

REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 4/1985, DE 29 DE MARZO, DEL ESTATUTO DE LA EMPRESA PÚBLICA CATALANA

Mercè Darnaculleta i Gardella

Becaria de investigación (FPI-MEC) de la Universidad de Girona

I. Reflexiones preliminares sobre la articulación entre la Ley y el reglamento en el ámbito de las personificaciones instrumentales

Tradicionalmente se ha venido considerando que la Administración puede configurar su propia estructura con un amplio margen de libertad, sin verse limitada en el ejercicio de esta actividad por la intervención del Parlamento. Esta concepción se corresponde con la existencia de numerosos reglamentos que tienen como único objeto la regulación de los aspectos orgánicos necesarios para poner en funcionamiento un órgano o ente administrativo y que no responden, en su relación con la ley, a los esquemas clásicos de ejecución o desarrollo. Las peculiares características de los reglamentos dictados en ejercicio de la potestad organizatoria han sido objeto de varias explicaciones.¹ La línea argumental que más éxito ha tenido entre nosotros es la que considera la organización como una potestad doméstica inherente al ejecutivo. En esta concepción se mezcla la influencia de la doctrina francesa, que intenta hallar un ámbito «autónomo» del reglamento, y la alemana, que niega el carácter jurídico de las normas que no tienen efectos *ad extra*. A consecuencia de la asimilación conjunta de estas tradiciones surge la identificación entre reglamentos independientes o autónomos (en su relación con la ley) y reglamentos organizativos (calificados de administrativos o no jurídicos, por sus efectos), que todavía es sostenida, con matices, por una parte de la doctrina.²

La potestad organizatoria, como campo propio de unos reglamentos con características peculiares en su relación con la ley, no se analizará en este trabajo en

1. Cuando estos reglamentos son dictados por entidades locales se ha vinculado el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia organizativa al reconocimiento constitucional de su autonomía. Como pone de manifiesto J. M. Baño León, la doctrina siempre ha considerado que la autoorganización es la «medida necesaria y mínima» de cualquier forma de autonomía. 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. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1990, pág. 226. Como tendremos ocasión de comentar con más precisión, estos autores no aceptan el carácter no jurídico que se predicaba de este tipo de reglamentos en su concepción originaria.

roda su extensión sino solamente en lo que atañe a la estructura y funcionamiento de entidades dotadas de personalidad jurídica propia que, dependiendo de su naturaleza, se someten a distintos regímenes jurídicos. Para hacernos una idea de cómo deben ser las relaciones entre la ley y el reglamento, en este caso es necesario averiguar a quién corresponde la decisión de crear, junto a una organización departamental, personas jurídicas dependientes de una administración matriz.

Una aproximación a este tema debe encuadrarse necesariamente en el papel que otorga la Constitución a los poderes públicos, teniendo en cuenta que el juego de relaciones entre el legislativo y el binomio Gobierno-Administración afecta en dos sentidos a nuestro trabajo. Por un lado, debe tenerse en cuenta que el protagonismo que adquiere el ejecutivo con el advenimiento del Estado social ha llevado a sobredimensionar la organización administrativa y a adoptar nuevos modelos organizativos, con el objeto de dar mayor satisfacción al interés general. La creación de entes con personalidad jurídica propia insertados en la estructura administrativa es una técnica que ha dado mucho de sí para servir a dicha finalidad, no sólo en el campo de la denominada descentralización funcional sino también, en general, en el ámbito de la intervención de la Administración en la actividad económica. Paralelamente, el mismo fenómeno de aumento de la importancia relativa del binomio Gobierno-Administración respecto al Parlamento ha propiciado una relectura de la explicación tradicional de las relaciones entre la ley y el reglamento. Esta revisión, que generalmente explica la importancia cuantitativa y cualitativa del reglamento en detrimento de las normas de producción parlamentaria, no sirve para consolidar la tesis de la libertad de la Administración en la configuración de su organización. Al menos no en los términos tradicionales, en que organización y reglamentos independientes se concebían como un tipo de relación de equivalencia. La Constitución reclama cierto grado de intervención de la ley en la configuración de la organización administrativa, recuperando a su favor un sector material que, *de facto*, le había sido sustraído.

El trabajo que presentamos se inicia con una breve exposición del sentido de las relaciones ley-reglamento en el campo de la organización, para entrar a analizar su plasmación en el sector (el de las denominadas personificaciones instrumentales)³ que mejor refleja la transformación operada en el seno de la Administración como consecuencia de la paulatina asunción de nuevas tareas por parte de ésta. La vinculación que se lleva a cabo entre el análisis de este fenómeno y la técnica de las personificaciones instrumentales no se presenta como una relación causa-efecto, sino como una mera delimitación del objeto de estudio. A pesar de ello, puede resultar interesante reflexionar sobre la mayor exigibilidad de la reserva de ley en el ejercicio de la potestad organizatoria cuando ésta puede tener como consecuencia la disolución de responsabilidades y la aplicación del derecho privado en amplios

3. En esta presentación utilizamos la terminología acuñada por Santamaría Pastor (a pesar de que no ha sido la que ha tenido más aceptación por parte de la doctrina) para simplificar la denominación de la realidad que analizaremos, con una precisión previa: el objeto de este estudio se limita a las personificaciones instrumentales de carácter fundacional, excluyéndose expresamente las personificaciones de carácter corporativo. *Vid.*, al respecto, Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pág. 1197 y ss.

sectores de la actividad administrativa, con la consiguiente pérdida de las garantías que se encuentran en la génesis del derecho administrativo. Teniendo en cuenta que estas reflexiones son válidas tanto para la Administración estatal como para las administraciones autonómicas, haremos especial referencia a la plasmación del fenómeno en Cataluña, analizando determinados preceptos del Estatuto de la empresa pública catalana, así como algunas normas de creación de entidades con personalidad jurídica propia de distinta naturaleza.

II. El sentido originario de la terminología actual. Diversas explicaciones para una misma realidad

Los conceptos de reglamento independiente y reglamento de organización, que a menudo se han utilizado para explicar una misma realidad,⁴ responden a criterios clasificatorios distintos. Los reglamentos son calificados de independientes, *preater legem* o autónomos, en contraposición a los ejecutivos o *secundum legem*, para describir su relación con la ley; mientras que pueden ser calificados de administrativos o de organización, en contraposición a los jurídicos o normativos, según si afectan o no a la esfera jurídica de los particulares.

Esta segunda clasificación, que conlleva la negación del carácter jurídico de los reglamentos que regulan la organización administrativa, tiene su origen en el concepto de ley que se generaliza en Alemania a partir fundamentalmente de la construcción de Paul Laband y Georg Jellinek.⁵ Ambos autores intentan definir un ámbito material de actuación de la ley (con lo cual también delimitan el ámbito de actuación propio del Parlamento) y para hacerlo proponen distinguir entre ley formal y ley material. Se parte de una determinada concepción del derecho, según la cual éste tiene por finalidad regular las relaciones entre los individuos, fijando sus respectivos derechos y obligaciones. Esta regulación se expresa mediante proposiciones jurídicas. Cuando el Parlamento dicta una ley que contiene proposiciones jurídicas (mandatos que inciden en la esfera jurídica de los particulares) estamos ante una ley material; en cambio, cuando el mandato emitido por el Parlamento no tiene esta finalidad, estamos ante una ley formal.⁶ El ámbito de actuación del reglamento en uno u otro campo da lugar a la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos.

4. La realidad a la cual hacemos referencia se resume en la utilización de la potestad reglamentaria para modificar la estructura organizativa de la Administración, sin que haya ninguna ley que lo autorice o prevea previamente.

5. Esta tesis originaria es revisada por la misma doctrina alemana con motivo de su adaptación a los principios de la Ley fundamental de Bonn. Sobre el reconocimiento de la eficacia jurídica de los reglamentos administrativos se puede ver, entre otros, R. García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 75.

6. Como pone de manifiesto Santamaría Pastor, aunque la construcción de estos dos autores es la más generalizada, los conceptos de ley material y ley formal no tienen un significado unívoco. Junto a la tesis «clásica» propuesta por Laband y Jellinek, al menos conviven otras dos líneas teóricas: la representada por G. Anschütz, que identifica la ley material con las proposiciones jurídicas que afectan a la libertad y a la propiedad de los individuos, y la representada por G. Meyer, que entiende que la ley material se define por su generalidad, de modo que las decisiones particulares emitidas por el Parlamento serán leyes formales. En *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., pág. 521.

Los reglamentos jurídicos son aquellos que contienen proposiciones jurídicas. Por ese motivo, para poder ser dictados necesitan de una habilitación legal previa que defina su campo de actuación. Los reglamentos administrativos, en cambio, al no afectar a la esfera jurídica de los particulares, no se consideran normas jurídicas, de modo que pueden ser dictados sin necesidad de habilitación legal, e incluso sin que exista una ley previa. Este esquema se completa con la teoría de las reservas de ley. La exigencia de que determinadas materias deban ser necesariamente reguladas por la ley da lugar al denominado principio de reserva de ley, que se convierte en la pieza clave del reparto de los campos materiales entre la ley y el reglamento.

Partiendo de la inexistencia de una norma constitucional que llevara a cabo este reparto, surgió la teoría de las relaciones especiales de sujeción⁷ y la categoría de los reglamentos de organización.

En relación con estos últimos, se ha venido manteniendo que los reglamentos de carácter orgánico, precisamente porque sólo afectan al ámbito interno o doméstico de la Administración, son los reglamentos administrativos por excelencia. De esta manera se explica la existencia de unos reglamentos «diferentes»: reglamentos que pueden existir sin necesidad previa de una ley.

