

“UN PROBLEMA NO RESUELTO: LA CLAUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL”

Javier Tajadura Tejada

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA INTERPRETACION INICIAL DE LA CLAUSULA DE SUPLETORIEDAD: LA TESIS DE IGNACIO DE OTTO. III. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES 118/1996 DE 27 DE JUNIO, Y 61/1997, 20 DE MARZO, A PROPOSITO DE LAS LEYES ESTATALES DICTADAS EXPRESAMENTE COMO SUPLETORIAS. 1) La STC 118/1996, de 27 de junio. 2) La STC 61/97, de 20 de marzo. 3) Los votos particulares del Magistrado don Manuel Jimenez de Parga. 4) Objeciones doctrinales a las SSTC 118/1996 y 61/1997. IV. SUPLETORIEDAD Y LEGISLACION BASICA. V. ¿MUTACIÓN O FALSEAMIENTO CONSTITUCIONAL?. 1) La mutación constitucional y sus límites. 2) Consecuencias del falseamiento constitucional sobre los principios estructurales del Estado. VI. CONCLUSION. VII. NOTA BIBLIOGRAFICA.

I. INTRODUCCION.

La celebración de unas Jornadas sobre técnica legislativa obliga, al estudioso de estos temas, a plantearse la extrema complejidad que ha alcanzado nuestro sistema de fuentes. Extrema complejidad debida a dos fenómenos bien conocidos: de una parte la integración de España en la Comunidad Europea; de otra, el formidable proceso de descentralización política operado en los últimos veinte años.

El objeto de esta exposición es poner de manifiesto lo que, en mi opinión, constituye el principal problema jurídico-político del sistema de fuentes, que no es otro que la ruptura de la unidad del ordenamiento jurídico en virtud de una interpretación desafortunada, y a mi juicio, claramente errónea, por parte del Tribunal Constitucional de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal.

El artículo 149. 3 de la Constitución contiene una serie de reglas para articular, con lo que se ha venido llamando la “cláusula de cierre”, el sistema de relación entre los ordenamientos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Dicho precepto establece: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

De las tres reglas fundamentales que el artículo 149. 3 recoge, esta exposición va a centrarse en la última de ellas, la contenida al final del precepto citado: la cláusula de supletoriedad. Se trata de una regla que está formulada con toda claridad. Así, durante muchos años esta cláusula no suscitó problema alguno ni en la teoría, ni en la práctica, ni en la jurisprudencia constitucionales. Sin embargo, en los últimos años, las Sentencias constitucionales 118/1996 y 61/1997 han modificado sustancialmente el significado y alcance de la supletoriedad del derecho estatal, con una doctrina que ha recibido numerosas y duras críticas.

El giro jurisprudencial operado por el Tribunal Constitucional, puede ser calificado, cuando menos, de mutación constitucional, y, en mi opinión, y como trataré de demostrar, afecta al modelo de Estado constitucionalmente garantizado.

II. LA INTERPRETACION INICIAL DE LA CLAUSULA DE SUPLETORIEDAD: LA TESIS DE IGNACIO DE OTTO.

La primera explicación global de la cláusula que nos ocupa fue la llevada a cabo por Ignacio de Otto en su brillante trabajo sobre “La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional”. Este autor concibe la cláusula de supletoriedad como un elemento esencial del Estado regional que lo distingue del Estado federal. El punto de partida de su trabajo es el siguiente: “Mientras que en el Estado federal la limitación del poder de la federación se hace limitando materialmente su validez, en el caso del estado regional el poder del Estado se halla sometido únicamente a límites de vigencia”. De Otto subraya como toda forma de descentralización supo-

ne la existencia de un ordenamiento general, al que se llama ordenamiento del poder central frente a ordenamientos particulares, vigentes tan sólo en una parte del territorio. La relación existente entre el ordenamiento general y los ordenamientos particulares es la que permite al autor citado incluir un modelo de descentralización dado en la categoría jurídica del Estado federal o, en su caso, en la del Estado regional. “En el caso del Estado federal -escribe De Otto- el campo material propio del ordenamiento general -el campo competencial de la Federación- se encuentra limitado a determinadas materias, con la consecuencia de que las normas dictadas fuera de ellas son nulas. La técnica para permitir que el ordenamiento general coexista con los ordenamientos particulares es la limitación material de aquél en términos de validez-invalidez, de modo que sólo ciertas materias pueden ser objeto del ordenamiento general. La Federación tiene un poder normador materialmente limitado, lo que permite que las materias excluidas sean objeto de normación por los ordenamientos particulares de los Estados”. Distinta es la técnica con la que se lleva a cabo la articulación de los diferentes ordenamientos en el Estado regional: “En el Estado regional, el ordenamiento general no está limitado materialmente -todo el Derecho del Estado es válido cualquiera que sea la materia de la que se ocupa- sino que en aquellas materias que sean de la competencia de la Comunidad Autónoma el ordenamiento general tiene una vigencia disminuida. La técnica utilizada no es la de limitar las materias que el Estado puede normar válidamente, sino la de determinar materias en las que su derecho cederá ante el que hayan dictado las Comunidades Autónomas”. La conclusión que de todo lo anterior se extrae es muy clara: En el Estado Autonómico “la competencia normadora del Estado no tiene límites, es una competencia general. Los únicos límites se producen en la aplicación de esas normas: allí donde tenga competencia la Comunidad Autónoma, la norma estatal -que es válida- tendrá una vigencia de segundo grado”.

Esta conclusión resulta plenamente coherente con la estructura y características del Estado Autonómico. En concreto De Otto destaca tres elementos del mismo que fundamentan la necesidad de concebir de esa manera la cláusula de supletoriedad y la relación entre ordenamientos: “No es jurídicamente obligado que todo el Reino se constituya en Comunidades Autónomas; no todas las Comunidades Autónomas han de tener las mismas competencias; no todas usarán por igual de las competencias que les correspondan”.

Conviene incidir en el último de los rasgos citados puesto que, esta tesis es frecuentemente atacada con el argumento de que cuando todo el territorio esté estructurado en Comunidades Autónomas y cuando éstas hayan asumido un mismo contenido competencial el derecho estatal dejará de ser supletorio del autonómico. En primer lugar, hay que recordar que tal cosa no ha ocurrido, y en segundo lugar que, aunque ocurriera, la supletoriedad continuaría cumpliendo una importante función. “Aun en el supuesto de que todos los territorios se constituyeran en Comunidades Autónomas y todas las Comunidades hubieran asumido el mismo contenido competencial -escribe De Otto- el derecho del Estado seguiría cumpliendo una función. Cabe la posibilidad de que aún asumida la competencia no se haga uso de ella, dejando así un vacío normativo que habrá de ser colmado por el ordenamiento general. Y cabe asimismo la posibilidad de que, aun haciendo uso de su competencia todas las Comunidades, sus ordenamientos sean parciales o incompletos y las Cortes Generales consideren conveniente crear un derecho supletorio uniforme”.

De Otto concluye su trabajo con unas observaciones que el Tribunal Constitucional hará suyas durante los primeros diez años de jurisprudencia constitucional: “La atribución de una competencia a las Comunidades Autónomas no significa (...) la paralela privación de esa misma competencia para el Estado. El derecho que éste haya usado anteriormente sigue siendo válido tras la entrada en vigor del Estatuto (de Autonomía), y el uso por la Comunidad de la competencia normadora de que se trata ni provoca la derogación del derecho estatal anterior ni congela la potestad normadora para el futuro. Su única consecuencia es que el derecho estatal, anterior o posterior, será de aplicación supletoria y no preferente. La atribución de competencias a las Comunidades Autónomas incide tan sólo sobre la vigencia del derecho estatal (...) Por esta razón, la única posibilidad de que el derecho del Estado resultase nulo por violación del orden competencial sería el supuesto de que regulase su propio ámbito de vigencia en términos contrarios a como lo hacen la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se orienta en este sentido y refleja fielmente las tesis de De Otto durante toda la década de los ochenta.

III. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES 118/1996 DE 27 DE JUNIO, Y 61/1997, 20 DE MARZO, A PROPOSITO DE LAS LEYES ESTATALES DICTADAS EXPRESAMENTE COMO SUPLETORIAS.

Ahora bien, el Tribunal, recientemente, ha operado un giro copernicano en las dos sentencias mencionadas en el epígrafe y ha abandonado por completo su doctrina anterior, en definitiva, ha roto con la tesis de De Otto.

La sentencia de 27 de junio de 1996 anula la calificación de supletorias de las normas que con tal carácter se contenían en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (L.O.T.T.) de 30 de julio de 1987. La sentencia de 20 de marzo de 1997 relativa al Texto Refundido de la Ley del Suelo (T.R.L.S.) de 1992 da un paso más puesto que tras anular la calificación de supletorias de las normas así concebidas, declara la inconstitucionalidad de todas ellas.

1) La STC 118/1996, de 27 de junio.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional anula la calificación de supletorias de las normas que con tal carácter se contenían en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 30 de julio de 1987.

La argumentación central de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional gira en torno a dos consideraciones: una, ya apuntada desde la STC 15/1989, que la regla de la supletoriedad “no constituye una cláusula universal atributiva de competencias en favor del Estado”; y otra, que “la supletoriedad que proclama el artículo 149. 3 de la Constitución ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico mediante las reglas de interpretación pertinente ante la presencia de una laguna”. En suma, afirma el Alto Tribunal, que el Estado dicte normas con el carácter de supletorias constituye “una vulneración del orden constitucional de competencias”.

En la STC 118/1996, el Tribunal Constitucional, analiza la supuesta inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 16/87, de 30 de junio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, precepto que dispone lo siguiente: “La presente Ley será de aplicación directa, en relación con los transportes y actividades auxiliares o complementarias de los mismos, cuya competencia corresponda a la Administración del Estado. Asimismo, se aplicará a aquellos transportes y actividades cuya competencia corresponda a las Comunidades

Autónomas y a la Administración Local, con el carácter supletorio o directo que en cada caso resulte procedente, de conformidad con el ordenamiento constitucional, estatutario y legal. Las disposiciones contenidas en el Capítulo VII del Título III y en los Capítulos II y V del Título IV se considerarán de aplicación supletoria respecto de las que, conforme a sus Estatutos, puedan dictar las Comunidades Autónomas”.

Ante las alegaciones formuladas a este artículo por el recurrente, el Tribunal Constitucional se plantea dos interrogantes. El primero exige aclarar si allí donde el Estado “carece de competencias específicas puede dictar normas con la finalidad de que valgan como Derecho supletorio”. El segundo consiste en determinar hasta qué punto tiene el legislador estatal atribuidas facultades para declarar supletorias las normas que dicte.

Para responder a la primera cuestión, el Tribunal comienza recordando que el objetivo de la supletoriedad consiste en garantizar la plenitud del ordenamiento: “Desde la inicial STC 5/1981, este Tribunal mantuvo una interpretación de la cláusula de supletoriedad orientada a potenciarla para que pudiese cumplir su fin, que consiste en evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico”. Ahora bien, continúa el Tribunal, “esa potenciación de la supletoriedad no desconoció su esencia, pues nuestra jurisprudencia ha advertido expresamente que el último inciso del artículo 149. 3 no es, en manera alguna, 'una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado”. La finalidad atribuida al artículo 149. 3 de la Constitución determina una interpretación evolutiva de la cláusula que nos ocupa: En su momento, señala el Tribunal, “pareció razonable admitir la existencia de normas estatales de valor supletorio, siempre que la materia competencial en litigio no hubiera sido competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las Comunidades Autónomas por imposibilidad constitucional, o por simple decisión de los propios Estatutos, habrán sido retenidas por el Estado en virtud del artículo 149. 3 CE, segundo inciso” (Fundamento Jurídico 5º). En el momento presente, sin embargo, el hecho de que existan numerosas materias que han sido asumidas de manera exclusiva por todas las Comunidades Autónomas fuerza a concebir de manera mucho más estricta los supuestos en los que el Estado puede dictar normas supletorias: “La premisa de que, en numerosas materias, hay Comunidades Autóno-

mas distintas a la que impugna una disposición estatal, que carecen de competencias, va siendo debilitada por el progresivo desarrollo del Estado de las Autonomías (...) Existen numerosas materias atribuidas por los Estatutos de Autonomía a la competencia exclusiva de todas y cada una de las Comunidades Autónomas, lo cual impide al Estado dictar disposiciones en dichas materias, puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas no sólo el poder de oponerse a que las normas del Estado incidan en esas materias sometidas a su competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse”.

De lo anterior el Tribunal Constitucional concluye que, para que las normas estatales tengan carácter supletorio, no basta con que el Estado tenga un título que le atribuya cualesquiera competencia en una materia determinada, como había afirmado hasta entonces. Ahora el Tribunal exige que el Estado pueda invocar un título específico que lo habilite concretamente para establecer la normación de que se trate: “El Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal atributiva de competencias” (Fundamento Jurídico 6º).

El Tribunal Constitucional rechaza incluso, lo que no había hecho nunca hasta entonces, que el legislador estatal pueda dictar normas supletorias aun en el caso de materias compartidas: “Tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias”.

En el caso que nos ocupa, es decir, en materia de transportes, lo anterior significa que el Estado sólo puede dictar normas sobre transportes intercomunitarios, u otras aplicables a transportes de competencia autonómica, pero fundadas en títulos competenciales distintos. En el supuesto de que se produzca una laguna en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas, el aplicador podrá utilizar como derecho supletorio sólo estas normas estatales,

que son válidas por haber sido dictadas en el marco de las competencias propias del Estado.

De esta forma se responde al segundo interrogante antes planteado. El Tribunal niega expresamente la facultad del legislador estatal de declarar supletorias las normas que dicta, y atribuye a los distintos aplicadores jurídicos la tarea de decidir los criterios para integrar las posibles lagunas. El ámbito de la supletoriedad queda así muy reducido porque, como hemos dicho, sólo podrán tener carácter supletorio “las normas dictadas válidamente por el Estado en materias de su competencia”.

Por todo ello el Tribunal declara inconstitucional la mayor parte de lo previsto en el artículo 2 de la L.O.T.T. Ahora bien este precepto no es de carácter sustantivo sino que se limita a señalar la eficacia del resto de las disposiciones de la ley, estableciendo su aplicación directa o subsidiaria. El Tribunal anulando el artículo 2 de la LOTT niega que el Estado pueda realizar una regulación general de los Transportes Terrestres amparándose en la supletoriedad, pero ello no presupone que dicha regulación sea inválida. Será preciso analizar en cada caso concreto si el Estado dispone de títulos competenciales específicos que le habiliten para dictar las distintas disposiciones que integran la LOTT. El resto de los fundamentos jurídicos de la sentencia son, por tanto, juicios de competencia.

El Tribunal no ha dado todavía el paso de considerar inconstitucionales cualesquiera preceptos dictados por el Estado como supletorios del derecho autonómico en los supuestos de materias compartidas. Ese paso lo da al año siguiente.

