
INFORME DEFINITIVO DE FISCALIZACIÓN

**SOBRE LA EMPRESA PÚBLICA GESTIÓN
DE INFRAESTRUCTURAS DE
TELECOMUNICACIONES DEL
PRINCIPADO DE ASTURIAS, SA**

EJERCICIOS 2006-2013



Sindicatura de Cuentas
del Principado de Asturias

El Consejo de la Sindicatura de Cuentas en ejercicio de su función fiscalizadora establecida en el artículo 6 de la Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, ha aprobado en sesión de 15 de julio de 2015 el Informe Definitivo de Fiscalización sobre la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, SA. Asimismo ha acordado su elevación a la Junta General para su tramitación parlamentaria y su remisión a las entidades objeto de fiscalización, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley de la Sindicatura de Cuentas.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	8
I.1. Iniciativa de fiscalización	8
I.2. Ámbito.....	8
I.2.1. Ámbito Subjetivo	8
I.2.2. Ámbito Temporal.....	8
I.3. Objetivos y Alcance.....	8
I.4. Marco normativo	9
I.5. Trámite de alegaciones.....	10
II. CONCLUSIONES	11
III. RECOMENDACIONES	13
IV. EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES	14
V. GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE COMUNICACIONES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, SA	18
V.1. Régimen jurídico	18
V.2. Marco contable.....	19
V.3. Revisión financiera	20
V.3.1. Balance de situación.....	20
V.3.2. Cuenta de pérdidas y ganancias.....	22
V.3.3. Ratios.....	23
V.3.4. Auditorías externas.....	24
VI. ANÁLISIS DE LEGALIDAD	25
VI.1. Constitución de la sociedad	25
VI.2. Calificación de medio propio	25
VI.2.1. Análisis individual en el caso de GIT	26
VII. INGRESOS	33
VII.1. Subvenciones recibidas.....	33
VII.2. Préstamo recibido de la APA.....	34
VIII. PERSONAL	36
VIII.1. Revisión de la forma de acceso del personal.....	38
VIII.2. Medidas salariales	39
VIII.2.1. Variaciones de la masa salarial de la plantilla	39
VIII.2.2. Supresión de la paga extra de 2012	41
IX. CONTRATACIÓN	42
IX.1. Régimen contractual aplicable	42
IX.2. Contratos adjudicados por GIT	44
IX.2.1. Fases de preparación y adjudicación	44
IX.2.2. Fase de ejecución	48
IX.3. Encomiendas de gestión	48

IX.3.1. Contratación con terceros	52
X. HECHOS POSTERIORES	54
X.1. Sector de las telecomunicaciones	54
X.2. Continuidad de la sociedad	54
X.2.1. Contenido de la respuesta de la CNMC	55
X.3. Normativa sobre empresas públicas.....	57

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
AC	Activo corriente
ANC	Activo no corriente
APA	Administración del Principado de Asturias
BAIT	Beneficio antes de intereses e impuestos
BAT	Beneficio antes de impuestos
BDIT	Beneficio después de intereses e impuestos
CA/CCAA	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CNMC	Comisión Nacional de Mercados y Competencia
CPD	Centro de Proceso de Datos
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
EAPA	Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
Ej.	Ejercicio
FM	Fondo de maniobra
GIT	Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, SA
JCCAIE	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
JGPA	Junta General del Principado de Asturias
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LGT	Ley General Tributaria
LGTel	Ley General de Telecomunicaciones
LPAP	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPGPA	Ley de Presupuestos Generales del Principado de Asturias
LRJPA	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias
LRJPAC	Ley Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común
LSC	Ley de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias
Mbps	Megabit por segundo
Núm.	Número
ORECE	Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas

