

ORDENACIÓN DE COMPETENCIAS Y TRASPASO DE SERVICIOS

Enric Argullol i Murgadas
Catedrático de derecho administrativo

Sumario

1. El traspaso de servicios en el proceso de institucionalización de las comunidades autónomas.
2. Los decretos de traspaso de servicios: naturaleza y funciones.
3. Las comisiones mixtas de traspaso.
4. La inexistencia de traspaso de servicios.
5. Estudioso y actor de la política de traspasos de servicios.

1. El traspaso de servicios en el proceso de institucionalización de las comunidades autónomas

La Constitución de 1978 establece una regulación de los ámbitos competenciales de las comunidades autónomas construida a partir del principio de disposición, es decir, en el marco de las reservas a favor del Estado contempladas en la misma Constitución, artículo 149.1, los estatutos de cada comunidad autónoma deben precisar cuáles son las competencias que éstas asumen, siendo la lista contenida en el artículo 148 un simple indicador de materias para el supuesto de las comunidades autónomas inicialmente dotadas de un régimen de autonomía de nivel más bajo. Importa resaltar, en primer lugar, que la atribución de las competencias a las comunidades autónomas no se efectúa por la Constitución sino que ésta es un cometido de los estatutos. Ésta es la auténtica fuente —y no otras disposiciones— para configurar el ámbito competencial de las comunidades autónomas.

Ahora bien, el mismo artículo 147 de la Constitución, al señalar cuál debe ser el contenido de los estatutos de autonomía, aparte de mencionar que éstos deben contemplar la organización autonómica y que deben cumplir, como ya hemos dicho, la importante misión de determinar las competencias de las nuevas entidades, señala también que deben precisar el procedimiento para el traspaso de los servicios. Es una primera mención a una operación que, recogiendo los precedentes de la etapa republicana y de la misma etapa preautonómica, ha de regularse en los estatutos. Examinándolo estrictamente, el traspaso de servicios es un complemento de la atribución de las competencias, no una sustitución de las mismas. Tampoco es una adición sino que, como se precisa muy correctamente en la disposición transitoria sexta del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el traspaso se refiere a servicios inherentes a las competencias, es decir, los que están relacionados con las competencias que el mismo Estatuto ha atribuido a las comunidades autónomas.

Con la aparición de una nueva entidad política como son las comunidades autónomas, no sólo es necesario identificar cuáles serán las responsabilidades de éstas me-

diante la asignación de las competencias sino que, al mismo tiempo, es necesario precisar cuáles son los medios de los que dispondrán para el ejercicio de estas competencias. Ahora bien, dado que las comunidades autónomas no nacieron para desarrollar funciones que hasta ahora estuvieran ausentes de titularidad sino que asumen competencias que hasta ahora radicaban en el ámbito estatal, los medios necesarios para el ejercicio de dichas competencias deben buscarse en el ámbito de la organización estatal. Por lo tanto, en la reorganización que se deriva de la introducción de las nuevas entidades públicas por parte de la Constitución, es necesario proceder también a una revisión de la asignación de cualquier orden de medios para que el ejercicio de las competencias tenga el acompañamiento material para que sea efectivo dicho ejercicio.

En definitiva, pues, el traspaso de servicios es una operación imprescindible para la institucionalización de la comunidad autónoma y para la puesta en marcha del Estado autonómico; es una operación estrictamente ligada a la reasignación de competencias que en el marco de la Constitución efectúen los estatutos de autonomía; y es finalmente una operación conveniente para que la aparición de las nuevas entidades refleje estrictamente la reorganización que conlleva en el campo de los poderes públicos.

