

JOSE ANTONIO MONTILLA MARTOS

## Las competencias compartidas en España. Una propuesta de reconfiguración de las bases del Estado

SOMMARIO: 1. Introducción. - 2. La evolución de las bases del Estado en las competencias compartidas. - 2.1. Una explicación histórica de la concepción material de las bases. - 2.2. Las fuentes en las que se contiene las bases. - 2.3. El alcance o extensión de las bases. - 3. La ilimitada expansión de las bases del Estado en la doctrina del Tribunal Constitucional. la STC 93/2015. - 4. La necesidad de reconfigurar la relación de las bases del Estado con el desarrollo normativo autonómico en las competencias compartidas.

### 1. Introducción.

El alcance de las bases del Estado en las competencias compartidas ha sido una de las cuestiones más controvertidas de la organización territorial en España desde la aprobación de la Constitución. En este contexto, la STC 93/2015 (*Función social de la vivienda en Andalucía*) ha sido un punto culminante de una doctrina del Tribunal Constitucional que ha aceptado la ilimitada expansión de las bases del Estado hasta impedir la actuación normativa a las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) en un determinado ámbito material de su competencia.

El conflicto se había planteado en torno a la adopción por la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas de protección aplicables al problema social derivado del lanzamiento de su vivienda en un procedimiento de ejecución hipotecaria de personas en situación de emergencia social. El Estado, en ejercicio de su título competencial horizontal sobre la ordenación general de la actividad económica, había establecido como básicas dos medidas para atender a ese problema social: el aplazamiento del lanzamiento durante dos años (elevado a cuatro en 2015) cuando existiera una situación de emergencia social y la creación de un fondo de viviendas procedentes de las entidades financieras para ofrecerlas en alquiler social a las personas que hubieran sido desahuciadas (Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios). Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de vivienda (art. 56 del Estatuto de Autonomía) había previsto una amplia regulación de la función social de la vivienda en la que se incluye una medida distinta en relación a la situación mencionada: la expropiación temporal del uso de las viviendas objeto de ejecución hipotecaria en estos supuestos de emergencia social para que sus anteriores propietarios pudieran seguir ocupándolas en

alquiler social (Disposición Adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda). Esa disposición fue recurrida por el Gobierno del Estado al entender que vulneraba el art. 149.1.13 CE.

La STC 93/2015 ha declarado la inconstitucionalidad de la previsión autonómica considerando que esa regulación se proyecta sobre un ámbito material (los supuestos de especial vulnerabilidad en las ejecuciones hipotecarias) que ya había sido reglado por el Estado de forma completa y, en ese sentido, la regulación había sido agotada. No cabe, por tanto, regulación autonómica más allá de la adopción de medidas de fomento. Puede comprenderse bien el debate que ha originado esta doctrina, reflejado en los votos particulares a la sentencia. Nos dice el Tribunal que cuando el Estado regular un materia en virtud de un título competencial para establecer las bases puede agotar la regulación y la Comunidad Autónoma no tiene espacio alguno de actuación normativa para el desarrollo de una política propia en la materia.

A juicio del Tribunal, la incidencia de esta política pública en el mercado hipotecario la sitúa en el espacio competencial de las bases estatales sobre la actividad económica. En virtud de dichas bases se impide a la Comunidad adoptar cualesquiera medidas normativas en el ámbito que ha ocupado íntegramente la acción pública estatal, aunque no sean contradictorias, en cuanto vendría a romper la acción coherente de la citada política pública estatal. La Comunidad Autónoma sólo podría adoptar medidas complementarias como la mencionada actividad de fomento pero ha perdido la competencia de desarrollo normativo que caracteriza a las competencias compartidas.

En puridad, esta doctrina no resulta sorprendente si atendemos a las sentencias que en los últimos años ha venido dictando el Tribunal, especialmente a partir de la STC 34/2013. La libertad de configuración del legislador básico estatal se ha ejercido en la práctica sin apenas límites. No sólo ha desaparecido el límite sobre la fuente en que debe contenerse lo básico (STC 31/2010) sino incluso también el referido a su alcance y contenido, concretado en el principio de “no vaciamiento” de las competencias autonómicas. En cuanto se reconoce expresamente que el Estado puede agotar la regulación de la materia parece evidente que queda vaciada la competencia de desarrollo normativo, sin perjuicio de ejercer actividades de fomento en ese ámbito material. Con ello, la doctrina del Tribunal Constitucional ha mutado la naturaleza de las bases de Estado. La consecuencia política es la aminoración del espacio competencial autonómico y la evidente imposibilidad de desarrollar políticas propias en ejercicio de competencias compartidas. Se contradice con ello el propio fundamento constitucional de esta categoría competencial pues los poderes normativos autonómicos no proceden del poder general del Estado sino de la Constitución (F. Balaguer, 1992, 208-209).

Llegados a este punto, podemos sostener que resulta irreconocible en la práctica la concepción constitucional inicial como una forma de reparto en la que las normas autonómicas complementaban a las estatales reflejando, en una misma fórmula, los principios de unidad y autonomía del artículo 2 CE. En consecuencia, consideramos

necesaria una reconfiguración de la relación entre las bases estatales y el desarrollo normativo autonómico que permita seguir utilizando esta categoría competencial sin que conlleve la supresión de las competencias autonómicas<sup>1</sup>. En este trabajo queremos plantear esa propuesta de reconfiguración de las bases estatales en las competencias compartidas a partir de la crítica a la doctrina del Tribunal Constitucional que han efectuado desde el propio órgano constitucional algunos de sus miembros como Ortega Alvarez, Asúa Bastarrita, Roca Trías, Valdes Dal-Ré o Xiol Rios.

Con este objeto, analizaremos, en primer lugar, la evolución de la concepción de las bases del Estado en las competencias compartidas hasta llegar a la situación actual. Es un análisis recopilatorio que quiere culminar destacando la paulatina agudización de este proceso de desformalización, tanto en la estructura como en el alcance, que ha sustentado esta ilimitada expansión de lo básico. A partir de ahí nos detenemos en la STC 93/2015 para mostrar la situación en que nos hallamos: la afectación de las competencias autonómicas cuando concurren los títulos competenciales horizontales del Estado, especialmente el contenido en el art 149.1.13 CE. El modelo constitucional y estatutario de reparto competencial resulta alterado cuando en virtud de estos títulos se impide la actuación político-normativa de las CCAA. Una vez planteado el problema, sostengo la pertinencia de modificaciones en la configuración de las bases que permitan seguir manejando esta categoría competencial en el modelo de organización territorial de España sin que ello conlleve en la práctica un proceso de recentralización competencial.

## **2. La evolución de lo básico.**

### **2.1. Explicación histórica de la concepción material de lo básico.**

Tras la entrada en vigor de la Constitución y la aprobación de los Estatutos de Autonomía (1979-1983) la articulación normativa bases-desarrollo en las competencias compartidas se hace a partir de una concepción puramente material, no formal, de lo básico. Era innecesario que el Estado estableciera lo básico en cada una de las materias de forma expresa. El legislador autonómico podía ejercer su facultad competencial de desarrollo normativo a partir de una presunción de lo básico que, en todo caso, podía ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional. El motivo de esta concepción material era claro. Se trataba de garantizar a las Comunidades recién constituidas el ejercicio de las competencias reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía ante una hipotética inacción del legislador básico estatal. Por ello, para que las CCAA pudieran hacer el desarrollo normativo de las bases no era necesaria la “precedencia (cronológica y no sólo

---

<sup>1</sup> Con la referencia a lo básico damos por superado el debate doctrinal sobre el distinto alcance de las diversas denominaciones con las que la Constitución se refiere a esta categoría competencial: bases, legislación básica, normas básicas. Más allá de las construcciones doctrinales, el Tribunal Constitucional siempre lo ha considerado de manera uniforme.

jurídica) entre la ordenación estatal y la que en su desarrollo puedan disponer las CCAA” (J. Jiménez Campo, 1989, 53). Como señaló la STC 32/1981/6, la declaración formal de lo básico en cada una de las materias era innecesaria por cuanto “esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”. Por tanto, aunque la definición política de lo básico corresponde al legislador estatal, el legislador autonómico podía actuar normativamente respetando lo que considere criterios básicos aún no formulados de forma expresa. Esa definición primera podía ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional, a quien corresponde en último término determinar qué es lo básico.

