

LA INFLUÈNCIA DEL NOU MODEL D'AGÈNCIA ESTATAL EN LA CREACIÓ D'ENS INSTRUMENTALS DE L'ADMINISTRACIÓ DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA*

Joan Solanes Mullor**

Sumari

1. Plantejament
2. La Llei d'agències estatals (LAE) en el debat de la “modernització” del dret administratiu
3. Els objectius principals i les novetats de la LAE
 - 3.1. Un nou model d'agència com a marc organitzatiu general
 - 3.2. L'increment de l'autonomia i la flexibilitat en la gestió i la introducció de la nova “cultura de la responsabilitat pels resultats”
 - 3.2.1. Més autonomia i flexibilitat en la gestió
 - 3.2.2. La nova “cultura de la responsabilitat pels resultats”
4. La normativa catalana en matèria d'administració instrumental
5. Els ens instrumentals nous (i en curs de creació) de l'Administració de la Generalitat de Catalunya d'ençà de la posada en funcionament del nou model d'agència estatal
6. Conclusions

* Aquest treball s'ha realitzat amb el suport del Comissionat per a Universitats i Recerca del Departament d'Innovació, Universitats i Empresa de la Generalitat de Catalunya i del Fons Social Europeu.

** Joan Solanes Mullor, investigador en formació de l'Àrea de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra.

1. Plantejament

Ja des de fa temps s'al·ludeix, de manera recurrent, a la necessitat d'una reforma de la normativa catalana en matèria d'administració instrumental, continguda bàsicament en el text refós de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'estatut de la empresa pública catalana (en endavant, EEPC), aprovat pel Decret legislatiu 2/2002, de 24 de desembre. Amb aquesta reforma es volen afrontar les noves tendències i els debats a l'entorn de la "modernització" del dret administratiu.

En l'àmbit estatal, la Llei 28/2006, de 18 de juliol, d'agències estatals per a la millora dels serveis públics (en endavant, LAE) ha contribuït ja a aquest debat des de l'any 2006. Per tant, és interessant analitzar la nova normativa estatal i veure quin impacte ha comportat en els nous ens instrumentals de l'Administració de la Generalitat de Catalunya. Aquesta experiència recent serà, sens dubte, útil a l'hora d'abordar una possible reforma de l'EEPC. Aquest treball pretén contextualitzar breument la regulació de la LAE en el debat sobre la "modernització" del dret administratiu, apuntar-ne les novetats principals, contrastar-les amb la regulació catalana en matèria d'administració instrumental i estudiar l'impacte de la LAE en els ens instrumentals catalans que s'han creat (i que estan en tràmit de creació) d'ençà de la seva entrada en vigor en l'ordenament jurídic estatal.

Aquest treball no analitza el contrast entre el règim jurídic de la LAE i la regulació específica de determinats organismes públics que presenten una naturalesa especial per raó de les funcions que han d'acomplir, les denominades *administracions independents*, les quals, amb tota seguretat, ja només en la configuració de la seva organització presenten grans singularitats respecte al règim general del dret administratiu. Ens centrem, doncs, en l'anàlisi de l'impacte de la LAE en l'administració instrumental sense aquestes notes "d'independència", ens dotats de personalitat jurídicopública amb una certa autonomia però amb dependència de l'Administració, sense elements d'independència mitjançant mecanismes de cessament taxat, per exemple.¹ Òbviament, també queda fora de tot contrast amb les novetats de la LAE l'administració instrumental que adopta la forma jurídicoprivada (societats mercantils o fundacions, bàsicament), sinó que ens cenyim en l'impacte que té en l'administració instrumental que es canalitza a través de formes jurídicopúbliques.

2. La LAE en el debat de la "modernització" del dret administratiu

La regulació de la LAE és una aportació del legislador espanyol al debat sobre la "modernització" o les "transformacions" del dret administratiu. Es tracta d'un debat ja antic entre la doctrina administrativista i la nostra legislació administrativa, que ha intentat encarar els denominats "nous reptes" del dret administratiu. No pretenem en aquest treball reproduir aquest debat, però sí que resulta interessant contextualitzar la iniciativa que representa la LAE.

¹ Apuntem, ja des d'ara, que el model d'agència de la LAE ha optat per configurar un tipus d'ens instrumental dotat de més autonomia, però en cap cas d'independència. El sistema d'elecció dels òrgans de govern i d'execució garanteix la dependència de l'agència respecte al Govern. Per tant, el model d'administració independent queda abandonat amb la LAE i, en tot cas, si s'hi opta, serà amb caràcter singular i apartant-se de la LAE.

En efecte, ja des de temps enrere, s'ha introduït en el debat del dret administratiu la necessitat de millorar l'eficàcia i eficiència de la gestió pública, de millorar la prestació dels serveis públics, d'optimitzar l'ús dels recursos econòmics i humans a l'Administració pública, la transparència en la gestió i l'ètica de la responsabilitat pels resultats o objectius obtinguts. Tots aquests conceptes s'han considerat, en molts casos, contraris al dret administratiu, que s'ha mostrat rígid, poc flexible i, per tant, poc mal·leable a l'hora d'introduir aquests conceptes. Com que el dret administratiu no s'ha convertit en una bona eina, s'ha optat per la "fugida" cap al dret privat.² Així doncs, l'Administració pública ha recorregut a fórmules juridicopúbliques sotmeses al dret privat (entitats públiques empresarials, per exemple) o, directament, a fórmules juridicoprivades (societats mercantils) per prestar determinats serveis o exercir determinades funcions.

