

EL TRASPASO DE FUNCIONES EJERCIDAS POR ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: ¿UNA FALSA PROBLEMÁTICA?

Elena Sáenz Guillén*

Sumario

1. Introducción
2. La inadaptación del marco regulador de los traspasos
3. Análisis de las problemáticas principales
 - 3.1. ¿Puede un real decreto traspasar funciones atribuidas por ley a una administración independiente?
 - 3.2. Sobre la capacidad de disposición del Gobierno para traspasar funciones atribuidas a administraciones independientes
 - 3.3. Valoración económica, régimen presupuestario y patrimonio propio de las administraciones independientes
 - 3.4. Peculiaridades del proceso de negociación de los acuerdos de traspaso
 - 3.5. Adjudicación de las funciones, servicios y medios
 - 3.6. Coordinación y colaboración interadministrativa
 - 3.7. La posible impugnación de los reales decretos de traspaso
4. ¿Una falsa problemática? Conclusiones y propuestas

* Elena Sáenz Guillén, licenciada en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Becaria de investigación en la representación catalana de la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado - Generalitat de Catalunya.

1. Introducción

La presente nota aborda, como tema principal, los desafíos jurídicos que podrían plantear los traspasos de funciones ejercidas por administraciones independientes.¹ Con ello pretendemos proporcionar al lector una visión global sobre el proceso de traspaso de funciones, servicios y medios a las comunidades autónomas a través del análisis de los diferentes problemas jurídicos que pueden suscitarse en el marco de este tipo concreto de traspasos, por las mismas peculiaridades de los organismos implicados y de su régimen jurídico específico. Este podría ser el caso, por ejemplo, de algunas de las funciones atribuidas a organismos como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Agencia Española de Protección de Datos o la Comisión Nacional de la Competencia. Sin embargo, es de notar que muchas de estas dudas pueden plantearse igualmente, en mayor o menor medida, en el caso de otras entidades que forman parte de la llamada Administración institucional, tales como los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales o las agencias estatales.

Los problemas objeto de la presente reflexión pueden ser cada vez más habituales en los procesos de traspaso debido a la tendencia de los últimos años a la creación de entes independientes,² tendencia que responde, en gran medida, a la decisión del legislador comunitario de optar por esta fórmula administrativa. Se trata de organismos que, si bien son creados con frecuencia bajo el impulso de la normativa comunitaria, deben ajustarse y adecuarse a la organización territorial interna de los estados miembros. Así pues, en el caso de España, y para dar cumplimiento a lo dispuesto en las normas de distribución competencial, podríamos hablar de administraciones independientes estatales y autonómicas en función de sus respectivos ámbitos de actuación. Es predecible que estas últimas adopten un mayor protagonismo en la escena pública, a raíz de las últimas reformas estatutarias en virtud de las cuales las comunidades autónomas han asumido nuevas competencias, cuyo ejercicio requerirá, en algunos casos, la adopción del correspondiente acuerdo de traspaso. Concretamente en el caso Cataluña, serían varios los títulos competenciales que podrían afectar a organismos independientes: comunicaciones electrónicas (art. 140.7 EAC), defensa de la competencia (art. 154.2 EAC) o protección de datos (art. 156 EAC), entre otros.

La posición del Gobierno respecto del procedimiento de traspasos ha sido examinada por el Tribunal Constitucional, que lo ha definido como el «máximo responsable» en el impulso de los traspasos. En palabras textuales del Tribunal, «la lealtad constitucional obliga a todos, y en el campo que nos ocupa es el Gobierno,

¹ Como es sabido, el fenómeno de las administraciones independientes ha suscitado un gran interés doctrinal, aunque el tema no se aborde, por lo general, desde la perspectiva de la organización territorial del Estado. Entre otros trabajos, vid. Betancor Rodríguez, A. *Las Administraciones independientes: un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1994; Desdentado Daroca, E. *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; García Llovet, E. «Autoridades Administrativas independientes y Estado de Derecho». *Revista de Administración Pública* [Madrid], núm. 131 (1993); Magide Herrero, M. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000; Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Iustel, 2009. Vol. III, p. 596-612; Parada Vázquez, R. *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. 20ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2008, p. 261-293, 227-260; Rallo Lombarte, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Madrid: Tecnos, 2002; Sala Arquer, J. M. «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes». *Revista Española de Derecho Administrativo* [Madrid], núm. 42 (1984); Salvador Martínez, M. *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel, 2002.