Esta realidad, contemplada desde el primer criterio clasificatorio mencionado,⁸ se explica a partir de la catalogación entre reglamentos ejecutivos, reglamentos independientes y reglamentos de necesidad,⁹ elaborada por Lorenz von Stein. Excluida desde muy pronto la admisión de los reglamentos de necesidad, en nuestro entorno ha tenido una gran aceptación la distinción entre los reglamentos *secundum legem* o ejecutivos, y los reglamentos *praeter legem* o independientes. La relación entre ley y reglamento en el caso de los reglamentos *secundum legem* o ejecutivos responde a uno de los postulados más clásicos del Estado liberal, según el cual el Parlamento regula, mediante ley, una determinada materia, dejando que el reglamento establezca las normas necesarias para su ejecución.¹⁰ Los reglamentos *praeter*

7. Sobre esta teoría, su aplicación jurisprudencial y los principales problemas que presenta se puede ver la monografía citada de R. García Macho, así como 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. Es decir, desde la perspectiva de la relación entre la ley y el reglamento.

9. Como intento de revitalizar el principio monárquico, von Stein justifica los reglamentos *contra legem* o de necesidad y los define por el hecho de ser dictados en circunstancias excepcionales (que permiten una suspensión transitoria del principio de supremacía de la ley y una concentración de potestades normativas en manos del ejecutivo) y entrar en contradicción con las leyes vigentes.

10. La evolución de las relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo acaba convirtiendo esta forma de colaboración simple entre ley y reglamento en una excepción, al mismo tiempo que se imponen nuevas modalidades de colaboración que se caracterizan por un crecimiento del grado de cesión del espacio normativo de la ley a favor del reglamento. Ello no ha impedido que se mantenga el concepto de reglamento ejecutivo, aunque esta denominación abarca lo que Gallego Anabitarte califica como reglamentos para la ejecución y aplicación de la ley y reglamentos de desarrollo y complemento de la ley. A. Gallego Anabitarte y A. Menéndez Rexach, «Las funciones del Gobierno: comentario al artículo 97 CE», en *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución española de 1978* (dir. O. Alzaga), tomo VIII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985. Por otra parte, se han introducido nuevas nociones que intentan explicar el fenómeno de la proliferación de reglamentos *materialmente* independientes, dictados en virtud de una habilitación legal previa; se trata de la deslegaliza-

legem o independientes, según el sentido que se les ha venido dando en España, son los dictados por el Gobierno o la Administración en materias no reguladas por las leyes y sin la autorización o remisión previa por parte de éstas. La existencia y proliferación de este tipo de reglamentos se contradice con la escasa fundamentación que tienen, ya que surgen en un contexto en el cual los esfuerzos dogmáticos tienden a reforzar la supremacía de la ley.

En Francia¹¹ la doctrina califica de autónomos los reglamentos dictados por el ejecutivo, en uso de la potestad reglamentaria general que le atribuye la Constitución, sin habilitación legal, y que tienen por objeto una materia no regulada previamente por una ley. Los reglamentos autónomos són válidos en el ejercicio de la actividad de policía y en la creación y régimen de funcionamiento de los organismos y servicios públicos.

Retomando el hilo argumental con que hemos iniciado el párrafo, vemos cómo dos concepciones de origen diverso convergen en la aceptación de que la organización administrativa pueda ser regulada por reglamentos sin necesidad de una ley previa. La aceptación de que la organización administrativa constituye un ámbito propio de la Administración supone configurar en este campo una reserva de Administración.¹²

III. La potestad organizatoria de la Administración a la luz del artículo 103.2 de la Constitución

Según el artículo 103.2 de la Constitución «Los órganos de la Administración del Estado están creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley». El tenor de este precepto nos plantea dos cuestiones en orden a determinar su ámbito de aplicación y el papel que puede jugar el reglamento en la organización administrativa.

La cuestión relativa al ámbito de aplicación del artículo 103.2 CE se desglosa en varios puntos de reflexión:

a) Podemos preguntarnos si la expresión relativa a los órganos de la Administración incluye al Gobierno. Ello puede conducirnos a la necesidad de fijar una línea divisoria que separe, en el plano organizativo, al Gobierno de la Administración.¹³

ción de materias, también denominada remisión en blanco al reglamento, que se produce cuando una ley deja en manos de lo que viene a denominarse reglamento delegado la regulación completa de un determinado ámbito material.

11. Nos referimos a la experiencia de este país, dado que es el único que nos ofrece un análisis de la aparición y desarrollo de esta categoría de reglamentos. Vid. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, IV, París, 1924, pág. 727 y ss.

12. Este extremo comportaría aceptar no sólo que el reglamento pueda regular esta materia sin necesidad de que una ley previa lo habilite sino que, precisamente, la ley no puede llevar a cabo esta regulación.

13. Dada la clara distinción funcional que establece respecto a uno y otro el título IV de la Carta Magna. En este sentido se pueden ver las reflexiones de Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach en el ya citado comentario al artículo 97 CE (pág. 37 y ss.) y 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)», en *Estudios de la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991.

Esta cuestión, sin embargo, es estéril a los efectos del presente trabajo, con lo cual simplemente la dejamos apuntada.¹⁴

b) La literalidad de la expresión «órganos de la Administración del Estado» que contiene el artículo 103.2, así como su ubicación en el título IV, «del Gobierno y de la Administración», no se consideran obstáculos para entenderlo aplicable a la Administración de las comunidades autónomas. De hecho, es pacífica la aplicabilidad a éstas de todos los preceptos constitucionales alusivos a la Administración pública, debido a la amplia concepción de Estado que se desprende de la Constitución.¹⁵

c) Finalmente, podemos preguntarnos si la referencia a los órganos de la Administración excluye la creación de personificaciones instrumentales del artículo 103.2. La respuesta necesariamente debe ser negativa, teniendo en cuenta que se está pensando en la Administración pública *in totum*, sin entrar en el detalle de la diversidad de formas jurídicas que adopta como complejo organizativo destinado al cumplimiento de las diversas funciones que le impone la satisfacción del interés general.¹⁶

Así, queda claro que dentro del ámbito orgánico del artículo 103.2 CE, tanto dentro de la Administración estatal como autonómica, se hallan incluidas las personificaciones instrumentales. Sólo falta averiguar cómo se articula la relación entre la ley y el reglamento en base a este precepto. La solución depende en parte de la

14. En contra de la tradicional caracterización del ejecutivo, según la cual el Gobierno se configura como vértice de la pirámide organizativa de la Administración, Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach afirman que una aproximación orgánica al artículo 97 CE nos permite distinguir al Gobierno de la Administración. La separación de ambas realidades conllevaría la aplicación del artículo 103 CE sólo a esta última. J. Barcelona Llop, partiendo inicialmente de un razonamiento similar (la distinción entre Gobierno y Administración), llega a la conclusión contraria (la consideración del Gobierno como órgano de la Administración). Para este autor el dato determinante en este sentido es la aplicación del derecho administrativo al Gobierno.

15. Sobre la aplicación de este precepto a las comunidades autónomas, *vid.* T. Font i Llovet, «La Administración institucional de las comunidades autónomas: Notas sobre la Generalidad de Cataluña», RAP, núm. 93, 1980, pág. 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, pág. 35 y 36. No comparte la misma opinión J. Barcelona Llop, quien considera que la mencionada extensión de los preceptos constitucionales relativos a la Administración a las comunidades autónomas se produce en base a su conexión con el artículo 149.1.18, dado que los mismos configuran un modelo de Administración pública. Según este autor, el hecho de que los órganos de la Administración deban ser creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley no tiene ninguna incidencia sobre la configuración de este modelo, y menos todavía teniendo en cuenta que esta expresión no supone el establecimiento de una reserva de ley (*op. cit.*, pág. 2360).

16. El artículo 103.2 se refiere a la Administración como organización; de ahí la terminología utilizada. Por si este argumento no resultara suficiente, podemos recoger las reflexiones de M. Bassols i Coma, quien en «Diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», RAP, núm. 88, 1989, pág. 124 y 127, considera aplicable el artículo 103.2 CE a la configuración de lo que él denomina Administración institucional y sector público económico, como imperativo del Estado social y democrático de derecho. Con esta afirmación se está pensando precisamente en las mayores repercusiones jurídicas que tiene la utilización de las personificaciones instrumentales en la organización administrativa en relación con la relativa inocuidad que supone la creación, supresión o modificación de órganos.

concepción previa que se tenga sobre el principio de legalidad, el ámbito propio de la ley y el origen de la potestad reglamentaria. En relación con estos presupuestos previos podemos distinguir tres grandes líneas argumentales:¹⁷

a) Un sector doctrinal, encabezado por García de Enterría,¹⁸ sostiene que:

- Existe un tipo de reserva material general de ley, o reserva implícita, que afecta a todas las materias relativas a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos.¹⁹
- Desde el punto de vista de la relación entre ley y reglamento, se concibe la reserva de ley en los términos definidos por la doctrina alemana, de modo que, en las materias reservadas, siempre es necesaria una habilitación parlamentaria para que el Gobierno pueda dictar un reglamento.
- Previa habilitación legal, el Gobierno puede dictar reglamentos para la ejecución, desarrollo o complemento de la ley.²⁰
- Al no existir, paralelamente a la reserva de ley, una reserva de reglamento, el Gobierno no puede dictar reglamentos independientes. La única excepción es la relativa al ámbito material organizativo, al cual se añaden determinados supuestos de relaciones de supremacía especial.²¹

b) Gallego Anabitarte²² sostiene una tesis opuesta:

- La Constitución establece, mediante un complicado esquema de formas y contenidos diversos, una serie de materias que deben ser reguladas mediante una disposición con rango de ley,²³ con lo cual se diseña una amalgama de reservas de ley, pero no, de manera implícita, una reserva general.