L'objectiu de recórrer al dret privat era evitar les "rigideses" del dret administratiu en tots els ordres, ja sigui pressupostari, patrimonial, en matèria de personal o de contractació administrativa (en aquest últim cas, però, el dret comunitari ha limitat considerablement la possibilitat de fugir de la normativa de contractació pública). Les fórmules juridicoprivades i el dret privat permetien superar aquestes rigideses. La crítica doctrinal a aquesta "fugida" cap al dret privat ha estat contundent i s'ha oposat a una submissió generalitzada de l'actuació administrativa al dret privat.³

Ara bé, una part de la doctrina ha permès que determinada activitat de l'Administració pública, de caràcter empresarial i oberta al mercat –i, per tant, sense exercir funcions pròpiament administratives–, es pugui subjectar al dret privat.⁴ En aquest sentit, la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat (en endavant, LOFAGE), ha distingit, per la seva tipologia, dos tipus d'organismes públics (a part, òbviament, de les societats mercantils estatals), sotmesos al dret administratiu (organismes autònoms) i al dret privat (tot i que només en part, entitats públiques empresarials), segons si exerceixen una activitat sotmesa a contraprestació o no. En aquest sentit, la naturalesa empresarial o administrativa de l'activitat determina la submissió o no al dret administratiu.

Doncs bé, la LAE pretén confeccionar un nou model organitzatiu d'ens instrumental que permeti a l'Administració general de l'Estat exercir, sota el seu paraigua, tant activitats de caràcter fonamentalment administratiu (exercici de potestats públiques, tal com determina l'article 2.1 LAE) com empresarial (i aquest últim element queda implícit en la voluntat que el nou model d'agència substitueixi també les entitats públiques empresarials). La finalitat del nou model és, per tant, omnicomprendiva, i el seu ús no respon a la consecució de finalitats concretes o a la naturalesa de les funcions que s'hagin de realitzar, sinó que el seu àmbit d'aplicació és molt ampli, d'acord amb l'article 2 LAE (per al "compliment dels programes corresponents a les polítiques públiques que desenvolupi l'Administració general de l'Estat en l'àmbit de les seves competències").

I, si seguim l'exposició de motius de la LAE, de seguida veiem que apareixen els conceptes del debat modernitzador del dret administratiu: superació de la "rigidesa que presenten els models de gestió actuals i

² Fleiner Fritz, *Institutionen des Verwaltungsrechts*, 1928, pàg. 326.

³ Entre molts altres, E. García de Enterría i T. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 2004, pàg. 406; S. Martín Retortillo, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996; E. Desdentado Daroca, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, València, Tirant lo Blanch, 1999.

⁴ J. L. Martínez Muñoz, "La garantía constitucional del derecho administrativo", a M. Balado i J. A. García Regueiro (directors), *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Barcelona, Bosch, 2003, pàg. 1083-1087; E. García de Enterría i T. Fernández, *Curso de...*, op. cit., pàg. 406.

l'escassa autonomia dels organismes públics”, “major flexibilitat”, etc. Per tant, la intenció del legislador és clara: cal introduir noves fórmules de gestió que superin la rigidesa del dret administratiu. I aquestes noves fórmules flexibilitzadores es projecten sobre un model que pretén encabir actuacions pròpiament administratives, no únicament de caràcter empresarial. A continuació, analitzem com es duu a terme aquesta flexibilització i si la LAE es presenta com un nou intent de “fugida” cap al dret privat o, en canvi, es perfila com una reconfiguració del propi dret administratiu però sense apartar-se'n.

3. Els objectius principals i les novetats de la LAE

Així doncs, en el marc del debat sobre la “modernització” del dret administratiu a Espanya, la LAE apareix com una peça clau en l'àmbit de les noves tendències que es plantegen en el si de la teoria de l'organització administrativa. Els objectius que la LAE persegueix a l'hora de reconfigurar l'administració instrumental estatal són dos: a) la introducció d'un nou model organitzatiu general que eviti la proliferació excessiva de règims jurídics *ad hoc* per a cada ens instrumental, i b) l'increment de l'autonomia i la flexibilitat en la gestió de l'ens instrumental i la introducció de la nova “cultura de la responsabilitat pels resultats”.

3.1. Un nou model d'agència com a marc organitzatiu general

El primer objectiu de la LAE és ordenar el sector de l'administració instrumental estatal, que es troba inundat, com ja s'indica a l'exposició de motius, per una gran quantitat d'ens instrumentals amb règims jurídics propis. La intenció de la LOFAGE de racionalitzar i simplificar l'administració instrumental estatal amb l'establiment de dues tipologies bàsiques d'organismes públics (organismes autònoms i entitats públiques empresarials) es constata que ha fracassat. En efecte, la tendència a la singularitat en la confecció de cada ens instrumental, que es preveia com una excepció a la LOFAGE, s'ha convertit en la regla general, en dotar-se cada ens instrumental d'un règim jurídic propi mitjançant la seva llei de creació i els seus estatuts.⁵

La LAE no és sinó un nou intent de configurar un nou model organitzatiu general que serveixi de nucli conductor als ens instrumentals estatals.⁶ I cal tenir en compte que la LAE opta per impulsar un nou model organitzatiu, en tot cas, sota la forma jurídicopública (article 2.1 LAE). No cal perdre de vista en cap moment aquest fet: l'agència és, en tot cas, una entitat de dret públic. Però es pot trobar novament amb els mateixos obstacles que la LOFAGE no va ser capaç de superar. Tot i que la LAE imposi com a tendència de futur la creació d'ens instrumentals segons el seu model organitzatiu, res no impedeix que les lleis de creació i els estatuts dels futurs organismes públics introdueixin de nou singularitats en el seu règim jurídic. Així mateix, la LAE no acaba amb les tipologies existents de la LOFAGE i, si bé només s'hi podrà recórrer de forma excepcional, els organismes autònoms i les entitats públiques empresarials subsisteixen com a eines vàlides per a

⁵ Santamaría Pastor s'ha referit a aquest fenomen com a “la tendència irresistible a la singularitat” a *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid 2002, pàg. 649-652.

