

Expediente Núm. 167/2011  
Dictamen Núm. 340/2011

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de noviembre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de la Presidencia del Principado de Asturias de 2 de junio de 2011, examina el expediente relativo al proyecto de Decreto de Primera Modificación del Decreto 50/2004, de 3 de junio, sobre Régimen Jurídico, Económico y Administrativo de la Empresa Pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S. A.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1. Contenido del proyecto**

El proyecto sometido a consulta se inicia con un texto, a modo de preámbulo, que expone los presupuestos de hecho y de derecho que justifican la regulación abordada. Resumidamente, obedecería a dos necesidades: una, adaptar el Decreto 50/2004, de 3 de junio, sobre Régimen Jurídico, Económico y Administrativo de la Empresa Pública Sociedad de Servicios del Principado de

Asturias, S. A. a las modificaciones introducidas en su régimen legal mediante la Ley del Principado de Asturias 6/2008, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2009; otra, introducir "modificaciones relativas a la aplicación del sistema de tarifas y a la necesaria adaptación a la legislación vigente en materia de contratación pública".

## 2. Contenido del expediente

Por Resolución del entonces Consejero de Economía y Hacienda, de fecha 11 de abril de 2011, se ordena el inicio del procedimiento para la elaboración del proyecto de Decreto. Con idéntica fecha, se incorporan al expediente una memoria justificativa y una económica, suscritas por la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Asesoramiento de la respectiva Secretaría General Técnica (en adelante Secretaría General Técnica instructora), junto con un borrador del texto normativo propuesto y el cuestionario para la valoración de la propuesta, según dispone la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de julio de 1992.

Por Resolución del citado Consejero, también de, 11 de abril de 2011, se ordena someter el proyecto "a audiencia de la Federación Asturiana de Concejos". Notificado el trámite el día 15 de abril de 2011, el día 3 de mayo siguiente tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de la Secretaria General Técnica de la Federación Asturiana de Concejos, dirigido al Servicio instructor, en el que se hace constar que se traslada, "con el visto bueno del Presidente (...), conformidad con dicha propuesta". Sin embargo, no se ha incorporado tal conformidad al expediente que analizamos.

El día 4 de mayo de 2011, la Secretaria General Técnica instructora solicita a la Directora General de Presupuestos de la Consejería de Economía y Hacienda el informe requerido en el artículo 38.2 del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto

Refundido del Régimen Económico y Presupuestario. Con esa misma fecha, remite el proyecto de disposición a las Secretarías Generales Técnicas de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias, al objeto de que formulen las observaciones que estimen pertinentes, con carácter previo a la "próxima reunión" de Secretarios Generales Técnicos.

El día 10 de ese mismo mes, la Jefa del Servicio de Gestión Presupuestaria, con el "conforme" de la Directora General de Presupuestos, suscribe un informe indicando que la memoria económica que acompaña al proyecto señala que este "carece de repercusión desde el punto de vista presupuestario", por lo que "visto lo anterior, y a efectos económicos, se emite el presente informe".

Mediante una "nota interior" de fecha 10 de mayo de 2011, la Jefa del Servicio de Relaciones con las Entidades Locales informa que el proyecto de Decreto "no implica la obligación" de que las entidades locales adquieran participaciones "en el capital social y correlativa utilización como medio propio (...), por ello no se realiza ninguna observación". Añade que "tampoco afecta al régimen local, por lo que no se considera necesario su sometimiento a informe de la Comisión Asturiana de Administración Local".

El día 11 de ese mismo mes, el Secretario General Técnico de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno remite al Servicio instructor dos observaciones al proyecto. La primera se refiere al uso correcto de un acrónimo utilizado en lo que el propio autor de la observación denomina "preámbulo"; la segunda plantea una redacción más clara del artículo 1, poniendo de manifiesto que ha de tenerse en cuenta "la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de contratos domésticos".

Con fecha 17 de mayo de 2011, la Secretaria General Técnica instructora informa -asociando un "V.º B.º" al realizado por la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Asesoramiento- la norma proyectada. Tras resumir la tramitación y los fundamentos jurídicos sobre competencia y justificación del proyecto, analiza las dos alegaciones planteadas por la Secretaría General Técnica de la

Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno. En respuesta a ellas, corrige la "errata ortográfica", pero rechaza la segunda, argumentando que la redacción del artículo 1 se limitaría a recoger "literalmente" el texto vigente de la Ley 7/2002, de 24 de junio, que autoriza la creación de la empresa pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S. A.

