

# EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANTE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL EN LOS INCUMPLIMIENTOS AUTONÓMICOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

BERNARDO FERNÁNDEZ PÉREZ

Presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Revista Española de Derecho Europeo  
Octubre – Diciembre 2014  
Págs. 117 – 139

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 24.10.2013 (C-151/12). III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL. IV. LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD COMO GARANTÍA DE LA EJECUCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA STC 79/1992 Y SU CONSOLIDACIÓN EN LAS SSTC 130/2013 Y 135/2013. V. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. A. LAS RAZONES DE LA ABOGADA GENERAL. B. LAS RAZONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. VI. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Ante la falta de transposición de una directiva por parte de las Comunidades Autónomas, España alega que la transposición queda garantizada por la cláusula de supletoriedad del artículo 149, apartado 3, *in fine*, de la Constitución, entendiéndose que cuando las Comunidades Autónomas no hayan ejercido su competencia legislativa para transponer una Directiva se aplicará el derecho estatal. El Tribunal de Justicia considera que existe incertidumbre, en el estado actual del Derecho constitucional español, respecto al alcance de la cláusula de supletoriedad como instrumento de garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión, por lo que la citada cláusula no ofrece suficientes

**ABSTRACT:** Faced with the lack of transposition of a directive by the Autonomous Communities, Spain states that that transposition is ensured by the supplementing clause in Article 149(3) of the Constitution, according to which clause, where the Autonomous Communities have not exercised their legislative power to transpose a Directive apply state law. The Court considers, however, that the scope of the supplementing clause as an instrument guaranteeing the implementation of European Union law is uncertain in the present state of Spanish constitutional law. So the clause does not offer sufficient guarantees of a transposition that respects the principle of legal certainty.

garantías de una transposición que respete el principio de la seguridad jurídica.

**PALABRAS CLAVE:** Incumplimiento de Estado, omisión legislativa autonómica, cláusula de supletoriedad, artículo 149.3 de la Constitución, seguridad jurídica.

**KEYWORDS:** Failure of a Member State to fulfil obligations, Autonomous Communities legislative omission, transposition ensured by supplementing clause, article 149.3 of the Spanish Constitution, legal certainty.

Fecha recepción original: 6 de octubre de 2014

Fecha aceptación: 24 de octubre de 2014

## I. INTRODUCCIÓN

El 24 de octubre de 2013, el Tribunal de Justicia declaraba que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DOUE, nº L 327, de 22.12.2000), al no haber adoptado todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado que le imponían determinados artículos de la misma “por lo que atañe a las cuencas hidrográficas intracomunitarias situadas fuera de Cataluña (...) (y) a las cuencas hidrográficas intracomunitarias situadas en Cataluña”<sup>1</sup>.

No se trata de la primera condena de España por incumplimiento de la Directiva Marco del Agua, transpuesta mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>2</sup>, sino de la tercera<sup>3</sup>, y pesa aún la amenaza –si persiste el retraso en culminar los planes hidrológicos de cuenca– de un posible ulterior procedimiento por inejecución de sentencia al amparo del artículo 260 TFUE.

Sí es la primera vez, que sepamos, que España alega que la transposición de una directiva en derecho interno, ante la omisión normativa autonómica, está garantizada por la cláusula de supletoriedad que figura en el artículo 149, apartado 3, *in fine*, de la Constitución, que dispone que “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. También es la primera vez que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la eficacia en España

1. STJ, de 24.10.2013, as. *Comisión Europea c. España* (C-151/12), fallo.

2. Su artículo 129 modificó el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 2000/60/CE.

3. Las dos condenas anteriores, SSTJ de 7.5.2009 (C-516/07) y de 4.10.2012 (C-403/11). Para un análisis de la práctica española de ejecución normativa del derecho ambiental de la Unión Europea, NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La transposición de Directivas ambientales en el Estado autonómico”, en ARZOZ SANTISTEBAN, X. (Dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, Institut d’Estudis Autonòmics, 2013, pp. 281-344.

de esta cláusula a la hora de ejecutar el Derecho de la Unión, sumándose, con la autoridad que le es propia, a un avispero doctrinal regado por ríos de tinta.

Hace años se extendió en las ciencias sociales, en las ciencias del comportamiento y fundamentalmente en la antropología, el uso de dos términos importados de la lingüística, *emic* y *etic*, para distinguir la doble perspectiva o punto de vista que puede adoptar un etnógrafo cuando describe, analiza y explica (en nuestro contexto podríamos decir “justifica”) la conducta, la costumbre o una institución de los nativos que observa. Según esa distinción, puede hacerlo con perspectiva *emic* si reproduce los contenidos culturales o la idiosincrasia (la doctrina o la jurisprudencia, si transponemos el contenido a nuestro contexto) tal como se les aparece a los agentes u operadores de la esfera cultural (u ordenamiento jurídico) del pueblo que analiza; o puede hacerlo desde el punto de vista *etic* si, más que reproducirlos, explica o enjuicia esos contenidos desde una perspectiva externa, mediante criterios o factores que no son necesariamente percibidos como internos o propios por la comunidad de referencia<sup>4</sup>.

En la sentencia de 24 de octubre de 2013 que comentamos, la argumentación del Tribunal de Justicia alterna ambas perspectivas y dosifica las razones, a veces con avaricia, que le llevan a concluir que “la aplicación de la cláusula de supletoriedad en el presente asunto carece de pertinencia”<sup>5</sup>. Como veremos, el Tribunal razona *emic*, aunque por boca de la Comisión, que asume aquí el papel del etnógrafo que explora, observa *in situ* y toma nota en su cuaderno de campo – que quien juzga lee en Luxemburgo– de las dudas del Consejo de Estado sobre el artículo 149.3 de la Constitución como “garantía del cumplimiento del Derecho Comunitario”, de las querellas doctrinales al respecto y del silencio del Tribunal Constitucional (roto, no obstante, unos meses antes de esta sentencia sin que reparen en ello ni el explorador ni el lector). Y argumenta *etic* para descartar la cláusula de supletoriedad cuando contrasta su operatividad con las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Afortunadamente, con la cautela que adorna a un órgano que crea jurisprudencia, el Tribunal precisa que tal conclusión la alcanza “en el presente asunto”. Pero no hay seguridad de que entre nosotros, a la hora de extraer conclusiones domésticas, se lea el resultado con igual moderación. En efecto, en el que acaso sea el primer comentario de la sentencia, X. PONS RAFOLS reflexiona:

“Si, tal como ha establecido el TC, difícilmente cabe la supletoriedad como mecanismo de garantía del cumplimiento autonómico del derecho de la Unión Europea –salvo que exista título competencial habilitante de la norma estatal– y si, tal como ha establecido el TJUE, un hipotético planteamiento de la supletoriedad del derecho estatal debería casar,

4. BUENO, G., *Nosotros y ellos. Ensayo de reconstrucción de la distinción emic/etic de Pike*, Pentalfa, Oviedo, 1990, pp. 9-10.

5. Apartado 35.

desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea, con las exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, en el sentido de la certidumbre, claridad y precisión del derecho, resulta obvio que habrá que recurrir a otros mecanismos constitucionalmente aptos para garantizar, en su caso, el cumplimiento autonómico del derecho de la Unión Europea”<sup>6</sup>.

## II. LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 24.10.2013 (C-151/12)

Como recuerda el Tribunal, la Directiva 2000/60/CE establece un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas, que los Estados miembros debían poner en práctica a más tardar el 22 de diciembre de 2003. Conforme a dicha norma, una “cuenca hidrográfica” es la “superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, [o un único] estuario o delta”.

