

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL: UN JUICIO SOCRÁTICO EN LUXEMBURGO.

(Comentario a la Sentencia del TJUE, de 24 de octubre de 2013, *Comisión contra España*, C-151/12) (*)

VÍCTOR FERRERES COMELLA

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD.—III. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 24 DE OCTUBRE DE 2013: LOS HECHOS DEL CASO.—IV. ¿CÓMO OPERA EL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL? UN JUICIO SOCRÁTICO EN LUXEMBURGO.—V. EL RESPETO A LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS.—VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA: ¿QUÉ HACER?

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 24 de octubre de 2013 plantea el interesante problema de cómo armonizar el deber que tiene el Estado de transponer las directivas europeas a su Derecho interno, por un lado, con la necesidad de respetar el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por el otro. En particular, la sentencia afronta la cuestión de hasta qué punto el principio de supletoriedad enunciado en el artículo 149.3 de la Constitución española, en

(*) Una versión anterior de este trabajo fue leída por Alejandro Saiz Arnaiz, Enric Fossas, Daniel Sarmiento, Luis Javier Mieres y Pau Bossacoma, a quienes agradezco los interesantes comentarios que me hicieron llegar. Los errores que el texto pueda contener son de mi entera responsabilidad.

virtud del cual «el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas», permite al Estado dar cumplimiento a las obligaciones que le impone el Derecho de la Unión Europea, en el supuesto de que las Comunidades Autónomas no hayan ejercido sus competencias legislativas en una determinada materia. Si las Comunidades Autónomas competentes no transponen una directiva, ¿puede el Estado sostener, ante las autoridades europeas, que esa laguna resulta colmada por la legislación estatal, con el argumento de que la legislación estatal es siempre aplicable a las Comunidades Autónomas, en calidad de Derecho supletorio?

Como tendremos ocasión de comprobar, en el asunto resuelto por la sentencia de 24 de octubre de 2013, el TJUE se ha mostrado respetuoso con el orden constitucional español. No se puede decir que el Tribunal haya sido insensible a la identidad constitucional del Estado (identidad que la Unión debe respetar, según dispone el artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea). Lo que sucede es que el gobierno español, cuando ha tenido que responder ante la Comisión y posteriormente ante el TJUE, por la falta de transposición de la directiva relevante, ha presentado una versión del Derecho constitucional interno que no se ajusta a la realidad. Pues la realidad es que el régimen jurídico que se ha construido en España en torno a la cláusula de supletoriedad exhibe un alto nivel de incertidumbre. Y así lo ha visto el TJUE, que ha llegado a la conclusión de que es dudoso que dicha cláusula opere en la práctica con arreglo al esquema dibujado por las autoridades españolas durante el procedimiento.

Y es que en Luxemburgo tenemos un foro socrático: un lugar donde las autoridades estatales, «expertas» en Derecho nacional, tienen que explicarse ante un colegio de juristas que «solo saben que no saben nada» en materia de Derecho nacional, pero que son capaces, gracias a la necesaria distancia institucional, de forzar a esas autoridades a ser coherentes, a presentar sin contradicciones, y con una mínima prueba, cuál es el Derecho interno. Este interrogatorio es especialmente incisivo en el marco de un recurso por incumplimiento, en el que el Derecho estatal puede ser objeto de control, a diferencia de lo que sucede en el contexto de las cuestiones prejudiciales, en las que el papel protagonista, a los efectos de definir el Derecho interno, lo tiene el juez nacional que plantea una duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión. Naturalmente, el Derecho estatal, directa o indirectamente, es objeto de análisis crítico bajo el Derecho europeo, respecto del cual sí cabe considerar «expertos» a los jueces del TJUE. Pero la fijación del contenido del ordenamiento nacional, con motivo del juicio en Luxemburgo, es el resultado de un proceso en el que, por regla

general, el TJUE actúa con una legitimidad de naturaleza más socrática que epistémica (1).

Para situar en su contexto la sentencia del TJUE sobre la que versa este comentario, es necesario, en primer lugar, exponer brevemente la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3. Tras esta exposición, pasaremos a examinar los hechos que dieron lugar al pronunciamiento del TJUE, así como los razonamientos que este despliega en su sentencia, a fin de valorar, por último, la respuesta que debería articularse en España para resolver el problema que supone la ausencia de normativa autonómica que resulta necesaria para ejecutar directivas europeas.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD

Como se recordará, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional experimentó en los años noventa un importante giro, que llevó a la práctica neutralización de la cláusula de supletoriedad (2). Simplificando un poco, podemos distinguir dos grandes etapas en la jurisprudencia del Tribunal. En los primeros años de andadura del Estado de las Autonomías, las Comunidades Autónomas habían alcanzado niveles de autogobierno muy dispares, por el juego del «principio dispositivo», que permitía a los diversos territorios elegir un determinado volumen de competencias en el momento de acceder a la autonomía (3). Durante esos años, el Estado necesariamente tenía que legislar sobre aquellas materias respecto de las cuales un conjunto de Comunidades no habían asumido

(1) En su teoría general de la justicia constitucional, Mattias Kumm ha destacado el papel crítico que desempeña el juez, como si fuera un Sócrates moderno, a la hora de forzar a las instituciones políticas a justificar sus decisiones («Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, págs. 1-32). En el texto extiendo esta idea al específico campo de la identificación de los principios del ordenamiento jurídico nacional, a los efectos de su examen por el TJUE.

(2) Para una exposición detallada de esta evolución jurisprudencial, véase Javier TAJADURA, *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2000), págs. 61-116.

(3) Acerca de los orígenes y las consecuencias de este principio, véase Enric FOSSAS ESPADALER, *El principio dispositivo en el Estado autonómico* (Madrid: Marcial Pons, 2007). Sobre los distintos modos de acceso a la autonomía, y las repercusiones que esta diversidad pueda tener desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de los Estatutos, es de obligada referencia la monografía de César AGUADO RENEDO, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996), págs. 107-210.

las correspondientes competencias normativas. En tal caso, el Derecho dictado por el Estado, además de aplicarse directamente a aquellas Comunidades que no poseían competencias sobre la materia, resultaba también aplicable, en calidad de Derecho supletorio, a las Comunidades que sí habían obtenido la competencia relevante pero no la habían ejercido todavía (o no lo habían hecho de forma plena). Tan pronto estas últimas Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus poderes normativos, dictaran la pertinente legislación, y lo hicieran de modo completo, el Derecho estatal dejaría de desplegar eficacia en ellas. Es decir, la norma autonómica válidamente adoptada desplazaría entonces al Derecho estatal supletorio. De acuerdo con esta concepción por la que se inclinó el Tribunal en los primeros tiempos, el principio de supletoriedad es una de las piezas más características del Estado autonómico, que lo diferencian del Estado federal (4).

