

Expediente Núm. 212/2016
Dictamen Núm. 203/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de julio de 2016 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente relativo al anteproyecto de Ley de Quinta Modificación del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del anteproyecto de Ley

El anteproyecto de Ley sometido a consulta se inicia con una “exposición de motivos” en la que se enuncian los presupuestos normativos de la regulación que se aborda, ligados a la adaptación del ordenamiento jurídico a lo dispuesto en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), que -se afirma- prohíbe las “restricciones a la libre prestación

de servicios dentro de la Unión, debiendo adaptarse el ordenamiento jurídico español y el asturiano a dicho tratado”.

Igualmente, recoge que se incorpora una disposición adicional primera cuyo objeto es habilitar a la Administración autonómica para que realice los “actos que supongan la adquisición de la posición mayoritaria del Principado de Asturias en SOGEPSA, en aplicación de la Ley del principado de Asturias 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio”, así como el establecimiento de un “régimen que regule las atribuciones realizadas” actualmente “a este tipo de sociedades”, de modo que “pasen a ser de capital íntegramente público y cumplan con los requisitos de los medios propios o, en el caso de que esto no sea posible, optar por la disolución de las mismas en un plazo cierto”.

La estructura de la norma integra, además de la parte expositiva, un artículo único, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y una disposición final.

El artículo único aborda, en cada uno de sus dos apartados, la respectiva modificación de los apartados 3 y 4 del artículo 13 y del apartado 4 del artículo 223 del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

El apartado 3 del artículo 13 queda redactado como sigue: “3. Podrá particularmente encomendarse a las sociedades constituidas o participadas por las Administraciones urbanísticas en las que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado para cada encomienda se haya efectuado mediante un procedimiento en el que se respeten la libre competencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, conforme a los principios de rigen la contratación en el sector público: / a) La elaboración y redacción de planeamiento de desarrollo, proyectos de urbanización y cualesquiera informes, estudios y asistencia técnica de contenido urbanístico. / b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones urbanísticas y urbanizaciones con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento, sin que sea necesaria en todo caso la transmisión o

aportación de terrenos o aprovechamientos. Si la Administración urbanística actuante optara por aportar o transmitir a la sociedad los terrenos o aprovechamientos urbanísticos de que sea propietaria y resulten afectados por la actuación urbanística encomendada, esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie, o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto./ c) La gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio. A tal efecto, la sociedad podrá asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate./ d) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planeamiento u obras determinadas”.

El apartado 4 del artículo 13 queda redactado como sigue: “4. La adjudicación de cada encomienda a las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público o participadas por capital privado, relacionadas en el apartado anterior, se efectuará en los términos previstos en la legislación comunitaria y en la legislación básica del Estado en materia de contratos./ La adjudicación podrá ser directa cuando la formación de la totalidad del capital privado haya estado sujeta a un procedimiento de licitación conforme con los principios de libre competencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación así como con la legislación comunitaria y la legislación básica del Estado en materia de contratos en el que se hubiera especificado el objeto preciso de las encomiendas. Toda modificación sustancial de esa encomienda así como la adjudicación de encomiendas adicionales requerirá un procedimiento de licitación en los términos previstos en la legislación comunitaria y en la legislación básica del Estado en materia de contratos”.

El apartado 4 del artículo 223 queda redactado de la siguiente forma: “4. Podrá ser beneficiaria de la expropiación, conforme a lo señalado en el artículo 13, cualquier entidad pública o sociedad con capital exclusiva o mayoritariamente público en la que concurra capital público y privado, siempre que la formación de la totalidad del capital privado haya estado sujeta a un procedimiento conforme con los principios de libre competencia, transparencia,

igualdad de trato y no discriminación, y cuyo fin primordial sea la promoción, urbanización y acondicionamiento de suelo, mejora, conservación, protección o rehabilitación de áreas total o parcialmente edificadas, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la legislación en materia de expropiación forzosa”.

La disposición adicional primera, “Sociedad Regional de Gestión y Promoción de Suelo”, determina que “Se autoriza al Principado de Asturias para, en el plazo de un año, aumentar su participación en el capital social de la Sociedad Regional de Gestión y Promoción de Suelo (SOGEPSA), cuya creación fue autorizada por la Ley 8/1984, de 13 de julio, y convertirla en una sociedad íntegramente pública a través de los mecanismos legalmente previstos”.

La disposición adicional segunda, “Sociedades urbanísticas con capital privado existentes”, señala que “Las administraciones públicas que participen en sociedades urbanísticas a las que se refiere el artículo 13 que tengan capital privado, y que en el momento de la entrada en vigor de la presente ley tuvieren atribuidas algunas de las actividades contempladas en el apartado 3 de ese artículo, deberán en el plazo máximo de un año adoptar las medidas para que dichas sociedades pasen a ser de capital íntegramente público y cumplan los requisitos necesarios para aplicar el régimen legal de los medios propios. En el caso de que no fuese posible alcanzar dicho objetivo, las administraciones públicas promoverán las medidas precisas para llevar a cabo la disolución de las mismas./ En dicho plazo, las administraciones públicas que participen en dichas sociedades, promoverán que los órganos de dirección de las mismas únicamente realicen actos de mera gestión ordinaria y comercialización de activos”.

