

INFORME DE REPARO SUSPENSIVO

En la fiscalización del expediente de propuesta de autorización y disposición del gasto de 150.000 euros como transferencia a favor de NAVARRA DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS S.A. (NASERTIC), para actuaciones en “Medicina personalizada” en 2023, se advierten los siguientes motivos de reparo suspensivo:

I) De acuerdo con el artículo 6, “Principios generales de organización y funcionamiento” de la LEY FORAL 11/2019, DE 11 DE MARZO, DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL FORAL, además del **principio de legalidad**, la Administración Pública Foral, ajustará su organización y funcionamiento entre otros principios, a la “**desconcentración, descentralización** y división funcional, en su caso, para el desarrollo de actividades de gestión o de ejecución”.

En cuanto al principio de legalidad, según el art.103 CE “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Dos son los contenidos a los que alude la norma: - En primer lugar, la CE impone que el sometimiento de la Administración a la ley sea pleno, es decir, completo y sin excepciones. Esto supone la completa juridicidad de la acción administrativa; significa que el Derecho es un parámetro constante de toda la actuación de la Administración Pública: nada puede hacerse en la Administración al margen del Derecho. - En segundo lugar, la CE distingue entre ley y Derecho. En este contexto, la ley es la norma jurídica escrita aprobada por el Parlamento o Asamblea Legislativa (salvo excepción). Pero la ley no agota el Derecho, pues existe una pluralidad de fuentes de producción normativa. También cabe señalar el art. 9.1 CE que afirma que “los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y el art. 9.3 que recoge el principio de legalidad. La Administración debe respetar también el resto del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución (art.9.1 CE), de conformidad con el principio de jerarquía normativa (art.9.3 CE). Dentro del ordenamiento habrá que incluir, por tanto, además de la ley, la Constitución, las normas del Gobierno con fuerza de ley, las normas que emanan de la propia Administración (los reglamentos), la costumbre, los principios generales del Derecho, el Derecho de la UE y los tratados y convenios internacionales.

Se plantea igualmente la cuestión del **tipo de vinculación que la Administración tiene a la ley y al Derecho** (vinculación negativa/vinculación positiva). Actualmente, el principio de legalidad de la Administración opera en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: **sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (vinculación positiva)**. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo sus límites. Toda acción administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley, ya que **sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar. La administración solo puede hacer lo que las leyes le permiten hacer**, lo que viene a decir es que, **lo que no está expresamente permitido, está prohibido**, contrario que en el derecho común, la vinculación es negativa, por lo que se puede hacer todo lo que la ley no prohíbe.

Por tanto, un trabajador público ya sea funcionario o político no puede ordenar o decidir que se haga algo distinto a lo autorizado, a lo previsto por las leyes; además de solo poder hacer lo que está expresamente previsto, lo que está permitido, lo tiene que hacer de la forma que se haya previsto que se haga. Y es que uno de los elementos formales del acto administrativo es el

procedimiento (serie de actos, de pasos, que la administración ha de dar para llegar a un fin) que está detallado y regulado.

En este sentido, tanto el informe propuesta como el informe jurídico **carecen de un marco de referencias legales y de procedimiento que sirvan de fundamento legal a la propuesta del gasto de transferencia corriente.**

Bien al contrario, ambos informes se limitan únicamente a señalar la no aplicación de la normativa de subvenciones, sin indicar cuál es de aplicación y en la que basan la propuesta, ignorando, así, el comentado principio de legalidad, así como el específico relativo al gasto público previsto en el art. 133.3: "Administraciones públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes".

Así, a partir de la naturaleza jurídica de los créditos presupuestarios incluidos en los estados de gastos de las Leyes de Presupuestos anuales, "norma jurídica de mera habilitación de medios a la Administración y de fijación de límites a la disposición de los mismos, en un triple sentido cualitativo, cuantitativo y temporal" (STC 13/1992) y de las disposiciones legales que disciplinan el nacimiento y exigibilidad de las obligaciones económicas de la Hacienda Pública, en particular artículo 20 de la ley foral 13/2007 de la hacienda pública de Navarra, en virtud del cual "Las obligaciones de la Hacienda Pública de Navarra nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, las generen", se concluye la existencia de una doble condicionalidad a la que queda sujeta toda actuación administrativa que implique la realización de un gasto o el cumplimiento de una obligación económica: el principio o condición de legalidad financiera y el principio o condición de legalidad administrativa.