2) *La STC 61/97, de 20 de marzo.*

Esta sentencia lleva hasta sus últimas consecuencias la doctrina establecida en la anteriormente examinada. Resuelve el recurso interpuesto por tres Comunidades Autónomas frente al Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. La impugnación gira básicamente en torno a un argumento: los recurrentes afirman que la competencia sobre Urbanismo prevista en el artículo 148. 1. 13 de la Constitución ha sido asumida por todas las Comunidades Autónomas en sus correspondientes Estatutos en régimen de exclusividad; aunque el Estado ostenta títulos competenciales específicos que le permiten incidir sobre esa materia, no puede regularla con carácter general. Los recursos se

centran por ello en la Disposición final del T.R.L.S., que define la aplicabilidad del resto de las disposiciones de dicho Texto. El primer y segundo apartado de la Disposición final enumeraban, respectivamente, los artículos que tenían carácter de legislación básica y de aplicación plena. El tercero disponía que “los restantes preceptos serán de aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias”.

Sólamente la Generalidad de Cataluña impugna este tercer apartado que recoge la cláusula de supletoriedad, por entender que el Estado carece de título competencial específico en materia de urbanismo.

Los representantes del Consejo Ejecutivo de la Generalitat alegaron ante el Tribunal Constitucional que se debía “considerar la legitimidad constitucional de que el Estado dicte legislación supletoria en aquellas materias en las que carece de título competencial específico”.

Aunque hay que reconocer que los servicios jurídicos de las distintas Comunidades Autónomas no descartaron ningún argumento para demoler la legislación urbanística y ganar el recurso a toda costa, sorprende que toda su “artillería” se centrara en cuestiones competenciales y no sustantivas (como la regulación del derecho de propiedad, por ejemplo), máxime cuando se trataba de impugnaciones provenientes de Gobiernos conservadores frente a una Ley aprobada por una mayoría parlamentaria socialista a nivel estatal.

El representante de la Diputación General de Aragón sostenía en su recurso contra la Ley del Suelo que “es contrario al correcto funcionamiento de la relación entre los ordenamientos estatal y autonómico la aplicación indiscriminada de la regla de la supletoriedad, cuya utilización abusiva no puede sostenerse, ya que el artículo 149. 3 CE no constituye un título competencial en cuya virtud pueda el Estado legislar sobre todas y cada una de las materias: No existe esa supuesta potestad legislativa general, sino que prevalece el principio de estricta separación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas”.

El letrado del Gobierno canario afirmó, por su parte, que “el inciso final del artículo 149. 3 no puede ser interpretado como una modificación del sistema de integración de lagunas, como una cláu-

sula abierta que otorga al legislativo estatal la facultad de dictar normas cualquiera que sea la materia, al único fin de integrar lagunas que pueda tener el derecho autonómico, porque aceptar esta tesis sería modificar el esquema de distribución de competencias establecido no sólo en la Constitución, sino también en los Estatutos de Autonomía”.

La excepción a la regla vino de la mano del representante de la Junta de Castilla y León quien mantuvo que “el Estado puede también legislar en las materias en que ello es competencia de la Comunidad Autónoma dando a esa legislación un mero carácter supletorio y, por ello, no hay nada que oponer, en principio, desde el punto de vista de defensa de las competencias autonómicas, a que el Estado haga una Ley que de suyo es competencia de las Comunidades Autónomas, si claramente se declara su carácter meramente supletorio de la legislación autonómica”.

Esta era, evidentemente, la posición del Abogado del Estado, para quien “la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas no prohíbe al legislador estatal dictar cuerpos legislativos orgánicos y completos. Es justamente todo lo contrario, el reconocimiento de una limitada potestad legislativa autonómica hace surgir un verdadero deber constitucional del Estado de evitar el riesgo de incomplexión que puede nacer no sólo de la inactividad del legislador autonómico, sino del carácter materialmente tasado de su competencia para la creación de normas jurídicas. El valor supletorio general reconocido al Derecho estatal por el artículo 149. 3 equivale a la atribución al legislador estatal de una competencia legislativa universal o sin limitación materia *ratione*, congruente con la posición de las Cortes Generales. Carece totalmente de base constitucional, en consecuencia, la pretensión de constreñir la creación estatal de Derecho supletorio a los supuestos y ejercicio de una de las competencias enumeradas en el artículo 149. 1 CE y sería contrario con el carácter general (en el sentido de independiente de la materia) de la función supletoria del Derecho estatal”.

Para resolver la impugnación de la Generalitat de Cataluña que es la que más nos interesa, el Tribunal recuerda su última jurisprudencia sobre la materia. Así, en primer lugar, el Fundamento jurídico 7º de la STC 147/1991: “Es preciso reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinar a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no

desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de todo título competencial que justifique dicha reglamentación” (Fundamento Jurídico 12º). En segundo lugar, la STC 118/1996 ya comentada.

Pero las conclusiones que extrae desbordan incluso las previsiones de la Sentencia sobre la L.O.T.T. En este caso, la ausencia de competencias estatales en materia de urbanismo y el rechazo a fundamentar la supletoriedad en otro título competencial estatal susceptible de incidir sobre esa materia, conduce al Alto Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la cláusula de supletoriedad: “Dado que a partir de los artículos 148 y 149 CE, todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre la materia de urbanismo, es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad” (Fundamento Jurídico 12º).

Pero además, y esto es algo que no había hecho anteriormente, el Tribunal declara nulas todas las disposiciones del T.R.L.S. que la Disposición final del mismo califica de supletorias: “La calificación como normas supletorias, pues, en coherencia con cuanto se ha dicho, es contraria al artículo 149. 3 in fine, y al orden constitucional de competencias. En consecuencia, han de ser declarados inconstitucionales tanto el apartado 3º de la Disposición final única como los preceptos así calificados, esto es, todos aquellos que, de conformidad con lo que establece la indicada disposición, no tienen carácter de norma básica ni de aplicación plena” (Fundamento Jurídico 12). No hay aquí pues juicios de competencia concretos sobre cada disposición. Sin que quede claro el porqué, sin justificación alguna, sin respeto al principio de conservación de la norma, el Tribunal deduce automáticamente la inconstitucionalidad de todas las normas dictadas como supletorias por el sólo hecho de revestir tal carácter. Olvida que, como él mismo había afirmado en su anterior sentencia sobre el tema, el hecho de que determinadas disposiciones no puedan revestir el carácter de supletorias no significa automáti-

camente que sean inconstitucionales.

Esto es algo de singular gravedad. Porque aun admitiendo que a partir de ahora el Estado no pueda dictar normas con vocación exclusivamente supletoria, lo lógico hubiera sido decretar la nulidad de la Disposición Final, no -como se hace en la sentencia- la de los preceptos mismos de los que se declara la aplicabilidad supletoria; al menos, no sin antes comprobar que efectivamente esas normas inciden en la materia reservada con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas. Y ese examen, sencillamente, no se ha hecho en la sentencia. Se anulan así más de ciento setenta normas por lo que de su aplicabilidad se dice en la Disposición Final, no porque se haya constatado que en sí mismas -y una por una- son el resultado del ejercicio de una competencia que no corresponde al Estado. La nulidad de una norma sobre la aplicación se traduce automáticamente en la nulidad de las normas aplicables.

El Magistrado Manuel Jimenez de Parga formula un voto particular -que examinaremos después con la atención que merece- en el que discrepa de la decisión expuesta. En este sentido apunta que hubiera sido menos desacertado anular tan sólo la cláusula de supletoriedad, porque al declarar inconstitucionales los preceptos sustantivos se hace imposible que los aplicadores jurídicos suplan las lagunas de los ordenamientos autonómicos al haber desaparecido el derecho estatal.