La disposición derogatoria dispone que a “la entrada en vigor de la presente ley, quedan derogados los apartados 3 y 4 del artículo 30 y 3.c) del artículo 559 del reglamento de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 278/2007, de 4 de diciembre y, con carácter general, cuantas normas de igual o inferior rango emanadas de los órganos de la Comunidad Autónoma se opongan a lo dispuesto en la misma”.

La disposición final establece que la norma entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias.

2. Contenido del expediente

El procedimiento de elaboración de la norma se inicia, a propuesta del Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, mediante Resolución de la Consejera de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 19 de abril de 2016. No obstante, tal y como señala la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, el anteproyecto cuenta con un precedente similar, dado que en la legislatura anterior se tramitó un procedimiento para la modificación del TROTU cuyo texto dictaminó este Consejo Consultivo el 12 de marzo de 2015 (Dictamen Núm. 47/2015). El correspondiente proyecto de Ley no llegó a tramitarse ante la Junta General del Principado de Asturias como consecuencia de la finalización de la legislatura.

Obra en el expediente un primer borrador del anteproyecto de Ley que modifica los apartados 3 y 4 del artículo 13 y el apartado 4 del artículo 233 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, e introduce una disposición adicional, por la que se autoriza al Principado de Asturias a "aumentar su participación en el capital social" de SOGEPSA hasta convertirla en una "sociedad íntegramente pública", y una disposición transitoria, en la que se prevé que las sociedades urbanísticas con capital privado existentes "pasen a ser de capital íntegramente público" en el plazo de un año, o en otro caso se disuelvan, y se determina que tales sociedades "únicamente podrán realizar actos de mera gestión ordinaria y de comercialización de activos" durante ese plazo.

Conforme señala el Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo en la memoria justificativa, tales modificaciones resultan obligadas como consecuencia del requerimiento de la Comisión Europea, que ha remitido al Reino de España una "carta de emplazamiento Infracción 2012/4159 en la

que, en relación con los artículos 13.4 y 223.4 del TROTU, se ponía de manifiesto que la elección de los accionistas privados de SOGEPSA se hizo en condiciones que no permiten afirmar que se ha respetado el principio de transparencia”.

Al expediente se incorporan, asimismo, una propuesta de tramitación y una memoria económica, firmadas por el Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo y el Secretario de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias. En la memoria económica no se analizan las obligaciones de esta índole que pudieran derivarse para el Principado de Asturias, y en la propuesta de tramitación se plantea que el anteproyecto “sea sometido a información pública y al trámite de audiencia de entidades y organismos (...) que por ley ostenten intereses que puedan resultar afectados por la futura disposición”. Entre estas últimas, propone que la consulta se remita, al menos, a la “Federación Asturiana de Empresarios (FADE) (...), a la Federación Asturiana de Concejos (FAC) y a la Sociedad Mixta de Gestión del Suelo (SOGEPSA)”.

Mediante Resoluciones de 20 de abril de 2016, la Consejera de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente acuerda someter el anteproyecto al trámite de información pública y al de audiencia de la FADE, FAC y SOGEPSA.

El texto del anteproyecto de Ley se somete a información pública mediante anuncio insertado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 25 de abril de 2016. Asimismo, consta en el expediente que se ha concedido audiencia a las entidades anteriormente señaladas.

Con fecha 12 de mayo de 2016, la Confederación Asturiana de la Construcción-Asprocon presenta un escrito de alegaciones en el que se muestra favorable con la modificación del apartado 4 del artículo 13 y se opone a la del apartado 3 del mismo precepto, dado que “la redacción propuesta veta toda posibilidad de adjudicación (ya sea con o sin licitación) de los trabajos y servicios relacionados tanto a las sociedades urbanísticas totalmente públicas como a cualquier otra sociedad urbanística participada”, y es que, según

esgrime, una sociedad urbanística mixta “podrá no ser susceptible, conforme a la legislación comunitaria y la legislación contractual del Estado, de ser adjudicataria directa de las encomiendas (...), pero no existe impedimento alguno, ni por parte de la legislación europea ni por la nacional, para que esa misma sociedad mixta pueda entrar en licitación para obtener dichas encomiendas./ Y así lo considera también el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen N.º 47/2015 de 12 de marzo (...), cuando a propósito de la modificación del artículo 13.3 TROTU que comentamos refiere lo siguiente:/ `La redacción propuesta no concreta si se refiere a una encomienda directa o al resultado de un procedimiento público. Dichas sociedades son sujetos económicos con capacidad para intervenir en el mercado. Siendo así, podrán concurrir en condiciones de igualdad en procedimientos de licitación pública, en cuyo caso la forma de selección del socio privado resulta indiferente´./ Además, la redacción propuesta del apartado 3 del artículo 13 entraría en franca contradicción con lo dispuesto en el propio artículo 13, en su apartado 5, letra e), cuando refiere que para la realización de su objeto social la sociedad urbanística podrá (...) actuar (...) como entidad puramente privada en las actuaciones de que se trate y en concurrencia plena con terceros”.

Por ello, y dado que “la carta de emplazamiento no se refiere para nada al apartado 3 del artículo 13 (...), propone (...) mantener la redacción original, toda vez que el apartado 4, en la redacción propuesta es (...) explícito y suficiente para garantizar la exclusión de una adjudicación directa a las sociedades mixtas sin la concurrencia de licitación”.

