

**Expediente:** 36/2002

**Objeto:** Proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios

**Dictamen:** 34/2002, de 17 de junio

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 17 de junio de 2002,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente, y los Consejeros don Francisco Javier Martínez Chocarro, don Joaquín Salcedo Izu, don José María San Martín Sánchez, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo, que actúa como Consejero-Secretario,

siendo Ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1ª. Formulación y tramitación de la consulta**

El día 23 de mayo de 2002 tuvo entrada en este Consejo un escrito del Presidente del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora LFCN), se recaba dictamen preceptivo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 16.1 de dicha Ley Foral, según redacción dada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, sobre el proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios, tomado en consideración por el Gobierno de Navarra en sesión de 21 de mayo de 2002 según certificación del Director General de Presidencia, por delegación del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior.

En el expediente figuran, entre otros, los siguientes documentos:

1. Acta de la sesión de la Junta de Contratación Administrativa celebrada el día 26 de abril de 2002.
2. Informe del Secretario de la Junta de Contratación Administrativa de 13 de mayo de 2002.
3. Texto de proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios.
4. Informe del Secretario Técnico del Departamento de Economía y Hacienda de 14 de mayo de 2002.

La documentación aportada se ajusta en términos generales a lo ordenado en el artículo 28 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Navarra (ROFCN), con excepción de la remisión de dos copias autorizadas del proyecto de reglamento sometido a consulta, sin acompañarse tampoco los antecedentes y bibliografía que hayan servido para la redacción del proyecto de disposición reglamentaria.

### **I.2ª. Consulta**

Se solicita dictamen preceptivo de del Consejo de Navarra acerca del proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen**

Se somete a consulta del Consejo de Navarra el proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios. El dictamen se solicita al amparo del artículo 16.1 de la LFCN, según redacción dada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, en cuya virtud el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente en los

proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones. La determinación de tal carácter ha de realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado precepto y atendiendo a la noción de “reglamento ejecutivo” fijada por la jurisprudencia referida precisamente a igual trámite consultivo (STS de 22 de octubre de 1981 y STC 18/1982, de 4 de mayo, fundamento jurídico 4º).

El proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios, se dicta en ejecución y desarrollo de lo dispuesto por el artículo 122 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (en adelante LFCAPN) por lo que procede emitir dictamen preceptivo de acuerdo con lo previsto por el artículo 16.1.f) de la citada LFCN.

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

El artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (desde ahora LORAFNA), reconoce a Navarra, en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia.

En uso de esa competencia foral, el Parlamento de Navarra aprobó la LFCAP, cuya disposición adicional primera encomienda al Gobierno de Navarra la promulgación de las disposiciones reglamentarias que considere precisas para el desarrollo y ejecución de dicha Ley Foral.

Por otra parte, el artículo 23.1 de la LORAFNA atribuye al Gobierno la función ejecutiva, comprendiendo la reglamentaria; y, de acuerdo con la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (desde ahora LFGACFN), corresponde al Gobierno de Navarra la potestad reglamentaria (artículo 4.1) y en concreto la aprobación, mediante Decreto Foral, de los reglamentos precisos para el

desarrollo y ejecución de las leyes forales (artículo 10.k), y sus disposiciones adoptarán la forma de Decreto Foral (artículo 55.1º).

En consecuencia, el proyecto de Decreto Foral examinado se dicta dentro de la competencia de la Comunidad Foral de Navarra y en ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde al Gobierno. El rango es el adecuado.

### **II.3ª. Tramitación del proyecto de Decreto Foral**

Conforme al artículo 51 de la LFGACFN, las disposiciones reglamentarias se dictarán de acuerdo con lo establecido en dicha Ley Foral y en las normas reguladoras del procedimiento administrativo. El artículo 57 de la misma Ley Foral, en su párrafo primero, ordena que los proyectos de normas reglamentarias que deban aprobarse mediante Decreto Foral u Orden Foral, sean elaborados por el órgano que determine el Consejero al que corresponda su propuesta o aprobación; y autoriza al Consejero competente para someter los proyectos a información pública siempre que la índole de la norma lo aconseje y no exista razón para su urgente tramitación.