² La mayor parte de la doctrina entiende que se integran dentro de esta categoría, principalmente, las siguientes entidades: el Banco de España (Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España); la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores); el Consejo de Seguridad Nuclear (Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, reformada por la Ley 33/2007, de 7 de noviembre); la Agencia de Protección de Datos (Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal); la Comisión Nacional de Energía (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos); la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones); la Comisión Nacional de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia); la Comisión Nacional del Sector Postal (Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal).

máximo responsable de la finalización efectiva del reparto de competencias, quien debe extremar el celo por llegar a acuerdos en la Comisión Mixta con Galicia, merced a los cuales puedan dictarse los correspondientes y obligados reales secretos de transferencias».³ De lo expuesto se desprende una clara obligación de llegar a los acuerdos de traspaso para el efectivo desarrollo competencial de las comunidades autónomas. Sin embargo, esta obligación del Gobierno podría verse comprometida por la relación de separación que éste tiene con el conjunto de organismos considerados, precisamente, como *independientes*. Este rasgo de independencia que caracteriza a las administraciones de las que trata la presente nota podría generar una serie de trabas para el efectivo cumplimiento de dicha obligación. Tal y como veremos, esta dicotomía jurídica entre Gobierno y autoridades independientes constituye la razón principal de los problemas que pueden llegar a afectar a este tipo de traspasos.

En los siguientes apartados trataremos de presentar y examinar las diferentes controversias que pueden surgir en este ámbito, así como de ofrecer algunas interpretaciones o posibles soluciones a los problemas expuestos.

2. La inadaptación del marco regulador de los traspasos

Las normas que conforman el marco regulador de los traspasos y de los órganos encargados de negociarlos (comisiones mixtas de transferencias) se elaboraron en una época —a principios de la década de los ochenta— en que la tipología de entes públicos era mucho más simple que en la actualidad. Un somero análisis de dichas normas pone rápidamente de manifiesto que en su redacción no se prestó demasiada atención a la denominada descentralización *funcional* de las administraciones públicas, lo que podría explicarse por las limitadas dimensiones de dicho fenómeno en ese momento. De ahí derivan, precisamente, muchos de los interrogantes que se plantean en la práctica actual de los procesos de traspaso de funciones, servicios y medios. Aunque esta falta de previsión normativa no debería suponer un obstáculo de gran entidad, lo cierto es que puede generar dudas e inconvenientes prácticos en la mayoría de traspasos de funciones ejercidas tanto por administraciones independientes como por organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales.

En el caso catalán, el Estatuto de autonomía de 1979; el Real decreto 1666/1980, de 31 de julio, por el cual se aprueban las normas de traspaso de los servicios del Estado a la Generalitat de Cataluña y el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado - Generalitat (en adelante, normas de funcionamiento); la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de proceso autonómico, y el Acuerdo 1/1995, de 15 de marzo, de modificación del método para el cálculo del coste de los servicios transferidos a las comunidades autónomas (en adelante, metodología), constituyen las normas aplicables al procedimiento de elaboración y formalización de los acuerdos de traspaso. Todas ellas se redactaron cuando la implantación de organismos independientes era prácticamente inexistente, por lo que parten del esquema básico de negociación entre órganos de administraciones territoriales, sin contener menciones expresas a los entes independientes. Las normas mencionadas tampoco han sido objeto de actualización para responder a la evolución del sistema institucional.

La inadaptación de la normativa reguladora podría generar problemas, como avanzábamos, en los procesos de traspaso de funciones y servicios que afecten a organismos reguladores independientes, aunque lo cierto es que dichos problemas podrían superarse, en la gran mayoría de los casos, mediante una aplicación analógica de las normas integrantes del marco regulador aplicable. Sin embargo, entendemos que en algunos casos dicha

³ STC 209/1990, de 20 de diciembre (FJ 4).

interpretación analógica podría ser forzada o, simplemente, no podría sostenerse, lo que, en aras de la seguridad jurídica, llevaría a recomendar la revisión y adaptación del citado marco regulador.

3. Análisis de las problemáticas principales

3.1. ¿Puede un real decreto traspasar funciones atribuidas por ley a una administración independiente?

Las dudas que se plantean en este apartado versan sobre la cuestión formal de la relación normativa entre los reales decretos de traspaso y las normas con rango de ley de creación y asignación de funciones a las administraciones independientes. La cronología del supuesto es la siguiente: en un primer momento, una norma con rango de ley crea y atribuye funciones concretas a un organismo independiente. En un momento posterior, se aprueba un real decreto en virtud del cual algunas de esas funciones se traspasan a la Administración autonómica. Nos encontramos así, si la ley ordinaria no se modifica a la luz del contenido del real decreto, ante una contradicción de disposiciones en la que una norma posterior, pero formalmente de rango inferior, contradice a una norma superior y anterior.

