

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

7734 *Pleno. Sentencia 127/2016, de 7 de julio de 2016. Cuestión de inconstitucionalidad 1757-2015. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con el artículo 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia. Competencias sobre régimen local: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad en la que se aduce inconstitucionalidad sobrevenida de un precepto legal autonómico (STC 102/2016). Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1757-2015, promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con el art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, la Xunta de Galicia, el Parlamento de Galicia y la Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 16 de abril de 2015 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al que se adjunta, con el testimonio del recurso ordinario 4574-2013, el Auto de 6 de marzo de 2015, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio de Administración local de Galicia, por desconocer el art. 149.1.18 CE.

2. Los antecedentes que interesa destacar a los efectos de este proceso constitucional son los siguientes:

a) El Pleno del Ayuntamiento de Cesuras, mediante acuerdo de 11 de enero de 2013, adoptado por siete votos a favor y cuatro en contra, estimó la fusión voluntaria de municipios limítrofes entre Cesuras y Oza de los Ríos, dando lugar, junto con el correspondiente acuerdo plenario de Oza de los Ríos, al inicio del expediente de fusión de ambos municipios, que culminó con el Decreto autonómico 83/2013, de 6 de junio, que aprobó dicha fusión.

b) Doña E.B.D., entonces concejal del municipio de Oza de los Ríos, impugnó el citado decreto por considerar que el indicado acuerdo de 11 de enero de 2013 del Pleno del Ayuntamiento de Cesuras no se ajusta al transcrito art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de

julio, de Administración local de Galicia, en la medida que no votaron a favor las dos terceras partes del número de hecho de concejales, pues siete es menos de las dos terceras partes de 11.

La actora razona, no obstante, que si la Sala considera que, sobre la norma autonómica, prevalece el art. 47.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LBRL), según el que la alteración de términos municipales requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones, resolver el litigio planteado conforme a este precepto estatal exigiría plantear prejudicialmente la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

c) La Junta de Galicia, por medio de su representación procesal, se opuso a la pretensión de la actora. Razona que la divergencia entre el precepto autonómico y el estatal tiene su origen en la reforma operada en el art. 47.2 LBRL mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En su versión anterior a dicha reforma, el precepto citado requería para la adopción de ese tipo de acuerdos «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros», una exigencia ésta que se incorporó literalmente al art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia, el cual devino posteriormente contrario al art. 47.2 LBRL a raíz de que el legislador estatal sustituyera, como se ha indicado, ese criterio por el de la «mayoría absoluta del número legal de miembros» de la corporación.

Afirma, en segundo lugar, que esta divergencia ha sido abordada por las SSTC 66/2011 y 159/2012, si bien respecto de un precepto legal canario que regulaba la mayoría para alterar la capitalidad municipal, en las que se ha resuelto que la competencia estatal básica ex art. 149.1.18 CE comprende la determinación del *quorum* y las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores de las corporaciones locales, ya que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un modelo de democracia local.

Concluye, a partir de todo ello, que la Junta de Galicia, al aplicar el art. 47.2 a) LBRL en lugar del precepto autonómico, para considerar que la mayoría con la que se aprobó el inicio del expediente de fusión por el Ayuntamiento de Cesuras era suficiente, se ha ajustado a la Constitución y por ello el Decreto autonómico recurrido es legal, debiendo desestimarse la pretensión actora.

La Diputación Provincial de A Coruña también se persona en el pleito y razona del mismo modo, pero en el otrosí digo cuarto, apreciando que la Sala no puede inaplicar por su propia autoridad el precepto legal autonómico, insta que se eleve la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

d) Una vez concluso el procedimiento, y antes de dictar Sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó providencia de 12 de febrero de 2015 del siguiente tenor: «Considerando el Tribunal que el art. 32 de la Ley 5/1997, de 22 de julio de Administración Local de Galicia, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede ser contrario a la Constitución, y de conformidad a lo previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: Óigase a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta».

e) La actora, en escrito registrado el día 19 de febrero de 2015, alegó que, tal como ya había solicitado en el fundamento jurídico IX de su escrito de demanda, era procedente suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad a fin de resolver la aparente contradicción entre el art. 32 de la Ley de Administración local de Galicia y el art. 47.2 LBRL.

El Fiscal, en escrito registrado el 23 de febrero de 2015, sostiene que se dan en este caso los requisitos de procedibilidad ex art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y, en cuanto al fondo, luego de transcribir el art. 32 de la Ley de Administración local de Galicia y el art. 47.2 LBRL, afirma que «los artículos referidos

devienen incompatibles y, como subrayan todas las partes, esa discordancia solo puede resolverla el Tribunal Constitucional», apuntando que parece similar a la resuelta en la STC 159/2012.

El Letrado de la Junta de Galicia, en términos similares a los de su escrito de contestación a la demanda, alega, en escrito de 24 de febrero de 2015, que hay una contradicción entre el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia y el art. 47.2. a) LBRL en cuanto a la mayoría para el acuerdo de inicio de los expedientes de alteración de términos municipales; que esta contradicción se origina en la nueva redacción dada al precepto estatal por la Ley 57/2003; y, en fin, que un debate constitucional similar ha sido resuelto por las SSTC 66/2011 y 159/2012 señalando que las mayorías fijadas en el precepto estatal, entendidas como inmodificables, tienen carácter básico. Por todo ello, suplica que se eleve cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia por posible inconstitucionalidad sobrevenida por infracción del art. 149.1.18 CE.

El Letrado de la Diputación Provincial de A Coruña, en escrito registrado el 26 de febrero de 2015, comienza alegando que «en el cuarto otrosí digo de nuestro escrito de contestación a la demanda solicitamos expresamente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 32 de la Ley de Administración local de Galicia, en cuanto contradice, de forma efectiva e insalvable, el régimen de mayorías establecido en el art. 47.2 a) LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, que tiene la condición de básico, ex art. 149.1.18 CE». El resto del escrito se destina a glosar la doctrina constitucional acerca del carácter básico ex art. 149.1.18 CE del régimen de mayorías aplicable a los acuerdos municipales (SSTC 331/1993, 66/2011 y 159/2012) y la que destaca que «la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases ... adoptadas por el legislador estatal ... determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias» (STC 1/2003), lo que hace necesario que el órgano judicial, en lugar de inaplicar la norma autonómica por su propia autoridad, eleve la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

f) La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó Auto de 6 de marzo de 2015, por el que se acuerda que «considerando el Tribunal que el art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio de Administración Local de Galicia, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede ser contrario a la Constitución en los términos más arriba expresados, planteamos cuestión de inconstitucionalidad».