Es importante resaltar que la habilitación a las CCAA para que dedujeran lo básico de la legislación vigente, sin necesidad de una previa declaración formal por parte del Estado, era una garantía de la posición de las CCAA ante una hipotética pasividad del Estado en los momentos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución y la aprobación de los Estatutos. Se hacía posible el ejercicio de las competencias autonómicas aún ante la ausencia de normas posconstitucionales básicas que sirvieran de marco (STC 111/1986/4). Sin haberse establecido formalmente una legislación básica estatal, las CCAA podían legislar sobre las materias de su competencia respetando las bases estatales deducibles de normas preconstitucionales no contrarias a las mismas (STC 32/1981) o, en su caso, utilizando como parámetro único los límites constitucionales. Esa concepción material se justificaba en la voluntad de evitar que el ejercicio de las competencias autonómicas se viera dificultado por la inacción del Estado, como había ocurrido en Italia (S. Muñoz Machado, 1981, 100 ss.). De esta forma, se lograba la máxima efectividad de la Constitución y los Estatutos y, en definitiva, la garantía de la normatividad de la Constitución (J. Jiménez Campo, 1989, 53-54).

La consecuencia primera de esta concepción material era, lógicamente, que las bases no eran establecidas por el Estado en una ley específica con esa definición y carácter sino que al poder deducirse de la legislación vigente en relación a cada una de las materias podía ser también un Decreto o incluso una orden ministerial, esto es, en aras del inmediato ejercicio de las competencias autonómicas se soslayaba el carácter formal de las bases. Pero, además, esta *desformalización* tiene otra consecuencia importante cual es impedir un “verdadero debate político y democrático acerca de lo que merezca ser considerado como básico respecto a una materia” (F. Caamaño, 2000, 103).

Sin embargo, el carácter temporal de esta concepción material de las bases del Estado resultaba de su propia justificación en cuanto se vinculaba, como hemos visto, a la garantía del ejercicio competencial autonómico en los momentos iniciales de un modelo descentralizado de organización territorial. A medida que transcurre el tiempo parece cada vez más improbable la existencia de ámbitos materiales en los que el desarrollo normativo autonómico se produzca sin una previa normativa estatal posconstitucional y posestatutaria en la que se haya podido delimitar lo básico y, en todo caso, resultaba menos justificable que el legislador estatal no hubiera ejercido su competencia para

concretar lo básico en las materias respecto a las cuáles la Constitución así lo prevé. En consecuencia, aquella concepción primera perdía su sentido histórico. El propio Tribunal mantuvo en esa primera jurisprudencia el carácter provisional de dicha concepción material, vinculada al proceso de formación del Estado autonómico. Nace afectada, nos dice el Tribunal, de una cierta provisionalidad y queda pendiente de que el legislador estatal, al establecer formalmente lo básico, lo aceptase o revocase (STC 24/1985/8). Así, nos recuerda el Tribunal que esta legislación de desarrollo normativo autonómico “puede quedar parcialmente invalidada por normas básicas que dentro de su competencia establezca en su día el legislador” (STC 32/1981/6). Se trata, en definitiva, de ejercer su competencia para definir expresamente lo básico, en el entendimiento de que esa definición formal y expresa puede ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional.

Aquella primera configuración material de las bases garantizó en sus inicios el ejercicio de las competencias compartidas y, en general, el tránsito de un Estado unitario a un Estado descentralizado. Sin embargo, paulatinamente se iban modificando las condiciones objetivas en las que se gestó. Ha indicado el propio Tribunal que “una vez superada la etapa inicial del sistema de distribución de competencias, el concepto material de norma básica, sin perder su sentido y relevancia, se debe integrar con el reseñado componente formal que ha de adquirir una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas” (STC 196/1997/5). Como se decía desde la primera jurisprudencia, era necesario formalizar lo básico como un elemento determinante de la distribución competencial pues lo contrario supondría mantener una “ambigüedad permanente” en cuanto el Estado podría “oponer sorpresivamente a las CCAA como norma básica cualquier precepto legal o reglamentario al margen de su rango o estructura” (STC 1/1982/1).

## 2.2. Las fuentes en las que se contiene las bases.

Así lo parecía entender el Tribunal Constitucional de forma expresa desde la STC 69/1988, que se nos presenta como un punto de inflexión para exigir con rigor la determinación formal de las bases del Estado en una ley, una vez superada la etapa de adaptación (E. Alvarez Conde, 2004, 32). Indicaba esa sentencia que los elementos formales en la determinación de las bases están dirigidos a garantizar una definición clara y precisa de los marcos delimitadores de las competencias autonómicas. Se pretende evitar, en definitiva, la incertidumbre jurídica (STC 69/1988/6). En ese sentido, la STC 69/1988 introdujo diversas garantías formales en el proceso de producción normativa de las bases del Estado. Por un lado, sólo a través de la ley se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de las competencias básicas estatales y las de desarrollo normativo autonómico; por otro lado, la ley debe declarar expresamente el alcance de las bases o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad,

su vocación o pretensión de ser bases. En consecuencia, aunque la Constitución no impone el uso de la ley, los rasgos estructurales propios de esta fuente (generalidad, estabilidad y certeza) la convierten en el vehículo adecuado para una definición clara y precisa de esos marcos delimitadores de competencias autonómicas por parte del legislador estatal. Es lo que el Tribunal denomina principio de “preferencia de la ley” o “principio de ley formal”.

En realidad, desde sus primeros años de funcionamiento, el Tribunal Constitucional insistía, pese a la concepción material antes apuntada, en que el instrumento para establecer las bases con posterioridad a la Constitución era la ley “dado el carácter fundamental y general de las normas básicas” aunque pueda haber algunos supuestos en los que “el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto, y de modo complementario, alguno de los aspectos básicos de una materia determinada” (STC 1/1982). Por tanto, el planteamiento parecía claro respecto a la configuración posconstitucional de las bases: debían establecerse por ley sin perjuicio de que con un carácter complementario, y excepcional<sup>2</sup>, pueda acudir al reglamento, e incluso al acto administrativo<sup>3</sup>. En ese sentido, la STC 69/1988 se considera, como hemos comprobado, *leading case* de esta doctrina. El problema es que, tras esa sentencia, el Tribunal ha insistido en la importancia de fijar las bases por ley pero ha continuado aceptando en los diversos supuestos que se cumplen las condiciones, hipotéticamente excepcionales, para que se puedan establecer las bases mediante normas reglamentarias. Ciertamente, el Tribunal no ha extraído todas las consecuencias a esta concepción formal de las bases que predica. En la práctica, la “preferencia de la ley” se ha convertido en una búsqueda de la conexión de la norma básica reglamentaria con una norma legal que tuviera ese carácter para justificar la inclusión de las bases en decretos o incluso en órdenes ministeriales, cuanto no en actos de ejecución.

Por tanto, el seguimiento de la jurisprudencia constitucional nos muestra que el Tribunal no ha sido consecuente con su propia doctrina *formalizadora con excepciones*. Ocurre, por el contrario, que esa concepción material en cuanto a la fuente de lo básico se ha consolidado pero con unas consecuencias distintas a las originarias. Si en el proceso de construcción del Estado autonómico sirvió, como se ha explicado, para que las CCAA pudieran ejercer sus facultades competenciales de desarrollo normativo aún en ausencia de bases expresamente establecidas por el Estado; ahora, más allá de generar una indeterminación contraria al principio de seguridad jurídica, permite al Estado soslayar cualquier límite, tanto en su estructura formal como en el alcance de su actuación normativa en el espacio competencial autonómico.

---

<sup>2</sup> “Ha de admitirse, pues, que, de modo excepcional, las bases estatales puedan incluirse en normas reglamentarias con rango de Real Decreto” (STC 128/1999)

<sup>3</sup> “Excepcionalmente pueden considerarse básicos ciertos actos de ejecución cuando por la naturaleza de la materia resulten complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases” (STC 48/1988).



