acudir a este último. Sin embargo, entiendo que, a estos efectos, lo relevante es que exista o no una autocalificación de la norma estatal como básica, como por otra parte exige hoy el TC (por todas, STC 385/93, de 23-12).

Pues bien, realmente, los cambios normativos en las bases estatales pueden afectar tanto a leyes autonómicas inicialmente contrarias a esas bases como a las que lo sean sólo sobrevenidamente. Una ley inicialmente contraria a la normativa básica estatal puede devenir con el paso del tiempo ajustada a esa normativa, para después de nuevo quedar en situación de contradicción con la misma (37). Efectuar, pues, un pronunciamiento de nulidad de una ley autonómica en estos casos puede ser tan contrario a la eficaz aplicación del sistema jurídico como en los supuestos de incompatibilidad sobrevenida con las bases estatales.

b) *La aplicabilidad de la cláusula de prevalencia por los órganos del Poder Judicial.*

Precisamente por la razón antes apuntada, el voto particular llega a la conclusión de que la cláusula de prevalencia puede ser también aplicada por los órganos judiciales ordinarios (38). Lógicamente, sin embargo, esta consideración sólo puede entenderse si la citada cláusula se considera como norma de conflicto, y no como norma de competencia. Porque si se tratara de una norma de competencia habría que entender que la cuestión entra dentro del monopolio que el TC ostenta en relación con la interpretación del sistema de distribución de competencias (SSTC 143/85, de 24-10, y 88/89, de 11-5, entre otras).

El voto particular, como hemos visto, no aclara qué ocurre con las leyes autonómicas inicialmente contrarias a las bases estatales. No nos dice si esas normas incurren en incompetencia, o si son nulas por contradecir la función constitucional de las normas básicas, o si debería aplicarse el mismo criterio que en los casos de contravención sobrevenida. Lo primero sería en todo caso incongruente con el resto de los razonamientos del voto

(37) Para J. GARCÍA MORILLO, *La versatilidad de lo básico*, cit., págs. 127 ss., hay que preguntarse si, una vez delimitado lo básico por el legislador estatal —lo que, a su juicio, es una consecuencia del principio democrático—, dicha delimitación es susceptible de cambios; y añade que si bien ello será muchas veces necesario por el cambio de circunstancias, o por entenderse que la delimitación anterior resultaba insuficiente, no obstante, cuando se modifica dicho ámbito en sentido ampliativo la ampliación debe fundamentarse suficientemente, ya que supone que ha habido un cambio de criterio.

(38) «Este cúmulo creciente de reajustes entre normas diversas no es monopolio exclusivo por este Tribunal, que tiene como función primordial garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley; no es lo suyo, como tarea primera, resolver colisiones entre normas, aunque sean de rango legal».

GÓMEZ-FERRER MORANT, «Legislación...», *op. cit.*, págs. 65 ss., considera posible la aplicación por los Tribunales de Justicia de la cláusula de prevalencia en estos supuestos, al entender que estamos ante una inconstitucionalidad indirecta —si bien entiende permisible en estos casos el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad—, y cita diversas sentencias del TS que, con una u otra argumentación, proceden de ese modo. Por su parte, CANTERO RODRÍGUEZ, *La cláusula...*, cit., pág. 147, entiende que el TC no es el competente para aplicar la cláusula de prevalencia. La autora, *op. cit.*, pág. 150, señala que si ambas normas son válidas y el juez ordinario no duda de su validez, deberá aplicar esta cláusula y no plantear la cuestión de inconstitucionalidad; en suma, si estamos ante una norma de conflicto, el TC será incompetente.

particular. En todo caso, éste se limita, porque era lo único que necesitaba para el caso concreto, a declarar la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia, como hemos visto, a los casos de inadecuación sobrevenida de la norma autonómica con la norma básica. Deja así imprejuzgada la cuestión de la legislación autonómica originariamente contraria a las leyes básicas, ya que no es misión del TC elaborar una teoría general sobre los conflictos normativos:

«En este momento basta con advertir que todos los Tribunales de Justicia tienen la facultad de resolver directamente las colisiones que se producen —cada vez con mayor frecuencia— entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia. Si el Juez estima que la ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, y que por tanto la ley estatal vulnera el artículo 149 CE, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad (a tenor de los arts. 35 LOTC y 5 LOPJ). Sin embargo, si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente (SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6, y 233/1999, de 20 de diciembre, FJ 5), deberá fallar de conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella, exactamente igual que si la ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho comunitario (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, y 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; SSTJCE *Simmenthal* de 1978, y *Ford España* de 1989, FFJJ. 17-19)».

Esto significa que los órganos judiciales tienen la facultad de inaplicar las leyes autonómicas sobrevenidamente contrarias a las leyes básicas, pero, en cambio, carecerían de la facultad de inaplicar las leyes básicas que supuestamente hayan incurrido en extralimitación competencial. Esto, sin embargo, resulta perfectamente coherente, ya que, en este último caso, no nos encontraremos ante la aplicación de la cláusula de prevalencia, sino ante una cuestión atinente a la validez constitucional de una ley.

Ahora bien, en relación con los casos en que es de aplicación la cláusula de prevalencia, la conclusión del voto particular es que coexiste la jurisdicción constitucional y la de los órganos judiciales (39). Éstos dejarían en cada caso concreto inaplicada la ley autonómica por aplicación de la cláusula de prevalencia; aquél, con efectos frente a todos, efectuará una declaración de cuál es la norma que debe considerarse prevalente, y añade:

(39) GÓMEZ-FERRER, *op. cit.*, pág. 69, se inclina por la posibilidad de aplicación del criterio de la prevalencia en estos casos, si los Tribunales ordinarios ven clara la manera de resolver el asunto; pero sin que sea imposible el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y la consiguiente resolución del asunto en términos de validez o nulidad de la norma autonómica.

«Todo lo anterior no impide, desde luego, que este Tribunal mantenga su jurisdicción indeclinable para asegurar la supremacía de la Constitución y el ordenado reparto de competencias establecido por ella y por los Estatutos de Autonomía, que es la premisa que sostuvo la doctrina de la STC 163/1995, de 8 de noviembre (FJ 4). Primero porque, como ha dejado claro la reciente Sentencia 173/2002, de 9 de octubre, cualquier resolución judicial que inaplica una Ley de una Comunidad Autónoma sin justificación vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, y puede ser controlada en sede de amparo constitucional. Y, en segundo lugar, *porque no es difícil discernir supuestos en los que el deslinde de la competencia del Estado sobre las bases, y la competencia de una Comunidad Autónoma sobre el desarrollo legislativo, se presenta como una cuestión inseparable del juicio sobre la interpretación y aplicación de las leyes respectivas*».

Démonos cuenta, sin embargo, de que una cosa es la garantía del reparto constitucional y estatutario de competencias y otra muy diferente cuál de entre dos normas válidas debe ser aplicada en el caso concreto. Lo primero es función del Tribunal Constitucional; lo segundo, de los órganos judiciales. Da la impresión, pues, a primera vista, de que lo que subyace a esta concurrencia de jurisdicciones no es sino que a la cláusula de prevalencia, de acuerdo con este voto particular, le corresponde una doble naturaleza. Porque si, efectivamente, fuera sólo una norma de conflicto, la jurisdicción constitucional sería ajena a ella, en principio; si fuera una norma de competencia, a ella sería ajena la jurisdicción ordinaria (40).

El voto particular, en apariencia, trata de superar la doctrina del monopolio del TC en la interpretación del reparto de competencias, en cuanto que lo importante es preservar en este punto la supremacía del TC, y no tanto su monopolio exclusivo. Monopolio exclusivo que, por lo demás, es inexistente, en la medida en que los órganos jurisdiccionales también interpretan las normas del llamado bloque de constitucionalidad que establecen el reparto de competencias cuando enjuician supuestos en que el recurrente es un particular, y lo cuestionado es la interpretación de tales normas. Esta actitud, desde luego, es más clara que la adoptada en ciertas resoluciones del TC, como la sentencia 88/89, de 11-5, que, tras declarar el monopolio de la jurisdicción constitucional en cuanto a los conflictos de competencia, sostiene una interpretación tan restrictiva del objeto del con-

(40) La consideración de que las normas autonómicas que contradicen una norma básica incurrir en extralimitación competencial supondría considerar que las relaciones entre una y otra norma son de competencia. Si en esos términos se entendiera, sin embargo, aplicable esa cláusula, por mucho que su efecto sea el simple desplazamiento aplicativo de la norma autonómica, la misma jugaría como una norma de competencia. Pero la consideración de que también los órganos jurisdiccionales pueden utilizar esa cláusula comporta su consideración como norma de conflicto.

flicto que, de hecho, relega gran cantidad de supuestos a los Tribunales ordinarios (41). Y es que, precisamente, como el mismo voto afirma, muchas veces el deslinde de las competencias se presenta como una cuestión inseparable de la interpretación de las normas respectivas.