3. El Auto de planteamiento, tras recoger los hechos del caso y resumir los antecedentes de este trámite, contiene un único razonamiento jurídico, que se divide en tres puntos. En el primero, luego de transcribir el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia, se afirma que el art. 149.1.18 CE atribuye al Estado competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, competencia que se materializó, por lo que a la Administración local se refiere, con la adopción de la Ley reguladora de las bases de régimen local, que en su art. 47.2 a), según la redacción dada por la Ley 57/2003, dispone que la alteración de términos municipales requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones. Termina este primer punto destacando que el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia, previamente transcrito, entra en contradicción con el art. 47.2 a) LBRL, pues exige para ese mismo tipo de acuerdos el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.

En el segundo punto recuerda que lo que se discute en el proceso *a quo* es si el acuerdo municipal de iniciación del expediente de fusión de los Ayuntamientos de Cesuras y Oza de los Ríos es ilegal porque, al haber sido votado el acuerdo correspondiente del Ayuntamiento de Cesuras por 7 concejales de 11 que estaban presentes, infringe lo dispuesto en el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia. Y añade que, dadas estas circunstancias, la aplicación del art. 47.2 a) LBRL, que solo requiere la mayoría absoluta

del número legal de miembros, determinaría la desestimación de la pretensión. Concluye diciendo que «tal es la medida en que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión».

En el tercer punto, resalta que a pesar de ser clara la contradicción entre el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia y el art. 47.2 a) LBRL, así como que el régimen de mayorías fijado en el 47.2 LBRL ya ha sido declarado constitucional por las SSTC 66/2011 y 159/2012, la Sala no puede inaplicar el precepto autonómico, pues « los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución» (STC 66/2011).

4. Por providencia de 9 de junio de 2015, el Pleno del Tribunal, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con el art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC, deferir a la Sala Segunda el conocimiento de la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas (art. 37.3 LOTC) al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, así como a la Junta de Galicia y al Parlamento de Galicia, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Se acordó, asimismo, comunicar esta resolución al órgano judicial promotor de la cuestión, a fin de que el procedimiento del que la misma emana permaneciera suspendido hasta que este Tribunal resolviera definitivamente (art. 35.3 LOTC). Y se ordenó, por último, la publicación de la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial de Galicia».

5. Por escrito de 16 de junio de 2015, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara de la misma fecha por el que se tiene por personado al Congreso de los Diputados en este procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El 24 de junio de 2015 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Presidente del Senado comunicando el acuerdo de la Mesa de la Cámara de 23 de junio en el que se tiene por personada a la misma en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, presentó sus alegaciones el 26 de junio de 2015. En ellas, recuerda que el debate suscitado es «prácticamente idéntico» al resuelto en la STC 159/2012, a propósito de la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 131.2 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, del régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, que regulaba las mayorías necesarias para un cambio de capitalidad del municipio, tras la modificación del régimen de mayorías previsto en la Ley reguladora de las bases de régimen local operado por la Ley 57/2003. La contradicción en que había entrado esa norma autonómica con ese nuevo régimen de mayorías instaurado por la citada Ley 57/2003 provocó que en aquel caso este Tribunal declarase: (a) que no podía un órgano de la jurisdicción ordinaria inaplicar por su propia autoridad una ley autonómica por contravenir una ley básica estatal y (b) que la citada norma estatal era formal y materialmente básica al amparo del art. 149.1.18 CE, por lo que la ley autonómica había incurrido en inconstitucionalidad sobrevenida y era en consecuencia inconstitucional y nula.

Como en este caso aprecia la misma contradicción con la única variación de que el supuesto enjuiciado no es el de alteración de la capitalidad del municipio [art. 47.2 d) LBRL] sino el de fusión de ayuntamientos [art. 47.2 a) LBRL], entiende que concurren todos los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad, mediata o indirecta,

del art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia aquí cuestionado: carácter básico de la norma estatal infringida; contradicción insalvable entre los preceptos enfrentados, e imposibilidad de que la norma estatal básica desplace o prevalezca (art. 149.3 CE) sobre la norma autonómica sin previa declaración de inconstitucionalidad de ésta.

8. El 30 de junio de 2015 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Presidenta del Parlamento de Galicia al que se acompaña el certificado del acuerdo de personación tomado por la Mesa y las alegaciones efectuadas por el Letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia.

En esas alegaciones se asume el carácter básico del art. 47.2 a) LBRL, en su redacción resultante de la Ley 57/2003, ya que el carácter básico del régimen de mayorías de los órganos de gobierno local fue destacado ya en las SSTC 33/1993 y 331/1993. En consecuencia, se dice, la regla de mayoría de dos tercios establecida en el precepto cuestionado, que reproduce la originariamente establecida en la Ley reguladora de las bases de régimen local pero hoy modificada por la Ley 57/2003, «deviene inaplicable desde la entrada en vigor de la Ley 57/2003, que la sustituye por la regla de la mayoría absoluta»; no obstante, prosigue el Letrado de la Cámara autonómica, es posible defender la constitucionalidad del precepto controvertido. Para ello, dice, debe partirse de que el Parlamento de Galicia, al aprobar la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia, actuó dentro del marco competencial autonómico y con sujeción a la normativa estatal básica vigente en aquel momento. En la regulación del régimen de mayorías, el Parlamento de Galicia bien podía haberse remitido simplemente a la normativa básica del Estado, pero optó, en lugar de ello, por reproducir las mayorías fijadas en aquella, en aras de la seguridad jurídica proclamada en el art. 9.3 CE. Una técnica legislativa habitual y validada por este propio Tribunal Constitucional (STC 146/1993). La contravención sobrevenida de ese precepto originario con la nueva normativa básica actualizada por la Ley estatal 57/2003 no debe conducir a una declaración de inconstitucionalidad, sino a la aplicación de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE, cuya aplicabilidad demanda en este caso el Letrado del Parlamento de Galicia.

No ignora, concluye, los casos de las SSTC 66/2011 y 159/2012, pero según su parecer sería interesante que se reinterpretara o matizara esa doctrina de manera que se distingan dos supuestos: el de colisión entre una ley autonómica y una ley estatal en el momento mismo en que aquella es aprobada, y el de colisión de una norma autonómica originariamente acorde con la normativa estatal básica pero posteriormente contraria a ella por la modificación de esta última. En este segundo caso, sostiene, no sería necesaria la declaración de inconstitucionalidad, sino que cabría su mera inaplicación por haber sido desplazada por la norma estatal, al amparo de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE. Esta le parece la solución más sencilla y acorde con las exigencias del funcionamiento ordinario del sistema normativo, evitando las disfuncionalidades que acarrea la doctrina plasmada en las SSTC 66/2011 y 159/2012, que acaban extendiéndose al orden procesal.

Considera por ello que debe desestimarse la presente cuestión de inconstitucionalidad, porque la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia podía haber determinado de manera inmediata, a través de la cláusula de prevalencia (art. 149.3 CE), cuál era el precepto aplicable y el régimen de mayorías exigido. Recuerda que la doctrina de este Tribunal ha admitido la inaplicación de leyes por órganos de la jurisdicción ordinaria en otros supuestos, como el de las leyes preconstitucionales (STC 4/1981), los textos refundidos y articulados, que pueden confrontarse con las bases aprobadas por el Parlamento (SSTC 51/1982, 47/1984 y 159/2001) y las leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, que deben inaplicarse por exigencia del principio de primacía.