Es sabido, y así lo reconoce expresamente el Tribunal de Justicia en la sentencia, que “A los efectos de gestión de las aguas, la normativa española distingue dos clases de cuencas hidrográficas, en concreto, las cuencas hidrográficas ‘intercomunitarias’, que comprenden las aguas que discurren por el territorio de varias Comunidades Autónomas, y sobre las cuales el Estado tiene competencia legislativa exclusiva, y las cuencas hidrográficas ‘intracomunitarias’, que se extienden por el territorio de una sola Comunidad Autónoma y sobre las cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias legislativas”<sup>7</sup>. En este marco competencial, el Tribunal condena a España por no haber adoptado todas las medidas necesarias para transponer determinados artículos de la Directiva, en concreto, los artículos 4, apartado 8; 7, apartado 2, y 10, apartados 1 y 2, y el anexo V, sección 1.3 y subsección 1.4.1, incisos i) a iii), al que se remite el artículo 8, apartado 2.

Se trata de disposiciones de estructura prescriptiva dispar y cuyo alcance a efectos de crear derechos para los particulares susceptibles de ser invocados ante los órganos jurisdiccionales nacionales es incierto, y que, en cualquier caso, queda imprejuizado pese a que el Tribunal evoca esta característica para valorar la claridad y precisión exigible a las normas de transposición. En su mayoría son disposiciones que imponen deberes de cuidado en relación con la consecución de objetivos medioambientales, de modo que resulta exigible al Estado miembro la obligación de velar, al poner en práctica los programas de medidas especificados en los planes hidrológicos de cuenca, por que en la aplicación no se excluya de forma duradera o ponga en peligro el logro de esos objetivos en otras masas

6. “El Tribunal de Justicia y la supletoriedad del derecho estatal como garantía del cumplimiento autonómico del derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47, 2014, pp. 152-153.

7. Apartado 11.

de agua de la misma demarcación hidrográfica; o de cuidar, en relación con las aguas utilizadas para la captación de agua potable, “que, en el régimen de depuración de aguas que se aplique y de conformidad con la normativa comunitaria, el agua obtenida cumpla los requisitos de la Directiva 80/778/CEE, modificada por la Directiva 98/83/CE”; o, en materia de vertidos en las aguas superficiales, velar por que se controlen mediante un planteamiento combinado que recurra a las mejores técnicas disponibles, cumpla los valores límite de emisión que correspondan y, en el caso de impactos difusos, con los criterios de control establecidos en las concretas Directivas que enumeran. En otras disposiciones, como en las contenidas en el anexo V de la Directiva, se articulan reglas relativas al seguimiento del estado ecológico y del estado químico de las aguas superficiales, estableciendo que la red de seguimiento de esas aguas cumplan determinados requisitos, se diseñe de tal manera que ofrezca una visión general coherente y completa del estado ecológico y químico de cada cuenca hidrológica, permita la clasificación de las masas de agua en cinco clases, y todo ello quede reflejado en un mapa que muestre la red de seguimiento en el plan hidrológico de cuenca. Asimismo, los artículos imponen a los Estados miembros que establezcan, para cada período de aplicación del plan hidrológico de cuenca, un programa de reconocimiento inicial y un programa de seguimiento ordinario que garantice que se miden los parámetros representativos del estado de cada indicador de calidad pertinente. La sección 1.3 y la subsección 1.4.1, incisos i) a iii), del anexo V de la Directiva contienen normas en materia de seguimiento del estado ecológico y del estado químico de las aguas superficiales y de clasificación y presentación del estado ecológico, estableciendo criterios de concepción del control de vigilancia, del control operativo, de concepción del control de investigación, de periodicidad de los controles y de requisitos adicionales para el control de las zonas protegidas y de normas de control de los indicadores de calidad. Finalmente, exigen a los Estados miembros que establezcan sistemas de control a fin de calcular los valores de los indicadores de calidad biológicos especificados para cada categoría de aguas superficiales o para las masas muy modificadas y artificiales de agua superficial, que permitan la comparabilidad entre sistemas, para lo que se prevé unos índices de calidad a efectos de clasificación del estado ecológico.

El propio Estado contribuyó inicialmente a desencadenar el procedimiento por incumplimiento de la Directiva con una adopción incompleta y tardía de las medidas correspondientes a sus competencias, las relativas a las cuencas intercomunitarias, transposición que hizo mediante la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica (BOE de 22.09.2008), modificada por la Orden ARM/1195/2011, de 11 de mayo (BOE de 13.05.2011). Pero su comportamiento, rectificado en el curso de la fase precontenciosa o procedimiento administrativo, no es objeto de recurso. A la declaración judicial del incumplimiento contribuye Cataluña pese a que había adoptado dos normas –el Decreto 380/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la planificación hidrológica de Cataluña (Diario Oficial

de la Generalidad de Cataluña de 16.10.2006) y el Acuerdo del Gobierno de la Generalidad de Cataluña (GOV/128/2008), de 3 de junio, por el cual se aprueba el Programa de Seguimiento y Control del Distrito de Cuenca Fluvial de Cataluña—, medidas sin embargo insuficientes para que el Tribunal deje de apreciar el incumplimiento en la transposición de los artículos 7, apartado 2, y 10, apartados 1 y 2, de la Directiva. Y contribuyen especialmente el resto de las Comunidades Autónomas, ya que todas habían incurrido en omisión legislativa absoluta por lo que atañe a sus respectivas cuencas hidrográficas intracomunitarias.

La argumentación del Tribunal para apreciar el incumplimiento en lo que concierne a Cataluña se limita a reiterar la doctrina conocida, por consolidada, relativa a que el momento en el que debe enjuiciarse el cumplimiento es el de la expiración del plazo señalado en el dictamen motivado. También reitera, aunque implícitamente, la doctrina que exige congruencia entre los motivos alegados por la Comisión en el escrito de requerimiento, en el dictamen motivado y en la demanda, pero esta vez para descartar uno de los incumplimientos imputados. Lo hace el Tribunal cuando recuerda que:

“A este respecto, procede señalar que, ciertamente, el Reino de España ha invocado estas medidas de transposición por primera vez en su escrito de contestación, lo que no puede conciliarse con la obligación de cooperación leal que incumbe a los Estados miembros con arreglo al artículo 4 TUE, apartado 3. Sin embargo, el presente recurso no tiene por objeto un incumplimiento de la obligación de información, sino un incumplimiento de la obligación de transponer determinadas disposiciones de la Directiva 2000/60. El mero hecho de que el Reino de España no haya informado a la Comisión en la fase administrativa previa de que la transposición ya había tenido lugar no basta para demostrar el incumplimiento alegado”<sup>8</sup>.

Ahora bien, el interés de esta sentencia reside en la argumentación del Tribunal de Justicia frente a la excusa que formula España para probar la inexistencia del incumplimiento por parte del resto de las Comunidades Autónomas, incursas en omisión legislativa en lo que atañe a las cuencas hidrográficas intracomunitarias propias. En efecto, el Estado reconoce la ausencia de medida autonómica específica de transposición, pero alega que:

“la transposición en Derecho interno de las obligaciones que se desprenden de las mencionadas disposiciones de la Directiva 2000/60 para las cuencas hidrográficas intracomunitarias situadas fuera de Cataluña está garantizada por la cláusula de supletoriedad que figura en el artículo 149, apartado 3, *in fine*, de la Constitución. (...) De dicha cláusula de supletoriedad se deriva, en particular, que, cuando la Comunidad Autónoma, dotada de competencia legislativa en un ámbito determinado, no

---

8. Apartado 49.

hace uso de esta competencia o sólo la ejerce parcialmente, las normas estatales siguen estando vigentes, total o parcialmente, en los aspectos no regulados por la Comunidad Autónoma”<sup>9</sup>.

