

COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA AGENCIA CATALANA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. A PROPÓSITO DE LA STC 128/2016, DE 7 DE JULIO

Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo
rodriguezivan@unoiovi.es

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Constitución contiene cuatro menciones directas a la «Seguridad Social» y sólo una a la «asistencia social» (sin perjuicio de lo que cabe inferir del art. 41). En primer lugar, el art. 25.2 —dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas— garantiza al condenado a pena de prisión el «derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social». En segundo lugar, el art. 41 encomienda a los poderes públicos la tarea de mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo», y precisa que «la asistencia y prestaciones complementarias serán libres». En tercer lugar, el art. 129 dispone que «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social». Finalmente, el art. 149.1.17 atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas». Por su parte, la asistencia social es mencionada en el art. 148.1.20 CE con el fin de atribuir la competencia a las Comunidades Autónomas. No conviene olvidar que el art. 50 CE obliga a los poderes públicos a promover el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad «mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

Por consiguiente, la Constitución no define ni la Seguridad Social ni la asistencia social, conceptos que deben delimitarse en un plano infraconstitucional. El problema de fondo, pues es la única causa de disputas, estri-

ba en la titularidad de las competencias sobre esas materias. Como se ha apuntado, la asistencia social puede ser competencia de las Comunidades Autónomas —aunque no estrictamente exclusiva, pues el Estado dispone de competencias que le permiten adoptar legítimamente medidas asistenciales, como sucede, por ejemplo, en relación con la violencia de género—, mientras que la Seguridad Social es, en la práctica, y por mor de la interpretación del TC sobre el alcance de la expresión «régimen económico», una competencia exclusiva del Estado, con el riesgo de colisión que ello provoca, como han puesto de manifiesto la STC 239/2002, de 11 de diciembre, en relación con los complementos a pensiones no contributivas que había implantado Andalucía, o más recientemente la STC 33/2014, de 27 de febrero, en relación con la gestión de fondos del IMSERSO en un litigio entre el Estado y la Generalitat de Cataluña.

En este contexto, los Estatutos de Autonomía están llamados a jugar un papel decisivo mediante la identificación del contenido de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma correspondiente. De este modo, los Estatutos de Autonomía despliegan el efecto positivo directo de la atribución de competencias, pero también indirectamente un efecto negativo, pues las Comunidades Autónomas no podrán ejercer legítimamente las competencias que no figuren en sus respectivos Estatutos. No obstante, en ocasiones las aspiraciones políticas conducen a tomar medidas que no siempre encajan con los límites intrínsecos perfilados en los Estatutos de Autonomía, como sucede en la actualidad con la Generalitat de Cataluña y su pretensión de proceder paulatinamente a una «desconexión» con España, lo que se traduce en la creación de «estructuras de Estado» que faciliten el tránsito ante una eventual declaración de independencia.

Por supuesto, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio) atribuye las pertinentes competencias a la Generalitat en sus arts. 165¹ y 166², siempre respetando los límites constitucio-

¹ «1. Corresponde a la Generalitat, en materia de Seguridad Social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social, la competencia compartida, que incluye: *a*) el desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico; *b*) la gestión del régimen económico de la Seguridad Social; *c*) la organización y la gestión del patrimonio y los servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social en Cataluña; *d*) la ordenación y el ejercicio de las potestades administrativas sobre las instituciones, las empresas y las fundaciones que colaboran con el sistema de la Seguridad Social en las materias indicadas en la letra *c*), así como la coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales que desarrollen en Cataluña las mutuas de accidentes de trabajo

nales. Sin embargo, la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo, de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas, pretendía ir más allá al contemplar la creación de una Agencia Catalana de la Protección Social, cuya estructura debía prever la «eventual asunción de las competencias que en el momento de entrada en vigor de esta Ley ejerce la Administración del Estado». Dicho de otro modo, esa Agencia estaría llamada a sustituir a las entidades gestoras del sistema de Seguridad Social, pues constituye el embrión, o la primera piedra, de un futuro sistema de Seguridad Social catalán desligado del español. Precisamente por ello esa previsión motivó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por la Ley 128/2016, de 7 de julio.