Los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 regulaban el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, a las que se remitió la Ley Foral 23/1983. Tales preceptos, sin embargo, fueron derogados por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por lo que puede entenderse que la remisión efectuada por el artículo 51 de la Ley Foral 23/1983 ha quedado sin contenido, dado que los artículos 23 y 24 de la Ley 50/1997, que han venido a sustituir a los anteriores, no regulan el procedimiento administrativo general, sino el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno de la Nación.

No obstante, tal como ha tenido oportunidad de señalar este Consejo en otros dictámenes anteriores, mientras no se lleve a cabo por el Parlamento de Navarra la regulación del procedimiento de elaboración de las disposiciones navarras de carácter general, parece aconsejable e, incluso, necesario que en dicha elaboración se cuente con aquellos estudios, informes y actuaciones previos que garanticen su legalidad, acierto y oportunidad, preocupación ésta que es compartida por el Gobierno de

Navarra que ha dictado algunas instrucciones de carácter interno en esta dirección.

El texto del proyecto ha sido objeto de debate en el seno de la Junta de Contratación Administrativa, como se desprende del acta de su reunión de 26 de abril de 2002 que figura en el expediente. También ha sido sometido a informe del Secretario Técnico del Departamento de Economía y Hacienda.

Por todo lo expuesto, la tramitación del Decreto Foral sometido a dictamen es ajustada a Derecho.

#### **II.4ª. Marco normativo**

El artículo 122 de la LFCAP, dentro de la sección donde se regula la modificación de los contratos de obras, suministros y asistencia, establece lo siguiente:

“1. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del Director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días. Si éste no aceptase los precios fijados deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

Dicha Comisión de arbitraje dependerá de la Junta de Contratación Administrativa. La composición de la Comisión y el procedimiento sumario para establecer los precios se regularán reglamentariamente.

2. Cuando la modificación consista en la entrega de unidades de bienes o asistencia distintas de las inicialmente contratadas, los precios

serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista, por un plazo mínimo de tres días. Si éste no aceptase los precios señalados por la Administración, quedará exonerado de ejecutar las nuevas unidades.”

El proyecto de Decreto Foral sometido a dictamen establece la composición de la comisión de arbitraje a que alude el apartado primero del artículo citado, así como el procedimiento ante ella. Por lo tanto, el artículo 122 de la LFCAP, junto con las normas legales reguladoras del procedimiento administrativo y la composición y funcionamiento de los órganos colegiados constituyen el marco normativo de referencia para efectuar un pronunciamiento jurídico sobre el proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios.

## **II.5ª. Examen del proyecto de Decreto Foral**

### ***A) Justificación***

La exposición de motivos del proyecto, en la que se reproducen las consideraciones vertidas en el informe del Secretario de la Junta de Contratación Administrativa de 13 de mayo de 2002, recoge adecuadamente las razones que justifican su aprobación y que básicamente consisten en la necesidad de desarrollar el artículo 122 de la LFCAP.

### ***B) Composición de la comisión de arbitraje***

La composición de la comisión se prevé en el artículo 3º del proyecto y está integrada por tres vocales técnicos (a propuesta, respectivamente, del órgano de contratación, del contratista y de la Junta de Contratación Administrativa), bajo la presidencia del Secretario de la Junta de Contratación Administrativa o un Letrado o Técnico de Administración Pública (rama jurídica) adscrito a la Sección de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda. El secretario, con voz pero sin voto, será un funcionario administrativo adscrito a la misma Sección de Contratación y Seguros.

El nombramiento de la comisión se efectúa por el Presidente de la Junta de Contratación Administrativa.