En principio, el criterio aplicable a este tipo de antinomias sería el criterio jerárquico, por el que *lex superior derogat legi inferiori*. Así pues, la norma superior (ley ordinaria) derogaría tácitamente a la norma inferior (real decreto). Sin embargo, esta regla general parecería no aplicarse cuando el real decreto se ha dictado para aprobar un acuerdo de traspaso. Esta es la interpretación que mantiene el Tribunal Constitucional que, al constatar la naturaleza paccionada de estas normas, dota a las mismas de un trato específico y diferente al resto de normas de carácter reglamentario. Así pues, el Tribunal afirma que «el inferior rango del instrumento jurídico utilizado para la aprobación de los mismos [los acuerdos de las comisiones mixtas] no implica una subordinación jerárquica normativa».⁴

En el caso contrario, en el que una ley contradijera lo establecido en un real decreto de traspaso anterior, y en coherencia con lo expuesto con anterioridad, el Tribunal Constitucional establece que «aun cuando su aprobación [de los acuerdos de la Comisión Mixta] tenga lugar mediante real decreto dictado por el Gobierno de la Nación, no cabe admitir que una ley estatal pueda incidir en el ámbito competencial de las comisiones mixtas e imponerse a sus acuerdos».⁵ A modo de reiteración, afirma que «tales acuerdos [los acuerdos de las comisiones mixtas] se plasman en los correspondientes decretos y, en consecuencia, no puede alterarse su contenido mediante una intervención unilateral del legislador estatal».⁶

Este trato especial que reciben los reales decretos de traspaso se debe a que éstos penden directamente de las normas atributivas de competencias, es decir, de la Constitución, estatutos de autonomía y otras normas del bloque de constitucionalidad. Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que los reales decretos de traspaso no atribuyen ni reconocen competencias, sino que se refieren a las funciones y servicios necesarios para ejercerlas.⁷ Por lo tanto, dichas normas únicamente concretan las funciones y servicios que deben ser objeto de

⁴ STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 28).

⁵ Ibid.

⁶ STC 86/1989, de 11 de mayo (FJ 10); STC 95/2002, de 25 de abril (FJ 14).

⁷ Entre otras, STC 87/1983, de 27 de octubre (FJ 4); STC 87/1983, de 27 de octubre (FJ 3); STC 48/1985, de 28 de marzo (FJ 5).

traspaso, es decir, las funciones y servicios inherentes a las competencias reconocidas a las comunidades autónomas por la Constitución, los respectivos estatutos de autonomía y las normas del bloque de constitucionalidad.

De lo anterior se desprende que los reales decretos de traspaso encuentran su fundamento último en las normas atributivas de competencias y por ello deben interpretarse a la luz de éstas. Es debido a su íntima vinculación con las normas del bloque de constitucionalidad que los mencionados reales decretos, si entran en contradicción con normas de rango legal, las desplazan (lo que explica, asimismo, que la aprobación de un traspaso no exija la modificación previa de las normas —legales o reglamentarias— con las que pueda entrar en contradicción).

En cualquier caso, también puede llegarse a estas mismas conclusiones a través de un razonamiento más claro y sencillo: la ley ordinaria atributiva de funciones a un organismo independiente estatal queda desplazada desde el mismo momento en que la evolución del marco constitucional y estatutario opta por atribuir dichas funciones a una o más comunidades autónomas. El acuerdo de traspaso que posteriormente pueda alcanzarse no desplaza, por sí mismo, a la ley ordinaria anterior, sino que se limita a confirmar que su contenido, de forma sobrevenida, ha dejado de encajar con el reparto constitucional y estatutario de competencias.

3.2. Sobre la capacidad de disposición del Gobierno para traspasar funciones atribuidas a administraciones independientes

Una vez analizada la cuestión formal o jerárquica de la relación normativa entre reales decretos y normas con rango de ley, analizaremos la controversia jurídica de carácter sustantivo relativa a la capacidad que ostenta el poder ejecutivo para disponer de las funciones que se traspasan cuando éstas se encuentran legalmente atribuidas y son ejercidas por organismos con un estatuto específico de autonomía.

Son varias las causas que podrían suscitar dudas acerca de si el Gobierno puede disponer de las funciones ejercidas por administraciones independientes y formalizar acuerdos de traspaso en relación con las mismas. De un lado, la relación de no dependencia o de la separación de los organismos independientes respecto del Gobierno constituye un rasgo que actúa como mecanismo para garantizar la neutralización política que se pretende de la actividad o servicio administrativo que prestan dichos organismos. En consecuencia, el Gobierno del Estado pierde prácticamente toda la capacidad de decisión y control sobre este tipo de entes. De otro lado, la creación de las administraciones independientes por ley parece indicar que la legitimidad de su existencia y de sus funciones tenga su fundamento último en el poder legislativo.