Esta construcción inicial del Tribunal Constitucional fue radicalmente revisada en la década de los noventa, como consecuencia del proceso de equiparación de los niveles competenciales de las Comunidades Autónomas en muchos sectores del ordenamiento. El nuevo planteamiento del Tribunal empezó a desarrollarse, aunque de manera muy confusa, en la STC 15/1989, de 26 de enero (sobre la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y en la STC 147/1991, de 4 de julio (que resuelve un conflicto de competencias en materia de pesca). Pero es a partir de la STC 118/1996, de 27 de junio (sobre la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987) y de la STC 61/1997, de 20 de marzo (sobre el texto refundido de la Ley del Suelo de 1992) cuando el Tribunal cruza finalmente el Rubicón y pasa a sostener de manera resuelta que el Estado ya no tiene la facultad de dictar normas con carácter supletorio, en aquellos ámbitos en que todas las Comunidades Autónomas han accedido a la correspondiente competencia exclusiva, o en aquellos otros ámbitos en que todas las Comunidades han asumido la competencia de desarrollar las bases normativas fijadas por el Estado. El argumento en que se apoya el Tribunal, en síntesis, es que para que el Estado pueda producir Derecho supletorio, debe tener un título competencial independiente, distinto del que deriva del principio de supletoriedad (pues este no opera como cláusula universal atributiva de competencias). Por ello, una vez que el Estado ha perdido la competencia para regular determinada materia, por haber sido asignada dicha competencia a todas

(4) La principal defensa de esta concepción, en el plano doctrinal, se debe a Ignacio de Otto. Una exposición sintética de su planteamiento se encuentra en su libro *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1987), págs. 282-283.

las Comunidades Autónomas, pierde también de forma correlativa la facultad de emanar el correspondiente Derecho supletorio.

El Tribunal Constitucional, de todos modos, no desactivó por completo el principio de supletoriedad bajo el nuevo esquema. El Tribunal sostuvo que el aplicador del Derecho puede acudir al Derecho estatal si no logra integrar una laguna del ordenamiento autonómico a partir de sus propios principios y reglas. La cláusula de supletoriedad se dirige, así, al aplicador del Derecho. Lo que no es posible, según el Tribunal, es que el legislador estatal pretenda ampararse en dicha cláusula para ir revisando el Derecho estatal en los sectores en los que el Estado ya no posee competencia para intervenir. Se produce, pues, la paradoja de que el Derecho estatal preexistente todavía podrá valer como Derecho supletorio (en el supuesto de que exista una laguna en el ordenamiento autonómico que no se pueda colmar a través de mecanismos de auto-integración), pero el Estado no podrá modernizar el contenido de ese Derecho. Es decir, el Derecho supletorio se convertirá en una suerte de *lex perpetua*, en Derecho que no puede ser objeto de modificación (5).

La nueva concepción del principio de supletoriedad fue objeto de una viva polémica doctrinal (6). Aquí nos interesa explorar el específico problema relativo a los medios con los que cuenta el Estado para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de las Comunidades Autónomas. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es clara en este punto.

En efecto, la sentencia más significativa en este ámbito es la 79/1992, de 28 de mayo. En ella, el Tribunal Constitucional afirma que está «plenamente justificada» la posibilidad de que el Estado dicte normas supletorias a los efectos de compensar la inactividad de las Comunidades Autónomas en el contexto de la

(5) Uno de los autores que abogó por esta concepción, antes de que fuera abrazada por el Tribunal Constitucional, es Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, en su libro *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico* (Madrid: Civitas, 1991). De manera muy ilustrativa, Lasagabaster considera que la cláusula de supletoriedad es una «norma de carácter transitorio» (pág. 80). El Estado no puede dictar Derecho supletorio para una Comunidad, si esta ha asumido competencia sobre la materia de que se trate. En realidad, la postura de este autor es más radical que la del Tribunal: entiende que no hace falta que todas las Comunidades hayan obtenido la competencia relevante para que el Estado pierda el título que le permite dictar Derecho supletorio. El Estado va perdiendo el título de forma gradual, en relación con cada una de las Comunidades, con independencia de lo que ocurra con las demás (pág. 177).

(6) Un resumen de las posiciones de la doctrina, en general muy crítica con la nueva concepción del Tribunal, puede encontrarse en Javier TAJADURA, *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico*, *op. cit.*, págs. 101-116. Entre los comentarios críticos, hay que destacar el trabajo de Juan Luis REQUEJO PAGÉS, «El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, 1997, págs. 157-169.

ejecución de reglamentos comunitarios en materia de subvenciones. Entre otras consideraciones, el Tribunal razona que hay que leer la cláusula de supletoriedad de conformidad con el artículo 93 de la Constitución, del que resulta que corresponde a las Cortes Generales y al Gobierno garantizar el cumplimiento del Derecho emanado de las organizaciones supranacionales (7). Ahora bien, esta sentencia es anterior al giro jurisprudencial producido a raíz de la STC 118/1996, por lo que surge la duda acerca de si sigue siendo válida la interpretación que el Tribunal sentó en ella.

Por otra parte, en la STC 195/1998, de 1 de octubre, el Tribunal constató la inconstitucionalidad, por motivos competenciales, de una ley estatal que declaró reserva natural las marismas de Santoña y Noja. El Tribunal decidió modular los efectos temporales de su sentencia, para evitar la formación de un vacío jurídico que sería contrario al Derecho comunitario. Es decir, aceptó la aplicación de la ley estatal, a pesar de su inconstitucionalidad por razones competenciales, con el fin de impedir la aparición de una laguna normativa, derivada de la ausencia de norma autonómica. El Tribunal, sin embargo, no se apoyó en el principio de supletoriedad para justificar la solución pragmática por la que se inclinó.