Concluye afirmando que "el proyecto de Decreto no suscita dudas de legalidad, ni en cuanto a sus aspectos competenciales, ni en cuanto a su técnica normativa, tramitación o contenido".

Por último, la Comisión de Secretarios Generales Técnicos y Secretarías Generales Técnicas, en reunión celebrada el día 19 de mayo de 2011, informa "favorablemente" el proyecto, según certifica la Jefa del Secretariado del Gobierno y Secretaria de la citada Comisión en idéntica fecha, añadiendo que "analizado el proyecto de Decreto se remite al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para emisión de dictamen".

**3.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de junio de 2011, registrado de entrada el día 8 del mismo mes, la Presidencia del Principado de Asturias solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al proyecto de Decreto de Primera Modificación del Decreto 50/2004, de 3 de junio, sobre Régimen Jurídico, Económico y Administrativo de la Empresa Pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S. A., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** Objeto del dictamen y competencia

El expediente remitido se refiere a un proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 50/2004, de 3 de junio, sobre régimen jurídico, económico

y administrativo de la empresa pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S. A. El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra e), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra e), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Tramitación del procedimiento y contenido del expediente

En el curso del procedimiento, se ha sometido el proyecto de Decreto al trámite de audiencia de la Federación Asturiana de Concejos y se ha remitido a las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias en trámite de observaciones. Se ha incorporado al expediente, asimismo, el informe a que se refiere el artículo 38.2 del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario y, finalmente, la Secretaria General Técnica instructora informa sobre el procedimiento y contenido de la norma cuya aprobación se pretende.

El proyecto no se ha sometido al trámite de información pública, lo que no suscita objeción alguna, dado que se trata de una norma con vocación exclusivamente organizativa. Sin embargo, según dispone el artículo 33 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias), la Consejería instructora consideró necesaria la audiencia de la Federación Asturiana de Concejos. Con relación a esta, advertimos que si bien figura en el expediente el oficio de remisión que realiza la Secretaria General Técnica, no se ha incorporado al mismo el documento que, "con el visto bueno del Presidente", acreditaría la conformidad de aquella con el texto del proyecto, lo que ha de subsanarse.

Ahora bien, el trámite de audiencia plantea otra cuestión que, a juicio de este Consejo Consultivo, ha de analizarse: la posible intervención preceptiva de la Comisión Asturiana de Administración Local.

En efecto, la Ley del Principado de Asturias 1/2000, de 20 de junio, crea la Comisión Asturiana de Administración Local (en adelante CAAL) como órgano de carácter “deliberante y consultivo para articular la colaboración de la Administración de la Comunidad Autónoma con las entidades locales” -según reza el propio preámbulo de la Ley-. Entre sus funciones, la Ley -artículo 2.2.a)- establece de modo expreso que la Comisión habrá de emitir informe “sobre los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamento que afecten al régimen local”. No obstante, el proyecto no fue sometido a la CAAL, y ello, según se desprende del expediente, porque el Decreto ofrece una posibilidad a las entidades locales “y no implica la obligación de actuar de este modo” y porque “tampoco afecta al régimen local” de la misma.

Estima este Consejo Consultivo que, dada la generalidad con la que está diseñada la intervención de esta Comisión, que ha de informar todos los proyectos reglamentarios que “afecten al régimen local”, no ofrece duda la necesidad de la intervención de la CAAL. En efecto, la posible participación accionarial en una empresa pública de servicios, y la correlativa -o no- posibilidad de que dicha empresa tenga la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de las entidades locales, con las importantes consecuencias que de ello se derivan en orden a la contratación pública, entendemos que sí afecta al régimen local. Hemos de valorar, por ello, si se trata de un defecto sustancial del procedimiento que obliga a su retroacción. En este sentido, teniendo en cuenta que el proyecto de Decreto se limita a reproducir, al menos en lo nuclear, las modificaciones legales introducidas en el régimen jurídico de la empresa pública por la Ley del Principado de Asturias 6/2008 ya citada, consideramos que la verdadera innovación del régimen local se produjo a consecuencia de dicha reforma, y, por ello, estimamos que no resulta precisa la retroacción del procedimiento.

