

LEY DE BASES Y LEGISLACION DE DESARROLLO. EL PROBLEMA DE SU ARTICULACION POR MODIFICACION DE LA LEY DE BASES. LA CLAUSULA DE PREVALENCIA

JOAQUIN TORNOS MAS

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA COMO NORMA DE CONFLICTO: a) *Cláusula de prevalencia y concurrencia de normas*; b) *Eficacia de la cláusula de prevalencia. Tipo de concurrencia normativa y operadores jurídicos a quienes va destinada*; c) *Interpretación de la cláusula de prevalencia*; d) *El presupuesto de la cláusula de prevalencia*; e) *La posición de los operadores jurídicos*.—III. CRITERIOS CORRECTORES: EL CARÁCTER FORMAL DE LA LEY BÁSICA Y LA MEDIDA SUSPENSIVA.—IV. BREVE EPÍLOGO. ALGUNAS ACOTACIONES «LEGE FERENDA».

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La articulación entre la legislación básica y la de desarrollo plantea, entre otros problemas, el relativo a la necesaria adecuación de la legislación de desarrollo a la ley básica cuando esta última es modificada. El legislador estatal no queda congelado cuando ha hecho uso de su potestad de definir lo básico y puede alterar, por tanto, el contenido material de su opción política. La ley autonómica de desarrollo debe, como consecuencia, adecuarse al nuevo texto básico, con el cual puede haber entrado en manifiesta contradicción.

La situación que acaba de describirse puede ser, en un futuro inmediato, una situación que se produzca con relativa frecuencia. El legislador estatal básico iniciará el proceso de reforma de las leyes hoy aprobadas como básicas e impondrá la actuación de los Parlamentos autonómicos, al tiempo que puede introducir normas legales contradictorias con normas autonómicas.

En el año 1990 tenemos ya un ejemplo del problema descrito (por cierto, un ejemplo en el que la contradicción se ha producido de modo abierto y frontal). El legislador estatal aprobó la Ley 1/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo, declarando formal-

mente como básicos diversos preceptos de la misma en su disposición final primera. El texto de esta ley entra en abierta contradicción con muchos preceptos del Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, aprobado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y de inmediato surge la pregunta: ¿Qué norma debe aplicarse en Cataluña?

Haciendo abstracción del ejemplo, lo que nos interesa es tratar de obtener una respuesta al problema de orden general planteado. Respuesta coherente con nuestro sistema jurídico, que permita introducir un criterio de racionalidad y seguridad. No nos importa ahora examinar si la ley básica es o no constitucional, sino el facilitar un criterio seguro al operador jurídico (juez ordinario y administración) para resolver la situación que se le plantea: enfrentarse a dos textos legales válidos y vigentes, pero contradictorios, cuya articulación no se resuelve por el criterio temporal ni de la norma especial, sino por el criterio competencial, estando reservado al Tribunal Constitucional el pronunciarse sobre la adecuación de la ley al bloque de la constitucionalidad desde esta perspectiva. ¿Qué hacer, pues, en este caso?

En todo caso, la preocupación que subyace a estas páginas, y que constituye el nervio de las mismas, es la convicción de la necesidad de introducir criterios de seguridad jurídica en un ordenamiento complejo, cada vez más difícil de manejar y, por tanto, cada vez más alejado de su función primordial: articular de manera precisa y preestablecida las formas de manifestación de voluntad de contenido general de los diversos centros de poder político, así como las relaciones entre todas ellas.

Preocupación esta última a la que no ha sido ajeno el propio Tribunal Constitucional. En su Sentencia 56/1990, FJ 4.º, recordó que el principio de seguridad jurídica implica que el legislador «debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que, acerca de la materia sobre la que legisle, sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas».

A nosotros corresponde, aun a riesgo de no acertar, el proponer un criterio que permita resolver un problema real, ofreciendo para ello al operador jurídico un instrumento para decirle en base a derecho qué norma debe aplicar. Incluso yendo algo más allá, nos atreveremos también a sugerir propuestas *lege ferenda*.

II. LA CLAUSULA DE PREVALENCIA COMO NORMA DE CONFLICTO

El problema a que venimos haciendo referencia tiene un claro ejemplo en la Ley 8/1990, de 25 de julio. De acuerdo con preceptos básicos de la misma,

el Plan Urbanístico establecerá el plazo para la obtención de la licencia. Transcurrido el mismo sin obtener licencia, procederá la expropiación o venta forzosa del solar, con la correspondiente pérdida de valor. ¿Es aplicable este precepto en Cataluña? ¿Qué debe hacer el funcionario local? ¿Qué norma aplicará el juez ordinario?

Pues bien: a mi juicio, el conflicto planteado tan sólo puede resolverse de forma general, y a través de la aplicación de una regla jurídica, acudiendo a la cláusula de prevalencia. La necesidad de obtener un criterio general que permita hacer realidad el principio de seguridad jurídica exige este esfuerzo interpretativo. Pero esta afirmación exige también una serie de precisiones.

a) *Cláusula de prevalencia y concurrencia de normas*

La cláusula de prevalencia del artículo 149.3 de la CE debe ser interpretada en relación a nuestro sistema de distribución competencial, el cual, como es sabido, se basa en el modelo de concurrencia imperfecta. En consecuencia, al asignar al Estado la competencia para aprobar las leyes básicas (legislación básica, normas básicas o bases) y a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo, el constituyente previó dos competencias diversas, dos potestades legislativas sobre la misma materia, pero con ámbitos funcionales diversos. Otra es la solución en los modelos de concurrencia perfecta, en los que se impondrá el principio de *preemption*, la fórmula *covering the field* o la fórmula alemana del artículo 72.1 de la Ley Fundamental. En estos casos, ambas partes, Estado y entidad subestatal, tienen atribuidas idénticas potestades legislativas en la misma materia, y éstas se articulan en base al principio de prevalencia del derecho federal.