La STC 31/2010 ha reconocido de forma expresa, y ha justificado, esta *desformalización* de lo básico al cuestionar la definición de esta categoría competencial que pretendía introducir el Estatuto de Cataluña. En puridad, cuando ese Estatuto o el de Andalucía (art. 42.2.2º) indican que las bases deben fijarse en normas con rango de ley están recogiendo la doctrina del propio Tribunal Constitucional, como hemos comprobado. Un Estatuto no debería indicar en qué fuente van a incluirse las bases estatales pues la forma de lo básico es un componente de la definición de esta categoría competencial de naturaleza constitucional. Sin embargo, cuando se limita a recoger la doctrina del Tribunal Constitucional estamos ante una norma programática. Se puede sostener que esa reiteración es innecesaria (juicio de oportunidad) pero no que es inconstitucional (juicio de constitucionalidad). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de esta previsión estatutaria y lo más trascendente es que para ello ha eliminado el mencionado principio de “preferencia de la ley” al que venía refiriéndose desde su primera doctrina y había reconocido expresamente en la STC 69/1988. En efecto, sostiene el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 60 de la STC 31/2010 que el Estatuto presenta como excepción la inclusión de las bases estatales en reglamentos o actos de ejecución cuando son “elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado”, esto es, de la definición de esa categoría competencial. Para alcanzar esa conclusión niega el valor de doctrina de referencia a la STC 69/1988, y trae a colación la STC 235/1999 para sostener que la inclusión de las bases en reglamentos o actos de ejecución no tiene un carácter excepcional. La argumentación es discutible y no sólo porque, como hemos visto, son muchas las sentencias que desde 1981 se han referido expresamente al carácter excepcional o complementario de la inclusión de lo básico en normas reglamentarias posconstitucionales. La STC 235/1999 es una de las sentencias fundamentales en relación al régimen jurídico de las cajas de ahorro, esto es, se refiere a las bases en “ordenación, crédito y seguros”. Desde los inicios de la actividad del Tribunal Constitucional estaba asentada la doctrina de la interpretación más *desformalizada* y extensiva de las bases estatales en materia económica en general y en “ordenación del crédito, banca y seguros en particular” (SSTC 57/1983; 48/1988, entre otras). Por ello, en esa materia se había aceptado con normalidad la inclusión de bases estatales en actos de ejecución (J.M. Pemán Gavín, 2008, 2342-2343). Sin embargo, la STC 31/2010 aplica como doctrina general la establecida en relación a la materia económica con carácter singular. Reflejo de esa singularidad de las bases en ese ámbito es que al desglosar su competencia sobre “cajas de ahorro” los Estatutos de Cataluña y Andalucía indican expresamente que en ese caso concreto las bases pueden ser no sólo estándares mínimos o principios sino también “reglas”, en un supuesto también declarado inconstitucional en el Estatuto de Cataluña (no en el de Andalucía, obviamente, pues no fue recurrido) precisamente por definir las bases, no por desglosar la materia competencial. Interesa destacar que se trata del único supuesto en el que al desglosar una materia el Estatuto se detiene en la configuración de

las bases para señalar que pueden ser *desformalizadas*. Y esto no lo hace por casualidad sino que pretende recoger la doctrina anterior del Tribunal Constitucional. Por ello, resulta paradójico que en la STC 31/2010 el Tribunal presente la doctrina de la STC 235/1999 sobre las bases como la doctrina general para sostener ahora que la inclusión de las bases en reglamentos o actos de ejecución no es una excepción sino que forma parte de la definición de la categoría (J.A. Montilla, 2015, 104; X. Arzoz, 2016, 215).

En fin, esta declaración de inconstitucionalidad supone un paso atrás definitivo en el proceso de formalización de lo básico a través de su inclusión en ley como regla general y su determinación expresa, sin perjuicio de su regulación excepcional o complementaria en otras fuentes infralegales o incluso en actos de ejecución.

### 2.3. El alcance o extensión de las bases.

Hasta aquí hemos centrado el análisis en el rango de las fuentes a través de las cuales se incorporan al ordenamiento las normas básicas. No obstante, más allá de la estructura formal de lo básico, la concepción material incide también en su alcance y contenido, impidiendo a las CCAA el despliegue de políticas propias. Son dos aspectos imbricados pero distintos. Es evidente que el rango condiciona el contenido; si lo básico se incluye en un reglamento o en un acto administrativo será más detallado y tenderá a agotar la regulación de la materia mientras que si se recoge en una ley parece más lógico que se limite a establecer un mínimo normativo común o incluso tenga un carácter principal. En cualquier caso, nos interesa destacar que, más allá del rango de las normas básicas, se han eliminado los límites a la libertad del legislador estatal también en el alcance o extensión de su regulación en relación al desarrollo normativo autonómico. Ello ha producido la expansión del perímetro de lo básico en las distintas materias hasta impedir, en su envés, el despliegue de la competencia autonómica.

Desde esta perspectiva, las bases empezaron configurándose como “una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia” (STC 1/1982/1). Por tanto, se garantizaba la diversidad, a partir de la unidad, esto es, un mínimo normativo común y un desarrollo también normativo diverso, más allá de la ejecución o aplicación de esas bases.

El problema es que no se han concretado los parámetros de control de la configuración de ese mínimo común básico por el legislador estatal. La identificación de lo básico con “principios” o “criterios generales de regulación” que hacía la primera jurisprudencia (SSTC 32/1981/6; 25/1983/4) no parece fácil de mantener en cuanto la regulación común en todo el Estado debe alcanzar directamente a sus destinatarios, por lo

que no pueden ser meros principios y su alcance va a depender de las distintas materias. En consecuencia, al aplicar esta doctrina, el único límite efectivo que el Tribunal Constitucional parecía imponer al legislador básico estatal era la genérica prohibición de no vaciar el espacio competencial autonómico de desarrollo normativo. En la citada sentencia pionera en la materia sostenía el Tribunal que el establecimiento por parte del Estado de las bases no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la CA (STC 1/1982/1), lo que sucedería si una regulación fuese excesivamente minuciosa o detallada (STC 147/1991).

Incluso se ha aceptado en la práctica ese vaciamiento desde distintos criterios, si bien con un carácter excepcional y justificado. Así, desde un criterio teleológico entiende el Tribunal que “la distinción entre lo básico y lo que no lo es resulta inutilizable por artificiosa aplicada a los preceptos integrantes de una medida que sólo puede ser considerada y aplicada como unidad” (STC 179/1985/1)<sup>4</sup>. La homogeneidad requerida en el concreto sector normativo justifica unas detalladas bases que agotan la regulación. También se ha justificado la extensión de lo básico desde la doctrina de lo “básico por conexión”. Así, ya en la STC 25/1983/4 señalaba el Tribunal que “todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica debe ser entendido asimismo como bases por vía de consecuencia o conexión. En la práctica, los límites a la extensión o alcance de las bases se han aplicado fundamentalmente a cuestiones de carácter organizativo, como la inclusión en las bases de la organización y funcionamiento interno de órganos colegiados (STC 50/1999; 275/2000).

En conclusión, podemos afirmar que ha faltado una doctrina que garantice desde parámetros claros el respeto al espacio competencial de desarrollo normativo autonómico cuando el legislador estatal ejercita su libertad de configuración de las bases, siquiera a partir del lábil criterio del no vaciamiento de la competencia autonómica<sup>5</sup>. El problema en este sentido es que no dejar vacía de contenido la competencia autonómica se ha identificado con la posibilidad de que la Comunidad pueda actuar de alguna forma en el ámbito concreto objeto de la regulación básica. Sin embargo, no era ese el sentido con el que fue configurada la relación entre las bases del Estado y el desarrollo normativo de las CCAA sino que, como señalaba García de Enterría, se trataba de garantizar, por un lado, la actividad normativa y, por otro, que a través de ella se pudiera desarrollar una política propia (E. García de Enterría, 1985, 313).

Tampoco ha efectuado el Tribunal Constitucional una concreción de las bases en las distintas materias competenciales, más allá de algunos supuestos concretos, sino que ha ido atendiendo a la resolución puntual de los conflictos planteados a partir siempre del

---

<sup>4</sup> Cfr. en sentido crítico, E. Albertí Rovira, “Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las bases normativas en la jurisprudencia constitucional”, REDC, 18, 1986.

<sup>5</sup> Como indica X. Arzo, “el criterio del no vaciamiento no hace más que sopesar la acción normativa estatal y excluir eventuales excesos pero no ayuda a definir en positivo ni a acotar lo básico” (2016, 211).

respeto a la libertad de configuración del legislador estatal. Por tanto, se ha impuesto el principio de que el legislador estatal “queda en completa libertad para establecer con carácter general las bases de la materia” (SSTC 32/1983/2; 42/1983/4), con las consecuencias que ello conlleva para el despliegue de las competencias autonómicas.