Pero, justamente, hemos concluido que la relación entre las normas básicas y las de desarrollo no se puede reconducir a estrictos términos competenciales. Es decir, lo que ocurre es que la relación entre las normas básicas y las de desarrollo no se define simplemente en términos de competencia, porque el alcance del espacio de desarrollo autonómico dependerá en gran medida del alcance que se haya autoatribuido la normativa básica estatal.

Lo que ocurre es que el voto particular entiende viable la coexistencia en este campo de la jurisdicción constitucional y la ordinaria (42). La fundamentación de esto último en el voto particular ya ha sido expuesta. Pero, por lo que respecta a la viabilidad de los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional, el voto entiende en primer lugar posible el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y a este respecto invoca la STC 159/01. En suma, precisamente porque la interpretación de las normas respectivas (función de los Tribunales ordinarios) «es indisociable muchas veces del alcance de las competencias», la cuestión de inconstitucionalidad constituye una vía que contribuye a hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de unidad en la interpretación de las normas que regulan el reparto de competencias. Si ello es así, sin embargo, se debe paradójicamente a que los criterios de relación entre las normas básicas y las

(41) Sobre esta sentencia, véanse A. GÓMEZ MONTORO, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos de competencia*, en «REDC», núm. 30, 1990, págs. 93 ss.; ARCE JANÁRIZ, *op. cit.*, págs. 247 ss.; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Justicia administrativa y Comunidades Autónomas*, en el núm. 121 de esta REVISTA, 1990, págs. 53 ss.

RUBIO LLORENTE, claro partidario de la exclusividad de la jurisdicción constitucional en el ámbito de los conflictos de competencia —véase el voto particular que formuló a la STC 88/89—, considera, «El bloque...», *op. cit.*, pág. 25, que la contradicción entre una ley básica y la normativa autonómica de desarrollo no constituye un conflicto de competencias porque las leyes básicas carecen de esa función delimitativa.

(42) «Esta concurrencia de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción propia de los órganos del Poder Judicial, para hacer posible un mejor y más eficaz sistema de aplicación del ordenamiento jurídico consustancial a nuestro Estado autonómico de Derecho, no es algo nuevo o aislado. Se viene reconociendo con naturalidad en el caso de la leyes anteriores a la Constitución, desde la Sentencia de Pleno 4/1981, de 2 de febrero (FJ 1), precisamente porque, como en el caso actual, la Constitución fue aprobada cuando ya se encontraban en vigor unas leyes que, en el momento en que habían sido promulgadas, eran plenamente válidas y no contradecían preceptos entonces inexistentes. También se acepta sin ambages en el caso de la legislación delegada, pues todos los Jueces y Tribunales pueden verificar si los textos refundidos y articulados respetan las bases aprobadas por las Cortes Generales, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para enjuiciar si el correspondiente Decreto Legislativo cumple los límites trazados por el artículo 82 CE (SSTC 51/1982, de 19 de julio, FJ 1; 47/1984, de 4 de abril, FJ 3; y 159/2001, de 5 de julio, FJ 5). Precisamente porque, como en este caso, la labor de cotejo de unos textos de rango legal con otros, su interpretación conjunta y la selección de la norma aplicable forma parte de la esencia de la potestad de juzgar (STC 90/1990, de 23 de mayo)».

Partidario de la posibilidad de que el TC aplique en algún caso la cláusula de prevalencia es FERNÁNDEZ FARRERES, *Colisiones...*, cit., pág. 559.

autonómicas de desarrollo no son estrictamente competenciales, al hallarse vinculados a la función constitucional de las normas básicas.

Pero, además, añade:

«O, incluso, podría entenderse abierta la vía del recurso de inconstitucionalidad, en la medida en que se siguiera aceptando que una ley autonómica, que contradice una ley básica estatal, sufre una inconstitucionalidad “mediata o indirecta, por cuanto la mediación de la Ley dictada en ejercicio de la competencia que sobre las bases de la materia corresponde al Estado ... permite mantener que la norma autonómica que contradice la Ley básica —material y formal— invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias” (como este Tribunal mantiene explícitamente desde la STC 60/1993, de 18 de febrero, FJ 1). Doctrina esta última cuyo mantenimiento requeriría una explicación y una fundamentación suficientes, que la Sentencia de la mayoría no da».

Es decir, en cuanto a la viabilidad del recurso de inconstitucionalidad en estos casos, el voto particular la subordina, sin embargo, al entendimiento de que las relaciones entre la norma autonómica y la norma estatal básica son de competencia; lo que, a juicio del voto, es algo que está por demostrar. Comparto, por las razones antes apuntadas, esta última afirmación; pero, en tal caso, parece existir una contradicción con la viabilidad, afirmada un poco antes, del planteamiento en estos casos de la cuestión de inconstitucionalidad, que, aunque tenga una finalidad distinta de la del recurso, conduce al mismo resultado: la declaración de inconstitucionalidad de la ley, aun cuando esa declaración en ciertos casos vaya disociada del pronunciamiento de nulidad de la misma (43). Por lo demás, el correcto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se halla precisamente subordinado a la aplicabilidad de la norma y al cuestionamiento de su

(43) «Pero la intervención de este Tribunal, cuando fuera impetrada por quienes están legitimados para hacerlo, se limitaría a declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica, que no fuese compatible con las nuevas bases estatales, pero no su nulidad. La premisa del artículo 39.1 de nuestra Ley Orgánica consiste en una contradicción directa entre una ley y la Constitución. Sin embargo, el supuesto de “inconstitucionalidad mediata o indirecta” de una ley autonómica por contradecir la legislación básica sobrevenida sería uno de esos casos en que quiebra la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad, casos detectados por este Tribunal en varias Sentencias (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23; 195/1998, de 1 de octubre, FJ 5), y que revisten una singular importancia en el ordenamiento complejo propio del Estado de las autonomías, como muestran los numerosos fallos en que la contradicción de leyes con el orden constitucional de competencias no ha dado lugar a la nulidad de las normas estatales, sino a la delimitación de su ámbito de vigencia (por ejemplo, SSTC 95/1984, de 18 de octubre, FF.JJ. 3 y 4 y fallo; 125/1984, de 20 de diciembre, FJ 2 y fallo; 53/1988, de 24 de marzo, FJ 1 y fallo; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 23 y fallo; 133/1990, de 19 de julio, FJ 10 y fallo; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 38 y fallo; 206/2001, de 22 de octubre, FF.JJ. 9-12 y 21, y fallo; 95/2002, de 25 de abril, FJ 19 y fallo)».

validez; pero la prevalencia justamente es un problema de determinación de la norma aplicable, entre varias que son válidas.

Es más, si se afirma que en estos casos es inviable el recurso de inconstitucionalidad, el voto particular no debería haberse decantado por la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia, sino que, sin más, debería haber optado por afirmar en este caso la incompetencia del TC, ya que la STC 1/03 resolvía precisamente un recurso de inconstitucionalidad.

La conclusión del voto particular es, no obstante, que la contradicción de una norma autonómica con otra estatal básica posterior es un tema de desplazamiento normativo que, en principio, debe ser resuelto por los Tribunales ordinarios, salvo que en un caso concreto se hubiera justificado la inconstitucionalidad de la ley autonómica. Ese desplazamiento normativo vendría dado, podemos añadir, por la existencia de una especial función constitucional de las normas básicas; función constitucional que, sin embargo (y éste parece ser el último significado del voto particular), se satisfaría con una declaración de prevalencia de la norma básica. Así, para TORNOS MAS (44), la supremacía de las bases sobre las normas de desarrollo autonómicas se garantiza suficientemente con el efecto de prevalencia o desplazamiento. Ésta sería la justificación de la disociación entre inconstitucionalidad y nulidad en estos casos.