Lo cierto es que no hay una doctrina clara del Tribunal que habilite expresamente al Estado para dictar normas meramente supletorias, al objeto de compensar el posible silencio de los legisladores autonómicos que sean competentes en determinada materia, cuando está en juego la correcta ejecución del Derecho de la Unión Europea, en general, y de las directivas europeas, en particular (8).

Es importante señalar que, con posterioridad al recurso interpuesto por la Comisión Europea en el asunto objeto de este comentario (y con posterioridad a la presentación en audiencia pública de las conclusiones de la Abogado General, Juliane Kokott), el Tribunal Constitucional dictó una sentencia que tiene

(7) Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia.

(8) Así, Pablo PÉREZ TREMPs, en «Unidad del ordenamiento y Derecho comunitario», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), 2003, págs. 123-143, tras repasar la jurisprudencia sobre la cláusula de supletoriedad, concluye que «existe aún la duda de si la finalidad de evitar incurrir en responsabilidad puede justificar que el Estado adopte normas de eficacia meramente supletoria aunque carezca de competencia *ratione materiae*» (pág. 141). Por su parte, Fabio PASCUA MATEO, «La ejecución normativa del Derecho comunitario en España: problemas y perspectivas», incluido en la obra presentada por Francisco RUBIO LLORENTE, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias* (Madrid: Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), págs. 569-570, entiende que la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la STC 61/1997 crea dificultades «insuperables» para la tesis doctrinal favorable al empleo de la cláusula de supletoriedad en el contexto de la ejecución del Derecho comunitario.

incidencia en este tema, y que, naturalmente, el TJUE no pudo tener en cuenta. Se trata de la STC 130/2013, de 4 de junio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra determinados preceptos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. En esa sentencia, el Tribunal cita expresamente la STC 79/1992 para, entre otras cosas, confirmar la constitucionalidad de un artículo de la Ley que disponía que los procedimientos de concesión y control de las subvenciones regulados en dicha Ley tendrían carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa, en lo relativo a las subvenciones financiadas con cargo a fondos públicos de la Unión Europea. El Tribunal se limita a aplicar a este caso la respuesta dada en la STC 79/1992, que también versaba sobre subvenciones con fondos europeos. El Tribunal evita elaborar una doctrina general que aclare cómo juega el principio de supletoriedad en el contexto de la ejecución normativa del Derecho de la Unión (9). En una sentencia posterior (la STC 135/2013, de 6 de junio), que versa sobre la misma Ley de subvenciones, impugnada esta vez por el Parlamento catalán, el TC se limita a reproducir lo afirmado en la STC 130/2013 (10).

Con el telón de fondo de todos estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, pasemos ahora a estudiar los términos en que se planteó el asunto que ha dado lugar a la sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2013. Examinaremos luego los razonamientos del Tribunal, a fin de valorar, finalmente, las consecuencias que esta sentencia puede tener para la arquitectura del Estado autonómico.

III. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 24 DE OCTUBRE DE 2013: LOS HECHOS DEL CASO

El asunto resuelto por el TJUE en su sentencia de 24 de octubre de 2013 es relativamente sencillo desde un punto de vista fáctico. En síntesis, la Comisión Europea solicita al TJUE que declare que España ha incumplido las obligacio-

(9) Fundamento Jurídico 9, C). La sentencia cuenta con el voto particular que formula el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhieren los magistrados Pablo Pérez Tremps, Adela Asua Batarrita, Encarnación Roca Trías y Fernando Valdés Dal-Ré. Entre otras consideraciones, el voto particular censura a la mayoría por aplicar la doctrina de la STC 79/1992 de forma incorrecta, pues el caso es distinto, a su juicio. Además, el voto particular critica que la mayoría no explique cómo se relaciona la tesis del Tribunal con la doctrina general sobre la supletoriedad que deriva de las conocidas SSTC 118/1996 y 61/1997.

(10) Fundamento Jurídico 4, b). La sentencia cuenta con un voto particular de Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhieren otros magistrados, y que remite al ya formulado en la STC 130/2013.

nes 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. La Comisión considera que España no ha adoptado las medidas necesarias para implementar determinados artículos de la Directiva. La falta de transposición de la Directiva, sin embargo, es parcial: son únicamente las Comunidades Autónomas, y no el Estado, quienes han fallado a la hora de adoptar las medidas de ejecución.

En efecto, es necesario distinguir entre las cuencas hidrográficas «intercomunitarias», que comprenden las aguas que se extienden por el territorio de varias Comunidades Autónomas, y las cuencas hidrográficas «intracomunitarias», que discurren por el territorio de una sola Comunidad. De acuerdo con la Constitución española (art. 149.1.22), el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas fluyan por más de una Comunidad Autónoma. En consecuencia, a partir de la distribución de competencias que se ha efectuado en España en este ámbito, corresponde al Estado dictar la normativa necesaria para desarrollar la Directiva europea en la medida en que afecte a las cuencas hidrográficas «intercomunitarias», mientras que corresponde a las Comunidades Autónomas transponer la Directiva en lo tocante a sus respectivas cuencas «intracomunitarias».

Pues bien, mientras que el Estado adoptó dentro de plazo la normativa pertinente, mediante una Orden de 2008 (la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre), las Comunidades Autónomas no ejercieron su competencia legislativa en la materia. La única que lo hizo fue Cataluña, aunque la transposición tampoco fue completa.

La Comisión Europea inició el correspondiente procedimiento por incumplimiento contra España, y al no lograr que las autoridades españolas establecieran todas las medidas necesarias para dar efectividad a la Directiva dentro del plazo concedido, acudió al TJUE.

En sustancia, el TJUE estima el recurso de la Comisión, declara que España ha incumplido las obligaciones dimanantes de la Directiva, y le condena en costas.

El TJUE entiende, en primer lugar, que la ausencia de legislación autonómica que regule las cuencas intracomunitarias supone una infracción de la Directiva. En segundo lugar, con respecto a Cataluña, concluye que también se ha producido una infracción de la Directiva, pues algunas de las disposiciones necesarias para efectuar la transposición se dictaron cuando ya había expirado el plazo que la Comisión había dado a España en su dictamen motivado.