9. Por escrito registrado el 2 de julio de 2015, el Letrado de la Diputación Provincial de A Coruña, en representación y defensa del Ayuntamiento de Oza-Cesuras, se personó ante este Tribunal y solicitó que se entendieran con él las sucesivas actuaciones.

10. El Letrado de la Junta de Galicia presentó sus alegaciones el 3 de julio de 2015 interesando la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad «por acatamiento debido» de la doctrina de este Tribunal. En lo que a este proceso constitucional interesa, recuerda que para la Administración, al resolver el expediente de fusión, aplicar el precepto cuestionado (art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia) implicaba vulnerar, sin duda alguna, el art. 47.2 d) LBRL. Y apoya en las consideraciones recogidas en el Dictamen 390/2013 del Consejo Consultivo de Galicia, emitido con ocasión de la disyuntiva que este caso se presentaba ante la Administración, la necesidad de optar por la aplicación de este último precepto, el estatal. No ofrece duda alguna, sostiene, que la vulneración de la normativa básica estatal por el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia se produjo de manera sobrevenida, como consecuencia de la modificación de la Ley reguladora de las bases de régimen local por la Ley 57/2003; y no puede omitirse tampoco que esa reforma ya ha sido considerada formal y materialmente básica por este Tribunal Constitucional en las SSTC 66/2011 y 159/2012. En consecuencia, y por aplicación de esa doctrina: (i) a la Junta de Galicia no le quedó más alternativa que aplicar esa normativa estatal formal y materialmente básica; (ii) pero la Sala de lo Contencioso-Administrativo no puede inaplicar por su propia autoridad y en virtud de la cláusula de prevalencia el precepto autonómico cuestionado, contrario a esa norma estatal básica; (iii) es únicamente este Tribunal Constitucional el que puede declarar la inconstitucionalidad mediata y sobrevenida del art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia, y su nulidad. Concluye por todo ello la necesaria estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

11. Por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2015, la Secretaría de la Sala Segunda del Pleno de este Tribunal acordó unir a las presentes actuaciones el escrito presentado por el Letrado Asesor Jurídico de la Diputación Provincial de A Coruña, en representación del Ayuntamiento de Oza-Cesuras, y tenerle por personado y parte en la presente cuestión de inconstitucionalidad, entendiéndose con él las sucesivas actuaciones y, conforme establece el art. 37.2 LOTC, concederle un plazo de 15 días para que formule las alegaciones que estime convenientes.

12. El 31 de julio de 2015 tuvieron entrada en este Tribunal las alegaciones de la Fiscal General del Estado, en las que se defiende la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras hacer un extenso resumen de los antecedentes del caso, se apoya en las ya citadas SSTC 66/2011 y 159/2012 para concluir que la modificación legislativa del art. 47.2 d) LBRL operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, ha provocado que el art. 32.1 de la Ley gallega haya resultado, de manera sobrevenida, contrario a ese nuevo marco básico estatal resultante de la Ley 57/2003, y que de conformidad con la doctrina sentada en las dos Sentencias citadas, ello deba conducir a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia por este Tribunal Constitucional.

13. Por providencia de 21 de junio de 2016 el Pleno de este Tribunal acordó, conforme a lo dispuesto en el art. 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

14. Por providencia de 5 de julio de 2016, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 7 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea en relación con el art. 32.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia, que exige para las alteraciones de términos municipales «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación», exactamente igual que requería el art. 47.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), en su redacción originaria.

El órgano judicial que la promueve sostiene que dicha norma legal autonómica contradice el art. 47.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada por el art. 1.1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, que prevé que la adopción de tales acuerdos requieren solamente mayoría absoluta. Como dicho art. 47.2.a) LBRL constituye, a su juicio, normativa básica dictada por el Estado en ejercicio de su competencia de establecer la regulación básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas (149.1.18 CE), el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia habría vulnerado mediatamente este precepto constitucional.

Este mismo planteamiento hacen en sus escritos de alegaciones el Abogado del Estado, el Letrado de la Xunta de Galicia y la Fiscal General del Estado. Por el contrario, el Letrado del Parlamento defiende que en aquellos casos, como es el presente, en que la colisión se produce entre una norma autonómica originariamente acorde con la normativa estatal básica pero posteriormente contraria a ella por la modificación de esta última no sería necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica, sino que cabría su mera inaplicación por haber sido desplazada por la norma estatal, al amparo de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE.

2. Una cuestión de inconstitucionalidad idéntica, en la medida que se refiere al mismo precepto autonómico 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia y se predica su inconstitucionalidad mediata por contradecir la misma norma estatal básica [47.2 a) LBRL], pero también porque los intervinientes y sus respectivas alegaciones también coinciden, ha sido inadmitida en la STC 102/2016, de 25 de mayo (cuestión de inconstitucionalidad 1619-2015) con fundamento en la argumentación que, en extracto, recogemos a continuación.

«6. La reproducción por la legislación autonómica de desarrollo de preceptos de la legislación básica puede utilizarse y de hecho se utiliza normalmente como medio para facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable, incluyendo en un solo texto el conjunto de la normativa a tener en cuenta, pero su virtualidad no alcanza, como es obvio, a alterar la naturaleza de la legislación reproducida ni para que el legislador autonómico pueda atribuirse potestad alguna de influir en la legislación básica, por mucho que haya sido reproducida en la legislación de desarrollo. En particular, no solo no puede implicar bloqueo alguno en la potestad del legislador estatal, cuya capacidad de alterar las bases inicialmente fijadas ha sido reconocida repetidamente por la doctrina de este Tribunal (por todas, STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 9), sino que, si esa modificación se produce es el legislador autonómico el que debe acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica [SSTC 158/2011, de 19 de octubre, FJ 8, 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 b), 146/2013, de 11 de julio, FJ 4, o 182/2013, de 23 de octubre, FJ 8].

Pero si esa acomodación no tiene lugar el operador jurídico primario se encuentra ante una alternativa en la que inevitablemente ha de dar preferencia a una de las dos leyes en conflicto, en detrimento de la otra...