17. En este punto se sigue la sistematización propuesta por C. Viver i Pi-Sunyer, «La part final de les lleis», en *GRETEL: La forma de les lleis*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 159, debidamente adaptada a los propósitos de este trabajo. Este autor agrupa las distintas posturas doctrinales en relación con la necesidad o no de habilitación parlamentaria para dictar reglamentos.

18. García de Enterría, E., y T. R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, pág. 214.

19. Por lo que a nosotros nos afecta, estos autores entienden que hay una reserva de ley en todo lo que no es mera organización interna de la Administración.

20. La aceptación de esta posibilidad, sin entrar a matizar la intensidad de las reservas concretas establecidas en la Constitución, convierte la reserva de ley en un dato formal ya que se pone el acento sólo en el hecho de que la ley abra la regulación de las materias reservadas.

21. Esta concepción de la reserva de ley y la delimitación de los reglamentos independientes en el ámbito de la organización administrativa, aunque tiene un anclaje muy claro en la distinción sostenida por la doctrina alemana entre reglamentos jurídicos y administrativos (en la versión de Anschütz), no supone la aceptación total de sus consecuencias, ya que se afirma expresamente el carácter jurídico de los reglamentos organizativos (como ya había propuesto la propia doctrina alemana).

22. Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, *op. cit.*, pág. 74 y ss. Partiendo de reflexiones semejantes, Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1982, pág. 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, pág. 471 y ss.

23. Este punto en concreto no es aceptado por quienes sostienen que la reserva de ley conlleva una reserva de procedimiento (una garantía del procedimiento legislativo en la regulación de una materia). Así, no admiten que las materias reservadas a la ley puedan ser reguladas por cualquier norma con rango de ley (exclusión expresa, por tanto, de los decretos-leyes), entre otros, I. de Otto y Pardo, *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*, Ariel, 1987; J. Barcelona Lloa, *op. cit.*, pág. 2409 y ss.

- El Gobierno, en aquellos ámbitos materiales en que puede entrar el reglamento e incluso en materias reservadas, no necesita una habilitación parlamentaria previa para dictar un reglamento, ya que la potestad reglamentaria es originaria y no deriva de la ley.

El alcance de la potestad reglamentaria depende de la intensidad de la reserva. En el ámbito de los derechos y deberes del capítulo II, título I CE, no pueden dictarse reglamentos de desarrollo ni siquiera si la ley lo habilita expresamente,²⁴ pero sí se permiten los reglamentos aplicativos de tipo procedimental.²⁵ Si la reserva de ley es absoluta («sólo por ley»), no se puede dictar ningún tipo de reglamento. Si la reserva es relativa (demás apelaciones a la ley por parte de la Constitución), se pueden dictar reglamentos de ejecución y desarrollo de la ley. Finalmente, en las materias que no deben ser reguladas necesariamente por ley (materias sobre las cuales la Constitución no dice nada al respecto) el Gobierno puede dictar reglamentos independientes.

c) Entre estas dos posiciones estaría la representada por Bassols Coma y por Gómez Ferrer, que exigen la necesidad de una habilitación expresa en los supuestos en que la Constitución establece una reserva de ley.²⁶

Centrándonos concretamente en el artículo 103.2, podemos afirmar que mayoritariamente se interpreta que el mismo contiene una reserva de ley, aunque se pone de manifiesto que la misma deja un margen muy amplio de actuación al reglamento. Sin embargo, paralelamente a las concepciones generales antes expuestas, podemos destacar varias líneas argumentales.

La amplitud admitida como margen de actuación del reglamento llega a la admisión del reglamento independiente en la concepción de García de Enterría, según la cual la Administración puede dictar reglamentos organizativos sin necesidad de una ley previa. Estos reglamentos no podrán contradecir los principios de acuerdo con los que, según el artículo 103.2 CE, se deben crear, regir y coordinar los órganos administrativos.²⁷

Dentro de la concepción general encabezada por Gallego Anabitarte sobre la reserva de ley, podemos hallar varias interpretaciones doctrinales acerca del artícu-

24. Esta habilitación legal sería inconstitucional. La regla expuesta se exceptiona en aquellos supuestos en que la Constitución utiliza las locuciones «de acuerdo con las leyes» o «con arreglo a las leyes».

25. En la exposición de Gallego Anabitarte se contiene una distinción, dentro de lo que nosotros hemos denominado reglamentos ejecutivos, entre reglamentos cuyo contenido consiste en desarrollar y completar la ley (reglamentos *intra legem*) y aquellos otros que preparan la ejecución de la ley con el establecimiento de reglas para su aplicación procedimental (reglamentos *secundum legem* propiamente dichos).

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

27. Dentro de este marco la Administración tiene atribuida la potestad organizatoria, que es inherente a su posición jurídica y que excluye la necesidad de que una ley previa habilite su ejercicio. Sosteniendo un criterio análogo en cuanto a la amplitud de la potestad reglamentaria en materia organizativa, aunque sin admitir los reglamentos independientes, López Ramón, «La potestad organizatoria de la Administración en el tránsito de un Estado autoritario a un Estado de derecho», REVL, núm. 223, 1984, págs. 274 y ss.

lo 103.2. Un amplio sector entiende que este precepto excluye la posibilidad de que se dicten reglamentos independientes en su ámbito de aplicación y exige que una ley fije las bases o los criterios que deberá seguir el reglamento.²⁸

De este modo, no se reserva a la ley la creación de órganos administrativos sino la decisión de los criterios que deben presidir esta creación y, por tanto, también la decisión del órgano a quien corresponde tal creación.²⁹ Si la ley atribuye esta decisión al titular de la potestad reglamentaria, estaremos ante un supuesto de remisión normativa.³⁰

Otro sector doctrinal extiende el sentido de la reserva contenida en el artículo 103.2 a la *potestas instituendi* o decisión sobre la creación de una organización concreta. En ese sentido distingue entre creación de la organización, establecimiento o configuración y puesta en funcionamiento de la misma,³¹ para exponer la existencia de una gradación en la reserva de ley, que es absoluta en la primera fase y que se va relajando en las fases posteriores.³²

Por su parte, J. Barcelona Llop plantea una tesis peculiar sobre la interpretación del artículo 103.2 CE. Después de exponer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reserva de ley,³³ este autor entiende que la expresión «de acuerdo con la ley» no supone en este caso una reserva de ley, debido a que la articulación técnica de la misma es imposible de aplicar en materia organizativa. La expresión citada

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

29. Eso supone entender que la Constitución hace una llamada a la ley en materia organizativa, pero sólo para dejar que sea el Parlamento quien decida qué aspectos de la potestad organizatoria se deben dejar en sus manos y cuáles en manos del reglamento. En palabras de J. L. Martínez López Muñiz, «la titularidad de la potestad de crear órganos administrativos no se reserva por la Constitución a la ley, pero cabe la autoreserva o reserva en sentido formal, por el juego de la congelación del rango», en «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, pág. 204.

30. Según J. Tornos Mas, *La relación entre la ley y el reglamento...*, *op. cit.*, hay reglamentos que no ejecutan las leyes, sino que regulan un aspecto material que ha sido remitido por la ley. No son reglamentos independientes, porque existe una reserva de ley y ésta ha sido necesaria para que se pueda dictar el reglamento; pero tampoco son reglamentos ejecutivos.

31. La doctrina alemana distingue tres fases ideales en el proceso de constitución de organizaciones: la creación de la organización, consistente en la decisión del poder público competente de que determinadas funciones se ejerzan por el aparato orgánico que se crea; el establecimiento o la configuración de la organización, que supone la determinación de su estructura interna y sus funciones concretas; y la puesta en funcionamiento de la organización, que comporta la atribución de los elementos materiales y personales a la organización creada. Este planteamiento lo encontramos en Santamaría Pastor, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 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 Coma, *Diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria...*, *op. cit.*, pág. 127. En el mismo sentido, Álvarez Rico, *Principios constitucionales*, *op. cit.*, pág. 41 y 42.

33. Destacando que cuando existe una reserva de ley se excluye la posibilidad de que se dicten reglamentos independientes en la materia reservada y se prohíben las habilitaciones en blanco en favor de la potestad reglamentaria.

puede indicar sencillamente la mediación formal de la ley, sin que se le exija un contenido mínimo. Esta conclusión nos plantea algunos problemas de encaje en la exposición general sobre la reserva de ley, ya que no llegamos a descifrar el sentido de esta mediación formal.³⁴

IV. Reserva y autorreserva legal en el ámbito de las personificaciones instrumentales. Especial referencia a la legislación autonómica

a) *Las bases constitucionales*

Dado que pretendemos desarrollar este epígrafe haciendo referencia tanto a la legislación estatal como a la autonómica, parece necesario hacer un breve paréntesis para buscar las bases constitucionales que definen la relación entre ambas. Para empezar debe tenerse en cuenta que la utilización de la técnica de creación de personificaciones instrumentales está en manos de ambos poderes públicos en base a su potestad de autoorganización y que la utilización de estas técnicas para intervenir en la actividad económica se halla reconocida para los dos niveles en el artículo 128 CE, que ampara la iniciativa pública económica.³⁵

El problema está en determinar el grado de libertad que tienen las comunidades autónomas en la configuración de su organización. Algún autor afirma, concretamente en relación con la empresa pública, que la Constitución deja un margen muy escaso de actuación autonómica, al atribuir al Estado el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas³⁶ y la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil.³⁷ Otra interpretación doctrinal sostiene

34. Este autor no considera necesaria la habilitación legal previa para que se pueda dictar un reglamento, de modo que la explicación no puede venir por ese lado. Por otra parte, si lo que nos quiere decir es que la ley puede intervenir para decidir libremente qué ámbito material quiere regular, no se ve la necesidad de la mencionada expresión, dado que el ámbito de la ley es ilimitado. Finalmente, si se quiere decir que la ley debe intervenir, ¿cómo es que no estamos ante una reserva de ley? Seguramente el problema parte del hecho de que se está interpretando que la «mediación formal de la ley» que exige el artículo 103.2 incluye la decisión sobre la creación de una organización administrativa concreta. Siendo así, ciertamente, la reserva de ley en este ámbito se vería vulnerada por una tradición de reglamentos independientes y remisiones en blanco. Por eso nos parece más acertado interpretar que, efectivamente, existe una reserva de ley, pero que ésta, en realidad, no abarca genéricamente el campo de la organización sino solamente el relativo a determinadas decisiones sobre la misma.