En este comentario, nos interesa la primera parte del asunto, en el que se plantean los problemas que resultan de la inactividad de todas las Comunidades Autónomas excepto Cataluña. Concretamente, ante la denuncia por falta de transposición de la Directiva, ¿puede el Estado invocar con éxito la cláusula de supletoriedad y sostener que la norma estatal (la Orden de 2008 que fue emitida para regular las cuencas intercomunitarias) es aplicable también a las cuencas intracomunitarias, en la medida en que las Comunidades Autónomas no hayan aprobado todavía la normativa pertinente?

La respuesta de TJUE es negativa. Y lo es porque llega a la conclusión de que es dudoso que la cláusula constitucional de supletoriedad del Derecho estatal despliegue los efectos que el gobierno español describe en sus alegaciones. Si la cláusula operara en la práctica como sostiene el gobierno, podría ser suficiente para dar cumplimiento al Derecho de la Unión Europea a la hora de implementar directivas. Pero la realidad es otra, según razona el TJUE.

IV. ¿CÓMO OPERA EL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL? UN JUICIO SOCRÁTICO EN LUXEMBURGO

El TJUE no descarta, de entrada, que el orden constitucional de un Estado políticamente descentralizado pueda incluir entre sus reglas básicas un principio de supletoriedad que supla el silencio del legislador regional. El juego de ese principio podría evitar que la ausencia de actividad legislativa regional comportara una violación del Derecho de la Unión Europea. El TJUE, en efecto, recuerda su jurisprudencia consolidada, de acuerdo con la cual la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa. Es posible que en el ordenamiento jurídico interno existan «principios generales de Derecho constitucional o administrativo» que puedan «hacer superflua la adaptación del Derecho interno mediante medidas legislativas o reglamentarias específicas». El TJUE exige, no obstante, que «dichos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva por la administración nacional» (11).

Habrà que ver, pues, cómo opera en la práctica el principio de supletoriedad que la Constitución española recoge en el artículo 149.3.

El gobierno español argumentó ante el TJUE que, en virtud de dicho principio, la norma adoptada por el Estado para regular las cuencas hidrográficas intercomunitarias era aplicable también a las cuencas intracomunitarias, en la

(11) Apartados 27 y 28.

medida en que las Comunidades Autónomas no hubieran ejercido su competencia legislativa o reglamentaria para ejecutar la Directiva. Concretamente, la Orden de 2008 dictada por el Estado para regular las cuencas intercomunitarias se podía extender a las cuencas intracomunitarias de aquellas Comunidades que no hubieran dictado todavía las pertinentes normas, o lo hubieran hecho de manera incompleta.

La Comisión, en cambio, sostuvo que el gobierno español estaba defendiendo una lectura del principio de supletoriedad que no encajaba con la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional español. Y, en cualquier caso, según la Comisión, la Orden estatal de 2008 no se aplicaba efectivamente a las cuencas intracomunitarias.

En su sentencia, el TJUE da la razón a la Comisión. Y lo hace tras aportar cuatro razones para cuestionar la versión que el gobierno español había ofrecido del principio de supletoriedad.

La primera de ellas se refiere al tenor literal de la Orden de 2008 que el gobierno invocó como Derecho supletorio de la normativa autonómica. El artículo único, apartado 2, de dicha Orden, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica, establece expresamente que *«la instrucción que se aprueba será de aplicación en las cuencas hidrográficas intercomunitarias»*. Si esta norma establece tan claramente que su ámbito de aplicación se refiere a las cuencas intercomunitarias, ¿cómo es posible utilizar esta norma para colmar la inexistencia de regulación autonómica en materia de cuencas intracomunitarias? El TJUE, muy socráticamente, dice que *«el Reino de España no ha explicado de qué forma permite este principio [de supletoriedad] colmar la inexistencia»* de normativa autonómica (12).

La segunda razón está ligada a la primera. Según el TJUE, si la Orden de 2008 resultara aplicable, como Derecho supletorio, a las cuencas intracomunitarias, a pesar del tenor literal del mencionado artículo único, apartado 2, ello supondría una situación jurídica *«que no cumpliría los requisitos de claridad y precisión que deben caracterizar a las medidas nacionales de transposición»* (13).

La tercera razón se refiere al estado de incertidumbre que reina en España a propósito del alcance de la cláusula de supletoriedad como instrumento de garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión. La Comisión había citado un informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010, en el que se cons-

(12) Apartado 32.

(13) Apartado 33.

tataba la existencia de esa incertidumbre (14). De nuevo, en un estilo socrático, el TJUE se limita a afirmar que la Comisión había apreciado falta de certeza en el estado actual del Derecho constitucional español en este punto, «sin que el Reino de España haya rebatido este extremo» (15).

La cuarta razón invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el propio gobierno español había citado en sus alegaciones. El TJUE afirma que esa jurisprudencia «no parece que permita aplicar normas estatales con carácter supletorio a falta de normativa de las Comunidades Autónomas, sino únicamente colmar las lagunas detectadas» (16). Es decir, si las Comunidades no han

(14) El Informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010 («Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario», que se puede consultar en la página web del Consejo: www.consejo-estado.es) es suficientemente expresivo de la falta de certeza en este campo. Así, tras describir las diversas posturas doctrinales que se han mantenido en España acerca de la posibilidad de emplear la cláusula de supletoriedad como garantía del cumplimiento del Derecho comunitario, el Consejo de Estado afirma lo siguiente: «En todo caso, si es posible mantener posturas tan dispares (desde la negación de la operatividad de la cláusula final del art. 149.3 de la Constitución como instrumento de garantía estatal del Derecho comunitario hasta la defensa de su generalización siempre que el Estado carezca de un título competencial habilitante para dictar normas de ejecución europea de aplicación directa), lo es porque, al no haberse acudido todavía a la supletoriedad con esta finalidad garantista, falta un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que despeje cualquier duda. Y si se trata de un mecanismo de garantía que aún no ha sido empleado como tal, se debe, no solamente a la incertidumbre sobre su encaje constitucional a la vista de la jurisprudencia examinada, sino sobre todo a la existencia de otro mecanismo —hasta ahora— empleado preferentemente: como se ha visto, mediante el recurso a sus títulos competenciales horizontales, el Estado viene asumiendo las tareas normativas —de incorporación o desarrollo inmediato— que demanda el ordenamiento europeo, de tal manera que, al considerarse competente, no queda espacio para la cláusula de supletoriedad, cuyo empleo presupone el reconocimiento por el Estado de su incompetencia en la materia» (págs. 114-115).

