

Expediente: 48/2013

Objeto: Proyecto de Decreto Foral por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Dictamen: 45/2013, de 30 de diciembre

DICTAMEN

En Pamplona, a 30 de diciembre de 2013,

el Consejo de Navarra, integrado por don Eugenio Simón Acosta, Presidente; doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria; y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don Alfredo Irujo Andueza, don José Antonio Razquin Lizarraga y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Alfredo Irujo Andueza,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación y tramitación de la consulta

El día 13 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), se recaba dictamen preceptivo sobre el proyecto de Decreto Foral por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, tomado en consideración por el Gobierno de Navarra en sesión celebrada el día 6 de noviembre de 2013.

Con posterioridad -22 de noviembre de 2013- se da entrada en el Consejo de Navarra a la documentación complementaria que se remite por la Presidenta del Gobierno de Navarra.

I.2ª. Expediente del proyecto de Decreto Foral

Del expediente que se ha remitido a este Consejo se desprende que se han practicado las siguientes actuaciones que constituyen antecedentes del presente dictamen:

1. Por Orden Foral 92/2013, de 11 de marzo, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo se ordenó la iniciación del procedimiento para la elaboración de un decreto foral que modifique el contenido del Decreto Foral 27/2007, de 20 de agosto, por el que se regulan las encomiendas a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, el Proyecto) y se designó al Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo como órgano específico facultado para su elaboración y tramitación.

2. La información referente a la tramitación del Proyecto se publicó en el Portal de Gobierno Abierto de la Comunidad Foral de Navarra, estableciéndose un plazo para alegaciones, desde el 28 de mayo hasta el 7 de junio de 2013.

3. La Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el 10 de junio de 2013, aprobó la propuesta de texto por el que se regulan los encargos a entes instrumentales del Gobierno de Navarra.

4. Con fecha de 21 de junio de 2013, el Proyecto fue remitido a los distintos Departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

5. Obran en el expediente las aportaciones realizadas por la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, por la Dirección General de Industria, Energía e Innovación y por la Corporación Pública Empresarial de Navarra (CPEN).

6. El expediente incorpora una memoria elaborada, con fecha de 16 de julio de 2013, por el Servicio de Patrimonio, que comprende, a su vez, unas memorias normativa, justificativa, económica y organizativa, en las que se hace referencia a la necesidad de acomodar las denominadas encomiendas

a entes instrumentales a lo dispuesto por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, a la información pública realizada, al contenido y estructura de la norma, a que la modificación del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre (*sic*), no conlleva coste económico alguno y a que tal modificación no afecta a la estructura organizativa, ni a la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, razón por la cual se propone la aprobación del Proyecto. La memoria lleva el visto bueno de la Intervención.

7. Por parte del mismo Servicio de Patrimonio, se informa con fecha de 18 de julio de 2013 que el Proyecto no tiene impacto por razón de sexo al no incidir de forma discriminatoria en la posición personal, social o económica de mujeres y hombres y no afectar al logro efectivo de la igualdad entre ambos.

8. La Secretaría General Técnica del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo ha emitido informe, con fecha de 19 de agosto de 2013, en el que refiere el procedimiento seguido en la elaboración y tramitación del Proyecto y señala su adecuación jurídica tanto formal como sustantiva, debiendo procederse a su remisión al Consejo de Navarra.

9. Con fecha de 11 de septiembre de 2013, el Proyecto fue examinado por el Servicio de Secretariado del Gobierno y Acción Normativa, que realizó las consideraciones y recomendaciones de forma y fondo que consideró procedentes y que, en buena medida, han sido incorporadas al Proyecto.

10. El 3 de octubre de 2013, el Servicio de Patrimonio propuso la remisión del Proyecto al Consejo de Navarra para la emisión de su preceptivo dictamen.

