

REFLEXIONS SOBRE L'EXERCICI DE LA POTESTAT ORGANITZATÒRIA EN L'ÀMBIT DE LES PERSONIFICACIONS INSTRUMENTALS: ANÀLISI DE L'APLICACIÓ DE LA LLEI 4/1985, DE 29 DE MARÇ, DE L'ESTATUT DE L'EMPRESA PÚBLICA CATALANA

Mercè Darnaculleta i Gardella

Becària d'investigació (FPI-MEC) de la Universitat de Girona

I. Reflexions preliminars sobre l'articulació de la Llei i el reglament en l'àmbit de les personificacions instrumentals

Tradicionalment s'ha considerat que l'Administració pot configurar la seva pròpia estructura amb un marge molt ampli de llibertat, sense veure's limitada en l'exercici d'aquesta activitat per la intervenció del Parlament. Aquesta concepció es correspon amb l'existència de nombrosos reglaments que tenen per objecte exclusiu la regulació dels aspectes orgànics necessaris per posar en funcionament un òrgan o ens administratiu i que no responen, en la seva relació amb la llei, als esquemes clàssics d'execució o desenvolupament. Les peculiars característiques dels reglaments dictats en exercici de la potestat organitzatòria han estat objecte de diverses explicacions.¹ La línia argumental que ha tingut més èxit entre nosaltres és la que considera l'organització com una potestat domèstica inherent a l'executiu. En aquesta concepció es barreja la influència de la doctrina francesa, que intenta trobar un àmbit «autònom» del reglament, i l'alemanya, que nega el caràcter jurídic de les normes que no tenen efectes *ad extra*. Com a conseqüència de l'assimilació conjunta d'aquestes tradicions, sorgeix la identificació entre reglaments independents o autònoms (en la seva relació amb la llei) i reglaments organitzatius (qualificats d'administratius o no jurídics, pels seus efectes), que és sostinguda encara, si bé amb matisos, per una part de la doctrina.²

La potestat organitzatòria, com a camp propi d'uns reglaments amb característiques peculiars en la seva relació amb la llei, no serà analitzada en aquest treball en tota la seva extensió sinó solament pel fet que permet estructurar i posar en funcio-

1. Quan aquests reglaments són dictats per entitats locals s'ha vinculat l'exercici de la potestat reglamentària en matèria organitzativa al reconeixement constitucional de la seva autonomia. Com posa de manifest J. M. Baño León, des de sempre la doctrina ha considerat que l'autoorganització és la «mesura necessària i mínima» de qualsevol forma d'autonomia. J. M. Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.

2. E. García de Enterría i T. R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, vol I, Civitas, Madrid, 1990, pàg. 226. Com tindrem ocasió de comentar amb més precisió, aquests autors no accepten el caràcter no jurídic que es predicava d'aquesta mena de reglaments en la seva concepció originària.

nament entitats dotades de personalitat jurídica pròpia que, depenent de la seva naturalesa, se sotmeten a règims jurídics diversos. Per fer-nos una idea de com han de ser les relacions entre la llei i el reglament en aquest cas, cal esbrinar a qui correspon la decisió de crear, al costat d'una organització departamental, persones jurídiques dependents d'una administració matriu.

Una aproximació a aquest tema s'ha d'enquadrar necessàriament en el paper que atorga la Constitució als poders públics, tenint en compte que el joc de relacions entre el legislatiu i el binomi Govern-Administració afecta en dos sentits el nostre treball. D'una banda, cal tenir en compte que el protagonisme que adquireix l'executiu amb l'adveniment de l'Estat social ha conduït a un sobredimensionament de l'organització administrativa i a l'adopció de nous models organitzatius, amb l'objectiu de donar una major satisfacció a l'interès general. La creació d'ens amb personalitat jurídica pròpia inserits en l'estructura administrativa és una tècnica que ha donat molt de joc per servir aquesta finalitat, no sols en el camp de la denominada descentralització funcional sinó també, en general, en l'àmbit de la intervenció de l'Administració en l'activitat econòmica. Paral·lelament, el mateix fenomen d'augment de la importància relativa del binomi Govern-Administració respecte al Parlament ha propiciat una relectura de l'explicació tradicional de les relacions entre la llei i el reglament. Aquesta revisió, que en general explica la rellevància quantitativa i qualitativa del reglament en detriment de les normes de producció parlamentària, no serveix per consolidar la tesi de la llibertat de l'Administració en la configuració de la seva organització. Almenys no en els termes tradicionals, en què organització i reglaments independents es conceben com una mena de relació d'equivalència. La Constitució reclama una cert grau d'intervenció de la llei en la configuració de l'organització administrativa, recuperant a favor d'aquesta un sector material que *de facto* li havia estat sostret.

El treball que presentem s'inicia amb una exposició succinta del sentit de relacions llei-reglament en el camp de l'organització, per entrar a analitzar la plasmació en el sector d'aquesta (el de les denominades personificacions instrumentals)³ que millor reflecteix la transformació operada en el si de l'Administració com a conseqüència de l'assumpció progressiva de noves tasques. La vinculació que es porta a terme entre l'anàlisi d'aquest fenomen i la tècnica de les personificacions instrumentals no es presenta com una relació causa-efecte, sinó com una mera delimitació de l'objecte d'estudi. Malgrat això pot ser interessant reflexionar sobre la major exigibilitat de la reserva de llei en l'exercici de la potestat organitzatòria quan aquesta pot tenir com a conseqüència la dissolució de responsabilitats i l'aplicació del dret privat en sectors amplis de l'activitat administrativa, amb la consegüent pèrdua de les garanties que es troben en la gènesi del dret administratiu. Tenint en compte que aquestes reflexions són vàlides tant per a l'Administració estatal

3. Emprem en aquesta presentació la terminologia encunyada per Santamaría Pastor (malgrat que no sigui la que ha tingut més acceptació per part de la doctrina) per simplificar la denominació de la realitat que analitzarem, amb una precisió prèvia: l'objecte d'aquest estudi es limita a les personificacions instrumentals de caràcter fundacional, excoent-ne expressament les personificacions de caràcter corporatiu. Vegeu sobre això Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pàg. 1197 i seg.

com per a les administracions autonòmiques, farem especial referència a la plasmació del fenomen a Catalunya i analitzarem determinats preceptes de l'Estatut de l'empresa pública catalana, com també algunes normes de creació d'entitats amb personalitat jurídica pròpia de diversa naturalesa.

II. El sentit originari de la terminologia actual. Diverses explicacions per a una mateixa realitat

Els conceptes de reglament independent i reglament d'organització, que sovint s'han emprat per explicar una mateixa realitat,⁴ responen a criteris classificatoris diferents. Els reglaments són qualificats d'independents, *praeter legem* o autònoms, en contraposició als executius o *secundum legem*, per descriure la seva relació amb la llei; mentre que poden ser qualificats com a administratius o d'organització, en contraposició als jurídics o normatius, segons si afecten o no l'esfera jurídica dels particulars.

Aquesta segona classificació, que comporta la negació del caràcter jurídic dels reglaments que regulen l'organització administrativa, té origen en el concepte de llei que es generalitza a Alemanya fonamentalment a partir de la construcció de Paul Laband i Georg Jellinek.⁵ Ambdós autors intenten definir un àmbit material d'actuació de la llei (amb la qual cosa delimiten també l'àmbit propi d'actuació del Parlament) i per fer-ho proposen la distinció entre llei formal i llei material. Es parteix d'una determinada concepció del dret, segons la qual aquest té per finalitat regular les relacions entre els individus, fixant els drets i obligacions respectius. Aquesta regulació s'expressa mitjançant proposicions jurídiques. Quan el Parlament dicta una llei que conté proposicions jurídiques (mandats que incideixen en l'esfera jurídica dels particulars) estem davant una llei material; quan, en canvi, el mandat emès pel Parlament no té aquesta finalitat, estem davant una llei formal.⁶ L'àmbit d'actuació del reglament en un o altre camp dóna lloc a la distinció entre reglaments jurídics i administratius.

Els reglaments jurídics són aquells que contenen proposicions jurídiques. Per aquest motiu, per poder ser dictats necessiten una habilitació legal prèvia que defineixi el seu camp d'actuació. Els reglaments administratius, en canvi, en no

4. La realitat a què al·ludim es resumeix en la utilització de la potestat reglamentària per modificar l'estructura organitzativa de l'Administració, sense que hi hagi una llei que ho autoritzi o prevegi prèviament.

5. Aquesta tesi originària és revisada per la pròpia doctrina alemanya amb motiu de la seva adaptació als principis de la Llei fonamental de Bonn. Sobre el reconeixement de l'eficàcia jurídica dels reglaments administratius es pot veure, entre d'altres, R. García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pàg. 75.

6. Com posa de manifest Santamaría Pastor, si bé la construcció d'aquests dos autors és la més generalitzada, els conceptes de llei material i llei formal no tenen un significat unívoc. Juntament amb la tesi «clàssica» proposada per Laband i Jellinek, conviuen almenys dues altres línies teòriques: la representada per G. Anschütz, que identifica la llei material amb les proposicions jurídiques que afecten la llibertat i la propietat dels individus; i la representada per G. Meyer, que entén que la llei material es defineix per la seva generalitat, de manera que les decisions particulars emeses pel Parlament seran lleis formals. Vegeu *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., pàg. 521.

afectar l'esfera jurídica dels particulars, no es consideren normes jurídiques, de manera que poden ser dictats sense necessitat d'habilitació legal, i fins i tot sense que hi hagi una llei prèvia. Aquest esquema es completa amb la teoria de les reserves de llei. L'exigència que determinades matèries hagin de ser necessàriament regulades per la llei dóna lloc al denominat principi de reserva de llei, que esdevé la peça clau en el repartiment dels camps materials entre la llei i el reglament.

Partint de la inexistència d'una norma constitucional que portés a terme aquest repartiment, va sorgir la teoria de les relacions especials de subjecció⁷ i la categoria dels reglaments d'organització.

En relació amb aquests darrers, s'ha mantingut que els reglaments de caràcter orgànic, precisament perquè només afecten l'àmbit intern o domèstic de l'Administració, són els reglaments administratius per excel·lència. D'aquesta manera s'explica l'existència d'uns reglaments «diferents»: reglaments que poden existir sense la necessitat prèvia d'una llei.