⁶ La voluntat d'impulsar un nou marc organitzatiu general es visualitza en l'exposició de motius de la LAE, quan autoritza crear un conjunt d'agències estatals de manera directa (disposició addicional tercera), quan autoritza que, en un termini de dos anys, el Govern transformi tots aquells organismes públics que per la seva naturalesa siguin susceptibles d'articular-se d'acord amb el model d'agència estatal (disposició addicional cinquena) i, finalment, en l'important mandat de futur en virtut del qual tot organisme públic que es vulgui crear a partir de l'entrada en vigor de la LAE s'ha d'articular, amb caràcter general, d'acord amb el model d'agència (disposició addicional sisena).

la configuració dels organismes públics futurs. No podem parlar, doncs, d'una reducció de les tipologies legals existents.

Tot i constatar aquestes dificultats, la LAE aporta dues novetats que almenys li poden donar més possibilitats a l'hora d'afrontar la tasca difícil d'unificar en un sol model la majoria d'organismes públics estatals. En primer lloc, el mandat de la disposició addicional sisena no es pot considerar, en cap cas, innocu. Al nostre entendre, cal inferir-hi un clar mandat al legislador (que és qui autoritza la creació de l'agència) i a l'Executiu (que és qui pren la iniciativa de crear l'organisme públic i n'aprova els estatuts) que els vincula, almenys, a motivar adequadament per què opten per una tipologia diferent del model d'agència o per què introdueixen singularitats no previstes en el model de la LAE. En segon lloc, la regulació del nou model d'agència és molt detallat i extens, a diferència de la regulació de la LOFAGE, pel que fa a la categorització dels organismes autònoms i les entitats públiques empresarials.⁷ La precisió de la LAE comporta una delimitació més precisa del model i, per tant, menys llibertat de configuració *ad hoc* de l'organisme públic. I, en tot cas, si el creador de l'organisme es vol decantar per un règim singular, la diferenciació resultarà més patent i, com hem apuntat, caldrà una motivació adequada per justificar el desviament respecte del model de la LAE.

3.2. L'increment de l'autonomia i la flexibilitat en la gestió i la introducció de la nova "cultura de la responsabilitat pels resultats"

3.2.1. Més autonomia i flexibilitat en la gestió

La LAE pretén atorgar als òrgans de govern i d'execució de l'agència més autonomia i flexibilitat per a la gestió i la consecució de les seves finalitats. Amb aquest objectiu, es flexibilitza el règim general del dret administratiu previst fins ara per als organismes públics en diferents àmbits que afecten el poder de decisió i la gestió de l'agència, però sense recórrer al dret privat. A continuació, analitzem algunes de les novetats més rellevants del nou model d'agència, que distingeixen el seu règim jurídic del previst per als organismes públics regulats a la LOFAGE.

En matèria pressupostària, els òrgans d'execució de l'agència tenen més control en la gestió i la variació del pressupost, cosa que trenca el principi general de pressupost limitador i vinculant en tot cas que estableix la normativa pressupostària per als organismes públics. En efecte, l'article 27 LAE estableix només el caràcter limitador i vinculant de la quantia global del pressupost de l'agència (i, fins i tot aquí el director de l'agència en pot variar la quantia global en el cas d'activitats finançades amb recursos propis) i del crèdit pressupostari dedicat a personal. En aquests dos casos, qualsevol variació l'ha d'aprovar el Ministeri d'Economia i Hisenda. La resta de crèdits pressupostaris tenen només caràcter estimatiu i, per tant, dintre de la quantia global del pressupost, els òrgans de govern i d'execució de l'agència poden variar la quantia i la finalitat dels crèdits d'acord amb les necessitats sobrevingudes de gestió, sense necessitat d'observar el procediment de variació pressupostària de la Llei general pressupostària.

En matèria patrimonial, l'únic element de flexibilitat que s'hi incorpora és la possibilitat que té l'agència d'alienar els béns immobles propis, amb la comunicació prèvia al Ministeri d'Economia i Hisenda (article 17 LAE). Respecte al règim general que estableix la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les

⁷ García de Enterría ha assenyalat l'excessiva regulació general de la LOFAGE com un dels motius de la proliferació de singularitats en el règim jurídic dels organismes públics estatals: E. García de Enterría i T. Fernández, *Curso de...*, op. cit., pàg. 418.

administracions públiques, la LAE atorga a l'agència llibertat total per decidir (no el procediment, que s'ha de cenyir a la Llei 33/2003) l'alienació de béns immobles propis, sense que es requereixi l'autorització del Ministeri d'Economia i Hisenda per a la no incorporació del bé immoble al patrimoni de l'Administració general de l'Estat amb caràcter previ a l'alienació (article 81.3 de la Llei 33/2003) ni l'autorització del Consell de Ministres en cas que s'alienin béns immobles per valor superior als 20 milions d'euros (article 135.3 de la Llei 33/2003).