35. Nos sumamos a la opinión doctrinal mayoritaria que señala que este precepto no se refiere sólo al Estado sino a todos los poderes públicos y, por tanto, también a las comunidades autónomas. S. Martín Retortillo-Baquer, «Comunidades autónomas y sector público», *Autonomías*, núm. 9, 1988, pág. 7 y ss.; J. C. Laguna Paz, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, 1991, pág. 70; M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 170.

36. Y, por tanto, las de las formas públicas de personificación. Ver J. C. Laguna Paz, *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pág. 70. En el mismo sentido puede verse la STC 14/1986 cuando, al analizar el 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» (fundamento jurídico 9).

37. En la cual queda comprendida la regulación de las sociedades públicas mercantiles. Sobre la competencia estatal en la regulación de las sociedades públicas, en base al art. 149.1.6 CE (que le

que el artículo 149.1.18 actúa como límite en la ordenación de la actividad externa de las personificaciones instrumentales, pero no en los aspectos puramente organizativos y de funcionamiento interno; y que el artículo 149.1.6 no tiene un significado tan amplio como el que le pretende dar el Tribunal Constitucional.³⁸ A efectos de nuestro estudio nos interesa retener los términos de este debate para definir el alcance concreto del artículo 149.1.18, por lo que veremos a continuación.

b) Interpretación de la reserva de ley

El artículo 6 de la Ley de entidades estatales autónomas (en adelante, LEEA),³⁹ el artículo 6 de la Ley general presupuestaria (LGP)⁴⁰ y, para el caso catalán, los artículos 3 y 21 de la Ley 4/1985, del Estatuto de la empresa pública catalana,⁴¹ requieren una ley formal para la creación de las personas jurídico-públicas, y que atribuyen al Gobierno respectivo la facultad de constituir sociedades.⁴² Según

atribuye en exclusiva la competencia en materia de legislación mercantil) se puede ver el FJ 9 de la mencionada STC 14/1986.

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

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

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 su 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. Ley 4/1985, art. 3.1: «Podrán constituirse entidades autónomas de la Generalidad que realicen operaciones o presten servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero por ley del Parlamento. La ley de creación determinará las funciones, los recursos económicos que se les asignen y las bases de su organización y régimen jurídico.»

Ley 4/1985, art. 21: «La creación de las entidades de derecho público que deben ajustar su actividad al derecho privado deberá ser autorizada por ley del Parlamento. Se les aplicará lo que dispone el artículo 3.»

42. La exigencia de ley formal para la creación de personas jurídico-públicas es común en el resto de leyes autonómicas. Lo que difiere entre unas y otras es el instrumento normativo exigido para la creación de sociedades. La legislación estatal y la de Cataluña, Euskadi, Navarra, Canarias, Aragón, Madrid y las islas Baleares atribuyen esta facultad al reglamento. Castilla-León, Cantabria y el Principado de Asturias exigen para todo tipo de personificaciones instrumentales una ley del Parlamento autonómico. Finalmente, otras comunidades autónomas no dicen nada al respecto, con lo cual parece que es de aplicación la legislación estatal en virtud de la cláusula de supletoriedad contenida en el artículo 149.3 CE. Para un análisis detallado de este tema, puede verse V. Aguado i Cudolà y M. T. Vadrí Fortuny, *La normativa de l'empresa pública de les comunitats autònomes: tendències actuals*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1991.

Laguna Paz, esta coincidencia entre la normativa estatal y la autonómica viene exigida por la propia Constitución, ya que la determinación del instrumento normativo necesario para la creación de estas figuras forma parte de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas.⁴³ Nos parece más coherente aceptar la segunda interpretación propuesta, de acuerdo con la cual las determinaciones de la normativa estatal en cuanto a la organización y al funcionamiento de las personificaciones instrumentales no vinculan a las comunidades autónomas. Con ello queda claro que el rango exigido por la normativa autonómica para la creación de personificaciones instrumentales no viene impuesto por el tenor de la normativa estatal. Las cuestiones relativas a la vinculación del parlamento autonómico, en cuanto a la exigencia de ley formal para la creación de personas jurídico-públicas, tendrán la misma respuesta que la que tendrían a nivel estatal, de forma que dependen de la interpretación que se haga de la reserva contenida en el artículo 103.2 CE.

A nuestro parecer, la reserva formal contenida en los preceptos que hemos mencionado responde a una decisión de los legisladores de residenciar en las instituciones parlamentarias determinadas facultades de organización, pero no viene impuesta por el artículo 103.2 CE. Como hemos dicho, este precepto constitucional impone que una ley establezca los criterios que deben presidir la regulación de la organización administrativa y, en su caso, que determine a quién corresponde su creación. La reserva constitucional de ley se ve satisfecha, en el ámbito de las personificaciones instrumentales, por la LGP, la LEEA y, en el caso catalán, por la Ley 4/1985. Estas leyes establecen la forma y el régimen jurídico que pueden adoptar las entidades instrumentales y empresariales creadas por las administraciones públicas y concretan en cada caso a quién corresponde la decisión de crearlas.⁴⁴ Utilizando la terminología que hemos puesto en boca de Bassols Coma, la *potestas instituen-di* se atribuye a los parlamentos, pero no (como defiende este autor) porque lo imponga la Constitución, sino porque así lo ha decidido el propio legislador. La reserva formal de ley impide que el reglamento pueda actuar sin una habilitación previa, pero no invalida las deslegalizaciones o las remisiones en blanco que se puedan producir. Como afirma Barcelona Llop, basta con una intervención formal de la ley, pero no porque no exista una reserva material de ley en materia de organización sino por el hecho de que esta reserva material no incluye la decisión de crear una organización concreta. Cabe decir que, a pesar de defender una concepción muy distinta sobre el ámbito propio de la ley y el reglamento, García de Enterría llega a las mismas conclusiones que hemos expuesto.

c) *Sobre los motivos de la reserva: el ámbito en que recae y su extensión*

Una vez llegados a este punto se nos plantea una cuestión: si el legislador tenía plena libertad para determinar a quién correspondía la potestad de organización, ¿cómo es que ha decidido asumir los aspectos básicos de la misma? Llama la atención el parecido que presentan en este aspecto los preceptos que hemos transcrito, teniendo en

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

44. En este sentido seguimos la segunda de las opciones expuestas sobre la reserva de ley en el epígrafe anterior.

cuenta la diversidad de su origen⁴⁵ y la vigencia de la concepción del ámbito organizativo como propio del reglamento.⁴⁶ Es posible que la respuesta se halle en este caso en las repercusiones de la utilización de la técnica de las personificaciones instrumentales.

Gracias a la LEEA y a la LGP, el titular de la potestad organizativa puede crear apéndices de la Administración en forma de personas jurídicas encargadas de gestionar un sector de la actividad administrativa. La opción por esta posibilidad no es en absoluto inocua, dado el amplio margen de posibilidades que la legislación vigente ofrece en orden a la aplicación del derecho privado.⁴⁷

Estos preceptos se refieren a un sector de la realidad en el que la actividad administrativa navega entre lo público y lo privado, al mismo tiempo que la organización administrativa comienza por alejarse de su perfil tradicional, se desfigura y deja de ser tal organización. Así pues, el riesgo de desvinculación del derecho administrativo y de la Administración de amplios sectores de actividad puede ser una de las razones que explican la autorreserva legal que se añade a las previsiones del artículo 103.2 CE, tanto en la legislación estatal como en la autonómica.

En un intento de precisar lo que acabamos de decir, podemos empezar enumerando las figuras que se incluyen en lo que hemos denominado personificaciones instrumentales de naturaleza fundacional:⁴⁸ «organismos autónomos», que pueden 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» (sociedades estatales del artículo 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» (sociedades estatales del artículo 6.1.a LGP). Por su parte, la Ley 4/1985 regula tres de las cuatro figuras mencionadas, bajo la denominación de empresa pública: los organismos autónomos del art. 4.1.b LGP,⁴⁹ las sociedades estatales del art. 6.1.b⁵⁰ y las sociedades estatales del art. 6.1.a.⁵¹ A pesar

45. Estatal y autonómico/preconstitucional y postconstitucional.

46. Hemos visto que las actuales consideraciones sobre el tema se alejan mucho de los términos con los que se trataban los reglamentos organizativos (incluso entre los autores que parecen más directamente tributarios de la concepción originaria). Pero ello no excluye que se siga utilizando la misma terminología, lo que a mi entender introduce cierto grado de confusión.