PA	Principado de Asturias
PC	Pasivo corriente
PCAP	Pliego de Clausulas Administrativas Particulares
PGC	Plan General Contable
PN	Patrimonio neto
PNC	Pasivo no corriente
PPT	Pliego de Prescripciones Técnicas
RAC	Registro anual de contratos
RD	Real Decreto
RSPA	Sujetos del Sector Público Autonómico que no forman parte de la Cuenta General del Principado
SA	Sociedad Anónima
SARA	Sujetos a regulación armonizada
SAU	Sociedad Anónima Unipersonal
SC	Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias
SESPA	Servicio de Salud del Principado de Asturias
SPA	Sector Público Autonómico
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TDT	Televisión digital terrestre
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRAGSA	Transformación Agraria, SA
TRLSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TRREPPA	Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias
UE	Unión Europea
Var. Abs	Variación absoluta

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Iniciativa de fiscalización

A la SC en el ejercicio de su función fiscalizadora y de conformidad con lo establecido en el artículo 6 b) de la LSC, le incumbe el examen, comprobación y fiscalización de las cuentas de los demás sujetos integrantes del Sector Público Autonómico.

La JGPA el 17 de marzo solicitó, conforme al artículo 12.2 de la LSC, el ejercicio de la función fiscalizadora respecto de las cuentas y la contratación realizada en la empresa pública Gestión de Infraestructuras Públicas de Comunicaciones del Principado de Asturias, SA, (en adelante GIT) con especial referencia a la contratación del personal.

El Consejo de la SC en su reunión de 31 de marzo de 2014 acordó modificar el Programa Anual de Fiscalizaciones para el año 2014 incluyendo en el mismo el Informe de Fiscalización sobre la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, SA.

I.2. Ámbito

I.2.1. Ámbito Subjetivo

Según lo establecido en el Programa de Fiscalización para el ejercicio 2014, compone el ámbito subjetivo de la presente fiscalización la empresa pública GIT.

I.2.2. Ámbito Temporal

La fiscalización realizada abarca desde el ejercicio de creación de la sociedad, 2006, hasta el ejercicio 2013, sin perjuicio de que cuando se haya considerado necesario hayan podido ser objeto de análisis transacciones acaecidas con anterioridad o posterioridad a dicho ejercicio, con el fin de delimitar los antecedentes que dieron lugar a transacciones u operaciones vigentes en los ejercicios fiscalizados o, en su caso, comprobar el desenlace de las mismas ocurrido en ejercicios posteriores.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los Principios y Normas de Auditoría del Sector público, también han podido ser objeto de análisis las operaciones acontecidas hasta la fecha de finalización de los trabajos y emisión del Informe Provisional, enmarcando dichas actuaciones en el análisis de los hechos posteriores.

I.3. Objetivos y Alcance

Los objetivos generales de la fiscalización han sido los siguientes:

- Clarificar la naturaleza y actividad de la sociedad y la forma de llevar a cabo ésta desde su origen hasta el momento actual.
- Examinar la contratación realizada en el periodo por la sociedad y verificar la legalidad de las encomiendas de gestión recibidas del PA.

- Verificar la forma de acceso del personal de la empresa pública y su adecuación a la legalidad.

Este trabajo de fiscalización constituye una auditoría de cumplimiento no constituyendo por tanto el objetivo la realización de una auditoría financiera ni de una auditoría operativa, realizándose el mismo conforme a los Principios y Normas de Auditoría del Sector Público.

Los datos del cuerpo de este Informe figuran en euros sin decimales y por lo tanto las sumas de los sumandos de cada columna pudiera no coincidir exactamente con el total reflejado consecuencia de despreciar visualmente las fracciones decimales.

I.4. Marco normativo

La normativa aplicable a esta fiscalización está constituida, fundamentalmente, por las siguientes disposiciones:

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Ley del Principado de Asturias 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.
- Ley del Principado de Asturias 6/2004, de 28 de diciembre, de acompañamiento a los presupuestos generales del ejercicio 2005.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (vigente hasta el 16 de diciembre de 2011).
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

I.5. Trámite de alegaciones

En cumplimiento de lo establecido en los artículos 13 de la LSC y 23.4 de los Estatutos de Organización y Funcionamiento de la SC, se puso en conocimiento de los responsables de GIT el Informe Provisional sobre la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, SA., para que formularan cuantas alegaciones estimasen oportunas y aportasen documentos que entendiesen pertinentes en relación con la fiscalización realizada o, en su caso, para que expusiesen las medidas que hubieran adoptado o tuvieran previsto adoptar respecto a las recomendaciones formuladas en dicho Informe Provisional por esta SC.