II. LA PREVISIÓN LEGAL SOBRE UNA FUTURA AGENCIA CATALANA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

El autodenominado «proceso de desconexión del Estado español», según figuraba en la «Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, de 9

y enfermedades profesionales; e) el reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas; f) la coordinación de las actuaciones del sistema sanitario vinculadas a las prestaciones de Seguridad Social. 2. La Generalitat podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con las materias antes expuestas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección».

² «1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: a) la regulación y la ordenación de la actividad de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública; b) la regulación y la ordenación de las entidades, los servicios y los establecimientos públicos y privados que prestan servicios sociales en Cataluña; c) la regulación y la aprobación de los planes y los programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o de necesidad social; d) la intervención y el control de los sistemas de protección social complementaria privados. 2. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de voluntariado, que incluye, en todo caso, la definición de la actividad y la regulación y la promoción de las actuaciones destinadas a la solidaridad y a la acción voluntaria que se ejecuten individualmente o a través de instituciones públicas o privadas. 3. Corresponde a la Generalitat en materia de menores: a) la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal; b) la Generalitat participa en la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores. 4. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que en todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución».

de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015» (declarada inconstitucional y nula por la STC 259/2015, de 2 de diciembre de 2015), contemplaba la creación de estructuras de Estado, lo que se traducía, en primer lugar, en un proceso constituyente para elaborar una Constitución; en segundo lugar, en reglas sobre transitoriedad jurídica, y, en tercer lugar, en la tramitación de leyes relativas a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

Sin duda por su complejidad y por las evidentes dificultades jurídicas que plantea, el proceso constituyente y las reglas de transitoriedad han seguido un *iter* específico y no formalizado jurídicamente, a diferencia de las materias tributaria y de Seguridad Social, que fueron incorporadas a la Ley de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo³, de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas, aunque como meras previsiones programáticas y formuladas con suma cautela para tratar de eludir el reproche jurídico derivado de la distribución constitucional de competencias.

En efecto, resulta significativo que, pese a su carácter de pilar estructural de ese proceso de desconexión, estas reglas no hayan merecido una norma específica, sino que se hayan incluido como disposiciones adicionales en una ley con vocación de cajón de sastre, como es tradicionalmente una ley de acompañamiento. Y más significativo aún es que esas previsiones no formaran parte del proyecto de ley original⁴, sino que fueran incorporadas en enmiendas posteriores. Se trata, así pues, de preceptos diseñados y concebidos con cierta improvisación, con una finalidad esencialmente política y cuya valoración jurídica no siempre es sencilla, al adolecer de una explicación legal expresa, más allá de las declaraciones públicas de quienes los impulsan. Nótese que la exposición de motivos de la Ley 3/2015 omite cualquier referencia a esas «estructuras de Estado».

En cualquier caso, la disposición adicional vigésimo segunda de esa Ley de Cataluña 3/2015 concedía al gobierno catalán cinco meses para «aprobar un plan director de la Administración tributaria de Cataluña que debe ejecutarse en un plazo de doce meses». Dicho plan «debe constituir el instrumento de planificación estratégica de una Administración tributaria preparada para una eventual asunción de nuevas funciones y competencias tributarias; debe determinar las adaptaciones organizativas, la estructura institucional, funcional y de personal, el régimen econó-

³ BOE de 4 de abril.

⁴ Disponible en <http://www.parlament.cat/document/bopc/52556.pdf>.

mico, de contratación y patrimonial de esta Administración; debe tener en cuenta las soluciones tecnológicas, las necesidades de los sistemas de información y la colaboración social y con otras Administraciones, y debe incluir la propuesta de normativa tributaria de Cataluña».