47. En este sentido podemos recordar las reflexiones de M. Bassols, cuando afirma que la organización no es sólo el presupuesto y apoyo constante de la actividad administrativa, «sino que predetermina su intrínseco contenido», lo cual es especialmente relevante en un contexto en que la Administración tiene un carácter fundamental prestacional e interviene efectivamente en el ámbito de la gestión económica. M. Bassols i Coma, *Diversas manifestaciones...*, op. cit., pág. 122.

48. Así, a pesar de que hemos utilizado la denominación propuesta por Santamaría Pastor, por considerar que es la que mejor engloba la realidad que queremos comentar, dejamos de lado la terminología de este autor en lo que se refiere a las clasificaciones internas, e intentaremos acercarnos a las definiciones legales.

49. Ley 4/1985, artículo 1.a y cap. II: entidades autónomas que lleven a cabo operaciones o prestaciones de servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero.

50. Ley 4/1985, artículo 1.b.1, cap. III: entidades de derecho público que deben ajustar su actividad al derecho privado.

51. Ley 4/1985, artículo 1.b.2, cap. IV: de las sociedades con participación mayoritaria y sociedades vinculadas.

de las distintas denominaciones utilizadas por las legislaciones autonómica y estatal, hay una equivalencia entre cada una de las figuras comprendidas en el Estatuto de la empresa pública catalana y los organismos autónomos de carácter comercial... y sociedades estatales. Lo que ocurre es que en un caso se parte del tipo de actividad que se lleva a cabo⁵² y en el otro, de un modo ciertamente confuso, también se observa el fenómeno desde el punto de vista de la organización.⁵³ Esta duplicidad de perspectivas puede ayudarnos a esclarecer la complejidad del fenómeno al que nos enfrentamos.

Desde el punto de vista de la organización, la LGP otorga a la Administración varios instrumentos para prestar servicios públicos de un modo más flexible y para intervenir en la actividad económica como un agente más del mercado. Lo que ocurre es que en esta regulación se rompe definitivamente con la equivalencia existente entre la Administración pública y el derecho administrativo.

Por un lado, junto con las sociedades públicas mercantiles, se consideran expresamente las personificaciones jurídico-públicas que ajustan su actividad al derecho privado.⁵⁴ Por otro lado, al contemplarse la posibilidad de que existan organismos autónomos que lleven a cabo actividades comerciales, industriales o análogas, queda abierta la posibilidad de que, precisamente en el ejercicio de esta actividad, se produzca una interpenetración del derecho privado en los organismos autónomos.⁵⁵ La Ley 4/1985 sería coherente con esta concepción, sólo que, al interesarle solamente regular la actividad empresarial de la Administración, no contempla la figura de los organismos autónomos de carácter administrativo.

La concepción expuesta no es en absoluto unánime. Un sector de la doctrina interpreta que los organismos autónomos, tanto los de carácter administrativo como los de carácter comercial, industrial o financiero se caracterizan por su sumisión al derecho público, con lo cual la única diferencia existente entre ambos sería su régimen presupuestario y contable, que es más flexible para estos últimos.⁵⁶

52. La Ley 4/1985 define la empresa pública mediante dos elementos: uno de carácter material, como es la gestión de servicios de contenido económico, industrial o financiero, y otro de carácter formal, como es la utilización del derecho privado.

53. Se contempla la posibilidad de que la Administración se organice mediante personificaciones jurídico-públicas sometidas al derecho público o al derecho privado, o bien que actúe a través de personificaciones jurídico-privadas.

54. El quebrantamiento de la correlación entre Administración pública y derecho administrativo se produce solamente respecto de estas últimas, ya que las sociedades públicas mercantiles son formas de personificación jurídico-privada que ajustan su actividad al derecho privado y que no son, por lo tanto, Administración pública en los términos del artículo 2 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que sí incluye, en cambio, a las entidades de derecho público que ajustan su actividad al derecho privado.

55. Esta concepción es sostenida por J. Esteve Pardo en «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. Este autor considera que los organismos autónomos de carácter comercial se diferencian de los de carácter administrativo por el tipo de actividad que llevan a cabo y que, en el ejercicio de la misma, pueden utilizar el derecho privado si su norma de creación o sus estatutos lo establecen. Santamaría Pastor parece ir más allá, cuando afirma que la sujeción al derecho privado en los organismos autónomos de carácter comercial puede producirse incluso sin una previsión legal expresa, por la sola naturaleza de las operaciones que llevan a cabo (*Fundamentos...*, op. cit., pág. 1210).

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

Según lo expuesto, organismos autónomos y entidades de derecho público que ajustan su actividad al derecho privado son figuras esencialmente distintas en cuanto al régimen jurídico aplicable.

Sin embargo, la adscripción a la primera línea apuntada nos puede llevar a resultados interesantes en orden a una mejor comprensión sobre la reserva de ley contenida en la LEEA, la LGP y la Ley 4/1985. Parece coherente sostener que el artículo 6.3 LGP excluye de la reserva de ley la creación de las sociedades mercantiles porque en éstas no se produce ninguna interpenetración entre derecho público y derecho privado (son personas jurídico-privadas que se rigen por el derecho privado).⁵⁷ En cambio, para otros supuestos, al existir la posibilidad de que se desvincule el régimen jurídico aplicable a los aspectos organizativos del que rige en todo o en parte la actividad de las entidades creadas, se opta por dejar la decisión en manos del legislador. Esta interpretación permitiría extender la reserva de ley que la LEEA establece en relación con los organismos autónomos a las entidades de derecho público del artículo 6.1.b LGP, ya que para éstas no hay una reserva expresa, a no ser que se extraiga de una interpretación a *sensu contrario* del artículo 6.3. La legislación catalana, como hemos dicho, parece corroborar esta interpretación, no sólo porque reserva expresamente a la ley la creación de entidades de derecho público que tengan que ajustar su actividad al derecho privado, sino porque admite la posibilidad de que «las entidades autónomas que lleven a cabo operaciones o prestaciones de servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero», rijan sus relaciones con terceros de acuerdo con el derecho privado.⁵⁸

d) *Desarrollo normativo de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana. Otras personificaciones instrumentales no contenidas en esta ley*

No queremos concluir este trabajo sin hacer un breve recorrido por algunas normas de creación de organismos autónomos de carácter administrativo y de empresas públicas en Cataluña. Como podrá verse, su propia lectura permite confirmar algunas de las afirmaciones que hemos hecho sobre las relaciones entre la ley y el reglamento en el ámbito de las personificaciones instrumentales.

Para empezar debe recordarse que, para el caso catalán, la reserva constitucional del artículo 103.2 se ve satisfecha con la regulación contenida en la LGP y la LEEA,

57. Esta afirmación debería ser matizada al menos en dos sentidos, ya que ni todas las comunidades autónomas han otorgado la facultad de crear sociedades públicas mercantiles a sus respectivos consejos de gobierno, ni toda la doctrina acepta la bondad de dejar en manos del legislador la creación de entidades públicas instrumentales. En este sentido se pueden ver los argumentos que esgrimen por un lado J. R. Parada Vázquez, en «La Administración institucional de la Comunidad de Madrid», en *Estudios sobre el derecho de la Comunidad de Madrid* (dir. Gómez Ferrer Morant), Civitas, 1987; y por otro lado Escufiñ Palop, en «Las personificaciones instrumentales en la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana», RAP, núm. 105, 1984.

58. Concretamente, el artículo 11.1 de la Ley 4/1985 establece que «la norma fundacional o los estatutos de estas entidades determinará las características de su régimen de contratación y, de forma especial, los contratos que puedan suscribirse de acuerdo con el derecho civil y mercantil, de manera directa, sin someterse a los procedimientos administrativos de selección de los contratistas y, en general, a las normas administrativas sobre contratación».

por lo que respecta a los organismos autónomos de carácter administrativo y, además, por la Ley 4/1985 para las demás personificaciones instrumentales. Para la creación de todas estas figuras, la normativa mencionada establece una reserva formal de ley. Es decir, es el legislador autonómico quien tiene la facultad de crear y establecer el régimen jurídico básico de los organismos autónomos administrativos y de las empresas públicas de la Generalidad.

En ejercicio de esta facultad, el legislador está diseñando el perfil de su Administración, con lo cual se halla especialmente vinculado por los principios constitucionales que inspiran la actuación de la misma. El diseño de toda organización administrativa debe tener en cuenta que ésta tiene asignada la finalidad de satisfacer el interés general y que esta satisfacción debe ser efectiva por imperativo del artículo 103.1 de la Constitución, el cual establece que la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y que actúa de acuerdo con el principio de eficacia. De ahí podemos deducir sin ningún esfuerzo interpretativo que del principio de eficacia se deriva la necesidad de que exista una correlación entre el tipo de actividad que se debe llevar a cabo y la fórmula organizatoria utilizada.

Al analizar a vista de pájaro el panorama de organismos autónomos de carácter administrativo y empresas públicas que se han creado en los últimos años en Cataluña, podemos constatar que en todos los casos se cumplen los requisitos formales que se derivan de la congelación del rango normativo y los criterios, también formales, que configuran el Estatuto de la empresa pública catalana. Sin embargo se nos plantean ciertas dudas de fondo que podrían cuestionar la conveniencia de algunas de las decisiones adoptadas por el legislador autonómico.