Por lo que se refiere a la redacción que se pretende para el apartado 4 del artículo 223, propone el siguiente texto alternativo: “Podrá ser beneficiaria de la expropiación, cualquier entidad o sociedad urbanística de las referidas en el artículo 13. En el caso de que se trate de sociedades con capital mayoritariamente público en las que concurra capital público y privado, será necesario que la formación del capital privado haya estado sujeta a un procedimiento conforme con los principios de libre competencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, y cuyo fin primordial sea la promoción,

urbanización o acondicionamiento de suelo, mejora, conservación, protección o rehabilitación de áreas total o parcialmente edificadas, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la legislación en materia de expropiación forzosa”.

Sobre las disposiciones adicional y transitoria incorporadas a la propuesta de modificación, comienza interesando su “supresión del texto que definitivamente se apruebe”. Afirma que sobre ellas no se pronunció el Consejo Consultivo del Principado de Asturias y, “habida cuenta la especial relevancia y gravedad de las modificaciones introducidas en el texto con posterioridad al pronunciamiento del Consejo (...), resulta preceptivo solicitar un nuevo pronunciamiento”, de modo que este dictamine “sobre la legalidad de las medidas incorporadas”, pues, en su opinión, “se pretende limitar, por ley singular, el ejercicio del giro o tráfico mercantil que le es propio (se refiere a SOGEPSA), limitando su actividad durante ese periodo a lo que denomina ‘actos de mera gestión ordinaria y de comercialización de activos’”. Entiende que “el Principado de Asturias en uso de sus competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio y urbanismo está invadiendo las competencias exclusivas que solo (el) Estado tiene en materia de legislación básica mercantil, limitando temporalmente por ley autonómica, e impidiendo el ejercicio de las actividades que constituyen el objeto social de la sociedad, lo que la llevaría a incurrir en causa legal de disolución conforme a lo dispuesto en el artículo 363 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, interviniendo, asimismo, en la toma de decisiones societarias que le están vedadas por venir conferidas legalmente y exclusivamente a los órganos de gobierno de las mismas”. Añade que, “dada la situación preconcursal” de SOGEPSA, “determinar por ley un periodo transitorio para acceder al control público (...) so pena de proceder a la disolución de la misma en caso contrario podría ser considerado (...) como un acto de deslealtad societaria susceptible de acarrear responsabilidad patrimonial, toda vez que impediría de inicio la posibilidad de llegar a un acuerdo con los deudores basado no ya en una quita, sino en un simple aplazamiento de las deudas”, y se impediría la posibilidad de que la “sociedad continuara su actividad (...), tal y como faculta el art. 13.5.e)

TROTU (que no se modifica) como entidad puramente privada (...) y en concurrencia plena con terceros”.

Así las cosas, la disposición transitoria acarrearía “la automática entrada en concurso de la sociedad”, que habrían de realizar “los administradores concursales determinados por el Juzgado Mercantil competente”, y con ello, “el control de los suelos públicos industriales quedaría fuera de la competencia del propio Principado de Asturias y de los Ayuntamientos”. Además, el hecho de no poder culminar “la ya iniciada en su día urbanización de Bobes (...) podría implicar de forma automática la declaración de ser susceptibles de reversión los terrenos expropiados”, que, teniendo en cuenta el movimiento de terrenos realizado, no podría efectuarse mediante la entrega de los mismos, lo que “daría lugar al nacimiento de una indemnización sustitutoria a sufragar por la Administración expropiante”.

Con fecha 1 de junio de 2016, el Secretario de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias (en adelante CUOTA) analiza el contenido de las alegaciones presentadas por la Confederación Asturiana de la Construcción-Asprocon.

En primer lugar, y mostrándose de acuerdo en que “los convenios de promoción no pueden ser considerados (...) `encomiendas´”, afirma que, según “la carta de emplazamiento, los artículos 13.4 y 223.4 del TROTU permiten atribuir a sociedades urbanísticas mixtas, como lo es (...) SOGESPA, la promoción de operaciones de urbanización en su conjunto”, y que ello “implica o produce una restricción a la libre prestación de servicios”, invocando “como respaldo jurídico la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange Ltd*, asunto C-203/08”. Por ello, “la Comisión Europea señala que las restricciones a la libre prestación de servicios están justificadas si, en la elección de los operadores privados beneficiarios de un derecho exclusivo, se ha respetado el principio de transparencia, cosa que según la Comisión no ocurrió en el caso de SOGEPESA”, por lo que propone desestimar la alegación.

Sobre la adjudicación de obras de urbanización a SOGEPESA previa licitación, considera el Secretario de la CUOTA que, pese a que el procedimiento

no está puesto “explícitamente en duda por la Comisión (...), al ser fruto, desarrollo y ejecución de un procedimiento que la Comisión entiende no ajustado al derecho europeo, es necesaria su mención en la regulación propuesta, y ello fue expresamente requerido por los funcionarios” de la Comisión en las reuniones mantenidas.