2. Los decretos de traspaso de servicios: naturaleza y funciones

El traspaso de servicios encuentra unos precedentes claros tanto en el sistema instaurado por el Estatuto de Cataluña de 1932, al amparo de la Constitución de la II República (*vid.* Broggi-Obiols, «Articulació de competències entre la Segona República i la Generalitat. El successiu traspàs de serveis», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1977, pág. 603 y siguientes), como, y de manera más cercana, en las normas dictadas a partir del restablecimiento de la Generalidad de Cataluña en septiembre de 1977 (*vid.* Cosculluela Montaner, «En torno a las transferencias de funciones a las Comunidades Autónomas», en *REDA*, 18, 1978, pág. 368 y siguientes). Ahora bien, debe precisarse, sobre todo respecto a esta segunda experiencia, las diferencias que existen entre la transferencia de funciones y servicios prevista en el Real decreto ley de 29 de septiembre de 1977, que restableció la Generalidad de Cataluña, y las previsiones contenidas en el Estatuto de Autonomía, y en general, en los estatutos de las distintas comunidades autónomas. Mientras durante el período preautonómico la operación de transferencia contemplaba tanto la asignación de las funciones y de las competencias como la de los medios o servicios ligados a estas competencias, en la regulación del Estatuto de Autonomía de Cataluña el traspaso ocupa la ya más estricta —con más rigor definida— función de mera traslación de medios y servicios para posibilitar el ejercicio de unas competencias que han sido asignadas por el mismo Estatuto. Ciertamente que algunos estatutos, por ejemplo el Estatuto vasco, contienen fórmulas no bien precisas y se produce cierta confusión entre el momento de la atribución de la competencia y el correspondiente al servicio, de manera que podría generarse una interpretación que viera en el cuerpo del traspaso no sólo la transferencia de unos medios sino también el reconocimiento o mejor dicho el otorgamiento de la competencia. Pero este planteamiento chocaría por completo con lo que es la función propia del traspaso de servicios, que, como se ha dicho, no puede ser otra que la transferencia de los medios que necesariamente deben acompañar a las competencias para que sea posible el ejercicio de las mismas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse varias veces a las funciones de los acuerdos de traspaso y de las normas en las que se concretan los acuerdos de traspaso. A tal efecto es importante seguir una jurisprudencia consolidada que tiene una primera y especialmente clara manifestación en lo que dice la Sentencia 25/1983, de 7 de abril: «En virtud de ella ha de entenderse que la titularidad de las competencias corresponde a la Comunidad Autónoma por obra de la Ley Orgánica por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Autonomía. Sólo en las situaciones de lo que se llamó “preautonomía”, las competencias se adquirieron por medio de traspasos y esta modalidad puede todavía hoy funcionar respecto de aquellas competencias que en el Estatuto no hayan sido mencionadas. Habrá que concluir entonces que no es posible, en puridad, transferir las competencias que corresponden ya en virtud del Estatuto. Si corresponden en virtud de éste, *ope legis* y *ipso iure*, como suele decirse, mal se pueden transferir. En este sentido, es más exacta la disposición transitoria sexta del Estatuto de Cataluña, que habla de “traspaso de los servicios inherentes a las competencias”, que según el Estatuto corresponden. Si no hay genuina transferencia de competencias cuando la titularidad de éstas ha sido atribuida por los Estatutos, es obvio que tampoco es posible hablar de una transferencia del ejercicio de las competencias, y que hay que hablar simplemente de transferencias de los medios personales y materiales necesarios para tal ejercicio.» Este enfoque ha sido ratificado en otras sentencias. Así, la 143/1985, de 24 de octubre, dice: «Es doctrina muy reiterada por este Tribunal expuesta entre otras en las Sentencias núm. 25, 76, 88 y 113/1983, la de que “la titularidad de las competencias corresponde a las Comunidades Autónomas por obra de la Ley Orgánica por medio de la que se aprobó el Estatuto de Autonomía, que actúa *ope legis* o *ipso iuris* haciendo disponible su ejercicio por ellas, sin que exista una suerte de *vacatio* en las competencias atribuidas por los Estatutos, y una regla de entrada en vigor diferida de las mismas, a medida que los acuerdos de las Comisiones mixtas lo fueran permitiendo, que sólo traspasen medios materiales o personales[...] y que esta atribución *ipso iuris* de competencias debe entenderse como posibilidad de ejercicio inmediato[...] aunque el traspaso de servicios pueda ser condición de pleno ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas, cuando según su naturaleza sea necesario e imprescindible, caso en el que es constitucionalmente lícito el ejercicio de las competencias por el Estado, mientras los servicios no sean transferidos”» y, en relación a las funciones de las normas de traspaso, de nuevo, en la Sentencia 11/1986, de 28 de enero, dice: «[...] que los Decretos de transferencias no atribuyen ni reconocen competencias y, por tanto, no pueden modificar o alterar el orden de distribución competencial fijado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, no es menos cierto que tales Decretos se refieren a los medios o instrumentos necesarios para ejercer las competencias atribuidas, entre las que se encuentran, desde luego, las técnicas o formas jurídicas mediante las que se canalizan las relaciones de cooperación o colaboración impuestas por la Constitución o los Estatutos de Autonomía, máxime cuando dichas técnicas no se regulan en aquélla o éstos. No obstante, es necesario decir que la determinación de las técnicas o instrumentos realizada por los Decretos de transferencia no puede suponer en ningún caso una modificación del orden competencial establecido.» Por lo tanto, debe afirmarse que la atribución de la competencia se produce en virtud del estatuto, y la comunidad autónoma la tiene desde el estatuto. El traspaso de servicios es instrumental: ni otorga las facultades ni las elimina. No hay traspaso de competencia porque ésta ya la tiene la comunidad autónoma desde un primer momento con la vigencia del estatuto.