Aquesta realitat, contemplada des del primer criteri classificatori esmentat,⁸ s'explica a partir de la catalogació entre reglaments executius, reglaments independents i reglaments de necessitat, elaborada per Lorenz von Stein. Exclosa des de ben aviat l'admissió dels reglaments de necessitat,⁹ en el nostre entorn ha tingut una gran acceptació la distinció entre els reglaments *secundum legem* o executius, i els reglaments *praeter legem* o independents. La relació entre llei i reglament en el cas dels reglaments *secundum legem* o executius respon a un dels postulats més clàssics de l'Estat liberal, segons el qual el Parlament regula, mitjançant llei, una determinada matèria, deixant que el reglament estableixi les normes necessàries per a la seva execució.¹⁰ Els reglaments *praeter legem* o independents, segons el sentit que se'ls ha donat a Espanya, són aquells dictats pel Govern o l'Administració en matèries no regulades per les lleis i sense autorització o remissió prèvia per part d'aquestes. L'existència i proliferació d'aquesta classe de reglaments es contradiu

7. Sobre aquesta teoria, la seva aplicació jurisprudencial i els principals problemes que presenta es pot veure la monografia citada de R. García Macho, com també I. Lasagabaster, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994, o M. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

8. És a dir, des de la perspectiva de la relació entre la llei i el reglament.

9. Amb un intent de revitalitzar el principi monàrquic, von Stein justifica els reglaments *contra legem* o de necessitat i els defineix pel fet de ser dictats en circumstàncies excepcionals (que permeten una suspensió transitòria del principi de supremacia de la llei i una concentració de potestats normatives en mans de l'executiu) i entrar en contradicció amb les lleis vigents.

10. L'evolució de les relacions entre el poder legislatiu i l'executiu acaba convertint aquesta forma de col·laboració simple entre llei i reglament en una excepció, al temps que s'imposen noves modalitats de col·laboració que es caracteritzen per un creixement del grau de cessió de l'espai normatiu de la llei en favor del reglament. Aquest fet no ha impedit que es mantingui el concepte de reglament executiu, si bé aquesta denominació abasta el que Gallego Anabitarte qualifica com a reglaments per a l'execució i aplicació de la llei i reglaments de desplegament i complement de la llei. Vegeu Gallego Anabitarte i A. Menéndez Rexach, «Las funciones del Gobierno: comentario al artículo 97 CE», a *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución española de 1978* (dir. Ó. Alzaga), tom VIII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985. D'altra banda, s'han introduït nocions noves que intenten explicar el fenomen de la proliferació de reglaments *materialment* independents, dictats en virtut d'una habilitació legal prèvia; es tracta de la deslegalització de matèries, altrament denominada remissió en blanc al reglament, que es produeix quan una llei deixa en les mans del que s'anomena reglament delegat la regulació completa d'un determinat àmbit material.

amb l'escassa fonamentació de què gaudeixen, tenint en compte que sorgeixen en un context en què els esforços dogmàtics tendeixen a reforçar la supremacia de la llei.

A França¹¹ la doctrina qualifica d'autònoms els reglaments dictats per l'executiu, en ús de la potestat reglamentària general que li atribueix la Constitució, sense habilitació legal, i que tenen per objecte una matèria no regulada prèviament per una llei. Els reglaments autònoms són vàlids en l'exercici de l'activitat de policia i en la creació i règim de funcionament dels organismes i serveis públics.

Reprenent el fil argumental amb què hem iniciat el paràgraf, veiem com dues concepcions que parteixen de diferents llocs convergeixen en l'acceptació que l'organització administrativa pugui ser regulada per reglaments sense necessitat que hi hagi una llei prèvia. L'acceptació que l'organització administrativa constitueix un àmbit propi de l'Administració suposa configurar en aquest camp una reserva d'Administració.¹²

III. La potestat organitzatòria de l'Administració a la llum de l'article 103.2 de la Constitució

Segons l'article 103.2 de la Constitució, «Els òrgans de l'Administració de l'Estat són creats, regits i coordinats d'acord amb la llei». El tenor d'aquest precepte ens planteja dues qüestions per determinar el seu àmbit d'aplicació i el paper que pot jugar el reglament en l'organització administrativa.

La qüestió relativa a l'àmbit d'aplicació de l'article 103.2 CE es desglossa en diversos punts de reflexió:

a) Podem preguntar-nos si l'expressió relativa als òrgans de l'Administració inclou el Govern. Això ens pot conduir a la necessitat de fixar una línia divisòria que separi, en el pla organitzatiu, el Govern de l'Administració.¹³ Aquesta qüestió, però, esdevé estèril als efectes d'aquest treball, amb la qual cosa la deixem simplement apuntada.¹⁴

11. Fem referència a l'experiència d'aquest país, ja que és l'únic que ens ofereix una anàlisi de l'aparició i desenvolupament d'aquesta categoria de reglaments. Vid. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, IV, París, 1924, pàg. 727 i seg.

12. Aquest extrem comportaria acceptar no només que el reglament pot regular aquesta matèria sense necessitat que una llei prèvia l'habiliti sinó que, precisament, la llei no pot portar a terme aquesta regulació.

13. Atesa la distinció funcional clara que estableix respecte a l'un i l'altre el títol IV de la Carta Magna. En aquest sentit, es poden tenir en compte les reflexions de Gallego Anabitarte i Menéndez Rexach al ja citat comentari a l'article 97 CE (pàg. 37 i seg.) i de J. Barcelona Llop, «Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)», a *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

14. En contra de la tradicional caracterització de l'Executiu, en què el Govern es configura com a vèrtex de la piràmide organitzativa de l'Administració, Gallego Anabitarte i Menéndez Rexach afirmen que una aproximació orgànica a l'article 97 CE ens permet distingir el Govern de l'Administració. La separació d'ambdues realitats portaria aparellada l'aplicació de l'article 103 CE només a aques-

b) La literalitat de l'expressió «òrgans de l'Administració de l'Estat» que conté l'article 13.2, com també la seva ubicació al títol quart, titulat «del Govern i de l'Administració», no es consideren obstacles per entendre'l aplicable a l'Administració de les comunitats autònomes. De fet és pacífica l'aplicabilitat a aquestes de tots els preceptes constitucionals al·lusius a l'Administració pública, tenint en compte la concepció àmplia d'Estat que empra la Constitució.¹⁵

c) Finalment, ens podem preguntar si la referència als òrgans de l'Administració exclou de l'aplicació de l'article 103.2 la creació de personificacions instrumentals. La resposta necessàriament ha de ser negativa, tenint en compte que s'està pensant en l'Administració pública *in totum*, sense entrar en el detall de la diversitat de formes jurídiques que adopta com a complex organitzatiu destinat al compliment de les diverses funcions que l'imposa la satisfacció de l'interès general.¹⁶

Queda clar, doncs, que dins l'àmbit orgànic de l'article 103.2 CE, tant dins l'Administració estatal com l'autonòmica, les personificacions instrumentals es troben incloses. Resta ara esbrinar com s'articula la relació entre la llei i el reglament sobre la base d'aquest precepte. La solució depèn en part de la concepció prèvia que es tingui sobre el principi de legalitat, l'àmbit propi de la llei i l'origen de la potestat reglamentària. En relació amb aquests pressupòsits previs podem distingir tres grans línies argumentals:¹⁷

a) Un sector doctrinal, encapçalat per García de Enterría,¹⁸ sosté que:

ta darrera. J. Barcelona Llop, partint inicialment d'un raonament semblant (la distinció constitucional entre Govern i Administració), arriba a la conclusió contrària (la consideració del Govern com a òrgan de l'Administració). Per a aquest autor la dada determinant en aquest sentit és l'aplicació del dret administratiu al Govern.

15. Sobre l'aplicació d'aquest precepte a les comunitats autònomes, T. Font i Llovet, «La Administració institucional de las comunidades autónomas: Notas sobre la Generalidad de Catalunya», RAP, núm. 93, pàg. 328; M. Álvarez Rico, *Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas*, Instituto de Estudios de Administración Local, col. «Estudios de Derecho Público», Madrid, 1986, pàg. 35 i 36. No és del mateix parer J. Barcelona Llop, que considera que l'esmentada extensió dels preceptes constitucionals relatius a l'Administració a les comunitats autònomes es produeix sobre la base de la seva connexió amb l'article 149.1.18, atès que configuren un determinat model d'Administració pública. Segons aquest autor, el fet que els òrgans de l'Administració hagin de ser creats, regits i coordinats d'acord amb la llei no té cap incidència sobre la configuració d'aquest model, i menys encara tenint en compte que aquesta expressió no implica l'establiment d'una reserva de llei (*op. cit.*, pàg. 2360).

16. L'article 103.2 es refereix a l'Administració com a organització; d'aquí la terminologia emprada. Però per si aquest argument no resultés suficient, podem recollir les reflexions de M. Bassols i Coma, que a «Diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», RAP, núm. 88, 1989, pàg. 124 i 127, entén aplicable l'article 103.2 CE a la configuració del que ell refereix amb la denominació d'Administració institucional i sector públic econòmic, com a imperatiu de l'Estat social i democràtic de dret. Amb aquesta afirmació s'està pensant precisament en les majors repercussions jurídiques que té la utilització de les personificacions instrumentals en l'organització administrativa en relació amb la relativa inoqüitat que comporta la creació, supressió o modificació d'òrgans.

17. En aquest punt se segueix la sistematització proposada per C. Viver i Pi-Sunyer, «La part final de les lleis», a GRETEL: *La forma de les lleis*, Bosch, Barcelona, 1986, pàg. 159, degudament adaptada als propòsits d'aquest treball. Aquest autor porta a terme una agrupació de les diverses posicions doctrinals en relació amb la necessitat o no d'habilitació parlamentària per dictar reglaments.

18. García de Enterría, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, pàg. 214.

- Existeix una mena de reserva material general de llei, o reserva implícita, que afecta totes les matèries relatives a la llibertat i la propietat dels ciutadans.¹⁹
- Des del punt de vista de la relació entre llei i reglament, es concep la reserva de llei en els termes definits per la doctrina alemanya, de manera que, en les matèries reservades, sempre cal una habilitació parlamentària perquè el Govern pugui dictar un reglament.
- Prèvia habilitació legal, el Govern pot dictar reglaments per a l'execució, desplegament o complement de la llei.²⁰
- En no existir, paral·lelament a la reserva de llei, una reserva de reglament, el Govern no pot dictar reglaments independents. L'única excepció és la relativa a l'àmbit material organitzatiu, al qual s'afegeixen determinats supòsits de relacions de supremacia especial.²¹

b) Gallego Anabitarte²² sosté una tesi oposada:

- La Constitució estableix, mitjançant un complicat esquema de formes i continguts diversos, un seguit de matèries que han de ser regulades mitjançant una disposició amb rang de llei,²³ amb la qual cosa es dissenya una amalgama de reserves de llei, però no, de manera implícita, una reserva general.
- El Govern, en aquells àmbits materials en els quals pot entrar el reglament i fins i tot en matèries reservades, no necessita cap habilitació parlamentària prèvia per dictar un reglament, ja que la potestat reglamentària és originària i no deriva de la llei.