Pero no es vacío lo que hay sino caos. Para evitar el posible vacío jurídico producido por la declaración de inconstitucionalidad de todas las normas calificadas de supletorias, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la mayor parte de la Disposición Derogatoria del T.R.L.S.: “La declaración de inconstitucionalidad del apartado tercero de la Disposición final única, así como de las propias disposiciones por ella concernidas, en aplicación de nuestra doctrina sobre la cláusula de supletoriedad debe conducir a la declaración de la inconstitucionalidad por consecuencia (art. 39. 1. LOTC) del apartado primero de la Disposición derogatoria única. 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 sentido 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 supleto-

ria) 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 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” (Fundamento Jurídico 12º). Por ello el Tribunal declara nula la derogación expresa por parte del legislador estatal de su propia legislación previa a la constitución de las Comunidades Autónomas. Así, según el Tribunal Constitucional deben cobrar vigencia antiguas normas urbanísticas, incluidas algunas preconstitucionales como la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976. En este momento no es vacío jurídico, pues, lo que hay, sino un auténtico caos normativo. “Con la Sentencia constitucional de 20 de marzo de 1997 -ha escrito Tomás-Ramón Fernández- ha estallado en mil pedazos el ordenamiento urbanístico español, que hasta ahora había resistido muy bien la prueba del Estado de las Autonomías”. En última instancia, dado que la mayoría de las Comunidades Autónomas no han dictado normas sobre la materia, el derecho estatal continúa siendo supletorio. La confusión creada es enorme. La preocupación en los órganos encargados de la gestión urbanística es notable. Ello ha sido sobradamente puesto de manifiesto por los medios de comunicación.

3) Los votos particulares del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga.

La relevancia de los votos particulares en las sentencias de nuestro más alto tribunal ha sido puesta de manifiesto en nuestra doctrina por el profesor Cámara Villar: “No cabe duda de que la introducción del estudio del voto particular en el flujo constante de debate cooperativo entre la doctrina y el Tribunal Constitucional convierten los comentarios a la jurisprudencia en un más rico y complejo modo de tratar los problemas del Derecho Público, siendo también un mecanismo más para combatir el riesgo permanente para los iuspublicistas de caer en la contemplación excesiva de las sutilezas de los obiter dicta del Tribunal Constitucional o sólo de su doctrina, reduciéndonos como dice Häberle, a la condición de glosadores o posglosadores de las grandes o menores decisiones. Con los votos particulares, los tribunales constitucionales se confrontan

consigo mismos, contrastan una antítesis con la tesis, o sencillamente exploran hipótesis jurídicas diferentes, obligándose a una interpretación cada vez más depurada y precisa”.

“Si la doctrina científica -escribe el profesor Cámara Villares susceptible de provocar en el Tribunal un importantísimo efecto de feedback, una respuesta metodológica que consolide o corrija jurisprudencia o los propios criterios metodológicos utilizados, cabe decir que a este respecto los votos particulares están incluso más estratégicamente situados. Porque ofrecen al futuro un legado judicial enriquecido con descripciones e hipótesis interpretativas diferentes y en competencia por su adecuación, y, trabajando sobre este legado, los jueces podrán realizar un análisis más sofisticado y detallado cuando la ocasión así lo demande”.

Todo lo anterior es perfectamente aplicable a los bien fundamentados y argumentados votos particulares formulados por el profesor y magistrado Jiménez de Parga a las dos sentencias comentadas.

La crítica del Magistrado Jiménez de Parga a la doctrina establecida en las sentencias en cuestión y recogida en los votos particulares presentados a las mismas supone una descalificación global del núcleo de las tesis mayoritarias y un alegato en favor del replanteamiento de numerosas cuestiones que para él no quedan correctamente resueltas.

La primera de las críticas se refiere al modelo de Estado, punto sobre el que el Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente. En el voto particular a la STC 118/1996, Jiménez de Parga ya advierte que la interpretación de la cláusula de supletoriedad efectuada supone “la desfiguración del Estado de las Autonomías y la apertura a la implantación del modelo federal”. Para el magistrado disidente el ordenamiento del Estado es “por definición general y completo” y “a diferencia del modelo federal, el modelo autonómico parte de la generalidad de un sistema (el estatal) y la particularidad de cada uno de los autonómicos. Si en el modelo federal la conjunción entre los distintos sistemas se verifica a partir del criterio de la validez (...) en el modelo autonómico la conjunción se lleva a cabo con arreglo a dos criterios: a) la validez (con normas autonómicas constreñidas a un ámbito competencial limitado), y b) la aplicación (con normas estatales aplicables como subsidiarias allí donde la competencia normativa corresponda a una Comunidad

Autónoma” (punto 8).

En el voto particular a la STC 61/1997, Jiménez de Parga insiste en esa idea, destacando que “las diversas concepciones de la supletoriedad se apoyan (...) en una de dos maneras posibles de entender el Estado de las Autonomías. O se piensa, (...) que la soberanía nacional, de una Nación común e indivisible, reside en el pueblo español (...) o se aboga, fuera de la Constitución, por una soberanía compartida por el Estado y por las Comunidades Autónomas. Para los defensores de la primera concepción del Estado de las Autonomías sólo hay un ordenamiento jurídico (...) Para quienes no aceptan la soberanía, única e indivisible, o defienden abiertamente la cosoberanía, la supletoriedad del derecho estatal es algo inaceptable a radice, o que debe entenderse de un modo que la prive prácticamente de contenido” (punto 2).

En segundo lugar, está la afirmación capital de que “el Estado no precisa de ningún título competencial para dictar normas de carácter supletorio. La supletoriedad es del ordenamiento estatal, no emana de una competencia ni de una norma” por lo que “no debe olvidarse que la supletoriedad es una función del ordenamiento estatal y que esa función se cumple sin necesidad de habilitación de competencia de tipo alguno” (punto 2, D, 1 y 5, voto STC 61/1997). He aquí el acertado rechazo a la premisa no demostrada por la mayoría del Tribunal y de la que emana toda la confusión posterior: la vinculación entre supletoriedad y títulos competenciales.

En tercer lugar, merecen destacarse las observaciones del Magistrado disidente sobre la supletoriedad en relación con las competencias compartidas. Para Jimenez de Parga, el Estado en este caso “se halla facultado para ejercer su potestad legislativa produciendo normas de aplicación supletoria” (punto 3, voto STC 118/1996) ya que “mientras que en el ámbito de la competencia exclusiva, la Comunidad Autónoma puede decidir, dentro de ciertos límites, ejercer o no su competencia, no debe suceder lo mismo cuando se trata de una materia compartida, porque, en este caso, se le estaría reconociendo a la Comunidad Autónoma un poder para neutralizar la competencia estatal a través del inejercicio de la competencia para el desarrollo y ejecución de la ordenación básica establecida por el Estado (punto 2, D, 5, voto STC 61/1997). En este punto esencial de la sentencia, también Jiménez de Parga se posiciona en contra de las tesis mayoritarias. En este sentido hay que advertir que incluso los que comparten, en líneas generales, la nue-

va doctrina del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad, discrepan sobre su aplicación al caso de las materias compartidas.

En cuarto lugar, Jiménez de Parga destaca que su tesis no obliga a las Comunidades Autónomas a legislar (punto 7, voto STC118/1996) por lo cual resulta plenamente respetuosa con el principio de autonomía.

Otra crítica muy importante es la referida a la seguridad jurídica. Así, en quinto lugar, para el magistrado disidente, la defensa hecha por la mayoría de “la soberanía del aplicador del Derecho” a la hora de integrar una laguna o inexistencia normativa, es tan fuerte que “diríase que es preferible que estos decidan antes de que el Estado legisle. La seguridad jurídica queda como un valor secundario, o inexistente, frente al plusvalor de la decisión o de la soberanía del aplicador del Derecho. En definitiva, frente a la seguridad jurídica respaldada por la supletoriedad del legislador estatal se prefiere el decisionismo o el constructivismo normativo del aplicador del Derecho”. (punto 2, D, 7, STC 61/1997).