Ahora bien, el traspaso de servicios es un instrumento para conocer el alcance y los límites de esta competencia. Con ello hacemos alusión a otras posibles funciones que el bloque de la constitucionalidad puede haber asignado a los traspasos de servicio. Uno de los problemas más difíciles en el momento de estudiar la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas radica en la precisión de los ámbitos de dichas competencias, particularmente por lo que se refiere al espacio material en el cual se proyecten las potestades que la Constitución y el estatuto asignen a las comunidades autónomas. Entre otros instrumentos para precisar la delimitación material de las competencias autonómicas, los acuerdos y las normas de transferencia de servicios constituyen una vía oportuna. Aunque la máxima misión de éstos es la regulación de la operación de traslación de medios que son objeto del traspaso, la descripción de los mismos y sobre todo las numerosas cláusulas complementarias que perfilan funciones asumidas por las comunidades autónomas o que sigan en la esfera estatal —cláusulas que a menudo no tienen una justificación clara desde un punto de vista estrictamente técnico-constitucional— son muy significativas en el momento de interpretar los contenidos materiales de la competencia.

La significación de los decretos de traspaso de servicios, en el momento de interpretar el ámbito material de las competencias, ha sido resaltada también por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 48/1985, de 21 de marzo, donde ha insistido que: «Aunque como este mismo Tribunal Constitucional tiene declarado con reiteración, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas queda bien establecida en la Constitución Española y en los respectivos Estatutos de Autonomía, de modo que los decretos de traspaso de servicios se limitan a transferir éstos y no transfieren competencias; no debe olvidarse sin embargo el valor interpretativo —que, naturalmente, no puede prevalecer sobre las previsiones constitucionales y estatutarias ni vincular a este Tribunal Constitucional— de tales decretos de transferencia que suelen contener con mayor o menor detalle una especificación de las funciones que recibe la Comunidad Autónoma y las que retiene el Estado.» Nos encontramos, pues, ante una nueva función de las normas y de los acuerdos de traspaso, ya que su contenido, en ocasiones bastante pormenorizado, puede jugar un papel de pauta para la interpretación de las mismas cláusulas competenciales. Naturalmente este papel de guía se encuentra, por la misma naturaleza de la norma y por las previsiones y el régimen jurídico de los acuerdos de traspaso, con el límite insalvable de la imposibilidad de construir a partir de estos acuerdos una reasignación de las competencias. De todos modos, como ha señalado Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, CEURA, 1988. pág. 115), «las imperfecciones y ambigüedades técnicas de la Constitución Española y los Estatutos forzaron a incluir en todos los mencionados decretos un anexo dónde, con relación específica al sector objeto de transferencia, se operaba una puntualización y rectificación de límites competenciales [...]. De forma totalmente extraconstitucional los decretos de transferencias han llegado a ser hoy de hecho un elemento básico en el diseño del marco competencial».

Dadas sus funciones los decretos de traspasos tienen un valor permanente y no únicamente ocasional de regular la operación de traslación de medios. Como ya hemos dicho, y ratifica también la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1989, de 5 de octubre: «[...] es verdad que las competencias derivan de la Constitución y de los Estatutos y eventualmente de otras normas integrantes del denominado bloque de la constitucionalidad, pero también lo es que los Decretos de transferencia son conside-

rados como criterio válido y útil para determinar el alcance de la competencia.» Así pues, en tanto en cuanto los decretos de traspasos tienen esta significación para contribuir a la interpretación de las cláusulas competenciales, su valor es permanente. Ahora bien, como ya se ha dicho, la interpretación se agota en la función que le es propia y no corresponde al decreto de traspasos efectuar una nueva distribución de competencias más allá de la establecida en la Constitución, en los estatutos, y, en su caso, en las normas a las cuales remiten para esta función específica. El mismo carácter indisponible de las competencias hace imposible considerar que los decretos de traspasos alteren, por un acuerdo entre las dos partes, la distribución consolidada en el ordenamiento jurídico.