La conclusión a la que debe llegarse tras esta constatación es que la cláusula de prevalencia no tiene sentido en nuestro sistema de fuentes, idea esta que ya expuso Ignacio de Otto (1) y que recientemente ha reforzado Germán Fernández Farreres (2).

(1) IGNACIO DE OTTO, *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986, pp. 43 y ss. En este brillante trabajo sobre la cláusula de prevalencia (publicado también en *REDC*, núm. 2, 1981) parte DE OTTO de la no transposición automática de conceptos propios del Estado federal a nuestro sistema y de una idea que a mí me parece decisiva: la cláusula de prevalencia está íntimamente unida a la estructura de la jurisdicción constitucional, operando en nuestro sistema como complemento de la concentración de la jurisdicción constitucional (p. 55). Más adelante, en la página 64, se describe el sentido que, a mi juicio, debe tener la cláusula de prevalencia, si bien no sea éste el criterio que sostiene DE OTTO. En concreto, en la citada página se afirma: «Cabe, sin embargo, que se establezca una excepción distinguiendo entre la solución inmediata del conflicto y su resolución definitiva. La prevalencia operaría como una presunción

Coincido con los autores citados cuando sostienen que la cláusula de prevalencia no altera el reparto de competencias, sino que se sitúa dentro de él. Desde esta perspectiva, la prevalencia actuaría cuando la regla de atribución de competencias no ofrece solución. Y, por tanto, si admitimos que en nuestro sistema jurídico no se dan supuestos de competencias normativas concurrentes, no es posible acudir a esta regla. Utilizar la cláusula de prevalencia supondría alterar el sistema constitucional de distribución competencial y destruirlo (3).

de validez del Derecho de la Federación, que se aplicaría siempre, presunción *iuris tantum* susceptible de ser destruida o confirmada en el juicio definitivo. En ese uso, la cláusula de prevalencia sirve para separar el juicio de aplicación del «juicio de validez», disponiendo que el primero se guíe por una presunción general de validez del Derecho federal, sin entrar a examinar si tal validez se da o no. Tal función de la cláusula tiene sentido a partir de la relativa concentración de la jurisdicción constitucional, que impide que los órganos llamados a aplicar la ley puedan examinar la constitucionalidad de ésta, o es en sí misma un factor de esa concentración. Por ello puede decirse que la cláusula sustituye la jurisdicción constitucional y se hace inútil en la medida en que el órgano de aplicación tenga facultades para operar a partir del juicio de validez.»

La línea argumental de DE OTTO para demostrar la singularidad del sistema español parte de la afirmación de la competencia general del legislador estatal, cuya norma puede desplazarse pero no declararse inválida. Por tanto, si el conflicto ley estatal-ley autonómica no puede resolverse en términos de validez-invalidez, se concluye que no es aplicable a nuestro sistema la presunción de validez que implica la prevalencia y el ulterior juicio de competencia reservado al órgano de justicia constitucional. En este punto se centra mi discrepancia, pues sí cabe siempre un juicio posterior sobre la validez de la ley estatal. En el supuesto de la ley de bases, es evidente que la competencia estatal está tasada materialmente, y el exceso en lo básico comporta la invalidez. En otros supuestos, la ley estatal podrá declararse desplazada por el TC a instancia de una CC. AA., resolviendo el conflicto a su favor. Por tanto, tiene sentido la prevalencia como norma de conflicto dirigida a los operadores jurídicos, al tiempo que decae su valor como norma de competencia en el juicio que lleva a cabo la justicia constitucional.

(2) G. FERNÁNDEZ FARRERES: «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, I, coordinación a cargo de Sebastián Martín Retortillo, Madrid, 1991, pp. 536 y ss. En este espléndido trabajo se afirma que, en nuestro sistema, salvo en el caso de competencias en materia de cultura, no se dan verdaderos supuestos de competencias normativas concurrentes, por lo que tan sólo en aquel caso tiene sentido la regla de la prevalencia. No hay concurrencia normativa, afirma y demuestra FERNÁNDEZ FARRERES, ni en la relación normas básicas-normas de desarrollo ni en los casos de entrecruzamiento de títulos competenciales resueltos por el criterio de título prevalente (p. 560).

(3) Esta es la ya conocida posición de Kelsen, recogida en la Constitución austríaca. Como afirma MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1982, «la contundencia del argumento y la influencia del propio Kelsen con-

b) *Eficacia de la cláusula de prevalencia.*
Tipo de concurrencia normativa
y operadores jurídicos a quienes va destinada

Rechazada la aplicación de la regla de prevalencia como norma de conflicto que resuelva los supuestos de antinomia entre dos textos legales, ley básica y ley de desarrollo, es posible, sin embargo, afirmar a continuación que la regla de prevalencia es la que debe aplicarse para resolver este conflicto. Evidentemente, debemos aclarar ya esta voluntaria afirmación contradictoria.

La contradicción desaparece si se tiene en cuenta que el conflicto normativo se puede plantear en dos instancias diversas, las cuales se enfrentan al mismo con potestades también diversas.

Si el conflicto se plantea ante el órgano que debe declarar qué norma es válida, no rige la cláusula de prevalencia por lo ya expuesto. El Tribunal Constitucional se pronunciará en base a los preceptos del bloque de constitucionalidad, en los cuales existen los criterios competenciales suficientes para declarar la norma válida.