En matèria de personal, la LAE ha optat per configurar un model mixt, que permet tant el personal funcionari (que s'ha de regir totalment per la normativa aplicable a l'empleat públic) com el laboral (regulat, en allò que l'afecti, per la normativa bàsica en matèria d'empleats públics i per la normativa laboral). Tot i així, de l'exposició de motius es dedueix una inclinació per un model preferentment funcional, que es visualitza, essencialment, en el personal directiu: si bé els llocs directius de l'agència es poden cobrir amb personal laboral d'alta direcció, la regla general és que siguin proveïts preferentment entre funcionaris (article 23.2 LAE). Malgrat aquesta inclinació per un model preferentment de caràcter funcional (element, en aquest sentit, poc flexibilitzador), la LAE introdueix mesures que permeten que l'agència controli més la política de personal dins el model funcional. En primer lloc, l'agència elabora i aprova, dintre dels límits del contracte de gestió, la seva relació de llocs de treball, que queda deslligada del règim centralitzat d'aprovació en mans dels ministeris competents. En segon lloc, l'agència elabora la seva oferta anual d'ocupació; selecciona el seu personal laboral; pot fer la convocatòria de selecció de personal funcionari, si així s'estableix en un conveni amb el ministeri d'adscripció, i, finalment, en el cas de la provisió de llocs de treball mitjançant personal ja existent de l'Administració, l'agència s'encarrega d'elaborar, convocar i resoldre les convocatòries corresponents.

Finalment, cal fer una menció breu a la contractació pública. La LAE preveu que l'agència se subjecti a la normativa en matèria de contractació aplicable al sector públic. Així doncs, s'ha d'acudir a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, per determinar el règim aplicable a les agències estatals. I la resposta no és automàtica. El nivell de flexibilitat en matèria de contractació, és a dir, la subjecció de la contractació pública a la regulació harmonitzada, dependrà de la consideració d'administració pública o de poder adjudicador de l'agència, una consideració que s'ha de determinar cas per cas, d'acord amb la naturalesa i les finalitats de l'agència (article 3 de la Llei 30/2007).

3.2.2. *La nova "cultura de la responsabilitat pels resultats"*

Totes les mesures flexibilitzadores que s'han esmentat a l'apartat precedent, que tenen l'objectiu de dotar de més autonomia i capacitat de decisió l'agència, van acompanyades amb mesures que pretenen garantir un ús eficaç de la capacitat més gran de decisió i l'exigència de responsabilitat als gestors de l'agència. Efectivament, a canvi d'una gestió sense tants lligams, en què el marge de maniobra del gestor és més gran, cal articular uns mecanismes d'exigència de responsabilitat d'acord amb els resultats que s'obtinguin en un marc d'objectius fixats prèviament. Per tant, l'eficiència en la gestió, traduïda en la consecució dels objectius fixats, pretén ser l'eix vertebrador d'una gestió pública professionalitzada, en què es jutgi el gestor públic pels resultats obtinguts i no per altres consideracions com, per exemple, les de caràcter polític.

Les mesures de la LAE per introduir la gestió professional en el nou model d'agència estatal són, a grans trets, les següents:

- a) El contracte de gestió, que és l'eix vertebrador de tota la gestió de l'agència, en el qual es fixen els objectius que s'han d'assolir, els plans i les estratègies per a la seva consecució, els indicadors per avaluar el grau de compliment dels objectius i els mecanismes d'exigència de responsabilitats en cas d'incompliment dels objectius.⁸
- b) Un perfil de personal directiu professional, per a la selecció del qual es requereix observar els criteris de competència professional, experiència i titulació superior (article 23.2 LAE). Tot i així, la LAE no acaba de ser coherent amb el nou perfil de gestió professional i no preveu un cessament del personal directiu taxat en funció de la consecució de resultats, sinó que en configura un cessament de caràcter lliure.
- c) Un règim retributiu del personal, tant funcionari com laboral, que relaciona el complement de productivitat o concepte equivalent amb el grau de compliment dels objectius fixats (article 22.3 LAE). I, en tot cas, una part del règim retributiu del personal directiu serà en concepte d'incentiu al rendiment (article 23.4 LAE).
- d) Reforçament dels controls de seguiment de la gestió i la consecució de resultats amb la previsió de la Comissió de Control del contracte de gestió en el si del Consell Rector de l'agència, el control d'eficàcia del Ministeri d'adscripció, la supervisió de l'Agència Estatal per a l'Avaluació de les Polítiques Públiques i la Qualitat dels Serveis, així com la publicitat i el dret d'accés del ciutadà als documents que reflecteixen la gestió de l'agència (pla d'acció, informe d'activitat, comptes anuals i el contracte de gestió).⁹

4. La normativa catalana en matèria d'administració instrumental

La LAE ha pretès configurar un nou model d'organisme públic (l'agència) dotat d'un règim jurídic que li atorga més flexibilitat i autonomia, per contraposició a la rigidesa del règim general del dret administratiu aplicable a l'Administració general de l'Estat i, llevat d'algunes excepcions, també aplicable als organismes públics regulats a la LOFAGE. A Catalunya, la introducció de mecanismes flexibilitzadors al règim jurídic de l'administració instrumental catalana s'ha dut a terme mitjançant l'EEPC. Els dos ens instrumentals amb personalitat pública dotats d'un cert grau de flexibilitat són les entitats autònomes de tipus comercial, industrial o financer (article 1.a EEPC) i les entitats de dret públic subjectes a dret privat (article 1.b.1 EEPC).¹⁰

Hem vist com, en matèria pressupostària, la LAE trenca el caràcter limitador i vinculant del pressupost, i configura com a estimatius tots els crèdits pressupostaris, excepte el crèdit de personal i l'import global del pressupost. Les entitats autònomes de tipus comercial, industrial o financer es regeixen per un règim de flexibilitat similar, però de grau menor: únicament es preveu el caràcter estimatiu de les dotacions que recullen variacions d'actiu i passiu i les existències de magatzem (article 13 EEPC). La resta de crèdits (personal, subvencions corrents, despeses de capital) són limitadors. En canvi, les entitats de dret públic subjectes a dret

⁸ Si bé el contracte de gestió es presenta com una de les grans novetats de la LAE, ja es preveia un instrument semblant per a les entitats públiques empresarials: el contracte programa (article 59.2 LOFAGE). Ara bé, la novetat de la LAE és l'obligació que té tota agència de sotmetre la seva activitat al contracte de gestió (el contracte programa es configura com un instrument potestatiu) i la regulació detallada del seu contingut, el seguiment i el control.

