

DICTAMEN: 121/08, de 22 de maig

MATÈRIA: Disposicions generals

DEPARTAMENT: Justícia

PONENT: Ma. Jesús Montoro Chiner

Projecte de decret pel qual es modifiquen els estatuts del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció (CIRE), aprovats pel Decret 209/1989, de 3 de juliol

ANTECEDENTS

Es dedueixen del Dictamen.

FONAMENTS JURÍDICS

I. La consellera de Justícia ha sotmès a la consideració de la Comissió la petició de dictamen sobre el Projecte de decret pel qual es modifiquen els estatuts del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció (CIRE), aprovats pel Decret 209/1989, de 3 de juliol.

La Comissió Jurídica Assessora és competent per emetre dictàmens sobre els reglaments o les disposicions de caràcter general que es dictin per a desplegar les lleis, segons el que disposa l'article 8.2.b) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora de la Comissió Jurídica Assessora.

En aquest Dictamen s'han d'analitzar les qüestions següents, que afecten tant el procés d'elaboració com la legalitat de la disposició. Prèviament, l'abast del dictamen suposa l'estudi de la competència de la Generalitat de Catalunya i l'estudi de l'habilitació per a dictar la norma de què es tracta. En segon lloc, correspon tractar els aspectes relatius a l'observança dels requisits i les exigències establertes en el procés d'elaboració de la disposició de caràcter general; en suma, el Projecte ha estat tramitat d'acord amb els preceptes que regulen l'elaboració (i la modificació, si escau) de les disposicions generals previstes en el títol IV de la Llei 13/1989. Finalment, cal analitzar si la disposició en projecte s'ajusta, pel que fa al contingut, a les normes que desplega i a la resta de l'ordenament, la qual cosa la col·loca en una situació d'adequació a la legalitat que li correspon. Això últim comporta necessàriament una anàlisi succinta del marc normatiu en què s'enquadra la disposició en projecte.

II. El Projecte de decret pel qual es modifiquen els estatuts del CIRE, com ja s'ha dit, aprovats pel Decret 209/1989, es compon d'una exposició de motius, de tres articles i d'una disposició final.

Com correspon a la preparació i a l'elaboració d'una disposició normativa de naturalesa modificativa, l'exposició de motius fonamenta les causes de la modificació; cada un dels tres preceptes conté les alteracions, les supressions i l'addició de nous apartats als articles dels estatuts del CIRE que es modifiquen. La disposició final conté la clàusula d'entrada en vigor.

En l'expedient tramitat a aquesta Comissió Jurídica Assessora consten dues versions de la disposició general en projecte. La primera datada el 12 de març de 2008 i la segona d'abril de 2008, en la qual s'han recollit, essencialment, les observacions que efectuava la Direcció General del Patrimoni del Departament d'Economia i Finances.

L'article 1 del Projecte de decret modifica l'article 1 dels estatuts del CIRE; l'article 2 modifica l'article 2 dels estatuts del CIRE i l'article 3 en modifica l'article 16.

Cal fer notar que la modificació proposada es refereix als preceptes reguladors del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció continguts en els estatuts que, segons establia la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'empresa pública catalana, havien de ser aprovats pel llavors Consell Executiu, la qual cosa va tenir lloc en dictar-se el Decret 209/1989, de 3 de juliol. En conseqüència, el dictamen d'aquesta Comissió Jurídica Assessora es refereix al contingut dels estatuts, part dels articles del qual seran modificats mitjançant el Decret en projecte que amb aquest Dictamen s'analitza.

III. El Dictamen ha estat sol·licitat a aquesta Comissió Jurídica Assessora i se n'ha formulat la petició pel tràmit d'urgència. Es motiva la urgència "atès que la imminent entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, incidirà en no pocs aspectes de l'activitat del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció, la qual cosa fa necessari la modificació dels estatuts per tal d'adequar-los als límits i condicionaments establerts per aquest nou marc normatiu".

La Llei de contractes del sector públic (publicada al BOE de 31 d'octubre de 2007) establia una *vacatio legis* de sis mesos per a l'entrada en vigor. Per tant, la "imminent entrada en vigor de la Llei 30/2007", a la qual fa referència el Departament, era ja anunciada i coneguda. Malgrat això, la Comissió Jurídica Assessora ha abreuja el termini per emetre el dictamen.