Sentado lo anterior, apreciamos que la tramitación del proyecto resulta acorde, en lo esencial, con lo establecido en los artículos 32 y 33 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias, lo que nos permite analizar el fondo del texto que se somete a nuestra consideración.

### **TERCERA.-** Base jurídica y rango de la norma

El Principado de Asturias puede, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de su Estatuto de Autonomía, "constituir empresas públicas como medio de ejecución de las funciones que sean de su competencia". Sobre la base de tal previsión estatutaria, la Ley del Principado de Asturias 7/2002, de 24 de junio, autoriza al Consejo de Gobierno para que cree la empresa pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S. A. (en adelante Serpa). Finalmente, la Ley del Principado de Asturias 6/2008, de 30 de diciembre, ya citada, modifica su régimen legal, a fin de posibilitar la entrada de las entidades locales asturianas en su accionariado.

Habida cuenta que el artículo 5 de la Ley del Principado de Asturias 7/2002, referida, dispone el desarrollo reglamentario del régimen de tarifas, y que su disposición final -apartado primero- encomienda al Gobierno el desarrollo de su "régimen jurídico, económico y administrativo", existe habilitación legal para dictar la norma reglamentaria que se nos remite.

El rango de la norma en proyecto -decreto- es el adecuado, a tenor de lo establecido en el artículo 25.h) de la Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, y en el artículo 21.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias.

### **CUARTA.-** Observaciones de carácter general al proyecto

#### I. Ámbito material de la norma.

De una primera comparación entre el título legal habilitante y el contenido concreto de la norma proyectada, debemos concluir que no se

aprecia exceso en el ejercicio de sus competencias por el Principado de Asturias.

## II. Técnica normativa.

Con carácter general, hemos de señalar que en las disposiciones modificativas debe hacerse constar, de modo expreso, el tipo de modificación que se pretende efectuar (según la Guía anteriormente citada, "nueva redacción o adición", también supresión). En el texto que analizamos se utilizan expresiones diferentes ("se modifica en los siguientes términos", "queda modificado en los términos siguientes, "se modifica (...) en la forma siguiente" y similares) que, en rigor, no precisan cuál es el tipo de modificación operada. Por ello, este Consejo Consultivo sugiere que en el texto de cada uno de los apartados se introduzca el tipo de modificación, incorporando un texto similar al siguiente en todas aquellas modificaciones que consistan en la aprobación de una nueva redacción del texto existente: "el (apartado o artículo ...) queda redactado de la siguiente forma".

## III. El cumplimiento del mandato de desarrollo reglamentario.

La Ley 7/2002, de 24 de junio, que autorizó la creación de la empresa pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias (en adelante Ley Serpa), impone en su disposición final al Consejo de Gobierno el mandato de desarrollo reglamentario, "en cuanto medio propio instrumental" del "régimen jurídico, económico y administrativo de la Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S. A."

Hay que advertir, antes de analizar si se ejecuta adecuadamente el citado desarrollo, que tanto la creación como la evolución organizativa y funcional posterior de Serpa siguen un camino paralelo, a escala autonómica, al de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (en adelante Tragsa), sociedad que opera en la práctica como una suerte de organización espejo que se traspone al ámbito autonómico, sustituyendo la posición de la Administración del Estado en aquella por la del Principado de Asturias en esta y

la posibilidad de participación de las Comunidades Autónomas en el accionariado de Tragsa por la de las entidades locales en el capital social de Serpa.

La simetría es tal que, en realidad, el proyecto que ahora examinamos mimetiza, aunque con alguna modificación sustancial, el Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, por el que se regula el Régimen de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima; régimen legal en la actualidad derogado por el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el Régimen Jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales.

No obstante la imitación de la norma estatal, el proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración se aparta de ella en el momento de definir el ámbito funcional de la empresa pública. Así, mientras la norma estatal vigente - también la derogada- dispone que Tragsa y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, el proyecto que analizamos se limita a señalar que Serpa puede tener la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico, "en su caso", de las entidades locales asturianas, sin mayores precisiones, incluso recurriendo, para rehuir mayor concreción, a una argumentación circular -la remisión del artículo 5 al 1 del Decreto que se pretende modificar-.