⁹ Sense oblidar, és clar, els controls de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat mitjançant la forma d'auditoria pública i del Tribunal de Comptes.

¹⁰ A aquests dos ens instrumentals amb personalitat jurídica pública caldria afegir les entitats autònomes de caràcter administratiu, regulades al text refós de la Llei de finances públiques de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 3/2002, de 24 de desembre, per completar la tipologia d'ens instrumentals de la Generalitat de Catalunya dotats de personalitat jurídica pública. En aquest apartat no tractarem d'aquestes entitats, ja que no es beneficien pràcticament de cap element flexibilitzador perquè estan subjectes plenament al dret administratiu. Òbviament, aquesta tipologia legal d'ens instrumentals cal que sigui complementada pels ens públics de caràcter singular, ja que l'Administració catalana no és una excepció pel que fa a la "tendència a la singularitat".

privat es beneficien d'una gran flexibilitat, superior al model d'agència de la LAE: el seu pressupost és totalment de caràcter preventiu i tots els crèdits es consideren de caràcter estimatiu, llevat de les subvencions que rebí dels pressupostos de la Generalitat, la destinació de les quals tindrà caràcter limitador.¹¹

L'EEPC també incorpora factors de flexibilitat respecte al règim general del dret administratiu pel que fa al règim patrimonial de l'administració instrumental catalana. Les entitats autònomes de tipus comercial, industrial o financer poden alienar els béns propis, amb l'autorització prèvia del conseller competent en matèria d'economia i finances o del Govern, segons la quantia. El règim d'autorització se suavitzava quan l'article 5.5 EEPC preveu la possibilitat que l'entitat procedeixi a l'alienació sense autorització, en cas que la quantia sigui inferior a 60.101,21 euros, quan es tracti de béns adquirits amb la finalitat de retornar-los al tràfic jurídic privat d'acord amb les funcions de l'entitat autònoma i quan es tracti de béns adquirits amb inversió de les reserves a les quals estigui obligada legalment l'entitat. L'article 26 EEPC preveu un règim similar, sempre amb el règim d'autorització actual, per a les entitats de dret públic subjectes a dret privat. En tot cas, el règim d'autorització no es pot equiparar, en termes de flexibilitat, amb el règim de simple comunicació que preveu la LAE per al model d'agència estatal.

En matèria de personal, l'EEPC segueix un model molt similar a la LAE pel que fa a les entitats autònomes de tipus comercial, industrial o financer: un model preferentment funcional, amb possibilitat de contractació laboral. En efecte, l'article 20 EEPC estableix que el personal de les entitats autònomes s'ha de regir, amb caràcter general, per les normes administratives, amb l'excepció d'aquelles persones que hagin estat contractades laboralment. Ara bé, a diferència de la LAE, l'opció per un model preferentment funcional no va acompanyada amb mesures que permetin a l'entitat autònoma un cert control sobre el seu personal funcional ja que, per exemple, no es permet l'aprovació de la seva pròpia relació de llocs de treball.¹² D'altra banda, les entitats de dret públic subjectes a dret privat opten per un model de personal laboral (article 34 EEPC) i, per tant, es beneficien de l'àmplia flexibilitat que això comporta (selecció pròpia, disseny dels llocs de treball, etc.) com a conseqüència de la "fugida" de la normativa en matèria de funció pública.¹³

Pel que fa a la contractació pública, cal reproduir el mateix comentari que s'ha fet en l'anàlisi de la LAE. Depenent de la finalitat i dels objectius de l'ens instrumental, s'ha de considerar administració pública o poder adjudicador. Per tant, el grau de subjecció a la regulació harmonitzadora dependrà, cas per cas, de la configuració de l'ens instrumental.

Fins aquí hem apuntat les mesures flexibilitzadores de la normativa catalana en matèria d'administració instrumental. Ens resta analitzar si l'EEPC incorpora elements de la nova "cultura de la responsabilitat pels resultats" o, en altres paraules, si preveu elements de professionalització de la gestió. Doncs bé, la resposta és negativa. A l'EEPC no s'articula la figura del contracte de gestió amb claredat. L'article 28 EEPC preveu, per a les entitats de dret públic subjectes a dret privat, l'elaboració d'un programa d'actuació, de caràcter anual, que "respongui a les previsions plurianuals oportunament establertes". Per la seva part, l'article 52.4 del text refós de

¹¹ Per tant, el grau d'autonomia financera de les entitats de dret públic subjectes a dret privat dependrà del volum de les subvencions procedents dels pressupostos de la Generalitat, i es bloquejarà el poder de variació del pressupost per part de l'entitat en cas que aquestes subvencions siguin majoritàries respecte del volum total d'ingressos de l'entitat.

¹² Correspon al Govern de la Generalitat aprovar la relació de llocs de treball, de conformitat amb l'article 31 del text refós en matèria de funció pública, aprovat pel Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre.