En la línea de la descentralización funcional, y cumpliendo los requisitos de legalidad que exige el artículo 6 LEEA, se sitúa la creación de los siguientes organismos autónomos de carácter administrativo: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, creado por la Ley 18/1990, de 15 de noviembre; Instituto Catalán de Seguridad Vial, creado por la Ley 21/1991, de 15 de noviembre; Instituto Catalán del Voluntariado, creado por la Ley 25/1991, de 13 de diciembre; Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro, creado por la Ley 12/1993, de 4 de noviembre. Estos organismos tienen en común su destino al cumplimiento de lo que podríamos calificar como funciones secundarias o de apoyo del engranaje social, en tanto que tienen por finalidad el fomento de determinadas actitudes, la integración de determinados sectores sociales en la organización administrativa, la realización de estudios y la formación.⁵⁹

59. La mayoría de las funciones del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada están destinadas a la formación del personal del Departamento de Justicia de la Generalidad, a la organización de cursos y a la realización de estudios e investigaciones —artículo 3 de la Ley 1371/1990—. Pero los otros organismos autónomos citados también tienen funciones de este tipo. Así, el artículo 3.1.b de la Ley 12/1993 atribuye al Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro la función de asesorar y realizar estudios y trabajos técnicos encaminados a obtener un mejor conocimiento de la realidad y perspectivas de las comarcas de su campo de acción; el artículo 2.f de la Ley 21/1991 prevé que el Instituto Catalán de Seguridad Vial lleve a cabo las funciones de investigación necesaria para la elaboración del Plan catalán de seguridad vial, y el artículo 5.o de la Ley 25/1991 atribuye al INCAVOL la función de editar y actualizar los censos y guías de entidades de voluntariado. La estructura de todos estos organismos autónomos se caracteriza por la existencia de un órgano unipersonal encargado de la gestión del organismo —director o gerente— y de un órgano

Dentro de las entidades mencionadas nos interesa destacar la previsión contenida en el artículo 3.2 de la Ley de creación del Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro. Este precepto, después de enumerar las funciones del Instituto, establece que, para la realización de operaciones o servicios de carácter comercial, industrial o financiero, éste se regirá «por la presente Ley y por la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana». Esta regulación permite que un organismo autónomo de carácter administrativo, que ejerce funciones de elaboración y ejecución de planes de formación y desarrollo, o de asesoramiento y de realización de estudios, entre dentro del régimen jurídico de la empresa pública cuando realiza determinadas operaciones que, por cierto, no se hallan concretadas en su ley de creación. En este caso, quizá sería más coherente separar orgánicamente la actividad propiamente administrativa que tiene encomendada este Instituto de la actividad comercial, industrial o financiera que puede ser necesaria para el cumplimiento de sus finalidades, creando, en su caso, una empresa pública que dependa del mismo.

De entre las empresas públicas de la Generalidad creadas en desarrollo de la Ley 4/1985, podemos mencionar dos cuya actividad justifica especialmente su calificación como organismos o entidades autónomas de carácter comercial. Nos referimos a la Entidad de Juegos y Apuestas de la Generalidad, creada por la Ley 5/1986, de 17 de abril, y al Diario Oficial y de Publicaciones de la Generalidad de Cataluña, creada por la Ley 24/1987, de 28 de diciembre. Concretamente esta última tiene atribuidas las funciones técnicas, económicas y administrativas relacionadas con la edición, distribución y comercialización del *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*.

Pero no todas las empresas públicas de la Generalidad llevan a cabo actividades comerciales. Quizá como hecho más destacable advertimos que, también cum-

colegiado, presidido por el consejero del Departamento al cual se adscribe el ente en cuestión, e integrado por un número mayoritario de representantes de otros departamentos de la Generalidad, así como por una representación de entidades públicas o privadas relacionadas con las funciones que tiene atribuidas. Así, el INCAVOL integra en su Consejo Rector a una representación de Cruz Roja, de Cáritas, de la Federación Catalana del Voluntariado Social y de las organizaciones de voluntariado cívico; en el Consejo Rector del Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro están representadas las administraciones locales de las cuatro comarcas del Ebro; en el del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada figura una representación de las universidades catalanas y de la Escuela de Administración Pública de Cataluña y, en cuanto al Instituto Catalán de Seguridad Vial, se prevé que también formen parte de su Consejo de Dirección un representante de cada una de las dos organizaciones de municipios más representativas de Cataluña y un representante de las entidades públicas o privadas que tengan relación directa o indirecta con la disminución de accidentes y las víctimas del tráfico. Esta integración de sectores de la sociedad en la organización administrativa es plenamente coherente con las tareas de fomento que tienen encomendadas estas instituciones, que no se pueden llevar a cabo sin una movilización de la realidad social sobre la que se pretende incidir. Estas reflexiones son igualmente válidas para el resto de entidades autónomas de carácter administrativo de la Generalidad: Instituto Catalán de Estudios Mediterráneos, creado por la Ley 1/1989 y modificado por la Ley 10/1995, de 27 de julio; Instituto Catalán de la Mujer (Ley 11/1989, de 10 de julio); Instituto de las Letras Catalanas (Ley 20/1987, de 12 de noviembre); Instituto Catalán de Nuevas Profesiones (Ley 7/1986, de 17 de abril). También responde a las mismas coordenadas el Instituto Catalán del Consumo, a pesar de que su ley de creación no especifica que se trate de un organismo autónomo de carácter administrativo (Ley 16/1987, de 9 de julio).

pliendo estrictamente con la autorreserva contenida en la Ley 4/1985, se ha procedido a organizar la práctica totalidad de un departamento de nueva creación (concretamente, el Departamento de Medio Ambiente de la Generalidad de Cataluña, creado por la Ley 4/1991, de 22 de marzo) en base a figuras jurídicas que permiten sustraer el régimen de su actividad de la aplicación del derecho administrativo. Nos estamos refiriendo a la reorganización llevada a cabo por la Ley 19/1991, de 7 de noviembre, de reforma de la Junta de Saneamiento (que ha sido modificada por la Ley 7/1994, de 18 de mayo), y la Ley 6/1993, de 15 de julio, relativa a la Junta de Residuos. Ambas normas proceden a la creación, por transformación de su naturaleza jurídica, de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, de las previstas en el artículo 1.6 de la Ley 4/1985, que ajustan su actividad al derecho privado.⁶⁰ Las dos juntas responden a realidades paralelas: en los últimos años sus funciones se han visto revalorizadas y aumentadas gracias a una relectura medioambiental de las mismas y, precisamente en base a ella, se intenta emprender a través de estos entes la gestión de tareas susceptibles de plantear controversias de tipo competencial con los municipios.⁶¹

Esta realidad explica la creación de un ente formalmente separado de la Administración matriz. Pero a nuestro parecer no explica la transformación de la naturaleza jurídica de las juntas, teniendo en cuenta que sus funciones, fundamentalmente de definición de políticas generales, de gestión de estas políticas y de control, no entran dentro del concepto material de empresa pública.⁶² Así, a primera vista

60. La Junta de Saneamiento y la Junta de Residuos existen como organismos autónomos de carácter administrativo antes de la aprobación del Estatuto de la empresa pública catalana de 1985. La Junta de Saneamiento fue creada por la Ley 4/1981, de 4 de junio, y la Junta de Residuos por la Ley 5/1983. Ambas normas configuraban estas entidades como organismos autónomos de carácter administrativo adscritos al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas.

61. La recogida y tratamiento de residuos, así como el alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales, son materias tradicionalmente caracterizadas como locales; la legislación sectorial, por imperativo expreso del artículo 25.2 de la Ley de bases del régimen local y 63.2 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, debe atribuir a los municipios competencias sobre las mismas. La concurrencia de estas competencias con otras atribuidas por el Estatuto de autonomía de Cataluña a la Generalidad, así como el carácter supramunicipal que pueden tener ciertos aspectos del ejercicio de estas competencias son los argumentos que justifican muchas de las funciones encomendadas a la Junta de Residuos y a la Junta de Saneamiento que, si no fuera así, podrían ser consideradas vulneradoras de la autonomía local. Así, se considera que la Generalidad tiene una misión vertebradora de las competencias concurrentes en estas materias. Y esta función de vertebración se plasma también en el plano organizativo, de modo que ambas juntas se configuran como verdaderos aparatos de coordinación, en tanto que integran en los respectivos órganos colegiados de gobierno una representación de varios departamentos de la Generalidad y de las entidades locales, así como representantes de otros intereses —sindicales, empresariales y ecológicos—. Sobre este tema puede verse el artículo, actualmente en prensa, de L. S. Esteve i Caireta, «La Junta de Saneamiento del Departamento de Medio Ambiente de la Generalidad de Cataluña».

62. Para cumplir los objetivos de la legislación sectorial y en consonancia con el papel estructurador que juega la Administración autonómica catalana en materia de residuos y de saneamiento, corresponde a las juntas la definición de la política de la Generalidad en estas materias a través de la elaboración y la aprobación de planes o programas de actuación. La función de control se concreta en la atribución a estos entes de la potestad sancionadora, así como de determinadas funciones de registro y clasificación —en el caso de los residuos—, concesión de autorizaciones, inspección y vigilancia. También tienen atribuidas ciertas funciones de promoción y gestión. Pero en ningún caso se pone de manifiesto que su actividad esté principalmente encaminada a la producción o distribución de bienes o

parece que nos encontramos ante dos figuras organizativas pensadas para el ejercicio de funciones públicas en régimen de derecho privado, en una de las manifestaciones más características del fenómeno que se ha calificado de «huida del derecho administrativo».⁶³ Teniendo en cuenta que la Junta de Saneamiento y la Junta de Residuos deben someterse al derecho público en sus relaciones con otras administraciones y en las relaciones jurídicas externas que se deriven del ejercicio de potestades administrativas, se puede concluir que la finalidad buscada ha sido la aplicación del derecho privado, concretamente, en materia de contratación y de personal.⁶⁴

La doctrina se ha encargado de valorar este fenómeno.⁶⁵ Ahora sólo falta decir que, al menos por lo que respecta a la contratación, la mencionada finalidad ha quedado definitivamente quebrada por la nueva Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, que tiene carácter básico en esta materia.⁶⁶

a la prestación de servicios destinados al mercado. Con eso queremos señalar el hecho de que, a pesar de su clasificación legal, la Junta de Residuos y la Junta de Saneamiento no son empresas públicas.

