

A/A Excmo. Sr. D. Avelino Viejo Fernández  
Síndico Mayor  
PLAZA DE RIEGO, 5 - 33003 OVIEDO

Oviedo, a 10 de mayo de 2018

Estimado Sr.:

SINDICATURA DE CUENTAS  
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS  
REGISTRO GENERAL  
11/05/2018 11:48  
ENTRADA Nº: 2018/515

Se adjuntan alegaciones al *Informe Provisional de Fiscalización de seguimiento de recomendaciones y observaciones contenidas en los informes del resto del sector público autonómico del Principado de Asturias* recibido el día 24 de abril de 2018.

Asimismo, quedamos a su disposición para facilitarle cualquier aclaración o dato complementario que precise.

Atentamente,

Fdo.:

GIT

Luis González Fernández  
Director General.

**Principado de Asturias**  
GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES  
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, S.A. CIF.: A74177221

Anexo: Alegaciones GIT

**ALEGACIONES DE LA SOCIEDAD GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, S.A., AL INFORME PROVISIONAL CORRESPONDIENTE A LA FISCALIZACIÓN DEL SEGUIMIENTO DE RECOMENDACIONES Y OBSERVACIONES CONTENIDAS EN LOS INFORMES DEL RESTO DEL SECTOR PÚBLICO AUTÓNOMICO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.**

En relación con el Informe Provisional correspondiente a la *fiscalización del seguimiento de recomendaciones y observaciones contenidas en los informes del resto del sector público autonómico del Principado de Asturias*, en el **Apartado IV.3.2. Recomendaciones del Informe de Fiscalización del GIT**, se señala que:

*"De las tres recomendaciones evaluadas relativas al GIT (codificadas en el Anexo I con los números 26 a 28) se han aplicado en un 66,67% y una no ha sido aplicada por no ser compartida. (...)"*

Tal recomendación no compartida es la número 26 del Anexo I:

*"La sociedad debe modificar sus estatutos para dejar de calificarse como medio propio de la Administración".*

Esta cuestión ha sido abordada en diversos informes de la Sindicatura, principalmente en los de Fiscalización extraordinaria de las Sociedad en el período 2006-2013 y en el de Fiscalización de las encomiendas del Principado de Asturias en el ejercicio 2013.

En ambos casos, GIT presentó alegaciones defendiendo su condición de *medio propio* de la Administración del Principado de Asturias dado que la Sociedad ha venido entendiendo que cumplía con los requisitos requeridos para ello conforme a la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público (artículos 4.1. n) y 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

No obstante los criterios interpretativos divergentes, es pacífico que GIT cumple el requisito del **control análogo** por parte del poder adjudicador encomendante y también el **requisito formal** al figurar esta condición de medio propio recogida en los Estatutos sociales de GIT. Además, la **totalidad del capital social** es propiedad del Principado de Asturias lo que no permite duda alguna respecto al cumplimiento de este requisito.

El aspecto que resulta controvertido es la diferente interpretación que la Sindicatura y GIT dan al requisito que exige realizar la *parte esencial de la actividad* de la Sociedad para el poder adjudicador del que dependa el medio propio.

La Sindicatura defiende, en contra - a juicio de GIT- de la interpretación unánime de la Jurisprudencia comunitaria y de la doctrina del Tribunal de Cuentas, que tal actividad se ha de identificar únicamente con el origen de los ingresos de la Sociedad de manera que los que derivan de la gestión y explotación de la Red ASTURCÓN y que GIT recibe en atención a su condición de ente constituido por el Principado de Asturias a tal fin impiden su caracterización como medio propio del Principado de Asturias.

En contraposición a esta interpretación de la Sindicatura de Cuentas, **GIT considera que** toda su actividad (y no solo la parte esencial) se realiza para el Principado de Asturias ya que la Sociedad fue creada, precisamente, para que la Administración pudiera gestionar y explotar sus redes públicas de telecomunicaciones<sup>1</sup> conforme a los requisitos fijados en la correspondiente legislación sectorial

<sup>1</sup> Según el Anexo II de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones –apartado 32 – se entiende por **Red Pública de Telecomunicaciones** *"la que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación*

PSC  
Palpoca

(principalmente, la Ley General de Telecomunicaciones: 32/2003, de 3 de noviembre, en el momento de la creación de la sociedad, y la actual Ley 9/2014, de 9 de mayo, así como la Circular 1/2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- CNMC-).