La construcción es, desde luego, brillante; pero creo que no acaba de justificarse la existencia de inconstitucionalidad, ni tan siquiera indirecta, precisamente en la medida en que entendamos que la función constitucional de las normas básicas se satisface con su prevalencia.

Es decir, los efectos de la relación basada en la función constitucional de una norma dependerán, como es obvio, de cuál sea esa función concreta y de las consecuencias que el Ordenamiento en cada caso establezca, sin que sea posible dar reglas generales (45). Pero la disociación entre inconstitucionalidad y nulidad es una excepción que debe justificarse, y debe justificarse mediante la explicitación de la concurrencia de uno de los dos fenómenos pero no del otro. En este caso, justificada la innecesariedad de un pronunciamiento de nulidad, no acaba sin embargo de entenderse la justificación de un pronunciamiento de inconstitucionalidad. En último término, parece que con ello el voto particular simplemente pretende, como lo hizo la STC 4/81, de 2-2, reservar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de acudir al TC en casos especialmente complicados. Pero ya RUBIO LLORENTE, en el voto particular que suscribió en relación con esa sentencia, puso de relieve las antinomias de la misma, si bien el caso era, desde luego, diferente.

Es decir, en este supuesto, la disociación entre inconstitucionalidad y nulidad propugnada por el voto particular trata de resolver un problema

(44) *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, dir. E. AJA FERNÁNDEZ, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 153.

(45) Viceversa, la prevalencia en la aplicación de una norma sobre otra no será siempre consecuencia de la función constitucional de las leyes. También puede ser, por ejemplo, según ha demostrado DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La derogación de las leyes*, cit., págs. 34 y 329 ss., consecuencia de la derogación tácita de una norma, como hemos visto.

práctico, consistente en la existencia de dudas entre los órganos judiciales, de una parte, y, de otra, el resultado ilógico a que conducen las declaraciones de nulidad de las normas autonómicas por su contravención con las bases estatales. Pero esa disociación, en estos casos, no resulta suficientemente justificada, precisamente porque si se entendiera que la función constitucional de las normas básicas exige la declaración de nulidad de las normas autonómicas que las contravengan estaríamos ante un caso de inconstitucionalidad indirecta, que es lo que justificaría su nulidad; pero si se entiende que esa función se satisface simplemente con un efecto desplazamiento, no hay necesidad de acudir al ya de por sí controvertible concepto de inconstitucionalidad indirecta.

Por otra parte, la noción de función constitucional es operativa porque explica supuestos no cubiertos por los principios de competencia y de jerarquía, pero es demasiado amplia y, por lo tanto, en buena medida insuficiente (46), ya que se trata de un concepto residual.

4. UN SUPUESTO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA POR LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL: LA STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 20-11-02

A) *La evolución de la normativa y de la jurisprudencia constitucional aplicable en materia de cesiones de aprovechamiento*

Ya hemos visto cuál fue el supuesto de hecho resuelto por esta sentencia. En realidad, la misma no puede considerarse un caso aislado. Particularmente esta materia relativa a las cesiones de suelo, por las propias vacilaciones de la jurisprudencia constitucional y los frecuentes cambios en la legislación estatal, se convierte en un caldo de cultivo para la aplicación de la cláusula de prevalencia por los órganos del Poder Judicial.

Pensemos que, en un principio, el artículo 27 TRLS de 1992 estableció un porcentaje único de cesión para el suelo urbano y urbanizable sobre el aprovechamiento tipo, porcentaje además determinado directamente por la legislación estatal, sin dejar margen alguno a las Comunidades Autónomas. La STC 61/97, como es de sobra conocido, entendió que el precepto

(46) LASAGABASTER, *op. cit.*, pág. 39, afirma que el mismo explica la causa o fundamento de los principios rectores de las relaciones internormativas, pero no los soluciona. Vid. asimismo A. FANLO LORAS, *El control de los actos y acuerdos locales. ¿Modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una doctrina consolidada*, en el núm. 130 de esta REVISTA, 1993, págs. 196 ss.

Por esta razón creemos que quizá, más que de función constitucional, cabría hablar de funciones constitucionales, como la función delimitadora o la delegante. Dicho de otra manera, sería preciso efectuar un estudio sobre la función constitucional de cada uno de los tipos de leyes que existen en la Constitución, y averiguar si algunos de ellos cumplen una función semejante que permitiera establecer nuevos subtipos de relaciones entre leyes, parejos al principio de competencia y al de jerarquía, como manifestaciones diversas de la función constitucional. Semejante estudio, no obstante, cae más allá de los límites de este trabajo.

excedía del alcance de la competencia estatal (considerada además exclusiva y no básica por esa sentencia) consagrada en el artículo 149.1.1 CE, en la medida en que las condiciones básicas que garanticen una igualdad mínima en el ejercicio del derecho de propiedad se satisfarían simplemente con el establecimiento de máximos y mínimos de cesión de aprovechamiento (47); además de que la misma utilización del concepto de aprovechamiento tipo o de otro similar y las fórmulas para su determinación serían cuestiones incardinables dentro de lo que la sentencia llama urbanismo «en sentido objetivo».

Antes, sin embargo, de que se dictara esa sentencia, el Decreto-Ley 5/96 había modificado los porcentajes de aprovechamiento, si bien manteniéndolos como porcentajes fijos, al establecer que, en las actuaciones asistemáticas en suelo urbano, no existiría deber de cesión de aprovechamiento; en otros términos, el porcentaje de cesión sería cero. Ello finalmente pasaría a la Ley 7/97, Ley que nació cuando el TC ya había dictado su sentencia 61/97.

Parece evidente que la Ley 7/97 nació con un vicio de inconstitucionalidad, en cuanto que establecía porcentajes fijos de cesión en suelo urbanizable y en suelo urbano en que se actuara sistemáticamente; en concreto, el porcentaje establecido fue del 10%. Dejemos de momento de lado si dicha extralimitación competencial se producía también al preverse la inexistencia de un deber de cesión de aprovechamiento en suelo urbano en que se actuara asistemáticamente, o en qué medida los conceptos de actuación sistemática y asistemática deberían en este contexto considerarse meramente instrumentales o, por el contrario, encuadrables dentro de la competencia autonómica sobre el «urbanismo en sentido objetivo».

En medio de este panorama normativo, se dictó la Ley valenciana 14/97. Esta Ley, artículo 19, estableció que en todo el suelo urbano (sin distinguir el tipo de actuación) el porcentaje de cesión sería del 0%. En suelo urbanizable el porcentaje sería del 10%, tal como establecía la Ley estatal 7/97. Con ello se adaptó parcialmente la legislación valenciana a la Ley 7/97, al suprimirse el porcentaje único de cesión del 15%.

Esta Ley 14/97, pues, cuando nació, se oponía a la Ley estatal 7/97, en cuanto al porcentaje de cesión en suelo urbano en que se actuara sistemáticamente, que era el supuesto enjuiciado por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20-11-02. Justamente, además, el instrumento urbanístico enjuiciado se había dictado en un momento en que coexistían ambas normas jurídicas.

Con posterioridad, sin embargo, se dictó la Ley estatal 6/98. Esta Ley, como es sabido, tuvo como una de sus finalidades adaptar la legislación estatal en esta materia a las pautas señaladas por la STC 61/97. Por esta ra-

(47) Me parece obvio que la profunda fiscalización que la sentencia lleva a cabo de los preceptos amparados en el artículo 149.1.1 CE, y la ausencia de reconocimiento en este caso de márgenes de discrecionalidad política al legislador estatal en la determinación del ámbito incluido en el precepto, se deben precisamente a que no estamos ante una norma básica, ya que el interés al que responde esa competencia estatal se halla predeterminado en la misma Constitución.

zón, dicha Ley prevé, para el suelo urbanizable y para el suelo urbano «no consolidado», un porcentaje de cesión de aprovechamiento del 10%, que sin embargo podrá reducirse por la legislación urbanística autonómica. En cambio, para el suelo urbano «consolidado», al igual que ocurría con el suelo urbano en que se actuara asistemáticamente bajo la Ley 7/97, el porcentaje de cesión será del 0%.

De este modo, una ley valenciana inicialmente contraria a la legislación estatal vigente al tiempo de su aprobación, sobrevenidamente resultó ser conforme con la nueva legislación estatal. Con la particularidad, además, de que la Ley 7/97 resultaba inconstitucional, de acuerdo con los criterios derivados de la STC 61/97. Y con la particularidad también de que, en el caso enjuiciado por la sentencia que nos ocupa, la normativa estatal aplicable por razones temporales no era esa Ley 6/98, sino la Ley 7/97.