11. La Comisión de Coordinación, en sesión de 4 de noviembre de 2013, examinó el Proyecto, que previamente había sido remitido a todos los Departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

12. El Gobierno de Navarra, en sesión de 6 de noviembre de 2013, acordó tomar en consideración el Proyecto a efectos de la preceptiva consulta al Consejo de Navarra. Se acompaña el texto del Proyecto.

I.3ª. El proyecto de Decreto Foral

El Proyecto sometido a consulta comprende una exposición de motivos, siete artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, una disposición final y un Anexo I.

La exposición de motivos explica que tras la aprobación de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, por la que se modifica la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se ha incorporado la doctrina derivada de la jurisprudencia comunitaria en materia de encargos a entes instrumentales de la Administración, siendo las novedades más relevantes de la regulación la posibilidad de que las empresas y profesionales que acrediten un interés en la adjudicación de los trabajos objeto del encargo, puedan presentar una reclamación en materia de contratación pública y la necesidad de que el ente instrumental realice el encargo con sus propios medios salvo en casos excepcionales debidamente justificados, que deberán ser objeto de publicación en el Portal de Contratación de Navarra. Finalmente expresa la habilitación legal para el desarrollo reglamentario y el informe favorable de la Junta de Contratación Pública.

El articulado del Proyecto, tras indicar su objeto (artículo 1), contempla el reconocimiento del carácter de ente instrumental (artículo 2), que ha de ser expreso mediante acuerdo del Gobierno de Navarra previo el correspondiente procedimiento en el que se acreditará la concurrencia de las exigencias a tal fin.

El artículo 3 fija el régimen jurídico del encargo, señalando su carácter obligatorio, la exclusión de las actividades que supongan ejercicio de autoridad o de otras potestades públicas inherentes a la Administración Pública y la exigencia de que el ente instrumental justifique que dispone de los medios necesarios para su realización, añadiéndose que en los casos en que necesite la ejecución de prestaciones por terceros, la licitación y

ejecución de las mismas se someterá a las disposiciones de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), sin que estas contrataciones puedan conllevar el traslado de la ejecución de más del 50% del precio del encargo. Se añade, a continuación, que en el caso excepcional de que vaya a superarse el porcentaje del 50% de contratación del importe del encargo con terceros, deberá justificarse exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del mismo, debiendo publicarse los encargos en el Portal de Contratación de Navarra, con independencia de su importe.

El artículo 4, sobre el régimen económico del encargo, establece que el importe de las prestaciones se determinará de acuerdo con los precios que figuren en el presupuesto previamente aprobado por la entidad que realiza el encargo y se abonará directamente por parte de los perceptores de la prestación.

El artículo 5, sobre el régimen administrativo del encargo, exige la instrucción de un expediente para realizar el encargo, cuya aprobación corresponde al órgano de contratación del Departamento u organismo autónomo que lo realiza.

El artículo 6 impone la publicidad de los encargos de valor estimado superior al umbral comunitario en un plazo de siete días naturales. También la de aquellos encargos que conlleven el traslado a terceros de más del 50% del precio del mismo, debiendo hacerse expresión sucinta de las circunstancias de hecho y de los fundamentos de derecho que los justifican, no pudiendo comenzar su ejecución hasta transcurridos diez días desde la publicación.

El artículo 7 determina que las empresas y profesionales interesados en la adjudicación de los trabajos objeto de encargo podrán presentar reclamación en materia de contratación pública en el plazo de 30 días naturales contados a partir de la publicación del correspondiente anuncio, debiendo fundarse en la realización del encargo con infracción de la LFCP.

La disposición adicional deja sin efecto, a los seis meses de la entrada en vigor del Decreto Foral, las habilitaciones existentes como ente instrumental a efectos de encargos para las sociedades públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

La disposición transitoria señala que las encomiendas aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Foral se ajustarán a lo preceptuado en la normativa vigente en el momento de su aprobación.

La disposición derogatoria deroga expresamente el Decreto Foral 27/2007, de 26 de marzo, regulador de las encomiendas a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

La disposición final prevé la entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Navarra.

