



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00146/2014

- N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA N° 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2013 0000297

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000281 /2013 /

Sobre: OTRAS MATERIAS

De D/Dª: GESTION DE INFRAESTRUCTURAS PUBLICAS DE TELECOMUNICACIONES DEL PRINCIPADO DE AST

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª: LOPD

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª LOPD

SENTENCIA

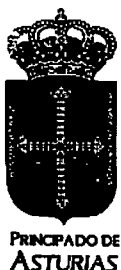
En Gijón, a cinco de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 281/13, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la entidad Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias S.A.U., representada por la Procuradora Doña LOPD y asistida por el Letrado Don LOPD LOPD ; de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don LOPD LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD LOPD , sobre tributario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la recurrente se presentó en este Juzgado, recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido en tiempo y forma, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibiendo posteriormente el pleito a prueba, proponiéndose y practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.



TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales excepto la del plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que ha pesado sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo de 31-7-13 por la que se desestima la reclamación económico-administrativa realizada por GIT contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 12-3-13 en virtud de la cual se resolvió desestimar el recurso de reposición interpuesto por la actora contra las liquidaciones números: 1410907, 1470908, 1740915, 1470916 y 1470917 de un importe de 8.606,80 euros, 426 euros, 25.817,50 euros, 1.376,10 euros y 476,10 euros respectivamente, en concepto de tasa por utilidades privativas o aprovechamientos especiales del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública y otros bienes de uso público municipal (Ordenanza 3.53 del Ayuntamiento de Gijón).

Se señala en la demanda que GIT es una sociedad anónima unipersonal de la Administración del Principado de Asturias que se creó por mandato de la Disposición adicional primera de la Ley 6/04, de 28-12, del Principado de Asturias, de Acompañamiento a los presupuestos generales para 2005, la cual dispone en su art. 1 que se autoriza al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias a la creación de la empresa pública Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, S.A., suscribiéndose por parte de la Administración del Principado la totalidad de sus acciones, lo que le otorga la consideración de socio único. Que GIT ostenta la condición de medio propio del Principado de Asturias y de conformidad con el art. 24.6 del RD Leg 3/11. Que la empresa tiene por finalidad establecer y explotar la red pública de telecomunicaciones del Principado de Asturias de forma que puedan ofrecerse a través de terceros operadores y por el carácter neutro de la red, servicios básicos de telecomunicación (principalmente banda ancha) a zonas de la región que estaban anteriormente al margen del mercado. Su función esencial es completar con medios públicos el desarrollo de la red de telecomunicaciones en Asturias, particularmente en las áreas en la que el sector privado no lo ha asumido.

Se añade que, en concreto, la actividad principal del GIT consiste en la gestión y explotación de la Red Asturcón de Fibra Óptica hasta el hogar (FTTH), red pública de banda ancha propiedad del Principado de Asturias. Que los primeros despliegues de la Red, se llevaron a cabo en un inicio por el propio Principado de Asturias a través de la Consejería competente en materia de telecomunicaciones. Tras la puesta en funcionamiento del GIT, el Principado de Asturias, por resolución de 14-3-08 empleó el instrumento de la concesión demanial directa permitida en el art. 137.4 de la Ley 33/03 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, para que la sociedad pudiese aprovechar los equipos, elementos y emplazamientos de la Red ya desplegada.



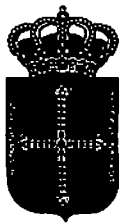
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Sigue la demanda que GIT, en cuanto que sociedad constituida por el Principado para la gestión directa de la red pública autonómica de telecomunicaciones, nunca ha abonado a éste importe alguno por el desarrollo de la actividad para la que fue creada y especialmente por la gestión y explotación de aquella. Que a partir de la puesta en funcionamiento del GIT en el año 2007 y hasta la actualidad, la empresa ha venido recibiendo del Principado de Asturias encomiendas de gestión fundamentalmente para el despliegue, explotación y mantenimiento de la Red en el territorio asturiano.