Para complicar todavía más las cosas, tras la STC 61/97 se han dictado otras dos, en esta materia, cuya doctrina en ocasiones no parece casar del todo con la establecida en aquélla. Por una parte, la STC 164/01, de 11-7, confirma prácticamente en su totalidad el ajuste de la Ley 6/98 al orden constitucional de competencias. Es verdad que, en el punto que concretamente nos ocupa, es decir, el de las cesiones de suelo, se aprecia una diferencia importante con el TRLS de 1992, en cuanto que se establece que el porcentaje de cesión en suelo urbanizable y en suelo urbano «no consolidado» podrá reducirse por las Comunidades Autónomas.

Pero la sentencia confirma también la constitucionalidad de la asignación en suelo urbano «consolidado» del porcentaje de cesión del 0%; y ello lo hace con base en dos argumentos fundamentales. En primer lugar, la consideración de que la determinación de los conceptos suelo urbano consolidado y no consolidado no se efectúa en la propia ley estatal, sino que es algo que deben determinar las Comunidades Autónomas, si bien con el límite de que esos conceptos «no se desnaturalicen» (48).

El segundo argumento que utiliza el TC es que entra dentro de los límites del artículo 149.1.1 CE la exclusión del deber de cesión respecto de los propietarios de ciertas clases de suelo. Pero excluir el deber de cesión significa tanto como decir que el porcentaje de cesión será del 0%. Ello supone, desde luego, un matiz importante respecto de lo que había afirmado la STC 61/97, si bien el TC señala que ello es así porque el Estado puede concentrar la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas en determinadas clases de suelo.

La doctrina de la STC 164/01 se ha corroborado por la STC 54/02, que ha declarado inconstitucional la Ley vasca 3/97, en cuanto que la misma preveía la existencia de un porcentaje de cesión para todos los propietarios de suelo urbano, sin distinguir entre el consolidado y el no consolidado, precisamente por contradecir la Ley 6/98. Esto significa, desde luego, que el TC exige que la legislación autonómica diferencie, a estos efectos,

(48) Por cierto, la introducción de ese par de conceptos en la legislación estatal plantea problemas importantes en aquellas Comunidades Autónomas, como la valenciana, donde la legislación urbanística no los ha definido.

entre suelo consolidado y no consolidado; si bien, a la vista de esta sentencia, no es descartable una opción como la de la Ley valenciana 14/97, que simplemente elimina el porcentaje de cesión de aprovechamiento en todo el suelo urbano, en cuanto que la Ley 6/98 establece simplemente un tope máximo de cesión del 10% en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable (49).

(49) Los problemas no terminan aquí. La STC 164/01 afirma también que, en todo caso, corresponde a las Comunidades Autónomas la determinación de las fórmulas concretas para el cálculo del aprovechamiento susceptible de apropiación por los propietarios. Y esto suscita dudas en relación con preceptos como el artículo 64 de la Ley valenciana 6/94, de 15-11, reguladora de la actividad urbanística. En efecto, el artículo 63 de esa Ley establece que si en suelo urbano no se han delimitado áreas de reparto, éstas coincidirán con el solar, o con la parcela más el dotacional colindante necesario para convertirla en solar.

Si estamos en suelo urbano «consolidado», es evidente que la Ley estatal 6/98 exigirá que el porcentaje de cesión de aprovechamiento sea cero. Pero el artículo 64 LRAU permite que el planeamiento, en estos casos, establezca el llamado coeficiente reductor del aprovechamiento. Ese coeficiente reductor, de acuerdo con el texto de la Ley, no se aplica sobre el aprovechamiento tipo una vez determinado éste, sino que justamente se integra dentro de la fórmula de cálculo del aprovechamiento tipo. Es decir, dicho coeficiente se aplica sobre el aprovechamiento objetivo de la parcela para calcular el aprovechamiento tipo.

Formalmente, pues, el precepto responde a los requisitos de la Ley 6/98, en cuanto que ese aprovechamiento tipo así fijado es íntegramente susceptible de apropiación por su propietario. Es decir, sobre dicho aprovechamiento tipo así determinado no se aplica porcentaje alguno de cesión. Y la STC 164/01 afirma, como hemos visto, que la determinación de las fórmulas de cálculo del aprovechamiento es competencia de las Comunidades Autónomas; entraría, en la terminología de la STC 61/97, dentro del «urbanismo en sentido objetivo».

Sin embargo, es evidente que esas fórmulas de cálculo del aprovechamiento, sean cuales sean, deben servir a la finalidad de equidistribución de beneficios y cargas, establecida como un principio básico del Derecho Urbanístico en el artículo 5 de la Ley 6/98. El coeficiente reductor, aun cuando formalmente se integre en la fórmula de cálculo del aprovechamiento tipo, no es un mecanismo de equidistribución de beneficios, sino en todo caso sólo de cargas. En efecto, ese coeficiente reductor se materializa, en última instancia, en un porcentaje de cesión sobre el aprovechamiento objetivo de la parcela del que no se van a beneficiar directamente otros propietarios con inferior aprovechamiento, sino únicamente la Administración actuante.

En suma, la integración formal del coeficiente reductor en la fórmula de cálculo del aprovechamiento tipo en las áreas de reparto uniparcelarias no sirve a la finalidad inherente a las fórmulas de cálculo del aprovechamiento, sino que supone, en suelo urbano «consolidado», el establecimiento de una cesión de aprovechamiento prohibida por la legislación estatal. Cuando se aprobó la LRAU, lo que se lograba con ese coeficiente era incrementar el porcentaje de cesión más allá del 15% que preveía el TRLS de 1992. Y ahora, en suelo urbano consolidado, propicia una cesión de aprovechamiento allí donde la legislación estatal no lo permite. Y es que, en realidad, el propio concepto de área de reparto uniparcelaria poco se compagina con el principio básico de la equidistribución de beneficios y cargas.

Por supuesto, todos estos problemas son en realidad consecuencia directa de la artificialidad de la distinción entre urbanismo en sentido objetivo y en sentido subjetivo, puesta de manifiesto en el voto particular a la STC 61/97. Me remito en este punto a lo que en el mismo se señala.

Este último ejemplo del coeficiente reductor nos pone de relieve que el caso resuelto por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20-11-02 seguramente no será el último en que se plantee la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia por los órganos judiciales. Es decir, ante los continuos avatares tanto de la legislación básica en la materia como de la jurisprudencia constitucional, es posible que los órganos judiciales a los que se plantee la aplicación del artículo 64 LRAU opten directamente por aplicar la norma que debe considerarse en este caso prevalente, es decir, la Ley estatal 6/98. De hecho, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20-3-2003 se ha pronunciado recientemente en este sentido.

B) *El razonamiento de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20-11-02 para justificar la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia por los órganos judiciales*

Como hemos visto, esta sentencia, con base en la cláusula de prevalencia, aplica el Derecho del Estado y no el artículo 19 de la Ley valenciana 14/97.

La sentencia se basa en distintos argumentos. En primer lugar, enuncia una serie de consideraciones generales sobre la relativización de la sujeción del juez a la ley (50). Es decir, partiendo del artículo 117.1 CE, añade la sentencia que, sin embargo, resulta lícito en ocasiones que los órganos jurisdiccionales inapliquen normas con rango de ley, aun cuando las mismas se hallen vigentes (51). Esto ocurrirá, en primer lugar, debido a la primacía del Derecho comunitario, y es una consecuencia directa de la doctrina *Simmenthal*, expresamente invocada en la sentencia que ahora nos ocupa. Según esa sentencia, la primacía obliga al desplazamiento de la norma estatal contradictoria con el Derecho comunitario, sin perjuicio de la posibilidad de planteamiento de la cuestión prejudicial (esto último, hay que entender, en los términos de la sentencia *Cilfit*). Ni el TC es competente para fiscalizar si una ley interna es o no compatible con el Derecho comunitario (STC 28/91, de 14-2, entre otras), ni el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sería en estos casos adecuada, en cuanto que implicaría una dilación indebida en la aplicación del Ordenamiento que debe primar (sentencia *Simmenthal*). Ello, lógicamente, sin perjuicio de la obligación de establecer cauces para la eliminación de la norma interna contraria al Derecho comunitario (sentencia TJUE *Comisión contra República Federal de Alemania*, de 28-4-88) (52).