Este precepto se encuentra dentro del espacio de discrecionalidad que las leyes aplicables han deferido al poder reglamentario. Únicamente formulamos al mismo una observación de carácter formal: el apartado se refiere a la comisión de arbitraje como “Comisión Arbitral”, siendo así que en otros preceptos del proyecto se utiliza la denominación “Comisión de Arbitraje”. Conviene unificar los términos empleados, dado que se utilizan como nombre propio de la comisión.

### **C) Procedimiento**

El segundo aspecto de la normativa contenida en el proyecto se refiere al procedimiento a que ha de ajustarse la actuación de la Comisión Arbitral.

#### *a) Trámites previos e iniciación*

De acuerdo con lo previsto por la LFCAP, existen unos trámites previos a la intervención de la Comisión Arbitral, que culminan en la determinación del precio por el órgano de contratación y su notificación al contratista, el cual dispone de un plazo de diez días para manifestar, si fuera el caso, su oposición. Este trámite previo coincide con el establecido por la ley que, en relación con el plazo de oposición del contratista, dispone que su duración será cuando menos de tres días.

Ahora bien, el artículo 2º del proyecto dispone que el plazo para la solicitud de iniciación del procedimiento arbitral (que, según el artículo 4º, puede ser instado por el órgano de contratación o por el contratista) es el de quince días contados a partir del siguiente a aquél en el que el contratista manifieste su oposición. Este precepto parece indicar que, una vez manifestada la oposición del contratista, la iniciación del procedimiento arbitral es facultativa para cualquiera de ambas partes, circunstancia que no coincide con lo dispuesto por el artículo 122 de la Ley Foral que establece con carácter imperativo la intervención de la comisión de arbitraje.

Lo que establece la Ley Foral es que si el contratista no acepta los precios fijados “deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente”.

De este precepto se deduce que, ante la oposición del contratista, la Administración puede desistir de la modificación contractual o solicitar la intervención de la comisión de arbitraje. En cambio, el contratista no tiene otra forma de oponerse a la decisión del órgano de contratación que la de someter la cuestión a la comisión de arbitraje. Por este motivo consideramos innecesario e incluso contrario a lo previsto por la ley, el establecimiento de un plazo de quince días para que el contratista solicite la iniciación del procedimiento arbitral.

El plazo de quince días previsto por el artículo 2º del proyecto es un plazo fatal o preclusivo. Aunque el precepto comentado guarda silencio sobre el plazo, puede deducirse del artículo 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y de la jurisprudencia que lo interpreta, que se trata de un plazo cuyo incumplimiento hará decaer el derecho del contratista a que el precio sea revisado. Esta conclusión, que sería difícilmente evitable según el tenor literal del artículo 2º del proyecto de Decreto Foral, es manifiestamente contraria a lo previsto por el artículo 122 de la LFCAP, del que se deduce que la intervención de la comisión de arbitraje no tiene que ser solicitada por el contratista, sino que es preceptiva desde el momento mismo en que éste manifiesta su oposición al precio, sin más salvedad que la de que la Administración decida ejecutar las obras directamente o encomendarlas a otro contratista.

En consecuencia, el plazo sólo tiene sentido, dentro del contexto legal, si se establece como un término durante el cual la Administración (el órgano de contratación) se encuentra obligada a manifestar su opción, debiendo preverse asimismo las consecuencias de su silencio.



Las observaciones precedentes se proyectan también sobre el artículo 4º del proyecto, donde se dice que el procedimiento se iniciará a solicitud del órgano de contratación o del contratista ante la Junta de Contratación Administrativa y se establecen los documentos que se han de adjuntar a la solicitud.