A pesar de los factores expuestos, entendemos que el Gobierno goza de un poder de disposición suficiente para acordar el traspaso de funciones propias de una u otra administración independiente a favor de las comunidades autónomas. En primer lugar, lo cierto es que los organismos independientes, pese a tener personalidad jurídica diferenciada, se encuentran adscritos, por regla general, a un ministerio y, por tanto, vinculados a la Administración General del Estado. A modo de ejemplo, el artículo 48.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (en adelante, LGT), establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones «está adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que ejercerá las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio». Además, es doctrina unánime que este tipo de entes caen bajo el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del

procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), en virtud de su artículo 2.2, que establece que «las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública». Así, se afirma que las administraciones independientes no responden exactamente a la idea de dependencia, pero sí a la idea más laxa de vinculación.⁸

En segundo lugar, no es menos cierto que las funciones objeto de traspaso, aunque ejercidas por un organismo independiente, quedan enmarcadas en el ámbito de lo público. Esto se debe a que las administraciones independientes se crean para servir al interés público y, como tales, desempeñan funciones que pertenecen al ámbito de la actuación ejecutiva del Estado. Tal como afirma Parada Vázquez, «administraciones independientes serían aquellas que correspondiendo por naturaleza a la órbita de las funciones o servicios del poder ejecutivo, sus cúpulas u órganos directivos son sustraídos a la dirección del Gobierno».⁹ Así pues, de no existir este tipo de entes, las funciones serían ejercidas por la Administración General del Estado. Es por ello que debemos entender que el hecho de que sea una administración independiente la que ejerce las funciones objeto de traspaso es algo contingente, que proviene de mandatos comunitarios, de la voluntad del legislador estatal o de la facultad de autoorganización de la Administración General del Estado.

En atención a lo expuesto, interpretamos que la mera nota de independencia —más o menos intensa— propia de estos entes no constituye un dato suficiente como para considerar que el Gobierno pierde toda facultad de decisión sobre los mismos. Por otro lado, y este argumento es —a nuestro juicio— decisivo, el Gobierno estatal no actúa, al aprobar el traspaso, en ejercicio de una facultad discrecional, ni movido por un simple afán de generosidad, sino en el estricto cumplimiento de una obligación constitucional que se concreta en la aprobación —devida— de un acuerdo alcanzado por un órgano paritario —la Comisión Mixta correspondiente— para ejecutar las previsiones contenidas en el reparto constitucional y estatutario de competencias.

3.3. Valoración económica, régimen presupuestario y patrimonio propio de las administraciones independientes

Dos son las principales problemáticas que giran en torno al reconocimiento de un patrimonio propio a las administraciones independientes y a su especial régimen financiero y presupuestario. En el caso concreto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el artículo 48.13 LGT establece que ésta tendrá patrimonio propio, independiente del patrimonio del Estado. Siguiendo con el mismo ejemplo, el artículo 48.15 LGT prevé que la Comisión elaborará anualmente un anteproyecto de presupuesto y lo remitirá al Ministerio de Hacienda para su elevación al Gobierno. Este último, previa su aprobación, lo enviará a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado. Este tipo de previsiones pretenden asegurar que el organismo independiente cuente con recursos suficientes para eliminar la dependencia económica del resto de administraciones públicas, por lo que parece clara la voluntad subyacente de garantizar su independencia también en el ámbito material.

El hecho de que los traspasos afecten a funciones propias de organismos independientes puede incrementar la complejidad de la valoración del coste efectivo de las funciones, servicios y medios objeto de los mismos,

⁸ Entre otros, García Llovet, E., *op. cit.*, p. 95; Magide Herrero, M., *op. cit.*, p. 36-37.

⁹ Parada Vázquez, J. R., *op. cit.*, p. 263.

debido a que la Administración General del Estado no suele disponer de información precisa sobre funciones o servicios ajenos a su ámbito de actuación.

Este problema no debería generar mayor preocupación, por cuanto el intercambio de información entre la Administración del Estado, las administraciones independientes y las administraciones autonómicas es una manifestación clara del principio de lealtad institucional, consagrado como uno de los principios rectores de las relaciones entre las distintas administraciones públicas. Como es sabido, dicho principio está positivizado en el artículo 4.1 LRJPAC, donde se establece que en virtud del principio de lealtad institucional «las administraciones públicas deberán facilitarse la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias», así como «prestarse, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias».

Sin embargo, ante la hipótesis de encontrarnos frente una actitud obstruccionista del organismo independiente, debemos reconocer que el Gobierno no dispondría de facultades coactivas —salvo casos extremos— para provocar un cambio de actitud de los responsables de dicho obstruccionismo, precisamente por la ausencia de relación jerárquica entre ambas administraciones. Su poder de dirección suele quedar limitado, por las leyes de creación de autoridades independientes, a la designación y cese —por motivos legalmente tasados— de los miembros de sus órganos directivos.

El régimen de autofinanciación y de integración de los presupuestos de los entes independientes en los Presupuestos Generales del Estado puede generar nuevos problemas, al dificultar la transferencia de fondos de una administración a otra. Esta cuestión se encuentra regulada, en el caso concreto de Cataluña, en el artículo 11 del Real decreto 1666/1980, que establece que «las dotaciones presupuestarias de los servicios que se traspasan serán transferidas a la Generalitat de Cataluña y se darán de baja en los Presupuestos Generales del Estado». A la luz de esta previsión los problemas pueden surgir a la hora de exigir a la Administración General del Estado la transferencia de las dotaciones presupuestarias relativas al servicio o función objeto de traspaso, por tratarse de una administración diferente de la que lo presta o ejerce, cuyos créditos presupuestarios se determinan con un cierto automatismo, gozan de autonomía propia y pueden encontrarse vinculados al cumplimiento de obligaciones concretas de sus titulares (la garantía de un determinado servicio universal, por ejemplo).