Pero si el conflicto se plantea ante el juez ordinario o la Administración, la regla de prevalencia adquiere su valor como norma de conflicto y decide qué norma se aplica hasta tanto se pronuncie, en su caso, el Tribunal Constitucional sobre la problemática competencial. En este caso, la prevalencia no incide sobre la validez de las normas, pues se limita a declarar la aplicación de una e inaplicación de otra. El elemento decisivo, por tanto, para determi-

tribuyeron a que la Constitución austriaca de 1920 no recogiera la cláusula *Bundesrecht bricht Landesrecht*. Todo se resuelve en el orden de las competencias, en definitiva, y el Tribunal Constitucional está para asegurarlo».

Con diversas matizaciones, ésta había sido también la postura de buena parte de la doctrina española al respecto, si bien se reconocía un cierto margen de actuación a la regla de prevalencia. En este sentido, MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 407, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1985, pp. 355 y ss. Por su parte, PAREJO ALFONSO dio un valor más importante a la cláusula de prevalencia a partir de su interpretación del sistema de concurrencia de normas en nuestra Constitución (véase *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional*, Madrid, 1981).

Señalemos, por último, que, a mi juicio, el temor a la posible reconversión de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 de la CE en una verdadera norma competencial fue lo que motivó la radical oposición al artículo 4 de la LOAPA (al respecto, TORNOS MAS, «La cláusula de prevalencia y el artículo 4 de la LOAPA», en *REDA*, 37, 1983). El antecedente histórico de la utilización de esta cláusula por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en su famosa Sentencia de 8 de junio de 1934 puede también explicar los temores a un nuevo recurso al principio de prevalencia por el Tribunal Constitucional.

nar el valor de la regla de prevalencia es entender que sus destinatarios son los jueces ordinarios o la Administración, a los cuales, en razón del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento ofrece una regla de conflicto para resolver qué norma se aplica al caso concreto, sin tener que pronunciarse sobre la validez de la norma que quede desplazada. Por idéntica razón, pero en sentido contrario, la regla de prevalencia no se dirige al juez constitucional, que sí debe determinar qué norma es conforme con la Constitución, si bien para ello utilizará únicamente como parámetro el bloque de constitucionalidad, dominado en nuestro sistema de distribución competencial por un sistema de concurrencia imperfecta, que exige analizar en cada caso los títulos materiales y funcionales (4).

La prevalencia es, pues, un criterio necesario para la selección de la norma aplicable por el operador jurídico, un criterio que tiene su sentido en el sistema de normas de un Estado compuesto que no puede articularse exclusivamente por los criterios de jerarquía o generalidad-especialidad. Pero no es un criterio propio del sistema de reparto competencial, pues para actuar en el tema competencial debería admitirse previamente que existen competencias concurrentes perfectas. Por tanto, no es regla aplicable por el Tribunal Constitucional, pues éste no debe escoger la norma aplicable para resolver un caso, sino que se pronuncia sobre la validez de la ley en relación al bloque de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta lo que se dirá más adelante, no creo que deban existir resistencias insuperables para admitir la aplicación

(4) En este sentido, RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», en *REDC*, núm. 27, 1989, p. 33, afirma: «El significado de la cláusula de prevalencia, cuando se la examina desde el punto de vista de su destinatario real, que no es nunca el juez constitucional, cuya misión no es resolver conflictos de leyes, sino resolver sobre la constitucionalidad de éstas, había sido ya puesto de relieve, con su habitual agudeza, por J. GARCÍA TORRES, que situaba así la cuestión en su terreno propio, que es más, creo, el de la teoría de las fuentes que el específico del bloque de la constitucionalidad, pues al aplicar la cláusula de prevalencia, el juez ordinario no está aplicando, como es obvio, cláusula de delimitación competencial.» Recientemente insiste en este mismo planteamiento GARCÍA TORRES («La cláusula de prevalencia y el poder judicial», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, I, coordinado por Sebastián Martín Retortillo, Madrid, 1991, pp. 569 y ss.). También apunta esta idea FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, p. 559, nota 31.

Del mismo modo, GÓMEZ FERRER («Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *RAP*, 113, 1987, pp. 35-36) sugería también que el juez ordinario resolviera el conflicto sin plantear la cuestión de constitucionalidad acudiendo a la regla de prevalencia, idea que desarrolla en un trabajo más reciente: «Legislación básica en materia de régimen local: relación con las leyes de las Comunidades Autónomas», en *VV. AA., La provincia en el sistema español*, Madrid, 1991, p. 65.

de la regla de prevalencia. El juez ordinario y la Administración, ante quienes se sitúan dos leyes contradictorias, resuelven el conflicto aplicando la ley básica. El principio de seguridad jurídica se impone, y, en su caso, la solución final queda remitida al juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional, el cual se pronunciará sobre la validez de la ley básica, sin tener que acudir a la prevalencia.

En definitiva, pues, la utilidad de la cláusula de prevalencia no deriva exclusivamente del tipo de concurrencia normativa, sino también del usuario de dicha cláusula. Si no es aplicable para *resolver definitivamente* los supuestos conflictivos de concurrencia imperfecta (pues ello rompería el sistema de distribución competencial), sí es útil para *resolver provisionalmente* estos mismos conflictos hasta tanto los resuelva el Tribunal Constitucional. El principio de seguridad jurídica exige una regla de este tipo, y la primacía del derecho estatal no se deduce de modo abstracto, sino que se aplica en virtud de lo dispuesto en un precepto constitucional.