El operador jurídico primario, al que preferentemente van destinadas las normas, tiene necesariamente que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar cuestión de inconstitucionalidad, pues su planteamiento se reserva a los jueces y tribunales, y esto significa que el asunto se ha judicializado, lo que representa siempre una situación indeseable, de tal modo que otorgar preferencia a la legislación básica estatal es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica. Es la solución que deriva del carácter superfluo de la legislación reproductora, que no añade nada a la legislación básica para que aquella pueda ser considerada realmente normativa de desarrollo... Es fin, es la solución que se corresponde con lo dispuesto en el art. 149.3 CE que atribuye a las normas del Estado prevalencia sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

El art. 149.3 CE es un precepto destinado no a fijar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino a solucionar los conflictos que puedan producirse en aplicación de las normas respectivas y que no hayan de resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad de una de ellas. De sus distintas reglas, una de las cuales es la de la prevalencia de las normas del derecho estatal en los términos que la misma describe ('prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas'), resultan destinatarios los aplicadores del Derecho sin distinción, y su finalidad no es otra que la de asegurar la plenitud del ordenamiento, tal y como ha afirmado de manera reiterada este Tribunal [entre otras, SSTC 118/1996, de 27 de junio, FFJJ 4 y 9; 61/1997, de 20 de marzo, FJ 12 c); 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 13 o 139/2011, de 14 de septiembre, FJ 4]; reservando la Constitución a su vez a este último, el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

El art. 149.3 CE proporciona una herramienta útil para que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los de las Comunidades Autónomas puedan desarrollarse con fluidez, en situaciones que no demanden como respuesta la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de alguno de ellos; teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas ni son competentes 'para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (así, el art. 149.3 CE), y no lo que establezca el legislador autonómico' (STC 132/1989, FJ 33) [STC 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 13], ni lo pueden ser para condicionar el Derecho estatal posterior.

Este Tribunal ha declarado hasta ahora que el control de la adecuación de la legislación autonómica a la legislación básica que desarrolla, no puede llevarse a cabo por aplicación del principio de prevalencia de las normas del Estado (art. 149.3 CE), sino que es un auténtico control de constitucionalidad reservado al Tribunal Constitucional (STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4). Por ello, en los supuestos en que con apoyo en títulos competenciales distintos, Comunidad Autónoma y Estado aprueban productos normativos incompatibles, el conflicto planteado se resuelve sin traer a colación el art. 149.3 CE, en favor del título competencial considerado más específico (SSTC 87/1987, de 2 de junio, FJ 2; 190/2000, de 13 de julio, FJ 4; 188/2001 de 20 de septiembre, FJ 6 y 214/2015, de 22 de octubre, FJ 3; así como las citadas en este mismo fundamento jurídico).

La cuestión que se plantea en este caso es diferente, pues la Comunidad Autónoma de Galicia, al incluir en la ley 5/1997, de 22 de julio, su artículo 32.1, no lo hizo reclamando una competencia propia, sino por puro mimetismo con la regulación contenida en la legislación básica que aquella ley pretendía desarrollar. Este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse, como ha hecho la Xunta de Galicia, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal...

La consecuencia de todo lo anterior significa que la Xunta de Galicia actuó acertadamente y que esa prevalencia del derecho estatal debe jugar en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el juez sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que efectivamente concurrían las condiciones para ello. Algo que no sucede en el presente caso, en que este Tribunal ya se ha pronunciado en favor del carácter básico de la regulación contenida en el art. 47.2 LBRL en sentencias 66/2011, de 16 de marzo, FJ 3, y 159/2012, de 17 de septiembre, FJ 3.

7. Proyectadas las anteriores consideraciones a la decisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, resulta que se nos pregunta sobre la constitucionalidad de una norma que no resulta aplicable al caso, de modo que debemos declarar la inadmisibilidad del presente proceso constitucional, posibilidad que permanece abierta no obstante

haberse pronunciado este Tribunal, en su día, en favor de su admisión (así, por ejemplo, SSTC 1/2016, de 18 de enero, FJ 2, y 269/2015, de 17 de diciembre, FJ 2).»

3. Dada la completa identidad entre esta cuestión de inconstitucionalidad y la inadmitida en la STC 102/2016, de 25 de mayo, procede, en virtud del mismo razonamiento, acordar también en este caso la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el art. 32.1 de la Ley de Administración local de Galicia, al quedar desplazado por el 47.2 a) LBRL debido a la aplicación del principio de prevalencia ex art. 149.3 CE, no es aplicable al pleito *a quo*, con lo que no se cumpliría con la naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad exigida por el art. 163 CE y el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a siete de julio de dos mil dieciséis.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto Particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1757-2015, al que se adhieren los Magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García y don Antonio Narváez Rodríguez

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de los Magistrados que conformaron la mayoría en la presente decisión, formulo mi Voto discrepante de los fundamentos y del fallo, recogiendo los argumentos expuestos en la deliberación del Pleno. Dada la similitud de la presente cuestión de inconstitucionalidad con la cuestión núm. 1619-2015, resuelta por la STC 102/2016, de 25 de mayo, reproduzco a continuación la mayor parte de los argumentos expuestos en el Voto particular que formulé a dicha Sentencia, en el que reflejaba ya las discrepancias expresadas en la deliberación en el Pleno, en muy buena parte coincidentes con las expresadas por otros Magistrados que no participaban tampoco entonces del criterio sostenido por la mayoría que aprobó la Sentencia.

1. Reitero aquí mi queja por la brevedad y la insuficiencia de la argumentación destinada a fundamentar un cambio de la doctrina jurisprudencial de la envergadura del que se acomete; limitación argumentativa de la que derivan serias incertidumbres en cuanto al alcance que la aplicabilidad de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE pueda tener en el futuro. El hecho de que se parta de las precisas peculiaridades del caso concreto sobre el que versa la Sentencia, no excusa —como no excusaba tampoco en la STC 102/2016— la necesidad de una cumplida explicación tanto en cuanto a las razones que justifican ese cambio sustancial de interpretación, como en cuanto al establecimiento claro y preciso de los supuestos a los que habría de aplicarse, más allá de criterios pragmáticos. La nueva interpretación de la cláusula de prevalencia abre, sin duda, serias

incertidumbres para los operadores jurídicos en cuanto a cómo deben proceder cuando se encuentren ante situaciones en las que la norma autonómica, en principio aplicable, y la norma estatal resultan contradictorias.

A primera vista, parece que sólo se aplicaría a supuestos de *leges repetitae*, y también a primera vista se atisban ya los problemas que suscita ese planteamiento, porque el hecho de que la ley estatal posterior exprese que su regulación es básica no resulta suficiente, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina, para que pueda considerarse materialmente básica. Con lo cual se cierne la duda sobre un aspecto tan capital como es el de la determinación del órgano que puede confirmar, en primer lugar, el carácter efectivamente básico de la norma estatal, y, en segundo lugar, si se produce o no incompatibilidad entre la norma autonómica y la estatal aprobada o modificada posteriormente. Tareas que este Tribunal Constitucional se ha reservado para sí siempre en régimen de monopolio [«comprobar si la calificación de lo básico realizada por el legislador ha sido correcta es función privativa de este Tribunal» (STC 156/1995, de 26 de octubre, FJ 4)], y respecto a las que en esta Sentencia, al igual que en la que la precedió en este cambio doctrinal, se hace dejación sin aclarar quién va a sustituirlo en esa función. Del tenor de la Sentencia parece deducirse que los «aplicadores del Derecho» han de limitarse a no aplicar la legislación autonómica que haya devenido aparentemente incompatible *a posteriori* con la legislación básica estatal, sobre el presupuesto de que tal incompatibilidad aparece como indiscutible. ¿Indiscutible conforme al criterio de quién?