Los Estatutos de Autonomía de segunda generación pretendieron interponer límites a la libertad de configuración del legislador básico estatal al definir la estructura formal de las bases e incorporar la exigencia de que las Comunidades deberían poder desarrollar políticas propias en el marco de competencias compartidas. Sin embargo, lo primero fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, como hemos explicado antes, y lo segundo ha sido soslayado por el Tribunal en su doctrina posterior pese a no haber sido cuestionado en la mencionada sentencia y seguir formando parte, por tanto, del bloque de la constitucionalidad. En definitiva, conforme a esa doctrina el Estatuto de autonomía no puede condicionar ni la estructura ni el alcance las bases.

En una relación de causa-efecto, el Tribunal Constitucional ha aceptado una absoluta libertad del legislador estatal para determinar lo básico que éste, lógicamente, ha ejercido. Esa expansión de las bases ha provocado tres respuestas por parte de las CCAA, todas ellas negativas. En primer lugar, la inactividad autonómica al haber cubierto el Estado su espacio de actuación. Resulta habitual en el proceso de incorporación de normas europeas al ordenamiento interno. De esta forma, al no ejercer su responsabilidad normativa pierde, de facto, la facultad competencial constitucionalmente reconocida. La segunda respuesta posible es la técnica de la reproducción en normas autonómicas de las bases estatales cuando posea título competencial para el desarrollo normativo. Ha sido criticada, con razón, por el Tribunal Constitucional como una “peligrosa técnica legislativa” (STC 62/1991). Estamos ante una técnica legislativa que no puede considerarse *per se* inconstitucional cuando no se modifica el contenido normativo (STC 61/1993), aunque puede provocar problemas jurídicos si contradice lo establecido en las bases estatales. La tercera respuesta, y sin duda la más habitual, es el planteamiento de un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional. Prácticamente todas las normas básicas del Estado, especialmente cuando se incluyen en leyes, son recurridas por alguna Comunidad Autónoma al considerar que ha invadido el espacio competencial autonómico. Esto ha configurado a nuestro modelo como esencialmente conflictivo. Pese a la importancia que han adquirido las comisiones bilaterales previstas en el artículo 33.2 LOTC para alcanzar acuerdos, los conflictos competenciales que llegan al Tribunal Constitucional son numerosos. Los datos en comparación con Alemania resultan elocuentes. Mientras en Alemania se plantea un conflicto competencial al año, en España suelen superar los treinta (E. Aja, 2014)<sup>6</sup>. El motivo primero de esta conflictividad está en la no intervención de las CCAA en el proceso de aprobación de la ley a través de sus gobiernos como órganos de

---

<sup>6</sup> Puede consultarse una completa tabla con los datos comparados de España y Alemania en X. Arzo, 2016, 223.

dirección política presentes en un Consejo territorial, pero también ha influido, a posteriori, la doctrina del Tribunal Constitucional, aceptando en la práctica la extensión de las bases sobre las distintas materias planteada por el legislador estatal.

Como explicamos al final, debemos retornar a las bases del Estado como mínimo común normativo que deje espacio al legislador autonómico. Un mínimo común establecido a partir de un debate político sobre lo que debe considerarse básico en cada una de las materias y cuáles son sus presupuestos<sup>7</sup>. Sin embargo, antes de llegar a las propuestas debemos hacer referencia a la evolución de lo básico tras la STC 31/2010, tanto en la doctrina del Tribunal Constitucional como en la propia actuación del legislador que, lógicamente, ha hecho uso de esta absoluta libertad de configuración que le ha ofrecido el Tribunal Constitucional, como refleja la STC 93/2015.

### **3. La ilimitada expansión de lo básico en la doctrina del Tribunal Constitucional. la STC 93/2015.**

En efecto, en los últimos años asistimos a un reconocimiento expreso por parte del Tribunal Constitucional de esta ilimitada expansión de lo básico, sustentada en la libertad de configuración del legislador estatal. Una vez superados de forma expresa en la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña (STC 31/2010) los obstáculos al rango formal de las normas básicas, se ha consolidado también una concepción material en su alcance o extensión. Lo han advertido los votos particulares a distintas sentencias posteriores a la STC 31/2010, entre otras a las SSTC 34/2013, 74/2014 o 170/2014, y tiene su punto de referencia en la STC 93/2015, a la que nos referíamos al inicio y sobre la que volvemos ahora para mostrar críticamente el alcance y las consecuencias de esta expansión de lo básico. Como explica el voto particular del magistrado Xiol Rius a la citada sentencia, se ha producido una inflexión recentralizadora al establecerse una comprensión del concepto de bases que superaba el sentido natural en el lenguaje de esta expresión, deducido de su uso literal, semántico y pragmático, posibilitando que el Estado estableciera no sólo criterios de ordenación general de un sector de la economía de exclusiva competencia autonómica sino pormenorizadas regulaciones de aspectos materiales concretos que agotaran la consecución del objetivo perseguido por el Estado, en cuyo marco debería desenvolverse, ya de manera imposible, la hipotética normativa sectorial autonómica.

Y es que, efectivamente, la STC 93/2015 nos muestra las consecuencias para el espacio competencial autonómico de la ilimitada expansión de lo básico consecuencia de la libertad de configuración unilateral del legislador estatal, al margen del rango de estas normas básicas. Vamos a comprobarlo.

---

<sup>7</sup> Sobre esa evolución de lo básico, cfr. J.A. Montilla Martos (2003 y 2006). También, recientemente, X. Arzo (2016).

El título competencial aducido por el Estado en este supuesto para plantear la inconstitucionalidad de la actuación autonómica es la “ordenación general de la actividad económica” (art. 149.1.13 CE), título horizontal que habilita al Estado para establecer las bases y la coordinación en cualquier materia que afecte a la actividad económica. Considera el Tribunal que dentro de ese título competencial tienen cabida “las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector” (STC 235/1999/2).

En lo que ahora nos interesa, parece claro que el título alcanza a acciones o medidas singulares en los distintos sectores y las competencias autonómicas no son un obstáculo para el despliegue de ese título competencial del Estado, con dos salvedades. En primer lugar, “a condición de que el referido título competencial no alcance a incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (STC 21/1999/5); en segundo lugar, a reserva de que el uso que haga el Estado de esta atribución transversal no agote el título competencial más específico que incumbe a la Comunidad Autónoma (STC 34/2013/12). Ocurre que se ha impuesto la primera afirmación (“las competencias autonómicas no son un obstáculo para el despliegue de ese título competencial”) a la última (“el uso que haga el Estado de esta atribución transversal no agote el título competencial más específico que incumbe a la Comunidad Autónoma”). Como apuntábamos al inicio, la STC 93/2015 refleja nítidamente que el despliegue de la competencia estatal impide el complemento normativo autonómico y reduce el alcance del título competencial más específico de la Comunidad Autónoma a la mera actividad de fomento. Una vez ejercitada la competencia estatal de regulación de las bases o planificación de un sector económico de competencia de la Comunidad Autónoma, ésta queda “expropiada” de esa competencia, esto es, bloquea el posible desarrollo normativo autonómico<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La STC 93/2015 había planteado de forma adecuada el procedimiento para comprobar la constitucionalidad de la actuación del legislador estatal. Primero debe valorar si lo que presenta el Estado en el conflicto como básico puede serlo efectivamente en esa materia, es decir, verificar si el Estado ha establecido “lo básico” de forma correcta. Y, a partir de ahí, comprobar que el desarrollo normativo autonómico no entra en contradicción con estas bases. En este supuesto, lo que se considera básico es una regulación del Estado para atender el problema de los desahucios que se compone de dos medidas: a) la suspensión temporal de los lanzamientos de las personas que no puedan pagar su hipoteca; b) la puesta a disposición de las personas desahuciadas de una serie de pisos cuya propiedad corresponde a los bancos. Las medidas establecidas en ese ámbito en Andalucía debería ser complemento normativo de esas bases. Sin embargo, el Gobierno del Estado considera que colisionan con dichas bases en cuanto la actuación autonómica estaría comprometiendo gravemente la reestructuración del sector financiero español, línea esencial de la política económica del Estado. El Tribunal Constitucional acepta esa interpretación y considera que tiene incidencia directa en la actividad económica en cuanto se inserta en la política de reorganización y recapitalización del sector financiero como línea esencial de su política económica. Valora el posible conflicto con la actuación normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía consistente en la “expropiación del uso” de determinadas viviendas para ponerlas a disposición de las personas desahuciadas. Al