Puede, pues, concluirse que la prevalencia puede actuar en dos supuestos diversos: *a)* cuando existe una antinomia entre ley estatal y autonómica que no pueda resolverse por criterios competenciales (tal vez de acuerdo con Fernández Farreres, el único supuesto posible sería el de ejercicio de competencias en materia de cultura). En este caso, la cláusula de prevalencia vincula al juez ordinario, Administración y Tribunal Constitucional, y *b)* cuando la antinomia puede resolverse por criterios competenciales, pero el conflicto se plantea ante quien carece de competencia para pronunciarse sobre la validez de las leyes (juez ordinario, Administración). En este caso, la prevalencia determina la mera inaplicación de una ley, y mantendrá su fuerza hasta tanto se pronuncie de forma definitiva o incidental el Tribunal Constitucional.

c) Interpretación de la cláusula de prevalencia

La cláusula de prevalencia como norma de conflicto no es todo lo precisa y rotunda que debe exigirse a una norma de esta naturaleza. Al afirmar que las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas», introduce en su contenido una regla competencial que distorsiona su funcionamiento. El operador jurídico parece que debe examinar, en primer lugar, si la competencia es o no exclusiva de la Comunidad Autónoma para, a continuación, determinar cómo se aplica la prevalencia.

Si esto fuera así, perdería su sentido dicha regla y desaparecería la razón de ser de la misma: introducir un principio de seguridad jurídica. Cada juez podría actuar con criterios diversos, y lo mismo cada Administración. Otor-

gariamos a los operadores jurídicos una función que no les corresponde: determinar qué ley es la adecuada a la Constitución desde la perspectiva competencial.

Po rello, y de acuerdo con el criterio finalista que es el nervio de este trabajo, debe darse a la regla de la prevalencia, tal y como ha sido formulada, una interpretación que impida que el operador jurídico enjuicie las leyes desde la vertiente competencial.

En este sentido deben relativizarse, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (5), las fórmulas estatutarias definiendo competencias exclusivas. En el caso que nos ocupa (leyes de bases-ley de desarrollo), si el legislador estatal ha afirmado formalmente el carácter básico de su ley, la misma prevalecerá sobre una ley de desarrollo que ya no ha sido dictada en ejercicio de una competencia exclusiva (en sentido pleno o absoluto). El operador jurídico no puede cuestionar el carácter materialmente básico de lo que formalmente se ha declarado como tal y, por tanto, debe dar prevalencia a esta ley sobre la dictada en ejercicio de una competencia concurrente. Como se ve, y sobre ello volveremos, elemento decisivo en este razonamiento es el carácter formal de la ley básica.

d) *El presupuesto de la cláusula de prevalencia*

El presupuesto, de hecho, para que entre en juego la cláusula de prevalencia, en la relación ley de bases-ley de desarrollo, puede presentarse bajo dos modalidades diversas.

Una situación posible es la siguiente: Aprobación por el Estado de una ley de bases que modifica de modo directo el contenido de una ley de desarrollo previamente aprobada por la Comunidad Autónoma (supuesto de la Ley Estatal 8/1990 y Decreto legislativo catalán 1/1990).

En la situación que acaba de describirse la regla de la prevalencia determina la aplicación de la ley estatal y determina también que el Estado no precise impugnar la ley autonómica para lograr su inaplicación como consecuencia de la declaración de su nulidad. El Estado «habla» a través de su ley básica, y no debe obligatoriamente manifestar, a través de la impugnación de la ley autonómica su juicio acerca de la no aplicabilidad de la misma.

No obstante lo que acaba de decirse, el Estado puede impugnar la ley de

(5) Así, entre otras, STC 5/1982, de 8 de febrero, FJ 1.º, destacando el carácter equívoco con el que se utiliza la expresión competencia exclusiva en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.

desarrollo previa y forzar una declaración de inconstitucionalidad si trata de alcanzar una respuesta definitiva sobre el conflicto, pues, como se ha dicho, la regla de prevalencia sólo resuelve el problema de la norma aplicable, pero no el de la norma válida. A efectos procesales, el Estado puede acudir al artículo 62 de la LOTC y formalizar el correspondiente conflicto de competencias, impugnando la norma autonómica. Como ha dicho Alberti (6), «a partir del momento en que se produce la entrada en vigor de la nueva norma básica, las normas autonómicas preexistentes y contrarias a ésta se colocan en una situación de incompetencia, por regular la cuestión sobre unas bases distintas de las vigentes, esto es, por establecer implícitamente unas bases, función de la que carecen las CC. AA. Desde este mismo momento, pues, puede el Estado impugnar, por incompetencia, la norma autonómica» (7).

Interpuesto el recurso, la ley autonómica debe ser enjuiciada en relación a la ley de bases posterior, de modo que el Tribunal Constitucional toma como parámetro de referencia el *ius superveniens*, y a través de su sentencia podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley autonómica (8). Al margen del recurso al *ius superveniens* como legislación de referencia (9), me importa destacar que el Tribunal Constitucional enjuiciará la validez o no de la ley autonómica tomando como parámetro la ley de bases, que a estos efectos situará en el bloque de constitucionalidad. Ciertamente, al hacer esta afirmación debe quedar claro que damos a la noción de «bloque» un valor puramente procesal, es decir, entendemos por tal el conjunto de normas que pueden ser el

(6) ALBERTI ROVIRA, «La noción de bases y el derecho estatutario». Ponencia presentada en las II Jornadas de Estudio sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco.