¹³ En tot cas, però, el règim jurídic del personal laboral dels ens instrumentals amb personalitat jurídica pública de la Generalitat s'ha de subjectar a la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (en endavant, EBEP), respecte a aquelles normes que siguin aplicables al personal laboral, pel fet de considerar-se, a tots els efectes, empleats públics (article 2.1 EBEP).

la Llei de finances públiques de la Generalitat només fa referència, de manera succinta, al “contracte programa”, que s’ha d’entendre, en tot cas, com l’instrument de planificació plurianual dels organismes públics en el marc del qual caldria ubicar els programes d’actuació anuals. Ara bé, el gran avenç de la LAE és determinar amb precisió el contingut del contracte de gestió i situar-lo a l’epicentre de l’exigència de responsabilitat pel compliment dels objectius de la gestió. La regulació catalana no tracta aquests punts i deixa el contracte programa sense un perfil definit de contingut i funcions.

Com a conseqüència de la falta de regulació d’una figura equivalent al contracte de gestió, la regulació catalana tampoc no preveu els mecanismes de control i de seguiment de la gestió que la LAE estableix, cosa que dificulta la possibilitat de fer efectiva l’exigència de responsabilitat pel grau de compliment efectiu dels objectius fixats i, sobretot, la transparència davant del ciutadà. Finalment, tampoc no es preveuen especificitats en matèria de règim de retribució de personal que vinculin la retribució amb la productivitat o amb la consecució de resultats, i tampoc no s’exigeix un perfil professional per a la selecció del personal directiu.¹⁴ Tots són elements que mostren el dèficit de la regulació catalana actual pel que fa a la nova “cultura de la responsabilitat pels resultats”.

5. Els ens instrumentals nous (i en curs de creació) de l’Administració de la Generalitat de Catalunya d’ençà de la posada en funcionament del nou model d’agència estatal

La LAE ha comportat la introducció d’un nou model organitzatiu en l’administració instrumental, un nou model que intenta capgirar la regulació tradicional dels ens instrumentals amb personalitat pública de l’Administració general de l’Estat amb la introducció d’elements flexibilitzadors del règim general del dret administratiu i una nova cultura de gestió que prima la professionalització i la responsabilitat pels resultats. L’impacte en el si de l’Administració general de l’Estat ha estat considerable: s’han constituït set agències fins ara i s’està treballant per constituir-ne més en el futur.¹⁵ Per tant, es consolida el nou model organitzatiu en l’àmbit estatal.

És inevitable que l’ordenament administratiu català no passi per alt les novetats importants que aporta el nou model d’agència estatal de la LAE. Si bé les mesures previstes a la normativa catalana aplicable als ens instrumentals en alguns casos poden representar més flexibilitat que els instruments recollits a la LAE, sobretot en matèria de responsabilitat pels resultats, la normativa catalana no en recull pràcticament cap referència. I aquesta és, sens dubte, una matèria que actualment és al centre del debat “modernitzador” del dret administratiu. Per aquest motiu, és interessant analitzar si els nous ens instrumentals (i aquells que estan per crear, en el debat parlamentari actual) de l’Administració de la Generalitat incorporen les noves tendències del debat modernitzador del dret administratiu i si, per tant, essent un model pròxim en l’espai i en el temps, incorporen les mesures previstes a la LAE. En resum, el que es pretén és estudiar si el model d’agència estatal de la LAE l’ha seguit el legislador català a l’hora de configurar els nous ens instrumentals.¹⁶

¹⁴ Aquestes qüestions queden ara més obertes, com a conseqüència de les noves mesures que l’EBEP ha introduït, d’aplicació també, com hem vist, al personal dels ens instrumentals de l’Administració de la Generalitat de Catalunya com a normativa bàsica. Així, l’article 24 EBEP preveu que les retribucions complementàries tinguin en compte criteris d’esforç i de consecució de resultats. D’altra banda, l’article 13 EBEP preveu la regulació del personal directiu professional (selecció i designació segons els mèrits, la capacitat i la idoneïtat, i avaluació d’acord amb criteris d’eficàcia, eficiència i en funció dels resultats obtinguts), precepte que cal tenir en compte en tot cas també en seu d’administració instrumental catalana.

¹⁵ Així ho va exposar la ministra d’Administracions Públiques Elena Salgado en la seva compareixença al Senat el 18 de juny de 2008.

¹⁶ Cal deixar clar que la LAE no és vinculant en cap cas per al legislador català. No es tracta d’una normativa bàsica en virtut de l’article 149.1.18 de la Constitució espanyola, sinó que el seu àmbit d’aplicació és exclusivament l’Administració general de l’Estat. Per tant, aquí es proposa una anàlisi de dret comparat: analitzar el grau d’adopció voluntari d’un model organitzatiu estatal en l’àmbit del dret administratiu català.

Si prenem com a punt de partida l'entrada en vigor de la LAE, el 20 de juliol de 2006, des de llavors a Catalunya s'han creat fins a un total de vuit ens instrumentals amb personalitat juridicopública. Sis ens instrumentals han adoptat la tipologia d'entitats de dret públic subjectes a dret privat i, per tant, per a la seva regulació amb caràcter general es remeten a la que correspon als ens de l'article 1.b.1 de l'EEPC. Són aquests: l'Agència Catalana de la Joventut,¹⁷ el Consell Nacional de la Cultura i de les Arts,¹⁸ l'Agència Catalana de Turisme,¹⁹ l'Institut Català de la Salut,²⁰ l'Agència de gestió de les polítiques públiques del Sistema Català d'Autonomia i Atenció a la Dependència²¹ i l'Agència Catalana de Seguretat Industrial.²² D'altra banda, s'han constituït dues entitats autònomes de caràcter administratiu o subjectes a dret públic: l'Agència Tributària de Catalunya²³ i l'Institut Català Internacional per la Pau.²⁴ Actualment, estan en fase de tramitació parlamentària dos projectes de llei que recullen dos ens instrumentals més: l'Institut de Recerca i Tecnologia Agroalimentàries (entitat de dret públic subjecta a dret privat) i l'Autoritat Catalana de la Competència (entitat autònoma de caràcter administratiu).