A pesar de ello, entendemos que los obstáculos que se presenten pueden superarse mediante una aplicación analógica de las reglas existentes y con el apoyo de la doctrina del Tribunal Constitucional, que en numerosos pronunciamientos ha subrayado el carácter vinculante de los reales decretos de traspaso: «los acuerdos [de las comisiones mixtas] son propuestas vinculantes para el Estado, que deberá respetar su contenido».¹⁰ Así las cosas, tanto la Administración General del Estado como los organismos independientes deberían proceder a realizar las adaptaciones presupuestarias que en cada caso se entiendan necesarias para facilitar el traspaso de los medios económicos correspondientes, sin que las dificultades derivadas del régimen presupuestario aplicable puedan utilizarse como argumento válido para frustrar dicho traspaso.

¹⁰ STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 28).

3.4. Peculiaridades del proceso de negociación de los acuerdos de traspaso

El presente apartado hace referencia a las incidencias concretas que pueden surgir en el marco del proceso negociador de los traspasos derivadas de la especial relación de separación de la que gozan las administraciones independientes respecto de la autoridad gubernativa, cuestión de carácter más institucional o político que estrictamente jurídica, pero que puede repercutir indudablemente sobre la suerte del traspaso afectado. Aparece, aquí, un nuevo actor en el proceso y puede pasarse con facilidad de una relación bilateral a una relación *triangular*. Las posiciones de la Administración General del Estado y de la Administración independiente respecto de los acuerdos de traspaso pueden no coincidir. Y, como hemos visto, el Gobierno carece de facultades para exigir a los mencionados organismos independientes que compartan información o, en general, que actúen de una determinada manera.

Ambas situaciones pueden agudizarse por la falta de representatividad que podrían sufrir estas entidades independientes en el seno de las comisiones mixtas, lo que podría traducirse en situaciones de bloqueo que acabarían frustrando los posibles acuerdos. El bloqueo de un proceso de traspaso supone, sin duda, una lesión de la autonomía política y administrativa de las comunidades autónomas, cuyos efectos se incrementan sensiblemente por la inexistencia de mecanismos jurídicos de reacción. Dicha situación, que deja a las administraciones autonómicas en una posición particularmente precaria, se explica por la ausencia de previsiones legales que permitan a las comunidades autónomas requerir al Gobierno estatal —o a un tercero imparcial— la adopción de una posición activa.

Como se recordará, en supuestos como el indicado algunas comunidades autónomas han planteado conflictos positivos de competencia ante el Tribunal Constitucional, que ha entendido que dicho conflicto no procede en supuestos de actitud pasiva de la Administración del Estado, sino en supuestos de efectiva invasión competencial provocada por una norma o acto concretos. En palabras textuales del Tribunal: «lo que ahora se está planteando no es que una disposición del Estado “no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía o en las leyes correspondientes” (art. 63.1 LOTC), sino, lo que es bien distinto, que se ha producido una omisión o falta de actividad en el traspaso de los servicios a Galicia. Y ello, como es evidente, no encaja en el objeto del conflicto positivo de competencia cuya resolución corresponda a este Tribunal, consistente en una acción positiva de invasión de la esfera competencial del ente».¹¹

Asimismo, se han planteado conflictos negativos de competencia ante el Tribunal Constitucional, sobre la base de una diferente interpretación sostenida por las administraciones públicas afectadas por el traspaso. En estos casos el Tribunal ha negado igualmente la procedencia de dichos conflictos, pero esta vez por considerar que los reales decretos de traspaso no son preceptos constitucionales delimitadores de competencias y que, por lo tanto, no tienen cabida en el artículo 69.2 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC). Así pues, el Tribunal afirma que «es evidente, sin embargo, que una diferencia de interpretación estrictamente constreñida a las previsiones de un real decreto de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma no es bastante para tener por planteado un conflicto negativo de competencia ante este Tribunal, ya que, como señaló el ATC de 14 de marzo de 1989 los reales decretos de traspasos no son integrables, ni formal ni materialmente, entre los “preceptos constitucionales o de los estatutos de autonomía o de leyes orgánicas y ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las

¹¹ STC 155/1990, de 18 de octubre (FJ 2).

comunidades autónomas (artículo 69.2 LOTC)”, pues no atribuyen ni reconocen competencias sino que se refieren a los medios necesarios para ejercerlas (STC 88/1983, de 27 de octubre).¹²