Lo relevante es que se hace sin advertir una correlación entre la razón de ser de la definición de lo básico por parte del Estado y las normas pretendidamente básicas. Las situaciones de emergencia social a las que pretende atender tanto la legislación básica estatal como la legislación autonómica, y que constituyen el objeto del conflicto, no son pilar esencial del proceso de reestructuración financiera ni desde el punto de vista cuantitativo ni cualitativo. Estamos ante medidas de alcance económico limitado si lo enmarcamos en el contexto del proceso de reestructuración del sistema financiero tanto por su coste como por su aplicación a un número muy limitado de supuestos<sup>9</sup>. Por tanto, pese a lo que ha sostenido el Estado, y ha aceptado el Tribunal Constitucional, no se cumple la exigencia de incidencia directa en la actividad económica que habilita al Estado para ejercer su título competencial básico de ordenación general de la actividad económica. Refleja, en consecuencia, la absoluta laxitud del Tribunal al aceptar el presupuesto habilitante del Estado.

Además, el criterio de la incidencia directa sobre la actividad económica general también debe jugar a la inversa. Si el Estado actúa en un determinado ámbito porque tiene esa incidencia directa y significativa, la actuación autonómica que la obstaculice y, por tanto, no tenga cabida en el desarrollo normativo autonómico de esas bases, también debe ser significativa. No puede tener un carácter puramente excepcional. Sin embargo, no se explica en ningún caso las razones por las cuales la norma andaluza pone en riesgo el correcto funcionamiento del mercado hipotecario, simplemente se afirma de manera apodíctica. Si ese es el presupuesto habilitante para establecer las bases difícilmente puede impedir una actuación normativa limitada como la pretendida por el legislador andaluz por su alcance limitado.

Sin embargo, como hemos dicho, a partir de ese presupuesto y con el mencionado título competencial expande al alcance de las bases hasta provocar el “vaciamiento” de la competencia autonómica, único límite que había mantenido hasta ahora el Tribunal, en cuanto se dice expresamente que la regulación queda agotada con la actuación del Estado. Este es uno de los aspectos más trascendentes que aporta esta sentencia en el proceso de ilimitada expansión de lo básico. Primero se admite que la competencia del Estado en virtud del 149.1.13 CE puede referirse a sectores determinados, y no a la política económica general (STC 235/1999). Luego se afirma que, en esos sectores de exclusiva competencia autonómica, el Estado puede establecer, en virtud de su título horizontal, pormenorizadas regulaciones de aspectos materiales concretos que agoten la consecución del objetivo perseguido por el Estado, superando el sentido natural de las bases (STC

---

establecer esa comparación considera que el desarrollo normativo autonómico de las bases estatales dificulta la política económica derivada de esas bases y, por tanto, debe considerarse contrario a éstas.

<sup>9</sup>El proceso de reestructuración del sistema financiero español ha tenido un coste aproximada de 41.000 millones de euros. El objeto de este conflicto se refiere a supuestos absolutamente extraordinarios y excepcionales. De hecho, durante el tiempo en que ha estado vigente el Decreto-ley autonómico recurrido sólo se ha aplicado a un caso y se había planteado su posible aplicación a una decena de supuestos como máximo.

34/2013) y ahora, dando un paso más, considera que puede agotar la regulación de ese concreto sector económico, sin que resulte posible la actuación normativa autonómica. Solo al Estado corresponde establecer cualquier medida en materia de vivienda que pueda afectar siquiera de manera tangencial al mercado hipotecario.

De esta forma, la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en esta sentencia está modificando la concepción del desarrollo normativo autonómico como complemento normativo no contradictorio con aquéllas.

Ocurre que en este caso, las regulaciones estatal y autonómica pueden ser compatibles e incluso complementarias. En defensa de la ley autonómica se indica que estamos ante instrumentos de la política andaluza de vivienda que, por un lado, no puede entenderse contraria a las directrices estatales y, por otro, acota los beneficiarios. A partir de aquí, el Tribunal Constitucional hace un razonamiento ciertamente alambicado para impedir que pueda producirse este complemento normativo autonómico. El presupuesto habilitante de lo básico es la reorganización y recapitalización del sector financiero y en aras de ello el Estado ha adoptado una serie de normas básicas entre las que se incluye el Decreto ley 27/2012 que incide de modo limitado en el sistema de ejecución hipotecaria atendiendo a la situación de quienes están en riesgo de perder su vivienda al haber impagado un préstamo hipotecario. A juicio del Tribunal, la solución arbitrada en Andalucía responde a un principio incompatible: “No se reduce a adaptar la solución estatal de suspensión del lanzamiento hasta transcurridos cuatro años” sino que arbitra un mecanismo incompatible como es la expropiación del uso de la vivienda objeto del procedimiento de ejecución por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente”. En este sentido, no se trataría de una mera corrección técnica o modificaciones de la norma básica sino que introduce una regulación en su esencia incompatible con la estatal. Por ello, la norma autonómica dirigida a afrontar el problema social derivado del desahucio de viviendas interfiere en las medidas estatales de política económica con ese mismo fin y, en consecuencia, resulta contraria al art. 149.1.13 CE.

Sin embargo, lo que no ha hecho el Tribunal es comprobar si existe contradicción o incompatibilidad entre las medidas previstas en la legislación básica estatal y en la autonómica. Se ha limitado a constatar la “interferencia” en cuanto la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad vendría a romper el carácter coherente de la acción pública del Estado. En definitiva el criterio de “no contradicción” con las bases estatales ha sido sustituido por una hipotética interferencia para una actuación coherente del Estado. Pero la interferencia no es suficiente para declarar la inconstitucionalidad. Como recuerda el voto particular de la magistrada Asúa Bastarrita, “el control de constitucionalidad de normas en el ámbito de las competencias compartidas o de las competencias exclusivas autonómicas sobre las que pueden incidir las competencias transversales estatales (como el art. 149.1.13 CE) no tiene

como cometido enjuiciar la mayor o menor compatibilidad o coherencia entre políticas, medidas u objetivos estatales o autonómicos sino sólo la posible contradicción normativa”.

Lo más relevante, en este sentido, es que esta sentencia impide la divergencia entre las respuestas normativas del Estado y las CCAA en un determinado supuesto de competencias compartidas sobre una materia. Según la sentencia “la concurrencia de figuras jurídicas dispares sobre una misma realidad hace difícil la aplicación conjunta de ambas medidas”. Así, por la simple razón de que la norma autonómica supone una intervención pública adicional a la diseñada por el Estado, “interfiere al menos el ejercicio de la competencia estatal en materia de ordenación económica (art. 149.1.13) al realizar una regulación que se proyecta sobre un ámbito material ya regulado por el Estado”. Sin embargo, la competencia autonómica de desarrollo normativo no puede reducirse a adaptar la respuesta básica estatal a un determinado supuesto en el territorio. Esa previsión es aplicable en la Comunidad Autónoma por su carácter básico, pero ello no impide que en el desarrollo normativo autonómico se adopten otras medidas complementarias, esto es, se desarrollen políticas propias como deriva tanto del origen constitucional de la competencia de desarrollo normativo autonómico como de la referencia expresa en los Estatutos de Autonomía, y del bloque de la constitucionalidad, por tanto, sin que haya sido cuestionado por el Tribunal Constitucional.