En definitiva, España sostiene que la Orden de 2008, más aún tras su modificación en 2011, rellenaría el vacío normativo relativo a las cuencas hidrográficas intracomunitarias, en virtud de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal. Por ello, quien lo desconozca solo pretende en realidad imponer una concreta forma de transposición, infringiendo los artículos 4 TUE, apartado 2, y 288 TFUE, párrafo tercero. En otras palabras, quien así actúe niega el principio de autonomía institucional, el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, incluida la autonomía local y regional, y la naturaleza y estructura normativa de las directivas, que, es sabido, obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero dejan a las autoridades nacionales libertad en la elección de la forma y de los medios para alcanzarlo.

Y eso es, precisamente, lo que según nuestro Estado hace la Comisión, que “alega que la interpretación de la cláusula de supletoriedad propuesta (...) no es una interpretación admitida por la jurisprudencia constitucional española”<sup>10</sup>, y añade, además, que en cualquier caso, las Órdenes Ministeriales invocadas no se aplican efectivamente a las cuencas hidrográficas intracomunitarias, a lo que España replicará, echando en materia de aguas más leña al fuego, que aun admitiendo que el derecho estatal no se aplicara supletoriamente, se habría incorporado por referencia al ordenamiento autonómico mediante la remisión que los planes de gestión de las cuencas hidrográficas intracomunitarias hacen de modo expreso a la Orden de 2008.

Ya anticipamos que el Tribunal de Justicia, con una doble perspectiva *emic* y *etic*, quitará la razón a España. Pero antes de exponer y analizar su argumentación resulta imprescindible recordar la jurisprudencia constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del derecho estatal.

### III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL

Resulta vano el intento de resumir de modo acabado, en el espacio de este comentario, la jurisprudencia constitucional sobre la cláusula de supletoriedad, anegada además por decenas de estudios, artículos y comentarios, no exentos de polémica<sup>11</sup>.

9. Apartado 23.

10. Apartado 24.

11. Son de cita común las monografías de LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991; TAJADURA TEJADA, J., *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho*

El propio Tribunal reconstruye parte del proceso en la STC 118/1996, de 27.06.1996, pero A. ARCE JANÁRIZ<sup>12</sup> lo ha hecho en su totalidad con brillantez. Recuerda este autor que en la configuración del Estado autonómico que establece la Constitución de 1978, la supletoriedad del derecho estatal permitía, en “la inicial inexistencia de ordenamientos autonómicos (...), subvenir a un vacío normativo total y (...) garantizar al propio tiempo la continuidad del ordenamiento”. Esta función, que reflejan simétricamente las cláusulas estatutarias que declaraban la vigencia de la legislación estatal hasta que la Comunidad Autónoma no ejerciera sus competencias, muta a medida que las Comunidades Autónomas, ejerciéndolas, llenan con normativa propia los ámbitos materiales. Ahora bien, dada la heterogeneidad de techos competenciales en los primeros años del desarrollo autonómico, la supletoriedad, concebida inicialmente en el plano de la aplica-

*autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, y TEJEDOR BIELSA, J. C., *La garantía constitucional de la unidad de ordenamiento en el Estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, Madrid, 2000. Sin embargo, para entender la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia resulta imprescindible partir de la polémica tácita entre los profesores I. OTTO y PARDO y S. MUÑOZ MACHADO en los años 80 del pasado siglo, en la que el primero sostenía, en coherencia con su concepción del Estado autonómico o regional, por contraposición al federal, y de las características de sus respectivos ordenamientos, que de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución debía deducirse una cláusula general de competencias a favor del Estado, habilitado para regular cualquier materia, tesis que el segundo negaba. La posición de OTTO y PARDO, incoada en varios trabajos que se inician con un artículo de 1981 sobre la prevalencia del derecho estatal, se recopiló en sus *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, y en su *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987. Hoy ambas obras pueden consultarse en sus *Obras completas*, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, pp. 697-1088. La tesis de S. MUÑOZ MACHADO, en su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, Tomo I, pp. 409-413; en la segunda edición de esta obra (Iustel, Madrid, 2007), el autor añade al texto de entonces una larga nota a pie de página (Tomo I, nota 96, pp. 534-536) que sintetiza la evolución de la jurisprudencia constitucional; también expone *in extenso* su tesis, sin eludir la polémica con autores posteriores, en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Iustel, Madrid, 2006, Tomo II: *El ordenamiento jurídico*, pp. 277-293.

12. “Relaciones con el derecho estatal: prevalencia y supletoriedad”, en ARCE JANÁRIZ, A. (Coordinador), *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2003, pp. 113-130, en especial 120-130. También expone y evalúa la jurisprudencia, BORRAJO INIESTA, I., “La supletoriedad del Derecho estatal”, en Actas de las IV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La supletoriedad del Derecho estatal*; Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 11-50. *IDEM*, “Artículo 149.3. El orden constitucional de competencias y ordenamientos”, en CASAS BAHAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 2479-2503, en especial 2499-2502. Una visión sintética de la evolución jurisprudencial desde la perspectiva del factor “competencia”, LEGUINA VILLA, J., “El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2, 1997, pp. 9-24.

ción del derecho, con la función de rellenar lagunas, pasa a convertirse en una competencia estatal supletoria que evita vacíos normativos en las Comunidades con menos competencias, en las que permanecen pasivas en el uso de sus competencias, o en aquellas que, usándolas, regulan defectuosamente una materia.

Esta es la función que, pragmáticamente, reflejan diversas sentencias del Tribunal Constitucional en la década de los ochenta<sup>13</sup>, que no ve problemas de orden competencial en esta función de la cláusula de supletoriedad, aunque se cuide de advertir al legislador estatal que distinga entre los contenidos normativos de aplicación directa y los meramente supletorios.

En la década de los noventa, cuando el Estado autonómico se cierra con una equiparación de niveles competenciales, borrándose la distinción temporal entre Comunidades dotadas de autonomía plena inmediata y Comunidades con autonomía diferida, el Tribunal culmina de forma gradual un giro jurisprudencial que atiende básicamente al factor “competencia”. A. ARCE JANÁRIZ señala los hitos de esta evolución: el Tribunal declara (SSTC 147/1991, de 20.06.1991; 118/1996, de 27.06.1996) que la regla de supletoriedad del derecho estatal “no constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado”, de modo que para producir derecho, el Estado necesita un “título competencial específico” (STC 118/1996), y no “puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial” (STC 118/1996), por lo que la supletoriedad sólo se predica “de las normas dictadas válidamente por el Estado en materias de su competencia” (STC 118/1996). Por ello, en las materias en las que las Comunidades Autónomas tienen las mismas competencias, ya sean exclusivas o compartidas de acuerdo a la técnica bases/desarrollo, el Estado no puede, sin vulnerar el orden constitucional de competencias, producir derecho invocando la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3, ya que no es título competencial.

Aún quedaba extraer otra consecuencia, lo que hizo el Tribunal con una declaración que constituye la estación final de esta travesía en la que se asiste a un desapoderamiento tal del Estado que se le impide derogar sus propias normas:

“Si, como hemos señalado, la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio Derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo. De otro modo, si el legislador estatal suprimiese, mediante su derogación, el derecho sobre una materia cuya competencia ya no es suya, sino de las Comunidades Autónomas, vendría a quebrantar una de las finalidades básicas de la

13. SSTC 5/81, de 13.02.1981; 84/82, de 23.12.1982; 85/83, de 10.07.1983; 49/84, de 5.04.1984; 49/88, de 22.03.1988; 53/88, de 24.03.1988; 13/89, de 26.01.1989.

cláusula de supletoriedad, cual es la de que, con la constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial del ordenamiento, permitiendo y prescribiendo, con este propósito, la aplicación supletoria, potencialmente indefinida, del ordenamiento estatal<sup>14</sup>.