El Anexo I recoge la información de soporte para la declaración sobre ingresos de explotación de la entidad.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

El proyecto de Decreto Foral sometido a consulta se dicta en desarrollo de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), cuya disposición adicional primera faculta al Gobierno de Navarra para dictar las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo y ejecución de ella. Además, sustituye, derogándolo, al Decreto Foral 27/2007, de 26 de marzo, que regula las encomiendas a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Por tanto, este dictamen del Consejo de Navarra tiene carácter preceptivo, de conformidad con el artículo 16.1.f) de la LFCN.

II.2ª. Competencia de la Comunidad Foral y del Gobierno de Navarra

El Proyecto viene a reglamentar los encargos a entes instrumentales en desarrollo de la LFCP, tras la modificación producida por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, por lo que se enmarca dentro de la materia de contratación pública.

El artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral (desde ahora, LORAFNA), reconoce a la Comunidad Foral de Navarra, en virtud de su régimen foral, competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia. Por tanto, como destaca la exposición de motivos de la LFCP, esta competencia exclusiva tiene un amplio margen pues viene delimitada sólo por los principios esenciales de la legislación básica estatal sobre contratos públicos y por la normativa comunitaria europea.

Como señalamos en nuestro dictamen 11/2007, de 12 de marzo, la mencionada competencia de la Comunidad Foral no ha de padecer por la incidencia en el ámbito material en el que se mueve el proyecto de Decreto Foral de distintas disposiciones de Derecho Comunitario, por ser jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que "el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias en las materias afectadas" (SSTC 252/1988, 76/1991, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 117/1992 y 80/1993, entre otras).

En ejercicio de esa competencia, se aprobó la LFCP y se ha aprobado la mencionada Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la anterior. Tanto la disposición adicional primera de la LFCP, como la disposición final primera de la Ley Foral 3/2013, contienen la

correspondiente habilitación general para el desarrollo reglamentario. Asimismo, el artículo 23.1 de la LORAFNA atribuye al Gobierno la función ejecutiva, comprendiendo la reglamentaria; y, de acuerdo con la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente (en lo sucesivo, LFGNP), corresponde al Gobierno de Navarra la potestad reglamentaria (artículo 7.12), adoptando sus disposiciones generales la forma de Decreto Foral (artículo 12.3 y 55.2).

En consecuencia, el Proyecto examinado se dicta al amparo de la competencia exclusiva de Navarra en materia de contratos públicos, en ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde al Gobierno de Navarra y su rango es el adecuado.

II.3ª. Marco normativo

El Proyecto que nos ocupa persigue el objetivo de acomodar la actual reglamentación relativa a las encomiendas a entes instrumentales.

En el ámbito estatal, dos son sustancialmente los textos legales a considerar. De un lado, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), cuyo artículo 15.5 (“Encomienda de gestión”) remite el régimen jurídico de las encomiendas de gestión a personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo. Y, de otro, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), cuyo artículo 4.1.n) dispone que están excluidos del ámbito de la presente ley “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”, añadiendo este último precepto que “los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes

adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”. En todo caso -sigue el artículo 24.6- “se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen”.

En el ámbito de Navarra, han de tenerse en cuenta, primordialmente, las modificaciones introducidas en la LFCP por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero.

Como se señaló en la exposición de motivos de esa última Ley Foral, “el considerando 15 de la Directiva 2007/66/CE considera como adjudicaciones directas ilegales las de los «contratos internos» cuando no se cumplen los estrictos requisitos que marca el Derecho y la jurisprudencia comunitarios” y, “a fin de incorporar la doctrina que sobre esta materia ha dictado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se modifica el régimen de los encargos a entes instrumentales”. Con la modificación legal producida -continúa la exposición de motivos- las anteriores encomiendas a entes instrumentales pasan a denominarse encargos y “se incorpora una precisa definición de sus caracteres delimitadores al tiempo que se promueve la publicidad de su actuación como garantía de transparencia”, adaptándose la reforma a la doctrina de la jurisprudencia comunitaria (sentencias «Teckal», de 18 de noviembre de 1999, «Arge», de 7 de diciembre de 2000, «Stadt Halle», de 11 de enero de 2005, «Parking Brixen», de 13 de octubre de 2005, «Coname», de 21 de julio de 2005, «Carbotermo», de 21 de julio de 2006, «Aroux», de 18 de enero de 2007, «Tragsa», de 19 de abril de 2007 y «SEA», de 10 de septiembre de 2009”).