En segundo lugar, esa relativización de la sujeción del juez a la ley, añade la sentencia de 20-11-02, se dará también en los casos en que se produzca una contravención de una ley interna con un Tratado internacional. Ello también es consecuencia de que la STC 49/88, de 22-3, ha afirmado que los Tratados internacionales no son parámetro de la constitucionalidad de las leyes.

A todo ello se podría sumar un tercer argumento, no utilizado por esta sentencia, que sería el de que, según un sector relevante de la doctrina —DÍEZ-PICAZO (53)—, la derogación tácita de las leyes no sería un supuesto de extinción definitiva de la vigencia de las mismas, sino sólo un caso de desplazamiento temporal.

(50) Sobre esta temática, con carácter general, V. HERNÁNDEZ MARTÍN, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991, en su totalidad.

(51) Vid. G. DOMÉNECH PASCUAL, *La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales*, en el núm. 155 de esta REVISTA, 2001, esp. págs. 93 ss.

(52) Vid. A. MANGAS MARTÍN, *La obligación de derogar o modificar el Derecho interno incompatible con el Derecho comunitario: evolución jurisprudencial*, en «Revista de las Instituciones Europeas», núm. 1, 1985, pág. 323, donde insiste en la posibilidad de utilizar el recurso por incumplimiento para obligar a un Estado miembro a modificar o derogar una normativa interna incompatible con el Derecho comunitario.

(53) En *La derogación de las leyes*, cit., págs. 34 y 329 ss.

El principal argumento, sin embargo, radica en la aporía a la que conduce que el TC, a la hora de resolver las cuestiones de inconstitucionalidad basadas en la contravención de normas autonómicas con normas estatales que actúen como parámetro de constitucionalidad de las mismas, opere con los parámetros aplicables en el momento en que dicta la sentencia; parámetros que pueden no coincidir con las normas estatales aplicables al caso que debe resolver el tribunal *a quo*. Porque, en efecto, en este caso el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley 14/97, por contravenir la Ley estatal 7/97 (aplicable al caso de autos desde el punto de vista temporal), habría conducido necesariamente a un resultado negativo, en la medida en que dicha Ley autonómica resultó sobrevenidamente ajustada a la nueva legislación estatal en la materia, que habría sido la aplicable en el momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (54).

Este argumento me parece válido a todas luces. Como resalta GÓMEZ-FERRER (55), para el TC el parámetro de las normas autonómicas es la normativa estatal vigente en el momento de la resolución del recurso de inconstitucionalidad, lo que le ha conducido a utilizar en estos supuestos la noción de inconstitucionalidad sobrevenida. Así, la STC 137/86 afirma que cuando deban tenerse en cuenta las leyes a que se refiere el artículo 28 LOTC, el referente serán las bases materiales vigentes en el momento de la sentencia (56). Y, viceversa, la STC 170/89 afirma implícitamente la sanación de una ley madrileña originariamente contraria a las bases estatales (57).

(54) «Carecería de sentido elevar la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley valenciana 14/97, por el motivo siguiente: esa inconstitucionalidad no se plantearía tanto por motivos competenciales o constitucionales sustantivos como más bien por su contravención con una ley estatal vigente en el momento de su aprobación y aplicable (desde el punto de vista estrictamente temporal) al caso de autos. Pero esa ley estatal fue derogada poco después por la Ley 6/98; pues bien, en relación con esta última, que es la norma ahora vigente, no existe ningún tipo de problema de compatibilidad en cuanto al artículo 19 de la Ley valenciana 14/97.

Carecería así de sentido elevar una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma autonómica respecto de la que eventualmente podría haberse apreciado inconstitucionalidad originaria e indirecta, por contravenir una norma estatal de aquellas a las que alude el artículo 28 LOTC; pero que en la actualidad es perfectamente compatible con los parámetros de constitucionalidad actualmente vigentes, respecto de la cual por tanto se habría producido la subsanación de ese inicial vicio de inconstitucionalidad, si es que lo había realmente. Y la STC 137/86 afirma que, cuando es de aplicación el artículo 28 LOTC, hay que estar a los parámetros normativos vigentes en el momento en que se dicta la sentencia».

Por otra parte, ya hemos visto que, a nuestro juicio, difícilmente se puede entender que las normas básicas sean parámetro de la constitucionalidad de las normas autonómicas. La sentencia que nos ocupa parte de la premisa contraria, debido seguramente a la vinculación de los órganos judiciales a la jurisprudencia constitucional (art. 5.1 LOPJ).

(55) «Legislación...», cit., pág. 61. Vid. asimismo *Relaciones...*, cit., págs. 34 ss.

(56) Vid. asimismo STC 154/88, de 21-7.

Aunque la sentencia citada en el texto resuelve un recurso de inconstitucionalidad, su doctrina se reitera, por ejemplo, en la STC 163/95, de 8-11, resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad.

(57) Para RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, pág. 21, esta posición del TC se debe a que el mismo ha intuido, pero no comprendido totalmente, que la eventual contradicción entre la

Pero la utilización de esos parámetros resulta un elemento que introduce disfunciones en el sistema. Así, el autor citado (58) resalta que al Tribunal que eleva la cuestión de inconstitucionalidad le interesa saber si la ley era o no constitucional en el momento de dictarse el acto o disposición impugnado, por lo que entiende posible que los Tribunales ordinarios apliquen prevalentemente la normativa del Estado en vez de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (59). Justamente, esto es lo que pasó en el caso que nos ocupa.

La sentencia añade, por otra parte, que el artículo 2 de la Ley 7/97 amparaba una competencia exclusiva, aunque limitada, del Estado; por lo que incluso podría dudarse de su consideración como parámetro de constitucionalidad. Es evidente que las normas válidamente dictadas en virtud del artículo 149.1.1 CE son un límite a las competencias de las Comunidades Autónomas, aun las exclusivas. Así se desprende de la STC 61/97. Pero lo que parece apuntar el TSJ es que la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia en estos casos por los órganos judiciales es perfectamente viable. En este sentido, se afirma expresamente que el supuesto enjuiciado es distinto del resuelto por la STC 163/95, que, como se recordará, había afirmado el monopolio de rechazo del TC cuando se trata de un problema de compati-

norma básica y la autonómica no se resuelve en un vicio de incompetencia. Ello es así porque, si se tratara de un vicio de incompetencia, estaríamos ante círculos secantes y no se produciría la sanación sobrevenida de la ley autonómica.

(58) *Op. cit.*, pág. 62.

(59) El mismo concepto de inconstitucionalidad sobrevenida incurre en ciertas contradicciones. Cuando se trata de leyes preconstitucionales, lo más lógico es hablar de derogación —Disposición derogatoria 3.^a CE; puede verse el voto particular de RUBIO LLORENTE a la STC 4/81, de 2-2, que acertadamente considera ambas nociones como incompatibles: el artículo 163 CE y el artículo 5.2 LOPJ hablan de la norma aplicable al caso—. Y, si la norma es posterior a la Constitución, parece absurdo hablar de inconstitucionalidad sobrevenida sin haberse modificado aquella; aun en caso de reforma constitucional, más bien cabría hablar de derogación en virtud de los principios de jerarquía y posterioridad. La STC 4/81 intenta salvaguardar la seguridad jurídica, pero no lo consigue del todo porque permite, dada la predicada coexistencia de la derogación y la inconstitucionalidad sobrevenida, que los jueces ordinarios determinen si se ha producido o no esa derogación mientras no haya un pronunciamiento del TC.

En todo caso, la incompatibilidad entre ambos conceptos vendría básicamente dada en la medida en que no tiene demasiado sentido hablar de invalidez de una norma que ya no forma parte del Ordenamiento jurídico. No obstante, esta idea se ha matizado por Díez-Picazo, *op. cit.*, págs. 165 ss., para quien una norma derogada, aunque no vigente, puede seguir teniendo eficacia ultraactiva, por lo que sí tiene sentido hablar de inconstitucionalidad, sobre todo desde el momento en que, como regla general, esta última tiene efectos *ex tunc* y *no ex nunc*, que es la regla general en la derogación. El autor, *op. cit.*, págs. 305 ss., considera posible hablar de invalidez sobrevenida, ya que el principio jerárquico prevalece sobre el criterio de la posterioridad.

