

Expediente: 24/2014

Objeto: Proyecto de Decreto Foral por el que se modifica el Decreto Foral 23/2014, de 17 de febrero, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Dictamen: 23/2014, de 30 de julio

DICTAMEN

En Pamplona, a 30 de julio de 2014,

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 Iruretagoyena Aldaz, 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.1^a. Formulación y tramitación de la consulta

El día 2 de julio de 2014 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 23/2014, de 17 de febrero”, 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 25 de junio de 2014.

Se acompaña al efecto el expediente del proyecto de Decreto Foral por el que se modifica el Decreto Foral 23/2014 citado, que es el que ha de considerarse como objeto del presente dictamen.

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 128/2014, de 23 de abril, 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 23/2014, de 19 de febrero, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en el sentido de modificar la disposición adicional única (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 24 de abril hasta el 3 de mayo de 2014.

3. Con fecha de 29 de abril de 2014, el Proyecto fue remitido a los distintos departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

4. La Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el 15 de mayo de 2014, aprobó la propuesta de texto por el que se modifica el Decreto Foral 23/2014, de 19 de febrero, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales del Gobierno de Navarra.

5. El expediente incorpora una memoria elaborada, con fecha de 28 de mayo de 2014, por el Servicio de Patrimonio, que comprende, a su vez, unas memorias normativa, justificativa, económica y organizativa, en las que se hace referencia a las dificultades para la culminación del II Plan de Reordenación del Sector Público de Navarra derivadas de la exigencia de renovación de la declaración de ente instrumental por parte de las

sociedades públicas afectadas, considerándose oportuno modificar el texto de la disposición adicional única del Decreto Foral 23/2014, de 19 de febrero, para sustituir el plazo de seis meses establecido para la renovación de las declaraciones de ente instrumental, por el plazo que media hasta el vencimiento de las declaraciones vigentes que expiran dentro del año 2015, salvo una de ellas que vence el 15 de febrero de 2016. Se considera que la modificación del Decreto Foral 23/2014, de 19 de febrero, 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. Además, que el Proyecto no tiene impacto por razón de sexo. Por todo ello se propone la aprobación del Proyecto. La memoria lleva el visto bueno de la Intervención.

6. La Secretaría General Técnica del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo ha emitido informe, con fecha de 5 de junio de 2014, en el que precisa que el objeto de la norma consiste únicamente, en suprimir el plazo de seis meses establecido en la disposición adicional única del Decreto Foral 23/2014, estando justificada la modificación en la coyuntura actual del Plan de Reordenación del Sector Público emprendido por la Corporación Pública Empresarial de Navarra (CPEN) y en el perjuicio que entrañaría que en el plazo de seis meses algunas sociedades públicas pudieran perder el carácter de ente instrumental. Considera que el procedimiento seguido en la elaboración y tramitación del Proyecto se ha ajustado a lo establecido en el título IV de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, debiendo procederse a su remisión al Consejo de Navarra.

7. Con fecha de 20 de junio de 2014, 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.

8. El 20 de junio de 2014, el Servicio de Patrimonio propuso la remisión del Proyecto al Consejo de Navarra para la emisión de su preceptivo dictamen.

9. La Comisión de Coordinación, en sesión de 23 de junio de 2014, examinó el Proyecto, que previamente había sido remitido a todos los Departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

10. El Gobierno de Navarra, en sesión de 25 de junio de 2014, 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, un artículo único y una disposición final única.

La exposición de motivos explica que Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, regula los encargos a entes instrumentales, señalando que la misma no será de aplicación a los encargos de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro o asistencia que las entidades sometidas a ella realicen a sus entes instrumentales, siempre que dicho encargo se realice de conformidad con lo previsto en su artículo 8.