IV. El marc normatiu i els antecedents de la modificació que es proposa han de ser analitzats a tres nivells: l'estrictament organitzatiu, el de la qualificació del CIRE com a mitjà propi i servei tècnic de l'Administració de la Generalitat i les conseqüències que comporta respecte a l'aplicació de la Llei de contractes del sector públic i, finalment, la configuració del CIRE com a poder adjudicador a l'efecte previst en la legislació sobre contractació del sector públic.

En el pla estrictament organitzatiu, tal com es recull en la memòria justificativa del Projecte, el CIRE és una entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia sota la dependència de la Generalitat i ajusta l'activitat al règim jurídic previst en la legislació de l'empresa pública catalana (Decret legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei 4/1985, de l'Estatut de l'empresa pública catalana).

Val a dir que la mateixa creació del CIRE es va portar a terme mitjançant la Llei 5/1989, de 2 de maig. En l'exposició de motius de la Llei s'al·ludia a l'article 25.2 de la Constitució, que reconeix el dret de reeducació i de reinserció de les persones privades de llibertat, i d'acord amb el llavors vigent article 11 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que atribuïa a la Generalitat les competències d'execució de la legislació penitenciària. En aquell context, i fent ús de les competències autoorganitzatives que conferia a la Generalitat l'article 9.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, la Llei va optar per dotar el CIRE de la condició d'empresa pública, amb naturalesa d'entitat de dret públic i personalitat jurídica pròpia (en aquells moments, l'actuació s'ajustava al dret privat sense altres matisos).

Al llarg de la seva existència, els estatuts del CIRE han estat modificats pel Decret 313/1990, de 4 de desembre; pel Decret 284/2002, de 19 de novembre, i pel Decret 68/2004, de 20 de gener. Des de la creació, com consta en la Memòria justificativa, amb major intensitat en els darrers anys, "el CIRE s'ha anat consolidant com un destacat mitjà propi instrumental al servei de la pròpia Generalitat de Catalunya, tot destinant una part important de la seva activitat productiva a satisfer les necessitats dels diferents departaments de la Generalitat i entitats vinculades o dependents. Aquesta activitat instrumental es desenvolupa a través de la figura dels encàrrecs de gestió, formulats a l'empara de les previsions de la lletra l) de l'apartat 1 de l'article 3 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny".

Doncs bé, aquesta circumstància, degudament enunciada i justificada en la Memòria, que consta en la capçalera dels escrits que impulsen el Projecte de decret, permet contemplar el CIRE d'una manera, per dir-ho així, bifrontal.

Des dels punts de vista d'aquesta visió bifrontal, el CIRE ha de ser considerat com un poder adjudicador a l'efecte previst en la legislació sobre contractació pública, circumstància a la qual es veu obligat a causa del nou article 3.3.b) de la Llei de contractes del sector públic. Com a conseqüència de l'anterior, desapareixeran dels estatuts del CIRE les determinacions que al·ludien al fet que els contractes amb tercers es regissin pel dret privat. El CIRE és sotmès ara a les regles de la contractació pública en tot allò que no es refereixi als negocis i contractes exclosos (entre els quals es troben, precisament, els negocis jurídics fets amb qui té atribuïda la condició de mitjà propi i servei tècnic, ex article 4.1.n) i 24.6 de la Llei de contractes del sector públic. Per tant, la contractació per comercialitzar els béns i productes de l'activitat se sotmet a la legislació de contractes quan correspongui segons els llindars.

Des de l'altre punt de vista de la percepció denominada bifrontal del CIRE, la modificació que es proposa consisteix en la declaració formal d'entitat instrumental, mitjà propi, que actua al servei tècnic de l'Administració de la Generalitat i dels ens i entitats vinculades (que tenen, al mateix

temps, la consideració de poders adjudicadors). En conseqüència, realitza els encàrrecs tècnics que se li efectuen amb instruccions fixades unilateralment, d'una manera obligatòria. Per tant, aquests encàrrecs domèstics no tenen naturalesa contractual, ja que sobre els encàrrecs domèstics *in house providing* es té un control anàleg al que s'exerceix sobre els mateixos serveis.