No hay ningún inconveniente a que se establezca que el órgano contratante debe solicitar la intervención de la comisión de arbitraje, pero la solicitud del contratista se encuentra implícita en su escrito de oposición al precio fijado por el órgano de contratación. Sería razonable exigir al contratista que formule la propuesta del vocal técnico que formará parte de la Comisión Arbitral en el mismo escrito de oposición al precio determinado por el órgano de contratación. De este modo, el mandato de que la solicitud del órgano de contratación vaya acompañada de la propuesta de nombramiento de vocal técnico del contratista (cfr. artículo 4º.2 del proyecto), cobraría un sentido que ahora no tiene.

*b) Instrucción*

Llama la atención que no se haya previsto nada sobre la instrucción del expediente. Tampoco sobre la audiencia a las partes en caso de que se incorporen al procedimiento hechos, alegaciones o pruebas distintas de las aducidas por el interesado.

Aunque este vacío puede completarse con la aplicación de las normas generales de la LRJ-PAC, sería aconsejable, en aras de la seguridad jurídica, que la norma reglamentaria fuese algo más explícita en este punto.

*c) Duración del procedimiento, terminación y recursos*

El artículo 6º del proyecto sometido a dictamen dispone lo siguiente:

“La Comisión de Arbitraje dispondrá del plazo de un mes, contado a partir de la fecha de la constitución de la misma, para dictar el acuerdo dirimente. El acuerdo que adopte la Comisión deberá ser razonado, resolverá todas las cuestiones suscitadas en materia de

fijación de precios y se notificará a los interesados, dando fin a la vía administrativa.

Transcurrido el plazo de un mes sin que la Comisión de Arbitraje haya adoptado el acuerdo, se entenderá que ha quedado confirmada la resolución administrativa que estableció los precios cuya fijación compete a la Comisión”.

Este precepto plantea una serie de cuestiones que pasamos a analizar a continuación.

En primer término se observa que la decisión de la comisión de arbitraje causa estado o, en otros términos, pone fin a la vía administrativa. Tal disposición puede parecer, *prima facie*, contraria a lo dispuesto por el artículo 52.2 de la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, del Gobierno y Administración de la Comunidad Foral de Navarra (LFGA), según el cual contra los actos dictados por los órganos de la Administración de la Comunidad Foral procede el recurso de alzada ante el Gobierno. También el artículo 4.3 de la LFGA dispone que corresponde al Gobierno la facultad revisora en materia administrativa previa a la judicial.

No obstante lo anterior, la redacción vigente del artículo 107.2 de la LRJ-PAC establece que “las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.”

Nos encontramos, pues, ante un procedimiento de arbitraje establecido por norma de rango suficiente (el artículo 122 la LFCAP) que sustituye al recurso de alzada ante el Gobierno, de acuerdo con lo previsto en la legislación de procedimiento administrativo común que es competencia exclusiva del Estado. Por tanto, tampoco existe reparo legal alguno al contenido de esta norma.

En segundo lugar, tampoco es objetable que la duración del procedimiento se fije en el plazo de un mes, puesto que de este modo se respeta lo establecido por el artículo 42 de la LRJ-PAC que prevé una duración máxima de seis meses para los procedimientos que no tengan fijado por Ley o por norma comunitaria un plazo superior.

En fin, el proyecto de Decreto Foral se decanta por el silencio administrativo negativo cuando dice que el transcurso del plazo, sin que exista resolución expresa, produce como efecto que se entienda confirmada la resolución administrativa que estableció los precios. Aunque la legislación vigente establece como regla general el silencio positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, nos encontramos ante un caso excepcional que encuentra amparo en el apartado 4 de la disposición adicional vigésimo novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a cuyo tenor, “la terminación convencional de procedimientos administrativos, así como los procedimientos de mediación, arbitraje o conciliación, no están sujetos al régimen de silencio administrativo previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

### **III CONCLUSIÓN**

Salvadas las objeciones que se han formulado a los artículos 2º y 4º, el proyecto de Decreto Foral por el que se regula la Comisión de Arbitraje dependiente de la Junta de Contratación Administrativa y el procedimiento arbitral de fijación de precios, se ajusta al ordenamiento jurídico.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.