L'abast de la potestat reglamentària depèn de la intensitat de la reserva. En l'àmbit dels drets i deures del cap. II, títol I CE, no poden dictar-se reglaments de desplegament ni tan sols si la llei ho habilita expressament,²⁴ però sí que es permeten

19. Pel que fa a nosaltres, aquests autors entenen que hi ha una reserva de llei en tot allò que no és mera organització interna de l'Administració.

20. L'acceptació d'aquesta possibilitat, sense entrar a matisar la intensitat de les reserves concretes establertes a la Constitució, converteix la reserva de llei en una dada formal, ja que es posa l'accent només en el fet que la llei faci la regulació de les matèries reservades.

21. Aquesta concepció de la reserva de llei i la delimitació dels reglaments independents en l'àmbit de l'organització administrativa, si bé té un anclatge molt clar en la distinció sostinguda per la doctrina alemanya entre reglament jurídic i administratiu (en la versió d'Anschütz), no implica l'acceptació total de les seves conseqüències, ja que s'afirma expressament el caràcter jurídic dels reglaments organitzatius (com ja havia proposat la pròpia doctrina alemanya).

22. Gallego Anabitarte i Menéndez Rexach, *op. cit.*, pàg. 74 i seg. Partint de reflexions semblants, Villar Palasí i Villar Ezcurra, *Principios del derecho administrativo*, tom I, Madrid, 1982, pàg. 223, J. Tornos Mas, «La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», RAP, núm. 101-102, 1983, pàg. 471 i seg.

23. Aquest punt concret no és acceptat pels qui sostenen que la reserva de llei comporta una reserva de procediment (una garantia del procediment legislatiu en la regulació d'una matèria). Així no admeten que les matèries reservades a la llei puguin ser regulades per qualsevol norma amb rang de llei (exclusió expressa, per tant, dels decrets llei); entre d'altres, I. De Otto y Pardo, *Derecho constitucional (Sistema de fuentes)*, Ariel, 1987; J. Barcelona Llop, *op. cit.*, pàg. 2409 i seg.

24. Aquesta habilitació legal seria inconstitucional. La regla exposada té una excepció en aquells supòsits en què la Constitució empra les locucions «d'acord amb les lleis» o «segons les lleis».

els reglaments aplicatius de tipus procedimental.²⁵ Si la reserva de llei és absoluta («només per llei»), no es pot dictar cap mena de reglament. Si la reserva és relativa (resta d'apel·lacions a la llei per part de la Constitució), es poden dictar reglaments d'execució i desplegament de la llei. Finalment, en les matèries que no han de ser regulades necessàriament per llei (matèries sobre les quals la Constitució no diu res), el Govern pot dictar reglaments independents.

c) Entre aquestes dues posicions hi hauria la representada per Bassols Coma i per Gómez Ferrer, que exigeixen la necessitat d'una habilitació expressa en els supòsits en què la Constitució estableix una reserva de llei.²⁶

Centrant-nos concretament en l'article 103.2, podem afirmar que majoritàriament s'interpreta que aquest conté una reserva de llei, si bé es posa de manifest que aquesta reserva deixa un marge d'actuació força ampli al reglament. No obstant això, paral·lelament a les concepcions generals abans exposades, podem destacar diverses línies argumentals.

L'amplitud admesa com a marge d'actuació del reglament arriba a l'admissió del reglament independent en la concepció de García de Enterría, segons la qual l'Administració pot dictar *reglaments organitzatius* sense necessitat d'una llei prèvia. Aquests reglaments no podran contradir els principis d'acord amb els quals, segons l'article 103.2 CE, s'han de crear, regir i coordinar els òrgans administratius.²⁷

Dins la concepció general, encapçalada per Gallego Anabitarte, sobre la reserva de llei, podem trobar diverses interpretacions doctrinals al voltant de l'article 103.2. Un ampli sector entén que aquest precepte exclou la possibilitat que es dictin reglaments independents en el seu àmbit d'aplicació i exigeix que una llei fixi les bases o criteris que haurà de seguir el reglament.²⁸

D'aquesta manera no es reserva a la llei la creació d'òrgans administratius, sinó la decisió dels criteris que han de presidir aquesta creació i, per tant, també la decisió de l'òrgan a qui correspon tal creació.²⁹ Si la llei atribueix aquesta decisió al

25. En l'exposició de Gallego Anabitarte es conté una distinció, dins el que nosaltres hem denominat reglaments executius, entre reglaments el contingut dels quals consisteix a desenvolupar i completar la llei (reglaments *intra legem*) i aquells altres que preparen l'execució de la llei amb l'establiment de regles per a la seva aplicació procedimental (reglaments *secundum legem* pròpiament dits).

26. Bassols i Coma, «Diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria», *op. cit.*; Gómez Ferrer, «La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución», a *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

27. Dins aquest marc, l'Administració té atribuïda la potestat organitzatòria, que és inherent a la seva posició jurídica i que exclou la necessitat que una llei prèvia n'habiliti l'exercici. Sostenint un criteri semblant quant a l'amplitud de la potestat reglamentària en matèria organitzativa, si bé sense admetre els reglaments independents, López Ramón, «La potestad organizatoria de la Administración en el tránsito de un Estado autoritario a un Estado de Derecho», REVL, núm. 223, 1984, pàg. 274 i seg.

28. García Macho, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988; Carro Fernández Valmayor i Gómez-Ferrer Morant, «La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución», DA, núm. 188, 1980; I. de Otto, *Derecho constitucional*, *op. cit.*

29. Això suposa entendre que la Constitució fa una crida a la llei en matèria organitzativa, però només per deixar que sigui el Parlament qui decideixi quins aspectes de la potestat organitzatòria s'han de deixar en les seves mans i quins en mans del reglament. En paraules de J. L. Martínez López Muñoz, «la titularidad de la potestad de crear órganos administrativos no se reserva por la Constitución a la ley, pero cabe la autorreserva o reserva en sentido formal, por el juego de la congelación del rango», a

titular de la potestat reglamentària, estarem davant un supòsit de remissió normativa.³⁰

Un altre sector doctrinal estén el sentit de la reserva continguda a l'article 103.2 a la *potestas instituendi* o decisió sobre la creació de l'organització concreta. En aquest sentit, es fa ressò de la distinció entre creació de l'organització, establiment o configuració; i posada en funcionament³¹ per exposar l'existència d'una gradació en la reserva de llei, que és absoluta en la primera fase, relativitzant-se en les fases posteriors.³²

Per la seva banda, J. Barcelona Llop planteja una tesi peculiar sobre la interpretació de l'article 103.2 CE. Després d'exposar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reserva de llei,³³ aquest autor entén que l'expressió «d'acord amb la llei» no implica en aquest cas una reserva de llei, tenint en compte que l'articulació tècnica d'aquesta és impossible d'aplicar en matèria organitzativa. L'expressió citada pot indicar senzillament la mediació formal de la llei, sense que se li exigeixi un contingut mínim. Aquesta conclusió ens planteja alguns problemes d'encaix en l'exposició general sobre la reserva de llei, ja que no arribem a esbrinar el sentit d'aquesta mediació formal.³⁴

«Reserva y autoreserva legales en materia de organización de la Administración del Estado (A propósito de la legalidad de los Reales Decretos reestructuradores de la Administración, de 1977 y 1979)», RAP, núm. 92, 1981, pàg. 204.

30. Segons J. Tornos Mas, «La relación entre la ley y el reglamento...», *op. cit.*, hi ha reglaments que no executen les lleis, sinó que regulen un aspecte material que ha estat remès per la llei. No són reglaments independents, perquè existeix una reserva de llei i aquesta ha estat necessària perquè es pugui dictar el reglament; però tampoc no són reglaments executius.

31. La doctrina alemanya distingeix tres fases ideals en el procés de constitució d'organitzacions: la creació de l'organització, consistent en la decisió del poder públic competent que determinades funcions s'exerceixin per l'aparell orgànic que es crea; l'establiment o configuració de l'organització, que implica la determinació de la seva estructura interna i les seves funcions concretes; i la posada en funcionament de l'organització, que comporta l'atribució dels elements materials i personals a l'organització creada. Aquest plantejament el trobem a Santamaría Pastor, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pàg. 906.

32. «Los aspectos que afectan a la potestas instituendi entran de lleno en la reserva absoluta de ley [...] mientras que el estatuto o régimen de su funcionamiento, en cuanto no afecte a los derechos y libertades de los ciudadanos, puede ser objeto de regulación típicamente reglamentaria en el marco tradicional de los reglamentos organizativos». M. Bassols Còma, «Diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria...», *op. cit.*, pàg. 127. En el mateix sentit, Álvarez Rico, *Principios constitucionales*, *op. cit.*, pàg. 41 i 42.

33. Destacant que quan hi ha una reserva de llei s'exclou la possibilitat que es dictin reglaments independents en la matèria reservada i es prohibeixen les habilitacions en blanc a favor de la potestat reglamentària.

34. Aquest autor no considera necessària l'habilitació legal prèvia perquè es pugui dictar un reglament. D'altra banda, si s'ha d'interpretar en termes que la llei pot intervenir per decidir lliurement quin àmbit material vol regular, no es veu la necessitat de l'expressió esmentada, atès que l'àmbit de la llei és il·limitat. Finalment, si es vol dir que la llei ha d'intervenir..., com és que no estem davant d'una reserva de llei? Segurament el problema parteix del fet que s'està interpretant que la «mediació formal de la llei» que exigeix l'article 103.2 inclou la decisió sobre la creació d'una organització administrativa concreta. Essent així, certament, la reserva de llei en aquest àmbit es veuria vulnerada per una tradició de reglaments independents i remissions en blanc. Per tant, ens sembla més encertat interpretar que, efectivament, existeix una reserva de llei, però que aquesta en realitat no abasta genèricament el camp de l'organització sinó només el relatiu a determinades decisions sobre aquesta.