Puede aventurarse, además, que este cambio de criterio tendrá lugar no sólo en asuntos idénticos al presente, pues, como se señala en el fundamento jurídico 6 de la STC 102/2016, parcialmente reproducido en la que nos ocupa, «[e]ste es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse, como ha hecho la Xunta de Galicia, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal». Quiere ello decir que se deja abierta la puerta a la aplicación de este «cambio doctrinal» a otros supuestos indeterminados en este momento, con la consiguiente inseguridad jurídica que deriva de ello.

2. La argumentación de la Sentencia —aunque sea por remisión— descansa sobre el hecho de que fue la propia Xunta de Galicia quien decidió que la norma aplicable al caso no era el precepto autonómico, sino la previsión contenida en el art. 47.2 a) en la Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL), y, evidentemente, la Xunta no puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Explica la Sentencia que ante una alternativa como ésta, en la que el operador jurídico inevitablemente ha de dar preferencia a una de las dos leyes en conflicto en detrimento de la otra, tiene que acudir necesariamente a la técnica del desplazamiento de una de las leyes enfrentadas. Y, en consecuencia, considera que la Xunta de Galicia actuó acertadamente y que la prevalencia que otorgó al precepto básico estatal debe mantenerse en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada; únicamente en tal caso el Juez sí tendría la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero en relación con la norma estatal, y no en relación a la norma autonómica. Conforme a tales premisas, se confirma la operatividad de la cláusula de prevalencia recogida en el art. 149.3 CE en este caso, y, en consonancia, al avalar el desplazamiento de la norma autonómica sobre cuya constitucionalidad se nos preguntaba en el presente procedimiento, se declara inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad. Curiosamente, el aplicador primario, esto es, la Xunta de Galicia, ha solicitado en el trámite de alegaciones que se estime la cuestión de inconstitucionalidad y que se declare la inconstitucionalidad del precepto autonómico, porque, reconociendo que resulta sobrevenidamente incompatible con la normativa básica estatal, sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo no puede inaplicarlo por su propia autoridad y sólo este Tribunal Constitucional puede efectuar tal declaración de inconstitucionalidad. Y del mismo parecer es el principal beneficiado por esta nueva doctrina, esto es, el Abogado del Estado, para quien es imposible que la norma estatal básica desplace o prevalezca (art. 149.3 CE) sobre la norma autonómica sin previa declaración de inconstitucionalidad de

ésta. Únicamente discrepa de este criterio el Parlamento de Galicia, para quien la norma autonómica es perfectamente constitucional, produciéndose simplemente el desplazamiento en virtud de la cláusula del art. 149.3 CE.

Resulta, a mi entender, difícil de aceptar que el «aplicador jurídico primario» —como lo califica la Sentencia— esté facultado para decidir que una ley en vigor ha dejado de ser aplicable, prescindiendo de los límites que le impone el bloque de la constitucionalidad. Ciertamente, el primer operador jurídico que interviene, la Administración gallega en este caso, ante un supuesto concreto, tendrá que efectuar la selección de la normativa aplicable, pero al hacerlo habrá de ajustarse a los criterios y a los cauces que impone el ordenamiento jurídico. Todos los órganos de la Administración pública están sometidos a la Ley y al Derecho (art. 103 CE) y al principio de legalidad (STC 152/2015, de 6 de julio, FJ 2). En el caso de Galicia, la Xunta está sujeta tanto a la Constitución como a lo que establece su Estatuto de Autonomía. Así pues, en el trance de aplicar una norma autonómica (aprobada por el Parlamento gallego en legítimo ejercicio de su exclusiva potestad legislativa) que la propia Xunta considerara contraria a la legislación básica estatal de forma sobrevenida, la actuación procedente habría sido, en su caso, la de promover la acomodación de la norma autonómica a dicha legislación básica mediante la oportuna reforma, haciendo uso de la iniciativa legislativa que al Gobierno de la Xunta reconoce el art. 13.1 del Estatuto de Autonomía. Y, por lo tanto, llevando la propuesta al Parlamento, sede en la que se abriría la ocasión para discutir sobre el mantenimiento del precepto cuestionado, y sobre su compatibilidad con la nueva norma básica.

La Sentencia de la que respetuosamente discrepo declara que cualquier órgano administrativo puede proceder a desplazar una norma autonómica con rango de ley —aprobada por una asamblea autonómica legitimada democráticamente en ejercicio de su exclusiva potestad legislativa y dotada de presunción de constitucionalidad «que no puede desvirtuarse sin más, prescindiendo de una razón suficientemente fundada» (entre otras, STC 74/2014, de 8 de mayo, FJ 4)—, un desplazamiento dirigido a dar preferencia a una norma posterior, pretendidamente básica y presuntamente en conflicto con el precepto autonómico. Se configura así una figura de prevalencia de aplicación administrativa, contrapuesta a la que podrían aplicar los órganos judiciales.

Ahora bien, en la medida en que esta operación requiere un previo juicio sobre la incompatibilidad entre las dos normas, y, por lo tanto, sobre las competencias estatales y autonómicas, nos encontramos ante una valoración sobre delimitación de las competencias que no puede quedar en manos de la Administración, ni en manos de ningún otro aplicador jurídico que no sea este Tribunal Constitucional. Baste considerar que este Tribunal ha puesto límites incluso a la facultad de los órganos judiciales de seleccionar la norma aplicable: así, entre otras, en la reciente STC 195/2015, de 27 de septiembre, FJ 7, se sostenía que «la facultad de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto, inherente a la potestad de juzgar y privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial (art. 117.3 CE)... no alcanza a desplazar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución, sin que a ello se oponga que la contradicción con la Constitución no sea directa, sino mediata, esto es por una eventual contradicción de la norma legal autonómica con la legislación estatal básica». De lo cual se extraía la consecuencia de que «los órganos judiciales al inaplicar la norma legal autonómica por considerarla contraria a las bases estatales, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, han desbordado los contornos propios de su potestad jurisdiccional (art. 117.1 CE)». Si tal desbordamiento se predica de los órganos jurisdiccionales, resulta chocante que se conceda al inicial operador jurídico lo que no se permite al órgano judicial, que es precisamente el llamado a controlar los actos de la Administración pública (art. 106.1 CE).

