Expediente: 39/2021
Objeto: Consulta sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de la Orden Foral 45E/2021, de 6 de mayo, del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos de prórroga de plazo establecido en el Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, de parques eólicos.
Dictamen: 41/2021, de 20 de diciembre

DICTAMEN

En Pamplona, a 20 de diciembre de 2021,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Alfredo Irujo Andueza, Presidente, don Hugo López López, Consejero-Secretario; doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don Alfredo Irujo Andueza,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación y tramitación de la consulta

El día 10 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Parlamento de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), se recaba dictamen “instado por los G.P. EH Bildu Nafarroa y Mixto-Izquierda-Ezkerra, sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de la Orden Foral 45E/2012, de 6 de mayo, del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos, por la que se prorroga el plazo establecido en el apartado 2 de la Disposición Derogatoria Primera del Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos en Navarra, en relación

con los extremos indicados en el escrito de 29 de octubre de 2021 y aprobado mediante Acuerdo adoptado el día 8 de noviembre de 2021".

Al citado escrito se acompaña la solicitud formulada por los grupos parlamentarios EH Bildu-Nafarroa y Mixto-Izquierda/Ezkerra, la información remitida por el Gobierno de Navarra con relación al expediente de la Orden Foral 45E/2021, de 6 de mayo, del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos, que incluye el texto de la Orden Foral, el informe de la Directora del Servicio Jurídico y de Planificación Territorial de 4 de mayo de 2021, los requerimientos previos formulados por diversos Ayuntamientos frente a la citada Orden Foral y, por lo que ahora interesa, el informe de la misma Directora de 6 de septiembre de 2021, emitido con relación al requerimiento previo efectuado por el Ayuntamiento de Leoz, así como el acuerdo del Gobierno de Navarra de 8 de septiembre de 2021, desestimatorio del mismo. Igualmente se acompaña el acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra de 8 de noviembre de 2021 en el que se resuelve dar trámite a la petición del dictamen.

I.2ª. Consulta

La consulta planteada por el Parlamento de Navarra requiere nuestro dictamen sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de la Orden Foral 45E/2021, de 6 de mayo, del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos, por la que se prorroga el plazo establecido en el apartado 2 de la disposición derogatoria primera del Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos en Navarra, en relación a las siguientes cuestiones:

a) Vulneración o no del principio de jerarquía normativa y la posible existencia de una causa de nulidad de pleno derecho de la Orden Foral, en aplicación del artículo 56 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y su Presidenta o Presidente, y del artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de la modificación efectuada por la Orden Foral

del plazo establecido en la disposición derogatoria primera del Decreto Foral 56/2019.

b) Procedimiento en su caso a seguir para la declaración de nulidad de la Orden Foral.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter del dictamen

El artículo 14.2 de la LFCN, establece que el Consejo de Navarra emitirá dictamen en cuantos asuntos se le sometan a consulta facultativa por el Parlamento de Navarra, a través de su Presidencia, a instancia de la Junta de Portavoces, de la Mesa de la Cámara, de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los parlamentarios forales.

En el presente caso el dictamen ha sido solicitado por el Parlamento de Navarra, a través de su Presidente, previa petición de los grupos parlamentarios EH Bildu-Nafarroa y Mixto-Izquierda/Ezkerra y a instancia de la Mesa de la Cámara, por lo que el Consejo de Navarra emite el presente dictamen con carácter facultativo, atendiendo a la documentación reseñada y circunscribiéndose a los términos de la consulta formulada.

II.2ª. Jerarquía normativa

Es el artículo 9.3 de la Constitución el que garantiza la jerarquía normativa, precisando el artículo 1.2 del título preliminar del Código Civil que “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”.

Con relación a la potestad reglamentaria, señala por su parte la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), en su artículo 128, apartados 2 y 3, respectivamente, que “Los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes” y que “Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los

preceptos de otra de rango superior". Añade el artículo 47.2 de la misma ley que "serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior"; y es el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, el que establece el orden de la jerarquía de las disposiciones y resoluciones del Gobierno de la Nación y de sus miembros.