El primer requisito que se exige –sigue esa exposición de motivos- “es el que el encargo debe realizarse a una entidad formalmente distinta de la

que lo realiza, pero sobre la que esta última ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de forma que la entidad a la que se hace el encargo no tiene, frente a la que lo realiza, autonomía decisoria. A estos efectos, conforme a la jurisprudencia comunitaria, para entender que se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios no puede admitirse que sociedades con participación en su capital ajena a las entidades que realizan los encargos puedan ser medios propios de éstas”.

Como “segundo requisito que exige la jurisprudencia comunitaria para admitir la existencia de un «in house providing» (contrato interno)” –prosigue esa exposición de motivos- es que “la entidad a la que se realiza el encargo debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan”. E, igualmente, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, la nueva redacción permite que un ente instrumental pueda serlo, a la vez, de varias entidades, siempre que se cumplan los dos requisitos exigidos.

Finalmente, con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica al sistema, “se obliga a la publicación de la declaración de la condición de ente instrumental y a la publicación de la orden de realización de los encargos, de modo que cualquier interesado pueda presentar una reclamación contra la decisión de realizar un encargo”.

Conforme a tales premisas, se produjo la correspondiente modificación del artículo 8 de la LFCP, que pasó a tener el siguiente tenor literal:

«Artículo 8. Encargos a entes instrumentales considerados medios propios.

1. La presente Ley Foral no será de aplicación a los encargos de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro, asistencia y concesiones de obras o servicios que las entidades sometidas a esta Ley Foral realicen a sus entes instrumentales, siempre que dichos encargos se realicen de conformidad con este artículo. Los encargos a entes instrumentales con infracción de lo dispuesto en este artículo serán sancionados con nulidad de pleno derecho.

2. A los efectos de este artículo se entiende por entes instrumentales propios a aquellas entidades que, dotadas de personalidad jurídica diferente de las entidades que realizan los encargos, reúnan los siguientes requisitos:

a) Ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades que realizan los encargos, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades. Si el ente instrumental es una sociedad y el encargo lo realiza una entidad pública, la totalidad del capital social del ente instrumental deberá ser de titularidad pública.

b) Que la parte esencial de su actividad la realicen para las entidades que realizan los encargos.

La condición de ente instrumental deberá haber sido objeto de una declaración expresa que se anunciará en el Portal de Contratación de Navarra con expresión del ámbito al que se pueden circunscribir los encargos.

3. Los encargos se instrumentarán a través de órdenes de realización obligatoria por el ente instrumental y, en todo caso, la supervisión de su correcta ejecución corresponderá al ente que realiza el encargo.

La orden de realización de los encargos de valor estimado superior al umbral comunitario se publicará en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo máximo de 7 días desde su emisión, con expresión sucinta de las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que la justifican, de acuerdo con los formatos que determine la Junta de Contratación Pública, y no podrá comenzar su ejecución hasta que transcurran 10 días naturales desde la publicación del anuncio.

4. Las empresas y profesionales que acrediten un interés en la adjudicación de los trabajos objeto del encargo podrán presentar reclamación en materia de contratación pública en el plazo de 10 días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación del encargo en el Portal de Contratación de Navarra.

5. Los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del mismo puedan efectuar contrataciones. Estas contrataciones no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del 50 por 100 del precio del encargo. La adjudicación de dichos contratos quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de las entidades que realicen los encargos.