(7) De nuevo aquí, siguiendo el trabajo de ALBERTI, *op. cit.* en nota anterior, cabe señalar que el plazo de dos meses establecido por el artículo 62 de la LOTC no debe ser obstáculo, pues el mismo tiene su *dies a quo* en el momento en que se produce la situación de incompetencia, que será al aprobarse la ley estatal básica.

(8) Por ejemplo, RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, al negar que la legislación básica forme parte del bloque de constitucionalidad, afirma que la contradicción entre la ley autonómica y la legislación básica no genera, en rigor, un vicio de incompetencia, sino «un defecto de muy otro género, que desaparece al modificarse, sin variación alguna de las definiciones competenciales, el ámbito ocupado por el legislador estatal. El Tribunal Constitucional ha intuido claramente esta realidad, para la que no ha encontrado, sin embargo, una formulación teórica adecuada, al adoptar el principio, repetidamente utilizado, de que la legislación básica que se ha de tomar en consideración para resolver sobre la cuestionada validez (*en rigor, se trataría, creo, de eficacia*) de una ley autonómica no es la vigente al tiempo de la promulgación de aquélla, sino la existente en el momento del fallo».

(9) En este sentido, por ejemplo, SSTC 85/1985, 137/1986, 27/1987, 154/1988 y 170/1989.

parámetro para el enjuiciamiento de la ley autonómica de desarrollo (10), pero no damos a esta categoría el sentido de «conjunto de normas a las que la Constitución atribuye la función de delimitar competencias». En el primer sentido mencionado, la ley de bases, en tanto una vez adoptada dentro de su ámbito competencial, delimita el alcance y el contenido de la ley de desarrollo, es imprescindible para enjuiciar la validez o no de la ley autonómica y, por tanto, debe admitirse que se integra en el bloque de constitucionalidad (11).

Supuesto diverso es el de la ley de desarrollo aprobada con posterioridad a la ley de bases (imaginemos que el Decreto legislativo catalán 1/1990 se hubiera aprobado con posterioridad a la Ley estatal 8/1990). En este caso, la cláusula de prevalencia también impone la aplicación de la ley básica en relación a una ley de desarrollo posterior que contradiga su contenido. Pero a diferencia del supuesto anterior, en este caso, a mi juicio, el Estado está obligado a impugnar en plazo la ley de desarrollo si quiere mantener la fuerza de la regla de la prevalencia. La no impugnación de la ley autonómica posterior a la ley básica supondría, de hecho, el reconocimiento de su validez y no podrá aducirse el argumento de que el Estado desplazó la ley de desarrollo con la simple promulgación de la nueva ley de bases. La falta de impugnación supone negar el conflicto y, por tanto, la entrada en juego de la regla de prevalencia.

Como dijimos antes, el Estado puede «hablar» impugnando la ley de desarrollo posterior, de modo que renuncia al conflicto, admite su validez y deja sin efecto la cláusula de prevalencia si no impugna la ley autonómica de desarrollo publicada con posterioridad a la ley de bases.

(10) Seguimos aquí a JIMÉNEZ CAMPO, «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», en *REDC*, 27, 1989, p. 90.

(11) Ciertamente, tomando de nuevo las palabras de JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 91; nota 68, es necesario diferenciar «las leyes a las que la Constitución remite para atribuir y delimitar competencias (los Estatutos de Autonomía, en primer lugar) y aquellas otras normas a las que la Constitución y los propios Estatutos reservan una determinada regulación material, que, una vez adoptada, tendría —éste es el caso de las reglas básicas— un alcance delimitador». Pero esta segunda naturaleza no impide que este tipo de normas deba utilizarse para enjuiciar la constitucionalidad o no de la ley delimitada, ley que será inconstitucional por vicio de incompetencia si contradice la ley básica, pues no respetará el título competencial contenido en la Constitución que ha atribuido al legislador estatal fijar las bases. El legislador estatal llena de contenido el título que le otorga la Constitución, y, por tanto, es necesario atender a su manifestación de voluntad para ver si la ley de desarrollo ha respetado o no el precepto constitucional.

e) *La posición de los operadores jurídicos*

Una última cuestión plantea la aplicación práctica de la regla de prevalencia. Si he venido repitiendo que el mandato de la misma se dirige a los operadores jurídicos, entendiéndolo aquí por tales la Administración y el juez ordinario, debe reconocerse que la posición de los mismos ante la citada cláusula no es idéntica.

El funcionario público debe aplicar la ley válida. Según la cláusula de prevalencia, tal y como se ha interpretado en este trabajo, en caso de conflicto ley básica-ley de desarrollo, se presume la validez de la primera. Por tanto, el funcionario, en aplicación de un precepto constitucional, aplicará la ley estatal, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional, en su caso, modifique este criterio.

El juez ordinario debe también, obviamente, aplicar la ley válida, y la cláusula de prevalencia le ofrece el criterio para dilucidar provisionalmente el conflicto. El juicio definitivo sobre la validez de la ley queda reservado al Tribunal Constitucional. Pero el juez ordinario cuenta también con la posibilidad de plantear una cuestión de constitucionalidad «cuando, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución».

La posición del juez ordinario es, por tanto, sustancialmente diversa de la del funcionario, por lo que prestaremos una especial atención a la relación entre la regla de la prevalencia y la actuación del juez.