IV. Reserva i autoreserva legal en l'àmbit de les personificacions instrumentals. Especial referència a la legislació autonòmica

a) *Les bases constitucionals*

Atès que pretenem desenvolupar aquest epígraf fent referència tant a la legislació estatal com a l'autonòmica, sembla necessari fer un breu parèntesi per tal de cercar les bases constitucionals que defineixen la relació entre ambdues. Per començar, cal tenir en compte que la utilització de la tècnica de creació de personificacions instrumentals està en mans d'ambdós poders públics, d'acord amb la seva potestat d'autoorganització, i que la utilització d'aquestes tècniques per intervenir en l'activitat econòmica es troba reconeguda per a tots dos nivells en l'article 128 CE, que empara la iniciativa pública econòmica.³⁵

El problema rau a determinar el grau de llibertat que tenen les comunitats autònomes en la configuració de la seva organització. Algun autor afirma, concretament en relació amb l'empresa pública, que la Constitució deixa un marge molt escàs d'actuació autonòmica, en atribuir a l'Estat l'establiment de les bases del règim jurídic de les administracions públiques³⁶ i la competència exclusiva en matèria de legislació mercantil.³⁷ Una altra interpretació doctrinal sosté que l'article 149.1.18 actua com a límit en l'ordenació de l'activitat externa de les personificacions instrumentals, però no en els aspectes purament organitzatius i de funcionament intern, i que l'article 149.1.6 no té un significat tan ampli com el que li pretén donar el Tribunal Constitucional.³⁸ A efectes del nostre estudi ens interessa retenir els termes d'aquest debat per tal de definir l'abast concret de l'article 149.1.18 pel que veurem tot seguit.

b) *Interpretació de la reserva de llei*

L'article 6 de la Llei d'entitats estatals autònomes (en endavant LEEA),³⁹ l'arti-

35. Ens sumem a l'opinió doctrinal majoritària que assenyala que aquest precepte no es refereix només a l'Estat sinó a tots els poders públics i, per tant, també a les comunitats autònomes. S. Martín Retortillo-Baquer, «Comunitats autònomes i sector públic», *Autonomies*, núm. 9, 1988, pàg. 7 i seg.; J. Laguna Paz, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, 1991, pàg. 70; M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*. Tecnos, Madrid, 1985, pàg. 170.

36. I, per tant, les de les formes públiques de personificació. Vegeu J. C. Laguna Paz, *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pàg. 70. En el mateix sentit es pot veure la STC 14/1986 quan, en analitzar l'art. 149.1.18 CE, afirma que «si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse de modo más absoluto dentro de la rúbrica "régimen jurídico de las Administraciones públicas", ésta es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales» (fonament jurídic 9).

37. En la qual queda compresa la regulació de les societats públiques mercantils. Sobre la competència estatal en la regulació de les societats públiques, sobre la base de l'article 149.1.6 CE (que li atribueix en exclusiva la competència en matèria de legislació mercantil) es pot veure el FJ 9 de la STC 14/1986 esmentada.

38. T. Font i Llovet, «La Administración institucional de las comunidades autónomas...», *op. cit.*, pàg. 331; J. J. Abad Pérez, «La organización de la Administración institucional en las comunidades autónomas», a *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, pàg. 312.

39. Art. 6.1 LEEA: «La creación de los organismos autónomos habrá de ser autorizada siempre por una ley.»

cle 6 de la Llei general pressupòstaria (LGP)⁴⁰ i, per al cas català, els articles 3 i 21 de la Llei 4/1985, de l'Estatut de l'empresa pública catalana⁴¹ requereixen una llei formal per a la creació de les persones jurídicopúbliques, mentre que atribueixen al Govern respecteiu la facultat de constituir societats.⁴² Segons Laguna Paz, aquesta coincidència entre la normativa estatal i autonòmica és exigida per la pròpia Constitució, ja que la determinació de l'instrument normatiu necessari per a la creació d'aquestes figures forma part de les bases del règim jurídic de les administracions públiques.⁴³ Ens sembla més coherent acceptar la segona interpretació proposada, d'acord amb la qual les determinacions de la normativa estatal quant a l'organització i el funcionament de les personificacions instrumentals no vinculen les comunitats autònomes. Amb això ens queda clar que el rang normatiu exigít per la normativa autonòmica per a la creació de personificacions instrumentals no ens ve imposat pel tenor de la normativa estatal. Les qüestions relatives a la vinculació del parlament autonòmic, quant a l'exigència de llei formal per a la creació de persones jurídicopúbliques, tindran la mateixa resposta que la que tindrien a nivell estatal i passen per la interpretació que es faci de la reserva continguda a l'article 103.2 CE.

Al nostre parer, la reserva formal continguda als preceptes que hem esmentat respon a una decisió dels legisladors de residenciar en les institucions parlamen-

Art. 6.3 LEEA: «Las leyes de creación de los organismos autónomos constituirán, por tanto, los estatutos de cada uno de ellos y determinarán de manera específica:

- a) Las funciones que hayan de tener a su cargo, así como su competencia.
- b) El Ministerio a que hayan de quedar adscritos.
- c) Las bases generales de sus organización, régimen de acuerdo de sus órganos colegiados y designación de las personas a que se refiere el artículo 9.
- d) Los bienes y medios económicos que se les asignen para el cumplimiento de sus fines y los que hayan de disponer para la realización de los mismos.»

40. Art. 6.1 LGP: «Son sociedades estatales a efectos de esta Ley:

- a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos y demás entidades de derecho público.
- b) Las entidades de derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.»

Art. 6.3 LGP: «La creación de las sociedades a que se refiere la letra a) del número anterior y los actos de adquisición y pérdida de la posición mayoritaria del estado o de sus organismos autónomos y entidades de Derecho público en las mismas se acordarán por el Consejo de Ministros.»

41. Llei 4/1985, art. 3.1: «Podran constituir-se entitats autònomes de la Generalitat que realitzin operacions o prestin serveis de caràcter principalment comercial, industrial o financer per llei del Parlament. La llei de creació determinarà les funcions, els recursos econòmics que se li assignen i les bases de la seva organització i règim jurídic.»

Llei 4/1985, art. 21: «La creació de les entitats de dret públic que han d'ajustar la seva activitat al dret privat haurà de ser autoritzada per llei del Parlament. Se'ls aplicarà el que disposa l'article 3.»

42. Aquesta exigència és comuna en la resta de lleis autonòmiques. El que difereix entre les unes i les altres és l'instrument normatiu exigít per a la creació de societats. La legislació estatal i la de Catalunya, Euskadi, Navarra, Canàries, Aragó, Madrid i les illes Balears atribueixen aquesta facultat al reglament. Castella-Lleó, Cantàbria i el Principat d'Astúries exigeixen per a tot tipus de personificacions instrumentals una llei del Parlament autonòmic. Finalment, hi ha d'altres comunitats autònomes que no en diuen res, amb la qual cosa sembla que és d'aplicació la legislació estatal en virtut de la clàusula de supletòrietat continguda a l'article 149.3 CE. Per a una anàlisi detallada d'aquest tema es pot veure V. Aguado i Cudolà i M. T. Vadri i Fortuny, *La normativa de l'empresa pública de les comunitats autònomes: tendències actuals*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1991.

43. J. C. Laguna Paz, *Las empresas públicas...*, op. cit., pàg. 340.

tàries determinades facultats d'organització, però no és imposada per l'article 103.2 CE. Com hem dit, aquest precepte constitucional imposa que una llei estableixi els criteris que han de presidir la regulació de l'organització administrativa i, si escau, que determini a qui correspon la seva creació. La reserva constitucional de llei es veu satisfeta, en l'àmbit de les personificacions instrumentals, per la LGP, la LEEA i, per al cas català, per la Llei 4/1985. Aquestes lleis estableixen la forma i el règim jurídic que poden adoptar les entitats instrumentals i empresarials creades per les administracions públiques i concreten en cada cas a qui correspon la decisió de crear-les.⁴⁴ Emprant la terminologia que hem posat en boca de Bassols Coma, la *potestas instituendi* s'atribueix als parlaments, però no (com defensa aquest autor) perquè ho imposi la Constitució, sinó perquè així ho ha decidit el propi legislador. La reserva formal de llei impedeix que el reglament pugui actuar sense una habilitació prèvia, però no invalida les deslegalitzacions o les remissions en blanc que es puguin produir. Com afirma Barcelona Llop, n'hi ha prou amb una intervenció formal de la llei, però no perquè no existeixi una reserva material de llei en matèria d'organització, sinó pel fet que aquesta reserva material no inclou la decisió de crear una organització concreta. Val a dir que, tot i defensar una concepció ben diferent sobre l'àmbit propi de la llei i el reglament, García de Enterría arriba a les mateixes conclusions que hem exposat.

c) *Sobre els motius de la reserva: l'àmbit en què recau i la seva extensió*

Arribats a aquest punt se'ns presenta una qüestió: si el legislador tenia plena llibertat a l'hora de decidir a qui corresponia la potestat d'organització, com és que ha decidit assumir els aspectes bàsics d'aquesta? Crida l'atenció la semblança que presenten en aquest aspecte els preceptes que hem transcrit, tenint en compte la diversitat del seu origen⁴⁵ i la vigència de la concepció de l'àmbit organitzatiu com a propi del reglament.⁴⁶ És possible que la resposta es trobi en aquest cas en les repercussions de la utilització de la tècnica de les personificacions instrumentals.

Gràcies a la LEEA i la LGP, el titular de la potestat organitzativa pot crear apèndixs de l'Administració en forma de persones jurídiques encarregades de gestionar un sector de l'activitat administrativa. L'opció per aquesta possibilitat no és en absolut inoqua, atès l'ampli ventall de possibilitats que ofereix la legislació vigent amb vista a l'aplicació del dret privat.⁴⁷

Aquests preceptes fan referència a un sector de la realitat en què l'activitat

44. En aquest sentit seguim la segona de les concepcions exposades sobre la reserva de llei en l'epígraf anterior.

45. Estatal i autonòmic/Preconstitucional i postconstitucional.

46. Hem vist que les consideracions actuals sobre el tema s'allunyen molt dels termes amb què es tractaven els reglaments organitzatius (fins i tot entre els autors que semblen més directament tributaris de la concepció originària). Però això no exclou que es continuï emprant la mateixa terminologia, la qual cosa, al meu parer, introdueix un cert grau de confusió.