En cuanto a la propuesta de supresión de la modificación del apartado 3 del artículo 13, argumenta el Secretario de la CUOTA que la redacción propuesta no “impide que una sociedad mixta pueda entrar en una licitación para obtener dichas encomiendas”, y que “otras sociedades de las que forma parte el Gobierno del Principado de Asturias como socio utilizan esa fórmula para poder ser adjudicatarios de contratos públicos”. Afirmo que “se siguieron las indicaciones de la Comisión Europea en las diferentes reuniones mantenidas al efecto”, y que “en ningún caso prohíbe, ni de su redacción se deduce, que no pueda acudir a licitación pública para obtener encomiendas”. No obstante, propone, “para mayor claridad, añadir una frase en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 13 especificando que es ‘para cada encomienda’”.

Respecto a la modificación del apartado 4 del artículo 233, indica que, como “en el caso anterior, trata de precisar de una forma inequívoca la forma de promoción de operaciones de urbanización en su conjunto, en sociedades de capital mixto, sin que puedan generarse dudas interpretativas en su aplicación”, por lo que propone mantener el texto propuesto y no acoger el alternativo que se plantea.

Por último, en relación con las disposiciones adicional y transitoria, señala que el “texto incluye un mandato o autorización dirigido al órgano competente del Principado de Asturias para que pueda hacerse con el control del 100% de las acciones, no supone ninguna obligación dirigida a los accionistas particulares, y en todo caso la adquisición de las acciones se deberá realizar de conformidad con lo dispuesto en la legislación mercantil y las reglas previstas en la legislación patrimonial”. Por ello, “el Principado no ejerce ni competencias urbanísticas, ni competencias mercantiles, sino las derivadas del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía referidas a la creación y gestión de un

sector público autonómico; por tanto, no parece que esta disposición tenga que ver con las leyes que puedan haber sido consideradas como singulares por el Tribunal Constitucional./ Lo mismo cabe decir de la disposición transitoria, se trata de un mandato dirigido a las administraciones públicas presentes en el accionariado (...) en orden a que realicen determinados actos (...), que deberán ejecutar de acuerdo con el derecho mercantil y sus normas patrimoniales". Sin embargo, y en la medida en que "va dirigido no a las administraciones, sino a las propias sociedades afectadas, lo que sí podría exceder de las competencias del Principado y afectar al ámbito del derecho mercantil", propone una redacción alternativa que se refiere exclusivamente a las "administraciones públicas que participen en dichas sociedades". La estimación parcial de la alegación obliga, a su vez, a modificar "el texto del preámbulo", para lo que propone un párrafo alternativo.

A continuación, se incorpora al expediente una nueva redacción del anteproyecto de Ley conforme a lo dispuesto en el referido informe.

Con fecha 6 de junio de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora remite el anteproyecto de Ley en elaboración a sus homólogos de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias.

El día 6 de junio de 2016, la Jefa del Servicio de Gestión Presupuestaria, con la conformidad del Director General de Presupuestos y Sector Público, solicita la modificación de la memoria económica incorporada al expediente, puesto que esta "no se adecua a lo establecido en el artículo 38.2 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, aprobado por Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio", dado que no detalla los "datos (...) precisos para conocer todas las repercusiones presupuestarias de la propuesta remitida".

Con fecha 9 de junio de 2016, la Jefa del Secretariado de Gobierno de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana formula diversas observaciones en las que, al margen de cuestiones técnicas de menor calado, propone que la disposición transitoria "pase a ser disposición adicional segunda

(...), al considerar que su contenido consiste en un mandato no dirigido a la producción de normas jurídicas”.

Asimismo, el anteproyecto fue analizado por la Comisión Asturiana de Administración Local, que en sesión celebrada el 22 de junio de 2016, previo informe de la Secretaria de la citada Comisión, emite “informe favorable”.

El día 27 de junio de 2016, el Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo suscribe un “informe complementario a la memoria económica” en el que valora las repercusiones del texto propuesto. En él señala que, conforme al valor de las acciones, la adquisición de la totalidad de las mismas “supondría, en un primer momento, un desembolso de 9,4 millones de euros para el Principado de Asturias”. No obstante, por las razones que expone, estima que en la actualidad “el valor de mercado de SOGEPSA es prácticamente nulo”. Sostiene que si “no fuere posible convertir SOGEPSA en pública en el plazo de 1 año desde que se apruebe la ley, la sociedad, por la propia aplicación de la (Ley de Sociedades de Capital), está abocada a la disolución. Ello deberá realizarse dentro de los procedimientos contemplados por la legislación mercantil y los efectos económicos que ello generaría para el Principado son de difícil o imposible concreción en los momentos actuales, dado que entrarían en juego previsiblemente procesos de negociación con los acreedores de la sociedad (...), y probablemente también procesos de realización de activos a un valor que podría apartarse, en mayor o menor medida, del actual valor de existencias”.

A la vista de ello, el 12 de julio de 2016 emite un nuevo informe la Jefa del Servicio de Gestión Presupuestaria, con la conformidad del Director General de Presupuestos, y el día 25 del mismo mes elabora un informe complementario.

Con fecha 20 de julio de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora informa que el Principado de Asturias resulta competente para realizar la modificación propuesta y estima correcta la tramitación efectuada. Considera adecuadas las observaciones de técnica legislativa realizadas por el Secretariado de Gobierno, por lo que la disposición transitoria

pasa a considerarse una disposición adicional, y también las propuestas por el Secretario de la CUOTA en relación con las alegaciones presentadas por la Confederación Asturiana de la Construcción-Asprocon. Por ello, concluye que “el proyecto que se propone no suscita objeciones de legalidad ni en cuanto a sus aspectos competenciales, ni en cuanto a su tramitación, ni en cuanto a su contenido”.