El juez ordinario debe, en primer lugar, seleccionar la norma aplicable, función que debe cumplir en los términos establecidos por la propia doctrina del Tribunal Constitucional (véase STC 90/1990, FJ 4.º). Al realizar esta función, si el juez se enfrenta con dos leyes contradictorias, podría admitirse que resolviera el conflicto determinando la validez de la ley aplicable por los criterios competenciales contenidos en la Constitución. Posibilidad que, sin embargo, entiendo no es admisible, pues supondría incidir en competencias del Tribunal Constitucional, ya que el juez, al resolver qué norma aplica, debe realizar previamente un juicio sobre la constitucionalidad de dos leyes enfrentadas. Por lo demás, esta solución permitiría tantas interpretaciones como jueces o salas, y se abundaría en la inseguridad de nuestro sistema jurídico.

Rechazada esta solución, cabe plantear la alternativa de la cuestión de inconstitucionalidad. El juez planteará ante el TC la cuestión en relación a la ley que estime contraria a la Constitución, y será el TC el que resuelva el

conflicto. Esta solución es, por un lado, disfuncional, pues obliga a acudir al Tribunal Constitucional para resolver el conflicto sobre la norma aplicable, con lo que se retrasa la resolución de la cuestión planteada ante el juez ordinario. Pero el recurso a la cuestión de inconstitucionalidad plantea otros problemas. ¿Qué ley es la que se lleva ante el Tribunal Constitucional? Si lo que trata de buscarse es una fórmula para determinar la norma aplicable, deberían llevarse las dos, y si realmente se quiere plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el juez ya habrá decidido qué norma aplica, por lo que no necesita plantear tal cuestión.

Expuesto el problema en estos términos, cobra todo su sentido la regla de la prevalencia, la cual, actuando como criterio para seleccionar la norma aplicable (no la regla válida), ofrece al juez un mecanismo jurídico para resolver, sin tener que interpretar previamente el contenido de la norma legal desde una perspectiva competencial, qué ley aplica.

Este y no otro es el valor de la prevalencia en relación a los jueces y tribunales, pero es ya un valor importante. El ordenamiento ofrece una regla para funcionar como sistema coherente, evitando que el juez ordinario tenga que acudir al Tribunal Constitucional (12). El juez sabe qué regla debe aplicar.

Ahora bien: la prevalencia no excluye radicalmente la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si bien ahora aparece como posibilidad y no como deber, y en todo caso en relación a la ley básica estatal, que es la aplicable, según el ordenamiento jurídico. Es decir, la prevalencia dice al juez qué norma debe aplicar, y si éste tiene dudas sobre la constitucionalidad de la misma podrá plantear la cuestión (13). La regla de prevalencia resuelve la antinomia y, en su caso, el Tribunal Constitucional resolverá la validez de la norma.

(12) Como ha señalado GÓMEZ FERRER, *op. últ. cit.*, p. 71, el Tribunal Supremo ya ha adoptado este criterio en diversas sentencias.

(13) Podría llegarse incluso a cuestionar la posibilidad de plantear en estos casos la cuestión de inconstitucionalidad, limitando su uso a los casos en los que la ley contenga una violación del contenido material de la Constitución, pero impidiendo su planteamiento por cuestiones competenciales. En estos casos se reduciría la impugnación a los sujetos legitimados cuyas competencias se ven afectadas, pero se negaría al juez la posibilidad de abrir un proceso ante el Tribunal Constitucional cuando los directamente interesados no lo hicieron y plantear en dicho proceso una cuestión exclusivamente competencial.

III. CRITERIOS CORRECTORES:

EL CARACTER FORMAL DE LA LEY BASICA Y LA MEDIDA SUSPENSIVA

La aplicación de la cláusula de prevalencia en los términos defendidos en estas páginas exige la adopción de alguna medida correctora o de modulación de la posición prevalente que se otorga a la legislación básica, con el fin de lograr un equilibrio más adecuado al texto constitucional entre la ley básica y la ley de desarrollo. Es decir, si damos a la regla de prevalencia el valor que aquí se sostiene, también debe exigirse todo su valor a otras reglas que juegan a favor de la legislación autonómica. Reforzando el valor de todas las reglas constitucionales y utilizándolas correctamente, el manejo del ordenamiento constitucional se podrá llevar a cabo con mayores dosis de seguridad.

Una primera manifestación de esta idea es la importancia que adquiere en el problema que analizamos la exigencia del carácter formal de la legislación básica. Como ya apuntamos, la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE establece que la legislación estatal prevalece en los supuestos de competencias no exclusivas de la Comunidad Autónoma. Ya señalamos también el valor que debe darse a esta expresión de «exclusividad». Pero lo que ahora nos importa destacar es que corresponde al Estado la carga de afirmar con precisión el carácter de norma básica de la ley que aprueba para, de este modo, romper la exclusividad de la competencia autonómica y hacer entrar en juego la regla de prevalencia. Por tanto, el carácter formal de la legislación básica adquiere una importancia destacada, pues pasa a ser criterio determinante para que esta legislación prevalezca.

La desidia del legislador estatal para afirmar con precisión qué preceptos son básicos no impide que el Tribunal Constitucional les reconozca este valor acudiendo al criterio material, pero sí impide que la norma estatal prevalezca. El privilegio de la prevalencia exige cumplir con la carga de la definición formal de lo que es básico. Así, en el caso que nos ocupa, si la Ley Estatal 8/1990 no hubiera afirmado expresamente en su disposición final primera el carácter de básicos de determinados preceptos, se hubiera impuesto el valor del artículo 9.9 del Estatuto de Cataluña, y la norma aplicable hubiera sido el Decreto legislativo catalán (14).