47. En aquest sentit ens podem fer ressò de les reflexions de M. Bassols, quan afirma que l'organització no és només el pressupòsit i suport constant de l'activitat administrativa, «sino que predetermina su intrínseco contenido», la qual cosa és especialment rellevant en un context en què l'Administració té un caràcter fonamentalment prestacional i intervé efectivament en l'àmbit de la gestió econòmica. M. Bassols i Coma, «Diversas manifestaciones...», *op. cit.*, pàg. 122.

administrativa navega entre allò públic i allò privat, alhora que l'organització administrativa comença allunyant-se del seu perfil tradicional, es desfigura i deixa de ser tal. Així, doncs, el risc de desvinculació del dret administratiu i de l'Administració d'amplis sectors d'activitat pot ser una de les raons que expliquen l'autoreserva legal que s'afegeix a les previsions de l'article 103.2 CE, tant en la legislació estatal com en l'autonòmica.

En un intent de clarificar el que acabem de dir, podem començar per enumerar les figures que s'inclouen en el que hem anomenat personificacions instrumentals de naturalesa fundacional:⁴⁸ «*organismos autónomos*», els quals poden ser «*de carácter administrativo*» (art. 4.1.a LGP) o «*de carácter comercial, industrial, financiero o análogos*» (art. 4.1.b LGP); «*entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado*» (societats estatals de l'article 6.1.b LGP); «*sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás entidades estatales de Derecho Público*» (societats estatals de l'article 6.1.a LGP). Per la seva banda, la Llei 4/1985 regula tres de les quatre figures esmentades, sota la denominació d'empresa pública: els organismes autònoms del l'art. 4.1.b LGP;⁴⁹ les societats estatals de l'art. 6.1.b;⁵⁰ i les societats estatals de l'art. 6.1.a.⁵¹ Malgrat la diferent denominació emprada per les legislacions autonòmica i estatal, hi ha una equivalència entre cadascuna de les figures compreses en l'Estatut de l'empresa pública catalana i els organismes autònoms de caràcter comercial... i societats estatals. El que succeeix és que en un cas es parteix del tipus d'activitat que es porta a terme⁵² i en l'altre, d'una manera certament confusa, s'observa també el fenomen des del punt de vista de l'organització.⁵³ Aquesta duplicitat de vessants ens pot ajudar a clarificar la complexitat del fenomen que tenim al davant.

Des del punt de vista de l'organització, la LGP atorga a l'Administració un seguit d'instruments per tal de prestar serveis públics d'una manera més flexible i per tal d'intervenir en l'activitat econòmica com un agent més del mercat. El que succeeix és que en aquesta regulació es trenca definitivament amb l'equivalència existent entre l'Administració pública i el dret administratiu.

D'una banda, juntament amb les societats públiques mercantils, es consideren

48. Així, si bé hem emprat la denominació proposada per Santamaría Pastor, per entendre que és la que millor engloba la realitat que volem comentar, deixem de banda la terminologia d'aquest autor pel que fa a les classificacions internes, en les quals intentarem apropar-nos a les definicions legals.

49. Llei 4/1985, article 1.a i cap. II: Entitats autònomes que portin a terme operacions o prestacions de serveis de caràcter principalment comercial, industrial o financer.

50. Llei 4/1985, article 1.b.1, cap. III: Entitats de dret públic que han d'ajustar la seva activitat al dret privat.

51. Llei 4/1985, article 1.b.2, cap. IV: De les societats amb participació majoritària i societats vinculades.

52. La Llei 4/1985 defineix l'empresa pública mitjançant dos elements: un de material, com és la gestió de serveis de contingut econòmic, industrial o financer, i un de caràcter formal, com és la utilització del dret privat.

53. Es preveu la possibilitat que l'Administració s'organitzi mitjançant personificacions jurídicopúbliques sotmeses al dret públic o al dret privat, o bé que actuï a través de personificacions jurídicoprivades.

expressament les personificacions jurídicopúbliques que ajusten la seva activitat al dret privat.⁵⁴ D'altra banda, en preveure's la possibilitat que existeixin organismes autònoms que portin a terme activitats comercials, industrials o anàlogues, queda oberta la possibilitat que, precisament en l'exercici d'aquesta activitat, hi hagi també una interpretació del dret privat en els organismes autònoms.⁵⁵ La Llei 4/1985 seria coherent amb aquesta concepció, però en interessar-li només regular l'activitat empresarial de l'Administració, no considera la figura dels organismes autònoms de caràcter administratiu.

La concepció exposada no és en absolut unànime. Un sector de la doctrina interpreta que els organismes autònoms, tant els de caràcter administratiu com els de caràcter comercial, industrial o financer es caracteritzen per la seva submissió al dret públic, amb la qual cosa l'única diferència existent entre ambdós es trobaria en el seu règim pressupostari i comptable, que és més flexible per a aquests darrers.⁵⁶ Segons això, els organismes autònoms i les entitats de dret públic que ajusten la seva activitat al dret privat són figures essencialment diferents pel que fa al règim jurídic aplicable.

No obstant això, l'adscripció a la primera línia interpretativa apuntada ens pot portar a resultats interessants per a una millor comprensió de la reserva de llei continguda en la LEEA, la LGP i la Llei 4/1985. Sembla coherent sostenir que l'article 6.3 LGP exclou de la reserva de llei la creació de les societats mercantils perquè en aquestes no es produeix cap interpenetració entre dret públic i dret privat (són persones jurídicoprivades, que es regeixen pel dret privat.⁵⁷ En canvi, per als altres supòsits, en existir la possibilitat que es desvinculi el règim jurídic dels aspectes organitzatius del que regula tot o part de l'activitat de les entitats creades,

54. El trencament de la correlació entre Administració pública i dret administratiu es produeix només respecte d'aquestes darreres, ja que les societats públiques mercantils són formes de personificació jurídicoprivada que ajusten la seva activitat al dret privat i que no són, per tant, Administració pública en els termes de l'article 2 de la Llei de règim jurídic de les administracions públiques i procediment administratiu comú, que sí que inclou, en canvi, les entitats de dret públic que ajusten la seva activitat al dret privat.

55. Aquesta concepció és sostinguda per J. Esteve Pardo a «Los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y entidades de derecho público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado», RAP, núm. 92, 1980. L'esmentat autor entén que els organismes autònoms de caràcter comercial es diferencien dels de caràcter administratiu pel tipus d'activitat que porten a terme i que, en l'exercici d'aquesta, poden emprar el dret privat si la seva norma de creació o els seus estatuts ho estableixen. Santamaria Pastor sembla anar més enllà, quan afirma que la subjecció al dret privat en els organismes autònoms de caràcter comercial es pot produir fins i tot sense una previsió legal expressa, per la sola naturalesa de les operacions que porten a terme (*Fundamentos...*, *op. cit.*, pàg. 1210).

56. F. J. Jiménez de Cisneros Cid, *Los organismos autónomos en el derecho público español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, pàg. 182 i seg.

57. Aquesta afirmació s'hauria de matisar almenys en dos sentits, ja que ni totes les comunitats autònomes han atorgat la facultat de crear societats públiques mercantils als seus respectius consells de govern, ni tota la doctrina accepta la bondat de deixar en mans del legislador la creació d'entitats públiques instrumentals. En aquest sentit es poden veure els arguments que esgrimeixen, d'una banda, J. R. Parada Vázquez, a «La Administración Institucional de la Comunidad de Madrid», a *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid* (Dir. Gómez-Ferrer Morant), Civitas, 1987; i d'altra banda, Escuin Palop, a «Las personificaciones instrumentales en la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana», RAP, núm. 105, 1984.

s'opta per deixar la decisió en mans del legislador. Aquesta interpretació permetria estendre la reserva de llei que la LEEA estableix en relació amb els organismes autònoms a les entitats de dret públic de l'art. 6.1. *b* LGP, ja que per a aquestes no hi ha una reserva expressa, llevat que s'extregui d'una interpretació de l'article 6.3 *a sensu contrario*. La legislació catalana, com hem dit, sembla corroborar aquesta interpretació, no únicament perquè reserva expressament a la llei la creació d'entitats de dret públic que hagin d'ajustar la seva activitat al dret privat, sinó perquè admet la possibilitat que «les entitats autònomes que portin a terme operacions o prestacions de serveis de caràcter principalment comercial, industrial o financer» regeixin les seves relacions amb tercers d'acord amb el dret privat.⁵⁸

d) *Desplegament normatiu de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'empresa pública catalana. Altres personificacions instrumentals no contingudes en aquesta Llei*

No volem cloure aquest treball sense fer un breu recorregut per algunes normes de creació d'organismes autònoms de caràcter administratiu i d'empreses públiques a Catalunya. Com es podrà veure, la seva pròpia lectura permet confirmar algunes de les afirmacions que hem fet sobre les relacions entre la llei i el reglament en l'àmbit de les personificacions instrumentals.

Per començar cal recordar que, per al cas català, la reserva constitucional de l'article 103.2 es veu satisfeta amb la regulació continguda a la LGP i la LEEA, pel que fa als organismes autònoms de caràcter administratiu i, a més, per la Llei 4/1985 per a la resta de personificacions instrumentals. Per a la creació de totes aquestes figures, la normativa esmentada estableix una reserva formal de llei. És a dir, és el legislador autonòmic qui té la facultat de crear i establir el règim jurídic bàsic dels organismes autònoms administratius i de les empreses públiques de la Generalitat.

En exercici d'aquesta facultat, el legislador està dissenyant el perfil de la seva Administració, amb la qual cosa es troba especialment vinculat pels principis constitucionals que inspiren l'actuació d'aquesta. El disseny de tota organització administrativa ha de tenir en compte que aquesta té assignada la finalitat de satisfer l'interès general i que aquesta satisfacció ha de ser efectiva per imperatiu de l'article 103.1 de la Constitució, el qual estableix que l'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals i que actua d'acord amb el principi d'eficàcia. D'aquí podem deduir sense cap esforç interpretatiu que del principi d'eficàcia es deriva la necessitat que hi hagi una correlació entre el tipus d'activitat que s'ha de portar a terme i la fórmula organitzatòria emprada.