Con carácter complementario e instrumental, las disposiciones adicionales vigésimo tercera y vigésimo cuarta encomiendan al gobierno autonómico la elaboración de «un inventario del patrimonio, activos y pasivos de las Administraciones Públicas de Cataluña y su valoración», así como de un «catálogo de infraestructuras estratégicas de Cataluña», además de «poner en funcionamiento una comisión interdepartamental que desarrolle las medidas oportunas para garantizar la continuidad del servicio y el funcionamiento de las infraestructuras estratégicas de Cataluña». En esta línea de previsión futura, la disposición adicional vigésimo sexta exigía al gobierno la presentación de un «plan director que plantee un modelo de políticas de competencia y de regulación de los sectores de la energía, de las telecomunicaciones y los sistemas de información y del transporte ferroviario, así como de un marco normativo que se inspire en las determinaciones del Derecho de la Unión Europea».

Finalmente, y ya en el ámbito de lo social, la disposición adicional vigésimo quinta concedía al gobierno catalán un plazo de cinco meses para elaborar un «anteproyecto de ley de creación de la Agencia Catalana de la Protección Social» que habría de «asumir las competencias sobre las prestaciones de protección social propias o transferidas por el Estado que en el momento de entrada en vigor de la presente Ley gestionan distintos departamentos del gobierno, además de las prestaciones o mejoras que eventualmente se decida incorporar», y que debía contemplar «una eventual asunción de las competencias que en el momento de entrada en vigor de esta Ley ejerce la Administración del Estado». Asimismo, el gobierno debía confeccionar un «plan director de la protección social», que se convertiría en el «instrumento de planificación estratégica del futuro modelo de gestión de las prestaciones sociales en Cataluña».

Conviene tener presente que estas previsiones fueron objeto de dictamen del órgano consultivo de la Generalitat de Cataluña, el Consell de Garanties Estatutàries⁵. Ese dictamen, tras delimitar el ámbito competencial que corresponde al Estado y a la Generalitat de Cataluña a partir de los arts. 148.1.20 y 149.1.17 CE, y de los arts. 165 y 166 del Estatuto de Auto-

⁵ Dictamen 3/2015, de 26 de febrero, sobre el proyecto de ley de medidas fiscales, financieras y administrativas (<https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20150619100543-2.pdf>).

nomía de Cataluña, concluía que la creación de la agencia no invadía competencias estatales, pues la Ley no contemplaba atribuciones novedosas, sino un nuevo entramado administrativo para gestionar las competencias que ya correspondían a la Generalitat, amén de las que en el futuro pudiera asumir. No obstante, sugería un cambio de denominación para evitar confusiones sobre la «esfera competencial de ambas Administraciones», por cuanto en la enmienda original se proponía el nombre de «Agencia Catalana de la Seguridad Social» y no el que finalmente recogió la Ley («Agencia Catalana de la Protección Social»), mucho más respetuoso con el reparto competencial y menos confuso, pues, como es sabido, la expresión «protección social» engloba tanto la Seguridad Social como la asistencia social⁶.

III. LA STC 128/2016 (I): ARGUMENTOS DE LAS PARTES

La Abogacía del Estado, en el planteamiento del recurso de inconstitucionalidad, cuestiona el llamado proceso de desconexión, criticando la forma de proceder de las instituciones catalanas, que evitan referencias legales concretas a ese proceso para eludir el control judicial. En opinión de la Abogacía del Estado, el contenido de las disposiciones adicionales de la Ley 3/2015 mencionadas en el epígrafe precedente «es evidentemente inconstitucional al atribuirse funciones de planificación y de promoción legislativa en materias que exceden de su competencia y que se integran materialmente en un proceso de reforma constitucional por la vía de hecho, pero, en un intento de dificultar su control, omiten referencia alguna al proceso de transición nacional en la exposición de motivos, aunque así se expuso en la tramitación parlamentaria y buena constancia de ello es el informe emitido por el Consejo de Garantías Estatutarias sobre las disposiciones ahora impugnadas».