Adjunta, debidamente cumplimentado, el “cuestionario para la valoración de propuestas normativas”.

Al expediente se incorpora una tabla de vigencias de la modificación propuesta, señalando que la misma afecta a los artículos 30.3, 30.4 y 559.3 del Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, suscrita por el Secretario de la CUOTA y el Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Por último, el texto es informado favorablemente por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos en la reunión celebrada el 25 de julio de 2016, según se hace constar en la certificación emitida por la Secretaria de la citada Comisión al día siguiente, en la que se añade que “analizado el proyecto de Ley se remite al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para emisión de dictamen”.

3. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de julio de 2016, V. E solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al anteproyecto de Ley de Quinta Modificación del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, adjuntando una copia del expediente en soporte digital.

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 anteproyecto de Ley de quinta modificación del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril.

Como ya hemos expuesto en los antecedentes, se somete a nuestro dictamen por segunda vez un anteproyecto de Ley de modificación del texto refundido, al haber decaído la anterior iniciativa legislativa con el final de la legislatura. Pese a que algunas de las modificaciones introducidas responden a las consideraciones que entonces habíamos planteado, se advierte que el nuevo texto refleja el resultado de un ulterior proceso negociador con los Servicios de la Comisión Europea, por lo que el anteproyecto incluye una parte final que difiere de la dictaminada en su momento.

Es sabido que cualquier innovación sustancial que se introduzca en el texto una vez dictaminado por el Consejo Consultivo requiere el planteamiento de una nueva consulta. Sin embargo, no nos hallamos en el presente caso ante un supuesto de reconsulta, pues es evidente que se ha procedido formalmente a incoar y tramitar un nuevo procedimiento de elaboración de una iniciativa legislativa al que ha de incorporarse preceptivamente el dictamen de este órgano consultivo, siquiera sea, en el límite, para constatar que no se ha modificado sustancialmente el texto ya dictaminado.

En consecuencia, el Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra d), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra d), 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, en los términos de 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

El procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general y anteproyectos de ley se rige por lo dispuesto en el capítulo V 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), y en concreto ha de ajustarse a lo establecido en sus artículos 32, 33 y 34.

En este caso se inicia por Resolución de la Consejera de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 19 de abril de 2016. Al expediente se han incorporado una memoria justificativa de la propuesta y una memoria económica, suscritas ambas por el Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo y el Secretario General de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias. Debemos señalar que estos documentos se unen anticipadamente al expediente, pues se aportan al procedimiento con anterioridad a la resolución de inicio. Al respecto, este Consejo Consultivo viene reiterando la necesidad de respetar escrupulosamente lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias, y en especial la competencia del titular de la Consejería para disponer el inicio del procedimiento, al que debe seguir la fase de tramitación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 33.2 de la Ley citada, el anteproyecto en elaboración se ha sometido a información pública y al trámite de audiencia de las entidades u organismos que por ley ostentan la representación de intereses de carácter general o pudieran resultar afectados por la futura disposición, constandingo en el expediente el informe realizado por el Secretario de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias en relación con las alegaciones presentadas por la Confederación Asturiana de la Construcción-Asprocon. Además, se ha recabado el informe de la Comisión Asturiana de Administración Local, que lo ha emitido

en el ejercicio de la atribución que le corresponde a tenor de lo previsto en el artículo 2.2.a) de la Ley del Principado de Asturias 1/2000, de 20 de junio, por la que se crea la citada Comisión. En el curso de la tramitación del procedimiento el anteproyecto de Ley se ha remitido a las diferentes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias en trámite de observaciones, y se ha emitido informe por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora en relación con la tramitación efectuada.

Por ello, debemos concluir que la tramitación del anteproyecto de Ley ha sido acorde, en lo esencial, con lo establecido en los artículos 32 y 33 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias.

TERCERA.- Base jurídica y rango de la norma

La modificación legal que se aborda en el texto que analizamos responde a la finalidad de ajustar la legislación asturiana en materia de sociedades urbanísticas de capital mixto al Derecho de la Unión Europea; en particular, a la libre prestación de servicios a que se refiere el artículo 56 del TFUE, eliminando las restricciones que puede generar la atribución directa a aquellas de la condición de promotor exclusivo de operaciones de urbanización cuando sus accionistas privados han sido elegidos por un procedimiento no respetuoso con el principio de transparencia, lo que en la actualidad permiten los artículos 13.4 y 223.4 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante TROTU), aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril.

Como ya indicamos en nuestro Dictamen Núm. 47/2015, en relación con el decaído anteproyecto de modificación (a cuyas consideraciones nos remitimos con carácter general), la "Comisión Europea ha incoado un procedimiento administrativo previo a la interposición de un recurso por incumplimiento por infracción por parte de España de las obligaciones que le incumben según el citado artículo 56 del TFUE. Advertido el incumplimiento, y atendida la primacía del Derecho de la Unión Europea, resulta necesario realizar

ahora en la ley autonómica los ajustes correspondientes para eliminar la contradicción con aquel ordenamiento”.