En analitzar a vista d'ocell el panorama d'organismes autònoms de caràcter administratiu i empreses públiques que s'han creat en els darrers anys a Catalunya podem constatar com en tots els casos es compleixen els requisits formals que es

58. Concretament, l'article 11.1 de la Llei 4/1985 estableix que «la norma fundacional o els estatuts d'aquestes entitats determinarà les característiques del seu règim de contractació i, de forma especial, els contractes que poden subscriure d'acord amb el dret civil i mercantil, de manera directa, sense sotmetre's als procediments administratius de selecció dels contractistes i, en general, a les normes administratives sobre contractació».

deriven de la congelació del rang normatiu i els criteris, també formals, que configuren l'Estatut de l'empresa pública catalana. No obstant això, se'ns plantegen alguns dubtes de fons que podrien qüestionar la conveniència d'algunes de les decisions adoptades pel legislador autonòmic.

En la línia de la descentralització funcional, i complint els requisits de legalitat que exigeix l'article 6 LEEA, se situa la creació dels organismes autònoms de caràcter administratiu següents: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, creat per la Llei 18/1990, de 15 de novembre; Institut Català de Seguretat Viària, creat per la Llei 21/1991, de 15 de novembre; Institut Català del Voluntariat, creat per la Llei 25/1991, de 13 de desembre; Institut per al Desenvolupament de les Comarques de l'Ebre, creat per la Llei 12/1993, de 4 de novembre. Aquests organismes tenen en comú la seva destinació al compliment del que podríem qualificar com a funcions secundàries o de suport de l'engranatge social, ja que tenen per finalitat el foment de determinades actituds, la integració de determinats sectors socials en l'organització administrativa, la realització d'estudis i la formació.⁵⁹

Entre les entitats esmentades, ens interessa destacar la previsió continguda a l'article 3.2 de la Llei de creació de l'Institut per al Desenvolupament de les Comarques de l'Ebre. Aquest precepte, després d'enumerar les funcions de l'Institut,

59. La majoria de les funcions del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada estan destinades a la formació del personal del Departament de Justícia de la Generalitat, a l'organització de cursos i a la realització d'estudis i investigacions —article 3 de la Llei 1371/1990—. Però els altres organismes autònoms citats també tenen funcions d'aquesta mena. Així, l'article 3.1.b de la Llei 12/1993 atribueix a l'Institut per al Desenvolupament de les Comarques de l'Ebre la funció d'assessorar i realitzar estudis i treballs tècnics encaminats a obtenir un millor coneixement de la realitat i les perspectives de les comarques del seu camp d'acció; l'article 2. f de la Llei 21/1991 preveu que l'Institut Català de Seguretat Viària porti a terme les funcions d'investigació necessària per a l'elaboració del Pla català de seguretat viària i l'article 5.o de la Llei 25/1991 atribueix a l'INCAVOL la funció d'editar i actualitzar els censos i les guies d'entitats de voluntariat. L'estructura de tots aquests organismes autònoms es caracteritza per l'existència d'un òrgan unipersonal encarregat de la gestió de l'organisme —director o gerent— i d'un òrgan col·legiat, presidit pel conseller del Departament al qual s'adscriu l'ens en qüestió i integrat per un nombre majoritari de representants d'altres departaments de la Generalitat, com també per una representació d'entitats públiques o privades relacionades amb les funcions que té atribuïdes. Així, l'INCAVOL integra en el seu Consell Rector una representació de Creu Roja, de Càritas, de la Federació Catalana del Voluntariat Social i de les organitzacions de voluntariat cívic; en el Consell Rector de l'Institut per al Desenvolupament de les Comarques de l'Ebre, hi estan representades les administracions locals de les quatre comarques de l'Ebre; en el del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada hi ha una representació de les universitats catalanes i de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya i, pel que fa a l'Institut Català de Seguretat Viària, es preveu que formin també part del seu Consell de Direcció un representant de cada una de les dues organitzacions de municipis més representatives de Catalunya i un representant de les entitats públiques o privades que tinguin relació directa o indirecta amb la disminució d'accidents i les víctimes del trànsit. Aquesta integració de sectors de la societat en l'organització administrativa és plenament coherent amb les tasques de foment que tenen encarregades aquestes institucions, que no es poden portar a terme sense una mobilització de la realitat social sobre la qual pretenen incidir. Aquestes reflexions són igualment vàlides per a la resta d'entitats autònomes de caràcter administratiu de la Generalitat: Institut Català d'Estudis Mediterranis, creat per la Llei 1/1989 i modificat per la Llei 10/1995, de 27 de juliol; Institut Català de la Dona (Llei 11/1989, de 10 de juliol); Institut de les Lletres Catalanes (Llei 20/1987, de 12 de novembre); Institut Català de Noves Professions (Llei 7/1986, de 17 d'abril). També respon a les mateixes coordenades l'Institut Català del Consum, tot i que la seva llei de creació no especifica que es tracti d'un organisme autònom de caràcter administratiu (Llei 16/1987, de 9 de juliol).

estableix que, per a la realització d'operacions o serveis de caràcter comercial, industrial o financer, aquest es regirà «per la present Llei i per la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'empresa pública catalana». Amb aquesta regulació ens trobem amb un organisme autònom de caràcter administratiu, que té naturalesa jurídica com a tal quan exerceix les seves funcions d'elaboració i execució de plans de formació i desenvolupament, o d'assessorament i de realització d'estudis, però que entra dins el règim jurídic de l'empresa pública quan realitza determinades operacions que, per cert, no es troben concretades a la seva llei de creació. En aquest cas potser fóra més coherent separar orgànicament l'activitat pròpiament administrativa que té encomanada aquest Institut de l'activitat comercial, industrial o financera que pot ser necessària per al compliment de les seves finalitats, creant, si escau, una empresa pública que en depengui.

Entre les empreses públiques de la Generalitat creades en desplegament de la Llei 4/1985, podem fer esment de dues en què llur activitat justifica especialment la seva qualificació com a organismes o entitats autònomes de caràcter comercial. Ens referim a les entitats de Jocs i Apostes de la Generalitat, creada per la Llei 5/1986, de 17 d'abril; i a la del Diari Oficial i de Publicacions de la Generalitat de Catalunya, creada per la Llei 24/1987, de 28 de desembre. Concretament, aquesta darrera té atribuïdes les funcions tècniques, econòmiques i administratives relacionades amb l'edició, la distribució i la comercialització del *Diari Oficial de la Generalitat*.

Però no totes les empreses públiques de la Generalitat porten a terme activitats comercials. Potser com a fet més destacable hi advertim que, també complint estrictament l'autoreserva continguda en la Llei 4/1985, s'ha procedit a organitzar la pràctica totalitat d'un departament de nova creació (concretament, el Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya, creat per la Llei 4/1991, de 22 de març) sobre la base de figures jurídiques que permeten sostreure el règim de la seva activitat de l'aplicació del dret administratiu. Ens estem referint a la reorganització portada a terme per la Llei 19/1991, de 7 de novembre, de reforma de la Junta de Sanejament (que ha estat modificada per la Llei 7/1994, de 18 de maig), i la Llei 6/1993, de 15 de juliol, relativa a la Junta de Residus. Ambdues normes procedeixen a la creació, per transformació de la naturalesa jurídica, d'entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, de les previstes a l'article 1.b de la Llei 4/1985, que ajusten la seva activitat al dret privat.⁶⁰ Totes dues juntes responen a realitats paral·leles: en els darrers anys les seves funcions es veuen revaloritzades i augmentades gràcies a la relectura mediambiental que se'n fa i, precisament posant l'accent en aquest punt, s'intenta emprendre a través d'aquests ens la gestió de tasques susceptibles de plantejar controvèrsies de tipus competencial amb els municipis.⁶¹

60. La Junta de Sanejament i la Junta de Residus existien com a organismes autònoms de caràcter administratiu abans de l'aprovació de l'Estatut de l'empresa pública catalana de 1985. La Junta de Sanejament fou creada per la Llei 4/1981, de 4 de juny, i la Junta de Residus per la Llei 5/1983. Ambdues normes configuraven aquestes entitats com a organismes autònoms de caràcter administratiu adscrits al Departament de Política Territorial i Obres Públiques.

61. La recollida i el tractament de residus, com també el clavegueram i el tractament d'aigües residuals, són matèries tradicionalment caracteritzades com a locals; la legislació sectorial, per imperatiu exprés de l'article 25.2 de la Llei de bases de règim local i 63.2 de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, n'ha d'atribuir competències als municipis. La concurrència d'aquestes competències

Aquesta realitat explica la creació d'un ens formalment separat de l'Administració matriu. Però al nostre parer no explica la transformació de la naturalesa jurídica de les juntes, tenint en compte que les seves funcions són fonamentalment de definició de polítiques generals, de gestió d'aquestes polítiques i de control, però no entren dins el concepte material d'empresa pública.⁶² Així, doncs, a primera vista, sembla que ens trobem davant dues figures organitzatives pensades per a l'exercici de funcions públiques en règim de dret privat, en una de les manifestacions més característiques del fenomen que s'ha qualificat de «fugida del dret administratiu».⁶³ Ara bé, tenint en compte que la Junta de Sanejament i la Junta de Residus se sotmeten al dret públic en les seves relacions amb altres administracions i en les relacions jurídiques externes que es deriven de l'exercici de potestats administratives, es pot concloure que la finalitat buscada ha estat l'aplicació del dret privat concretament en matèria de contractació i de personal.⁶⁴

d'altres atribuïdes per l'Estatut d'Autonomia de Catalunya a la Generalitat, com també el caràcter supramunicipal que poden tenir certs aspectes de llur exercici són els arguments que justifiquen moltes de les funcions encomanades a la Junta de Residus i a la Junta de Sanejament que altrament podrien entendre's com a vulneradores de l'autonomia local. Així, s'entén que la Generalitat té en aquestes matèries una missió vertebradora de les competències concurrents. I aquesta funció de vertebració es plasma també en l'aparell organitzatiu, configurant-se rotes dues juntes com a veritables aparells de coordinació, ja que integren en els respectius òrgans col·legiats de govern una representació de diversos departaments de la Generalitat i de les entitats locals, com també representants d'altres interessos —sindicals, empresarials i ecològics—. Sobre aquest tema es pot veure l'article, actualment en premsa, de L. S. Esteve i Caireta, «La Junta de Saneamiento del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña».