Todas las alegaciones formuladas han sido examinadas y valoradas suprimiéndose o modificándose el texto en aquellos casos en que se comparte lo indicado en las mismas. En otras ocasiones, el texto inicial no se ha alterado por entender que las alegaciones remitidas son meras explicaciones que confirman la situación descrita en el Informe, porque no se comparte la exposición o los juicios en ellas vertidos o porque no se justifican documentalmente las afirmaciones mantenidas. En todo caso, el resultado definitivo de la fiscalización es el expresado en los posteriores apartados de este Informe, con independencia de las consideraciones que pudieran haberse manifestado en las alegaciones.

II. CONCLUSIONES

Tras el trabajo de fiscalización realizado, se han alcanzado las conclusiones que se exponen a continuación:

A) *Sobre la naturaleza y actividad de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, SA (epígrafes VI y VII)*

1. Desde el 28 de abril de 2008 hasta el año 2011, la sociedad cumple todos y cada uno de los requisitos para ser considerado como medio propio y servicio técnico de la Administración del Principado de Asturias.
2. Desde el ejercicio 2012, la sociedad es un ente instrumental de la Administración del Principado pero no cumple todos y cada uno de los requisitos para ser considerado medio propio de la misma por lo que no puede denominarse como tal.
3. El Principado de Asturias debió instar el reintegro de la subvención otorgada a la sociedad en el año 2009, por importe de 167.783 euros, ya que el importe de la misma era superior al resultado negativo realmente producido.
4. Las facturas abonadas mediante el préstamo recibido de la Administración del Principado de Asturias cumplen con los requisitos impuestos por el Mecanismo del Plan de Pago a Proveedores.

B) *Sobre el personal de la empresa pública (epígrafe VIII)*

1. El personal contratado accedió a la empresa cumpliéndose el principio de publicidad. Sin embargo no queda acreditado ante esta Sindicatura el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad.
2. Se externaliza el asesoramiento jurídico a través de contratos menores lo que contradice el artículo 23 del TRLCSP conforme al cual la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.
3. En el ejercicio 2009, el total facturado por la asesoría jurídica externa supera los límites establecidos para la contratación menor lo que supone indicios de un fraccionamiento indebido según la normativa contractual.
4. Se ha comprobado la variación de las masas salariales de los empleados entre mayo de 2010 y diciembre de 2010 resultando que, a excepción del Director General, la variación entre ambas nóminas fue nula. En el caso del Director General se produjo un ascenso entre mayo y diciembre del 6,72 % para luego aplicar la reducción indicada por el Real Decreto-ley 8/2010, del 8,82 %, con lo que resultó una disminución global del 2,69 %.
5. Al personal de la sociedad se le redujo una catorceava parte de las retribuciones brutas en cumplimiento del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

C) Sobre la contratación realizada por la sociedad y las encomiendas de gestión recibidas del Principado de Asturias (epígrafe IX)

1. De los cinco contratos analizados por procedimiento negociado consta la existencia de negociación en uno de ellos.
2. En ninguno de los contratos por procedimiento negociado se obtuvieron mejores condiciones a las ofertadas inicialmente.
3. El contrato relativo al pre cableado de edificios e instalaciones de usuarios de la Red Asturcón, (contrato número 2), se adjudicó y modificó en dos ocasiones en un periodo de tres meses. Por el importe total debió licitarse un contrato por procedimiento abierto en lugar de utilizar un procedimiento negociado lo que conculca los principios de publicidad y concurrencia.
4. En el contrato número 2, no constan certificaciones de obra, ni acta de recepción parcial ni final de las obras contratadas.
5. La liquidación del contrato número 4 supone un aumento del 17,85 % del precio de adjudicación no habiendo acto alguno de modificación del mismo.
6. La sociedad contrata con terceros de media el 80,05 % de la ejecución de las encomiendas recibidas, lo que denota la carencia de medios para dar cobertura a los encargos, actuando ésta como un simple intermediario para la entidad que demanda la prestación, orillando el régimen de contratación legalmente previsto.
7. Tras abril de 2008, el régimen económico de las encomiendas es el de tarifas, respetándose éstas en todas las analizadas.