En relación específicamente con la Agencia Catalana de la Protección Social, la Abogacía del Estado no considera inconstitucional la creación misma de dicha agencia, sino la previsión legal autonómica sobre una futura asunción de competencias en materia de Seguridad Social. El recurso entiende que la Ley catalana 3/2015 debe interpretarse tomando en consideración el informe número 15 del Consejo Asesor para la Transi-

⁶ Vid. E. ROJO TORRECILLA, «La protección social y las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Notas a la Sentencia del TC de 7 de julio sobre la Ley 3/2015 de medidas fiscales, administrativas y financieras. Sobre la agencia catalana de protección social (I, II y III)», en http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016_07_01_archive.html.

ción Nacional titulado «La Seguridad Social catalana»⁷, que precisamente aboga por la instauración de un sistema propio de Seguridad Social para Cataluña. Por consiguiente, la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley 3/2015 sería inconstitucional porque implícitamente presupone que la nueva agencia dispondrá de competencias en materia de Seguridad Social.

En cambio, la Generalitat de Cataluña defiende que el recurso cuenta con un carácter preventivo, pues la norma impugnada no contempla la atribución de ninguna competencia exclusiva ni tampoco la adopción de decisiones unilaterales que violenten el marco constitucional. En este sentido, se parte de la premisa de que la Generalitat ya dispone de competencias en materia de protección social, tanto en lo que se refiere a asistencia social como en lo tocante a Seguridad Social, y que desde luego puede organizar sus recursos administrativos de la forma que considere más adecuada para aumentar su eficacia. Además, el hecho de contemplar un hipotético incremento de las competencias no permite presuponer que la forma de atribución será necesariamente contraria al ordenamiento, pues la citada disposición adicional vigésimo quinta «ni da unilateralmente eficacia a esa transferencia, delegación o atribución ni la contempla como un hecho cierto, sino simplemente como una futura eventualidad que, por tanto, en modo alguno altera, menoscaba ni afecta a las competencias del Estado». En esa coyuntura, la Generalitat entiende que no cabe declarar la inconstitucionalidad de una norma a partir de presunciones sobre cómo se desarrollarán los acontecimientos en el futuro.

Los letrados del Parlamento de Cataluña recurren a similares argumentos y añaden, asimismo, que las competencias futuras que en su caso pudieran ser asumidas por la Generalitat podrían atribuirse a partir del procedimiento ordinario o regular previsto por la propia CE en su art. 150.2, que permite al Estado «transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación».

IV. LA STC 128/2016 (II): LA POSICIÓN DEL TC

A diferencia de lo acontecido en la STC 259/2015 ya citada, el TC no ha de pronunciarse sobre una declaración esencialmente política, sino

⁷ Disponible en castellano en http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits_actuacio/consells_assessors/catn/informes/inf_15_castella.pdf.

sobre el contenido de una norma y su adecuación a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas previsto en los arts. 148 y 149 CE. Por ello, el fundamento jurídico 9.º de la Sentencia, encargado de valorar la constitucionalidad de la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley catalana 3/2015, comienza advirtiendo que el precepto determinante para ofrecer una solución al dilema planteado es el art. 149.1.17 CE.

Partiendo de esas premisas, la sentencia reconoce las legítimas competencias que la Generalitat de Cataluña puede ejercer en materia de protección social, expresión que engloba, como se dijo, tanto la Seguridad Social como la asistencia social. Esas competencias «habilitan a la Generalitat para dotarse, en ejercicio de las que ostenta para organizar su Administración, con esta Agencia Catalana de la Protección Social, a cuyo efecto se ha encargado al gobierno la preparación del correspondiente anteproyecto de ley», sin que esa forma de proceder «merezca reproche ni muestre siquiera indicio de inconstitucionalidad».