Cabe preguntarse, no obstante, si este era el final del camino, si se agotaba así la función supletoria del derecho estatal o aun le restaba alguna función “residual”.

#### IV. LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD COMO GARANTÍA DE LA EJECUCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA STC 79/1992 Y SU CONSOLIDACIÓN EN LAS SSTC 130/2013 Y 135/2013

Parecería que esta evolución de la jurisprudencia constitucional, extremadamente cuidadosa del factor competencial, confina la función de la cláusula de supletoriedad al plano de la aplicación del derecho, vedándole el plano de la creación o producción normativas. En otras palabras, el artículo 149.3 de la Constitución estaría ahora dirigido exclusivamente al aplicador del derecho, proporcionándole un instrumento eficaz para colmar lagunas, ya que apreciada una en el ordenamiento complejo español, el operador, ordinariamente el juez, puede recurrir, agotadas las vías de autointegración, a la supletoriedad del derecho estatal como vía de heterointegración que preserva la completitud o plenitud del sistema. Pero la cláusula no habilitaría por sí sola, aisladamente y sin conexión con otras bases jurídicas constitucionales, la producción normativa dirigida a colmar vacíos producidos por omisiones legislativas de quien resulta, en un sistema articulado por el reparto de competencias entre distintos entes, el único titular de la competencia para normar el supuesto<sup>15</sup>.

Esta separación o disyunción estricta de planos –el de la aplicación y el de la creación del derecho– parece un pensamiento claro y distinto, pero se oscurece y difumina en el ámbito de la ejecución del Derecho de la Unión Europea. En este campo al menos, pero acaso también en otros, la cláusula de la supletoriedad del derecho estatal, aunque es cierto que en conexión con otros preceptos constitu-

14. STC 61/97, de 20.03.1997.

15. Un análisis de la función integradora de la cláusula de supletoriedad, en BALAGUER CALLEJÓN, F., “La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal”, *RAP*, 124, 1991, pp. 95-147, aunque este autor descartaba la cláusula del 149.3 como instrumento idóneo para subvenir al incumplimiento de obligaciones internacionales por omisión normativa de las Comunidades Autónomas (pp. 127-132). La dualidad de planos la ensaya, bajo la denominación de “dimensión funcional” y “dimensión competencial” de la cláusula de supletoriedad, PÉREZ TREMPES, P., “Notas sobre el principio de supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho de las Comunidades Autónomas”, en *La supletoriedad...*, *cit.* pp. 85-107.

cionales, en especial los artículos 93 y 149.1.3<sup>a</sup>, puede recobrar el aliento incluso o principalmente en la función de producción normativa.

Dicho brevemente, resulta inevitable no ver en el artículo 149.3 una vía para garantizar la ejecución del Derecho de la Unión, en un campo en el que el Estado es, *ad extra*, el único responsable de su cumplimiento, sin perjuicio de la repercusión *ad intra* de las consecuencias de su incumplimiento. Se comprende así que la doctrina científica haya dirigido hacia él su mirada cuando buscaba instrumentos que permitieran prevenir las carencias o reaccionar frente a ellas. Bien como profilaxis, bien como terapia, lo contemplaron antes de la deriva jurisprudencial del Tribunal Constitucional muchos autores, algunos (S. MUÑOZ MACHADO, A. MANGAS MARTÍN o P. PÉREZ TREMPs) incluso antes o en el momento mismo de la adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas. No es cuestión de relacionarlos aquí exhaustiva y puntillosamente, con cita copiosa a pie de página.

De lo que no cabe duda es de que, en pleno giro jurisprudencial o culminado este a finales de los años noventa, no fueron pocos quienes, de modo inmediato, apuntaron a la función de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal en su dimensión de producción de derecho, y la rescataron –aun con matices o límites que no procede recordar ahora– para garantizar el cumplimiento del derecho comunitario en materia de competencia autonómica<sup>16</sup>.

Subrayar esta función tenía amparo en la propia jurisprudencia constitucional, aunque fuera en un pasaje de una sentencia aislada, anterior a la culminación del giro descrito, y pronunciado a modo de *obiter dictum*, ya que el fragmento se introduce con un “por otra parte”, o sea, dicho sea de paso. En efecto, en la STC 79/1992, de 28.05.1992, *Ayudas del FEOGA*, el Tribunal había declarado:

“Por otra parte, en casos como los que contemplamos, las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las Comunidades Autónomas para los mismos fines en el ámbito de sus competencias. Sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 C.E. no constituye una cláusula universal atributiva de competencias (SSTC 15/1989, 103/1989 y 147/1991), en tales casos la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada. Primero, porque se trata de una materia –la agricultura y la ganadería– en la que existen competencias estatales concurrentes de ordenación general del sector en todo el te-

16. ALONSO GARCÍA, R., “Supletoriedad del Derecho estatal y ejecución del Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la C.E.*, B-123, 1997, pp. 1-4. BORRAJO INIESTA, I., “La supletoriedad...”, *cit.*, pp. 49-50; GÓMEZ PUENTE, M., “Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico”, *REDA*, 98, 1998, p. 229 (aunque sin citar específicamente el ámbito comunitario); RUIZ RUIZ, F., “La función de garantía del cumplimiento autonómico del derecho comunitario europeo”, *REDC*, 51, 1997, pp. 174-180.

ritorio nacional lo que legitima esa intervención normativa estatal, al menos con alcance supletorio (STC 147/1991). Segundo, porque, a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos (art. 93 C.E., conforme al que ha de interpretarse también al alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 C.E.). Tercero, porque de lo contrario podría llegarse (y de hecho se hubiera llegado) a la absurda conclusión de que, ante la pasividad normativa de todas o algunas Comunidades Autónomas, los agricultores y ganaderos de las mismas no podrían percibir las ayudas que les corresponden según la reglamentación comunitaria aplicable, resultado este que nunca puede quedar justificado en virtud de una rígida interpretación del orden constitucional de competencias y que, precisamente, una cláusula de cierre como la del art. 149.3 C.E. contribuye a evitar. Por último y decisivamente, porque la aplicabilidad de las ayudas del FEOGA en España, que es uno de los capítulos cuantitativamente más importantes de los recursos que se reciben de la CEE, afecta a las relaciones financieras del Reino de España con la Comunidad y a su equilibrio presupuestario, incidiendo de manera indirecta en la Hacienda General (art. 149.1.14ª C.E.). Si bien ello no priva a las Comunidades Autónomas de las competencias que les correspondan en la aplicación del Derecho derivado, sí justifica la adopción por el Estado de las normas con alcance eventualmente supletorio que sean precisas a fin de que esas relaciones financieras no queden al albur de la actividad o pasividad normativa de todas y cada una de las Comunidades Autónomas competentes en la materia”<sup>17</sup>.

Este pronunciamiento era hasta hace meses *rara avis*<sup>18</sup> en la jurisprudencia del Tribunal, pero suficiente para que coincidiera con él –o se apoyara en él– un sector de la doctrina. En efecto, muchos autores reiteran o consideran en la actualidad que el artículo 149.3 de la Constitución, en conexión, como hemos dicho, con la función de garantía del cumplimiento de obligaciones internacionales o emanadas de organizaciones supranacionales que el artículo 93 atribuye a las

17. FJ 4. Es cierto que con frecuencia también se invoca como complemento o apoyo de esta doctrina jurisprudencial la STC 195/1998, de 1.10.1998, *Marismas de Santoña*, pero también lo es que en ella el Tribunal no menciona la supletoriedad.
18. Pronunciamiento que el TC recordó en dos sentencias temporalmente muy próximas: STC 41/1993, de 22.04.1993 (“Dicho sea sin perjuicio del carácter supletorio de la legislación propia de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, esos preceptos pueden tener (STC 79/1992, fundamento jurídico 3) y que aquí no se cuestiona.”, FJ 4), y STC 213/1994, de 14.07.1994 (“El Estado puede elaborar normas que, sin ser básicas, tengan carácter supletorio en la materia, posibilidad plenamente justificada en los términos señalados en el fundamento jurídico 3º de la STC 79/1992.”, FJ 4, b) 2º).

Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, y con la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de relaciones internacionales, constituye base suficiente para que el Estado pueda producir normas preventivas o correctoras innovadoras en caso de inactividad normativa de ejecución por parte de las Comunidades Autónomas<sup>19</sup>. Otros autores, con perspectiva más general, vinculan incluso la intervención o competencia supletoria en el ámbito de la ejecución del Derecho de la Unión y en otros campos con “necesidades sistémicas”<sup>20</sup>.

Es cierto, no obstante, que acerca del momento en que debería actuar el Estado, de la vigencia en el tiempo de esas normas o de la delimitación que la norma estatal supletoria debería hacer de su propio alcance, no existe unanimidad. Como también lo es que algún autor no ve inconveniente en la operatividad de la cláusula de supletoriedad, pero solo con efectos de heterointegración a la hora de resolver una controversia jurídica un órgano jurisdiccional y nunca con efectos “sustitutivos” por parte del Estado de la omisión o infracción autonómica<sup>21</sup>.

La existencia de esta “gama de grises” y de las “numerosas incógnitas”<sup>22</sup> que adornan a la cláusula de supletoriedad, la puso de manifiesto el *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario*, rendido el 15 de diciembre de 2010, a petición del Gobierno<sup>23</sup>. El Alto Órgano Consultivo sostenía en él que la STC 79/1992 daba argumentos para explorar la vía de la supletoriedad como instrumento adecuado de garantía, aunque a renglón seguido reconocía el escaso uso que el legislador estatal había hecho de la cláusula, invocada o ejercida de hecho hasta entonces en contadas ocasiones. Dada la falta de concreción acerca de cómo articularla, se inclinaba por la experiencia italiana y daba algunas recomendaciones –acordes con las que él mismo había recogido en algunos de sus dictámenes<sup>24</sup>–. Así, sugería que la previsión supletoria entrase en vigor a la expiración del plazo de transposición, o que si se insertaban tales normas “en una disposición dictada al amparo de las competencias estatales, deben ser identificadas en ella las previsiones que tienen carácter supletorio, sin que quepa admitir que las mismas tengan simultáneamente la cobertura de un

19. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., pp. 292-293; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, p. 456; *IDEM*, “La repercusión sobre las Comunidades Autónomas de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 15, 2011, pp. 53-54.

20. ARCE JANÁRIZ, A., “Relaciones...”, cit., p. 127.

21. SANCHEZ BARRILAO, J. F., “La supletoriedad del Derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas”, *ReDCE*, 1, 2004, pp. 262-263.

22. BORRAJO INIESTA, I., “Artículo 149...”, cit., p. 2502.

23. Accesible en (<http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf>).

24. Véase, por ejemplo, el Dictamen 99/2009, de 18.03.2009, relativo al Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios.

título competencial del Estado, distinto del previsto en el artículo 149.1.3ª de la Constitución”.

Aparentemente, esta era la situación en el momento en el que se pronuncia el Tribunal de Justicia, o al menos estos eran los hechos que tuvo en cuenta *emic* para rechazar la argumentación del Reino de España. Pero la realidad era otra: en octubre de 2013, un observador debió advertir que la STC 79/1992 había dejado de ser un hecho jurídico aislado. En efecto, la doctrina que contenía, además de recordada en abril de 1993 y en julio de 1994, se había reiterado en dos ocasiones más, en las SSTC 130/2013, de 4.6.2013 y 135/2013, de 6.6.2013, en sendos recursos de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, promovidos, respectivamente, por el Gobierno de Aragón y por el Parlamento de Cataluña<sup>25</sup>. En la primera de ellas, el Tribunal afirmó:

“El art. 6.2 establece: ‘Los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en esta Ley tendrán carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea.’

Para el Letrado del Gobierno de Aragón, el precepto es inconstitucional porque la conexión con el Derecho comunitario no altera el reparto competencial en nuestro orden interno, sin que pueda imponerse, por tanto, la normativa estatal a título de supletoriedad.

Para el Abogado del Estado, este artículo se ajusta a la Constitución porque sólo prevé el carácter supletorio de la Ley en cuanto a los procedimientos de concesión y control de las subvenciones con cargo a los fondos europeos, no proyectándose la declaración de supletoriedad respecto de los aspectos sustantivos de la regulación de la subvención.

Debemos tener en cuenta que el art. 6.1 de la Ley establece que ‘las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas’. Este precepto no ha suscitado reproche de inconstitucionalidad, que sólo se suscita respecto de la aplicación supletoria a estas subvenciones de los procedimientos de concesión y control previstos en el articulado de la Ley.

En relación con las subvenciones que conlleven financiación comunitaria, hemos afirmado que esta conexión comunitaria no altera el reparto competencial de nuestro orden interno, de modo que ‘las normas del Estado que no sean simple transposición de las comunitarias, sino que sirvan de desarrollo o complemento de éstas, sólo pueden tener

---

25. La ponderación de estas sentencias acaso habría modulado la reflexión final del profesor X. PONS RAFOLS recogida *supra* (véase nota 6).

aplicación directa sin invadir las competencias que sobre agricultura y ganadería ostentan las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña cuando hayan de ser consideradas normas básicas de ordenación del sector, o bien cuando la existencia de una regulación común esté justificada por razones de coordinación de las actividades del Estado y de las Comunidades Autónomas relativas a la ejecución de las medidas de ayuda previstas en los Reglamentos comunitarios aplicables. Con estas salvedades, las Comunidades Autónomas pueden adoptar las disposiciones necesarias para complementar esa normativa europea y regular las operaciones de gestión que les corresponden, en el marco del Derecho europeo y de las normas estatales de carácter básico o de coordinación”.

El Tribunal Constitucional, a continuación, cita literalmente el Fundamento Jurídico 3 de la STC 79/1992 y concluye que “Teniendo en cuenta esta doctrina, hemos de apreciar que el precepto recurrido se adecua a la Constitución, pues la aplicación de ‘los procedimientos de concesión y control de las subvenciones regulados en esta Ley’ persigue garantizar la efectividad del Derecho de la Unión Europea en caso de pasividad de las Comunidades Autónomas. Por tanto, procede desestimar la impugnación del art. 6.2.”<sup>26</sup>