III. RECOMENDACIONES

A la vista de lo expuesto en el cuerpo de este Informe, esta Sindicatura de Cuentas formula las siguientes recomendaciones:

A) *Sobre la naturaleza y actividad de la sociedad*

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

B) *Sobre la contratación realizada por la sociedad y las encomiendas de gestión recibidas del Principado de Asturias*

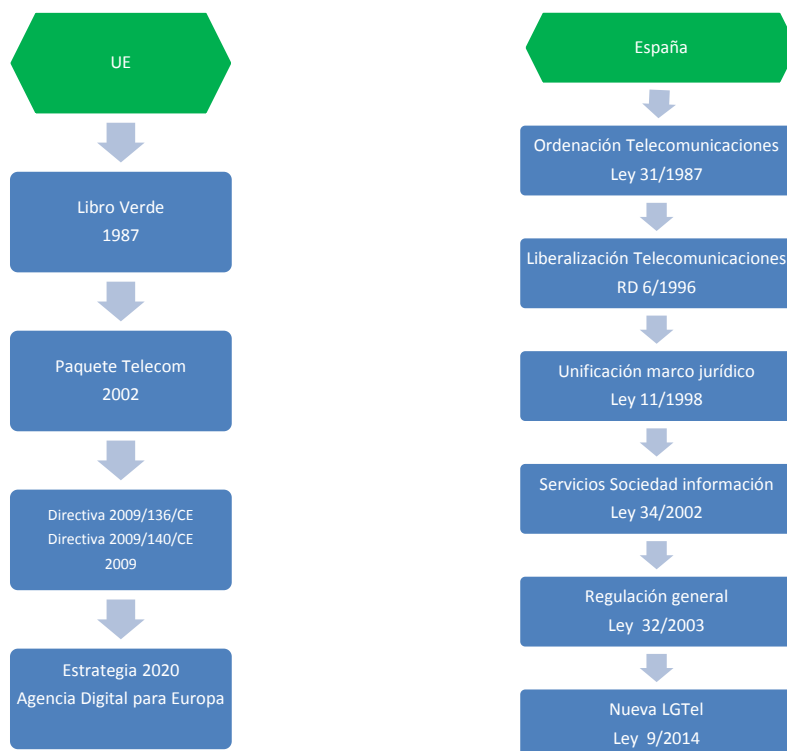
En relación al procedimiento negociado, si bien no existe pronunciamiento al respecto en la normativa legal vigente, la negociación no debe basarse principal o exclusivamente en el precio del contrato, sino que debería realizarse sobre aspectos cualitativos de la ejecución contractual, cuya negociación puede lógicamente afectar a la formulación del precio inicialmente ofertado.

C) *Sobre el personal de la empresa pública*

Si bien no es de aplicación el artículo 60 del Estatuto Básico del Empleado Público, debería extremarse la diligencia a la hora de contratar personal al servicio de este tipo de entidades, que forman parte, en definitiva, del sector público.

IV. EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

El sector de las telecomunicaciones es competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.21 de la CE. Sin embargo la evolución de su regulación está íntimamente relacionada con la incorporación de nuestro país a la entonces CEE en 1986:



Históricamente este sector era un monopolio natural. El monopolio es una estructura de mercado en la que existe un único vendedor del producto intercambiado, para el que no existen sustitutivos cercanos contribuyendo a que su demanda sea inelástica, lo que otorga poder de mercado a la hora de fijar el precio.