Se indica, en relación a la Red Asturcón, que de las características principales de la misma es el hecho de tener un único punto de acceso a operadores (PAO) que esta ubicado en Gijón (Roces) y constituye el centro neurálgico de la Red al tratarse del lugar en el que se ubican todos los operadores clientes y de donde parten todos los troncales de la Red. Que las labores de despliegue, explotación y mantenimiento de la Red encomendadas a GIT por le Principado de Asturias, derivadas de las encomiendas ya citadas, precisan de las labores necesarias para interconectar el PAO, imprescindible para la operatividad de la Red, y a solicitar al Ayuntamiento de Gijón las respectivas licencias para el tendido de los cables de interconexión de la ciudad de Gijón donde se encuentra este punto. Así, sigue la demanda, con fecha 21-2-08 solicitó licencia al Ayuntamiento de Gijón para el tendido de red de interconexión entre el punto de acceso de operadores (PAO) y el parque de Renfe, Avenida Juan Carlos I, Carlos Marx y Constitución, autorizándose la misma y generándose las liquidaciones con número de recibo 1410907 y 1470908 por importes de 426 euros y 8.606,80 euros, respectivamente, en concepto de tasa por utilizaciones privativas o aprovechamientos especiales del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública y otros bienes de uso público municipal. Con fecha 20-8-09 solicitó licencia al Ayuntamiento de Gijón para el tendido de cable de fibra óptica en el tramo Rocés-Hospital de Jove Cabueñes, autorizándose la misma y generándose las liquidaciones con nº de recibo 1740915 y 1470916 por importes de 25.817,50 euros y 1.376,10 euros, respectivamente, por el mismo concepto. Que con fecha 27-7-10 solicitó licencia al Ayuntamiento de Gijón para el tendido de cable de fibra óptica en la Avenida Juan Carlos I, entre la plaza del Padre Máximo González y Renfe, autorizándose la misma y generándose la liquidación 1470917 por importe de 476,10 euros, por el mismo concepto.

Como fundamentos de derecho se invoca el art. 21.2 del RD 2/04 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales y el art. 7 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Gijón que se pretende aplicar.

Se alega que la concesión demanial otorgada de forma directa a GIT de la red, que tiene su propia regulación de carácter patrimonial, se empleó como instrumento para que GIT pudiera actuar sobre los elementos que integraban la Red inicialmente desplegada por el Principado desde el año 2004. Cosa distinta a una concesión demanial regulada en la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



normativa patrimonial son las formas de gestión de los servicios cuya clasificación, como forma de gestión directa e indirecta, ya se contempló en la Ley 7/85 y viene también regulada en el TRLCSP, no existiendo impedimento alguno para que la citada clasificación sea totalmente aplicable al supuesto autonómico invocando el art. 85.2 de la LBRL, y los arts. 8.1 y 277 del TRLCSP.

Se indica que el TRLCSP no contempla como fórmula de gestión indirecta la concesión demanial directa de los arts. 93.1 y 137.4 de la Ley 33/03.

Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Se plantea como primera cuestión litigiosa en este proceso si la recurrente puede ser beneficiaria de la exención prevista en el art. 21.2 del RD Leg 2/04 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, según el cual, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales no estarán obligados al pago de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la defensa nacional (en los mismos términos el art. 7 de la Ordenanza Fiscal 3.53).

La expresión contenida en el precepto en el sentido de que "exploten directamente" equivale a "gestión directa" del servicio público, siguiendo el criterio de la sentencia del TSJ del País Vasco de 29-11-01. Señala esta sentencia que la Administración puede gestionar el servicio público bien directamente, como organización especializada, mediante la creación de un organismo autónomo o creando sociedades públicas, sometidas al derecho mercantil y participadas en su totalidad o mayoritariamente por ella, bien indirectamente, mediante concesión. Sigue dicha sentencia que en el caso enjuiciado en la misma el sistema elegido por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco es la gestión directa a través de una sociedad pública por ella participada en su integridad, por lo que está incluida en la exoneración del pago de precio público a que se refiere la norma foral aplicada (el art. 46 de la Norma Foral de Guipúzcoa 11/89 establecía que no estarán obligadas al pago de precios públicos las Administraciones Públicas por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la defensa.)

El art. 41 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que se entenderá por gestión directa la que para prestar los servicios de su competencia realicen las Corporaciones Locales por sí mismas o mediante Organismo exclusivamente dependiente de ellas. Y el art. 85.2 de la Ley 7/85 previene que los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas: A) Gestión directa: d) Sociedad Mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.



Por tanto la gestión directa de los servicios se presta a través de la propia organización o a través de un control completo económico del gestor, sin que la intervención privada controle parcela de decisión alguna. Señala la sentencia del TS de 24-6-03 que la realidad es que las sociedades mercantiles constituidas por la Administración como socio único, se hallan más cerca de la fundación de un servicio público que de una figura asociativa y añade que externamente estas sociedades mercantiles se relacionan con los usuarios bajo formas jurídicas propias del derecho privado, pero en cambio internamente actúan casi como un órgano del ente público.