En este sentido, hay que subrayar que la cuestión central que la norma debe resolver es -dada la indefinición en este concreto aspecto de la Ley que autoriza la creación de la Sociedad- la posible consideración de Serpa como medio propio instrumental y servicio técnico en relación con las entidades locales asturianas, en orden a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.1.n), en relación con el 24.6, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en el futuro los concordantes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que habrá de sustituirla, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, publicado en el BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011).

El reglamento que examinamos huye de la cuestión y se limita a reproducir el texto legal, no a desarrollarlo, como sería su deber, incumpliendo así el mandato de la disposición final, apartado uno, de la Ley Serpa, que obliga a realizar, como anticipábamos, un desarrollo reglamentario “en cuanto medio propio instrumental, sin perjuicio de su régimen propio en aplicación de la normativa mercantil”, del “régimen jurídico, económico y administrativo” de la Sociedad.

Al respecto, hemos de destacar que la Ley de Contratos del Sector Público dispone que la “condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios” (apartado 6, *in fine*, del artículo 24). En definitiva, el reglamento que desarrolla el régimen jurídico de la empresa pública no puede soslayar la regulación de los aspectos básicos que se determinan en este apartado, postergando a una labor interpretativa lo que debe ser objeto de regulación expresa.

Tales cuestiones han de ser resueltas mediante la aplicación de la normativa vigente, pero también, como sugería genéricamente el Secretario General Técnico de la entonces Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno en sus alegaciones al proyecto, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya doctrina, sentada a partir de la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (asunto C-107/98), y concretada en las más recientes Sentencias de 19 de abril de 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contra la empresa estatal Sociedad de Transformación Agraria, S. A. (Tragsa)* (asunto C-295/05); de 13 de noviembre de 2008, *Coditel* (asunto C-324/07), y de 10 de septiembre de

2009, *Sea* (asunto C-573/07), está en el origen de la vigente norma de Contratos del Sector Público.

En este sentido, conviene recordar que el apartado 6, párrafo primero, del artículo 24 ya citado dispone 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”. Y la misma norma, en su párrafo segundo, se encarga de determinar que se entiende, “En todo caso”, que existe un control análogo cuando “pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria (...) 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 dependan”.

Como ya señalamos, fue el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hoy de la Unión Europea, el que delimitó la excepción de ejecución por medios propios *-in house providing* en terminología anglosajona- al analizar la posible violación de los artículos 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea (hoy artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, corrigiendo la tendencia de los Estados Miembros a reservar los contratos a su propio país, es decir, a la contratación doméstica, con lo que imponían trabas a la consecución de un mercado interior. Por ello, se puede afirmar que la configuración legal actual de la denominada “excepción *in house*” es tributaria de lo que se conoce como criterios *Teckal*, con las matizaciones que posteriormente realizaría el propio Tribunal de Justicia.

Dado que la delimitación general de esos criterios constituye ya derecho positivo en España, tan solo recordaremos ahora la doctrina que emana de la Sentencia de 13 de noviembre de 2008. En ella, al examinar un recurso interpuesto por la sociedad Coditel Brabant S. A. frente a la Société

Intermunicipal pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), integrada exclusivamente por municipios, respecto a la adjudicación por parte de una entidad local de la gestión de su red de teledistribución municipal a esta sociedad cooperativa intermunicipal, el Tribunal comienza por confirmar los criterios *Teckal*: la entidad adjudicadora debe ejercer sobre el ente instrumental un “control análogo” al que ejerce sobre sus propios servicios, y el ente instrumental ha de realizar la “parte esencial de su actividad” para las autoridades que le controlan. Y hay que reparar también en que, en la Sentencia *Asemfo contra Tragsa*, el Tribunal estableció que el requisito del control análogo puede entenderse satisfecho incluso en el caso de que la autoridad encomendante posea una participación simbólica en el capital de la sociedad, al comprobar que esta podía encomendar (en el supuesto concreto a Tragsa) la realización obligatoria de determinadas actividades, de modo que el requisito de la actividad esencial del ente podía entenderse cumplido en relación con las autoridades encomendantes en su conjunto.