Así, los Estatutos de GIT, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley<sup>2</sup> que autoriza la creación de la Sociedad, disponen que su **objeto social** consiste en *“el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. A este respecto, la empresa explotará, al menos, las redes públicas de reemisores y repetidores y de acceso a banda ancha propiedad del Principado de Asturias.”*

Por su parte, el **artículo 9 de la LGTel** (Ley 9/2014, de 9 de mayo) dispone que una Administración Pública sólo podrá instalar y explotar redes públicas de comunicaciones electrónicas o prestar servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros a través de entidades o sociedades que tengan entre su objeto social o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. También que tales entidades habrán de tener la condición de operadores controlados directa o indirectamente por la Administración Pública correspondiente. Es decir, en la ley se establecen, tal y como recoge su Preámbulo, condiciones estrictas para la existencia de operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas para evitar distorsiones a la competencia que pudieran derivarse de la participación de operadores públicos en el mercado de comunicaciones electrónicas. Y, además, se excluye la posibilidad de que las administraciones actúen en este ámbito a través de sus servicios no personalizados impidiendo que puedan estar inscritas en el Registro de Operadores desde el 11 de mayo de 2015 conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda (*“Adaptación de los operadores controlados directa o indirectamente por Administraciones Públicas al régimen previsto en el artículo 9”*).<sup>3</sup>

Esta interpretación del concepto de *“actividad esencial”* defendida por GIT está refrendada por la Jurisprudencia comunitaria (de donde surge el concepto de contratación *“in house”* o doméstica) de forma especialmente clara en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 2006 dictada en el Asunto C-340/04, **“Sentencia Carbotermo”**, apartados 64 y 65:

*“En cuanto al problema de si, en este contexto, procede tomar en consideración únicamente el volumen de negocios realizado con el ente territorial que controla a la empresa o el realizado en el territorio de dicho ente, procede afirmar que el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones.*

*En efecto, las actividades de la empresa adjudicataria que procede tomar en consideración son todas las que la dicha empresa realiza en el marco de una adjudicación efectuada por el poder adjudicador, y ello con independencia de la identidad del beneficiario, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios.*

---

*de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red”.*

<sup>2</sup> Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2005.

<sup>3</sup> La CNMC ratificó este punto de la LGTel en su **Resolución CNS/D TSA/1460/14/Gestión Red ASTURCIÓN** de 11 de diciembre de 2014 emitida en respuesta a la consulta formulada por el Principado de Asturias en cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 26 de la Ley 1/2013, de 24 de mayo, de medidas de reestructuración del sector público autonómico.

*Carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa<sup>4</sup>, ya sea el ente territorial que la controla, ya los terceros usuarios de los servicios prestados en virtud de concesiones o de otras relaciones jurídicas establecidas por dicho ente territorial.”*

Igualmente, el Tribunal de Cuentas en su Informe de *Fiscalización de la actividad de Ingeniería y Economía del Transporte, S.A., como medio propio y servicio técnico y como empresa asociada en el marco de la normativa de contratación aplicable a la empresas estatales (Real Decreto Legislativo 3/2011 y Ley 31/2007<sup>5</sup>* entiende que:

*(...) “[H]ay que tener en cuenta, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, que el poder adjudicador o entidad contratante para quien el medio propio o empresa asociada realiza la actividad puede no ser quien la financie<sup>6</sup>. Por ello, a efectos de verificar el cumplimiento del requisito de volumen de actividad se ha tenido en cuenta la entidad que realiza el encargo y no quien la financia.”*

Como refuerzo de esta argumentación, la vigente Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017, incorpora en la Disposición Adicional cuadragésima un régimen para determinar el cumplimiento del requisito que estamos analizando -la realización de la parte esencial de la actividad del medio propio para el encomendante<sup>7</sup>- respecto de los operadores públicos del sector de las telecomunicaciones:

*“Disposición Adicional cuadragésima. Operadores públicos del sector de las telecomunicaciones.*

*En los supuestos de ejecución directa por la Administración Pública de prestaciones en el área de las telecomunicaciones a través de medios propios personificados<sup>8</sup>, en orden a la valoración del cumplimiento del requisito contemplado en el artículo 32.2.b), se procederá a detraer del volumen global de negocios del ente destinatario del encargo las cantidades correspondientes a la actividad realizada como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones impuestas por razones de interés general en su condición de operador público por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y normativa de desarrollo.*

*En todo caso, el medio propio del que pretenda valerse una Administración Pública cuando esta última ostente un control análogo sobre el primero al que ejercería sobre sus propios servicios, deberá realizar la parte esencial de su actividad para esta Administración Pública.”*

Así, para el cómputo del volumen de negocios –criterio de la Sindicatura- no se tendrán en cuenta los ingresos obtenidos por GIT en su condición de gestor de la Red, por lo que, conforme a los datos que obran en esa Sindicatura (Cuentas Anuales de todos los ejercicios) el requisito de la realización de la parte esencial de la actividad para el poder adjudicador encomendante se cumple en todos los ejercicios resultando la recomendación nº 26 de su Informe de todo punto improcedente.