62. Per tal de complir els objectius de la legislació sectorial i en consonància amb el paper estructurador que juga l'Administració autonòmica catalana en matèria de residus i sanejament, correspon a les juntes la definició de la política de la Generalitat en aquestes matèries a través de l'elaboració i l'aprovació de plans o programes d'actuació. La funció de control es concreta en l'atribució a aquests ens de la potestat sancionadora, com també de determinades funcions de registre i classificació —en el cas dels residus—, concessió d'autoritzacions, inspecció i vigilància. També tenen atribuïdes certes funcions de promoció i gestió. Però en cap cas es posa de manifest que la seva activitat estigui principalment encaminada a la producció o distribució de béns o a la prestació de serveis destinats al mercat. Amb això volem remarcar el fet que, malgrat la seva classificació legal, la Junta de Residus i la Junta de Sanejament no són empreses públiques.

63. Aquest fenomen, detalladament explicat per Sebastián Martín-Retortillo en un article publicat al núm. 140 de la RAP, que porta per títol «Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo», és el responsable de la transformació, operada gràcies a l'aplicació pràctica de les previsions legals del concepte d'empresa pública. El fet que es produeixi precisament per voluntat del legislador no fa sinó confirmar que, a nivell autonòmic, es reproduceix la tendència que ha tingut lloc a nivell estatal; és a dir, que la implantació de fórmules organitzatives i de processos d'actuació jurídic privats deriva en definitiva d'«una línea de actuación política conscientemente buscada y asumida», S. Martín-Retortillo Baquer, «Reflexiones sobre la "huida"...», RAP, núm. 140, 1996.

64. Explícitament, l'article 27 del Decret 245/1993, de 14 de setembre, que desenvolupa en alguns aspectes els estatuts de la Junta de Residus, estableix que malgrat que l'activitat de la Junta se sotmeti al dret privat amb caràcter general, restaran sotmeses al dret públic les relacions d'aquesta amb altres ens públics i «les relacions jurídiques externes que es deriven d'actes de limitació, intervenció, control i sancionadors, els expropiatoris i, en general, qualsevol acte de gravamen o de benefici que impliqui l'actuació de sobirania o l'exercici de potestats administratives, incloent el règim d'impugnació d'actes, el silenci administratiu i el receptor». Encara que aquest precepte no ho digués expressament, la naturalesa de les activitats que es porten a terme ens faria arribar a la mateixa conclusió. Tanmateix, l'anàlisi portada a terme ens destaca els àmbits en què interessa l'aplicació del dret privat: la contractació de les obres d'infraestructura necessàries per portar a terme les seves funcions i el règim jurídic del personal.

La doctrina ja s'ha encarregat de valorar aquest fenomen.⁶⁵ Ara resta per dir que, com a mínim en relació amb la matèria contractual, la finalitat esmentada ha quedat definitivament estroncada per la nova Llei 13/1995, de contractes de les administracions públiques, que té caràcter bàsic en aquesta matèria.⁶⁶

65. No es pretén ara reproduir les valoracions en pro i en contra de la denominada fugida del dret administratiu. Però sí que es pretén recordar que l'actual tendència a la creació d'ens que ajustin la seva activitat al dret privat no respon a la finalitat d'assumir activitats pròpies del sector privat sinó que es fonamenta en una concepció que deriva el sacrifici dels formalismes jurídics inherents en la contractació administrativa i en el règim de la funció pública del principi d'eficàcia. En aquesta línia es pot veure E. Malaret, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Civitas, Madrid, 1991. Com a paradigma dels qui no admeten aquest plantejament, Sebastián Martín-Retortillo, en l'article citat a la nota 64 d'aquest treball, dedica un epígraf a «*El mito de la eficacia como pretexto; la exoneración de controles como objetivo*». Sobre al tema es poden veure també, entre d'altres, S. del Saz Cordero, «*La huida del Derecho Administrativo; últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*», RAP, núm. 133, 1994; I. Borrajo «*El intento de huir del Derecho Administrativo*», REDA, núm. 78, 1993; en relació concretament amb la contractació, E. Malaret, *Público y Privado en los Juegos Olímpicos de 1992*, Civitas, Madrid, 1993; també es poden veure les diverses aportacions contingudes a l'obra col·lectiva *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, 2 vol., Madrid, 1994.

66. En aquesta línia seria molt interessant analitzar fins a quin punt la nova Llei de contractes afecta no només el règim jurídic de les empreses públiques en circulació, sinó també el mateix Estatut de l'empresa pública catalana. Almenys en el sentit següent: si l'empresa pública catalana es caracteritza per la utilització del dret privat i això és especialment cert en la seva contractació —pensem que les entitats autònomes de l'article 1.a de la Llei 4/1985, que semblen ser les que tenen més limitada l'aplicació del dret privat poden eludir les formes pròpies de la contractació administrativa si així ho preveuen els seus estatuts—, es podria entendre que la Llei de contractes de les administracions públiques —LCAP—, en el seu intent d'oferir un concepte material d'Administració per delimitar el seu àmbit subjectiu d'aplicació, està oferint també un concepte material d'empresa pública. Si entrem una mica en aquests conceptes podem observar que la LCAP estableix tres nivells diferents d'aplicació de la llei:

1. Un primer nivell, recollit a l'article 1 de la LCAP, engloba les institucions que han de regir tota la seva activitat contractual pel règim administratiu. Dins aquest nivell es troben els tres nivells d'Administració territorial, els organismes autònoms administratius, els organismes autònoms comercials, industrials i financers o anàlegs, tret dels contractes sobre béns adquirits amb la finalitat de retornar-los al tràfic jurídic privat i que es facin en exercici de les activitats que li són pròpies, d'acord amb el que disposa l'article 3.1.f i les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, diferents de les anteriors, que depenen de qualsevol de les administracions públiques, sempre que es donin els requisits següents:

a) Que hagin estat creades per satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.

b) Que es tracti d'entitats l'activitat de les quals estigui majoritàriament finançada per les administracions públiques o altres entitats de dret públic; o bé que la seva gestió es trobi sotmesa a control per part d'aquestes; o que el seus òrgans d'administració, direcció o vigilància estiguin compostos per membres nomenats en més de la meitat per les administracions públiques o entitats de dret públic.

2. Un segon nivell, regulat a l'article 2 de la LCAP, que només obliga a l'aplicació dels preceptes legals relatius a la capacitat, publicitat, procediments i formes d'adjudicació, està format per les entitats de dret públic no compreses a l'apartat anterior i les entitats privades que celebrin contractes subvencionats en més d'un 50 % per l'Administració, respecte de contractes superiors a determinades quanties.

3. El tercer nivell està regulat a la disposició addicional sisena LCAP, que disposa que les societats mercantils amb capital majoritari de les administracions públiques, dels seus organismes autònoms o d'altres entitats de dret públic només estaran subjectes a aquesta Llei pel que fa a les seves normes de publicitat i concurrència.

Reprement el fil de la nostra exposició poden constatar que també per llei s'han creat altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia de les previstes a l'article 1.6 de l'Estatut de l'empresa pública catalana: per Llei 9/1991, de 3 de maig, es crea un institut que, malgrat tenir atribuïdes funcions molt semblants a les dels organismes autònoms de caràcter administratiu que hem citat en aquest treball, té una naturalesa jurídica ben diversa, sotmetent la seva activitat al dret privat;⁶⁷ però, d'altra banda, es creen altres empreses en què la correlació entre el tipus d'activitat que realitzen i la seva forma i règim jurídic van més aparellats. Podem esmentar en aquest sentit la Llei 5/1989, de 12 de maig, de creació del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció, i la Llei 15/1993, de 28 de desembre, de creació del Centre de Telecomunicacions de la Generalitat.⁶⁸

La reserva formal de llei que es preveu a la Llei 4/1985, per a les entitats de dret públic que sotmeten la seva activitat al dret privat,⁶⁹ no es limita a la decisió de crear una empresa pública d'aquest tipus, sinó que s'estén a la determinació de les seves funcions, els recursos econòmics que se li assignen, i a les bases de la seva organització i règim jurídic.⁷⁰ L'àmbit del reglament queda delimitat per l'article 3.2 de la mateixa norma, que atribueix al Consell Executiu el desenvolupament de l'organització i el règim jurídic d'aquestes entitats, com també l'aprovació dels seus estatuts, la determinació del departament a què es troben adscrites i dels béns que se'ls assignen. En els supòsits que hem esmentat la regulació continguda en la Llei és força extensa, de manera que ja s'hi preveuen la majoria dels aspectes en què podria haver entrat directament el reglament. Així, doncs, la reserva de llei es veu satisfeta a bastament.

Si la llei pot fer ús del seu caràcter il·limitat (i regular espais en què podria entrar directament el reglament), també pot fer valer el seu rang i anul·lar la reserva formal continguda a la Llei 4/1985, deslegalitzant la matèria reservada. Això és el que fa la Llei 14/1987, de 9 de juliol, d'estadística, que autoritza el Govern per crear l'organisme autònom administratiu anomenat Institut d'Estadística de Catalunya. Aquesta previsió es compleix mitjançant el Decret 341/1989, d'11 de desembre. Fem notar de moment que, a banda de ser el Govern i no el Parlament qui

En qualsevol cas, la Junta de Residus i la Junta de Sanejament, per aplicació de qualsevol dels criteris de l'article 1.f (manca de caràcter industrial o mercantil) i f.2 (finançament, control i composició orgànica) estan plenament sotmeses a la LCAP.

67. Ens estem referint a l'Institut Català d'Energia, que té atribuïdes funcions de foment, investigació i desenvolupament del sector en què incideix. De manera molt semblant al que succeïa en el cas de l'Institut per al Desenvolupament de les Comarques de l'Ebre, s'entén que l'exercici d'aquestes funcions pot implicar en algun cas la realització d'activitats de caràcter comercial o financer, i en atenció a aquestes se'l qualifica, en aquest cas en bloc, d'empresa pública. Aquests salts qualificatius no fan sinó confirmar el fet que l'Estatut de l'empresa pública catalana no ha aportat suficients elements clarificadors que permetin esbrinar en quins casos són d'aplicació cadascuna de les categories jurídiques que regula.

68. Cal destacar, però, que només en el primer cas l'enumeració de les funcions de l'ens creat descriu una veritable activitat empresarial. L'article 4 de la Llei 5/1989 atribueix al Centre d'Iniciatives per a la Reinserció, entre d'altres funcions, la realització d'activitats industrials i comercials, l'organització i gestió del treball que realitzin els interns, la reforma, conservació i recondicionament de tallers i l'adquisició de maquinària i primeres matèries, entre d'altres.