El artículo 56 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y su Presidenta o Presidente (en adelante, LGNP), titulado "Jerarquía normativa y reserva de Ley", dispone por su parte lo siguiente:

> "1. Las disposiciones reglamentarias se ajustan a la siguiente jerarquía:
>
> a) Los Decretos Forales aprobados por el Gobierno de Navarra o por su Presidenta o Presidente.
>
> b) Las Ordenes Forales de las Consejeras y Consejeros.
>
> 2. Las disposiciones reglamentarias no pueden infringir la Constitución Española, la Ley Orgánica 13/ 1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, las demás Leyes, ni aquellas otras disposiciones de carácter general de superior rango.
>
> 3. Las disposiciones reglamentarias no pueden regular materias reservadas a otras normas de superior jerarquía.
>
> 4. Serán nulas las disposiciones reglamentarias que infrinjan lo establecido en los anteriores apartados del presente artículo."

La consideración que cabe realizar, a la vista de todo ello, es que las órdenes forales de las consejeras y consejeros del Gobierno de Navarra se encuentran en un rango jerárquico inferior a los decretos forales aprobados por el citado Gobierno, siendo nulas las disposiciones que vulneren preceptos de rango superior.

II.3ª. La Orden Foral 45E/2021, de 6 de mayo del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos

Hemos de partir del tenor literal de la disposición derogatoria primera del Decreto Foral 58/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos de Navarra, conforme a la cual:

> “1. A la entrada en vigor de este decreto foral, quedan extinguidos todos los proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal para la implantación de parques eólicos con aprobación definitiva.
>
> 2. Los proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal que a la entrada en vigor de este decreto foral estuvieren total o parcialmente sin ejecutar, quedan sustituidos de pleno derecho por autorizaciones de actividades autorizables en suelo no urbanizable establecidas en el presente decreto foral.
>
> Dichas autorizaciones habilitan a su titular para la ejecución y puesta en marcha de los correspondientes parques eólicos, <u>en un plazo máximo de dos años</u> a partir de la entrada en vigor del presente decreto foral.”

Con fecha de 6 de mayo de 2021 se dicta la Orden Foral 45E/2021, del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos, según se señala en su parte expositiva, con la finalidad de prorrogar por tres años más, hasta un total de cinco, el plazo establecido en el apartado 2 de la referida disposición derogatoria, “para la ejecución y puesta en marcha de los parques eólicos que habiendo sido aprobados definitivamente como Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal fueron sustituidos de pleno derecho por autorizaciones de actividades en suelo no urbanizable, permitiendo así, en un plazo adaptado al nuevo marco jurídico en el sector de las energías renovables así como al nuevo escenario tras la pandemia ocasionada por la COVID, la efectiva ejecución y puesta en marcha de estos parques otorgando la debida seguridad jurídica”, de manera tal que se ordena:

> “Prorrogar por tres años más, hasta un total máximo de cinco, el plazo que fue establecido para la ejecución y puesta en marcha de los parques eólicos que habiendo sido aprobados definitivamente como Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal fueron sustituidos de pleno derecho por autorizaciones de actividades en suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Derogatoria Primera del Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos en Navarra”.

Señala la misma parte expositiva de la mencionada Orden Foral que se dicta “en virtud de la habilitación conferida en la Disposición Final Primera del Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, al titular de este Departamento para el

dictado de las disposiciones precisas para el desarrollo de dicho Decreto Foral".

En definitiva, lo que se hace a través de la Orden Foral de referencia es modificar el plazo de dos años establecido en la disposición derogatoria primera, apartado 2 del Decreto Foral 56/2019, para dejarlo en un total de cinco.