26. FJ 9, C). La sentencia cuenta con un Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhieren los Magistrados don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asúa Batarrita, doña Encarnación Roca Trías y don Fernando Valdés Dal-Ré, del siguiente tenor: “b) Finalmente, discrepo igualmente del enjuiciamiento del art. 6.2 que se contiene en el fundamento jurídico 9 C). Allí la Sentencia toma una doctrina sectorial, la de la STC 79/1992, de 28 de mayo, elaborada en relación con unas concretas ayudas en un específico sector económico, como la agricultura y ganadería, y la convierte en la doctrina general en la materia sin explicar sus relaciones, si las hay, con la doctrina de la supletoriedad del derecho estatal de las conocidas SSTC 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo. Las razones que aporta la Sentencia consisten, además de la cita del fundamento jurídico 3 de la STC 79/1992, en afirmar, lisa y llanamente, que “la aplicación de ‘los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en esta Ley’ persigue garantizar la efectividad del Derecho de la Unión Europea en caso de pasividad de las Comunidades Autónomas”. No creo que esa sea la finalidad de la norma, que no traspone por sí misma norma comunitaria alguna, sino que se limita a establecer un orden de prelación de fuentes sobre aspectos instrumentales y parciales de la subvención (los procedimientos de concesión y control), cuestión muy distinta de la garantía de la efectividad de las norma europeas. Estimo, por eso, que la STC 79/1992 se refería a un caso distinto del que ahora se examina. Allí se trataba de la posibilidad de que las normas estatales preexistentes pudieran tener valor supletorio en ausencia de norma autonómica de trasposición o de desarrollo normativo del derecho comunitario, de modo que la actividad legislativa o reglamentaria autonómica posterior desplaza dicha norma estatal, relativa a la misma materia. Sin embargo la supletoriedad que ahora se proclama es la de una regulación general, la de la Ley general de subvenciones, que se contraponen a las normas de regulación directa de las subvenciones. Obsérvese que la supletoriedad de estos procedimientos se predica respecto de “las normas de aplicación directa a las sub-

Idéntica tesis reitera el Tribunal en la STC 135/2013, también con cita expresa de la STC 79/1992, cuya “doctrina constitucional (...) ha de guiar nuestro enjuiciamiento”<sup>27</sup>.

Podrá discutirse, como hace el Voto particular que acompaña a la Sentencia, acerca del alcance de la doctrina de la STC 79/2013 en cuanto al ámbito material –general o sectorial– en el que rige, pero resulta indudable que las SSTC de junio de 2013 suponen lo que T. DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI califica de “reanimación” del principio de supletoriedad en la ejecución del derecho de la Unión Europea. Para este autor, la STC 130/2013 matiza el pronunciamiento general de la STC 61/1997 al reconocer una excepción al mismo, ya que en el ámbito de la ejecución de la Unión Europea cabe que el Estado produzca normas innovadoras de carácter meramente supletorio, lo que se justifica en que “existen competencias estatales concurrentes de ordenación general del sector en todo el territorio nacional ex artículo 149.1.13<sup>a</sup> CE, que reserva al Estado la regulación sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, lo que legitima esa intervención normativa estatal, al menos con alcance supletorio”, y dado que “a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos (art. 93 C.E., conforme al que ha de interpretarse también al alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 C.E.)”.

Resalta además este autor que “De acuerdo con la doctrina establecida en la STC 130/2013, las normas estatales dictadas con alcance supletorio, no impedirían el ejercicio de la competencia autonómica” y que “El Tribunal Constitucional no ha entrado a establecer condiciones adicionales para que el Estado pueda adoptar tales normas supletorias”, condiciones del tipo de las que sugería en su *Informe* el Consejo de Estado: ni la relativa al momento de la entrada en vigor

---

venciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea” y no, por ejemplo, de la ausencia de normas autonómicas aplicables. Es decir, el propio precepto legal presupone –a diferencia del caso de la STC 79/1992– que ya existen normas nacionales de desarrollo o trasposición de la normativa comunitaria y lo que dice es que, caso de existir lagunas en ellas en los aspectos relativos a los procedimientos de concesión y control, dichas lagunas van a ser colmadas aplicando lo previsto en la Ley general de subvenciones. Eso implica extender la aplicación, bien que con carácter supletorio, de la totalidad de los títulos primero y tercero de la Ley general de subvenciones a todas las subvenciones, total o parcialmente financiadas con fondos comunitarios y con independencia de cuál sea la competencia estatal que se relacione con la materia a la que las subvenciones se refieran”.

27. FJ 2, b). La Sentencia cuenta también con el Voto particular del Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhieren las Magistradas doña Adela Asúa Batarrita, doña Encarnación Roca Trias y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, que se remite al formulado a la STC 130/2013.

(una vez expirase el plazo de transposición de las Directivas)<sup>28</sup>, ni el relativo a “una eventual obligación del Estado de diferenciar en la norma dictada entre los preceptos supletorios y los preceptos básicos. Diferenciación que permitiría a las Comunidades Autónomas salvaguardar mejor sus competencias”.<sup>29</sup>

## V. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

En el recurso por incumplimiento, España reconoció lo obvio, que había una omisión legislativa autonómica, pero alegó que la inactividad normativa era suplida por las normas estatales, “que siguen estando vigentes, total o parcialmente, en los aspectos no regulados por la Comunidad Autónoma”. La norma estatal era la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica, que ordenaba las cuencas intercomunitarias, ámbito espacial de aplicación expresa<sup>30</sup>. La defensa de España añadió, sin mencionar la cláusula de supletoriedad, que, en cualquier caso, la Directiva Marco de Aguas, en los aspectos controvertidos, se aplicaba efectivamente en las cuencas intracomunitarias en virtud de la remisión normativa que hacían los instrumentos de planificación autonómicos a la norma estatal.

### A. LAS RAZONES DE LA ABOGADA GENERAL

La Abogada General propuso al Tribunal en sus Conclusiones que rechazara estas alegaciones<sup>31</sup>. La argumentación, al analizar la eficacia de la cláusula de supletoriedad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que impone la Directiva, alterna los planos normativo y meramente aplicativo, aunque no siempre con la claridad deseable. La Abogada General comienza su argumentación en el segundo plano, reconociendo que el Tribunal de Justicia no puede determinar si la Orden, de acuerdo con el artículo 149.3 es, de hecho, aplicable a las cuencas hidrográficas intracomunitarias, pues “se trata de una cuestión del Derecho interno español, sobre la que en definitiva deben pronunciarse los órganos jurisdiccionales españoles”.

28. “Deferir la entrada en vigor de la norma estatal supletoria –precisa T. DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI– no supondría transformar un medio preventivo, destinado a evitar el incumplimiento, en un medio reactivo, cuyo objeto sea poner fin al incumplimiento, pues el incumplimiento no llegaría nunca a producirse. Sin embargo, deferir la entrada en vigor de la norma estatal supletoria evitaría su aplicación anticipada y supondría respetar la idea de que la norma europea tiene que ser ejecutada en primera instancia por el nivel territorial competente para hacerlo, y sólo en segunda instancia y en caso de incumplimiento, por el Estado”.

29. “La STC 130/2013, de 4 de junio, y la ‘reanimación’ del principio de supletoriedad en el ámbito de la ejecución del Derecho de la Unión Europea”, en *Diritti Regionali. Osservatorio Sulle Autonomie* (<http://dirittiregionali.org/>).

30. El artículo único, apartado 2, de la Orden de 2008 dispone que “la instrucción que se aprueba será de aplicación en las cuencas hidrográficas intercomunitarias”.

31. J. KOKOTT, as. *Comisión c. España* (C-151/12), presentadas el 30.05.2013.

diccionales españoles, lo que, conforme a la información disponible, aún no ha sucedido”<sup>32</sup>. Pero, a continuación, considera innecesario examinar ese aspecto, pues de lo que se trata, dice, es de saber si la cláusula de supletoriedad invocada por España permite superar el obstáculo de que la Orden, según su tenor literal, solo se aplique a las cuencas intercomunitarias.

Tras recordar la libertad de elección de medios y formas que concede toda directiva al Estado miembro para alcanzar el resultado, admite que la transposición expresa y específica no siempre resulta exigible, si el contexto jurídico general “asegura efectivamente la plena aplicación de las normas de la Unión de modo suficientemente claro y preciso”<sup>33</sup>.