En el supuesto de la sentencia que nos ocupa, la suspensión temporal del lanzamiento y la expropiación del uso de la vivienda son dos medidas adoptadas por órganos distintos en ejercicio de sus competencias respectivas, básica y de desarrollo normativo, que pueden ser compatibilizadas en cuanto la vivienda puede ser usada mientras está suspendido el lanzamiento. Distinto es entender, como hace el Tribunal que el “carácter coherente de la acción pública en esta materia” impide cualquier divergencia en la actuación normativa y reduce el ámbito de actuación autonómico a la aplicación de la medida prevista por el Estado en su territorio. No debería ser así. El carácter divergente de la actuación autonómica en un determinado supuesto en ejercicio de sus competencias se enmarca en el principio constitucional de autonomía. No se puede exigir una coherencia que, como indica el mencionado voto particular de la magistrada Asua Bastarrita, es un eufemismo de uniformidad. El parámetro de control no puede ser la adaptación a las medidas concretas previstas por el Estado sino al fin que justifica dichas medidas, en este caso la protección social frente a los desahucios. En este caso nos hallamos ante medidas distintas, incluso sucesivas en el tiempo, para afrontar un determinado problema. Por ello, la compatibilidad no parece difícil en cuanto son normas de aplicación sucesiva en el tiempo, tanto formalmente como en la práctica. La suspensión temporal impide la existencia de un auto de lanzamiento y hasta que no exista este, por cumplirse los años de suspensión previstos en la norma básica estatal, no resulta aplicable la previsión de la norma andaluza. En consecuencia, la aplicación de la norma andaluza sólo resulta aplicable cuando finalice el periodo de suspensión de los procedimientos de ejecución establecidos por el Estado pues a partir de ese momento puede producirse el supuesto de hecho previsto por la

norma andaluza: el lanzamiento acordado por un órgano judicial. En consecuencia, el desarrollo normativo autonómico resulta plenamente complementario de la norma básica estatal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha atendido a este razonamiento para mantener la legislación autonómica de desarrollo y la ha considerado inconstitucional en cuanto “interfiere” en la actuación pública estatal.

En conclusión, nos encontramos ante una concepción de la relación entre las bases estatales y el desarrollo normativo autonómico que impide el despliegue de la competencia normativa autonómica no por contradecir la norma básica sino por interferir en la coherencia de la acción pública prevista por el Estado en ejercicio de su título competencial para establecer las bases. Para que el Estado pueda regular una determinada cuestión con el título competencial del art. 149.1.13 CE no precisa una relación directa del presupuesto habilitante (reorganización y reestructuración del sistema financiero) con la regulación concreta (medidas de emergencia social ante los desahucios) sino meramente genérica; con ese título puede agotar la regulación del objeto, vaciando de contenido normativo el título competencial de la Comunidad Autónoma; modifica la concepción del desarrollo normativo como complemento de la regulación básica regido por la “no contradicción” para sustituirlo por el de “no interferencia” en la actuación del Estado; y, en consecuencia, no sólo se impide la divergencia sino que se impone la uniformidad en el tratamiento normativo, de manera que el desarrollo autonómico debe limitarse a aplicar en el territorio norma básica estatal. La pregunta obvia a partir de la concepción de lo básico que expresa de forma rotunda la STC 93/2015 es cómo pueden desarrollar las Comunidades Autónomas sus políticas propias derivadas de la competencia constitucional de desarrollo normativo en el marco de las bases estatales. Con razón, han advertido los votos particulares que asistimos a un proceso de ilimitada expansión de lo básico cuya consecuencia es la recentralización política.

#### **4. La necesidad de reconfigurar la relación de las bases del Estado con el desarrollo normativo autonómico.**

A partir de lo anterior, no es extraño que resulten habituales tanto en la doctrina académica como en el debate político propuestas de eliminar esta técnica de delimitación de competencias. Sin embargo, la opción no es realista. En un Estado compuesto, siempre habrán de preverse formas de compartición de competencias en las que el Estado establezca de una u otra forma un tratamiento común a partir del cual actúen los territorios. Debemos avanzar en la clarificación del reparto competencial y en la determinación de las responsabilidades respectivas, en la línea seguida por el federalismo alemán con la reforma de 2006. La experiencia de los sistemas federales ha mostrado que cuando varios actores comparten la regulación de una materia hay dificultades para asignar la responsabilidad respectiva y ello incide negativamente en el principio democrático en virtud del cual la ciudadanía debe saber quién es responsable de cada actuación para

decidir en consecuencia. Sin embargo, hemos de convivir con las competencias compartidas. Incluso en Alemania, aunque la reforma de 2006 se sustentaba en la clarificación de las responsabilidades políticas a través de un reparto estricto y exhaustivo en cada uno de los ámbitos materiales entre la Federación y los Länder, finalmente, se mantuvo el reparto funcional de tareas, sin perjuicio de que la legislación concurrente haya quedado desdibujada en sus contornos (A. Arroyo Gil, 2009, 32, 53). Pero, especialmente en los federalismos de devolución, caracterizados por un proceso de descentralización paulatina, resultan necesarios los elementos comunes que, a su vez, pueden tener un desarrollo diferente en los diversos territorios. En este sentido, resultara necesaria una actuación del legislador común para garantizar unas condiciones equivalentes de vida en todo el territorio del Estado; condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de derechos, especialmente de derechos sociales; la unidad económica para garantizar la unidad de mercado o evitar barreras en el tráfico económico o la unidad jurídica en todo el Estado ante una distorsionante diversidad. Además, aunque pretendamos que ese mínimo común se recoja en una ley y tenga un alcance limitado es inevitable que siquiera de forma excepcional esa ordenación de la materia, común para todo el territorio, se contenga en normas infralegales o vaya más allá de los principios. Y tampoco podemos pretender que el tratamiento común previamente establecido se mantenga inalterable en el tiempo pues deberá adaptarse a los cambios en la realidad social y a la aparición de nuevos fenómenos, aunque ello provoque la inconstitucionalidad sobrevenida de muchas normas plenamente vigentes y válidas en los distintos territorios<sup>10</sup>.

Desde esta perspectiva, descartada la opción de eliminar lo básico en el Estado autonómico debe replantearse la relación de esas bases estatales con el desarrollo normativo que corresponde a las Comunidades Autónomas en las competencias compartidas. Dicha reconfiguración debe asentarse sobre tres pilares. En primer lugar, su definición política, con participación de las propias Comunidades, cuyo derecho propio resulta afectado por la alteración de las bases; en segundo lugar, la recuperación de una estructura formal que las haga reconocibles en cuanto a la fuente en la que se incluyen y a su determinación expresa y, en tercer lugar, la acotación de su alcance o extensión a un mínimo común de forma que permita el desarrollo de políticas propias de las Comunidades.

El instrumento para hacer efectiva esa reconfiguración es la reforma constitucional. En el primer supuesto porque resulta imprescindible el reconocimiento constitucional de una nueva forma de determinar lo básico. En los otros dos (la fuente y el alcance o

---

<sup>10</sup> En cualquier caso, respecto a las bases, tenía razón García Morillo cuando consideraba que “puede hablarse de una cierta rigidez material de lo básico, al menos en lo que a la posible expansión de lo básico se refiere, porque el legislador que en un momento dado reguló una materia delimitó al hacerlo –siquiera fuera temporalmente– el campo de lo básico y simultáneamente excluyó de ese campo a todo lo no catalogado como tal, por lo que difícilmente podrá luego sostener con fundamento, salvo que las circunstancias hayan variado radicalmente que lo que antes no era básico si lo es ahora” (1996, 132). Es lo que Caamaño ha denominado el “principio de no reformulación sucesiva de la materia básica” (F. Caamaño, 2000, p. 112).

extensión) podría hacerse a través de un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo en aras de superar la función que ha venido cumpliendo en la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, resulta esencial recoger en la Constitución los elementos que sirven para definir lo básico, tanto en su forma como en sus límites.

- 1.- En el primer sentido, resulta relevante sustituir el actual modelo de determinación y modificación de lo básico. Se sustenta, como hemos destacado, en la definición política unilateral por parte del legislador estatal que, ulteriormente, es validada por el Tribunal Constitucional, convertido, por tanto, en delimitador último de las competencias en esta relación bases-desarrollo. Frente a ello, sostenemos la necesidad de garantizar una determinación política de lo básico, pero no unilateral. Las Comunidades deben participar en la concreción de lo que es básico en cada uno de los ámbitos materiales compartidos. Defendemos, por tanto, una determinación política consensuada entre el Estado y las CCAA, que evite la recurrente intervención del Tribunal Constitucional en el reparto del poder político territorial.