En cambio, el TC muestra más reticencias respecto de la previsión legal contenida en el apartado 2 de esa disposición adicional vigésimo quinta de la Ley 3/2015 cuando exige que la estructura de la agencia contemple «una eventual asunción de las competencias que en el momento de entrada en vigor de esta ley ejerce la Administración del Estado». En este sentido, la sentencia considera inconstitucional esa norma si se interpreta como «una afirmación competencial, por parte del Parlamento, sobre ámbitos respecto de los que la Comunidad Autónoma no ostenta poder alguno y en relación a los cuales no puede impartir —tampoco en el plano organizativo— encomienda o encargo de ningún género, por más que sea claro que la organización de los servicios o agencias de la Administración autonómica sólo compete a la Generalitat en tanto que esa organización se aplique o proyecte sobre competencias propias, competencias que aquí, sin embargo, se reconocerían como ajenas». La inconstitucionalidad es producto de que las «competencias ajenas pueden ser vulneradas o invadidas tanto por vaciamiento o menoscabo como por “perturbación” (por todas, STC 162/2013, de 26 de septiembre, FJ 6.º), y no parece discutible que las del Estado quedarían aquí, de interpretarse así el precepto, cuando menos perturbadas y en entredicho, por obra de una disposición legal que ordenaría configurar una entidad administrativa para el potencial ejercicio de competencias que no corresponden a la Comunidad Autónoma. Pero no ya potencial, sino en acto cierto, sería la afirmación competencial que aquí habría hecho, sin título alguno para ello, el Parlamento de Cataluña».

El Tribunal se remite en este punto a doctrina previa para advertir que no es posible para una Administración o un Parlamento «hacer una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias (STC 76/1983, FJ 4.º)», ni tampoco «una interpretación que condicione para el futuro las competencias ostentadas por las restantes instituciones generales y autonómicas del Estado, pues tanto en un caso como en otro —concluyó el Tribunal— se estarían subrogando en el ejercicio del poder constituyente, sin contar con una expresa previsión constitucional o estatutaria».

Ahora bien, el TC entiende que el precepto en sí mismo no es inconstitucional, sino solamente esa interpretación del mismo. En cambio, la misma estructura organizativa concebida tomando en cuenta hipotéticas necesidades futuras resultaría compatible con el art. 149.1.17 CE si se refiriese «no tanto a competencias que sean, hoy, de titularidad estatal (supuesto en que la norma, ya se ha dicho, sería inconstitucional sin más), sino al eventual ejercicio por la Administración del Estado, al tiempo de adoptarse esta disposición legal, de algunas funciones en el ámbito de las prestaciones sociales que podrían, sin embargo, reconducirse a las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma, una vez que se proveyera, por ejemplo, a los correspondientes trasposos de servicios». Una interpretación de esa índole resulta plenamente aceptable, pues la estructura de la Agencia Catalana de la Protección Social podría organizarse «en atención a una eventual asunción de funciones que la Comunidad Autónoma, si así fuera, aún no ejercería en plenitud, pero que se corresponderían, sin embargo, con competencias que la Generalitat sí ostenta positivamente conforme al Estatuto de Autonomía de Cataluña. Siendo posible, sin forzar los términos del precepto, este entendimiento del mismo conforme a la Constitución, no procede declarar su inconstitucionalidad, aunque sí disponer en el fallo que ésta y no otra es la interpretación que así permite el mantenimiento de la ley en este extremo».

Finalmente, y en relación con la elaboración de un «plan director de la protección social», la argumentación del TC se mueve en la misma línea, admitiendo ese instrumento en tanto se vincule a competencias propias de la Generalitat, pero no como parte integrante de la «planificación estratégica del futuro modelo de gestión de las prestaciones sociales en Cataluña», pues dicho modelo, en lo referente a Seguridad Social, es competencia exclusiva del Estado, por formar parte de la legislación básica en esa materia. Ahora bien, la norma sería plenamente compatible con la Constitución si esas competencias se ejercen exclusivamente en el ámbito de las

prestaciones de asistencia social y no suponen, por tanto, una afirmación de competencias de Seguridad Social.