(14) De lo dicho cabe deducir la importancia que tiene el carácter formal de la legislación básica para el juez ordinario, pues la no formalización puede alterar el sentido de la cláusula de prevalencia. La seguridad jurídica exige el carácter formal de la norma básica, y la falta de tal formalización tiene esta consecuencia negativa para el legislador estatal. Como ha dicho RUBIO LLORENTE (*op. cit.*, p. 33, nota 68),

La segunda manifestación de esta idea «correctora» de la cláusula de prevalencia es el juego que debería darse a la medida suspensiva, una vez, en su caso, planteado el conflicto ante el Tribunal Constitucional. Si se admite la presunción de validez de la norma estatal básica para dar seguridad al ordenamiento jurídico, la medida suspensiva, cuya adopción se basa también esencialmente en una presunción de validez, debe jugar para contrarrestar la regla de prevalencia y su aplicación debe estar dominada por esta idea de matizar un criterio automático.

Es decir, en primer lugar, la medida suspensiva «rompe» la regla de prevalencia. Al impugnarse la ley autonómica por el Estado se entra en una nueva situación, pues el conflicto entre leyes se ha formalizado, y en el interior de esa nueva situación, la medida suspensiva se impone a una regla, la de prevalencia, que actúa en defecto de todo otro criterio.

Por esta razón pueden darse diversas situaciones. Si el Estado no aduce la aplicación del artículo 161.2, deberá entenderse que renuncia a la prevalencia de su norma y que, por tanto, admite la aplicabilidad de la ley autonómica.

Si se solicita la suspensión por el Estado (arts. 62 y 64.2 LOTC), ésta se impone automáticamente y refuerza la regla de prevalencia. La ley estatal pasa a aplicarse no ya en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE, sino en aplicación de la medida suspensiva. Ahora bien: si se levanta la medida suspensiva (art. 65.2 LOTC) debe entenderse que la ley aplicable debe ser la autonómica. Como se ha apuntado, formalizado el conflicto, la medida suspensiva desplaza a la regla de prevalencia. El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado, aunque sea de modo incidental, acerca de la aplicabilidad de las leyes en conflicto y, por tanto, *prevalecerá* este juicio sobre la *prevalencia*. Al levantar la suspensión automática se invierte la regla de la prevalencia, pues ya no estamos en el plano de los operadores jurídicos, sino ante decisiones del Tribunal Constitucional. Los operadores jurídicos acogerán el criterio de este último para pasar a aplicar la ley autonómica de desarrollo.

Si la medida suspensiva «contrarresta» o «modula» la regla de prevalencia, deberían también replantarse los criterios para su adopción. Dado el papel que le asignamos, es lógico exigir que se preste más atención a esta medida y se llegue a un acuerdo sobre su naturaleza. ¿Es una medida procesal cautelar, o medida de control del Estado sobre las Comunidades Autónomas?

«por eso, respecto del juez ordinario, tiene sentido la exigencia de que el legislador formalice su entendimiento de lo que es básico; una exigencia que, a mi juicio, no tiene sentido respecto del juez constitucional, cuya decisión consiste precisamente en llevar a cabo esta formalización».

Coincido aquí con Navarro Munuera (15), quien afirma que la técnica suspensiva constitucional posee una doble naturaleza: tutela inicial y posterior cautela procesal. Es decir, la aplicación automática de la suspensión a favor del Estado parte de un contenido tutelar, dando presunción de validez a la norma estatal, al igual que lo hace el art. 149.3, cuando el conflicto no es constitucional. Pero formalizado el conflicto y planteado el incidente de suspensión, el Tribunal Constitucional debe resolver dicho incidente atendiendo ya a la presunción de validez de la norma, sin que deba decantarse automáticamente por la prevalencia del interés del Estado. Además, debería también romperse la inercia a no plantear el levantamiento de la suspensión hasta transcurridos cinco meses de la impugnación de la ley autonómica. El Tribunal puede, y debe, levantar la suspensión en el mismo momento que considere no justificado su mantenimiento, ya que el plazo de cinco meses es máximo y no mínimo. En este caso hay dos leyes en conflicto, dos voluntades populares, y la medida suspensiva debe resolver cuál de ellas, incidentalmente, prevalece (16). La regla suspensiva debería, pues, situarse en el lugar que le corresponde, lo que implica replantear en la práctica los criterios y las reglas procedimentales para su adopción (17).

(15) NAVARRO MUNUERA, «La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el artículo 161.2 de la Constitución», en *RAP*, 114, 1987, pp. 213 y ss.

(16) Sobre la necesidad o no del transcurso del plazo de los cinco meses, véase, de nuevo, NAVARRO MUNUERA, *op. cit.*, p. 218 y ss., con cuya propuesta coincidimos: «Se propone que el Tribunal Constitucional examine la procedencia jurídica de la inicial suspensión automática en fase de admisión del recurso para rechazar su prolongación en todos aquellos casos en que la impugnación esté carente de la mínima apariencia de buen derecho.»

(17) La consecuencia lógica de lo expuesto nos lleva a plantear la necesidad de modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para permitir que las Comunidades Autónomas soliciten, y el Tribunal Constitucional acuerde, en su caso, la suspensión de la ley estatal. Esta propuesta enlaza con lo que se dice a continuación en el texto del trabajo. Es decir, debería imponerse como práctica (o por reforma constitucional) que las leyes de bases no entraran en vigor hasta que hubiera transcurrido un período de tiempo que permitiera al legislador autonómico dictar su ley de desarrollo. De esta forma, aprobada la ley de bases, podría impugnarse por la Comunidad Autónoma y solicitar la suspensión de la misma. Al entrar en vigor se habría resuelto el incidente de suspensión y se conocería, por tanto, qué ley es aplicable con mucha mayor seguridad.