Tras la aprobación de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero –sigue la exposición de motivos- se aprobó el Decreto Foral 23/2014, de 19 de febrero, que regula los encargos a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Conforme al mismo, los entes instrumentales requieren del reconocimiento previo de su condición de medio propio e instrumental por acuerdo del Gobierno de Navarra, resultando pertinente la modificación de la disposición adicional única sustituyendo el plazo de seis meses para la renovación de este reconocimiento, de manera que se posibilite la culminación del II Plan de Reordenación del Sector Público. Finalmente expresa la habilitación legal para el desarrollo reglamentario y el informe favorable de la Junta de Contratación Pública.

El Proyecto contiene un artículo único, que modifica la disposición adicional única del Decreto Foral 23/2014, que queda con el siguiente tenor literal:

“El procedimiento para reconocer a las sociedades públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra el carácter de ente instrumental es el establecido en este Decreto Foral. Para las entidades que ya ostentan la condición de ente instrumental, dicho reconocimiento deberá renovarse antes de la expiración de las declaraciones actualmente vigentes.”

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

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

El proyecto de Decreto Foral sometido a consulta se elabora 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, modifica lo señalado en la disposición adicional única del Decreto Foral 23/2014, de 19 de febrero, que ya fue objeto del dictamen 45/2013, de 30 de diciembre, de este Consejo.

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

Resultan de aplicación a este respecto, las consideraciones que realizábamos en nuestro anterior dictamen 45/2013.

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 único objetivo de sustituir la previsión contenida en la disposición adicional única del Decreto Foral 23/2014 en virtud de la cual quedarían sin efecto las habilitaciones existentes de entes instrumentales a los seis meses de la entrada en vigor del Decreto Foral, por la obligación de renovación del reconocimiento de los entes instrumentales antes de la expiración de las declaraciones vigentes, lo que equivale a mantener el reconocimiento del carácter instrumental de las entidades que ya ostenten la condición de ente instrumental hasta tanto se produzca la expiración de las declaraciones actualmente vigentes.

Como señalamos en nuestro anterior dictamen 45/2013, 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, la LFCP, cuyo artículo 8 es del 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

La justificación del Proyecto aparece reflejada, como ha quedado expuesto, tanto en su exposición de motivos, como en la memoria justificativa elaborada por el Servicio de Patrimonio. La Secretaría General Técnica del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, considera por su parte que es la coyuntura actual del Plan de Reordenación del Sector Público emprendido por la Corporación Pública Empresarial de Navarra, así como el perjuicio que entrañaría que en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del Decreto Foral 23/2014 algunas sociedades públicas pudieran perder su carácter de ente instrumental, lo que justifica la modificación proyectada.

Teniendo en cuenta que el periodo de seis meses establecido en la vigente disposición adicional única del Decreto Foral 23/2014 se cumple el próximo día 8 de septiembre de 2014, momento en el cual deberían quedar sin efecto las habilitaciones existentes de reconocimiento de entes instrumentales; y, teniendo en cuenta, asimismo, tal y como se significa en la memoria normativa, que el vencimiento de las actuales declaraciones de entes instrumentales se va a producir en cualquier caso a lo largo del año

2015 y como tarde el 15 de febrero de 2016, debiendo ser renovadas en su momento, puede tenerse por suficiente la justificación del Proyecto, a través del que se persigue, en definitiva, el mantenimiento de las referidas habilitaciones vigentes hasta que se produzca su vencimiento.

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 de manera escueta 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 único recoge la nueva redacción que se da a la disposición adicional única del Decreto Foral 23/2014, manteniéndose las habilitaciones actualmente vigentes respecto a los entes instrumentales hasta tanto se produzca su vencimiento.

Con ello no se produce vulneración alguna del ordenamiento jurídico. De hecho, tan adecuada a éste puede resultar una determinación como la prevista en la vigente disposición adicional única, como la que se contiene en el Proyecto.

c) La disposición final única 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.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que el proyecto de Decreto Foral por el que se modifica el Decreto Foral 23/2014, de 17 de febrero, 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.