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El análisis jurídico es, sin duda, un proceso de carácter técnico que no debería verse alterado o condicionado decisivamente por aspectos ideológicos. Obviamente, la interpretación jurídica no puede prescindir completamente de una dosis de subjetividad, pues el ser humano, como sujeto, no puede desprenderse de sus valores, principios y creencias, que incuestionablemente le condicionan. No obstante, la valoración jurídica ha de prescindir de apriorismos ideológicos, que no pueden predeterminar el resultado. Ese es un proceso, el de exégesis jurídica, que ha de centrarse en las circunstancias del caso y en la aplicación de las pertinentes reglas que proporciona el ordenamiento «con independencia de la propia manera de pensar o de sentir» del juez, si se quiere recurrir a la definición de «objetivo» proporcionada por el *DRAE*, y desde luego siempre con imparcialidad, entendida como «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud», también en atención al *DRAE*.

Sin embargo, en ciertos asuntos de trasfondo muy político o ideológico (*v. gr.*, aborto, matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.) se aprecia una tendencia cada vez más acusada a enmascarar la opinión personal o las creencias propias en un pretendido análisis jurídico, dando lugar a interpretaciones doctrinales y a sentencias judiciales contradictorias basadas en argumentos totalmente incompatibles. Ese es un riesgo que sin lugar a dudas está presente en el llamado proceso de desconexión entre Cataluña y España, donde lo político y lo jurídico, y los deseos y la realidad, se entremezclan de tal manera que en ocasiones resulta muy complejo desenmarañar actos, actitudes, deseos y pensamientos.

Como punto de partida, seguramente conviene extrapolar desde el Derecho penal a prácticamente cualquier otro contexto el conocido aforismo latino, atribuido a Ulpiano, *cogitationis poenam nemo patitur*, pues en un Estado de Derecho nadie debería ser condenado exclusivamente por su pensamiento. Desde esta perspectiva, las meras aspiraciones políticas de que Cataluña se convierta en Estado independiente no pueden ser objeto de enjuiciamiento ni de declaración de inconstitucionalidad. Serán los actos concretos los que, en su caso, hayan de merecer el reproche jurídico.

Por supuesto, la creación de una Agencia Catalana de la Protección Social es un acto concreto, y sin duda susceptible de valoración técnica, pero la impugnación de la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley de Cataluña 3/2015 difícilmente podría haber concluido con una declaración de inconstitucionalidad, porque el parámetro de enjuiciamiento es el art. 149.1.17 CE y la norma autonómica no atribuye ninguna competencia a la Administración catalana, por lo que difícilmente se puede violentar ese precepto constitucional. A la postre, la Generalitat ya había creado muchos años antes un ente administrativo que venía ejerciendo las competencias propias en esta materia, el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, de modo que la sustitución de un organismo por otro podría resultar indiferente desde la perspectiva del reparto de competencias.

La STC 128/2016 se decanta por adoptar la forma de sentencia interpretativa, condicionando hacia el futuro la exégesis de ese precepto autonómico, y es probable que haya pecado en este punto de preventiva, pues, por más que la intención de los promotores parece evidente, la disposición adicional vigésimo quinta de esa Ley 3/2015 no contiene, en ninguno de sus pasajes, regla que invada las prerrogativas del Estado. Es cierto que esta disposición exige que la «estructura de la agencia debe prever una eventual asunción de las competencias que en el momento de entrada en vigor de esta ley ejerce la Administración del Estado», pero ese mandato al gobierno autonómico tiene un carácter meramente programático que no cuestiona el reparto de competencias ni incita al incumplimiento constitucional. Y en parecidos términos cabe valorar el «instrumento de planificación estratégica del futuro modelo de gestión de las prestaciones sociales en Cataluña».