Este riesgo de bloqueo en principio no debería existir en virtud de la aplicación del ya mencionado principio de lealtad institucional, por el que Administración General del Estado y Administración independiente deberían estar predispuestas a encontrar el mecanismo para adoptar una posición común respecto del contenido de los acuerdos de traspaso. El principio de lealtad comporta la disposición de colaboración que deben tener ambas administraciones como protagonistas del proceso de traspaso de funciones, servicios y medios. Además, el Tribunal Constitucional ha reiterado la responsabilidad última del Gobierno en alcanzar los acuerdos en sede de las comisiones mixtas: «la lealtad constitucional obliga a todos, y en el campo que nos ocupa es el Gobierno, máximo responsable de la finalización efectiva del reparto de competencias, quien debe extremar el celo por llegar a acuerdos en la Comisión Mixta con Galicia, merced a los cuales puedan dictarse los correspondientes y obligados reales decretos de transferencias».¹³

No obstante lo expuesto, teniendo en cuenta que lo expresado en el párrafo precedente se acerca más a un ideal jurídico que a una realidad fáctica, consideramos que una medida efectiva para disminuir las situaciones de bloqueo sería la configuración de un sistema de participación de las administraciones independientes en el proceso negociador de los traspasos que las afectaran directamente. Las posibilidades de participación variarían en función de la intensidad: desde el mero reconocimiento del derecho a voz hasta la promoción del nombramiento por parte del Gobierno de un vocal de la Comisión Mixta como representante de este tipo de organismos independientes.

Una medida complementaria a la solución anterior sería la previsión de mecanismos jurídicos adecuados para la defensa de las comunidades autónomas ante las situaciones de bloqueo. Para ello sería necesario modificar la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de ampliar el objeto del conflicto negativo de competencias dando cabida a los reales decretos de traspasos y, en definitiva, a este tipo de situaciones de omisión o inactividad por parte de la representación estatal. Otra alternativa sería, tal y como propone Vintró,¹⁴ la introducción de un nuevo tipo de recurso en defensa de la autonomía de las comunidades autónomas.

3.5. Adjudicación de las funciones, servicios y medios

Una vez se aprueban los reales decretos de traspaso el siguiente paso consiste en la asignación de las funciones, servicios y medios objeto de los mismos a un departamento concreto de la Administración autonómica que los recibe. De este procedimiento de adjudicación surgen una serie de dudas jurídicas específicas para los supuestos en los que puedan verse involucradas administraciones independientes.

Los interrogantes se plantean cuando se trata de determinar cuál es el departamento más propicio al que asignar las funciones que han sido traspasadas. Aunque se trata de un problema que puede darse en general en el contexto de todos los procesos de traspaso, el debate jurídico se intensifica cuando se trata de funciones que venían ejerciéndose por administraciones independientes. Así pues, ¿existiría la obligación de que la Comunidad Autónoma creara un organismo administrativo *ex novo* con características idénticas o análogas —neutralidad,

¹² ATC 322/1989, de 6 de junio (FJ 3).

¹³ STC 209/1990, de 20 de diciembre (FJ 4).

¹⁴ Barceló, M.; Vintró, J. (coord.). *Dret Públic de Catalunya*. Barcelona: Atelier, 2008, p. 513.

independencia respecto del poder ejecutivo autonómico— a las propias de la Administración independiente estatal? ¿O bastaría con asignar las funciones a un organismo autonómico ya creado, con uno u otro nivel de autonomía? En otras palabras, ¿quedan las comunidades autónomas vinculadas por el modelo organizativo escogido por el Estado para el ejercicio de las funciones que se traspasan?

La respuesta más acertada parece ser relativa, puesto que la obligación de asignar las funciones a un organismo autonómico con igual estatuto específico de autonomía sólo existiría si la normativa sectorial aplicable a las mismas así lo estableciera. A título de ejemplo, el ámbito de las telecomunicaciones está fuertemente regulado por normativa comunitaria. El legislador comunitario es quien ha incorporado la obligación de los estados miembros de crear Autoridades Nacionales de Regulación (ANR) independientes, por lo que es probable que en la hipótesis de un traspaso de funciones propias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a las administraciones autonómicas exista la obligación de que éstas sigan siendo ejercidas por un organismo con iguales caracteres de independencia, lo que no sucedería en caso contrario. Sin embargo, pueden concurrir factores no estrictamente jurídicos —la práctica o, incluso, la tradición de confiar la intervención en un sector a un organismo de carácter regulador, la voluntad de no disminuir la neutralidad respecto del poder ejecutivo correspondiente, etc.— que, sin obligar a la creación de una administración independiente autonómica, faciliten o lleguen a imponer la adopción de dicho modelo.