A tal efecto, el ente instrumental al que se efectúe el encargo deberá, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo, justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos medios. Si se estimara que no dispone de ellos, la prestación objeto del

encargo deberá ser licitada según los procedimientos recogidos en la presente Ley Foral.

Excepcionalmente podrá superarse tal porcentaje de contratación siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final.

Los encargos en los que se pretenda superar dicho límite deberán ser publicados en el Portal de Contratación de Navarra.

6. Los entes instrumentales no podrán participar en los procedimientos de adjudicación que convoquen las entidades de las que dependen».

Por tanto, el Proyecto debe ajustarse a esas determinaciones de manera primordial, así como al resto del ordenamiento jurídico.

II.4ª. Tramitación del proyecto de Decreto Foral

La LFGNP regula en el Capítulo IV del Título IV (artículos 58 a 63) el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias en el ámbito foral navarro. El Proyecto examinado ha seguido las pautas procedimentales establecidas en dicha Ley Foral.

Así, el expediente incorpora una memoria elaborada por el Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo en la que se justifica la propuesta y se analizan los aspectos normativos, organizativos y económicos del Proyecto, con el visto bueno de la Intervención Delegada. Consta, además, el informe de impacto por razón de sexo. El Proyecto, por otra parte, ha sido informado favorablemente por la Junta de Contratación Pública y ha sido sometido a información pública mediante su publicación en el Portal de Gobierno Abierto de la Comunidad Foral de Navarra.

Consta en el expediente el informe de la Secretaría General Técnica del Departamento, que se ha pronunciado tanto acerca del procedimiento como sobre el contenido, concluyendo sobre la adecuación jurídica de la

norma propuesta. Ha informado el Proyecto el Servicio de Secretariado del Gobierno y Acción Normativa que ha realizado las observaciones procedentes.

El Proyecto ha sido examinado, asimismo, por la Comisión de Coordinación, previa su remisión a todos los Departamentos de la Administración Foral. Y, finalmente, el Proyecto con el expediente reseñado se ha remitido a consulta de este Consejo.

Por lo expuesto, la tramitación del proyecto de Decreto Foral se ajusta en términos generales al ordenamiento jurídico.

II.5ª. Sobre la adecuación jurídica del Proyecto

Según se desprende de la LRJ-PAC -singularmente de sus artículos 51 y 62.2-, así como de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y su Presidente -artículo 56-, el ejercicio de la potestad reglamentaria encuentra como límite infranqueable el respeto a los denominados principios de constitucionalidad, legalidad y jerarquía normativa, de tal modo que las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución, la LORAFNA, las leyes u otras disposiciones de rango superior, ni regular aquellas materias reservadas a la ley, ni establecer la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, so pena de incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho.

Como se ha adelantado, la principal referencia de nuestro pronunciamiento sobre la adecuación jurídica del Proyecto ha de ser la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), modificada por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que es objeto de desarrollo reglamentario, teniendo en cuenta la normativa comunitaria y la restante normativa de aplicación.

A) Justificación

Según se indica en la memoria del Proyecto, se trata de adecuar el contenido del Decreto Foral 27/2007, de 26 de marzo, a las previsiones de la

Ley Foral 3/2013 que, tal y como recoge la exposición de motivos, incorpora, en relación con los encargos a entes instrumentales, la doctrina derivada de la jurisprudencia comunitaria en la materia, siendo las novedades más relevantes, según se ha expuesto anteriormente, la posibilidad de que las empresas y profesionales que acrediten un interés en la adjudicación de los trabajos objeto del encargo, puedan presentar una reclamación en materia de contratación pública y la necesidad de que el ente instrumental realice el encargo con sus propios medios salvo en casos excepcionales debidamente justificados y publicados en el Portal de Contratación de Navarra.

Por tanto, es clara la justificación y conveniencia del Proyecto, necesario para la adecuación de la regulación referida a las encomiendas o encargos a entes instrumentales de la Administración a lo dispuesto por el nuevo artículo 8 de la LFCP, en la redacción que le ha dado la Ley Foral 3/2013.