Sin embargo, hay que recordar, como se hace en las Conclusiones con cita de abundante jurisprudencia, que esta formulación sintética de la exigencia de efectividad de la plena aplicación y claridad y precisión de las normas de transposición se predica, es cierto, siempre o de modo general para garantizar el primero de los objetivos –el relativo a la efectividad y plena aplicación de la directiva por la Administración nacional–, pero la precisión y claridad se exige de modo especial “en el caso de que la disposición controvertida de la directiva tenga por objeto crear derechos para los particulares”, de forma “que los beneficiarios estén en condiciones de conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, de invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales”<sup>34</sup>.

No sabemos si las disposiciones no transpuestas de la Directiva tenían ese objeto, pues la Abogada General no lo analiza –como tampoco lo hará el Tribunal de Justicia–, pero la omisión no es obstáculo para exigir finalmente los requisitos de claridad y precisión de la transposición, a la que no cabe excluir –se dice– que pueda llegarse de modo suficiente por la vía del artículo 149.3<sup>35</sup>.

Podríamos pensar, llegados aquí, que la Abogada General se mueve en el plano de la eficacia normativa de la cláusula de supletoriedad. Pero quizás estemos en un error, ya que para examinar si la plena aplicación de la Directiva por la Administración nacional está efectivamente garantizada, la dificultad con la que se encuentra es que “La limitación expresa del ámbito de aplicación de la Orden ARM/2656/2008 a las cuencas hidrográficas intercomunitarias constituye, a este respecto, el principal obstáculo. Integrar el Derecho de las Comunidades Autónomas en lo relativo a las cuencas hidrográficas intracomunitarias exigiría una aplicación que excede del tenor de la citada norma”<sup>36</sup>. Es decir, una razón que entraña un juicio relativo a la aplicación, propio del juez de primer grado, sobre el que se proponía que el Tribunal no se pronunciara.

---

32. Apartado 17.

33. Apartado 20.

34. Apartado 21.

35. Apartado 22.

36. Apartado 24.

Hecho el juicio, la Abogada General nos da las razones de la conclusión: el principio de seguridad jurídica, un principio general del Derecho de la Unión, “limita la obligación de interpretar las normas de manera conforme con el Derecho de la Unión en el sentido de que no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Por ese motivo resulta dudoso que sea compatible con el Derecho de la Unión aplicar la Orden ARM/2656/2008, para transponer la Directiva Marco de Aguas, a cuencas hidrográficas intracomunitarias, en contra de su tenor literal”<sup>37</sup>.

A continuación, regresa la Abogada General al análisis de la eficacia de la cláusula de supletoriedad en el plano normativo. Excluirla era fácil, porque la Abogacía del Estado había argumentado vencida de antemano: en lugar de invocar la jurisprudencia de la STC 79/1992, se remite a la general, y confiesa sus dudas. Las relata la Abogada General en los siguientes términos: “España expone que, desde el punto de vista del Derecho constitucional, es imposible llevar a cabo una transposición más clara en Derecho estatal respecto a las cuencas hidrográficas intracomunitarias, puesto que una norma que fuera aplicable expresamente a estas cuencas, incluso sólo de manera supletoria, se inmiscuiría en las competencias de las Comunidades Autónomas”<sup>38</sup>.

La conclusión no se hace esperar, aunque de nuevo se mezclan en la argumentación los planos aplicativo y normativo y la indistinción de requisitos exigibles a la transposición: “esta alegación ilustra las deficiencias de una transposición efectuada en virtud del artículo 149, apartado 3, tercera frase, de la Constitución española: la aplicación supletoria del Derecho estatal no se garantiza con la claridad que precisamente se requiere para la transposición de una directiva, sino que únicamente se lleva a cabo de manera excepcional, cuando no exista otra alternativa. Este extremo se ve confirmado por el mecanismo de supletoriedad de las normas estatales expuesto por España. En efecto, conforme a la jurisprudencia mencionada del Tribunal Constitucional español, dichas normas no resultan aplicables por el mero hecho de que una Comunidad Autónoma no haya legislado sobre una cuestión regulada a nivel estatal, sino únicamente cuando quien aplique el Derecho constate una laguna normativa.” Y ya se sabe que colmar una laguna por parte del aplicador del derecho no da mayores garantías de previsibilidad y constancia, es decir de monotonía de los resultados, que la aplicación directa de la disposición de la directiva de que se trate, remedio último o “garantía mínima” que el propio Tribunal de Justicia no acepta como sustitutivo suficiente de la transposición.<sup>39</sup>

Finalmente, la Abogada General descarta que las remisiones a la Orden de 2008 contenidas en los planes de gestión de las Comunidades Autónomas relativos a las cuencas intracomunitarias constituyan una transposición suficiente, pues no

37. Apartado 25.

38. Apartado 27.

39. Apartados 29 y 30.

resulta evidente que las Comunidades Autónomas actúen en cumplimiento de una obligación legal. Puede obedecer, dice, a consideraciones de mera utilidad, lo que sería muestra de una práctica administrativa que el Tribunal de Justicia no acepta como transposición, puesto que puede modificarse en cualquier momento. Frente a la remisión, recomienda la previsión expresa de la aplicación analógica de la normativa estatal a las respectivas cuencas hidrográficas, procurando de esta manera la necesaria seguridad jurídica. El argumento parece fuerte y claro, pero se debilita y ensombrece sin un análisis de la naturaleza dinámica o estática, recepticia o no, de las remisiones. Se oscurece definitivamente si uno se pregunta si resulta razonable presumir que las Comunidades Autónomas, al recurrir a la remisión, no actúan guiadas por la voluntad de alcanzar el resultado impuesto por la directiva sino por mera conveniencia u ocasional pereza normativa. Y se hace de noche si uno se pregunta si se garantiza mejor la efectividad de una norma cuya aplicación directa se reclama mediante remisión que cuando se la invoca por analogía.

En suma, aunque la Abogada General no descarta que en regímenes federales o descentralizados, la transposición del Derecho de la Unión se garantice a través de la aplicación supletoria de normas estatales, esta aplicación supletoria debe quedar fuera de toda duda, lo que no sucede en el Derecho español. Y finaliza con una coda que evoca inevitablemente debates habidos en la doctrina española, incluidos los mantenidos entre los Letrados del Tribunal Constitucional en sus IV Jornadas: “considerar que la aplicación supletoria de la normativa estatal constituye una vía aceptable de transposición de una directiva supondría una falta de respeto frente a la contención de que hace gala el Derecho constitucional español con respecto a la aplicación supletoria de la normativa estatal. Ello equivaldría a tener en poco la responsabilidad en materia legislativa que implican las competencias de las Comunidades Autónomas”<sup>40</sup>.

## B. LAS RAZONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La argumentación del Tribunal es más sucinta, aunque gana en claridad y sistematismo. Desde el comienzo anuncia cuál va a ser el parámetro de control, el principio de seguridad jurídica –“las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica”–. Reconoce a continuación la libertad del Estado al elegir la forma y medios de ejecutar las directivas, lo que implica que la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, una transposición expresa (salvo que incluya una cláusula de interconexión, añadiría uno). En consecuencia, para “el cumplimiento de una directiva puede bastar, en función de su contenido, un contexto jurídico general”, ya que:

“la existencia de principios generales de Derecho constitucional o administrativo puede hacer superflua la adaptación del Derecho interno mediante medidas legislativas o reglamentarias específicas siempre que, no

40. Apartado 35.

obstante, dichos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva por la administración nacional y que, en el caso de que la disposición controvertida de la directiva tenga por objeto crear derechos para los particulares, la situación jurídica que se desprenda de dichos principios sea suficientemente precisa y clara y los beneficiarios estén en condiciones de conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, de invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>41</sup>.