La consignación de un crédito en el estado de gasto de los Presupuestos Generales del Estado es un requisito previo y necesario para poder contraer, mediante el correspondiente acto administrativo, contrato o negocio jurídico de que se trate, una obligación de contenido económico, pero **sin que de dicha consignación presupuestaria resulte directamente la obligación**, lo que, ha de insistirse, "sólo resulta del acto o negocio jurídico correspondiente dictado u otorgado a través del procedimiento legalmente establecido para ello" (Informe de la abogacía general del Estado, de 15 de octubre de 2003).

En cuanto a los siguientes dos principios de actuación administrativa (descentralización y desconcentración), la descentralización funcional, consiste en atribuir a determinados entes u organismos públicos con personalidad jurídica propia el ejercicio de actividades administrativas o la gestión de ciertos servicios. Queda definida como la traslación de **la titularidad de competencia**, frente a **la desconcentración**, que traslada **el ejercicio de la competencia**, actuando el ente desconcentrado en su propio nombre y el ente receptor del ejercicio de la competencia actúa en nombre de la Administración mandante.

La entidad instrumental obedece a una razón de **desconcentración funcional**, lo cual la coloca en un estatus bien diferente del que gozan determinadas Administraciones institucionales cuyas competencias o bien derivan directamente de la Constitución, o bien **de una Ley** que las hace «independientes», lógicamente, de la propia Administración. La creación de estas «Administraciones independientes» origina una verdadera sustitución del centro titular de las competencias (descentralización), de tal modo que puede bien decirse que estas entidades **sí construyen su propia voluntad en el ejercicio de sus competencias**, no siendo un verdadero instrumento.

La titularidad de la competencia sobre una actuación resulta determinante para la correcta elección de la figura jurídica y de la vía de financiación: encargo, si el titular es un Departamento de la Administración o transferencia a la entidad pública que la tenga atribuida.

Teniendo en cuenta que, Nasertic es un medio propio instrumental y servicio técnico, que actúa en régimen de **desconcentración funcional**, realizando actividades de titularidad de la Administración que la ha creado, las relaciones con los poderes adjudicadores de los que es medio propio se articulan a través de encargos de ejecución, siendo uno de sus requisitos que más del 80 por ciento de sus ingresos los obtengan por compensación de los encargos del poder adjudicador que lo controla y menos del 20% por actividades con operadores del mercado; NO siendo las transferencias corrientes el recurso financiero para financiar sus actividades y SÍ, por el contrario, cuando se trata de financiar actividades que consistan en el ejercicio de una función o actividad pública atribuida por el ordenamiento jurídico a organismos públicos, cuya realización constituye la razón de su creación (**descentralización funcional** de servicios), como se expone en el apartado siguiente.

II) El informe jurídico afirma que, “Dado que se trata de una aportación dineraria a una sociedad pública, no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre, de Subvenciones, tal y como dispone el artículo 2.2: No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley foral las aportaciones dinerarias ...”

Al respecto, hay que resaltar que la ley se refiere a aportaciones dinerarias a favor de entidades del sector público que han de destinarse a un fin, a un propósito, a una actividad o a un proyecto específico **“en el marco de las funciones que tengan atribuidas”** como dice textualmente, es decir, siempre que se encuentren recogidos entre las funciones atribuidas a la entidad pública.

Por tanto, como ya se ha indicado, la determinación del órgano que tiene atribuida la competencia para llevar a cabo una actuación es un factor fundamental en la elección de la figura jurídica, ya que un Departamento podrá encargar a un medio propio una actuación, cuando la propia Administración tenga atribuida esa competencia **o financiará dicha actuación a una entidad pública mediante una TRANSFERENCIA** o subvención **si la competencia está atribuida a esa entidad**.