Con tales antecedentes, el Tribunal de Justicia de la Unión establece en la Sentencia *Coditel* que el requisito del control efectivo ha de ser análogo al que la Administración ejerce sobre sus propios servicios, pero no “totalmente idéntico a éste” (apartado 46). Por ello, cuando una autoridad pública se vale de medios propios en colaboración con otras autoridades públicas, no resulta indispensable que el “control análogo”, para que sea efectivo, se ejerza de modo individual, sino que puede ser ejercido “conjuntamente”, incluso por mayoría (apartado 50).

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima este Consejo Consultivo que el régimen jurídico de la empresa pública creada por la Administración del Principado de Asturias debe ser precisado por el titular de la potestad reglamentaria, colmando las lagunas o indefiniciones que puedan derivarse de su régimen legal, con especial atención al hecho de que las entidades locales pueden ahora participar en su accionariado, aunque sea en posiciones muy minoritarias. En consecuencia, la norma proyectada, para cumplir de modo adecuado su función de desarrollo reglamentario, debe disipar la ambigüedad

de la Ley, que tanto puede interpretarse, en relación con la posición de las entidades locales del Principado de Asturias, en el sentido de que se limita a habilitar su participación en el capital social de la sociedad como a disponer que esa participación se configura como condición para que Serpa sea medio propio instrumental y servicio técnico de una entidad local asturiana.

Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Ahora bien, este Consejo no cumpliría plenamente sus obligaciones con la autoridad consultante si nuestro papel quedara limitado a constatar la insuficiencia de la regulación reglamentaria proyectada. Y, en orden a completar nuestra labor consultiva, creemos necesario advertir de que la interpretación que realizó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Asemfo contra Tragsa* de los criterios *Teckal* ha suscitado una amplia controversia doctrinal sobre la necesidad o no de que las Comunidades Autónomas sean copartícipes en el capital social, junto con el Estado, para poder utilizar los servicios de Tragsa como medio instrumental propio, dado que la sentencia, al analizar la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, alude al posible requisito de la participación accionarial formulándolo en sentido negativo -"Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital" (apartado 61 de la sentencia)-, por lo que Tragsa no puede concurrir a procedimientos de licitación pública convocados por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio. Sin embargo, tal requisito no se formula en sentido positivo, lo que ha alimentado dos interpretaciones doctrinales encontradas.

A nuestro juicio, debe tenerse presente que en el asunto *Asemfo* el Tribunal ha reafirmado la aplicación de los criterios *Teckal* en el análisis de un asunto concreto, tomando en consideración su régimen jurídico y su trayectoria a lo largo del tiempo, desde el momento de su constitución hasta el régimen

jurídico vigente, propio de un Estado fuertemente descentralizado en el que las competencias en materias agrícola y forestal -las propias del objeto social de Tragsa- son ahora de titularidad de las Comunidades Autónomas. Por ello, cabría obtener una primera conclusión al respecto de esta sentencia, y es que acaso no quepa trasladar miméticamente la regulación de la empresa Tragsa a otras de ámbito autonómico, dado que no se puede adscribir a estas últimas el recorrido histórico de aquella.

En definitiva, a la hora de reglamentar el régimen legal de Serpa ha de atenderse principalmente a los criterios generales que se derivan del Derecho de la Unión Europea, en concreto a los que venimos denominando criterios *Teckal*. Y por lo que se refiere a la exigencia de la participación accionarial, siquiera sea minoritaria, o incluso meramente testimonial, pese a las posturas divergentes ya señaladas, conviene tener presente que la práctica de la propia empresa Tragsa viene a reconocer de modo explícito que tal requisito resulta necesario. Así, y a título de ejemplo, podemos citar que en el “encargo de gestión” que suscriben un Departamento de la Generalidad de Cataluña y Tragsa ambas partes reconocen en su expositivo que, de acuerdo con su régimen jurídico, mediante la adquisición de una acción de la empresa pública por la Administración autonómica, “Tragsa y sus filiales son consideradas medio propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración de la Generalidad de Cataluña” (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, núm. 5.831, de 4 de marzo de 2011).