IV. BREVE EPILOGO.
ALGUNAS ACOTACIONES «LEGE FERENDA»

El conflicto que está en el origen de estas páginas tiene un marcado carácter temporal. Su existencia deriva de la aprobación de una ley de bases que altera el contenido de la ley de desarrollo e impone la modificación de esta última. La antinomia se debe resolver por algún criterio normativo y, a mi juicio, este criterio se encuentra en la regla de prevalencia.

Pero este criterio no resuelve todos los problemas ni es el mejor sistema para dar cohesión al ordenamiento, pues no deja de ser una respuesta provisional hasta tanto el Tribunal Constitucional dé la respuesta definitiva. De hecho, ante un cambio en las bases, las partes se ven abocadas a litigar ante el Tribunal Constitucional para preservar sus competencias (18). Así, aprobada la ley de bases, si la Comunidad Autónoma no procede a dictar su ley de desarrollo de manera inmediata, el Estado puede verse forzado a impugnar la ley de desarrollo anterior para no dejar pasar los plazos, aun en el caso de que la Comunidad Autónoma pretenda realmente adecuar su ley a la nueva legislación básica.

Es decir, la sucesión en el tiempo de la legislación de desarrollo y nueva legislación básica encuentra en la cláusula de prevalencia un criterio útil para resolver las antinomias, pero requiere otro tipo de medidas para evitar dichas antinomias (19).

Llegados a este punto, al margen de las tan repetidas como desoídas llamadas a la colaboración institucional, me parece necesario reclamar la conveniencia de introducir como regla general el aplazamiento en la entrada en vigor de las nuevas normas básicas. De este modo se evitaría la impugnación inmediata de la ley autonómica, pues es posible que dentro del plazo previsto se apruebe la ley de desarrollo.

En definitiva, se trata de dar una solución al problema que genera la

(18) En estos términos, véase ALBERTI ROVIRA, *op. cit.*

(19) Debe tenerse en cuenta que el supuesto de hecho que motiva esta reflexión teórica puede, por su propia singularidad, alterar el contenido de las propuestas. El caso que nos ocupa supone la aprobación de una ley de bases pocos días después de que el Gobierno autonómico aprobara una legislación de desarrollo, incrustada en la misma legislación estatal, con el objetivo de cerrar un ordenamiento sectorial autonómico en materia de urbanismo y resistirse de este modo a la aplicación interna de la nueva ley de bases. La voluntad de no aplicar los nuevos preceptos básicos era evidente, y el conflicto, inevitable. Pero no siempre será ésta la situación. En otras ocasiones, el legislador autonómico puede no oponerse a dar nuevo contenido a su ley de desarrollo, pero para ello requerirá un período de tiempo. En este caso, en donde sólo juega el problema temporal, la antinomia se puede evitar con reglas temporales de vigencia de las normas.

aprobación de una nueva ley de bases, en la medida que impone a otro legislador una actuación positiva. Problema que no debe llevar de forma casi automática a un cruce de conflictos jurisdiccionales, que podrían plantearse sólo de forma preventiva, desconfiando de la actuación del otro legislador. No debe olvidarse que si no se dicta la ley de desarrollo conforme con la nueva ley de bases puede deberse a problemas de mera tramitación, por lo que parece más lógico mantener durante un tiempo prudencial la validez de la ley autonómica. Sólo transcurrido el plazo sin la modificación de la ley autonómica se justificará que cese la aplicación de dicha ley, ya sea en primera instancia, por la aplicación de la regla de prevalencia o por su declaración de inconstitucionalidad.

Con este fin puede ser útil recoger las previsiones del constitucionalismo austríaco, mucho más próximo en este tema a nuestro sistema constitucional. De acuerdo con el artículo 15 de la Constitución austríaca, la Ley Federal de Principios debe dar un plazo para que los Estados miembros de la Federación dicten las correspondientes normas de desarrollo. El incumplimiento del plazo por los *Länder* lleva aparejada la transferencia provisional de la competencia para dictar la ley de desarrollo al *Bund* hasta que el *Land* actúe.

De este modo, al aprobarse la ley de bases, la ley de desarrollo previa y contradictoria mantendría su validez hasta tanto transcurriera el plazo dado para adecuar su contenido a la nueva ley de bases. Transcurrido el plazo, constatada la falta de voluntad del legislador autonómico de adecuar su legislación, y una vez hubiera podido aplicarse el mecanismo corrector de la ley estatal, ya nada se opondría a la prevalencia de la ley estatal, aunque si esta última se hubiera impugnado el TC mantendría la última palabra acerca de su validez. En todo caso, este sistema evita que la ley autonómica quede desplazada de modo inmediato por la nueva ley básica y evita asimismo que el Estado se vea forzado a impugnarla. La antinomia no surgirá hasta que transcurra el plazo para su adecuación.

Otro tema que la norma constitucional austríaca resuelve es el relativo a la falta de legislación de desarrollo. No sólo debe resolverse el problema de la norma aplicable en caso de dos leyes contradictorias en un mismo ámbito, sino también el relativo a la falta de ley de desarrollo. Pues bien: en este caso, el artículo 15 de la Constitución austríaca reconoce la competencia del Estado federal para dictar la ley de desarrollo, que será desplazada tan pronto la ley autonómica ocupe su espacio. De hecho, se recurre de este modo a la cláusula general de supletoriedad. La ley estatal básica se impone en su ámbito de modo definitivo, y la ley estatal pasa a ocupar, como norma supletoria, el ámbito de la ley de desarrollo. Pero todo ello una vez se constata la inactividad del legislador autonómico.