Los monopolios naturales nacen en industrias con altos costes de capital en relación a los costes variables y al tamaño del mercado, generando grandes barreras de entrada; el coste de capital es tan alto que para una segunda compañía deja de ser viable económicamente ingresar al mercado y competir con la primera. En la vasta mayoría de las industrias, el coste marginal disminuye debido a las economías de escala. Un monopolio natural tiene una estructura de costes distinta, con enormes costes fijos, pero costes marginales constantes y pequeños.

Al objeto de corregir esta situación de ineficiencia, el Estado puede regular el monopolio natural favoreciendo la eficiencia productiva (costes medios a largo plazo decrecientes) y redistribuyendo los resultados extraordinarios consecuencia de la ineficiencia económica (precio superior al coste marginal).

En el sector de las telecomunicaciones esta situación de monopolio natural se mantuvo hasta 1987. La publicación por la Comisión Europea del "Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones" supuso un punto de inflexión, al configurar las telecomunicaciones como un servicio

universal. Dicho concepto abarca un conjunto de servicios básicos de comunicaciones electrónicas cuya prestación se garantiza a todos los usuarios que lo soliciten, independientemente de su localización geográfica, con una calidad especificada y a un precio asequible.

En este Libro verde se proponía por tanto una ruptura parcial de dicho monopolio y una separación entre los servicios de telecomunicaciones que hasta entonces se ofrecían, todos ellos asociados entre sí al servicio telefónico y a su red. Esta separación permitió comenzar a distinguir entre redes y servicios básicos y otras redes, equipamientos y servicios. Dentro de esta segunda categoría, podía, en algunos casos, actuarse en régimen de libre competencia. Establecía el Libro verde, asimismo, una serie de principios y criterios para la liberalización de los servicios de telecomunicaciones en los países de la UE en años sucesivos.

En paralelo con el Libro verde y de acuerdo con los principios recogidos en él, se aprobó en España en el mismo año la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que, como su propio preámbulo señalaba, supuso el primer marco jurídico básico de rango legal aplicable al sector de las telecomunicaciones y el inicio del proceso liberalizador en nuestro país.

Posteriormente se llevaron a cabo sucesivas adaptaciones de dicha ley, bien por medio de modificaciones expresas de ésta o bien como consecuencia de la aprobación de leyes sectoriales que establecieron un régimen jurídico distinto para determinados ámbitos concretos.

La aprobación del RD 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, propició la creación de un segundo operador al otorgar al ente público Retevisión el título habilitante para la prestación del servicio final de telefonía básica, iniciándose una nueva etapa en la prestación del servicio tras el proceso de enajenación de la participación del Estado en la Compañía Telefónica Nacional de España con lo que desaparece el monopolio que ésta ostentaba.

Seguidamente, en 1998, se aprobó la Ley General de Telecomunicaciones que sustituyó a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 y estableció un marco jurídico único liberalizando el sector al disminuir el control administrativo que sobre él existía y garantizando el denominado servicio universal.

Entretanto en la UE se aprobó un «Paquete sobre telecomunicaciones» ideado para refundir el marco regulador de las telecomunicaciones con vistas a hacer más competitivo el sector de las comunicaciones electrónicas. Este nuevo marco regulador estaba integrado por las siguientes normas:

- Directiva marco: Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva de autorización: Directiva 2002/20/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

- Directiva de servicio universal: Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva de acceso: Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión.
- Directiva de intimidad y comunicaciones electrónicas: Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- Decisión del espectro radioeléctrico: Decisión n° 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión del espectro radioeléctrico).

La Comunicación de la Comisión de 29 de junio de 2006, sobre la revisión del marco regulador de las redes sociales y los servicios de comunicaciones electrónicas, efectuó un balance sobre el funcionamiento de las cinco Directivas señaladas concluyendo sobre el interés de seguir ahondando en las necesidades a satisfacer en el sector de las telecomunicaciones tanto para usuarios como para operadores.