En suma, la modificació proposada està implementant l'article 24.6 de la Llei de contractes del sector públic en la mesura en què es permet l'execució d'obres i fabricació de béns mobles per l'Administració, sobre la base de mitjans propis. "Als efectes que preveuen aquest article i l'article 4.1.n), els ens, organismes i entitats del sector públic poden ser considerats mitjans propis i serveis tècnics d'aquells poders adjudicadors per als quals realitzin la part essencial de la seva activitat quan aquests tinguin sobre aquells un control anàleg al que poden exercir sobre els seus propis serveis. Si es tracta de societats, a més, la totalitat del seu capital ha de ser de titularitat pública. En tot cas, s'entén que els poders adjudicadors tenen sobre un ens, organisme o entitat un control anàleg al que tenen sobre els seus propis serveis si poden conferir-los encàrrecs de gestió que siguin d'execució obligatòria per a aquests d'acord amb instruccions fixades unilateralment per qui fa l'encàrrec i la retribució dels quals es fixi per referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depenguin. La condició de mitjà propi i servei tècnic de les entitats que compleixin els criteris esmentats en aquest apartat ha de ser reconeguda expressament per la norma que les creï o pels seus estatuts, que han de determinar les entitats respecte de les quals tenen aquesta condició i precisar el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir o les condicions en què se'ls poden adjudicar contractes, i ha de determinar per a aquestes la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels quals siguin mitjans propis, sens perjudici que, quan no hi hagi cap licitador, se'ls pugui encarregar l'execució de la prestació objecte de les licitacions."

No fa falta que aquesta Comissió Jurídica Assessora exposi –perquè és conegut per totes les administracions públiques– que la redacció d'aquest apartat de la Llei de contractes del sector públic s'ha forjat a base de jurisprudència europea, aportada entre molts altres casos, en l'assumpte *Teckal*, C-107/98, Sentència de 18 de novembre de 1999; *Stadt Halle*, C-26/03, Sentència d'11 de gener de 2005; *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, Sentència d'11 de maig de 2006, i *Tragsa*, C-295/05, Sentència de 19 d'abril de 2007. En conclusió, es pot dir que la modificació que es proposa implica adaptar una organització existent a un contingut normatiu obligat, amb un fonament, en allò essencial, en les obligacions derivades dels tractats constitutius i, també, el de la Unió Europea.

V. La competència per dictar el Projecte de decret en el seu àmbit material i sectorial es troba d'una manera genèrica en l'article 168 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, més concretament

en la lletra e). Però atès que la modificació que es projecta és en matèria de contractació del sector públic té rellevància la competència prevista en l'article 159.3, apartat a), de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que atribueix a la Generalitat "[...] La competència exclusiva sobre organització i competències en matèria de contractació dels òrgans de les administracions públiques catalanes i sobre les regles d'execució, modificació i extinció dels contractes de l'Administració, en allò que no estigui afectat per l'article 149.1.18 de la Constitució". Així com la que atribueix l'article 150, d'una manera exclusiva, concretament en l'apartat b), sobre organització de l'Administració de la Generalitat en les diverses modalitats organitzatives i instrumentals per a l'actuació administrativa.

L'habilitació per aprovar el Projecte de decret es troba en la disposició final primera de la Llei 5/1989, de 12 de maig, de creació del CIRE, mitjançant la qual s'autoritza el Govern a dictar les disposicions complementàries que siguin necessàries per al desplegament i aplicació de la Llei (textualment, en aquella norma es diu el Consell Executiu).

VI. Pel que fa al procediment d'elaboració del Projecte de decret, un cop analitzat l'expedient, s'aprecia que s'ha acomplert, en l'essencial, amb el que estableix la normativa aplicable, en concret, l'article 63 de la Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

El centre directiu corresponent, és a dir, la Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil, n'ha portat a terme la fase d'impuls i iniciativa. En el Projecte s'adjunta una memòria en què es posa de manifest la necessitat, l'oportunitat i l'enquadrament normatiu del Projecte. Hi consta un breu estudi econòmic, anomenat de cost-benefici, en el qual es posa de manifest que el Projecte de decret no comporta cap despesa addicional en els pressupostos del Departament de Justícia ni del CIRE i no és factible quantificar els beneficis que aquesta modificació podrà produir. I hi consta, també, un informe en el qual es concreten les disposicions afectades.

El text del Projecte es va sotmetre a la consideració de diverses unitats administratives i entitats que es relacionen en els antecedents III i IV d'aquest Dictamen. Consta l'informe corresponent sobre impacte de gènere de l'Institut Català de les Dones.