Des de la perspectiva de la introducció de mesures flexibilitzadores en la gestió, més enllà de la normativa prevista a l'EEPC, els sis ens instrumentals que s'han creat amb la forma jurídica d'entitat de dret públic subjecta a dret privat no presenten cap novetat. En efecte, el seu règim jurídic en matèria pressupostària, patrimonial, de recursos humans i de contractació es regeix, a tots els efectes, per l'EEPC i, per tant, resulta aplicable tot el que hem assenyalat a l'apartat 4 d'aquest treball. Les entitats de dret públic subjectes a dret privat de nova creació són tipus que se subjecten, en tot cas, a la normativa de l'EEPC; per tant, es beneficiaran de les seves mesures flexibilitzadores, però sense incorporar les novetats que la LAE aporta en els termes que hem indicat a l'apartat 3 d'aquest treball. L'única excepció a la regla general que s'ha exposat la constitueix l'Institut Català de la Salut en matèria de gestió de personal. L'Institut es nodreix de diverses fonts de personal: estatutari, funcionari, laboral, eventual i en formació, entre d'altres (article 19 de la Llei 8/2007). Una de les funcions del Consell d'Administració de l'Institut (article 7 de la Llei 8/2007) és aprovar la relació de llocs de treball i l'oferta pública d'ocupació. Tot i així, cal dir que l'Institut es configura, pel que fa a la seva composició del personal, com una excepció en el marc de les entitats de dret públic subjectes a dret privat. I és que aquestes es nodreixen de personal laboral majoritàriament, mentre que l'Institut conté un nombre elevat de personal estatutari i de caràcter funcional.

Les novetats pel que fa a les mesures flexibilitzadores i, per tant, la proximitat al model de la LAE, les trobem en les entitats autònomes de caràcter administratiu i, d'una manera especial, en l'Agència Tributària de Catalunya. En efecte, en matèria de personal, la normativa reguladora de l'Agència preveu una gran autonomia en la gestió del model funcional, que s'apropa al model de la LAE. L'Agència pot aprovar la seva pròpia relació de llocs de treball (amb l'informe previ del departament competent en matèria de funció pública), elaborar la seva oferta

¹⁷ Regulada per la Llei 6/2006, de 26 de maig, de creació de l'Agència Catalana de la Joventut, i pels seus estatuts, aprovats pel Decret 129/2007, de 5 de juny.

¹⁸ Regulat per la Llei 6/2008, de 13 de maig, del Consell Nacional de la Cultura i de les Arts. Els seus estatuts encara no han estat aprovats.

¹⁹ Regulada per la Llei 15/2007, de 5 de desembre, de l'Agència Catalana de Turisme. Els seus estatuts encara no han estat aprovats.

²⁰ Regulat per la Llei 8/2007, de 30 de juliol, de l'Institut Català de la Salut. Els seus estatuts encara no han estat aprovats. Fins que no es produeixi l'aprovació dels estatuts, l'Institut es regeix per les normes provisionals aprovades pel Decret 258/2007, de 30 de juliol.

²¹ Agència prevista per la disposició addicional sisena de la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de Serveis Socials. Només se'n preveu la creació i la naturalesa d'entitat de dret públic subjecta a dret privat. Els seus estatuts encara no han estat aprovats.

²² Regulada per la Llei 12/2008, de 31 de juliol, de seguretat industrial. Els seus estatuts encara no han estat aprovats.

²³ Regulada per la Llei 7/2007, de 17 de juliol, de l'Agència Tributària de Catalunya, i pels seus estatuts, aprovats pel Decret 279/2007, de 24 de desembre.

²⁴ Regulat per la Llei 14/2007, de 5 de desembre, de l'Institut Català Internacional per la Pau. El seu reglament orgànic encara no ha estat aprovat.

pública d'ocupació i elevar-la al Govern, i fer les seves pròpies convocatòries de selecció de personal i resoldre-les. Per tant, es tracta d'un model funcional amb una clara autonomia de l'agència. Ara bé, en la resta de matèries, la subjecció al dret públic no s'exceptua en cap moment i, per tant, les entitats autònomes de caràcter administratiu queden regulades en la seva totalitat pel dret administratiu general en matèria pressupostària, patrimonial i de contractació.

A banda de la perspectiva de la flexibilització, cal analitzar a continuació si els nous ens instrumentals han incorporat elements de professionalització de la gestió i les nocions de responsabilitat pels resultats, elements gairebé inexistents en la normativa catalana, com hem vist. Doncs bé, en aquest cas, la resposta és clarament afirmativa.

Tots els nous ens instrumentals (excepte l'Institut Català Internacional per la Pau i l'Agència de gestió de les polítiques públiques del Sistema Català d'Autonomia i Atenció a la Dependència) incorporen una regulació, més o menys detallada, de l'instrument del contracte programa. Com ja hem assenyalat, aquesta figura no és nova, però no estava prevista fins ara amb caràcter general i, sobretot, amb un perfil detallat, en els ens instrumentals de l'Administració de la Generalitat. En tots els casos, el contracte programa (que fins i tot pren la denominació de contracte de gestió en el cas de l'Agència Catalana de Seguretat Industrial) queda detallat, pel que fa als continguts, de manera molt similar a la LAE: fixació d'objectius, previsió dels resultats que s'han d'obtenir, indicadors de seguiment i mecanismes de seguiment i control. Es configura a imatge i semblança de la LAE, amb caràcter plurianual, i és complementat amb els programes anuals d'actuació que fixaran els objectius i els resultats que s'han d'obtenir per a l'exercici en el marc plurianual del contracte programa.