El Principado de Asturias ostenta competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda, conforme a lo establecido en el artículo 10.1.3 de su Estatuto de Autonomía. En ejercicio de esta competencia, corresponde al Principado de Asturias la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, que habrá de ejercer respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución.

Ahora bien, como ya señalamos en el citado dictamen, el “carácter exclusivo de la competencia del Principado de Asturias en la materia objeto del anteproyecto analizado no exime, sin embargo, del examen de la incidencia que en la ordenación del territorio, y, sobre todo, en el urbanismo, tienen otras materias de competencia exclusiva del Estado y no de las Comunidades Autónomas”; incidencia que ya analizamos con detenimiento en aquel dictamen.

En consecuencia, a la vista de las competencias asumidas en su Estatuto de Autonomía, y al margen de las matizaciones posteriores, debemos considerar con carácter general que nuestra Comunidad Autónoma resulta competente para abordar la modificación legislativa en la materia a que se refiere la norma objeto del presente dictamen.

CUARTA.- Observaciones de carácter general al anteproyecto de Ley

I. Ámbito material de la norma.

De una primera comparación entre el título competencial y el contenido concreto del anteproyecto de Ley, debemos concluir que no se aprecia objeción en cuanto a la competencia de la Comunidad Autónoma, que encuentra su apoyo en las asumidas en nuestro Estatuto de Autonomía.

II. Técnica normativa.

Sin perjuicio de las matizaciones que más adelante realizaremos, consideramos correcta la técnica normativa empleada.

QUINTA.- Observaciones de carácter singular al anteproyecto de Ley

I. Sobre la parte dispositiva.

El artículo 13.1 del TROTU dispone que “El Principado de Asturias, las entidades locales, y las entidades jurídico-públicas dependientes de uno y otras, podrán constituir por sí solas, entre sí o con otras personas, sociedades urbanísticas mercantiles para el estudio, desarrollo, gestión, promoción y ejecución del planeamiento urbanístico y de cualesquiera de los contenidos de la actividad urbanística de las Administraciones que la constituyan y que no impliquen el ejercicio de autoridad”.

La redacción vigente de los apartados 3 y 4 del citado artículo recoge que “3. Podrá particularmente encomendarse a las sociedades constituidas o participadas por las Administraciones urbanísticas:/ a) La elaboración y redacción de planeamiento de desarrollo, proyectos de urbanización y cualesquiera informes, estudios y asistencia técnica de contenido urbanístico./ b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones urbanísticas y urbanizaciones con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento, sin que sea necesaria en todo caso la transmisión o aportación de terrenos o aprovechamientos. Si la Administración urbanística actuante optara por aportar o transmitir a la sociedad los terrenos o aprovechamientos urbanísticos de que sea propietaria y resulten afectados por la actuación urbanística encomendada, esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie, o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto./ c) La gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio. A tal efecto, la sociedad podrá asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate./ d) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planeamiento u

obras determinadas./ 4. Tratándose de sociedades urbanísticas de capital íntegra o mayoritariamente público, no se requerirá licitación para que por parte del Principado de Asturias, entidades locales y entidades jurídico-públicas que formen parte de ellas, se les asignen las encomiendas relacionadas, así como tampoco para el encargo de tareas o cometidos propios de la actividad urbanística que, aun desarrollándose en régimen de derecho privado, fuera propia de la competencia en esa materia de la Administración encomendada. El contenido y alcance de la encomienda o encargo habrá de formalizarse en convenio al efecto, en el que la sociedad tendrá la consideración de ente instrumental de la Administración en cuestión”.

Para atender el requerimiento de la Comisión, la reforma proyectada opta por modificar ambos apartados para ajustar el TROTU al artículo 56 del TFUE, según el cual “quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”.

Tal y como pusimos de manifiesto en el dictamen mencionado anteriormente, la libre prestación de servicios se erige en la Unión Europea como un principio esencial, reforzado a través de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia. Como recuerda la Comisión en la carta de emplazamiento, el Alto Tribunal ha sentado que la atribución a un operador del derecho exclusivo a ejercer una actividad económica solo puede considerarse conforme al Derecho comunitario si en la elección del operador privado se ha respetado la obligación de transparencia.

Señalamos también que la “carta de emplazamiento cuestiona la adecuación al Derecho de la Unión del apartado 4 del artículo 13 del TROTU, precisamente el que regula los modos excepcionales -por excluir la `licitación´ - de asignar las encomiendas a sociedades urbanísticas mixtas; encomiendas unas, genéricas y de inequívoca naturaleza contractual típica (así, la elaboración y redacción de planeamiento de desarrollo, proyectos de urbanización o cualesquiera informes, estudios y asistencia técnica de contenido

urbanístico), y otras, singulares, propias de la gestión urbanística (promoción, gestión y ejecución de actuaciones urbanísticas y urbanizaciones con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento) pero que los Tribunales nacionales sujetan de modo progresivo al derecho de la contratación pública. Hay que resaltar que al hacerlo la Comisión se limita a invocar que la regulación controvertida ‘crea una restricción a la libre prestación de servicios recogida en el artículo 56 del TFUE’, y que lo hace ‘independientemente de si los acuerdos (...) deben calificarse o no como contratos públicos de pedidos’. Esta exclusión o disociación revela que la Comisión se cuida de evitar la polémica, a la que haremos mención más adelante, sobre las relaciones entre contratación pública y urbanismo, y de arriesgarse una vez más a reconducir a las categorías típicas contractuales algunas modalidades de gestión urbanística./ Sin embargo, lo que elude la Comisión lo evoca expresamente la modificación proyectada, y ello fuerza a valorar sus términos y consecuencias a la luz de los principios que rigen la contratación pública en la Unión Europea con el objeto de precisar y delimitar su alcance efectivo”.