En el presente caso, el objeto de la sociedad recurrente según el art. 2 de sus estatutos (folio 23 de la causa) es el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros de conformidad con lo dispuesto en la Legislación General de Telecomunicaciones. El art. 5 de los Estatutos previene (folio 24 de la causa) que la sociedad es un medio propio de la Administración del Principado de Asturias, dado que se encuentra bajo el control de la misma, que tiene el 100% de su capital, y nombra a la totalidad de los miembros de sus órganos de gestión y el art. 6 añade que la sociedad puede recibir, dada su condición de medio propio de la Administración del Principado de Asturias, encomiendas de gestión para realizar distintas tareas por parte del Principado, cuya regulación se excluye de la Ley 30/07, de Contratos del Sector Público (LCSP) en virtud de lo dispuesto en su art. 4.1.n). El régimen de las encomiendas de gestión será el que establezca en cada caso la Administración del Principado de Asturias.

En consecuencia, la Administración del Principado de Asturias lleva a cabo la gestión directa del servicio de establecimiento y explotación de la red pública de telecomunicaciones del Principado de Asturias, a través de la recurrente, mero ente instrumental de la misma y por ello incluida en la exención prevista en el art. 21.2 del RD Leg 2/04.

Se alega por la Administración demandada que el Principado de Asturias realizó por Acuerdo de Gobierno la concesión demanial de la gestión y explotación de la red Asturcón de fibra óptica a la empresa GIT; y que no la está explotando directamente el Principado de Asturias, sino a través de una concesión administrativa demanial la mencionada empresa.

Figura incorporado a la causa (folios 346 y ss.) el acuerdo de 14-3-08 que otorga directamente la concesión demanial de la Red de Banda Ancha en las Comarcas Mineras a la empresa pública Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias S.A. (GIT).

Sin embargo, el otorgamiento de esta concesión demanial no significa que la Administración autonómica realice una gestión indirecta en la explotación de dicha red de banda ancha.



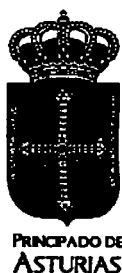
La gestión indirecta de los servicios se caracteriza porque en ella intervienen los particulares y el riesgo de la empresa se desplaza al gestor.

El art. 85.2.B) de la Ley 7/85 prevé la gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Según el art. 277 del RD Leg 3/11 la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

Ciertamente no es esta la concesión otorgada por la Comunidad Autónoma a la recurrente que por ser un ente instrumental de aquella se encuentra bajo el control total de la misma. Y en este sentido el art. 8.2 del RD Leg 3/11 establece que las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato (de gestión de servicios públicos) no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública. Y es que como ya hemos señalado, cuando la Administración constituye una sociedad mercantil con capital íntegramente público para realizar la gestión de un servicio se trata de una modalidad de gestión directa, al estar realizada por un ente exclusivamente dependiente de ella.

La concesión demanial realizada en la resolución de 14-3-08, lo es al amparo del art. 93 de la Ley 33/03 del Patrimonio de las Administraciones Públicas y no implica una gestión indirecta de la explotación de las redes públicas de banda ancha, en cuanto tal concesión no supone la cesión a un tercero de la gestión y control de dicho servicio, a su riesgo y ventura, sino que la gestión del servicio permanece en manos de la Administración que la lleva a cabo a través de una sociedad anónima de su propiedad, que actúa como instrumento de la Administración matriz: el fin o servicio para cuya gestión se crea el ente instrumental es un fin o servicio propio de la Administración autonómica, cuya titularidad ésta mantiene y no transfiere a la sociedad, formando Administración y Sociedad un complejo orgánico unitario.

En consecuencia, la concesión demanial concedida no desvirtúa la forma de gestión, directa, que utiliza la Administración para la explotación de las redes públicas de acceso a banda ancha, propiedad del Principado de Asturias y por ello la recurrente resulta beneficiaria de la exención prevista en el art. 21.2 del RD Leg 2/04, lo que ha de conllevar la estimación del recurso interpuesto.



TERCERO: En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA no procede su imposición habida cuenta de la controversia jurídica existente



entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña ^{LOPD} en nombre y representación de la entidad Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias S.A.U. contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo del Ayuntamiento de Gijón de 31-7-13 debo anular y anulo dicha resolución por no ser la misma conforme a derecho; sin costas.

La presente sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

**NOTIFICADO Y
11 SET. 2014
TRASLADO**