Hay que tener en cuenta, además, que en abril de 2008, el Ministerio de Administraciones Públicas aprobó unas «Directrices para la adecuación de la producción normativa estatal al vigente orden constitucional y estatutario de distribución de competencias», en el que se sugiere la posibilidad de que el Estado, aunque carezca de competencias en una determinada materia afectada por una directiva europea, dicte disposiciones que sean aplicables a las Comunidades Autónomas mientras estas no hayan adoptado las normas de transposición de la directiva. Ahora bien, el Ministerio es consciente de los problemas constitucionales que suscita un precepto dictado por el Estado con esta vocación supletoria. En el documento, en efecto, se afirma lo siguiente: «En todo caso, se ha de tener en cuenta que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, este precepto podría resultar cuestionable, en la medida en que supone la aplicación de la norma estatal como Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas». Acerca de este documento, véase Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, «La transposición de directivas en el Estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», en Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (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), págs. 548-549.

(15) Apartado 34.

(16) Apartado 35.

ejercido en absoluto sus competencias, es dudoso, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el Estado pueda dictar normas con carácter supletorio para llenar todo el vacío. También aquí, al modo socrático, el TJUE pone en entredicho la prueba que el gobierno aporta.

Por último, el TJUE examina un argumento complementario que el gobierno español había esgrimido para demostrar la plena aplicación de la Orden de 2008 a las cuencas intracomunitarias, a saber: de hecho, las Comunidades Autónomas, al elaborar los planes de gestión de las cuencas intracomunitarias, se refirieron a la Orden de 2008. Ahora bien, según el TJUE, dicha remisión a la Orden de 2008 es insuficiente, pues «refleja únicamente una práctica administrativa, por naturaleza susceptible de ser modificada en cualquier momento y desprovista de una publicidad adecuada» (17).

Por todo ello, el TJUE concluye que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva. El principio de supletoriedad, leído a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es en estos momentos un instrumento jurídico adecuado para suplir la ausencia de regulación por parte de las Comunidades Autónomas. La incertidumbre que rodea a este principio, según constata el propio Consejo de Estado, es excesiva, lo que impide que la situación jurídica en España supere el test europeo de certeza.

V. EL RESPETO A LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Aunque de manera muy breve, el TJUE responde también a la alegación del gobierno español, según la cual el Estado es libre de garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario a través de la cláusula de supletoriedad, pues los Estados pueden elegir la forma en que debe llevarse a cabo la transposición de una directiva, según dispone el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Además, sostiene el gobierno, negar esa libertad sería contrario a la cláusula relativa a la identidad constitucional de los Estados. En virtud del artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, en efecto, «la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional». En definitiva, si España es un Estado políticamente descentralizado, que opta por transponer la Directiva a través de un régimen jurídico que incluye el

(17) Apartado 36.

principio de supletoriedad del Derecho estatal, ¿qué objeción puede oponer la Comisión, desde el ángulo del Derecho europeo?

El TJUE es muy parco en su respuesta: se limita a afirmar que la Comisión no propone cómo deben transponerse las disposiciones de la Directiva en el ordenamiento jurídico español. Nadie niega la libertad del Estado español de buscar la forma de ejecutar la Directiva que mejor se adapte al reparto competencial establecido en su Constitución. El problema, simplemente, es que el modo elegido no es adecuado, pues el principio de supletoriedad, tal como efectivamente opera en la práctica, no despliega los efectos necesarios para poder suplir la ausencia de regulación por parte de las Comunidades Autónomas.

En sus conclusiones, la Abogado General, Juliane Kokott, lo explica bien: «No cabe excluir que, en regímenes federales o descentralizados, la transposición del Derecho de la Unión se garantice a través de la aplicación supletoria de normas estatales. *Pero esta aplicación supletoria debe quedar fuera de toda duda. El Derecho español no satisface estas exigencias*» (18).

Es interesante señalar que, con posterioridad a la sentencia que comentamos, el TJUE ha tenido ocasión de enfrentarse a un problema hasta cierto punto análogo, con motivo del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión en relación con la normativa española que regula el impuesto sobre sucesiones y donaciones. En efecto, en su sentencia de 3 de septiembre de 2014 (*Comisión contra España*, C-127/12), el TJUE concluye que el Derecho español contraviene la libre circulación de capitales, en la medida en que discrimina entre residentes y no residentes a efectos de dicho impuesto. Mientras que los residentes disfrutan de las ventajas fiscales que las Comunidades Autónomas pueden introducir en este tributo, en función del territorio en el que residan, los no residentes no pueden beneficiarse de ellas. Al no residir en ninguna Comunidad Autónoma, a los no residentes les resulta aplicable exclusivamente la ley estatal, sin el complemento de las leyes autonómicas, que rebajan la cuantía del impuesto.

En su defensa en este asunto, el gobierno español alegó ante el TJUE, entre otras cosas, que el trato desigual entre residentes y no residentes es consecuencia natural de la descentralización política llevada a cabo en España, que ha afectado al impuesto en cuestión. La organización territorial del Estado miembro es parte de la identidad constitucional que la Unión debe respetar, a tenor del artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea. El TJUE rechaza esta alegación: «En efecto, como la Comisión pone de relieve, el presente recurso por incumplimiento no pretende en modo alguno poner en cuestión el reparto

(18) Párrafo 34 (las cursivas son nuestras).

de las competencias entre el Estado miembro interesado y las Comunidades Autónomas, ni más en particular, la competencia atribuida a estas en materia de fiscalidad de las donaciones y las sucesiones» (19). Y añade: «Únicamente está en discusión en este asunto el criterio de conexión previsto por la legislación española, que permite la aplicación de reducciones fiscales en los supuestos en los que los sujetos pasivos residen en el territorio de esas Comunidades o cuando el bien inmueble está situado en el territorio de estas» (20).