3. Aun aceptando a efectos puramente dialécticos la potestad del inicial operador jurídico de dar preferencia a una de las dos leyes en conflicto, no se llega a solucionar el problema, pues la legalidad de la actuación de la Administración pública sigue quedando sometida al control judicial (art. 106.1 CE), que es precisamente lo que ocurre en el presente caso. La demandante ante el órgano judicial reclamaba la aplicación de la norma autonómica, cuya compatibilidad con la norma estatal, o, por el contrario, su

incompatibilidad sobrevenida, es lo que se nos demandaba contestar en este procedimiento. Por consiguiente, nuestra tarea no tenía que proyectarse sobre el Decreto de la Xunta de Galicia impugnado en la vía contencioso-administrativa, sino que tenía que dirigirse a determinar si el órgano judicial que conocía de dicha impugnación se encontraba o no ante la necesidad de optar entre las dos leyes, básica estatal y autonómica, a fin de resolver el recurso sometido a su conocimiento. Pues bien, la Sentencia desvirtúa los términos propios de una cuestión de inconstitucionalidad y se extralimita al concluir que la norma sobre cuya constitucionalidad se nos preguntaba no resulta aplicable al caso, validando la decisión adoptada en el referido Decreto. Se interfiere así en el objeto del proceso *a quo*, resolviendo la cuestión de fondo que compete en exclusiva decidir al órgano judicial promotor de la cuestión (art. 117.3 CE). Al concluir que el órgano judicial debe atenerse a lo que decidió la Xunta, no sólo se está desconociendo gravemente lo que establece ese último precepto constitucional, sino que, además, se ignoran los derechos que el art. 24 CE reconoce a la recurrente en dicho procedimiento.

Por otro lado, no puedo compartir la gratuita afirmación de que la norma autonómica no resultaba aplicable al caso. Cualquiera que sea la opción que haya tomado la Xunta de Galicia, el órgano judicial no queda vinculado por esa opción (so pena de despojarlo de las potestades que le atribuye el art. 117.3 CE), sino que debe decidir con absoluta libertad dentro de su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y dentro de los estrictos términos en los que se haya planteado el debate judicial. Y, en el presente caso, la concejal que impugnó el Decreto autonómico aprobatorio de la fusión de los dos municipios alegó en su recurso que el acto administrativo no se había ajustado a las determinaciones del art. 32.1 de la Ley autonómica 5/1997, porque el acuerdo de fusión aprobado por el Concello de Cesuras se adoptó por mayoría del número legal de los concejales del municipio, pero sin alcanzar los dos tercios del número de hecho de los mismos, mayoría cuya concurrencia también requiere el referido art. 32.1 de la Ley gallega. Por consiguiente, el Tribunal Superior de Justicia se ve obligado a determinar, en primer lugar, si la norma invocada resulta aplicable al caso; y alcanzada la conclusión de que sí resulta de aplicación (porque es el fundamento principal de la demanda contenciosa), y, entendiendo —según su propio juicio— que podía resultar incompatible con el art. 47.2 a) LBRL, no le quedaba otra opción, de acuerdo con el art. 163 CE y con la jurisprudencia constitucional, que promover la cuestión de inconstitucionalidad respecto del precepto autonómico. En este punto, no se puede dejar de remarcar que el juicio de relevancia y de aplicabilidad realizado por el órgano judicial promotor de la cuestión resulta intachable y pertinente, por lo que su criterio, desde la perspectiva del control estrictamente externo que corresponde a este Tribunal, no podía ser revisado en esta sede [por todas, SSTC 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1 b), y 38/2014, de 11 de marzo, FJ 3]. Por tanto, no quedaba otro remedio a este Tribunal que entrar a resolver sobre la constitucionalidad de la norma autonómica, como se nos demandó, en lugar de inadmitir la cuestión en una inaceptable dejación de nuestras funciones.

Además, aunque a efectos dialécticos admitiera la posibilidad de aplicar la cláusula de prevalencia en los términos de la Sentencia de la que discrepo, lo que resulta inexplicable es la supresión de la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial llamado a resolver el dilema de la ley aplicable. Posibilidad que se permitía a los órganos judiciales respecto de la legislación preconstitucional, cuya posible contradicción con el ordenamiento constitucional posterior podía ser examinada y resuelta por los propios Jueces y Tribunales (por todas SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 2; 105/1988, de 8 de junio, FJ 1; 169/1993, de 27 de mayo, FJ 1, y 301/1993, de 21 de octubre, FJ 1).

4. La Sentencia de la que disiento trata de salvar las objeciones anteriores afirmando que «otorgar preferencia a la legislación básica estatal es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica. Es la solución que deriva del carácter superfluo de la legislación reproductora, que no añade nada a la legislación básica para que aquélla pueda ser considerada realmente normativa de desarrollo». A continuación prescinde de reproducir aquella parte de la STC 102/2016

según la cual esta técnica de desplazamiento de una norma autonómica debe acogerse como un proceder «lógico» y natural, por su similitud con otros supuestos en los que opera el mismo procedimiento para dejar de aplicar un reglamento, o para dejar de aplicar una norma española conforme al criterio de primacía de la norma europea. Eso sí, se concluye afirmando, al igual que en la Sentencia precedente, que «es la solución que se corresponde con lo dispuesto en el art. 149.3 CE», asumiendo que el tenor de dicho precepto no presenta ningún obstáculo para su aplicación en este caso.

Al igual que en mi anterior Voto, antes de entrar a discutir la interpretación que la Sentencia efectúa del art. 149.3 CE y de la cláusula de prevalencia, considero necesario realizar algunas precisiones sobre las reseñadas afirmaciones de la Sentencia.

En primer lugar, se me plantea una duda que lleva implícita una seria preocupación ya adelantada anteriormente: ¿la mera existencia de una norma posterior, declarada básica por el legislador estatal, es suficiente para que se pueda aplicar la regla de la prevalencia del derecho estatal, desplazando a la norma autonómica anterior? De la argumentación de la STC 102/2016 se deducía que esa es la intención que la nueva doctrina alumbraba, cuando en su fundamento jurídico 6 afirma que considerar prevalente la posterior legislación básica estatal supone «el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento jurídico (art. 149.3 CE)». Es decir, que no sería necesario analizar previamente si la nueva norma estatal resulta o no formal y materialmente básica, pese a la reiterada exigencia de nuestra doctrina al respecto, como se ha aludido antes. Hay que hacer notar, no obstante, que en esta nueva Sentencia se ha prescindido de ese argumento al reproducir el citado fundamento 6 de la STC 102/2016 de referencia.

En segundo lugar, en relación con el proclamado carácter básico del art. 47.2 a) LBRL, debe advertirse que no se ha producido pronunciamiento constitucional sobre dicho supuesto. Tanto la STC 66/2011 como la STC 159/2012, citadas al final del fundamento jurídico 6, se refieren al carácter básico del art. 47.2 d) y no del 47.2 a) LBRL (aunque la STC 102/2016 —a pesar de los términos en que se desarrolló el debate— y la actual se refieren, en general, al art. 47.2 LBRL, para salvar ese obstáculo), que sería el aquí aplicable. Además, la primera de las Sentencias tomadas como apoyo fue dictada en un recurso de amparo, y no en un procedimiento de control de constitucionalidad de una norma legal, y se limitó a remitirse a lo que se dijo en la STC 331/1993, de 12 de noviembre, esto es, a la conclusión alcanzada en relación con una redacción del precepto de la Ley de bases de régimen local anterior a la introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Por su parte, la STC 159/2012 se limitó a dar por bueno lo que ya se había dicho en la STC 66/2011 y en la STC 331/1993. No hay, por tanto, pronunciamiento expreso alguno de este Tribunal Constitucional acerca del carácter básico del art. 47.2 a) LBRL, en su actual redacción, que nos permita ahorrarnos el análisis al respecto. Y sin un examen concreto sobre un eventual vicio de inconstitucionalidad —en su caso, sobrevenida— o sobre la compatibilidad de ambas normas, no cabe, hipotéticamente, proclamar en modo alguno la prevalencia de la norma estatal.