63. Este fenómeno, explicado con detalle por Sebastián Martín-Retortillo, en un artículo publicado en el núm. 140 de la RAP, que lleva por título «Reflexiones sobre la 'huida' del derecho administrativo», es el responsable de la transformación, operada gracias a la aplicación práctica de las previsiones legales, del concepto de empresa pública. El hecho de que se produzca precisamente por voluntad del legislador viene a confirmar que a nivel autonómico se reproduce la tendencia que ha tenido lugar a nivel estatal; es decir que la implantación de fórmulas organizativas y de procesos de actuación jurídico-privados deriva en definitiva de «una línea de actuación política conscientemente buscada y asumida», S. Martín-Retortillo Baquer, «Reflexiones sobre la 'huida'...», RAP, núm. 140, 1996.

64. Explicitamente, el artículo 27 del Decreto 245/1993, de 14 de diciembre, que desarrolla en algunos aspectos los estatutos de la Junta de Residuos, establece que a pesar de que la actividad de la Junta se someta al derecho privado con carácter general, quedarán sometidas al derecho público las relaciones de ésta con otros entes públicos y «las relaciones jurídicas externas que se deriven de actos de limitación, intervención, control y sancionadores, los expropiatorios y, en general, cualquier acto de gravamen o de beneficio que implique la actuación de soberanía o el ejercicio de potestades administrativas, incluyendo el régimen de impugnación de actos, el silencio administrativo y el recaudador.» Aunque este precepto no lo dijera expresamente, la naturaleza de las actividades que se llevan a cabo nos haría llegar a la misma conclusión. Así, el análisis realizado nos destaca los ámbitos en los cuales interesa la aplicación del derecho privado: la contratación de las obras de infraestructura necesarias para llevar a cabo sus funciones y el régimen jurídico del personal.

65. No pretendemos reproducir las valoraciones en pro y en contra de la denominada huida del derecho administrativo. Recordar solamente que la actual tendencia a la creación de entes que ajusten su actividad al derecho privado no responde a la finalidad de asumir actividades propias del sector privado sino que se fundamenta en una concepción que deriva el sacrificio de los formalismos jurídicos inherentes a la contratación administrativa y al régimen de la función pública del principio de eficacia. En esta línea se puede ver E. Malaret, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Escuela de Administración Pública de Cataluña-Civitas, Madrid, 1991. Como paradigma de los que no admiten este planteamiento, Sebastián Martín-Retortillo, en el artículo citado en la nota 64 de este trabajo, le dedica un epígrafe a «El mito de la eficacia como pretexto; la exoneración de controles como objetivo». Sobre este tema pueden verse también, entre otros, 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 relación concretamente con la contratación, E. Malaret, *Público y privado en los Juegos Olímpicos de 1992*, Civitas, Madrid, 1993; también pueden verse las distintas aportaciones contenidas en la obra colectiva *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, 2 vol., Madrid, 1994.

66. En esta línea, sería muy interesante analizar hasta qué punto la nueva ley de contratos afecta, no sólo al régimen jurídico de las empresas públicas en circulación, sino también al propio Estatuto de la empresa pública catalana. Al menos en el siguiente sentido: si la empresa pública catalana se

Retomando el hilo de nuestra exposición, podemos constatar que también por ley se han creado otras entidades de derecho público con personalidad jurídica propia de las previstas en el artículo 1. *b* del Estatuto de la empresa pública catalana: por Ley 9/1991, de 3 de mayo, se crea un instituto que, a pesar de tener atribuidas funciones muy parecidas a las de los organismos autónomos de carácter administrativo que hemos citado en este trabajo, tiene una naturaleza jurídica muy distinta, sometiéndose su actividad al derecho privado;⁶⁷ pero, por otra parte, se crean otras empresas en las cuales la correlación entre el tipo de actividad que realizan y su forma y régimen jurídico van muy ligados. Podemos mencionar en este sentido la Ley 5/1989, de 12 de mayo, de creación del Centro de Iniciativas para la Reinser-

caracteriza por la utilización del derecho privado y eso es especialmente cierto en su contratación —pensamos que las entidades autónomas del artículo 1. *a* de la Ley 4/1985, que parecen ser las que tienen más limitada la aplicación del derecho privado, pueden eludir las formas propias de la contratación administrativa si así lo prevén sus estatutos—, se podría entender que la Ley de contratos de las administraciones públicas —LCAP—, en su intento de ofrecer un concepto material de Administración para delimitar su ámbito subjetivo de aplicación, está ofreciendo también un concepto material de empresa pública. Entrando un poco en estos conceptos podemos observar que la LCAP establece tres niveles distintos de aplicación de la ley:

1. Un primer nivel, recogido en el artículo 1 de la LCAP, engloba las instituciones que deben regir toda su actividad contractual por el régimen administrativo. Dentro de este nivel se encuentran los tres niveles de Administración territorial, los organismos autónomos administrativos, los organismos autónomos comerciales, industriales y financieros o análogos, salvo los contratos sobre bienes adquiridos con el fin de devolverlos al tráfico jurídico privado, y que se hagan en ejercicio de las actividades que les son propias y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia distintas a las anteriores, que dependen de cualquiera de las administraciones públicas, siempre que se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de derecho público; o bien que su gestión se halle sometida a control por parte de éstas; o que sus órganos de administración, dirección, o vigilancia estén compuestos por más de la mitad de sus miembros nombrados por las administraciones públicas o entidades de derecho público.

2. Un segundo nivel, regulado en el artículo 2 de la LCAP, que sólo obliga a la aplicación de los preceptos legales relativos a la capacidad, publicidad, procedimientos y formas de adjudicación, está formado por las entidades de derecho público no comprendidas en el apartado anterior y las entidades privadas que celebren contratos subvencionados en más de un 50% por la Administración, respecto de contratos superiores a determinadas cuantías.

3. El tercer nivel está regulado en la disposición adicional sexta de la LCAP, que dispone que las sociedades mercantiles con capital mayoritario de las administraciones públicas, de sus organismos autónomos o de otras entidades de derecho público, sólo estarán sujetas a esta Ley en cuanto a las normas de publicidad y concurrencia

En cualquier caso, la Junta de Residuos y la Junta de Saneamiento, por aplicación de cualquiera de los criterios del artículo 1. *f*.1 (falta de carácter industrial o mercantil) y *f*.2 (financiación, control y composición orgánica) están plenamente sometidas a la LCAP.

67. Nos estamos refiriendo al Instituto Catalán de Energía, que tiene atribuidas funciones de fomento, investigación y desarrollo del sector en el cual inciden. De modo muy parecido a lo que sucedía en el caso del Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro, se entiende que el ejercicio de estas funciones puede implicar en algún caso la realización de actividades de carácter comercial o financiero, y en atención a éstas se le califica, en este caso en bloque, de empresa privada. Estos saltos calificativos no hacen más que confirmar el hecho de que el Estatuto de la empresa pública catalana no ha aportado suficientes elementos clarificadores que permitan averiguar en qué casos son de aplicación cada una de las categorías jurídicas que regula.

ción, y la Ley 15/1993, de 28 de diciembre, de creación del Centro de Telecomunicaciones de la Generalidad.⁶⁸

La reserva formal de ley que se prevé en la Ley 4/1985, para las entidades de derecho público que someten su actividad al derecho privado,⁶⁹ no se limita a la decisión de crear una empresa pública de este tipo, sino que se extiende a la determinación de sus funciones, los recursos económicos que se le asignen y las bases de su organización y régimen jurídico.⁷⁰ El ámbito del reglamento queda delimitado por el artículo 3.2 de la misma norma, que atribuye al Consejo Ejecutivo el desarrollo de la organización y del régimen jurídico de estas entidades, así como la aprobación de sus estatutos, la determinación del departamento al cual se hallan adscritas y de los bienes que se le asignan. En los supuestos que hemos mencionado, la regulación contenida en la Ley es bastante extensa, de modo que en ella ya se contemplan la mayoría de los aspectos en que podría haber entrado directamente el reglamento. Así, pues, la reserva de ley se ve satisfecha suficientemente.

Si la ley puede hacer uso de su carácter ilimitado (y regular espacios en los que podría entrar directamente el reglamento), también puede hacer valer su rango y anular la reserva formal contenida en la Ley 4/1985, deslegalizando la materia reservada. Eso es lo que hace la Ley 14/1987, de 9 de julio, de estadística, que autoriza al Gobierno para crear el organismo autónomo administrativo denominado Instituto de Estadística de Cataluña. Esta previsión se cumple mediante el Decreto 341/1989, de 11 de diciembre. Cabe destacar que, aparte de ser el Gobierno y no el Parlamento quien procede a estructurar el órgano creado, este Instituto no presenta mayores diferencias con los demás organismos autónomos de carácter administrativo que hemos analizado anteriormente.