La actividad de GIT está, pues, vinculada de forma exclusiva a su administración matriz ya que gestiona y explota la Red ASTURCÓN en nombre del Principado de Asturias tal y como ha entendido también la Sentencia 146/2014, de 5 de septiembre de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-

<sup>4</sup> El resaltado es nuestro.

<sup>5</sup> Informe nº 1116, de 29 de octubre de 2015 (páginas 17-18).

<sup>6</sup> El resaltado es nuestro.

<sup>7</sup> Actual artículo 32.2.b) de la LCSP.

<sup>8</sup> El resaltado es nuestro.

Administrativo nº 1 de Gijón que analiza expresamente la naturaleza jurídica de GIT<sup>9</sup>, y dispone que (Fundamento de Derecho 2º, párrafos 5 y 6):

(5) "En el presente caso, el objeto de la sociedad recurrente según el artículo 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 artículo 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 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) en virtud de lo dispuesto en su artículo 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<sup>10</sup>, mero ente instrumental de la misma y por ello incluida en la exención prevista en el art. 21.2 del RD Leg. 2/04."

Aclara también la citada sentencia que "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". Y añade que 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.

**Cabe concluir que:**

- GIT tiene la consideración de operador controlado directamente por la Administración titular de, en este caso, la Red ASTURCÓN, por lo que resulta ser el instrumento adecuado para la gestión y explotación de la citada red a los efectos de la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones (art. 9 LGTel 9/2014, de 9 de mayo).
- Desde su creación autorizada por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 2005, GIT ha sido el instrumento del Principado de Asturias para la gestión directa de la Red ASTURCÓN conforme a los requisitos legalmente establecidos.
- Toda la actividad y los ingresos generados por la misma responden a la gestión directa que GIT realiza en atención a su relación con el Principado, la Administración que la creó de

<sup>9</sup> También el **Tribunal Supremo** tuvo ocasión de estudiar la naturaleza jurídica de GIT en la Sentencia de 9 de diciembre de 2013 (Recurso de casación 5812/2011) en la que se refrendó al **Tribunal Superior de Justicia de Asturias** desestimando el Recurso interpuesto por SES ASTRA y señalando que: "GIT es, ciertamente, una empresa pública integrada en el sector público asturiano, que sirve de instrumento a la Administración autonómica para los fines que constituyen el objeto social que le asignó el legislador del Principado. Es un medio propio de la misma, pero no forma parte de esta Administración y tiene en sus estatutos y en el ordenamiento jurídico privado las principales normas de actuación" (Fundamento de Derecho 7º).

<sup>10</sup> El resaltado es nuestro.

manera expresa para dicho fin, actuando como un mero intermediario entre el titular de la red pública y los operadores que, a su vez, luego prestan servicios a terceros.

- Tanto la jurisprudencia comunitaria (Sentencia Carbotermo) como el Tribunal de Cuentas (Informe 1116) interpretan que carece de importancia la cuestión meramente formal de quién remunera a la empresa, ya sea el ente territorial que la controla, ya los terceros usuarios de los servicios prestados, siendo lo relevante a estos efectos quién realiza el encargo y no quién la financia.
- Como colofón, la vigente LCSP incorpora la Disposición Adicional 40ª especialmente destinada a fijar el régimen de aplicación del requisito de la actividad esencial a los operadores públicos de telecomunicaciones disponiendo que en tal caso los ingresos percibidos consecuencia de la aplicación del artículo 9 de la LGTel –caso de GIT- no se computen para el cálculo del volumen anual de negocios.
- GIT reúne, pues, todos los requisitos para ser considerada medio propio de la Administración del Principado de Asturias por lo que la recomendación nº26 de la Sindicatura no resultaría aplicable a la Sociedad.

A la vista de todo lo anterior, se solicita de esa Sindicatura la eliminación de la Recomendación nº26 por no resultar de aplicación a GIT.

Atentamente,

Fdo.:



**GIT**  
Principado de Asturias  
GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES  
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, S.A. CIF.: A74177221

**GIT**  
Luis González Fernández  
Director General

\*\*\*