En cuanto a la atribución de competencia, hay que recordar que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público dispone que la competencia administrativa ha de ser ejercida precisamente por los órganos que la tengan atribuida como propia, **atribución que debe ser realizada por una NORMA**. Por ello es muy necesario que las competencias estén perfectamente delimitadas en las normas organizativas que las distribuyan, en las normas de creación y en los estatutos de las entidades del Sector Público Autonómico, de modo que no se produzcan dudas acerca de la titularidad o atribución de una función. **En el caso de las sociedades mercantiles, hay que añadir que la mención de una facultad en su objeto social es una condición necesaria pero no suficiente para entender que ostenta una competencia que nace en la Administración**, debiendo delimitar en las normas organizativas que distribuyan las competencias las funciones que se atribuyen a cada una de las adscritas o dependientes de cada Departamento. Como consecuencia de esta diferente titularidad de la actuación, según quien ostente la competencia, el capítulo al que imputar el gasto es distinto: mientras el encargo de ejecución se imputa al capítulo 2 o al 6 de la Administración al tratarse del ejercicio de una competencia propia, la transferencia o subvención siempre ha de reflejarse en el 4 o en el 7.

Dicha atribución sería posible bajo el principio de descentralización funcional a la que ajusta la Administración Foral su organización y funcionamiento para el desarrollo de actividades de gestión o de ejecución, según el art. 6.2c) de la ley foral 11/2019 de la Administración de la Comunidad Foral y "cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de **descentralización funcional o de independencia**" (art. 43).

Pero la organización en régimen de descentralización funcional se contempla por la anterior norma para los ORGANISMOS PÚBLICOS (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), según art. 43 para los que "Dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos", **siendo las transferencias corrientes o de capital, que tuvieren asignadas en los Presupuestos Generales de Navarra, uno de los recursos económicos con los que se financian (art 47.d)) ese tipo de entes públicos**, entre los que no se halla la entidad NASERTIC, puesto que se trata de una sociedad pública dentro de la categoría de entidades de derecho privado vinculadas o dependientes, de acuerdo con el Artículo 38 de clasificación de las entidades que integran el Sector Público Institucional, por lo que no tiene cabida su financiación mediante transferencias corrientes o de capital.

En coherencia con ello, partiendo de que las transferencias y subvenciones corrientes suponen un decremento del patrimonio neto del ente concedente, asociado al surgimiento de una obligación un incremento del patrimonio neto del ente beneficiario, asociado al incremento de un activo, que se materializa en un incremento de tesorería o de otro elemento patrimonial si la entrega es en especie, en el documento de "Principios contables-documentos 1 a 8 de la Comisión de principios y normas contables públicas" en su apartado **3.6. RELACIONES ENTRE ENTES DEPENDIENTES** establece:

"Una determinada Administración Pública (Estado, Comunidad Autónoma, Corporación Local) está vinculada con otros entes dependientes de ella. Respecto de esos entes dependientes pueden distinguirse dos situaciones:

a) Que se trate de entes de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, independientes de los del ente matriz; el cual no recoge en su balance ninguna cuenta representativa de su participación en los mismos.

b) Que se trate de sociedades mercantiles en los que sea mayoritaria directa o indirectamente la participación del ente matriz, el cual recoge en su balance una cuenta representativa de esa participación.

137. En el primero de los casos, se pueden producir transferencias y subvenciones entre el ente matriz y los entes dependientes siempre que se cumpla lo establecido en el epígrafe 2.1.2. del presente documento.

Estas transferencias y subvenciones son un gasto para el ente concedente y un ingreso para el ente beneficiario, debiendo seguir para su reconocimiento e imputación a presupuesto los criterios generales recogidos en el epígrafe 2.2. del presente documento.

138. En el segundo de los casos, no pueden producirse transferencias y subvenciones, dado que se produce una contraprestación cual es la variación de valor de la participación del ente matriz en el ente dependiente."

Todo ello se puede comprobar en el siguiente enlace:

[https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Contabilidad/ContabilidadPublica/Documents/Principios Contables Publicos Doc 1 a 8.pdf](https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Contabilidad/ContabilidadPublica/Documents/Principios%20Contables%20Publicos%20Doc%201%20a%208.pdf)

En relación a todo lo hasta aquí expuesto, la unidad gestora que realiza la propuesta refiere que: “No existe una norma concreta que regule qué actuaciones deben financiarse por transferencia. Sin embargo, debemos indicar que la herramienta jurídica adecuada para financiar las actividades descritas es la transferencia, pues NASERTIC desarrolla el conjunto de actuaciones en el ámbito de la medicina personalizada con un amplio margen de autonomía decisoria. Es decir, la actividad desarrollada por NASERTIC en este ámbito trasciende de los límites de una prestación meramente contractual que pueda desarrollarse bajo la modalidad de un contrato o, en su caso, de un encargo”

La anterior aseveración de que NASERTIC actúa “con un amplio margen de autonomía decisoria, trascendiendo los límites de una mera prestación contractual” colisiona con el requisito exigido para ser considerado ente instrumental según lo dispuesto en el artículo 8.2.a) de la ley foral 2/2018 de contratos públicos:

“A los efectos de este artículo se entiende por entes instrumentales a aquellas entidades que, dotadas de personalidad jurídica propia, reúnan los siguientes requisitos:

Ausencia de autonomía decisoria respecto de la entidad que realiza el encargo, al ejercer ésta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades. Para ello debe acreditarse una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada”.