También aquí, pues, el TJUE no pone en tela de juicio el modo en que cada Estado articula el poder político, distribuyéndolo entre diversos órganos en el plano horizontal y en el vertical. Lo que hace el TJUE es imponer a los Estados la carga de buscar una solución técnica apropiada cuando el ejercicio del poder por parte de los diversos órganos estatales conduce a una situación que es lesiva del Derecho de la Unión Europea. La necesidad de respetar la identidad constitucional de los Estados en cuanto a su estructura territorial hay que armonizarla con la necesidad de asegurar el cumplimiento efectivo del Derecho de la Unión (21).

VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA: ¿QUÉ HACER?

A la vista de la sentencia del TJUE, no parece razonable mantener las cosas como están, en materia de supletoriedad del Derecho estatal. Es verdad que si el Reino de España es condenado por el TJUE en el marco de un recurso por incumplimiento, y la falta de ejecución de las medidas legislativas o reglamentarias fijadas en la sentencia lleva a la imposición al Estado de una multa coercitiva o de una suma a tanto alzado (en virtud del art. 260, apartado 2 del TFUE), se pueden abrir entonces procedimientos internos que permiten al Estado repercutir en las Comunidades Autónomas responsables del incumplimiento el pago de las cantidades satisfechas (22). Ahora bien, la lealtad a la Unión

(19) Apartado 62.

(20) Apartado 63.

(21) Una interesante reflexión sobre este tema la desarrolla François-Xavier MILLET en su libro, *L'Union Européenne et l'identité constitutionnelle des États membres* (Paris: LGDJ, 2013).

(22) Esta acción de regreso se prevé en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo párrafo 1 dispone lo siguiente: «*Las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades mencionadas en el apartado 2 del artículo 2 de esta Ley que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas de la Unión Europea o de tratados o convenios internacionales en los que España sea parte, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, o condenado por tribunales internacio-*

Europea exige que los Estados tengan mecanismos adecuados para asegurar el cumplimiento del Derecho europeo, sin necesidad de esperar a que la Comisión reaccione contra ellos y el TJUE les condene.

Para hacer frente al problema que supone la ausencia de la normativa autonómica necesaria para ejecutar directivas europeas, resultaría excesivo que el Estado recurriera a las medidas coactivas previstas en el artículo 155 de la Constitución (23). Esta disposición establece un procedimiento relativamente complejo, para dar respuesta a supuestos extraordinarios. No está justificado acudir a él, cuando existen otras vías que son igualmente eficaces y menos lesivas del autogobierno regional (24).

Este es el caso de la cláusula de supletoriedad, que permite dar una respuesta apropiada al problema. De acuerdo con esta solución, el Estado, sin necesidad de esperar a que se produzca el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de las Comunidades Autónomas, puede dictar normas que se pondrán en marcha con carácter subsidiario tan pronto haya expirado el plazo concedido por el Derecho de la Unión para adoptar determinadas medidas de ejecución normativa. El Derecho estatal surtirá efectos de forma provisional,

nales o por órganos arbitrales, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que, en desarrollo y ejecución de la misma, se dicten». Esta previsión legal ha sido objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio.

(23) Este artículo dispone lo siguiente: «1. Si una Comunidad Autónoma no cumple las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. 2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.»

(24) Acerca de la posibilidad de utilizar las medidas coactivas previstas en el artículo 155 de la Constitución, como respuesta al problema de la inactividad legislativa de las Comunidades Autónomas, son interesantes las reflexiones de Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, en *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2001), págs. 339-342. Este autor estima que el problema de la inactividad legislativa no es tan grave como suele afirmarse, pero entiende que hay que evitar asociar el instituto del artículo 155 con las situaciones de crisis constitucional. Es verdad que uno de los supuestos en los que se pueden activar medidas al amparo de este artículo se refiere al atentado grave del interés general de España por parte de una Comunidad Autónoma. Y otro supuesto está ligado al incumplimiento de la Constitución. Pero existe un tercer supuesto, mucho menos dramático: el del incumplimiento de obligaciones impuestas por las leyes. Dentro de esta categoría de casos se encuadraría la ausencia de normativa autonómica necesaria para ejecutar una directiva comunitaria.

pues quedará desplazado automáticamente por el Derecho autonómico, tan pronto la Comunidad ejerza sus competencias normativas (25).

El título competencial en el que podría fundarse el Estado para recurrir a esta técnica es el relativo a las «relaciones internacionales» previsto en el artículo 149.1.3 de la Constitución, en conexión con lo dispuesto en el artículo 93, que encomienda a las Cortes Generales y al Gobierno la garantía del cumplimiento de los tratados y las resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales. El Estado, en definitiva, estaría habilitado para utilizar los mecanismos necesarios para evitar el nacimiento de la responsabilidad externa del Estado frente a la Unión Europea (26).

Para que esta solución superara el test que el TJUE establece en la sentencia que comentamos, sería necesario, obviamente, que el Tribunal Constitucional la avalara, para eliminar la incertidumbre que el TJUE ha observado en este ámbito. Es preciso, pues, que exista un pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional, con ocasión de una norma estatal que recurra explícitamente al principio de supletoriedad con el propósito de evitar el incumplimiento del Derecho comunitario (27).

Obsérvese que no haría falta que el Tribunal introdujera una excepción a su doctrina general sobre la supletoriedad. Se podría mantener en pie su tesis

(25) El Consejo de Estado se ha mostrado a favor de la introducción de un mecanismo de este tipo, que permita desplazar temporalmente la potestad normativa autonómica cuando esta no se ha ejercitado en el plazo previsto por la norma de la Unión Europea. Véase el informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, recogido en la obra presentada por Francisco RUBIO LLORENTE, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, *op. cit.*, págs. 126-129.