3.6. Coordinación y colaboración interadministrativa

Los reales decretos de traspaso suelen prever instrumentos de colaboración o coordinación interadministrativa para el ejercicio de las funciones o para la prestación de los servicios que se traspasan, especialmente cuando existen zonas de contacto o de necesaria interrelación.¹⁵

El primero de los problemas gira alrededor de la cuestión de si el Gobierno tiene capacidad de decisión para diseñar los citados mecanismos cooperativos. Este debate es similar al ya abordado anteriormente sobre si el Estado podía disponer de las funciones ejercidas por administraciones independientes mediante la aprobación de acuerdos en sede de la Comisión Mixta de Transferencias. Reiterando los argumentos ya expuestos, entendemos que el Estado sí estaría capacitado para configurar los mecanismos de colaboración y coordinación interadministrativos necesarios para el efectivo cumplimiento de los acuerdos contenidos en los reales decretos de traspaso. En primer lugar, porque los organismos independientes se encuentran vinculados, de una u otra forma, a la Administración General del Estado y, en segundo lugar, porque la colaboración y coordinación se diseña en torno a unas funciones que siguen siendo, en la parte no traspasada, competencia del Estado, cuyo Gobierno es el principal responsable de los traspasos que procedan. No obstante, no se nos oculta la conveniencia de que las previsiones en materia de cooperación no presenten una excesiva densidad —para no lesionar la especial autonomía de la Administración independiente concernida—, de que los representantes del organismo regulador afectado participen —incluso decisivamente— en la elección y el diseño de los mecanismos que pretendan acordarse y de que dicho organismo y la Administración autonómica interesada puedan completar y desarrollar sus relaciones de cooperación en un momento y a través de instrumentos diferentes al traspaso (por ejemplo, mediante convenios de colaboración).

¹⁵ La Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico, dispone en este sentido que «*los reales decretos de transferencias en materia de competencias compartidas establecerán de forma expresa las funciones que quedan reservadas a la titularidad del Estado, así como las fórmulas de relación y coordinación entre ambas instancias*» (art. 18.1).
Revista catalana de dret públic, núm. 39, 2009

Una vez concluido que la Administración General del Estado sí tiene margen para acordar —al menos, mínimamente— los instrumentos de colaboración y coordinación interadministrativa que han de recoger los acuerdos de traspaso aprobados por real decreto, también podríamos preguntarnos hasta qué punto las administraciones independientes afectadas quedan obligadas a cumplirlos, interrogante que sólo podemos responder afirmativamente, al entender que dichas normas son vinculantes para todo el Estado, sin excepción, tal y como ha enfatizado el Tribunal Constitucional.¹⁶

3.7. La posible impugnación de los reales decretos de traspaso

Otra singularidad directamente relacionada con el estatuto específico de autonomía del que gozan las administraciones independientes consiste en la posibilidad de que éstas impugnen los reales decretos de traspaso que apruebe el Gobierno relativos a funciones ejercidas hasta el momento por las mismas. Los organismos independientes son personas jurídicas diferentes y formalmente no dependientes de la Administración General del Estado, por lo que no les es de aplicación la doctrina de los actos propios en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración estatales. En tal sentido el artículo 20.c de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), faculta a las administraciones independientes a impugnar actos o disposiciones generales dictadas por la Administración General del Estado.¹⁷

Hay que apuntar que la legitimación activa de las administraciones independientes para impugnar actos y disposiciones de la Administración General del Estado responde a un trato diferenciado que reciben dichos entes respecto del resto de organismos públicos que forman parte de la Administración institucional (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales). Así pues, la regla general del artículo 20.c LJCA es que «las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de la Administración de la que dependan». Sin embargo, y como ya se ha puesto de relieve, el mismo precepto establece una salvedad por cuanto dispone que «se exceptúan aquellos a los que por ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración».

La mencionada legitimación para impugnar reales decretos aprobados por la Administración a la que están vinculadas, pese a ser una característica *sui generis* de las autoridades independientes, es una realidad que debe aceptarse, como ocurre con la posible impugnación de dichas normas por parte de los particulares o de otras personas jurídicas o sujetos legitimados que se entiendan afectados, lo que no le resta interés como nota distintiva de los traspasos que estudiamos.

¹⁶ STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 28).

¹⁷ Como prueba de ello, la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 estima el recurso interpuesto por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra el Real decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, declarando la nulidad parcial del mismo. Polémica que ha trascendido incluso al ámbito comunitario, y sobre la que el Tribunal Superior de las Comunidades Europeas se ha pronunciado (*vid.* la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de marzo de 2008, sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo el 23 de enero de 2007 en el marco de un litigio en el que la CMT solicitó la anulación total o parcial del Real decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. Y, sobre la misma, *vid.*, asimismo, Armengol, F. y Cienfuegos, M. «Cuestión prejudicial comunitaria, pluralidad de organismos nacionales reguladores en el ámbito de las telecomunicaciones y conflicto potencial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10 (2008).