Por tanto, el ente instrumental se erige en un mero instrumento de la Administración a la que pertenece y queda adscrita.

En cuanto a lo que señala de que “en este ámbito trasciende de los límites de una prestación meramente contractual que pueda desarrollarse bajo la modalidad de un contrato o, en su caso, de un encargo” contraviene el régimen jurídico de los entes instrumentales, ya que, siendo Nasertic un medio propio instrumental y servicio técnico, actúa en régimen de desconcentración funcional, realizando actividades de titularidad de la Administración que la ha creado, articulándose la relación jurídica a través de encargos de ejecución que tendrán por objeto prestaciones propias de los contratos que, el artículo 8 de la LFCP exceptúa su aplicación.

Ahora bien, si el conjunto de actuaciones a desarrollar en medicina personalizada y en concreto la gestión y explotación de las infraestructuras de centro de secuenciación masiva y el clúster de supercomputación constituyen actividades de prestación de servicios públicos, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional o de independencia, sería necesario replantear la forma jurídica que debe revestir la entidad que acometa esas funciones, ya que sería propia NO de sociedades públicas medios propios (como la actual forma jurídica de Nasertic), sino de organismos públicos que tienen personalidad jurídica propia diferenciada, así como autonomía de gestión y potestades administrativas de acuerdo a lo previsto en la ley foral de la administración de la comunidad foral. La gestión y explotación de dichas infraestructuras puede requerir del ejercicio de potestades administrativas como en el supuesto de colaboración científico-técnica entre

diferentes entidades para el uso compartido de infraestructuras mediante la suscripción de los correspondientes convenios de colaboración administrativos.

En este sentido, se puede comprobar que Nasertic lleva a cabo este tipo de actuaciones que implica el ejercicio de potestad administrativa, suscribiendo múltiples convenios de colaboración de naturaleza administrativa, por ejemplo, el suscrito para incorporarse a la red española de supercomputación (RES), infringiendo, así, la prohibición de que estos entes puedan ejercitar dichas potestades reservadas a las administraciones públicas, es decir, a entidades de derecho público.

Es en el marco de los convenios de colaboración que suscriban las administraciones públicas, como los entes instrumentales podrán ser aportados por la entidad de la que dependan con objeto de ser empleadas en las relaciones de cooperación establecidas en esos acuerdos (art.8.9 de la LFCP).

III) En cuanto al título competencial para realizar la propuesta de gasto objeto de este informe, en todo caso, correspondería a la **Sección de Estrategia de Genómica y Medicina Personalizada** de Navarra del **Departamento de Desarrollo Económico**, a la vista del artículo 39 del decreto foral de estructura de dicho departamento, conforme al cual, “Dentro del marco de colaboración que acuerden los Departamentos de Desarrollo Económico y Empresarial, de Universidad, Innovación y Transformación Digital y de Salud, ejercerá las siguientes funciones:

Puesta en marcha de las infraestructuras y servicios para la ejecución de la estrategia de genómica y medicina personalizada”.

Al Servicio de I+D+i que realiza la propuesta del expediente le compete entre otras funciones: el impulso de medidas de fomento de la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación. Impulso de medidas de fomento de la transferencia y utilización por las empresas del conocimiento generado por los centros tecnológicos.

Fomento de la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación en los campos de salud, asistencial, equipamiento médico, farmacéutica y medicina personalizada, en universidades, centros tecnológicos y de investigación y su transferencia a la actividad empresarial, dentro del ámbito de sus competencias. Gestión y tramitación de las convocatorias y concesión de las ayudas y subvenciones para actividades relacionadas con su ámbito competencial.

Al respecto, la transferencia propuesta que tiene por finalidad la financiación del coste de personal de un ente instrumental, es ajena al ejercicio de la potestad discrecional de fomento a través de la figura jurídica de subvención, como ya lo indica el propio informe jurídico.