El mismo proceso de mutación de la titularidad de la *potestas instituendi* tiene lugar, con trascendencia distinta, en el ámbito del Servicio Catalán de la Salud. La Ley 11/1995, de 29 de septiembre, que modifica la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña, califica el Servicio Catalán de la Salud como un ente público de naturaleza institucional que, en cuanto a sus relaciones jurídicas externas, se somete al derecho privado.⁷¹ El artículo 2 de la Ley 11/1995 atribuye al Consejo Ejecutivo la potestad de constituir organismos, formar consorcios y crear

68. Sin embargo, debe destacarse que solamente en el primer caso la enumeración de las funciones del ente creado describe una verdadera actividad empresarial. El artículo 4 de la Ley 5/1989 atribuye al Centro de Iniciativas para la Reinserción, entre otras funciones, la realización de actividades industriales y comerciales, la organización y gestión del trabajo que realicen los internos, la reforma, conservación y acondicionamiento de talleres y la adquisición de maquinaria y materias primas, entre otros.

69. Artículo 21 de la Ley 4/1985, de 29 de marzo.

70. Artículo 3 de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, aplicable por remisión del artículo 21.

71. La exposición de motivos de esta Ley señala expresamente que el legislador ha querido evitar configurar este Servicio como un organismo autónomo de carácter administrativo, dada la diversidad de centros, establecimientos y servicios de carácter público y privado que agrupa. Sin embargo, teniendo en cuenta su actividad, entendemos que le son aplicables las reflexiones que hemos apuntado al analizar la naturaleza jurídica de las juntas de Residuos y de Saneamiento. Efectivamente, el Servicio Catalán de la Salud puede prestar, directa o indirectamente, servicios sanitarios; pero su actividad tiene un marcado carácter público, en ejercicio de las funciones de ordenación, planificación, programación y evaluación sanitarias, sociosanitarias y de salud pública, así como la función de distribución de los recursos económicos afectados a la financiación del sistema sanitario público.

o prever la participación del Servicio Catalán de la Salud en cualquier entidad admitida en derecho. En particular, dice, el Consejo Ejecutivo puede crear cualquier empresa pública de las previstas en la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana. De ese modo el reglamento puede entrar directamente a establecer y regular un *holding* público de empresas adscritas al Servicio Catalán de la Salud.

Responden a este esquema dos resoluciones de 31 de agosto de 1992, que dan publicidad a los acuerdos de creación de las empresas públicas Gestió de Serveis Sanitaris e Institut d'Assistència Sanitària; y la Resolución de 1 de septiembre de 1992, que publica el acuerdo de creación de la empresa pública Gestió i Prestació de Serveis de Salut. En los tres ejemplos citados se trata de empresas públicas contempladas en el artículo 1.b de la Ley 4/1985.⁷² También forman parte del mismo grupo empresarial las empresas públicas con forma de sociedad anónima Energètica d'Instal·lacions Sanitàries SA, creada por Orden de 2 de julio de 1991, y Sistema d'Emergències Mèdiques SA, creada por Acuerdo del Gobierno de la Generalidad de 14 de diciembre de 1992, hecho público por la Resolución de 21 de diciembre de 1992. La participación del Servicio Catalán de la Salud en un caso y otro es distinta. Sistema d'Emergències Mèdiques SA ha sido creada exclusivamente con fondos de este Servicio, mientras que el capital de Energètica d'Instal·lacions Sanitàries SA ha sido suscrito y desembolsado a partes iguales por el Servicio Catalán de la Salud y por el Centro de Información y Desarrollo Empresarial.

Finalmente, y para mencionar otras empresas públicas con forma de personificación jurídico-privada, podemos decir que el artículo 35 del Estatuto de la empresa pública catalana atribuye al Consejo Ejecutivo la facultad de acordar la constitución de sociedades sujetas a las normas civiles y mercantiles y establece un contenido mínimo que deberá tener este acuerdo (la determinación del objeto social, el capital fundacional, la participación directa o indirecta de la Generalidad en la sociedad creada y la forma jurídica que deberá adoptar). Haciendo uso de esta facultad se han dictado, a modo de ejemplo, la Resolución de 14 de marzo de 1991, por la que se convoca la constitución de Regs de Catalunya SA, y la Resolución de 4 de agosto de 1993, de constitución de la sociedad pública Ens per al Cessament Agrari SRL. En el primer caso el capital social pertenece en su totalidad a la Generalidad, mientras que el segundo es un ejemplo en el cual la sociedad mencionada sólo posee un 45% de capital público.⁷³

72. El hecho de que estas resoluciones sean anteriores a la Ley 11/1995 no conlleva ninguna vulneración a la reserva de ley prevista para la creación de entidades de este tipo, en la medida en que el artículo 7.2.4 de la Ley 15/1990 ya contemplaba que, dentro del marco del Servicio Catalán de la Salud, se pudiera crear cualquier entidad admitida en derecho cuando convenga para la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones sanitarias; el artículo 9.f de la misma atribuye al Consejo Ejecutivo de la Generalidad la creación de dichas entidades. Así, pues, en ninguno de los supuestos analizados se provoca ninguna distorsión en la articulación técnica del juego de relaciones entre ley y reglamento. Sucede, sin embargo, que el legislador cede al Gobierno la toma de decisiones sobre la estructura de la Administración autonómica en un campo especialmente propicio para la disolución de responsabilidades eventuales.

73. En tanto que empresas públicas con forma de personificación jurídico-privada, las sociedades anónimas mencionadas están sujetas al derecho privado, incluso en materia de contratación. Ahora bien, los contratos que celebren las sociedades Sistema d'Emergències Mèdiques, Energètica d'Ins-

V. Conclusiones: sobre la necesidad de regresar a conceptos materiales

En este trabajo hemos partido de la consideración tradicional de la organización como una potestad doméstica de la Administración para acabar constatando un claro predominio de la ley en el ejercicio de la *potestas instituendi* en el ámbito de las personificaciones instrumentales de carácter fundacional. Este predominio, sin embargo, no se deriva de la existencia de una reserva de ley en esta materia.

La Constitución reserva a la ley la definición de tipos generales, pero no el ejercicio de la potestad organizatoria, que es una potestad atribuida a la Administración en aplicación de las fórmulas y de acuerdo con los principios o criterios definidos en la ley. En otras palabras, se prevé la existencia de una ley que defina las fórmulas jurídicas que se pueden utilizar en la Administración para servir de un modo más eficaz al interés general. Una ley, por tanto, que debe permitir a la Administración organizarse del modo más apropiado posible para el ejercicio de cada una de las actividades que debe llevar a cabo y que ha de prever las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de cada uno de los tipos legales.

Trasladando estas reflexiones a nuestro objeto de estudio, observamos que la reserva de ley se ve satisfecha por la LEEA, la LGP y la Ley 4/1985, que definen el régimen jurídico básico de los organismos autónomos y las empresas públicas —utilizamos simultáneamente la terminología de la legislación estatal y autonómica—. En relación con el ejercicio de la potestad organizatoria, estas tres normas tienen un elemento común: atribuyen al legislador el ejercicio de la *potestas instituendi*. En otras palabras, reducen la amplitud de la potestad reglamentaria en materia organizativa, configurando una reserva formal de ley para la creación, determinación de funciones, recursos y bases de la organización y del régimen jurídico de los organismos autónomos de carácter administrativo y las empresas públicas, salvo las que adopten la forma jurídica de sociedad. Esta solución permite, por el juego del rango legal, que las entidades creadas no se adecuen necesariamente a la tipología definida por las leyes de carácter general, abriendo la posibilidad de que se creen tantos tipos como entidades. También es plenamente aceptable, desde el punto de vista de las relaciones entre la ley y el reglamento, que la ley remita al reglamento la regulación de alguno o de todos los aspectos reservados para la creación de un ente público o que deslegalice toda la materia contenida en la reserva formal. Sin embargo, a nuestro parecer, la utilización de cualquiera de estas posibilidades merece una reflexión de carácter general.

En cambio, sucede que hemos de hacer frente a la inexistencia de un instrumental jurídico adecuado al carácter prestacional de la Administración, que ponga especial acento en la satisfacción del interés general, y no solamente, aunque también, en las garantías de los particulares. Este déficit estructural del derecho público provoca que se tienda a generalizar la creencia de que en la utilización del derecho privado se halla la clave de la eficacia de la actuación administrativa, cuan-

tal·lacions Sanitàries SA y Regs de Catalunya SA estarán sometidos a las normas de publicidad y concurrencia previstas en la LCAP por tratarse de sociedades mercantiles con capital mayoritario de «las administraciones públicas, de sus organismos autónomos o de otras entidades de derecho público» (artículo 6 LCAP).

do ésta debería ir de la mano de una profundización en la búsqueda de nuevas formas organizatorias y de una racionalización en la aplicación de las actuales. Esta creencia generalizada, al trasladarse en manos del legislador, da como resultado un panorama como el que hemos intentado mostrar: el legislador hace uso de las características de sus decisiones para crear figuras híbridas que respondan a las necesidades más inminentes de la gestión de concretas políticas gubernamentales.

Si fueran ciertas estas reflexiones, parecería conveniente un cierto retorno al carácter general de la ley o, en su defecto, una cierta profundización en el carácter reflexivo de la institución parlamentaria; una delimitación de los ámbitos materiales propios del legislador y, en su caso, de los ámbitos propios de la Administración; una redefinición del concepto de empresa pública y, por qué no, del concepto mismo de Administración, aceptando plenamente la posibilidad de que ésta actúe en régimen de derecho público y en régimen de derecho privado, pero delimitando también de un modo muy claro en qué supuestos debe hacerse una cosa u otra. En definitiva, parecería conveniente un cierto retorno a los conceptos materiales.