Finalmente, Jiménez de Parga reprocha a la tesis mayoritaria haber olvidado principios esenciales del Estado como son la unidad del mismo y la igualdad de todos sus ciudadanos:

a) La nueva doctrina sobre la cláusula de supletoriedad olvida “cuál es la vertebración de nuestro Estado de las Autonomías, basado en el principio de que la autonomía de las Comunidades Autónomas sólo tiene sentido dentro de la unidad del Estado y que se predica de entidades parciales que constituyen las piezas de la organización territorial del Estado. Por lo tanto existe un único Estado (España) que tiene como correlato un único ordenamiento jurídico”. (punto 2, D, 9, STC 61/1997).

b) La interpretación de la cláusula de supletoriedad efectuada por la mayoría “no garantiza la igualdad de los españoles. Esto es particularmente manifiesto en el caso de que la competencia sobre la materia estuviera compartida. Si el legislador estatal legisla sobre lo básico y las Comunidades Autónomas no ejercen sus competencias sobre su desarrollo, además de no ejercer la función ejecutiva en estos casos, según parece, el aplicador del Derecho debería sustituir al legislador y al Gobierno autonómico hasta tanto éstos ejerzan sus competencias, pero ello supone que la ordenación resultante es la del caso concreto, lo que no garantiza suficientemente la

igualdad de todos los españoles” (punto 2, D, 8, STC 61/1997).

Compartimos plenamente todas y cada una de las referidas críticas y sólo nos queda confiar en que, como ha ocurrido en otras ocasiones, la doctrina inicialmente formulada en votos particulares efectuados por magistrados discrepantes frente a las tesis mayoritarias, acabe por convertirse en doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional en el futuro. Ahora bien, esperemos que ese futuro no quede demasiado lejos para que las consecuencias de la hoy doctrina mayoritaria causen el menor daño posible.

4) Objeciones doctrinales a las SSTC 118/1996 y 61/1997.

La doctrina, tanto constitucionalista como administrativista, no ha tardado en poner de manifiesto los numerosos problemas que esta nueva interpretación de la supletoriedad plantea. En el debate académico, los pronunciamientos han sido, en líneas generales, muy duros. Alzaga habla de doctrina “errónea” y que “no resiste el menor análisis”. García de Enterría la califica de “gravemente errónea y de necesaria rectificación”.

Como principales objeciones al giro jurisprudencial operado cabe destacar las siguientes:

a) Inversión del sistema de distribución competencial.

El Tribunal, con esta jurisprudencia, invierte el sistema constitucional de distribución de competencias: son las Comunidades Autónomas las que requieren un título específico de atribución de competencia normativa, pues sólo esas competencias normativas limitan la competencia universal del Estado (artículo 66 Constitución española). Es incorrecto pretender buscar un título específico que atribuya al Estado competencia para dictar normas con carácter supletorio del Derecho autonómico. Pero es que, además, el Estado cuando dicta Derecho supletorio no invade, condiciona, o limita competencia autonómica alguna. Como el propio Tribunal Constitucional había afirmado en sentencia de 21 de octubre de 1989, la Comunidad o Comunidades afectadas por el Derecho supletorio mantienen íntegra su “total libertad para desplazar las normas dictadas como supletorias, sin más que dictar las normas de desarrollo que se han pretendido suplir” si tienen competencia para ello.

b) El carácter transitorio de la supletoriedad.

El profesor Lasagabaster en una monografía sobre este tema defendió que la cláusula de supletoriedad tenía un carácter transitorio, un valor meramente temporal. Y, efectivamente, en las sentencias comentadas subyace, en última instancia, esa tesis. Naturalmente este es uno de los puntos más criticados de las sentencias. ¿Tiene la cláusula de supletoriedad un valor meramente temporal? La mayor parte de la doctrina responde negativamente a la cuestión. Así Tomás-Ramón Fernández escribe en este sentido: “Me parece evidente que el artículo 149. 3 de la Constitución no dice tal cosa y es obligado suponer que no fue esa, en absoluto, la intención de los constituyentes al aprobar dicho precepto, porque, si lo hubiera sido, le hubieran convertido en una disposición transitoria, que es el lugar donde van, desde que se hacen leyes escritas y hace ya algunos siglos de esto, los preceptos que el legislador concibe como temporales para regir solamente en el período que dura el tránsito de la situación que pretende liquidar a la nueva que definen los que forman parte del cuerpo de la Ley y están llamados a presidir la nueva etapa que ésta inaugura”.

En este sentido Requejo ha señalado que la nueva doctrina del Tribunal Constitucional “al imbuir a la cláusula de supletoriedad de un carácter transitorio que (...) le es impropio, ha producido como efecto más inmediato el de convertir también en transitorio el modelo autonómico en cuanto tal”. Y ello porque la cláusula de supletoriedad era, hasta ahora, la garantía última de la unidad del ordenamiento jurídico de España.

c) La seguridad jurídica.

La seguridad jurídica acusa un duro golpe con esta doctrina. Los miles de operadores jurídicos llamados a integrar las lagunas de los ordenamientos autonómicos podrán hacerlo de manera diferente. De esta forma la función de rellenar las lagunas de los ordenamientos autonómicos propiciará en la práctica soluciones de peligroso desorden, cuando no, francamente caóticas. La multiplicidad de soluciones resultará, sencillamente, inevitable. La inseguridad se verá reforzada en la medida en que las Comunidades Autónomas opten por acogerse a reglas inespecíficas o vagas de supletoriedad, y no digamos nada, cuando, de conformidad con el sorprendente final de la STC 61/97, acudan a normas preconstitucionales, normas cada vez más arcaicas, insuficientes, e inadecuadas a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

d) Ceuta y Melilla.

La mera invocación de los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla basta para concluir que el Estado tiene competencia plena y universal, y no sólo básica, en una parte del territorio nacional. El artículo 21. 2 de los Estatutos de autonomía de Ceuta y Melilla atribuyen a estos territorios competencias de carácter ejecutivo y potestad reglamentaria, pero sólo en los términos que establece la legislación general del Estado.

En este punto, por tanto, el Tribunal Constitucional ha olvidado pura y simplemente que hay dos ciudades, Ceuta y Melilla, que son tan españolas como cualesquiera otras y que no tienen otro legislador que las Cortes Generales, lo que excluye simplemente que el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 sea exclusivamente supletorio. Era por el contrario de aplicación directa para Ceuta y Melilla y podía y debía haberse mantenido como tal para ambas ciudades, lo que conllevaba necesariamente su legítima aplicación supletoria en todo el resto del territorio español. El error de la Sentencia es en este punto clamoroso.

e) La legislación básica.

En el ámbito de la legislación compartida bases-desarrollo, negar la posibilidad de que el Estado, a la vez o sucesivamente a la promulgación de las bases, pueda dictar normas con carácter de supletorias, implica atribuir a las Comunidades Autónomas la facultad de vetar la normación iniciada por las bases estatales, que necesitan para su plena efectividad de los desarrollos que corresponden a las Comunidades Autónomas. El veto se produciría por la mera inactividad normativa de éstas. “Todo el sistema autonómico -escribe García de Enterría- quedaría subvertido”. Sobre este tema, y por su trascendencia, volveremos después.

f) El principio de “intervención mínima” en el Estado de las Autonomías.