Constatada la omisión legislativa de las Comunidades Autónomas en lo que atañe a las cuencas intracomunitarias, el Tribunal examina la alegación de España de que la transposición de la Directiva queda garantizada por la cláusula de supletoriedad. El primer obstáculo que encuentra el Tribunal en esta tesis es la limitación expresa del ámbito de aplicación de la Orden de 2008 a las cuencas hidrográficas intercomunitarias, y concluye que aun cuando pudiera superarse, “la situación jurídica que resultaría de ello no cumpliría los requisitos de claridad y precisión que deben caracterizar a las medidas nacionales de transposición<sup>42</sup>. No es un argumento desdeñable, en la medida en que España no estaba invocando la supletoriedad de una norma expresamente dictada para suplir la omisión legislativa, sino otra de ámbito espacial distinto cuya aplicabilidad al caso exigía probar no solo la eficacia de la supletoriedad, sino la de la analogía, en la medida en que exige demostrar que la norma supletoria regula un supuesto semejante al que debería regular la suplida (inexistente) entre los que se aprecia identidad de razón, por decirlo en los términos del artículo 4.1 de nuestro Código Civil.

Sin embargo, en lugar de argumentar directamente esa falta de claridad y precisión, el Tribunal recurre a dos observaciones *emic*, que toma del cuaderno de notas de la Comisión: “Procede asimismo añadir que, apoyándose en un informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010, la Comisión constata, sin que el Reino de España haya rebatido este extremo, la existencia de incertidumbre, en el estado actual del Derecho constitucional español, respecto al alcance de la cláusula de supletoriedad como instrumento de garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión<sup>43</sup>, y “Procede señalar que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el Reino de España cita en sus observaciones, el artículo 149, apartado 3, *in fine*, de la Constitución no parece que permita aplicar normas estatales con carácter supletorio a falta de normativa de las Comunidades Autónomas, sino únicamente colmar las lagunas detectadas<sup>44</sup>. Es decir, el Tribunal se adhiere a la tesis de los que interpretan que el Tribunal Constitucional limita el alcance de la supletoriedad en todos los ámbitos materiales, incluido el de la ejecución del Derecho de la Unión Europea, a la dimensión aplicativa, excluyendo la de producción normativa, la que se despliega en el plano de la creación del derecho.

41. Apartado 28.

42. Apartado 33.

43. Apartado 34.

44. Apartado 35.

Alcanzar esta conclusión exige eludir la ponderación de dos hechos jurídicos. En primer lugar, la doctrina de la STC 79/1992, omisión excusable en la medida en que cabe sospechar que el propio Agente de España había sorteado explorar ese terreno, incluso más, había admitido que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cláusula supletoria no permitía la producción normativa supletoria. En segundo lugar, las SSTC 130/13 y 135/13, y analizar cómo incidían en la alegación formulada.

Finalmente, el Tribunal parafrasea a la Abogado General y rechaza que la remisión en los planes de gestión de las cuencas hidrográficas intracomunitarias a la Orden de 2008 garantice la plena aplicación de dicha Orden a estas cuencas, ya que “el Reino de España no ha demostrado que las Comunidades Autónomas hayan actuado en virtud de una obligación jurídica cuando se han remitido a la Orden de 2008 en los planes de gestión de dichas cuencas. Pues bien, si dicha remisión refleja únicamente una práctica administrativa, por naturaleza susceptible de ser modificada en cualquier momento y desprovista de una publicidad adecuada, no puede ser considerada constitutiva de un cumplimiento válido de las obligaciones derivadas del Tratado”<sup>45</sup>.

Con estas premisas la conclusión era previsible, la declaración del incumplimiento de España por falta de una transposición adecuada que salvaguardara el principio de seguridad jurídica. Porque si bien el Tratado respeta la autonomía institucional de los Estados miembros, no consiente que su ejercicio comprometa la eficacia plena del Derecho de la Unión ni de sus principios medulares.

## V. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2013 (C-151/12) somete a escrutinio, en un supuesto concreto, la adecuación a los principios del ordenamiento de la Unión Europea de la eficacia de una regla de la Constitución española, la que declara que el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. Concluye que la incertidumbre que le dicen que reina en España acerca del alcance de la cláusula de supletoriedad no garantiza una transposición de la directiva compatible con las exigencias del principio de seguridad jurídica. Pero llega a esta conclusión desconociendo la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional. En su descargo pesa que opera contaminado por el ruido de las controversias que entretuvo durante años a la academia, e influido por las dudas que la poblaron y quizás aún la habitan.

Dado este estado de cosas, resulta explicable el contagio que se percibe en ocasiones en la argumentación. En ella no siempre se distinguen con nitidez las dos posibles dimensiones de la supletoriedad, su aptitud para colmar lagunas en el plano aplicativo y su eficacia para remediar omisiones legislativas. Si el Tribunal reconoce que la primera de esas dimensiones parece pacíficamente admitida por el Tribunal Constitucional, y así lo declara de modo expreso, no se comprende del

45. Apartado 36.

todo que haya rehuído explorar la eficacia que desplegaba esa función para garantizar el cumplimiento efectivo de la Directiva. Admitir esa virtualidad implicaba deferir a los órganos jurisdiccionales internos una tarea que en otras ocasiones no les niega, aunque con ello, es cierto, dejaba sin sanción expresa inmediata un incumplimiento notorio, una inactividad autonómica que entrañaba una omisión legislativa absoluta y que por sí misma constituía una infracción grave de las obligaciones que incumben a todas las autoridades de un Estado miembro de la Unión Europea. Por ello, más que indagar sobre la eficacia real de la cláusula para colmar una laguna o suplir una omisión legislativa, de lo que duda por las noticias que le llegan de España con retraso, el Tribunal parece castigar la pasividad en sí misma.

Pero sería erróneo concluir que esta sentencia cierra, hace prácticamente imposible o excesivamente difícil la operatividad de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal en su dimensión normativa. El Tribunal de Justicia no ha decidido por nosotros<sup>46</sup>. Al contrario, meses antes de que pronunciara su sentencia, el Tribunal Constitucional reabría a la cláusula un nuevo horizonte, al menos en el campo de la garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. El problema reside en que desde entonces resulta imprescindible actuar, desbrozar el camino que permite transitarlo y avanzar hacia él.

Poco después de la condena, el 22 de noviembre de 2013, el Consejo de Ministros aprobaba, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, un Acuerdo sobre el plan de mejora del proceso interno de transposición de Directivas de la Unión Europea. De sus resultados nada más se supo, quizás porque hay quien piensa que los tiempos que corren no son propicios para hacer mudanza en el Estado autonómico. Pero esa es otra historia.

---

46. No opina lo mismo G. MARTÍN I ALONSO, quien critica la recuperación por el TC de la doctrina de la STC 79/1992 en las SSTC 130 y 135/2013, en lo que considera un acto de revisionismo inconfeso de la “doctrina consolidada iniciada amb la sentència 118/1996, de 27 de juny”, invocando precisamente como aval de su crítica al “Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en el marc d’un procés instat per la Comissió Europea contra l’Estat espanyol per la manca d’implementació del dret europeu en matèria d’aigües, ha afirmat en sentència de 24 d’octubre de 2013 (assumpte C-151/12) que, a la vista de la jurisprudència del Tribunal Constitucional espanyol, no sembla que l’art. 149.3 CE permeti aplicar normes estatals amb caràcter supletori a falta de normativa de les comunitats autònomes” (“La realitat de l’Estat autonòmic reflectida en les sentències del Tribunal Constitucional 130/2013 i 135/2013, relatives a la Lley general de subvencions”, REAF, 20, octubre 2014, pp. 278-318; las citas en pp. 308 y 310). La circunstancia de que el TJ no haya tenido presente en su pronunciamiento las mencionadas sentencias del TC no parece ser un hecho relevante para este autor.