IV) En cuanto a la financiación del gasto de personal para el desarrollo de la función de “Coordinación del nuevo Comité Técnico “se debe analizar cuál es el régimen jurídico de dicho Comité.

De acuerdo con la LEY FORAL 11/2019, DE 11 DE MARZO, DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL FORAL, en lo relativo a los órganos colegiados dispone:

Artículo 18. *Concepto y régimen jurídico.*

1. Son órganos colegiados de la Administración Pública Foral aquellos que se creen en el seno de la misma, actúen integrados en ella, estén formados por tres o más personas y tengan atribuidas funciones administrativas de decisión, asesoramiento, propuesta, decisión y seguimiento o control.
2. Los órganos colegiados se regirán por sus normas de funcionamiento interno, por sus disposiciones o convenios de creación, por las disposiciones contenidas en este capítulo y en el resto de normativa que resulte de aplicación.
3. El Gobierno de Navarra se regirá por lo dispuesto en la ley foral reguladora del Gobierno de Navarra y de su Presidenta o Presidente y normativa de desarrollo, sin que le sean de aplicación los preceptos contenidos en el presente capítulo.

Artículo 19. *Requisitos de creación.*

1. La constitución de un órgano colegiado exigirá la determinación previa de los siguientes extremos:
 - a) Sus fines y objetivos.
 - b) Su capacidad resolutoria; sus decisiones adoptarán en este caso, la forma de resolución.
 - c) Las funciones que se le atribuyan.
 - d) Su integración en la estructura orgánica, y en su caso, su dependencia jerárquica.
 - e) La composición y los criterios para la designación de sus miembros.
 - f) La dotación de los créditos presupuestarios necesarios, en su caso, para su funcionamiento

Los órganos colegiados que no desarrollen las funciones enumeradas en el apartado anterior tendrán el carácter de **grupos o comisiones de trabajo**, y su creación modificación y supresión se hará por acuerdo de Gobierno de Navarra o por orden foral de la persona titular del Departamento competente en función de la materia. En estos casos, sus acuerdos no podrán tener efectos directos frente a terceros.

Por tanto, en caso de tratarse de un órgano colegiado, la propuesta de remuneración de los miembros componentes se ha de realizar con cargo a los créditos presupuestarios para su funcionamiento previstos en la normativa de su creación.

De no existir tal previsión, la transferencia para financiar esa función, carece de soporte legal.

Para el supuesto de grupos o comisiones de trabajo, la ley no contempla la posibilidad de remuneración.

V) En cuanto a la financiación del gasto de personal de una profesional del área de Comunicación dentro de NASERTIC para contratar a una empresa de creación de páginas web, se advierte que ya se ha creado la página web de la Estrategia de Medicina personalizada por el departamento de desarrollo económico, tal y como se puede comprobar en el siguiente enlace:

<https://medicinapersonalizada.navarra.es/es/contacto>

Es, por tanto, competencia de la Dirección General de Industria, Energía y Proyectos Estratégicos S3. Una página web oficial es competencia del Gobierno de Navarra, siendo la figura jurídica de ENCARGO, el instrumento al que recurrir en todo lo concerniente para la contratación de

asistencia técnica para su creación, desarrollo y mantenimiento de acuerdo a las tarifas aprobadas del ente instrumental y nunca mediante transferencia corriente con un 15% de gastos generales, nada menos.

Por tanto, se infringe el título competencial (departamento de desarrollo económico y no el DUITD) y la figura jurídica (contrato o encargo y no transferencia corriente).

VI) Por último, en todo caso, la financiación mediante transferencia corriente no puede generar superávit en la cuenta de resultados de la entidad, debiendo preverse una cláusula para la comprobación de tal posibilidad y para su posible reintegro en caso de que se produzca.

CONCLUSIÓN:

Conforme a lo expuesto, resulta concluyente que la propuesta de resolución carece del debido respaldo legal, por lo que se formula reparo suspensivo fundamentado en lo previsto en el artículo 101.2 apartado d) de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, " cuando se hayan omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto".

En caso de disconformidad, puede plantearse la discrepancia prevista en el artículo 102.2 a) de la Ley 13/2007 y el artículo 22 del Decreto Foral 31/2010, ante la Intervención General.

Pamplona, 26 de septiembre de 2023

Intervención Delegada