Esa determinación política consensuada de lo básico requiere la intervención de un órgano constitucional en el que estén representados los territorios. En ese sentido, resulta precisa una reforma constitucional que convierta al actual Senado en un Consejo territorial entre cuyas funciones esté la de aprobar las normas básicas, que también deberán ser aprobadas en el Congreso como órgano constitucional que representa a la ciudadanía. Esa participación de las Comunidades en la decisión sobre lo que es básico en cada materia y en cada momento sólo será efectiva si se hace a través de los órganos de dirección política de los territorios, esto es, de sus gobiernos, presentes en el mencionado Senado convertido en Consejo territorial (E. Aja, 2014, 175; J.A. Montilla, 2016, 538; X. Arzo, 2016, 230). En definitiva, lo básico establecido por los representantes de la soberanía popular deberá ser aceptado también por las regiones en el Consejo territorial.

Las consecuencias benéficas de esta forma de determinar lo básico pueden advertirse en distintos ámbitos.

Por un lado, permite un desarrollo armónico de esas bases estatales en los ordenamientos autonómicos, sobre los que incide directamente. Resulta claro que las bases no pueden ser inamovibles ni pueden quedar petrificadas en el tiempo sino que deberán adaptarse a las nuevas realidades sociales y económicas. Incluso, aunque inicialmente parecía aceptarse la necesidad de una mayor estabilidad de las bases, se ha asentado el reconocimiento de la libertad de configuración del legislador estatal en el ejercicio de su competencia básica como una “legítima opción política” que no puede ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional en cuanto no es juez de oportunidad (STC 48/2013/4), de lo que deriva la constante mutabilidad de las bases. Los efectos negativos para los ordenamientos autonómicos de esta concepción de las bases “como algo relativo y circunstancial a decidir por el legislador estatal en función de las coyunturas variables” (T.

de la Quadra-Salcedo Janini, 2004, 143) parecen evidentes<sup>11</sup>. La aprobación de una norma básica contraria a normas autonómicas vigentes provoca la inconstitucionalidad sobrevenida de éstas si el legislador básico estatal ha actuado en ejercicio de su competencia constitucional<sup>12</sup>. Ante esta situación, se ha sostenido la necesidad de razonar y justificar las alteraciones de lo básico (J. García Morillo, 1996, 149-150) o incluso el principio de “no reformulación sucesiva de lo básico” (F. Caamaño, 2000, 112). Sin embargo, es necesario avanzar en esa garantía. Por ello, la previsión constitucional de la participación autonómica en la configuración de lo básico a través de un Consejo territorial formado por los órganos de dirección política de las Comunidades permite a éstas no sólo participar en la decisión sino también conocer las normas autonómicas que deberán ser modificadas por ser contrarias a lo básico como una garantía de certidumbre jurídica<sup>13</sup>.

En este mismo sentido, para evitar los problemas derivados de esta situación resulta razonable prever que la nueva norma básica entrará en vigor varios meses después de su publicación, de forma que las Comunidades tengan tiempo para adaptar su ordenamiento a la nueva regulación básica y se eviten colisiones normativas que afectan al principio de coherencia del ordenamiento.

Por otro lado, la definición política consensuada de lo básico permite también reducir la altísima conflictividad entre el Estado y las CCAA que ha convertido a nuestro modelo en un auténtico “federalismo de conflicto”. Como hemos comprobado, en el modelo actual corresponde al Tribunal Constitucional decidir en cada caso lo que es básico y lo que no lo es a partir de la definición política inicial que efectúa libremente el legislador estatal. Esto conlleva un riesgo para el Tribunal Constitucional en cuanto lo sitúa en el centro del debate sobre el reparto del poder territorial, que es un debate político. Pero, más allá del riesgo de deslegitimación, la presencia activa del Tribunal en la delimitación de lo básico implica que los actores políticos titulares de la competencia, Estado y Comunidades Autónomas, acuden al Tribunal cada vez que se produce una delimitación de lo básico, positiva por el legislador estatal o negativa por las CCAA, para que el Tribunal valore si han actuado en el marco de su espacio competencial. Ello explica que, más allá de la conflictividad desarrollada en la jurisdicción ordinaria, el número de

---

<sup>11</sup> Como indica X. Arzo, “cuando menos cabría diferenciar entre los sectores regulatorios dotados de gran dinamismo y que requieren una constante adaptación de las bases, por un lado, y los sectores que no debieran estar sujetos a tanta variación (como la educación), por otro” (2016, 219).

<sup>12</sup> En la STC 195/2015 se plantea de nuevo la cuestión de si el juez ordinario puede inaplicar una ley autonómica que resulte contraria a una norma básica estatal tras la modificación de ésta. Considera el Tribunal que deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad pues no estamos ante un supuesto de derecho aplicable sino de conflicto de competencias. En todo caso, es evidente que, en aplicación del principio de competencia, el Tribunal Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma autonómica que había sido aprobada en el marco de la norma básica anterior si resulta contraria a la nueva norma básica.

<sup>13</sup> En un sentido mucho más genérico al planteado en este texto el Tribunal se ha referido a las “garantías de certidumbre jurídica necesarias para asegurar que las Comunidades Autónomas puedan conocer cuál es el marco básico al que deben someter su competencia de desarrollo legislativo” (STC 48/2013/4).

conflictos competenciales que llegan al Tribunal Constitucional a través de las distintas vías procesales previstas en la Ley Orgánica (conflictos positivos y negativos de competencia, recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad) sea en España muy elevado en comparación con otros Estados descentralizados como Alemania. Si corresponde al Tribunal Constitucional determinar lo que es básico, no puede resultar sorprendente que los distintos actores, en especial las CCAA, acudan a éste órgano constitucional para que lo determine sin aceptar la delimitación efectuada unilateralmente por el legislador estatal. Es una consecuencia inexorable de la concepción jurisdiccional de lo básico (E. Aja, 2014, 191) frente a la que planteamos su definición política con participación de las CCAA.

Esta determinación política consensuada de lo básico sólo resultará efectiva cuando culmine la reforma constitucional en el sentido indicado. No obstante, hasta ese momento pueden cumplir esa función de gobierno compartido, con un alcance distinto, las conferencias sectoriales<sup>14</sup>. Aun sin consecuencias jurídicas, las conferencias sectoriales deberían conocer y debatir las distintas normas básicas que pretenda aprobar el Estado a fin de que sus posibles efectos jurídicos sean conocidos con antelación por las CCAA.

2. En este marco de determinación política consensuada, resulta lógico que lo básico se establezca en una fuente con rango de ley y específicamente en una “ley parlamentaria”. Algunas de las razones habían sido expuestas por el propio Tribunal Constitucional hasta su cambio de doctrina en la STC 31/2010, a la que nos hemos referido antes. El principio de ley formal se nos presentaba como una garantía de seguridad y certidumbre jurídica, en cuanto permite saber cuáles son las bases. A ello pueden añadirse otras razones. Así, se ha aducido para justificar ese carácter, su capacidad para condicionar la validez de otras leyes (F. Caamaño, 2000, 107) o también podemos referirnos a la especial vinculación de la ley al principio democrático pluralista en cuanto hace posible el debate político-público sobre el contenido de lo básico. Eso no implica negar la posibilidad de incluir las normas básicas en una fuente infralegal pero con un carácter estrictamente excepcional: cuando lo prevea la propia ley o cuando exista una conexión material, no puramente formal, de carácter teleológico. En cualquier caso, la fuente infralegal de carácter básico también debería ser sometida al Consejo territorial para garantizar la participación de las comunidades también en ese supuesto. En este sentido, la Constitución podría recoger las exigencias formales que se han incluido en los Estatutos de Autonomía de segunda generación al pretender la definición estatutaria de lo básico y el Tribunal ha impedido en la STC 31/2010, como ya hemos explicado. Tras la doctrina de esta sentencia según la cual la inclusión de las bases en normas infralegales no es una excepción sino “elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado” resulta necesario

---

<sup>14</sup> En el Informe sobre la Reforma del Estatuto elaborado en 2003 por la Generalitat de Cataluña como paso previo a la reforma de su Estatuto se planteaba la fijación de las bases en la Comisión bilateral Estado-Generalidad. Sin embargo, el carácter de mínimo común en todo el territorio encaja mal con esa definición bilateral, salvo en supuestos excepcionales.

constitucionalizar la referencia a la fuente en la que debe incluirse lo básico (J.A. Montilla, 2015, 105).