B) Contenido del Proyecto

Entrando en el análisis jurídico del Proyecto, cuyo contenido general ha sido ya expuesto en los antecedentes, su contraste con el ordenamiento jurídico ofrece el resultado siguiente:

a) La exposición de motivos cumple las exigencias de motivación del artículo 58 de la LFGNP. En ella se indica el contenido de la regulación legal, la finalidad del Proyecto, los rasgos de su contenido, la habilitación legal y el informe favorable de la Junta de Contratación Pública.

b) El artículo 1 señala el objeto consistente en desarrollar el artículo 8 de la LFCP, referente a los “encargos a entes instrumentales considerados medios propios”.

c) El artículo 2 fija el reconocimiento de la condición de ente instrumental, que ha de ser expreso mediante acuerdo del Gobierno de Navarra y temporal con un máximo de cuatro años salvo revocación anticipada por cambios sobrevenidos de circunstancias o decisión fundada del Gobierno de Navarra (apartado 1). Dispone también la exigencia en el

expediente de dos documentos: de un lado, los documentos estatutario u organizativo de los que se deduzca la actividad a que se dedica la empresa o entidad y la ausencia de voluntad propia frente a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, debiendo quedar acreditado, si la entidad es una sociedad, que la totalidad del capital social es de titularidad pública; y, de otro, la declaración de ingresos de explotación acreditativa de que esencialmente provienen bien de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos o bien de terceros ajenos siempre y cuando éstos ingresos se deriven directamente de decisiones adoptadas por la propia Administración en ejercicio de sus prerrogativas, exigiendo que la información soporte de la declaración, cuyo contenido indica el Anexo I, figure en la memoria de las cuentas anuales de la entidad (apartado 2). Y ordena la publicidad en el Portal de Contratación de Navarra de los acuerdos del Gobierno de Navarra que reconozcan el carácter de ente instrumental con indicación del sector de la actividad al que se circunscribirán los encargos (apartado 3).

Por tanto, este precepto desarrolla adecuadamente el artículo 8.2 de la LFCP, fijando los requisitos de procedimiento para obtener la condición de ente instrumental, así como la documentación requerida para acreditar la concurrencia de las dos condiciones legalmente exigidas al efecto; a lo que se añade la exigencia de publicidad, que responde al principio general de transparencia establecido por el artículo 21.1 de la LFCP.

d) El artículo 3 establece el régimen jurídico del encargo, cuya realización exige la supervisión por la entidad que lo realiza de la correcta ejecución del mismo, siendo la relación con los entes instrumentales de carácter interno, dependiente y subordinado (apartado 1), excluye las actividades que supongan ejercicio de autoridad (apartado 2) y dispone, a continuación, en los tres párrafos que conforman el apartado 3, que el ente instrumental debe justificar que dispone de los medios necesarios para su realización. Si precisare la ejecución de prestaciones por terceros, realizará la licitación y ejecución de las mismas de acuerdo con las disposiciones de la LFCP, no pudiendo conllevar el traslado de la ejecución de más del 50% del precio del encargo. En el caso excepcional de que vaya a superarse ese

porcentaje, debe justificarse exhaustivamente la existencia de una justa causa, conforme a lo señalado en el precepto, debiendo publicarse los encargos en el Portal de Contratación de Navarra, en este caso, con independencia de su importe, sin que tengan la consideración de terceros otros entes instrumentales de la Administración ni los entes instrumentales que dependan, a su vez, de otros entes instrumentales.