La normación supletoria constituye lo que podemos denominar intervención mínima estatal en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Si frente a la pasividad de éstas el Estado no puede dictar normas supletorias deberá acudir a otros expedientes como el de ampliar el ámbito de sus “bases”, dictar “leyes de armonización” o emplear medidas de ejecución forzosa según lo dispuesto en el artí-

culo 155 de la Constitución. No parece razonable tener que utilizar estos recursos cuando ello puede evitarse con una técnica, más suave y banal, como es la legislación supletoria.

g) El Derecho comunitario europeo.

El derecho comunitario obliga directamente a los Estados a transponer sus directivas. Aunque la transposición corresponda a instancias autonómicas, al Estado le será exigible la responsabilidad por su eventual incumplimiento. En este sentido, el artículo 93 de la Constitución atribuye al Estado la garantía del cumplimiento del Derecho comunitario, garantía cuya mínima expresión será al menos la de dictar las normas supletorias del Derecho autonómico.

h) La petrificación del ordenamiento estatal.

La doctrina ha señalado también que si el ordenamiento estatal ha de cumplir una función supletoria, hay un argumento práctico, de utilidad, que apoya la facultad estatal de legislar supletoriamente en contra de lo que se afirma en las últimas sentencias comentadas. Se trata de la necesidad de adaptar o modificar y de implementar el ordenamiento estatal para que dicha función supletoria pueda cumplirse satisfactoriamente y el recurso a la cláusula de supletoriedad no conduzca a resultados enfrentados a la realidad del tiempo en que las normas supletorias hayan de ser aplicadas, como claramente ha ocurrido en derecho urbanístico a causa de la STC 61/1997. Con ella, como destaca Requejo, las normas preconstitucionales se transforman en “una suerte de *lex perpetua*, pues la negación de competencias estatales para incidir normativamente en el ámbito de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas es tan tajante que no se le permite derogar las leyes anteriores a la Constitución” por lo que “puede parecer una ironía pero ahora las lagunas autonómicas sólo pueden colmarse con Derecho preconstitucional”.

El Tribunal Constitucional conduce así al derecho estatal que haya sido desplazado por los ordenamientos autonómicos y convertido en supletorio, a una irremediable fosilización. Lo cual resulta incompatible con la función social que el Derecho debe cumplir. En relación con la necesaria renovación del Derecho, no hay que olvidar cómo las normas, en cuanto que instrumento de la acción de los aplicadores del derecho, despliegan sus efectos insertas en una determinada realidad social y política cambiante con la que mantie-

nen una constante relación dialéctica en tanto que se influyen recíprocamente. Asimismo la función promocional que corresponde al Derecho en el seno del Estado Social exige inexcusablemente que las normas puedan ser adaptadas a la realidad en cualquier momento y no sólo por los operadores jurídicos a la hora de interpretarlas y aplicarlas, sino también y sobre todo por los agentes políticos democráticamente elegidos. Admitir lo contrario implica, por una parte, la reducción de la capacidad natural del derecho para adaptarse a las nuevas circunstancias que concurran a la realidad social; por otra, la limitación de las potestades normativas del legislador estatal, constitucionalmente atribuidas a fin de llevar a cabo un programa político dado y democráticamente legitimado.

i) El principio de autonomía.

Todos los críticos de la sentencia advierten que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fuerza a los Parlamentos Autonómicos a dictar una serie de leyes, que de hecho no han querido dictar, a pesar de saber que tenían competencias sobre ello. Paradójicamente el Tribunal Constitucional restringe la libertad de los órganos autonómicos en nombre del propio principio de autonomía. Ahora bien, ni la Constitución ni el principio de autonomía correctamente entendido obliga a las Comunidades Autónomas a legislar en el supuesto de que deseen conformarse con la aplicación de la legislación estatal en sus respectivos territorios.

j) España, un Estado sin territorio.

Por lo que se refiere a la STC 61/1997 esta ha sido objeto además de otra aguda y acertada crítica por parte del administrativista, experto en derecho urbanístico, Tomás-Ramón Fernández. Este autor señala como uno de los resultados de la referida sentencia es que España es hoy un Estado sin territorio. Reproduzco a continuación su crítica que no deja de ser significativa del rumbo que toma el Estado Autonómico. Ilustra una situación esperpéntica pero real: “¿No nos habían enseñado a todos -se pregunta Tomás-Ramón Fernández- los primeros días de nuestro primer curso en las Facultades de Derecho que el territorio es un elemento esencial del Estado? Pues bien, España ha pasado a ser la excepción, según parece. El metro cuadrado que estoy ocupando en este momento pertenece al parecer al municipio de Mejorada, a la provincia de Toledo y a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, pero no al Estado español, porque sólo los tres entes territoriales citados en primer

lugar tienen algo que decir sobre él, pero no las Cortes Generales, ni el Gobierno de España. ¿En qué cabeza cabe esto?”.

Todo lo anteriormente expuesto ha llevado a cualificados ius-publicistas españoles (García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Alzaga Villaamil, Biglino Campos, López-Aguilar, Gómez-Ferrer,...) a subrayar la trascendencia jurídico-política de las sentencias constitucionales referidas. De no ser rectificadas rápidamente, esta doctrina constitucional pone en peligro la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico español, así como la garantía del cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado y amenaza gravemente la seguridad jurídica de los ciudadanos destinatarios de las normas que integran nuestro ordenamiento. Como agudamente ha concluido López Aguilar, “sólo el futuro nos dirá hasta que punto esta sentencia se encuentra llamada a erigirse en landmark o leading case o, en otro sentido, a perecer sepultada por nuevas y hoy imprevisibles inflexiones sugeridas -como en otras ocasiones de la construcción autonómica- por lo que irónicamente podríamos calificar como fuerza normativa del mal menor que en cada caso haya entendido como tal el intérprete supremo de la Constitución”.

IV. SUPLETORIEDAD Y LEGISLACION BASICA.

La interpretación de la cláusula de supletoriedad no puede ni debe explicarse partiendo de los títulos competenciales estatales, sino de la concepción del Estado que la Constitución consagra, y que impone la necesidad de regular determinadas cuestiones que no pueden depender de la actividad o inactividad de las Comunidades Autónomas. En este sentido la doctrina se ha referido especialmente a un supuesto de la máxima importancia: la normativa estatal supletoria necesaria para la efectividad de la legislación básica. Se trata de un supuesto en los que fácilmente se comprueba que las normas supletorias no se amparan, en principio, en concretos títulos competenciales.

Indudablemente, donde con mayor claridad se aprecian la existencia e inconvenientes de la falta de actividad de los poderes normativos de las Comunidades Autónomas es en el ámbito de las materias compartidas y, más concretamente, donde la compartición competencial se articula de acuerdo con la técnica bases estatales -desarrollo autonómico. Técnica con la que, en palabras de García de Enterría, se trata de “enunciar una competencia normativa estatal

que no agota la regulación de la respectiva materia, sino que prevé una participación ulterior de las Comunidades Autónomas “.

La existencia de una prolongación autonómica de la normativa estatal es algo que la Constitución autoriza. Pero no es algo que resulte obligado. En virtud del principio dispositivo que informa al Estado Autonómico, es decisión completamente libre de los Estatutos de Autonomía el asumir o no la facultad de desarrollar la legislación básica del Estado. Ahora bien, una vez asumida estatutariamente la competencia sobre el desarrollo de las bases estatales, ¿existe un deber autonómico de legislar sobre el que fundamentar la existencia de una omisión o inactividad legislativa?.