(26) Así opinan, por ejemplo, Rafael BUSTOS GISBERT, «La ejecución del Derecho comunitario por el Gobierno central», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 67, 2003, págs. 183-184; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol I (Madrid: Iustel, 2007), pág. 536, y Ricardo ALONSO GARCÍA, «Supletoriedad del Derecho estatal y ejecución del Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 23, 1997. Por su parte, Fabio PASCUA MATEO, «La ejecución normativa del Derecho comunitario en España: problemas y perspectivas», *op. cit.*, págs. 570-574, propone que el Estado adopte medidas de sustitución (a través de ley o reglamento, según los casos), para suplir la inactividad de una determinada Comunidad Autónoma, a partir del momento en que dicha inactividad haya motivado que la Comisión Europea inicie la fase precontenciosa del recurso por incumplimiento, con el envío de la correspondiente carta de emplazamiento. El Estado actuaría así al amparo de los artículos 93 y 149.1.3. Esta solución, según el autor, trata de compensar la imposibilidad de acudir a la cláusula de supletoriedad, mientras no cambie la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

(27) La STC 130/2013, de 4 de junio (al igual que la STC 135/2013, de 6 de junio), no es suficientemente categórica para estos fines. Es necesario que el Tribunal afronte el tema de manera franca y directa, y elabore una construcción más detallada y explícita que la que se desprende de dicha sentencia.

general, según la cual el Estado necesita un título autónomo, distinto de la cláusula de supletoriedad, para emitir Derecho supletorio. Lo que sucedería es que, en este específico contexto, ese título autónomo se hallaría en la competencia atribuida al Estado en los artículos 149.1.3 y 93 de la Constitución.

A la hora de legitimar esta técnica, el Tribunal Constitucional debería exigir al legislador estatal que indique formalmente qué normas serán supletorias del Derecho autonómico, a los fines de transponer o ejecutar una determinada norma europea. Esta carga de indicación expresa debería ser más categórica que la que pesa sobre el Estado cuando ejerce su competencia para fijar la normativa básica en una materia. En efecto, desde la importante sentencia 69/1988, de 19 de abril, el Tribunal Constitucional ha exigido al Estado que declare expresamente el alcance básico de una norma, pero ha admitido que, en defecto de calificación expresa, la norma venga «dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica» (28). Pues bien, la carga de calificar expresamente como supletoria determinada normativa, a los efectos de garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, no debería ser objeto de excepción. Como se desprende de la sentencia del TJUE que estamos comentando, el Derecho comunitario exige cierto nivel de certeza a la hora de configurar la legislación que debe ser aplicada para ejecutar una directiva. En este contexto, únicamente si el carácter supletorio de la normativa estatal deriva de una calificación explícita puede el Derecho estatal superar el test de certeza que impone el TJUE. No basta con que los aplicadores del Derecho, una vez hayan descubierto una laguna en la legislación autonómica, acudan a las normas de Derecho estatal que, a su entender, sean aptas para desplegar un efecto supletorio. Es necesaria una calificación formal del propio legislador, pues de lo contrario la incertidumbre sería excesiva a los ojos del Tribunal de Luxemburgo (29).

Por otro lado, debemos ser conscientes del limitado alcance de la cláusula de supletoriedad como solución al problema de la ejecución del Derecho de la Unión Europea por parte de las autoridades autonómicas. Como señala el Consejo de Estado en su informe de 15 de diciembre de 2010, la «supletoriedad no alcanzaría a prevenir cualquier incumplimiento normativo, sino solo aquellos provocados por la inactividad de las Comunidades Autónomas». El Derecho estatal supletorio serviría para evitar una condena a España en caso de

(28) Fundamento Jurídico 5.

(29) En términos parecidos se pronuncia Xavier PONS RAFOLS, «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, págs. 149-150.

falta de transposición de una directiva, «pero no permitiría corregir una norma autonómica que, siendo de aplicación directa, vulnerase la normativa comunitaria» (30). El principio de supletoriedad, en efecto, es útil para dar respuesta a uno de los varios supuestos en que se puede producir un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de las Comunidades Autónomas. Solo vale para reaccionar contra la inactividad legislativa o reglamentaria. Pero el hecho de que la técnica de la supletoriedad suministre una respuesta parcial no significa que no esté justificada. Las herramientas son útiles para propósitos específicos, y no para todos los fines relevantes. Inevitablemente habrá que usar otros instrumentos para abordar problemas de distinta índole, aunque estén relacionados.

En este sentido, el hecho de que en España contemos con el principio de supletoriedad, mientras que casi todos los países de estructura federal carecen de él, no es relevante a los efectos de objetar a su empleo (31). Cada Estado tiene que buscar las técnicas apropiadas para compatibilizar su propio orden constitucional con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión. Si en España tenemos a nuestra disposición la cláusula de supletoriedad, y esta se revela idónea para dar satisfacción a las necesidades derivadas de nuestra pertenencia a la Unión, no se acaba de ver por qué deberíamos renunciar a utilizarla, por el mero hecho de que dicha cláusula no exista en otros Estados de naturaleza federal (32).

Es verdad, por otro lado, que no debemos exagerar la gravedad del problema al que nos enfrentamos. No se puede decir que las Comunidades Autónomas exhiban un mayor déficit de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea que el Estado. Además, en general, cuando se infringe el Derecho comunitario en materia de directivas es porque las autoridades competentes no han implementado correctamente la directiva relevante, y no porque no hayan hecho absolutamente nada (33). Así, lo que ha sucedido en España con la Directiva 2000/60/CE en el ámbito de la política de aguas, y que ha dado lugar a la sentencia condenatoria

(30) Informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010, pág. 113.

(31) Véase, por ejemplo, la objeción que plantea Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, *op. cit.*, págs. 91-92.

(32) Hay que tener en cuenta, además, que la solución que cabe derivar del principio de supletoriedad en España es muy semejante a la solución arbitrada en Italia a partir de la Ley 39 de 2002, que desarrolla la denominada cláusula de *cedevolezza*. Véase la referencia a ella en el informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, incluido en la obra presentada por Francisco RUBIO LLORENTE, *El Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, *op. cit.*, págs. 126-129.

(33) Son atinadas, en este sentido, las observaciones de Miguel AZIPTARTE SÁNCHEZ, «El Estado autonómico *unitario* y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho

del TJUE objeto de este comentario, por ausencia de actividad normativa de las Comunidades Autónomas, no es algo que ocurra con frecuencia. Sería injusto, pues, sostener que la organización autonómica del Estado español entraña un grave riesgo de infracción del Derecho comunitario, en lo que atañe a la transposición de directivas. Ahora bien, el hecho de que no nos encontremos ante un fenómeno patológico, sino ante incumplimientos relativamente puntuales por parte de las Comunidades Autónomas, no significa que no esté justificada la búsqueda de una solución técnica para resolver el problema, en la medida en que exista. Las herramientas jurídicas no se construyen y utilizan únicamente para tratar los males mayores (34).