3. Las comisiones mixtas de traspaso

La Constitución no regula el traspaso de servicios a las comunidades autónomas, sino que el artículo 147.2. *d* simplemente prevé que los estatutos de autonomía deberán contener las competencias asumidas en el marco establecido en la Constitución y «las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a éstas». Los estatutos han desarrollado esta remisión de la Constitución con la previsión de comisiones mixtas de composición paritaria. A estas comisiones mixtas se les reconoce una facultad de prever su propia organización y regular su funcionamiento. En desarrollo de estas previsiones, por lo que se refiere a Cataluña, se propuso el Real decreto 1666/1980, de 3 de julio; que regula el procedimiento de adopción de acuerdos en el seno de la comisión mixta, de manera que éstos deberán aprobarse por consenso de las dos representaciones y se entenderán formalizados con la manifestación de la conformidad expresa del presidente —representante del Estado— y del vicepresidente —representante de la Generalidad— de la comisión. Los acuerdos de las comisiones mixtas son vinculantes para el Gobierno del Estado, el cual debe hacerlos públicos e incorporarlos a la ordenación mediante el real decreto de aprobación de dichos acuerdos. Por otra parte, este planteamiento también está consagrado en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983. Además, la Ley del proceso autonómico, de 14 de octubre de 1983 —artículos 16 a 21, título IV—, ha introducido algunas variaciones en cuanto a los decretos de traspasos, pero el mecanismo de adopción de acuerdos al que antes nos hemos referido tiene plena vigencia.

4. La inexistencia de traspaso de servicios

Uno de los aspectos que se ha planteado a lo largo de los años de vigencia de la Constitución y de los estatutos es la situación que se deriva de la falta de adopción de los acuerdos de traspaso, bien por la inexistencia de consenso entre ambas partes, bien por la inexistencia del real decreto de aprobación del acuerdo de traspaso. Conviene recordar, a este respecto, que el artículo 14 del Real decreto 1666/1980 había establecido que la Comisión Mixta «en el plazo de dos años a partir de su constitución deberá acordar formalmente el plazo en que deberá completar la totalidad de los traspasos comprendidos en la función que tiene encomendada». En la sesión del 14 de mayo de 1982, la Comisión Mixta tomó el acuerdo, ratificado en otra sesión de 20 de septiembre del mismo año, de fijar el 1 de julio de 1983 como fecha para finalizar el

proceso de transferencias. No se han observado ni ésta ni otras fechas fijadas posteriormente y el proceso sigue abierto, sin que se hayan completado los traspasos.

Ante la inexistencia de acuerdo entre las partes o de voluntad del Estado de proceder al traspaso se ha intentado encontrar un remedio para obligar a finalizar las transferencias de los servicios inherentes a las competencias otorgadas por los estatutos. En este sentido, se ha planteado ante el Tribunal Constitucional a través de conflictos positivos de competencia. Debe recordarse, a este respecto, que la Ley orgánica del Tribunal Constitucional había negado a las comunidades autónomas la posibilidad de plantear ante el Estado conflictos de competencia de carácter negativo. El Tribunal Constitucional, en varias sentencias de 1990 (sentencias 155, 178, 179, 193 y 201, de 1990), ha desestimado que la vía del planteamiento del conflicto sea un instrumento adecuado para poder movilizar la voluntad de las partes. Ha dicho textualmente el Tribunal, en la Sentencia 209/1990, de 20 de diciembre: «una omisión o falta de presupuesto de servicios [...] carece de encaje en un conflicto positivo de competencia, el cual presupone una acción positiva de invasión de la esfera competencial del ente que lo plantea». Y ha añadido que: «la citada omisión no constituye una *causa petendi* adecuada para que este Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre la titularidad de una competencia controvertida». Así, el Tribunal Constitucional, en estas sentencias de 1990, ha cerrado la vía instada inicialmente por una comunidad autónoma, la Xunta de Galicia, ante la falta de acuerdos de traspasos (Calvo Charro, «Conflictos positivos de competencias y pasividad en las transferencias de servicios», *REDA*, núm. 74, pág. 275 y siguientes).

Otra cuestión de gran trascendencia ante la inexistencia o la insuficiencia del traspaso es la relativa a la efectividad de la competencia mientras se sostenga esta situación.