Por otra parte, esa inconstitucionalidad sobrevenida, evidentemente, tendría efectos *erga omnes*; sin embargo, el autor señala, *op. cit.*, pág. 34, que la doctrina de la STC 4/81 supone un reconocimiento implícito de que la derogación tácita no es más que la suspensión de la vigencia de la norma, al decir que los Tribunales ordinarios sólo pueden declarar esa derogación con efectos sobre el propio proceso. Así, la noción de inconstitucionalidad sobrevenida puede tener un cierto valor, no sólo en la medida en que la seguridad jurídica saldría ganando, sino también desde la perspectiva misma de la jerarquía normativa, ya que evitaría la revisita de las normas derogadas por incompatibilidad por una Constitución en caso de derogación de esta última, salvo que la norma derogatoria ordenara aquella expresamente.

bilidad entre una ley básica y una ley autonómica de desarrollo. Quizá, no obstante, la solución debería ser la misma en ambos casos, en la medida en que tanto las leyes básicas como las dictadas en el ejercicio de la competencia a que alude el artículo 149.1.1 CE constituyen un límite a la legislación autonómica, siempre que a su vez las mismas sean constitucionalmente válidas (60).

Ahora bien, descartado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley valenciana 14/97, el problema consistía en si debería haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley estatal 7/97. Esta Ley, en principio, también era aplicable al caso por razones temporales. Por tanto, una posible vía de solución del problema habría sido plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra esa Ley estatal; en cuyo caso, si esa Ley hubiera sido declarada inconstitucional, la Sala proponente habría visto despejados todos los problemas que planteaba la aplicación del artículo 19 de la citada Ley autonómica. Por el contrario, si, en caso de haberse elevado la cuestión de inconstitucionalidad, el TC la hubiera desestimado, el problema habría permanecido en los mismos términos, en la medida en que habrían subsistido dos leyes, una estatal y una autonómica, aplicables al caso por razones temporales y contradictorias entre sí.

La Sala de Valencia, en todo caso, optó por no elevar la cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley estatal 7/97. Ahora bien, que no se elevara la cuestión de inconstitucionalidad no se debió a la derogación de esa Ley por la ulterior Ley 6/98. A este respecto, se recuerda explícitamente en la sentencia que la cuestión de inconstitucionalidad, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, no pierde su objeto por la derogación de la Ley cuestionada, en la medida en que va directamente ligada a la resolución del pleito principal. Doctrina ésta, debe observarse, contradictoria con la establecida por el TC a propósito de los parámetros aplicables en el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad.

La razón radica, por el contrario, como se explica en la sentencia que comentamos, en que si bien dicha Ley estaría incurso en clara extralimitación competencial de acuerdo con la doctrina de la STC 61/97, sin embargo, mucho más difícilmente podría llegarse a esa conclusión desde la pers-

(60) Existe una diferencia: en el caso de que el conflicto se plantee entre una norma básica y una autonómica de desarrollo, puede decirse que ninguna de las dos se habrá dictado en el ejercicio de una competencia legislativa exclusiva; ello es así justamente porque, como hemos visto, la relación entre las leyes estatales y las normas autonómicas de desarrollo no es estrictamente competencial. En cambio, en casos como el que nos ocupa, estaríamos ante el ejercicio de dos competencias exclusivas, al menos desde la perspectiva de la STC 61/97.

En todo caso, si bien el TSJ parte de esa premisa, porque es lo que se deduce de esa sentencia del TC, lo cierto es que, como hemos apuntado antes, la distinción entre «urbanismo en sentido objetivo» y ejercicio de la competencia del artículo 149.1.1 CE en relación con la propiedad inmobiliaria, como dos competencias exclusivas, puede ser algo artificioso; y, de hecho, de algunos fragmentos de la STC 149/91, de 4-7, parece desprenderse que el artículo 149.1.1 CE habilitaría al Estado para establecer las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, o, lo que es lo mismo, contendría una competencia básica.

pectiva de la doctrina constitucional posterior; muy en particular, la STC 54/02, que, como hemos visto, declara inconstitucional una ley autonómica que establecía cesiones de aprovechamiento en todo tipo de suelo urbano, por contravenir el artículo 14.1 de la Ley 6/98.

Es decir, la Sala de Valencia interpreta que al haberse afirmado en la STC 164/01 que el Estado puede eliminar la existencia del deber de aprovechamiento en alguna clase de suelo (61), y al haberse corroborado esta consideración en la STC 54/02 (sentencia que, al cuestionarse la constitucionalidad de la Ley vasca 3/97, se cuestiona también la de la Ley estatal que le sirve de parámetro), nos encontramos ante un cambio de enfoque respecto de la STC 61/97. Y ese cambio de enfoque supondría entender que el Estado sí que está habilitado para determinar porcentajes fijos de cesión de aprovechamiento, en la medida en que el 0% ya es un porcentaje de aprovechamiento. Y, por esa razón, carecería de sentido elevar la cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley estatal 7/97, aun cuando la misma establecía un porcentaje fijo de cesión del 10% del aprovechamiento en el suelo urbano en que se actuara sistemáticamente.

En suma, lo que ocurre es que el TSJ no elevó la cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley estatal debido a las vacilaciones que en este punto se han producido en la jurisprudencia constitucional. Porque, en efecto, no parece muy coherente decir, por una parte, que el Estado puede únicamente determinar porcentajes máximos y mínimos de cesión de aprovechamiento y, por otra parte, añadir que el Estado sí puede excluir el deber de cesión de aprovechamiento en ciertos casos, en cuanto que ello equivale a decir que el aprovechamiento que debe cederse es cero (un porcentaje exacto).

En definitiva, la sentencia de 20-11-02 entiende que, dada la evolución de la doctrina constitucional en este punto, no se plantean dudas acerca de la validez, desde el punto de vista del reparto de competencias, de la Ley estatal 7/97 (62). Y, por esa razón, entendió que no se daba el presupuesto

(61) Así, la STC 164/01 señala: «el Estado, al fijar las condiciones mínimas para la igualación de los propietarios (art. 149.1.1 CE), debe tomar en consideración qué propiedades se benefician con más intensidad de las plusvalías urbanísticas. Esa identificación y valoración de las plusvalías es, en todo caso, instrumental para el ejercicio de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE y no impide una identificación y valoración distinta de cada Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias. Añadimos, por último, que para la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas (mediante la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad) el Estado dispone de un amplio margen de configuración. El artículo 47 CE no impide, en este sentido, que la participación en las plusvalías se concentre en determinadas clases de suelo. De esta forma, la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal, no excluye *a priori* una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios».

(62) «La jurisprudencia del TC, en este punto, ha evolucionado; hasta llegarse a declarar inconstitucional una ley vasca (la Ley 3/97) por establecer cesiones de aprovechamiento en todo tipo de suelo urbano, aun el consolidado. La STC 54/02 dice que ello es inconstitucional por contrario al artículo 14.1 de la Ley 6/98.

Con ello, lógicamente, esta sentencia está presuponiendo la validez del precepto estatal invocado por la parte recurrente; ya que, en caso contrario, el mismo no podría ser parámetro de constitucionalidad. Es decir, esta sentencia, que es la más reciente, está admitien-

para la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, cuyo planteamiento exige, no lo olvidemos, una argumentación relativa a por qué se duda acerca de la constitucionalidad de la norma. Pensemos, en efecto, que, en casos como éste, la ley estatal aplicable por razones temporales puede no ser cuestionable desde el punto de vista de su constitucionalidad. Estamos, pues, ante un resultado de la paradoja a que conduce la doctrina de la STC 137/86 en cuanto a los parámetros aplicables en las cuestiones de inconstitucionalidad.

Desde este punto de vista, la sentencia que comentamos concluye que, en realidad, nos encontrábamos con dos normas válidas y aplicables al caso por razones temporales. Había, pues, que seleccionar la que era aplicable, y esto es función de los órganos judiciales. En este sentido, señala que no se trataba de una sucesión de normas en el tiempo, que se resolvería mediante la dialéctica vigencia y derogación, sino que nos encontraríamos ante un problema de prevalencia de una norma sobre otra. Y ello por cuanto, por las razones antes apuntadas, tampoco nos encontraríamos ante un problema de validez. Así:

do que el Estado puede fijar un concreto porcentaje de cesión (en este caso, cero). Pensemos que las SSTC 5/87, de 27-1, y 8/87, de 29-1, han admitido la aplicación reconvenional del artículo 67 LOTC, que a fin de cuentas regula la conversión de un conflicto de competencias en una autocuestión de inconstitucionalidad por motivos competenciales (STC 45/91). Y, más claramente, la propia STC 54/02, siguiendo las SSTC 192/00 y 48/88, afirma que, antes de verificar la validez de la norma autonómica contraria a una ley estatal, hay que verificar la constitucionalidad de esta última; y la conclusión de dicha sentencia, en relación con el artículo 14.1 de la Ley 6/98, es positiva».