69. Article 21 de la Llei 4/1985, de 29 de març.

70. Article 3 de la Llei 4/1985, de 29 de març, aplicable per remissió de l'article 21.

procedeix a estructurar l'òrgan creat, aquest Institut no presenta més diferències amb els altres organismes autònoms de caràcter administratiu que hem analitzat abans.

El mateix procés de mutació de la titularitat de la *potestas instituendi* té lloc, amb una transcendència diferent, en l'àmbit del Servei Català de la Salut. La Llei 11/1995, de 29 de setembre, que modifica la Llei 15/1990, de 9 de juliol, d'ordenació sanitària de Catalunya, qualifica el Servei Català de la Salut com un ens públic de naturalesa institucional que, pel que fa a les seves relacions jurídiques externes, se sotmet al dret privat.⁷¹ L'article 2 de la Llei 11/1995 atribueix al Consell Executiu la potestat de constituir organismes, formar consorcis i crear o preveure la participació del Servei Català de la Salut en qualsevol entitat admesa en dret. En particular, diu, el Consell Executiu pot crear qualsevol empresa pública de les previstes a la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'empresa pública catalana. D'aquesta manera el reglament pot entrar directament a establir i regular un *holding* públic d'empreses adscrites al Servei Català de la Salut.

Responen a aquest esquema dues resolucions de 31 d'agost de 1992, que donen publicitat als acords de creació de les empreses públiques Gestió de Serveis Sanitaris i Institut d'Assistència Sanitària; i la Resolució d'1 de setembre de 1992, que publica l'acord de creació de l'empresa pública Gestió i Prestació de Serveis de Salut. En els tres exemples citats es tracta d'empreses públiques de les que preveu l'article 1.b de la Llei 4/1985.⁷² També formen part del mateix grup empresarial les empreses públiques amb forma de societat anònima Energètica d'Instal·lacions Sanitàries SA, creada per Ordre de 2 de juliol de 1991, i Sistema d'Emergències Mèdiques SA, creada per l'acord del Govern de la Generalitat de 14 de desembre de 1992, fet públic per la Resolució de 21 de desembre de 1992. La participació del Servei Català de la Salut en l'un i l'altre cas és diferent. Sistema d'Emergències Mèdiques SA ha estat creada exclusivament amb fons d'aquest Servei, mentre que el capital d'Energètica d'Instal·lacions Sanitàries SA ha estat subscrit i desemborsat a parts iguals pel Servei Català de la Salut i pel Centre d'Informació i Desenvolupament Empresarial.

71. L'exposició de motius d'aquesta Llei diu expressament que el legislador ha volgut evitar configurar aquest Servei com un organisme autònom de caràcter administratiu, atesa la diversitat de centres, establiments i serveis de caràcter públic i privat que agrupa. No obstant això, tenint en compte la seva activitat, entenem que li són aplicables les reflexions que hem apuntat en analitzar la naturalesa jurídica de les juntes de Residus i de Sanejament. Efectivament, el Servei Català de la Salut pot prestar, directament o indirectament, serveis sanitaris; però la seva activitat té un marcat caràcter públic, en exercici de les funcions d'ordenació, planificació, programació i avaluació sanitàries, socio-sanitàries i de salut pública, com també la funció de distribució dels recursos econòmics afectats al finançament del sistema sanitari públic.

72. El fet que aquestes resolucions siguin anteriors a la Llei 11/1995 no comporta cap vulneració a la reserva de llei prevista per a la creació d'entitats d'aquesta mena, en el mesura que l'article 7.2.4 de la Llei 5/1990 ja preveia que, dins el marc del Servei Català de la Salut, es pugui crear qualsevol entitat admesa en dret quan convingui per a la gestió i execució dels serveis o les actuacions sanitàries; l'article 9.f de la mateixa Llei atribueix al Consell Executiu de la Generalitat la creació d'aquestes entitats. Així, doncs, en cap dels supòsits analitzats no es provoca cap distorsió en l'articulació tècnica del joc de relacions entre llei i reglament. Succeeix, però, que el legislador cedeix al Govern la presa de decisions sobre l'estructura de l'Administració autonòmica en un camp especialment propici per a la dissolució de responsabilitats eventuais.

En darrer terme, i per tal de fer esment d'altres empreses públiques amb forma de personificació juridicoprivada, podem dir que l'article 35 de l'Estatut de l'empresa pública catalana atribueix al Consell Executiu la facultat d'acordar la constitució de societats subjectes a les normes civils i mercantils i estableix un contingut mínim que haurà de tenir aquest acord (la determinació de l'objecte social, el capital fundacional, la participació directa o indirecta de la Generalitat en la societat creada i la forma jurídica que haurà d'adoptar). Fent ús d'aquesta facultat s'han dictat, a títol d'exemple, la Resolució d'1 de març de 1991, per la qual s'aprova la constitució de Regs de Catalunya SA, i la Resolució de 4 d'agost de 1993, de constitució de la societat pública Ens per al Cessament Agrari SRL. En el primer cas el capital social pertany en la seva totalitat a la Generalitat, mentre que el segon és un exemple en què la societat esmentada té només un 45 % de capital públic.⁷³

V. Conclusions: sobre la necessitat de retornar a conceptes materials

Hem partit en aquest treball de la consideració tradicional de l'organització com una potestat domèstica de l'Administració per acabar constatant un clar predomini de la llei en l'exercici de la *potestas instituendi* en l'àmbit de les personificacions instrumentals de caràcter fundacional. Aquest predomini, però, no es deriva de l'existència d'una reserva de llei en aquesta matèria.

La Constitució reserva a la llei la definició de tipus generals, però no l'exercici de la potestat organitzatòria, que és una potestat atribuïda a l'Administració en aplicació de les fórmules i d'acord amb els principis o criteris definits a la llei. En altres paraules, es preveu l'existència d'una llei que defineixi les fórmules jurídiques que pot emprar l'Administració per tal de servir de manera més eficaç l'interès general. Una llei, per tant, que ha de permetre a l'Administració organitzar-se de la manera més adient possible per a l'exercici de cadascuna de les activitats que ha de portar a terme i que ha de preveure les conseqüències jurídiques que es deriven de l'aplicació de cadascun dels tipus legals.

Traslladant aquestes reflexions al nostre objecte d'estudi, observem que la reserva de llei es veu satisfeta per la LEEA, la LGP i la Llei 4/1985, les quals defineixen el règim jurídic bàsic dels organismes autònoms i les empreses públiques —emprems simultàniament la terminologia de la legislació estatal i autonòmica. En relació amb l'exercici de la potestat organitzatòria, aquestes tres normes tenen un element en comú: atribueixen al legislador l'exercici de la *potestas instituendi*. En altres paraules, redueixen l'amplitud de la potestat reglamentària en matèria organitzativa, configurant una reserva formal de llei per a la creació, determinació de funcions, recursos i bases de l'organització i del règim jurídic dels organismes autònoms de caràcter administratiu i les empreses públiques, a excepció de les que

73. En tant que empreses públiques amb forma de personificació juridicoprivada, les societats anònimes esmentades estan subjectes al dret privat, fins i tot en matèria de contractació. Ara bé, els contractes que celebrin les societats Sistema d'Emergències Mèdiques SA, Energètica d'Instal·lacions Sanitàries SA i Regs de Catalunya SA estaran sotmesos a les normes de publicitat i concurrència previstes a la LCAP per tractar-se de societats mercantils amb capital majoritari de «les Administracions públiques, dels seus organismes autònoms o d'altres entitats de dret públic» (article 6 LCAP).

adoptin la forma jurídica de societat. Aquesta solució permet, pel joc del rang legal, que les entitats creades no s'adeqüin necessàriament a la tipologia definida per les lleis de caràcter general, obrint la possibilitat que es creïn tants tipus com entitats. També és plenament acceptable, des del punt de vista de les relacions entre la llei i el reglament, que la llei remeti al reglament la regulació d'algun o tots els aspectes reservats per a la creació d'un ens públic o que deslegalitzi tota la matèria continguda a la reserva formal. Al nostre parer, però, la utilització de qualsevol d'aquestes possibilitats mereix una reflexió de caràcter general.

La realitat actual fa molt difícil mantenir un concepte material de llei, com també es fa difícil mantenir un concepte material d'Administració. També és cert que resulta en certa mesura il·lús sostenir que l'autoreserva legal en matèria d'organització administrativa obeeix a una concepció garantista, que intenta deixar en mans d'una instància amb major capacitat de reflexió que l'Administració l'adopció de decisions que poden tenir com a conseqüència la dissolució de responsabilitats i l'aplicació del dret privat a amplis sectors de l'activitat administrativa. De fet, si partíssim de l'existència d'una tipologia general ben definida, que establís una clara correlació entre tipus d'activitat, forma i règim jurídic aplicable al finançament, els pressupostos, el personal i la contractació de cada categoria, el perill de desviació esmentat no existiria.

Succeeix, en canvi, que hem de fer front a la inexistència d'un instrumentari jurídic adequat al caràcter prestacional de l'Administració, que posi accent especial en la satisfacció de l'interès general, i no només —però també— en les garanties dels particulars. Aquest dèficit estructural del dret públic provoca que es tendeixi a generalitzar la creença que en la utilització del dret privat es troba la clau de l'eficàcia de l'actuació administrativa, quan aquesta hauria de venir de la mà d'un aprofundiment en la recerca de noves formes organitzatòries i d'una racionalització en l'aplicació de les actuals. Aquesta creença generalitzada, en traslladar-se a les mans del legislador, dóna com a fruit un panorama com el que hem intentat mostrar: el legislador fa ús de les característiques de les seves decisions per tal de crear figures híbrides que responguin a les necessitats més imminents de la gestió de polítiques governamentals concretes.

Si fossin certes aquestes reflexions, semblaria convenient un cert retorn al caràcter general de la llei o, si no n'hi ha, un cert aprofundiment en el caràcter reflexiu de la institució parlamentària; una delimitació dels àmbits materials propis del legislador i, si escau, dels àmbits propis de l'Administració; una redefinició del concepte d'empresa pública i, per què no, del concepte mateix d'Administració, acceptant plenament la possibilitat que aquesta actuï en règim de dret públic i en règim de dret privat, però delimitant també de manera molt clara els diferents supòsits. Semblaria convenient, en definitiva, un cert retorn als conceptes materials.