Consta, en especial, un informe de la Direcció General de Patrimoni sobre la proposta de modificació de l'article 16, ampliat per normes i un seguit de notes creuades complementàries entre les assessories jurídiques, tant del Departament de Justícia com del Departament d'Economia i Finances, que culmina en el fet d'incorporar les observacions formulades per la Direcció General de Patrimoni al text del Projecte sobre el qual s'està dictaminant.

Com es fa constar en els antecedents, s'ha certificat que, en la sessió del Consell Tècnic celebrada el 15 d'abril de 2008, s'informà sobre el Projecte de decret i s'adjuntà l'Acta de la sessió en l'expedient.

No consta en l'expedient que s'hagi procedit al tràmit d'informació pública o al tràmit d'audiència. Circumstància que es resol en l'informe de l'Assessoria Jurídica del Departament de Justícia mitjançant citacions al Dictamen 204/2003 d'aquesta Comissió Jurídica Assessora pel que fa al caràcter o al sentit aparentment discrecional que l'article 64 de la Llei 13/1989 sembla donar al tràmit d'audiència i d'informació pública, i adverteix que aquests tràmits s'haurien de respectar en pràcticament totes les tramitacions de disposicions de caràcter general elaborades per la Generalitat, "d'acord amb la interpretació d'aquests preceptes en vistes dels articles 9.2, 24 i 105.a) de la Constitució, regulació aquesta última que permet a la Llei de procediment administratiu la regulació del tràmit d'audiència als ciutadans o entitats representatives d'interessos generals".

Els criteris que es poden ponderar per a perfilar la necessitat de la informació pública de l'audiència, així com dels efectes de no dur-la a terme, són els del caràcter organitzatiu de la disposició en projecte, els efectes merament interns de la disposició, l'absència d'afectats concrets o hipotètics per la disposició en projecte, en suma, la naturalesa de l'interès del projecte que es debat (dictàmens 227/06 i 228/06, entre d'altres). La conclusió ha estat sempre que, en funció dels criteris anunciats, la intensitat de la necessitat de la informació pública del tràmit d'audiència pot ser modulada.

En el cas que s'analiza, una lectura superficial de la intensitat de la modificació podria arribar a la conclusió precipitada que qualificar un centre existent com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració de la Generalitat, efectua una interpretació restrictiva de les regles de la contractació –per exclusió– contingudes en el dret sorgit de les institucions europees i, per tant, pot ser contrària a les llibertats, llibertat de competència, etc., i, en suma, a les obligacions derivades dels tractats.

No obstant això, una lectura reflexiva i detallada de la modificació que es proposa conclou que la modificació ha qualificat formalment el CIRE, segons la nova nomenclatura de la legislació de contractes del sector públic (i, aquesta, per mor del dret comunitari), com a mitjà propi i instrumental per realitzar determinats negocis, cosa que ja feia, segons la Memòria justificativa –s'insisteix en això– sense dir-se com es diu ara. Com ja s'ha posat de manifest, en el precepte de la Llei de contractes del sector públic, que amb anterioritat s'ha transcrit íntegrament (article 24.6), la modificació que es proposa està constatant que en el CIRE es donen els criteris per poder considerar-lo mitjà propi i servei tècnic, sobre el qual ja es té un control anàleg al que es té sobre els serveis propis o òrgans de la Generalitat i, simplement cal precisar que, en ser també el CIRE

poder adjudicador (a efectes externs), existeix la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels quals és mitjà propi, llevat que no hi concorri cap licitador. Totes aquestes determinacions porten a afirmar, amb un marge de seguretat, que la disposició en projecte, per si mateixa, no afecta elements o tercers, és a dir, amb independència del que ja està contingut en la Llei de contractes del sector públic (articles 3.3.b), 4.1.n) i 24.6).

Així, doncs, sense negar la conveniència de l'audiència i de la informació pública com a regla general en l'elaboració de les disposicions, aquesta Comissió Jurídica Assessora entén que, en aquest cas concret, l'extensió i el contingut de la regulació que es preveu, així com la intensitat organitzativa, permet qualificar l'elaboració del Projecte com a adequada a la legalitat.