II.4ª. Sobre la vulneración del principio de jerarquía normativa

De lo expuesto hasta el momento se deduce que a través de una Orden Foral se ha modificado un Decreto Foral, lo que, en principio, y a tenor de lo dispuesto por todos los preceptos a los que nos venimos refiriendo, no es posible y vicia de nulidad de pleno derecho a la Orden Foral en cuestión.

Tal y como establece el Consejo de Estado en su dictamen 379/2017, de 11 de mayo, en un supuesto en el que se confronta un proyecto de orden ministerial con el correspondiente real decreto, "la opción seguida de modificar aspectos concretos de la regulación vigente, aprobada mediante real decreto, a través de una orden ministerial, no garantiza la plena salvaguarda de los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica".

Debe señalarse que en el caso presente no nos encontramos propiamente ante un desarrollo de lo señalado en el Decreto Foral 56/2019, que pueda tener amparo en lo dispuesto respecto a las disposiciones precisas para su desarrollo en su disposición final primera, sino que estamos ante una modificación de un plazo taxativamente fijado como "máximo" por una disposición del citado Decreto Foral y que en virtud de una Orden Foral, de inferior jerarquía normativa conforme a lo dispuesto por el artículo 56.1 de la LFGNP, es modificado para ampliarse en otros tres años más.

No se discute la motivación de esa ampliación de plazo, ni su oportunidad, conveniencia o procedencia, pero no cabe dar por buena la modificación producida por cuanto que conlleva la vulneración del principio de jerarquía normativa derivado de lo dispuesto por los artículos 9.3 de la Constitución, 128.2 y 3 de la LPACAP y 56 de la LGNP.

Como en el supuesto contemplado por el dictamen del Consejo de Estado 964/2016, de 20 de diciembre, podemos considerar que la disposición final primera del Decreto Foral 56/2019, habilitaba al Consejero competente en la materia para dictar, en su respectivo ámbito de competencias, las disposiciones precisas para el desarrollo de este decreto foral, “pero no habilita para introducir modificaciones en el régimen” establecido por la disposición de rango superior, sin que el hecho de tratarse del establecimiento de un plazo diferente al del Decreto Foral pueda considerarse cuestión de simple desarrollo, toda vez que el tenor de este resulta taxativo –se trata del establecimiento de un “plazo máximo de dos años” para la puesta en marcha de los parques eólicos resultantes de los proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal pendientes de ejecutar- y como determina también el Consejo de Estado en su dictamen 505/2004, de 4 de marzo, “por lo que hace al cómputo del referido plazo debe advertirse que lo dispuesto en la Orden debe ser aplicado de conformidad con el artículo 8.2 del citado Reglamento” (aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero).

Como consecuencia de ello, en virtud de lo dispuesto por los artículos 56.4 de la LFGNP y 47.2 de la LPACAP, cabe considerar que nos encontramos ante una disposición general que aparece viciada de nulidad de pleno derecho. Como en el supuesto contemplado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 6 de marzo de 2006 (recurso 731/2004) “puede considerarse que el núcleo de la regulación de la disposición impugnada se extralimita al ámbito de la potestad reglamentaria en las materias propias de su Consejería”.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 106.2 de la LPACAP son las Administraciones Públicas las que, en cualquier momento, y previo dictamen favorable del correspondiente órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, pueden declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2 antes mencionado.

En todo caso, cabrá la posibilidad de alterar el plazo establecido en la disposición derogatoria primera, apartado 2 del Decreto Foral 56/2019,

mediante la correspondiente modificación de este, a través una norma reglamentaria del mismo rango jerárquico.

III. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el Consejo de Navarra considera que la Orden Foral 45E/2021, de 6 de mayo, del Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda, Paisaje y Proyectos Estratégicos, por la que se prorroga el plazo establecido en el apartado 2 de la disposición derogatoria primera del Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos en Navarra, vulnera el principio de jerarquía normativa, lo que conlleva su nulidad.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.