4. ¿Una falsa problemática? Conclusiones y propuestas

El panorama actual de los traspasos de la Administración del Estado a las comunidades autónomas apunta hacia un incremento del número de funciones, servicios o medios cuyo traspaso puede afectar a administraciones independientes. Los factores que explican el posible aumento de traspasos de estas características serían fundamentalmente dos. En primer lugar, la sostenida tendencia a la creación de organismos independientes, por las ventajas que comporta la separación del Gobierno y de su poder de dirección, así como la posibilidad de dotar a una organización pública de un régimen jurídico flexible y singular. Y en segundo lugar, las recientes reformas estatutarias, que han comportado la asunción de nuevas competencias por parte de las comunidades autónomas —para cuyo ejercicio efectivo requerirán de los respectivos traspasos— en campos confiados —o confiables— a autoridades reguladoras independientes.

La conjunción de la necesidad de nuevos traspasos debido a las reformas estatutarias con la tendencia a la creación de administraciones independientes supone, de forma lógica, el incremento de traspasos de funciones que puedan afectar a estas últimas. Por lo tanto, parece fácilmente predecible que en un futuro próximo puedan desatarse algunos de los problemas analizados en los apartados anteriores en relación con el proceso de traspaso de funciones y servicios a las comunidades autónomas.

Sin embargo, a medida que hemos ido analizando cada una de las problemáticas mencionadas, nos ha parecido que éstas no planteaban obstáculos de gran entidad, sino más bien algunos desajustes —más o menos limitados— en la mecánica del procedimiento de traspaso, debido principalmente a la desactualización que caracteriza a la normativa de aplicación. Una vez puesta de manifiesto la inadaptación del marco regulador de los traspasos a la realidad administrativa, creemos conveniente sugerir, como una de las principales propuestas, la adaptación o renovación de las normas que lo conforman.

El hecho de considerar que una reformulación de la normativa sobre traspasos ayudaría a resolver las dudas jurídicas planteadas a lo largo de este documento implica reconocer que los traspasos de funciones ejercidas por administraciones independientes cuentan con una serie de peculiaridades de suficiente entidad para ser atendidas. La mayor parte de los interrogantes que se plantean cuando nos alejamos del modelo clásico de traspaso entre los órganos de gobierno de entes territoriales tienen una mayor o menor profundidad en función de la vinculación que el ente regulador estatal afectado tiene con el Gobierno. Los organismos independientes, al ser los que mantienen una vinculación más débil con el Gobierno y la Administración General del Estado, son los que suscitan más problemas, pero, dentro de la misma categoría de organismos, dichos problemas pueden ser más o menos graves en función del grado específico de autonomía que derive del estatuto propio de cada entidad.

Lo que no parecería acertado es que el elemento de separación entre la Administración independiente y el Gobierno suponga un obstáculo para el efectivo desarrollo de las previsiones estatutarias de las diferentes comunidades autónomas. El mero ejercicio del poder de autoorganización administrativo no debería desplazar los títulos competenciales reconocidos constitucional y estatutariamente, de los que penden directamente los reales decretos de traspaso. Además, la elección de la forma en que el Estado se organice institucional o administrativamente no debería hacerse o utilizarse con el fin de entorpecer las previsiones atributivas de competencias o el propio proceso de traspasos. El modelo de organización administrativa debería ser, en definitiva, irrelevante y con ello nos referimos a que la tipología del ente prestador del servicio o ejerciente de la

función que se pretende traspasar no debería afectar a la dinámica de los traspasos de funciones y servicios, que penden, directamente, como hemos repetido, de lo establecido en las normas de distribución de competencias.

Por ello, y por la existencia de vías y mecanismos suficientes para resolver las dudas que puedan plantearse, puede sostenerse, al menos hasta cierto punto, que nos hallamos ante una falsa problemática. Afirmación que debe, sin embargo, matizarse, recordando las peculiaridades que caracterizan a los traspasos de funciones ejercidas por administraciones independientes y a la conveniencia de adaptar el viejo marco regulador de los traspasos, todavía vigente.

En cualquier caso, la profundización en los mecanismos relacionales y de participación apuntados por las recientes reformas estatutarias puede facilitar, sin duda, los traspasos que se consideren necesarios. Tanto la creación y el funcionamiento de comisiones bilaterales Estado - Comunidad Autónoma, como las previsiones en materia de participación en decisiones e instituciones del Estado —y, en particular, en la designación de los miembros de organismos independientes—, pueden facilitar el entendimiento recíproco y el respeto mutuo de los marcos competenciales respectivos, así como el buen funcionamiento de las relaciones institucionales ordinarias, lo que también podría contribuir a superar los problemas teóricos y prácticos que puedan rodear a los traspasos objeto de la presente reflexión.¹⁸

¹⁸ Véanse, a modo de ejemplo, las soluciones contenidas en el título V (relaciones institucionales de la Generalitat) del Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 y, en particular, sus artículos 181 y 182 relativos, respectivamente, a la participación de la Generalitat en la ordenación general de la actividad económica y a la designación de representantes en organismos económicos y sociales.