La respuesta a este interrogante la encontramos en la propia naturaleza del sistema, cuya principal característica radica en “el concurso de los dos centros territoriales de poder para la regulación global de una misma materia, regulación global que ha de nutrirse, pues, con normas de las dos procedencias”. Siendo esto así, la ausencia de legislación autonómica de desarrollo podría restar efectividad real a la legislación básica estatal y neutralizar o inutilizar, por tanto, la competencia estatal. Punto al que se llegaría siempre que el desarrollo normativo autonómico, por haberse hecho partícipe al legislador regional de la política global del Estado, resultase indispensable para completar ese sistema global que pretenden instaurar las bases estatales.

Si, como hemos dicho antes, lo esencial es llegar a una regulación global sobre dos fuentes normativas distintas, y ello sobre las bases que ha de fijar una de esas fuentes, la normación básica ha de integrar tres elementos distintos, articulados entre sí a modo de tres sucesivos círculos concéntricos, de menor a mayor:

a) El círculo interior sería el núcleo material del interés general, respecto del cual la competencia de regulación será íntegra del Estado.

b) El siguiente círculo podría llamarse de encuadramiento, y su función sería articular con el círculo primero la competencia normativa propia de las Comunidades Autónomas.

c) Finalmente, el círculo más amplio, podría calificarse de círculo de suplencia y su función sería ofrecer una regulación mínima capaz de suplir un defecto, total o parcial, de la regulación propia de

las Comunidades Autónomas.

García de Enterría justifica así este tercer elemento de la normación básica del Estado: El círculo de suplencia “es un contenido eventual, no necesario de la norma básica. Sí en el círculo nuclear el Estado formula su propia regulación directa y en el círculo de encuadramiento reserva el ámbito de normación autonómica, a la vez que lo articula con el primero, resulta que el rellenado de ese segundo círculo queda a la libre disponibilidad de cada Comunidad Autónoma. Ahora bien, no todas las Comunidades Autónomas tienen el mismo nivel competencial, porque los respectivos Estatutos no son idénticos, y hay dos, concretamente, en que no se atribuye potestad legislativa a las Comunidades de que se trata, los de Ceuta y Melilla de 1995. Por otra parte, aun disponiendo de competencias de desarrollo, puede ocurrir que algunas Comunidades Autónomas no adopten la normación de desarrollo precisa para la plena eficacia de la iniciativa reguladora puesta en marcha por las bases estatales”. Por ello, el Estado incluía normalmente en sus Leyes básicas normas con el carácter de supletorias. Normas aplicables en defecto de norma autonómica (o porque no exista potestad para dictarla, o porque no se ejercite, o porque se ejercite incompleta o extemporáneamente).

La nueva doctrina del Tribunal Constitucional impide al Estado incluir en su normación básica este tercer círculo, con el consiguiente riesgo para el principio de autonomía -ya anteriormente señalado- de que el resultado inmediato de esa prohibición no sea otro que la ampliación del primero, es decir, del círculo material del interés general, ampliación necesaria para garantizar, a su vez, el principio constitucional de unidad que exige, inexcusablemente, la efectividad de las bases estatales en cuanto realización del interés general.

Nos encontramos pues con uno de los problemas más importantes y graves generados por el Tribunal Constitucional con sus últimas sentencias. La confusa relación entre cláusula de supletoriedad y títulos competenciasles específicos conduce a él. La expansión del principio de competencia, en última instancia, conduce a resultados absurdos. ¿No es absurdo acaso este derecho de veto de las bases estatales atribuido a las Comunidades Autónomas?

Incluso los que defienden en términos generales la doctrina contenida en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional

matizan su posición respecto a las normas estatales supletorias que sirven de puente o conexión para la efectividad de la legislación básica del Estado.

Todo lo anterior nos ratifica en nuestra opinión de que la cláusula de supletoriedad debe desligarse del principio de competencia e interpretarse, de acuerdo con el modelo de Estado constitucionalmente garantizado, como una técnica que garantiza la unidad del ordenamiento constitucional y el cumplimiento de los fines en él propuestos, con respeto pleno al principio de autonomía -que no ampara un derecho generalizado de legislación negativa o desregulación que ponga en cuestión, valores y principios constitucionales- y sin necesidad de utilizar otras técnicas de mayor coste político.

V. ¿MUTACION O FALSEAMIENTO CONSTITUCIONAL?

El Estado Autonómico, ha advertido críticamente T. R. Fernández, tiene “su lógica, la reivindicativa, y de acuerdo con ella es evidente que lo que importa ante todo y sobre todo es demoler lo general por el solo hecho de que resta espacio a lo particular. Que el resultado sea bueno o malo, eso es algo que no hay por qué cuestionarse”.

Esto es lo que ha ocurrido a la hora de interpretar la cláusula de supletoriedad. Para ello el Tribunal Constitucional no ha vacilado en realizar una auténtica mutación constitucional.

Como ha escrito López Aguilar: “Efectivamente, si forzoso es recordar que no era ésta la primera STC en que el Tribunal Constitucional contradice anterior doctrina (...) si que iba a ser, en apariencia, la primera en que el Tribunal Constitucional contradecía nada menos que un precepto literal de la Constitución, construyendo una doctrina destinada a devenir en modo inmediato y directo incompatible con aquella: el Derecho del Estado será, 'en todo caso, supletorio del de las Comunidades Autónomas”.

La mutación resulta tan evidente que el Magistrado Jiménez de Parga se pregunta en el voto particular a la STC 118/1996: “¿Cómo puede apreciarse la inconstitucionalidad de un inciso que se limita a transcribir, con palabras distintas pero con fidelidad plena, lo que la Constitución dice?”. Y es que la Constitución establece con claridad y rotundidad que el Derecho estatal será supletorio, en todo caso, del Derecho de las Comunidades Autónomas. El Tri-

bunal Constitucional declara inconstitucional un precepto legal que se limita a recordar ese mandato constitucional. Indirectamente está efectuando una operación cuya legitimidad ha rechazado en otras ocasiones: declarar inconstitucional un precepto constitucional

Todo lo anterior nos exige ubicarnos aunque sea someramente en la teoría de la mutación constitucional.

1) La mutación constitucional y sus límites.

En términos generales entendemos por modificaciones no formales del ordenamiento constitucional, aquellos cambios operados en el mismo sin seguir el procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución. Como ha subrayado De Vega “corresponde al derecho público germánico la elaboración más completa y rigurosa, bajo la denominación de mutación constitucional, de las modificaciones no formales de la Constitución”.

Efectivamente a Laband y Jellinek debemos las primeras formulaciones de la distinción entre reforma constitucional y mutación constitucional. “Por reforma de la Constitución -escribe Jellinek- entiendo la modificación de los textos constitucionales producidas por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia de tal mutación”.

Más recientemente Hesse define así la mutación: “Una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”.

Ahora bien, ni existe un concepto unívoco de mutación constitucional, ni se ha establecido una tipología precisa de las mismas, ni resulta pacífica la cuestión relativa a su alcance y valor jurídico. Y ello, como subraya De Vega “por el propio carácter ambiguo, contradictorio y complejo que en la realidad presenta el hecho de la mutación”.

La tipología establecida por Hsü Dau Lin, discípulo chino de Rudolf Smend, es probablemente la más conocida y completa de cuantas se han formulado. Distinguió este insigne jurista oriental

cuatro tipos de mutaciones constitucionales:

a) Mutaciones debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional.

b) Mutaciones producidas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución.

c) Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución.

d) Mutaciones producidas a través de la interpretación de los términos de la Constitución, de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron pensados. Se trata del supuesto en que los jueces mediante la interpretación modifican la Constitución.

La mutacion que nos ocupa, es decir, la modificación del significado y alcance de la cláusula de supletoriedad en virtud de determinadas sentencias del Tribunal Constitucional encaja en este cuarto bloque de la tipología de Hsu Dau-Lin.