Al respecto, destacamos entonces que, si bien “el Consejo no es ajeno a la polémica doctrinal sobre la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la interrelación entre el derecho urbanístico y el derecho de la contratación pública (...), no cabe ocultar que nuestro Tribunal Supremo mantiene desde hace años una línea jurisprudencial de perspectiva contractualista de la gestión urbanística”, como afirma, por ejemplo, en su Sentencia de 27 de enero de 2009 con cita abundante de precedentes, en la que señala, en relación con la normativa valenciana controvertida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que “esta Sala ha declarado repetidamente que a las adjudicaciones de Programas de Actuación Urbanística les es aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Por lo que se refiere a la modificación propuesta para el apartado 3 del artículo 13 del TROTU, manifestamos en nuestro dictamen anterior, sobre un

texto similar, que “la selección del socio privado de una empresa mixta conforme a criterios de transparencia no es requisito bastante para permitir la ulterior adjudicación directa de contratos o concesiones a aquella”. Se requiere además -señalábamos- que, tal y como indica la Comisión en la Comunicación relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02, DOUE de 12 de abril de 2008), “el objeto de la selección del socio coincida con el objeto del contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto. Así lo exige también la disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP al establecer que la elección del socio privado deberá realizarse conforme a las normas de contratación previstas ‘para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto’. Tan es así que la Comisión considera, tal y como indicamos, que incluso una modificación del objeto del contrato para el que el socio privado fue inicialmente seleccionado supone la necesidad de concurrir a una nueva licitación. Por ello, la regla general debe ser que la sociedad urbanística mixta concorra en el mercado en condiciones de igualdad con el resto de operadores económicos”; si bien cabe -como se consigna en aquel dictamen- que, como excepción, la adjudicación pueda ser directa cuando “el socio privado resulte de la aplicación de un procedimiento acorde con el principio de transparencia cuyo objeto coincida con el del contrato o concesión que se pretende adjudicar”.

Pese a que la carta de emplazamiento remitida por la Comisión no advierte de que el apartado 3 del artículo 13 del TROTU incumpla lo dispuesto en el artículo 56 del TFUE (acaso, porque el citado apartado no determina la forma en que podrá realizarse la encomienda, es decir, no alude necesariamente a una “encomienda directa”), nos mostramos conformes con la modificación propuesta, en la medida en que aclara que la posible encomienda directa a esa sociedad público-privada solo puede producirse si en la elección del socio privado, en cada uno de los casos, se respetaron “la libre competencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, conforme a los principios que rigen la contratación en el sector público”.

Por lo que atañe al apartado 4, el anteproyecto actual recoge, en gran parte, el planteamiento que realizamos en nuestro dictamen anterior, en el que nos posicionamos en contra de la supresión que en aquel momento se planteaba y sugeríamos una redacción alternativa; observación que ahora acoge el anteproyecto sometido a consulta. Si bien no se menciona específicamente que “no se requerirá licitación cuando se trate de sociedades urbanísticas que puedan considerarse medios propios”, consideramos que la remisión expresa a la legislación comunitaria permite salvar, por vía interpretativa, la excepción a la que nos referimos. En consecuencia, estimamos que, en relación con la carta de emplazamiento, la redacción propuesta se ajusta a lo dispuesto en el artículo 56 del TFUE.

En cuanto a la propuesta de modificación del apartado 4 del artículo 223 del TROTU, reiteramos las consideraciones de nuestro dictamen anterior sobre un texto muy similar al que ahora se propone. Como advertimos en aquel momento, “el problema no se plantea tanto con la atribución de la condición de beneficiario de la expropiación a las referidas sociedades como con la asignación de su condición de adjudicatarias de la promoción de la actuación urbanística. De esta forma, si se garantiza que las sociedades mixtas adquieren la condición de promotor urbanístico, del tipo que sean, en los términos de la legislación comunitaria y estatal se asegurará la licitud de su condición de beneficiaria de la expropiación./ En definitiva, este Consejo considera que la modificación del artículo 223.4 del TROTU deberá partir de la consideración de que el beneficiario de la expropiación es el titular de la utilidad pública, lo que impide determinar la selección de aquel. En atención al cumplimiento de los principios recogidos en el artículo 56 del TFUE, la atribución legal de la condición de beneficiario a sociedades de capital íntegramente público o participadas por capital privado deberá fundamentarse en su condición de promotor de la actuación urbanística”, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.4 del TROTU que ahora se propone.

II. Sobre la parte final del anteproyecto de Ley.

Con carácter previo hemos de advertir que la competencia del Consejo Consultivo para dictaminar este particular tipo de anteproyectos legales queda limitada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1, letra d), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, a los "Anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho Comunitario Europeo". En consecuencia, nos está vedada cualquier consideración legal ajena al Derecho de la Unión Europea.