Por último, hemos de realizar una reflexión sobre las consecuencias jurídicas de culminar, incluso con las modificaciones que hemos sugerido, el desarrollo reglamentario previsto, dado que, a nuestro modo de ver, la articulación legal actual de Serpa plantea ciertas incongruencias que podrían aconsejar una reforma legal previa. En concreto, hay que destacar que la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos para 2009 modificó tres artículos de la Ley Serpa, sustituyendo en todos ellos las referencias a “los convenios” con las entidades locales, como forma de acceder a los servicios de Serpa, por una

mención indeterminada a entidades locales respecto a las que, “en su caso”, Serpa tenga la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico.

Sin embargo, el preámbulo de la Ley no fue objeto de modificación, y en el mismo se sigue haciendo referencia a aquello -“los convenios”- cuya existencia y virtualidad niega la propia ley modificada. También cabe observar una cierta incoherencia en el hecho de conservar la redacción primitiva de la disposición final, que al no modificarse sigue atribuyendo a la sociedad la condición de medio propio instrumental del Consejo de Gobierno exclusivamente, sin reparar en que en algunos casos también puede serlo de las entidades locales. Tampoco se percató el legislador autonómico de que el artículo 4.3 de la Ley Serpa mantenía -y mantiene- una remisión expresa a una Ley de Contratos ya derogada. En definitiva, la falta de definición legal sobre aspectos básicos del régimen jurídico de la empresa, junto con las discordancias que acabamos de señalar, aconsejan que la autoridad consultante valore incluso la posibilidad de impulsar una iniciativa legislativa que resuelva tales carencias y contradicciones.

#### **QUINTA.-** Observaciones de carácter singular al proyecto

##### I. Parte expositiva.

El texto de carácter expositivo que precede al articulado del proyecto de Decreto debería estar precedido de un título o enunciado, que habrá de ser el de “Preámbulo”. Tal consideración deriva de lo establecido en las Directrices de técnica normativa contenidas en la Guía antes indicada, que no distinguen, en esta concreta materia, entre leyes y decretos.

Asimismo, sería necesario adecuar en la fórmula promulgatoria que cierra la parte expositiva la denominación de la Consejería proponente a lo establecido en los Decretos 12/2011, de 16 de julio, y 26/2011, de 16 de agosto, del Presidente del Principado de Asturias, de Reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma y de

primera modificación del anterior, respectivamente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.4 del Decreto 166/2011, de 19 de agosto, por el que se establece la Estructura Orgánica Básica de la Consejería de Hacienda y Sector Público.

## II. Parte dispositiva.

Las indefiniciones legales ya expuestas trasladan al reglamento su propia insuficiencia de contenido normativo, en la medida en que se limita a su reproducción. En concreto, resultaría necesario que la norma reglamentaria determinase con precisión el régimen jurídico de la empresa, tanto en lo que se refiere a su consideración como medio propio instrumental de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales como a sus posibilidades de actuación al margen de tal consideración, posibilidades que se insinúan en el artículo 5 del Decreto que se modifica con una formulación negativa, y sobre las que la norma debe pronunciarse con claridad, teniendo en cuenta que la Ley por la que se autoriza la creación de la empresa pública parece circunscribir el ámbito de la autorización a la "creación de la empresa pública (...) como medio propio instrumental y servicio técnico" -artículo 1 de la Ley Serpa-.

En atención a todo ello, procede modificar los artículos 1, 3, 5 y concordantes, de modo que se determinen "las entidades respecto de las cuales" la empresa Serpa tiene la condición de medio propio instrumental, y se precise "el régimen de las encomiendas" que se le "puedan conferir o las condiciones en que podrán" adjudicársele "contratos", según dispone al apartado 6, *in fine*, del artículo 24 de la Ley de Contratos del Sector Público ya citado.

Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

El alcance de la adición que se propone de un nuevo apartado 3 al artículo 9, *Importe*, a falta en el expediente o en el preámbulo del proyecto de explicación que la justifique, resulta de difícil interpretación.

Por razones de seguridad jurídica y de coherencia con la técnica seguida en el proyecto con otras modificaciones parciales, la modificación aislada del "último inciso del artículo 14, *Liquidación*", sería más correcto efectuarla dando una nueva redacción al artículo entero.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que el Principado de Asturias ostenta competencia para dictar la norma proyectada, y que, una vez tenidas en cuenta las observaciones esenciales y consideradas las demás contenidas en el cuerpo de este dictamen, puede someterse a la aprobación del órgano competente."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.