La amplitud de los enunciados de la tipología transcrita permite subsumir en ellos los más variados supuestos de mutaciones constitucionales. Ahora bien, De Vega advierte acertadamente que “si en el plano descriptivo de las posibles transformaciones no formales de la Constitución puede resultar extraordinariamente útil, su propia generalidad impide obtener ninguna conclusión correcta sobre el valor jurídico de cada una de las mutaciones en particular. Porque no es lo mismo la mutación que se produce por desuso de una competencia, que la que se opone abiertamente a preceptos de la Constitución, o la que se crea a través de la interpretación judicial, su tratamiento no puede ser idéntico”.

En definitiva el problema que plantean las mutaciones constitucionales no es otro que el de los límites a las mismas. Y en este sentido la lógica intrínseca del Estado constitucional (la que resulta de la conjunción de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional) nos obliga a restringir el concepto de mutación. Lo que Hsu Dau Lin denomina mutaciones en abierta contradicción con la Constitución no son tales mutaciones sino simples

violaciones del orden constitucional.

Dejando meramente planteado el problema general de los límites de las mutaciones constitucionales por lo que a nuestro tema interesa hemos de señalar que en el cuarto bloque de la tipología de Hsu Dau-Lin caben mutaciones legítimas que vengan a resolver la contradicción entre la norma y la realidad. Ahora bien el límite a ese tipo de mutaciones interpretativas reside en el hecho subrayado por De Vega de que “no vulneren abiertamente el contenido de la Constitución”. Lo cual quiere decir, a sensu contrario, que si mediante la interpretación se contradice frontalmente el texto constitucional no cabe hablar de mutación sino de violación o falseamiento constitucional.

Llegados hasta este punto y a la luz de todo lo expuesto en las páginas anteriores no caben muchas dudas sobre como calificar la modificación no formal operada por nuestro Alto Tribunal del artículo 149 de la Constitución española. En su inciso final, insistimos una vez más, se formula con toda claridad una cláusula en la que se afirma que “el derecho estatal será en todo caso supletorio del de las Comunidades Autónomas”. Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional al respecto contradicen frontalmente esa disposición constitucional, lo cual nos obliga a concluir que no nos encontramos ante una mutación de la Constitución sino ante una violación o falseamiento de la misma.

2) Consecuencias del falseamiento constitucional sobre los principios estructurales del Estado.

Dicha falseamiento repercute, en nuestra opinión, muy negativamente sobre el Estado Social y Democrático de Derecho.

a) En tanto en cuanto la nueva interpretación de la supletoriedad priva de efectividad a las bases estatales, se está obstaculizando gravemente la igualdad sustancial que éstas pretenden garantizar, lo cual es incompatible con el carácter Social del Estado proclamado en el artículo primero de la Constitución y concretado en el mandato dirigido a los poderes públicos en el artículo 9. 2.

b) En tanto en cuanto la nueva interpretación de la supletoriedad deja en un plano muy secundario la seguridad jurídica, está relegando un principio esencial del Estado de Derecho, sin justificación alguna.

c) En tanto que la nueva interpretación de la supletoriedad petrifica el Derecho del Estado, y se le priva al legislador democrático de la facultad de innovar su propio derecho, desaparece un presupuesto básico del Estado democrático: la posibilidad de que nuevas mayorías parlamentarias no estén conformes con un Derecho estatal supletorio preconstitucional y quieran modificarlo.

d) En tanto que se desvincula la cláusula de supletoriedad de su verdadero fundamento, el principio constitucional de unidad, en su dimensión de unidad del ordenamiento, y se conecta con el principio de competencia, el modelo de Estado constitucionalmente garantizado, el Estado Autonómico, es subvertido.

VI. CONCLUSION.

La doctrina actual del Tribunal Constitucional basada en su no justificada afirmación de que el Estado debe ostentar un título competencial específico para poder dictar normas supletorias vacía por completo de contenido la cláusula de supletoriedad del artículo 149. 3. De esta forma, el Tribunal Constitucional, incomprensiblemente, da la razón al sector doctrinal encabezado por Lasagabaster que ha considerado siempre dicha cláusula como una disposición meramente transitoria.

Porque está claro que si el Estado dispone de un título competencial específico para dictar normas, éstas, en la mayoría de los casos, no serán supletorias, sino de aplicación directa, por lo que el ámbito de la supletoriedad, desaparece, produciéndose así un falseamiento de la Constitución.

Ahora bien, se trata de un falseamiento producido en virtud de una interpretación constitucional que dada la debilidad de sus premisas, y los numerosos problemas que la doctrina mayoritaria ha advertido, cabe esperar que no se consolide, y que se produzca un nuevo giro hacia la doctrina inicial y de esta forma la supremacía de la Constitución se imponga finalmente.

Y es que la doctrina actual del Tribunal Constitucional (precisamente porque falsea la Constitución) tiene un punto de partida extraordinariamente vulnerable, pues se fundamenta en una premisa a la que se opone un mandato constitucional concluyente: el Derecho estatal será supletorio 'en todo caso', vale decir siempre; también, por tanto, en los supuestos que el Tribunal Constitucional

excluye.

La única forma de entender que ese mandato constitucional se respeta en la nueva doctrina pasa por identificar el Derecho del Estado al que se refiere el artículo 149. 3 con el Derecho preconstitucional. Lo cual, evidentemente, no parece aceptable.

La interpretación de la cláusula de supletoriedad de acuerdo con el modelo de Estado constitucionalmente garantizado exige distinguir la fase de producción jurídica de la fase de aplicación de las normas. Por lo que respecta a la producción de normas, el Estado puede dictar derecho supletorio en todo caso y sobre cualquier materia. Ahora bien, para que dicha potestad legislativa universal no suponga menoscabo alguno para el principio constitucional de autonomía, hay que entender que esas normas supletorias sólo serán aplicables en presencia de una auténtica laguna en el derecho autonómico y una vez intentada la autointegración del mismo.

Una vez examinadas las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la cláusula de supletoriedad, y los problemas que, unas y otras, crean y resuelven, no se puede menos que reconocer que la interpretación efectuada tempranamente por Ignacio De Otto es la más lógica y coherente con el modelo de Estado constitucionalmente garantizado.

VII. NOTA BIBLIOGRAFICA.

La interpretación inicial de De Otto puede verse en “La prevalencia del Derecho estatal sobre el derecho regional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981. Una defensa de su vigencia puede verse en mi monografía *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000. Como expresión de la tesis contraria, que ha defendido siempre la transitoriedad de la cláusula debe consultarse a Lasagabaster, I.: *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto del Derecho Autonómico*, Civitas, Madrid, 1991. Resulta también de imprescindible consulta, Balaguer, F.: *Fuentes del Derecho II*, Tecnos, Madrid, 1992.

Entre los muchos comentarios críticos con las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema, los citados en esta exposición han sido: López Aguilar, J. F.: “La aporía constitucional de la supletoriedad del Derecho del Estado” en *Revista Vasca de*

Administración Pública, núm. 51, 1998; Fernández Rodríguez, T.R.: “El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, 1997; García de Enterría, E.: “Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, 1997; Requejo, J.L.: “El Estado Autonómico: ¿un modelo transitorio?” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, 1997; Alzaga, O.: *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, I, Madrid, 1997.

Sobre la importancia de los votos particulares, por todos, Cámara Villar, G.: *Votos particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

Sobre la mutación constitucional: De Vega, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985; Jellinek, G.: *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991; Hesse, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1992; Hsü Dau Lin: *Mutación de la Constitución*, IVAP, Oñate, 1998.