El hecho de que la Xunta decidiera no aplicar su propia norma autonómica tampoco debe conducir necesariamente a la conclusión de que haya devenido incompatible con la nueva norma estatal. La oposición de la concejal recurrente en el proceso *a quo* a aquella decisión revela que nos hallamos ante una interpretación no exenta de controversia. El ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de régimen local no queda restringido al mero desarrollo de los preceptos de la legislación básica, aunque ésta suponga un límite a la capacidad autonómica para regular los distintos aspectos de esa materia. En el presente caso cabía, incluso, un entendimiento de la norma estatal como norma que fija un requerimiento mínimo de votos, pero sin impedir que una Comunidad Autónoma decida legítimamente cualificar la exigencia de una mayoría por encima de ese mínimo, que en todo caso quedaría respetado, en el marco de sus políticas propias en materia de régimen local. Por ello resulta precipitado atribuir a la Comunidad Autónoma un supuesto incumplimiento de un deber de acomodación de su normativa a las nuevas prescripciones de una ley básica. En definitiva, se trata de un campo abonado para la inseguridad jurídica, en el que la utilización de la regla de prevalencia que instaura

nuestra Sentencia viene a avalar la actuación de un órgano administrativo, la Xunta, que ignora la vigencia de un precepto cuya continuidad o modificación compete al Parlamento gallego, donde no ha habido ocasión de debate al respecto. Un aval que relega, asimismo, la intervención del órgano judicial al que se eleva la controversia sobre la ley aplicable, y que ocluye la intervención de este Tribunal Constitucional, como órgano que ejerce el control concentrado de la inconstitucionalidad de las normas.

5. La aparente simplicidad del caso, que constituiría, según la Sentencia, un supuesto paradigmático de la procedencia de usar la fórmula de la prevalencia del art. 149.3 CE, no deja de ser, efectivamente, mera apariencia. Se ha dado por bueno que la norma estatal tiene carácter de norma básica, sin analizar en concreto el precepto en cuestión, y se ha dado por bueno que la regla de la mayoría que el art. 47.2 a) LBRL establece ahora se impone en sus estrictos términos y no como regla de mínimos a la que puedan añadirse otras exigencias. Se da, igualmente, por bueno que el precepto autonómico cuya inaplicación se bendice es una mera *lex repetita* que, como tal, no responde a una decisión propia del legislador autonómico, sino a una mera remisión a la regla estatal básica, por lo que resultaría evidente que, al modificarse esta última, el precepto autonómico «repetido» decae al perder su correspondencia con la norma base, a pesar de que el Parlamento de Galicia haya afirmado en sus alegaciones que debe partirse de que, al aprobar la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia, actuó dentro del marco competencial autonómico. Este es el posicionamiento de la mayoría, construido sobre pretendidas certezas que operan como premisas no necesitadas de constatación. Y sobre tales premisas hipotéticas —sin análisis alguno de contraste— se reclama la aplicación de la prevalencia prevista en el art. 149.3 CE, eludiendo la problemática real de cada uno de esos presupuestos, no ya en otros casos a los que se abre la fórmula, sino en el propio caso que dio origen a la cuestión de inconstitucionalidad que se nos ha planteado.

No voy a insistir sobre el argumento de la «naturalidad» con que la jurisdicción ordinaria utiliza la técnica de prevalencia en la inaplicación de normas reglamentarias, conforme a lo previsto en el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en la inaplicación de las leyes internas que contradigan normativa europea, que era objeto de desarrollo en la STC 102/2016, porque la actual Sentencia, a la que formulo este Voto, ha prescindido de reproducirlo, por lo que me remito a lo que dije en mi anterior Voto.

6. Efectuadas las anteriores precisiones, el punto central de mi discrepancia con la Sentencia reside en la interpretación que se ofrece de la cláusula de prevalencia, con base en una parca argumentación, y, a mi juicio, dicho sea con el máximo respeto a mis compañeros, carente de consistencia. Esta nueva Sentencia muestra también la confusión con la que se mueve entre las distintas cláusulas del art. 149.3 CE, especialmente entre la cláusula de supletoriedad y la de prevalencia, como se observa al asignar al principio de prevalencia la finalidad de «asegurar la plenitud del ordenamiento», para cuyo sustento se citan una serie de Sentencias de este Tribunal referidas todas ellas a la cláusula de supletoriedad. Cláusula que es la que se corresponde con ese principio de plenitud del ordenamiento, ya que su función se orienta a evitar lagunas en dicho ordenamiento; función que no puede predicarse de una regla que, según la propia Sentencia, tiene por objeto la selección de la norma aplicable.

Entiendo, con la doctrina hasta ahora mantenida por este Tribunal, que la regla de prevalencia del art. 149.3 CE —según la cual, 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»— excluye de su cometido la solución de controversias normativas en las que intervenga el criterio de la competencia. Es decir, cuando el principio de competencia se encuentra concernido en la confrontación de normas, no puede entrar en juego el criterio de la prevalencia. Si la colisión de normas se produce como consecuencia de la extralimitación por una de las partes, con infracción del orden competencial constitucionalmente establecido, resulta patente que ninguna virtualidad tendrá la regla de prevalencia porque una de las normas en conflicto habría incurrido en inconstitucionalidad por vicio de incompetencia. Así ocurre de manera

evidente cuando se trata de materias compartidas, como es el caso en que, sobre una misma materia, la Constitución reserva al Estado el establecimiento de la normativa básica, mientras que las Comunidades Autónomas asumen en virtud de sus Estatutos la competencia legislativa de desarrollo, incluso entendiendo comprendidos en estos supuestos todos aquellos casos en los que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas una competencia «exclusiva» que ha de ejercerse necesariamente con respeto de las bases estatales, aunque siempre bajo la premisa de que la Comunidad Autónoma debe tener margen para aplicar su propia opción política y de actuación dentro del respeto al marco legislativo estatal (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 44/1982, de 8 de julio, FJ 2; 69/1988, de 19 de abril, FJ 5, y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 13). En estos casos, al estar compartida la materia, el bloque de la constitucionalidad ha procedido a un reparto de la misma, configurando ámbitos competenciales normativos propios y exclusivos del Estado, por una parte, y de las Comunidades Autónomas, por la otra. Por consiguiente, sobre una materia compartida puede entenderse que coexisten competencias exclusivas del Estado y de las Comunidades Autónomas, que se ejercen respectivamente sobre el ámbito propio delimitado para cada uno de ellos. Ahora bien, en el supuesto de que una Comunidad Autónoma dicte una norma legal que invada el ámbito que constitucionalmente queda reservado a la legislación básica del Estado, incurrirá en un vicio de incompetencia que conlleva necesariamente la inconstitucionalidad de dicha norma; y la misma situación se producirá cuando la ley básica estatal lleve su regulación más allá de lo constitucionalmente lícito, vaciando de contenido la competencia legislativa autonómica al privarla de espacio libre para desenvolverse. De esta forma, los conflictos que se produzcan en tales situaciones no pueden resolverse conforme a la cláusula de prevalencia de la norma estatal, porque es indudable que una de las dos normas se habrá extralimitado en el ejercicio de la competencia que la ampare, con el consiguiente vicio de inconstitucionalidad.