En otro orden de consideraciones, frente a la propuesta de recurrir al principio de supletoriedad para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario, se ha objetado que existe el riesgo de que, por inercia, las Comunidades Autónomas no ejerzan sus competencias legislativas y reglamentarias para desplazar el Derecho estatal supletorio. Si el Estado ya se ha encargado de tener a punto la normativa necesaria para ejecutar una directiva, ¿para qué se van a molestar las Comunidades Autónomas en emanar sus propias normas? (35). Ciertamente, la inercia institucional desempeña aquí un papel. El hecho de que exista una norma estatal supletoria que hay que desplazar supone un cierto condicionamiento. Ello es así, no solo por la necesidad de poner en marcha el procedimiento legislativo o reglamentario autonómico, «en contra» de la norma estatal, una norma que puede contar con el apoyo de un sector de opinión en la Comunidad Autónoma respectiva. Además de ello, se produce el condicionamiento psicológico propio de cualquier mecanismo basado en *default rules*, sobre el que se ha acumulado mucha experiencia y se ha teorizado ampliamente. Entre otras cosas, desviarse de la regla preexistente provoca un sentimiento de mayor remordimiento, en caso de error, que mantenerse dentro de ella (36). Ahora bien,

europé en el ordenamiento español», *Revista de Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 9, 2009, págs. 138-141.

(34) El recurso a la cláusula de supletoriedad se puede combinar, naturalmente, con los mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a través de las correspondientes conferencias sectoriales. De ellas puede surgir el impulso normativo necesario para transponer normas europeas, evitándose, de esta forma, el incumplimiento por inadvertencia.

(35) Esta crítica la formula, por ejemplo, Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, op. cit., pág. 79 y pág. 93.

(36) Una introducción amena a este tema se encuentra en Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (New York: Penguin Books, 2009), y en Daniel KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013), págs. 346-349.

el riesgo de que se produzca un reflejo inercial es un coste que es razonable asumir, dada la necesidad de evitar que el Estado sea condenado en Luxemburgo por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

En todo caso, colocar sobre las espaldas de las Comunidades Autónomas la carga de definir sus propias políticas, frente a las soluciones formuladas por el Estado a título supletorio, no supone un atentado contra el autogobierno. Hay que suponer que la voluntad de autogobierno de las Comunidades Autónomas es suficientemente profunda como para pensar que no se van a relajar en el ejercicio de sus competencias legislativas, por mucho que exista Derecho supletorio potencialmente aplicable. Y si la voluntad de autogobierno no se manifestara con la misma intensidad en todos los territorios, o con respecto a todos los sectores del ordenamiento, ello revelaría la existencia de ciertas asimetrías en el Estado autonómico, asimetrías que, por lo demás, no han dejado de estar presentes desde el primer momento en que se puso en marcha el proceso de descentralización política en España (37).

Además, conviene sopesar el riesgo que supondría para las Comunidades Autónomas el hecho de que el Estado tuviera vedada la posibilidad de recurrir a la cláusula de supletoriedad para garantizar la ejecución normativa del Derecho de la Unión Europea. El Estado tendría entonces mayores incentivos para abusar de sus competencias a la hora de fijar la normativa básica sobre las materias afectadas por las correspondientes directivas europeas, reduciendo excesivamente el margen de maniobra del que las Comunidades Autónomas deben disfrutar para llevar a cabo sus propias políticas. Es decir, en muchos casos el Estado trataría de obtener, por la vía más agresiva de las competencias que tiene para fijar las bases normativas en diversos sectores materiales, el poder que se le negara ejercer por la vía más suave de la supletoriedad. Es verdad que el Tribunal Constitucional podría controlar los abusos que cometiera el Estado si se moviera en esta dirección. Pero la capacidad del Tribunal para frenar una estrategia de este tipo sería bastante limitada (38).

(37) Sobre el debate acerca de la legitimidad de las asimetrías en el Estado autonómico, me permito remitir a las reflexiones contenidas en mi libro, *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2012), págs. 185-190.

(38) De hecho, el Estado ya tiende a utilizar su competencia horizontal sobre la ordenación general de la economía (derivada del art. 149.1.13), en muchos ámbitos en los que está en juego la transposición de directivas. Ello ha motivado diversas críticas doctrinales. Acerca de esta tendencia, véase el estudio Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «La transposición de las Directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE», en Xabier ARZO SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, op. cit., págs. 231-279. Lo anterior no significa, sin embargo, que las Comunidades Autónomas no desempeñen un

En todo caso, la sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2013 nos obligará a repensar la configuración que el principio de supletoriedad ha recibido hasta ahora en el ordenamiento constitucional español. Es esperable que se abra un nuevo debate entre los expertos, acerca del futuro de este principio en la arquitectura del Estado autonómico. Y es muy probable que el Tribunal Constitucional no sea ajeno al mensaje que recibe de Luxemburgo. El TJUE, en definitiva, está dispuesto a aceptar el juego del principio de supletoriedad como garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión, siempre que exista certeza acerca del modo en que opera dicho principio, y siempre que sus efectos prácticos sean realmente suficientes para integrar las potenciales omisiones legislativas de las Comunidades Autónomas.

papel relevante a la hora de implementar directivas. La Directiva de Servicios, por ejemplo, ha desencadenado una intensa producción legislativa en el plano autonómico. Para un pormenorizado análisis de la normativa existente en este sector, puede consultarse el libro de Noemí BLÁZQUEZ ALONSO, *Manual de ordenación comercial* (Madrid: La Ley, 2012). Lo que sucede, en parte, es que las normas autonómicas, aunque ejecuten materialmente directivas europeas, no se presentan formalmente como normas de transposición, con la consecuencia de que no se suelen remitir al Estado (como exige el art. 10 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), a los efectos de que el Estado pueda comunicar a las autoridades europeas la existencia de dichas normas. Sobre este fenómeno de «invisibilidad de la transposición autonómica», véase Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, «La transposición de directivas en el Estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», en Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno*, op. cit., págs. 513-519 y 549-551.