VII. Des d'un punt de vista estrictament de millora de la claredat del text, es proposa el que segueix.

Exposició de motius. En el quart paràgraf de l'exposició de motius convindria substituir l'expressió "adaptació de la normativa estatal sobre contractació pública al dret comunitari" per "adaptació de la normativa estatal sobre contractació en el sector públic al dret". D'altra banda, caldria suprimir el terme "imminent" del quart paràgraf, atès que la Llei 30/2007, de 20 d'octubre, de contractes del sector públic, ja és vigent.

Atès que també es fonamenta la competència de l'article 159.a) de l'Estatut d'autonomia, s'hauria de fer constar aquest precepte en la capçalera de l'exposició de motius.

Article 1. Afegeix un nou apartat 3 a l'article 1 dels estatuts del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció.

Pel que fa a la proposta continguda en el primer paràgraf, se suggereix que en la primera frase s'utilitzi l'expressió "dels ens i entitats que en depenen o hi estan vinculats", per tal de mantenir l'ordre decreixent en el grau de relació amb l'Administració de la Generalitat. D'altra banda, es posa de manifest que la segona frase d'aquest mateix paràgraf utilitza una expressió diferent –"ens i entitats que integren l'Administració de la Generalitat de Catalunya"– pel que fa als subjectes intervinents.

Sobre la proposta continguda en el paràgraf segon, cal advertir que la paraula "instrumental" apareix en dues ocasions, quan la condició de mitjà propi instrumental ja ha aparegut en el primer apartat del nou paràgraf tercer. El Departament de Justícia pot valorar si és procedent una redacció com la que se suggereix, a l'efecte d'evitar redundàncies: "Les relacions dels centres d'iniciativa per a la reinserció amb els departaments i els ens o les entitats dels quals és mitjà propi instrumental i servei tècnic, no tenen naturalesa contractual, i s'articulen mitjançant encàrrecs de gestió. En conseqüència, aquestes relacions són de caràcter intern, dependent i subordinat a tots els efectes."

D'altra banda, tal com aquesta Comissió ja posà de manifest en el Dictamen 67/08, en la qualificació com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració de la Generalitat i dels ens i entitats que en són dependents o hi estan vinculades, el règim jurídic de l'execució dels serveis per part del CIRE està delimitat bàsicament per l'article 24.6 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, segons el qual "els seus estatuts [...] han de determinar les entitats respecte de les quals tenen aquesta condició i precisar el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir o les condicions en què se'ls poden adjudicar contractes".

En aquest sentit, tal com es va dir en el referit Dictamen 67/08, aquesta Comissió ha de presumir que l'Administració proposant ha valorat les conseqüències que té la condició de "mitjà propi i servei tècnic", que es troben recollides en els paràgrafs 1, 2 i la part final del paràgraf 3, de l'apartat 6, de l'article 24 de la Llei 30/2007, reproduït anteriorment. Ara bé, en aquest cas, la determinació d'aquestes entitats, pel que fa a l'Administració de la Generalitat de Catalunya i de les entitats de dret públic i privat que en són dependents o hi estan vinculades, es podria considerar suficient en la mesura que aquestes entitats, tal com són definides a la Llei de l'empresa pública catalana, puguin transmetre –en aquest cas sobre el CIRE– una posició de control anàloga a la que sobre elles realitza la Generalitat.

Article 2. Es modifica l'apartat tercer de l'article 2 dels antics estatuts del CIRE.

El Departament de Justícia pot valorar si l'apartat tercer que es proposa, per tenir contingut múltiple, la primera part referida a les obres en els establiments, reforma i conservació de dependències, i la segona, per tractar-se de comercialització de béns procedents de la seva pròpia activitat, assoleix major claredat de redacció si es descompon en dos apartats diferents.

Pel que fa als dos apartats nous, quatre i cinc, a l'article 2 dels estatuts del CIRE, se suggereix la conveniència de substituir el temps de verb en futur pel present d'indicatiu.

Article 3. Es modifica la redacció de l'article 16.

L'apartat segon del nou article 16 que es proposa convindria que fos redactat en present d'indicatiu.

Disposició final. L'entrada en vigor al dia següent de la publicació al *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* és tècnicament acceptable, ateses les condicions temporals en què es produeix la modificació.

CONCLUSIÓ

Un cop considerades les observacions contingudes en el cos del Dictamen, es pot elevar al Govern el Projecte de Decret pel qual es modifiquen els estatuts del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció (CIRE).