Por ello, no procede, en principio, que nos pronunciemos sobre la disposición adicional primera, dedicada a la "Sociedad Regional de Gestión y Promoción de Suelo", en la medida en que, en el ejercicio de su competencia de ordenación del sector público propio, pretende autorizar al Principado de Asturias para que aumente su participación social en la misma hasta "convertirla en una sociedad íntegramente pública". En efecto, tal como expusimos en nuestro dictamen anterior, dichas "sociedades son sujetos económicos con capacidad para intervenir en el mercado. Siendo así, podrán concurrir en condiciones de igualdad en procedimientos de licitación pública, en cuyo caso la forma de selección del socio privado resulta indiferente". Por ello, la configuración actual de la sociedad no resulta contraria, en sí misma, al Derecho de la Unión, que solo proscribía la encomienda "directa" de trabajos a la misma por parte de las Administraciones urbanísticas. Ahora bien, la modificación que se propone, y autoriza, del accionariado de la sociedad para hacerla íntegramente pública guarda relación, de modo reflejo, con el ordenamiento de la Unión, en la medida en que permitiría continuar realizando encomiendas directas a la misma, como en la actualidad. Más allá de tal consideración, la conversión de SOGESPSA en una sociedad "íntegramente pública" no deja de ser una opción legislativa concreta y legítima sobre la que este Consejo ni puede ni debe pronunciarse.

La disposición adicional segunda, titulada "Sociedades urbanísticas con capital privado existentes", pretende imponer a cualquier otra sociedad urbanística distinta de SOGEPSA que pudiera existir a la entrada en vigor de la norma con presencia de capital privado en su accionariado un régimen accionarial idéntico al que se prevé para SOGEPSA (su conversión, en el periodo de un año, en una sociedad de capital íntegramente público), y, además, establecer el régimen transitorio que debería regirlas durante el proceso de adaptación o, en su caso, si esta no fuera posible, hasta su disolución.

Al respecto, hemos de resaltar que, conforme se deduce de la tramitación efectuada (que, sumando al procedimiento actual el anterior decaído, supuso efectuar dos trámites de información pública y dos de audiencia a entidades y organismos interesados), no consta que existan en Asturias otras sociedades urbanísticas mixtas distintas de SOGEPSA, lo que se infiere igualmente de los propios requerimientos de la Comisión Europea. Por tanto, sin necesidad de entrar a analizar si existe título competencial que pudiera invocar el Principado de Asturias para legislar sobre la composición accionarial de este tipo de sociedades (por ejemplo, de naturaleza municipal), consideramos que la norma así configurada carece de ámbito subjetivo de aplicación, dado que no existe la base fáctica (sociedades urbanísticas mixtas distintas de SOGEPSA) que se pretende regular.

Por lo que se refiere al último párrafo de esta disposición, que persigue que durante el periodo transitorio de adaptación de su composición accionarial estas sociedades circunscriban su actividad a realizar actos de mera gestión ordinaria y comercialización de activo, reiteramos que su único destinatario resulta ser de hecho SOGEPSA. Ahora bien, es cierto que atendiendo las alegaciones efectuadas por los socios privados el texto inicial fue modificado en el trámite correspondiente, de modo que su contenido se limita a instrumentar un mandato dirigido a los representantes de las Administraciones públicas para que "promuevan", en el seno de los órganos de gobierno de la misma, que su gestión se reduzca a los que se califican de actos de "mera gestión ordinaria y comercialización de activos". Es decir, junto con la modificación del régimen

legal de las sociedades urbanísticas, se establece un mandato particular sobre el comportamiento que han de adoptar los representantes públicos en el consejo de administración de la empresa, prescripción ajena a la regulación, general y abstracta, propia de una norma; máxime de rango legal. Por ello, consideramos ese tipo de mandatos impropio de una norma como la proyectada, ya que la actuación de los representantes públicos en una sociedad mercantil ha de encauzarse y coordinarse a través de otro tipo de medios.

En definitiva, entendemos que si, como todo parece indicar, no existen otras sociedades urbanísticas distintas de SOGEPSA resulta improcedente desdoblar en dos disposiciones el régimen transitorio que solo afecta a esta. Por tanto, si aún ponderadas las cautelas referidas se pretendiera mantener la regulación, su contenido debería recogerse en la disposición adicional específica sobre SOGEPSA, qué pasaría con ello a ser única.

Al margen de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la vigente Ley del Principado de Asturias 8/1984, de 13 de julio, por la que se autoriza la Creación de una Sociedad Regional de Gestión y Promoción de Suelo, dispone en su artículo 2 que en el capital de la empresa "podrán participar, además del Principado de Asturias, los Ayuntamientos de la región y los particulares, con la única limitación de que la parte de capital social de procedencia pública debe ser siempre superior al cincuenta por ciento del total". Por ello, la exigencia de coherencia en el ordenamiento jurídico y una correcta técnica legislativa imponen que se dé una nueva redacción a este artículo, eliminando la posibilidad de que en su accionariado participen "los particulares", lo que debe hacerse mediante la introducción de un nuevo artículo en el anteproyecto de Ley, en este caso el segundo, con lo que el artículo único pasaría a denominarse artículo primero.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo de este dictamen, puede elevarse al Consejo de Gobierno, para su aprobación

como proyecto, el anteproyecto de Ley de Quinta Modificación del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,