Conviene insistir en que la intencionalidad de los promotores es clara, pero también que esa disposición adicional vigésimo quinta por sí misma carece de virtualidad jurídica (es más, los plazos se consumieron sin que el mandato fuera respetado por el gobierno catalán) y no perturba competencias estatales (que han seguido ejercitándose con total normalidad), de modo que el reproche jurídico no estaría sustentado en la literalidad de esa norma, sino en los resultados futuros del mandato. El TC pretende así anticiparse a una hipotética actuación irregular del gobierno o del Parlamento catalán estableciendo *a priori* los límites de su actuación, pero esa naturaleza preventiva, aunque comprensible en el contexto actual, se antoja innecesaria e inadecuada, porque los escenarios futuros son múltiples e inciertos, y la labor del TC no consiste en plantearse todos esos

escenarios e ilustrar al legislador futuro sobre cuáles serían admisibles y cuáles no.

La STC 128/2016 habría de atender a la *voluntas legis* y no a la *voluntas legislatoris*, y por ello debiera haberse limitado a un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la previsión legal autonómica que permite crear —pero no crea todavía— una Agencia Catalana de la Protección Social. Y ese precepto es irreprochable desde una perspectiva constitucional en tanto no se atribuyan competencias distintas a las que ya puede ejercer la Generalitat de Cataluña. La valoración del TC debería haber concluido en ese punto y esperar hasta que fuera aprobada —si finalmente lo es— la ley autonómica pertinente, momento en el que, a la vista de la opción por la que se decantase la Generalitat, debería ofrecer una interpretación basada en la realidad y no en hipótesis de futuro. En suma, no es necesario, y en cierto modo parece un exceso, que el TC se decante por la opción de una sentencia interpretativa en relación con una disposición meramente programática que en ningún momento contempla la apropiación de competencias de manera unilateral o por vías irregulares ni incita a incumplimiento alguno, sino que se limita a ordenar la elaboración de un anteproyecto de ley cuyo contenido podría ser perfectamente compatible con la CE. Desde luego, el TC se vería completamente desbordado si tuviera que pronunciarse sobre el contenido posible y viable de los futuros anteproyectos de ley —cualquiera que fuera la materia— antes incluso de ser concebidos y a partir de reglas genéricas que permiten toda opción interpretativa.

En fin, conviene tener en cuenta que la norma de creación de esa Agencia Catalana de la Protección Social ya está siendo tramitada en el Parlamento de Cataluña⁸. Ésa habría de ser la norma impugnada, en su caso, una vez que se apruebe, y a buen seguro si ello sucede el TC reiterará la doctrina. En cualquier caso, y dado el tenor del texto propuesto, no procederá una declaración de inconstitucionalidad, por cuanto en su redacción se precisa en todo momento que dicha agencia ejercerá las funciones pertinentes en el marco de las competencias actuales o futuras que tenga atribuidas en la materia la Generalitat de Cataluña, en una formulación similar a la que utilizan leyes de cualquier otra Comunidad Autónoma. Por consiguiente, parece que finalmente esa norma no atribuirá competencias adicionales a la Generalitat, que puede crear nuevos entes

⁸ Disponible en <http://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap/index.html?STRUTSANHOR1=detallExpeditent.do&criteri=202-00034/11&ad=1>.

gracias a su capacidad de autoorganización administrativa. Quizá en el contexto vigente no resulta ocioso que el TC recuerde que una norma no puede ser interpretada de tal modo que suponga una invasión de competencias ajenas, pero tanto esa declaración como la propia impugnación tienen mucho más de advertencia y de prevención que de reproche jurídico. El TC debería valorar la norma por su contenido real y no por el que se presume, se sospecha o se imagina que sus promotores querrían haber incorporado.