Del hecho de que la asignación de la competencia deriva del Estatuto, y no del traspaso, se desprende también que la titularidad nace de modo inmediato. Y, por tanto, en principio, se puede ejecutar también de inmediato. Es una consecuencia lógica de la forma y de las características de la atribución de la competencia. Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1985, de 24 de octubre, no hay una *vacatio* hasta la transferencia del servicio, sino que como regla normal hay una posibilidad de ejercicio inmediato. Ahora bien, en ocasiones, y no poco frecuentes precisamente, este ejercicio inmediato no podrá ser pleno, o incluso no se podrá articular cuando por la naturaleza de la competencia —íntima conexión entre ésta y los instrumentos a transferir—, o por su forma de atribución —las cláusulas estatutarias contienen una variedad de supuestos en los cuales o se acota la competencia en relación con las estatales o se apela a normas posteriores para fijar sus límites—, sea necesario o imprescindible gozar de los medios que deben ser objeto del traspaso. En estos casos se crea una situación ciertamente singular: la entidad que es titular de la competencia no la puede ejercer, al menos plenamente, mientras que aquella, desapoderada por el ordenamiento, sigue ejerciéndola desde una posición claramente precaria, cuya legitimidad ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional. Se puede abrir un interrogante particular sobre este punto por lo que respecta a los poderes normativos. ¿Puede el Estado seguir dictando disposiciones normativas cuando ya ha perdido la competencia? Y, por otra parte, ¿la comunidad autónoma que ya es titular de la competencia, antes del traspaso del servicio, puede ejercer los poderes normativos cuando éstos están comprendidos en la competencia asignada por el estatuto?

5. Estudioso y actor de la política de traspasos de servicios

El Dr. Josep M. Vilaseca i Marcet estudió como jurista el traspaso de servicios a las comunidades autónomas. En un primer estudio, «Consideracions sobre el traspàs de serveis», publicado en la revista *Administració Pública* (núm. 3, abril de 1980, pág. 9 y siguientes) examinó los distintos aspectos de esta operación. En las primeras páginas analizaba el sentido que podía tener el traspaso de servicios en el momento de la implantación de los regímenes autonómicos. En segundo lugar, dirigió su atención a las previsiones contenidas en la Constitución, en los estatutos y en las normas que desarrolla el ordenamiento regional italiano; previsiones que establecían un doble sistema según se tratara de las regiones de régimen especial o de las regiones de estatuto ordinario, en cuya regulación, también en este punto, la influencia de la experiencia republicana española no estaba ausente. Después analizó el sistema contenido en la Constitución republicana y sobre todo en el Estatuto de Autonomía de la Generalidad de Cataluña de 1932. Analizó cuidadosamente la composición y el funcionamiento de la Comisión Mixta, el régimen de acuerdos, las características y atribuciones de la Comisión, el contenido material de estos acuerdos tanto por lo que se refiere a bienes y derechos, como a la adaptación de servicios y al traspaso concreto de recursos financieros. En otro apartado, Vilaseca examinaba las recientes normas relativas a la Generalidad provisional, donde la institución del traspaso de servicio se consideraba con la doble vertiente de la transferencia desde el Estado y la transferencia desde las diputaciones, y ponía de relieve como esta transferencia comprendía las funciones y al mismo tiempo los medios. En fin, en este artículo Josep M. Vilaseca ponía una primera atención sobre las previsiones de la entonces reciente Constitución española y de los estatutos que estaban a punto de regir.

Las reflexiones de Vilaseca i Marcet no sólo encuentran apoyo en el estudio de las previsiones del ordenamiento o de los acuerdos adoptados sino también en su participación como miembro integrante de la representación de la Generalidad en la Comisión Mixta Administración del Estado-Generalidad de Cataluña establecida por el Real decreto ley de 29 de septiembre de 1977. Al realizarse las primeras elecciones autonómicas y constituirse el primer Parlamento y el primer Gobierno, Josep M. Vilaseca fue nombrado miembro de la Comisión Mixta de Traspasos Estado-Generalidad de Cataluña para el desarrollo del Estatuto de Autonomía. A él se debe el primer anteproyecto de la norma reguladora de la Comisión Mixta: el que luego sería el Real decreto 1666/1980. La reflexión permanente a partir del conocimiento de las experiencias históricas y de otros países y el conocimiento directo de lo que fue la comisión de traspasos posterior al Estatuto lo llevaron a una reflexión de globalidad que se contiene en el *Comentari de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, cuyo principal promotor, por otra parte, fue él mismo. En el estudio sobre la disposición transitoria sexta del Estatuto, el Dr. Vilaseca realiza un repaso exhaustivo de todos los aspectos relativos al traspaso de servicio, tanto desde un punto de vista organizativo y del papel de los acuerdos de traspaso, como también en relación a los distintos contenidos de dichos acuerdos.