F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», cit., pág. 21, entiende que no resulta posible la inaplicación reconvenional de las normas del bloque de constitucionalidad, aunque sí cabría, a su juicio, en el caso de las leyes básicas —la STC 331/93, de 12-11, permite excepcionar la falta de carácter básico a efectos de la declaración de constitucionalidad de una norma autonómica; vid. asimismo STC 163/95—. No obstante, J. JIMÉNEZ CAMPO, *¿Qué es «lo básico»?*, cit., págs. 63 ss. y 87 ss., entiende que no es posible por esta vía impugnar la normativa básica ni tampoco que el Estado alegue la existencia de defecto en ella. El autor aduce el principio de seguridad jurídica; y añade que la Comunidad Autónoma tampoco podría utilizar la vía del artículo 67 LOTC de modo reconvenional porque la ley básica nunca sería habilitante de la autonómica. La STC 48/88, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado contra una ley autonómica de desarrollo, inaplica la correspondiente normativa estatal autocalificada de básica al entender que la misma carecía de ese carácter.

La STC 156/95, de 26-10, afirma que cuando el Estado impugna una ley autonómica por contradecir las bases, el TC debe examinar previamente si las normas calificadas formalmente como básicas por el legislador estatal lo son asimismo desde la perspectiva material, aun cuando la Comunidad Autónoma no haya impugnado previamente esas normas estatales calificadas como básicas. La sentencia se basa en la indisponibilidad del orden de competencias. Vid. asimismo STC 49/88, de 22-3. La STC 158/86, de 11-12, afirma, no obstante, que no es suficiente para salvar la constitucionalidad de una normativa autonómica que contradice una Orden ministerial calificada como básica por el Estado aducir la insuficiencia de rango de esta última, no sólo por ser material el concepto de bases, sino también por no ser admisible la reconvenión en casos como éste. Pero debe tenerse en cuenta que el TC hace referencia en este punto a la posible ausencia de la cualidad formal que deben reunir las bases. De hecho, acaba concluyendo que la competencia era autonómica, tras afirmar que los preceptos de aquella Orden no eran materialmente básicos. En todo caso, la misma apenas dejaba espacio normativo para las Comunidades Autónomas. De cualquier modo, la sentencia es anterior a la STC 69/88.

«En suma, resulta que las relaciones entre leyes de contenido opuesto y que en principio parecen aplicables a un caso pueden ser: de sucesión temporal, que da lugar a la derogación; de validez de una e invalidez de otra (habiéndose declarado además por la STC 4/81, de 2-2, la compatibilidad entre derogación e inconstitucionalidad sobrevenida); o de simple conflicto aplicativo. En este último caso, simplemente se trata de la selección de la norma aplicable, que determina la aplicación de una de ellas y el desplazamiento de la otra; es decir, su no aplicación en el caso concreto, lo que en modo alguno supone su pérdida de vigencia o su invalidez».

En su Fundamento jurídico decimosegundo, la sentencia añade:

«Existe en este caso una norma constitucional que está pensada justamente para los supuestos en que se produzca un conflicto entre dos normas jurídicas, una procedente del Estado y otra procedente de la Comunidad Autónoma. Se trata de la cláusula de prevalencia, prevista en el artículo 149.3 CE.

Esta cláusula de prevalencia, como norma constitucional, obliga (art. 9.1 CE) a todos los poderes públicos; y también al Poder Judicial, conforme al artículo 5.1 LOPJ.

La cláusula de prevalencia no comporta la invalidez de una de las normas, ni su derogación; sólo es una norma de conflicto para casos concretos que no se pueden resolver atendiendo a criterios de validez (que incluye la competencia) o de sucesión temporal de normas. No es una norma que atribuya o delimite competencias; sólo sirve para resolver casos concretos cuando no sea posible efectuar una verdadera delimitación competencial (vid. STC 77/84, de 3-7).

A la vista de que los órganos jurisdiccionales son los que determinan la norma aplicable al caso, según se ha visto, pueden utilizar esta cláusula cuando no sea posible acudir a criterios de validez (que daría lugar al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en caso de normas con valor de ley, salvo en el supuesto de que concurriera inconstitucionalidad sobrevenida y a la vez derogación) ni de sucesión temporal; lo que, por las razones expuestas, ocurre en el caso que nos ocupa.

El caso es pues absolutamente distinto del resuelto por la STC 173/02, de 9-10, que estima un recurso de amparo por infracción del artículo 24 CE, interpuesto por la Generalidad Catalana contra una sentencia del TSJ de Cataluña que se limitaba a inaplicar una ley autonómica por razones de interpretación de la legalidad ordinaria; no por razones constitucionales, como la prevalencia del Derecho del Estado».

C) *La conclusión de la sentencia: la prevalencia de la Ley estatal 7/97 sobre la Ley valenciana 14/97*

Una vez concluye la posibilidad de aplicar en este caso la cláusula de prevalencia, la sentencia de 20-11-02 se plantea si, en ese caso concreto, dicha cláusula debe aplicarse a favor de la norma estatal o de la norma autonómica, habida cuenta de lo que dispone el artículo 149.3 CE en relación con las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas.

A este respecto, el TSJ señala que si bien es cierto que la competencia sobre urbanismo es exclusiva de la Comunidad Autónoma, en este caso las normas estatales a que alude el artículo 149.1.1 CE actúan como límite al ejercicio de esa competencia exclusiva. En este sentido, afirma la sentencia que, en un caso como éste, entender que la ley autonómica debe prevalecer sobre la estatal sería tanto como decir que la Ley 7/97 habría sido inconstitucional por extralimitación competencial, es decir, por haber invadido la competencia exclusiva autonómica en materia de urbanismo (63). Esta conclusión, sin embargo, es rechazada por la sentencia de 20-11-02, dada la evolución de la jurisprudencia constitucional en este punto, como hemos visto.

Y, por ello:

«Desde este punto de vista, pues, hay que concluir que, a la luz de la más reciente jurisprudencia del TC, la norma aplicable a este caso era la Ley 7/97, en cuanto que dictada al amparo del legítimo ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.1 CE; lo que conduce a la desestimación del recurso, al ser correcta en consecuencia la determinación de un porcentaje de cesión del 10% en suelo urbano en que se actuaba sistemáticamente».

(63) «En efecto, a la luz de la cláusula de prevalencia, procede en este caso determinar, entre las dos normas en conflicto, cuál es la aplicable y cuál la desplazada. En principio, cabría pensar que, siendo el urbanismo una competencia exclusiva autonómica, la Ley 14/97 debería prevalecer.

Si así fuera, sin embargo, es evidente que esta Sala no podría acudir sin más a la cláusula de prevalencia; ya que semejante conclusión parte necesariamente de la premisa de que el artículo 2 de la Ley estatal 7/97 incurrió en extralimitación competencial, por invadir la competencia urbanística exclusiva autonómica; y ello nos obligaría a plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley 7/97. Esto sería perfectamente posible, pese a su derogación posterior, dado que dicha Ley es, en abstracto, aplicable al caso que nos ocupa, por lo que el proceso constitucional seguiría teniendo objeto pese a la derogación de la norma.

Si, por el contrario, consideráramos que la determinación concreta del porcentaje de aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación no es una competencia exclusiva autonómica, la conclusión, por las razones antes expuestas, sería que debe aplicarse la cláusula de prevalencia del Derecho del Estado».

Señala, en efecto, TEJEDOR BIELSA, *op. cit.*, pág. 99, que en puridad no puede hablarse de prevalencia del Derecho autonómico, sino de inexistencia de competencia estatal.

Es decir, ambas normas eran válidas; ambas se dictaron en ejercicio de una competencia propia y «exclusiva», pero se declara aplicable el Derecho del Estado.