En definitiva —y en lo que a nuestros efectos importa—, cuando se trata, simplificando los términos, del binomio legislación estatal básica/legislación autonómica de desarrollo, la resolución de los posibles conflictos no puede alcanzarse mediante un criterio de prevalencia de la legislación estatal sobre la autonómica porque supondría desconocer que, de acuerdo con el bloque de la constitucionalidad, al Estado le corresponde en exclusiva un ámbito competencial determinado, y a las Comunidades Autónomas otro distinto, lo cual no queda a la libre disponibilidad del legislador estatal. El desconocimiento de esos límites sólo puede resolverse en un vicio de incompetencia y en la consiguiente inconstitucionalidad de la norma que los haya excedido. Entenderlo de otra forma podría dar lugar a un vaciamiento de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas por la Constitución y, por encargo de ésta, por sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Sobre esta base, la asignación de la condición de norma básica a un precepto inicialmente no básico, o la alteración posterior del contenido de la norma básica (supuesto sobre el que se asienta la Sentencia de la que discrepo) que produzcan una colisión con las normas autonómicas de desarrollo, plantean un estricto problema de competencias que exige determinar en qué punto se produce el exceso y el vicio de incompetencia, lo que implica un juicio acerca del carácter formal y materialmente básico de la nueva norma estatal. Juicio que, en cuanto afecta al propio entendimiento de las cláusulas competenciales de la Constitución, sólo puede llevar a cabo este Tribunal Constitucional conforme a los arts. 153 a), 161 y 163 CE. Considerar que esa tarea puede realizarse por cualquier aplicador del derecho, en virtud de la regla de la prevalencia de la legislación estatal del art. 149.3 CE, conlleva un riesgo cierto de inseguridad jurídica y de pérdida de uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas del bloque de la constitucionalidad, hurtando a este Tribunal su conocimiento por la vía del art. 163 CE.

En suma, no se han aportado razones sólidas que indiquen la procedencia de alterar la doctrina establecida por este Tribunal en relación con la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE, recogida en la STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4, en la que se señaló:

«El inciso segundo, *in fine*, del art. 149.3 CE proclama 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’. De esta conocida como ‘cláusula de prevalencia’ extrae la Sala la consecuencia, planteada al menos como duda y negada por el Letrado de la Junta, de un deber de ‘aplicación directa’ de la norma estatal, con la consiguiente inaplicación per se de la ley autonómica, y como alternativa al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, lo que la Sala de este modo ha venido a plantearnos no es una cuestión relativa a la prevalencia de ‘las normas’ del Estado sobre las de las Comunidades Autónomas en los términos de dicho precepto, sino, de modo mucho más concreto, la de su propio ámbito de jurisdicción tal como resulta de lo previsto en los arts. 163 C.E. y concordantes cuando del control de las leyes específicamente se trata. Esta cuestión, sin embargo, encuentra una precisa respuesta en la propia Constitución y suficientes claves interpretativas en nuestra propia jurisprudencia, de las que resulta una respuesta negativa a la facultad que la Sala ha considerado poder encontrar en el art. 149.3 CE.»

Y, de manera categórica, añadió más adelante lo siguiente:

«[E]n relación con las ‘normas’ autonómicas la Constitución y el correspondiente Estatuto de Autonomía contienen una disposición específica cuando de normas ‘con rango de ley’ (art. 163 C.E.) o ‘con fuerza de ley’ (art. 153 a) C.E. y art. 45.1 E.A.A.) se trata: El control de constitucionalidad de las mismas corresponde a este Tribunal Constitucional. El precepto estatutario añade incluso que tal control corresponde ‘exclusivamente’ al Tribunal Constitucional. Quiere ello decir que los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial no pueden pretender una excepción a lo previsto en los arts. 163 y 153 a) C.E., así como en el correspondiente precepto estatutario, como consecuencia de un determinado entendimiento de lo previsto, de forma más general y en un diferente contexto constitucional, en el art. 149.3, inciso segundo, *in fine*, C.E.»

Doctrina que difícilmente puede rebatirse con el argumento empleado en la Sentencia de la mayoría de que este caso es peculiar «pues la Comunidad Autónoma de Galicia, al incluir en la ley 5/1997, de 22 de julio, su artículo 32.1, no lo hizo reclamando una competencia propia, sino por puro mimetismo con la regulación contenida en la legislación básica que aquella ley pretendía desarrollar». Esa premisa no es sostenible: la Comunidad Autónoma de Galicia ha aprobado la Ley 5/1997 (de Administración local de Galicia) en virtud de una competencia propia: la competencia exclusiva que le atribuye el art. 27.2 de su Estatuto de Autonomía en materia de régimen local. Así lo expresa claramente el preámbulo de dicha Ley al afirmar: «Con la Ley de Administración Local de Galicia, apoyada explícitamente en los artículos 2.2, 27.2 y 40 de nuestro Estatuto de Autonomía se intenta hacer frente, de un lado, a la definición del papel que la Comunidad Autónoma misma tiene en relación con las administraciones locales y, de otro, a la muy peculiar organización de los asentamientos urbanos en Galicia». Y así lo ha defendido el propio Parlamento de Galicia en las alegaciones formuladas en el presente procedimiento. Manifestación explícita de ejercicio de una competencia que debe ser respetada en todo caso por el órgano judicial, independientemente del propósito que motivó la decisión de aprobar en su día una norma autonómica de texto coincidente con la estatal.

7. Por todo ello, entiendo, al igual que en el caso resuelto por la STC 102/2016, que debió procederse al estudio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante nosotros para poder dictar un fallo sobre el objeto de la misma. No puedo compartir el entendimiento de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE que sustenta la Sentencia, por la que se atribuye a los operadores jurídicos llamados a aplicar la ley en primer lugar la facultad de valorar por su cuenta la hipotética inconstitucionalidad sobrevenida de una norma autonómica, para proceder

a su inaplicación. Una atribución que instaura un modelo de control difuso de la constitucionalidad de determinadas normas, con la consiguiente quiebra del principio de control concentrado en este Tribunal, que hasta ahora se había mantenido sin excepciones, una vez superado el periodo de pervivencia de la legislación preconstitucional.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a siete de julio de dos mil dieciséis.—Adela Asua Batarrita.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.