Es produeix una tímida potenciació dels mecanismes de seguiment i control del contracte programa. Si bé la LAE ha optat per imposar directament la presència a dintre de l'agència d'una comissió de seguiment del contracte de gestió, la majoria dels ens instrumentals catalans de nova creació no la incorporen de manera necessària. Es deixa en mans del propi contracte programa o de gestió establir els mitjans de seguiment i control que cregui oportuns, i la comissió de seguiment només es configura com una opció no obligatòria. Només el Projecte de Llei de creació de l'Institut de Recerca i Tecnologia Agroalimentàries preveu expressament una comissió de seguiment del contracte programa. Al mateix temps, l'exigència de responsabilitat pels resultats queda més diluïda, en no potenciar-se la publicitat i l'accés de la documentació que l'ens instrumental generi.

Un altre element que hem destacat respecte de la nova "cultura de la responsabilitat pels resultats", i que té molt a veure amb la professionalització de la gestió, és el perfil professional dels directius i la retribució d'acord amb els resultats. La LAE aposta fortament, en l'àmbit del seu model preferentment funcional, per uns directius professionals i per un règim retributiu basat en els resultats. La majoria dels ens instrumentals de nova creació de l'Administració de la Generalitat no fan aquesta aposta decidida. Trobem, però, una clara excepció en l'Institut Català de la Salut. Els articles 20 i 21 de la Llei 8/2007, reguladora de l'Institut, opten per un model de directiu laboral (contractació d'alta direcció), però en tot cas és la llei la que defineix els criteris per considerar quan es tracta d'un lloc directiu i la que preveu una avaluació periòdica de la gestió que es dugui a terme, basada en criteris d'eficàcia i eficiència, entre d'altres.

6. Conclusions

És hora ja de fer balanç i extreure algunes conclusions de tot el que s'ha exposat en aquest treball.

- 1) El model d'agència estatal previst a la LAE presenta novetats importants que impliquen una flexibilització del règim general del dret administratiu aplicable als organismes públics prevists a la LOFAGE, tant en matèria pressupostària i patrimonial com de personal. Per tant, és una norma que s'insereix dintre de l'onada "modernitzadora" del dret administratiu. Ara bé, es tracta d'una resposta dins els límits del dret administratiu, ja que s'aposta per un model de personalitat juridicopública que no es remet en cap cas a la subjecció del dret privat, dota de més autonomia l'agència en suprimir algunes decisions centralitzades i estableix el nucli de decisió en els òrgans de govern i d'execució de l'agència.
- 2) Al mateix temps, al costat de les mesures flexibilitzadores, la LAE aposta decididament per la introducció de la nova "cultura de la responsabilitat pels resultats", amb una regulació central del contracte de gestió, un reforçament dels controls de seguiment i d'avaluació de la gestió en funció dels resultats i el decantament per un perfil de directiu professional i un règim retributiu basat, en part, en els resultats.
- 3) La normativa catalana en matèria d'administració instrumental també incorpora elements flexibilitzadors del règim general del dret administratiu a partir de l'EEPC. Les entitats autònomes de caràcter comercial, industrial o financer i les entitats de dret públic subjectes a dret privat es beneficien d'una certa flexibilitat en la gestió. És per aquest motiu que cap dels sis ens instrumentals creats d'ençà de l'entrada en vigor de la LAE que han adoptat la forma d'entitat de dret públic subjecta a dret privat presenta singularitats respecte al règim jurídic de l'EEPC (amb l'excepció, en matèria de personal, de l'Institut Català de la Salut). Si bé la LAE va més enllà, en alguns casos, amb mesures més flexibilitzadores, els nous ens instrumentals no les han incorporat.
- 4) Pel que fa a les entitats autònomes de caràcter administratiu que s'han creat recentment, l'Agència Tributària de Catalunya sí que incorpora, pel que fa al personal, un règim flexibilitzador molt similar a la LAE respecte a la normativa en matèria de funció pública, ja que l'Agència té un elevat control sobre la seva política de personal. No podem oblidar que la LAE, tal com estableix l'exposició de motius, està pensada per superar el model de gestió de tots els organismes públics, però vol incidir especialment en els organismes autònoms estatals que se subjecten plenament al dret administratiu. Per tant, no ens ha de resultar estrany que l'entitat autònoma de caràcter administratiu de l'Administració de la Generalitat, el tipus d'organisme públic més semblant a l'organisme autònom estatal, sigui la que s'aproximi més al model de la LAE. Si bé només s'han creat dues entitats (i l'Institut Català Internacional per la Pau no és molt representatiu, per raó de les seves funcions i objectius), sembla que la tendència en l'àmbit d'aquest tipus d'organisme públic és precisament la flexibilització.
- 5) Si bé no podem observar una gran influència de les mesures flexibilitzadores de la LAE, més enllà dels casos puntuals que hem esmentat, sí que podem concloure que el model d'agència té un gran impacte pel que fa a la introducció de la "cultura de la gestió pels resultats". Els nous ens instrumentals de l'Administració de la Generalitat han optat per col·locar en el centre del seu funcionament el contracte programa, que es regula d'una manera pràcticament idèntica, pel que fa als continguts i als efectes, al contracte de gestió de la LAE. Es preveuen també mecanismes de control i de seguiment de l'eficàcia de la gestió i dels objectius fixats

prèviament, en la majoria de casos de manera implícita, però en el Projecte de Llei de l'Institut de Recerca i Tecnologia Agroalimentàries ja es preveu, de manera necessària i explícita, una comissió de seguiment del contracte programa. D'altra banda, l'Institut Català de la Salut configura un perfil de directiu professional sotmès a avaluació d'acord amb criteris d'eficàcia i de bona gestió.