Esto, a primera vista, no se acomoda al tenor del artículo 149.3, que exceptúa de la cláusula de prevalencia el caso en que la competencia autonómica ejercitada sea exclusiva. Esa salvedad se puede interpretar de diversas formas. Una primera interpretación consistiría en que cuando el conflicto se plantee entre una norma estatal y una norma autonómica dictada en ejercicio de una competencia exclusiva, los órganos judiciales ordinarios estarían obligados a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Esta interpretación, que partiría de la base de que los órganos del Poder Judicial pueden aplicar en otro caso la cláusula de prevalencia, tiene sin embargo el inconveniente de que es posible que la norma estatal sea también indubitablemente válida, y en ese caso no tendrá sentido el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto que, como hemos visto, el sistema de distribución de competencias no constituye un modelo cerrado. Y tampoco resuelve el caso en que la norma deba ser aplicada por órganos no legitimados para elevar la cuestión de inconstitucionalidad.

Una segunda interpretación consistiría en que cuando el conflicto se plantee entre una norma estatal y una norma autonómica dictada en ejercicio de una competencia exclusiva, habrá que declarar siempre prevalente la norma autonómica. Pero con ello se desconoce que la norma estatal puede haber sido también dictada con plenitud de competencia.

Una tercera interpretación, que es la que parece sustentar la sentencia que nos ocupa, se basaría en que el término «exclusividad» es, tal como se emplea en los Estatutos de Autonomía, relativo; en otros términos, no habría exclusividad, a estos efectos, cuando la competencia autonómica se solape con una competencia estatal.

5. CONCLUSIONES

Es evidente que la cláusula de prevalencia es un mandato constitucional que vincula a los poderes públicos. También lo es que esa cláusula será de aplicación cuando exista un conflicto entre dos normas válidas y aplicables, además, a un concreto caso por razones espaciales y temporales. Y, asimismo, que dicha prevalencia sólo opera un efecto desplazamiento de la norma no prevalente en el caso concreto, precisamente porque su validez y su vigencia no quedan afectadas.

No parece razonable hablar de inconstitucionalidad y nulidad de la norma autonómica contraria a una ley estatal cuya misión constitucional no sea servir de marco a la positiva atribución de competencias a las Comunidades Autónomas, como podría ser el caso de la LO 2/86, o de límite a la competencia legislativa autonómica, como pasa con las leyes de armo-

nización; en estos casos, sí tendría sentido hablar de inconstitucionalidad por incompetencia de la norma autonómica.

Entender lo contrario daría lugar a pronunciamientos de nulidad que podrían después quedar sin sentido ante el nuevo cambio de la legislación estatal. En efecto, la relación entre leyes básicas y leyes autonómicas de desarrollo no es estrictamente de competencia, por lo que es posible entender que la ley autonómica que contravenga la ley estatal básica simplemente quedará desplazada, en cuanto que, de otro modo, quedaría incumplida la función constitucional de aquella.

Desde el punto de vista de la consideración de la cláusula de prevalencia como norma de conflicto para la determinación de la que en cada caso es aplicable, tiene lógica que esa cláusula sea aplicada por los órganos judiciales, ya que ellos son los encargados de la selección de la norma aplicable al caso. Y, además, esa cláusula, entendida de ese modo, es ajena al mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que no estamos ante un problema de contradicción con la Constitución, directa ni indirecta. No estamos ante un problema de constitucionalidad, ni de reparto de competencias. Se trata de casos en que la cuestión de inconstitucionalidad sería inadmisibile, dado lo que disponen el artículo 163 CE y los artículos 5.2 y 5.3 LOPJ, en la medida en que no se trata de un supuesto en que, por vía interpretativa, sea imposible acomodar la ley al ordenamiento constitucional.

Es evidente sin embargo, por otra parte, que la aplicación de la cláusula de prevalencia por los órganos judiciales, sin que exista un previo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, puede generar inseguridad jurídica. Seguramente por esta razón, el voto particular a la STC 1/03 afirma, como ya hemos visto, la coexistencia de la jurisdicción constitucional y la ordinaria, aunque parece dar prioridad a esta última. El voto particular argumenta la viabilidad de un pronunciamiento del TC sobre la distinción entre inconstitucionalidad y nulidad de la ley. Pero esto es tanto como decir que la norma no prevalente es contraria, aunque sea indirectamente, a la Constitución.

La afirmación del voto particular, evidentemente, está constreñida por los límites que a la jurisdicción constitucional impone la LOTC, artículo 39, para los procesos de inconstitucionalidad. Sin embargo, además de que no se puede hablar de contravención con la Constitución en estos casos, y precisamente por ello, la distinción entre inconstitucionalidad y nulidad no parece aquí justificada y resulta artificiosa.

La solución podría consistir, por hipótesis, en crear, al amparo del artículo 161.1.d) CE, un nuevo proceso constitucional, que tuviera por finalidad determinar, a solicitud de los órganos jurisdiccionales, cuál es la norma que debe prevalecer entre dos normas válidas. O quizá modificar el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad, a fin de dar cabida a estos supuestos como pronunciamiento subsidiario.

A fin de preservar la seguridad jurídica y la unidad en la interpretación de un sector tan delicado del Ordenamiento, quizá sería necesario articu-

lar un mecanismo por el cual los órganos judiciales estuvieran siempre, en estos casos, vinculados o al menos facultados a elevar el problema ante el TC, con independencia de que duden o no de la validez de la norma estatal o de la norma autonómica (64). El mecanismo debería articularse de modo tal que, una vez el TC haya resuelto un caso de colisión entre dos normas, pueda rechazar *a limine litis* el planteamiento de la misma duda; el fallo vincularía a los órganos judiciales en casos posteriores (lo que por otra parte ya se desprende del art. 5.1 LOPJ) (65). Y, por supuesto, el pronunciamiento de prevalencia de la norma estatal no implicaría el rechazo de la constitucionalidad de la norma autonómica.

Pensemos que, en un supuesto paralelo como es el de las relaciones entre el Derecho comunitario y los Ordenamientos internos, la STJUE dictada en el caso *Cilfit* ha afirmado que el planteamiento de la cuestión prejudicial no es necesario cuando el asunto «está claro», es decir, cuando ya el TJUE haya establecido una doctrina consolidada sobre la cuestión a plantear o cuando la normativa no ofrezca duda interpretativa alguna.

En todo caso, sería muy necesario determinar los límites de la jurisdicción constitucional en estos supuestos, a fin de evitar que el TC invadiera funciones propias del Poder Judicial. No olvidemos que la selección de la norma aplicable es, ante todo, una función de los órganos jurisdiccionales. Es decir, el TC, en estos casos, debería limitarse a entender aplicable la norma estatal, como prevalente, o bien la norma autonómica, por entender que ha existido extralimitación de la norma estatal en cuanto a su ámbito propio de competencias o en cuanto a su función constitucional. En este caso debería, además, declarar la inconstitucionalidad de la norma estatal (66). O, más aún, simplemente limitarse a afirmar la validez de ambas normas o la nulidad de una de ellas; desde este punto de vista, basta-

(64) Como se afirma en el voto particular a la STC 1/03, lo cierto es que en otros casos, como el de los decretos legislativos, coexiste la posibilidad de inaplicación por los órganos judiciales en casos de extralimitación y la facultad de anulación de los mismos por el orden contencioso-administrativo por tal motivo con la jurisdicción constitucional. Y no olvidemos tampoco que la STC 4/81 afirma que los órganos judiciales están simplemente facultados para elevar cuestión de inconstitucionalidad contra leyes preconstitucionales eventualmente inconstitucionales.

(65) Véase R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982; del mismo autor, «Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», en *Homenaje a García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, págs. 515 ss. Entiendo que no sería aplicable lo previsto en el artículo 38.2 LOTC, debido al particular alcance de sus pronunciamientos en nuestro caso.

(66) Más dudoso sería, en cambio, que también tuviera que declarar la inconstitucionalidad de la norma autonómica, en caso de que se apreciara en la misma verdadera extralimitación competencial o algún otro vicio de constitucionalidad, en la medida en que ese pronunciamiento no sería necesario para resolver el caso. No obstante, razones de economía, e incluso similitudes con lo que ocurre con otros procesos constitucionales, como la autocuestión de inconstitucionalidad del artículo 55.2 LOTC o la regulada en el artículo 67 LOTC (vid. STC 45/91), pueden conducir a la conclusión contraria; por otra parte, esta solución podría fundamentarse también en la necesidad de depuración objetiva del Ordenamiento.

ría modificar los presupuestos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Con la actual redacción de la LOTC, sin embargo, resulta más que dudoso entender que el TC pueda aplicar la cláusula de prevalencia en los procesos de inconstitucionalidad.