3. En tercer lugar, deberían exigirse algunas condiciones al alcance de lo básico en la configuración que realice el legislador estatal, de manera que se garantice a las Comunidades el despliegue de su competencia de desarrollo normativo, más allá de la forma que revistan esas bases. El elemento limitador debería ser el que establecen los Estatutos de Autonomía de segunda generación y no ha sido cuestionado por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010. En el ejercicio de su título competencial de desarrollo normativo, las CCAA deben poder desarrollar políticas propias. En puridad, las Comunidades no desarrollan las bases sino, como hemos apuntado antes, legislan en el espacio competencial que le es propio en virtud de una potestad normativa originaria atribuida por la Constitución y los Estatutos. Desde esa perspectiva, es necesario que la legislación básica estatal le permita el despliegue de políticas propias. Ese es el sentido constitucional de la articulación bases-desarrollo que ha sido desvirtuado en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional y debería recuperarse. Podría hacerse a través de la propia jurisprudencia constitucional, retornando y actualizando la doctrina originaria del Tribunal<sup>15</sup>. Sin embargo, la garantía efectiva sería la reforma constitucional en la que se reconocieran los principios que deben regir esta articulación normativa bases desarrollo.

En este sentido, el desarrollo normativo autonómico en ejercicio de su título competencial compartido debería regirse por el principio de no contradicción con las bases estatales. De esta forma, siempre que se respeten, esto es, que no se contradigan las condiciones básicas establecidas por el Estado, las Comunidades podrán legislar libremente (STC 32/1981/5). De esta forma, las bases estatales deberían configurar un mínimo, en cuyo contenido resulta implícita una determinada orientación política, como ha ocurrido en la práctica en la legislación medioambiental, a partir del cual resultan posibles opciones políticas mejorables por el legislador autonómico (J. García Morillo, 1996, 142-146; F. Caamaño, 2000, 109-110; X. Arzo, 2016, 228). Ese mínimo no son necesariamente principios, puede ser una regulación sustantiva e incluso detallada cuando el supuesto lo requiera. Ese no es el elemento determinante. Lo es, por el contrario, que ese mínimo común, aplicable en todo el Estado, no impida una actuación normativa

---

<sup>15</sup> Recuérdese la dicción literal de la STC 1/1982/1: “Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una determinada materia (...) es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia”. Esa doctrina según la cual las bases estatales debían permitir el desarrollo de políticas propias en la materia se mantuvo en los años sucesivos. Por citar otra sentencia relevante, la STC 147/1991/4 señalaba que “la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las CCAA dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses”.

autonómica con una orientación política propia. No puede ser contradictoria, pues en ese caso la regulación en que se plasma también lo sería, pero tampoco tiene que limitarse a aplicar la solución adoptada por el Estado sino que puede ser divergente con ésta, si esa es la orientación que quiere dársele en un determinado territorio. A diferencia de lo que resulta de la STC 93/2015, desde la configuración constitucional de la relación bases-desarrollo no se puede considerar que un desarrollo normativo autonómico vulnera las bases estatales cuando se aparta de la respuesta dada por el legislador estatal ante un determinado supuesto de hecho sin entrar en contradicción con ella.

De esta forma, el principio que debe regir la relación bases-desarrollo no es el de no vaciamiento de las competencias autonómicas sino el de no contradicción con las bases estatales, que queda garantizado a través del derecho a divergir, con la posibilidad de soluciones distintas a partir de las bases estatales así consideradas en ejercicio del derecho a la autonomía<sup>16</sup>. La ventaja de este principio frente al de no vaciamiento es que, cuando por las circunstancias concretas del supuesto, las bases estatales deban ser detalladas, como ocurre, por ejemplo, en materia económica, ello no impide el ejercicio de la competencia autonómica a través del desarrollo normativo pues puede seguir desplegando políticas propias siempre que no resulten incompatibles<sup>17</sup>. De esta forma, quedaría garantizado el sentido de lo básico como regulación normativa uniforme para asegurar intereses generales superiores a los de las CCAA, según cuales fueran estos, pero sin que ello suponga, como parece pretender el Tribunal Constitucional en su doctrina actual, determinar e incluso impedir el desarrollo normativo autonómico.

A nuestro juicio, sólo con estas condiciones, a partir de una definición política consensuada con las CCAA, establecida en ley parlamentaria y con un desarrollo normativo autonómico regido por el principio de no contradicción, de forma que permita el despliegue de políticas propias a las CCAA en esas materias, pueden mantenerse las bases como una técnica (necesaria) de legislación compartida y no como un instrumento de recentralización político-territorial, en lo que han acabado convertidas.

---

<sup>16</sup> Aunque es una figura distinta a la que nos ocupa, procede apuntar que en el federalismo alemán se ha incluido tras la reforma de 2006 un nuevo tipo legislativo cual es la legislación divergente de los Länder. En virtud de ella, en determinados ámbitos materiales, que hasta ese momento eran objeto de la legislación marco y ahora aparecen como legislación concurrente, una vez que la Federación haya hecho uso de su competencia legislativa, los Länder pueden establecer por medio de ley una regulación distinta. Cfr. sobre ésta, A. Arroyo Gil, 2009, 59-70; M.A. Cabellos, 2012.

<sup>17</sup> Como explicaba F. Caamaño, la caracterización de la legislación básica como “barrera negativa o frontera de mínimos que permite a las CCAA legislar de modo diverso sobre lo básico, entendido ahora como materia, ampliando unidireccionalmente sus competencias legislativas, ofrece -frente a las tesis principialistas a las que indudablemente se aproxima- la ventaja de otorgar un fácil acomodo a los supuestos, excepcionales pero también inevitables, en los que *ratione materiae* es imprescindible que facultades de ejecución formen parte de la competencia reservada al Estado” (F. Caamaño, 2000, 112).

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

- AJA, E., *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza, Madrid, 2014.
- ALBERTÍ ROVIRA, E., “Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las bases normativas en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 1986.
- ALVAREZ CONDE, E. “La legislación básica como parámetro de validez de la normativa autonómica”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2, 2004.
- ARBOS, X. “Estatutos de Autonomía y legislación básica. Un comentario al trabajo de Luis Ortega”, en L. ORTEGA, J.J. SOLOZABAL, X. ARBOS, *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2006.
- ARROYO GIL, A., “La reforma constitucional del federalismo alemán”, IEA, Barcelona, 2009.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., “¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 23, 2016.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- “Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 1, 2005.
- BAYONA ROCAMORA, A. “La evolución del concepto de competencia básica en la doctrina y la jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 45, 1985.
- CAAMAÑO, F., “El abandono de lo básico: Estado autonómico y mitos fundacionales”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, 2000.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 96, 2012.
- CARRASCO DURAN, M., *El reparto de competencias entre el Estado y las CCAA sobre la actividad económica*, Tirant, Valencia, 2005.
- CASCAJO CASTRO, J.L., “Notas sobre el ordenamiento constitucional de la segunda república: la distribución de competencias en el Estado integral”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 36 (II), 1993.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., “¿Es el Estatuto de autonomía una norma capaz de modular la legislación básica del Estado?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 72, 2004.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.



- GARCIA DE ENTERRIA, E., *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985.
- GARCIA MORILLO, J., “La versatilidad de lo básico”, *Revista de Administración Pública*, 139, 1996.
- GARRIDO FALLA, F., “El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, 94, 1981.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., ¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989.
- MONTILLA MARTOS, J.A., “Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 68, 2003.
- “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 2006.
  - “The function of the Constitutional Court in the Distribution of Competences: A critical vision”, en A. LÓPEZ BASAGUREN; L. ESCAJEDO (editors), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2013.
  - *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Thomsom-Reuters, Navarra, 2015.
  - “Pensar en federal, actuando en federal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1981.
- *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Planeta, Barcelona, 2012.
- ORTEGA, L. “Legislación básica y Estatutos de Autonomía”, en L. ORTEGA, J.J. SOLOZABAL, X. ARBOS, *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2006.
- “Competencias compartidas. Bases-desarrollo”, en F. BALAGUER (dir.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, IAAP, Sevilla, 2007.
- SOLOZABAL, J.J., “La noción estatutaria de la legislación básica como pretexto”, en L. ORTEGA, J.J. SOLOZABAL, X. ARBOS, *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2006.
- VIVER I PI SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989.