La primera de tales previsiones atiende al primero de los requisitos legales del carácter del ente instrumental y a la exigencia de supervisión del artículo 8.3 de la LFCP, la segunda sigue la tradicional exclusión del encargo para las actividades que suponen ejercicio de autoridad (cfr. artículos 2.2 de la LRJ-PAC, 301.1 del TRLCSP o 176.1 de la LFCP) y la tercera reitera y se ajusta a lo dispuesto en el artículo 8.5 de la LFCP.

e) El artículo 4, sobre el régimen económico, tiende a fijar el precio cierto como elemento del encargo y prever el pago del importe de las prestaciones por los perceptores de ellas, lo que sigue también las exigencias generales de la LFCP.

f) El artículo 5, relativo al régimen administrativo del encargo, dispone la instrucción del oportuno expediente en forma análoga a la establecida para los contratos administrativos, exigiendo -salvo autorización genérica previa- la autorización del Departamento al que esté adscrito el ente, atribuye la aprobación de la encomienda al órgano de contratación y dispone que su notificación supone la orden de inicio de la prestación, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

Con ello se satisface la exigencia legal de que el encargo se instrumente a través de órdenes de realización obligatoria por el ente instrumental (artículo 8.3 LFCP), mediante la adaptación al régimen del encargo de previsiones propias de los contratos administrativos establecidas en la LFCP.

g) El artículo 6 determina la publicidad de los encargos en los casos y forma establecidos en los apartados 3 y 5 del artículo 8 de la LFCP, estableciendo en su último párrafo que no podrá comenzar su ejecución

“hasta que transcurran 10 días naturales desde la publicación del anuncio”. Esta determinación ha de ponerse en relación, sin embargo, con lo dispuesto en el artículo siguiente del Proyecto que concede un plazo de 30 días naturales para la formulación de las correspondientes reclamaciones, en consonancia con lo que determina, a su vez, el artículo 210.4 de la LFCP.

h) El artículo 7, regulador de las reclamaciones frente a los encargos, prevé, según hemos adelantado, un plazo de 30 días para la presentación de reclamaciones frente a los encargos.

Conviene señalar a este respecto que en la LFCP se contienen dos previsiones contradictorias. Por una parte, el artículo 8.4, introducido por la Ley Foral 3/2013, prevé para las reclamaciones un plazo de 10 días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación del encargo en el Portal de Contratación de Navarra. Por otra parte, el artículo 210.2.c) de la misma Ley Foral, también introducido por la Ley Foral 3/2013, precisa que el plazo de la reclamación será de treinta días naturales contados desde el siguiente al de la publicación del anuncio de realización del encargo al ente instrumental. A esta última previsión se acomoda la previsión contenida en el artículo 7 del Proyecto, razón por la cual lo consideramos adecuado a las determinaciones de la LFCP, sin perjuicio de manifestar la mencionada contradicción legal, lo que ha de ponerse en relación, asimismo, con la previsión contenida en el apartado 4 del mismo artículo 210, conforme al cual la impugnación de un encargo a un ente instrumental conlleva la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte una resolución sobre la misma.

i) La disposición adicional única deja sin efecto las habilitaciones o reconocimiento de entes instrumentales existentes con anterioridad, lo que se justifica en el nuevo régimen legal que ha tratado de cumplir cabalmente las exigencias comunitarias.

j) La disposición transitoria única mantiene para las encomiendas y encargos ya aprobados con anterioridad a la entrada en vigor del Proyecto las previsiones contenidas en la normativa vigente en el momento de su

aprobación. Esta disposición no suscita cuestión en cuanto que fija la permanencia del régimen sustantivo bajo el cual fue conferido el encargo o encomienda.

k) La disposición derogatoria deroga lo dispuesto por el Decreto Foral 27/2007, de 26 de marzo, al que sustituye. Ninguna observación merece.

l) La disposición final dispone la entrada en vigor del Decreto Foral el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Navarra y frente a ello nada debe señalarse.

En definitiva, no se formula ninguna tacha de legalidad al Proyecto, ya que éste complementa de forma adecuada lo dispuesto en los artículos 8 y 210.2.c) de la LFCP y respeta el ordenamiento jurídico.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que el proyecto de Decreto Foral por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se ajusta al ordenamiento jurídico.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.