En diciembre de 2009 se modificó el «Paquete sobre telecomunicaciones» mediante la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Directiva «Legislar mejor») y la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Directiva «Derechos de los ciudadanos»), que modificaron las anteriormente referidas directivas.

Asimismo el Reglamento (CE) n° 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, estableció el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina. La función principal del ORECE consiste en asesorar y asistir a la Comisión Europea en el desarrollo del mercado interior, creando a la vez un vínculo entre las Autoridades Reguladoras Nacionales y la Comisión. Además, el ORECE debe servir como órgano de reflexión, debate y asesoramiento para el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Por tanto, el ORECE debe prestar asesoramiento al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, bien a petición de estos o bien por propia iniciativa.

El “Paquete sobre telecomunicaciones” incluye el concepto de servicio universal, que supone que la conexión a la red telefónica debe permitir la transmisión de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional al servicio de internet, la libre competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la defensa de la competencia y la introducción de mecanismos correctores para garantizar la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio.

Como medio de incorporación al ordenamiento jurídico español del contenido de la normativa comunitaria citada se promulgaron la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General del Telecomunicaciones.

La LGTel simplificó la regulación hasta entonces vigente pretendiéndose la existencia de una norma legal que garantizase los principios básicos ya expuestos, pero que, a la vez, aportara la necesaria flexibilidad para un texto con vocación de permanencia. Para ello se profundizó en los principios de libre competencia y mínima intervención administrativa. Esta ley ha sido objeto de diversas modificaciones tendentes a garantizar la aparición y viabilidad de nuevos operadores, la protección de los derechos de los usuarios y la supervisión administrativa de aquellos aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia.

Entre las modificaciones efectuadas, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible incluye, entre otras medidas y como parte integrante del servicio universal, una conexión que permita comunicaciones de datos de banda ancha a una velocidad de 1 Mbit por segundo.

En el mismo año se aprueba la Orden ITC/2331/2011, de 17 de noviembre, por la que se resuelve la licitación convocada y se designa a la Compañía Telefónica de España SAU como operador encargado de la prestación de los elementos integrantes del servicio universal. La designación comprende un período de cinco años, de 1 de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2016. Tras esta norma el usuario tiene derecho a contar con una línea de conexión a la red con servicio telefónico, con acceso a internet de banda ancha a 1Mbps, o con ambos servicios. También puede obtener la prestación del servicio de internet a la velocidad indicada sobre una línea ya existente.

V. GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE COMUNICACIONES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, SA

V.1. Régimen jurídico

Los estatutos de la sociedad, que acompañan a la escritura de constitución, se componen de 32 artículos distribuidos en 5 capítulos.

En el artículo 1, además de denominar la sociedad, se establece como régimen jurídico los estatutos de ésta y, en lo que no esté determinado en los mismos, las normas vigentes en materia de sociedades anónimas y demás disposiciones legales que, en cada momento sean aplicables (generales, supletorias o especiales), así como por la LPGPA para el año 2005.

La sociedad tiene como objeto social el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios comunicaciones electrónicas a terceros de acuerdo con la legislación general de telecomunicaciones.

Las infraestructuras de telecomunicación comprendidas en el objeto social son las infraestructuras de obra civil y cables de fibra óptica necesarios para construir una red de comunicaciones electrónicas, así como, en su caso, los sistemas de radio que sean complementarios a la misma.

Para el cumplimiento de su objeto social, la empresa puede adquirir y construir las infraestructuras y desarrollar los activos necesarios que podrán formar parte de su patrimonio.

En general y, con carácter no excluyente, la sociedad tiene las siguientes funciones respecto de las infraestructuras, sistemas y servicios de telecomunicaciones del PA:

- Gestión de infraestructuras, sistemas y servicios de telecomunicación cuyo uso le haya sido cedido.
- Coordinar la planificación de las infraestructuras de telecomunicaciones de las diferentes administraciones públicas.
- Elaboración de propuestas de planificación de infraestructuras, sistemas y servicios de telecomunicaciones.
- Mantenimiento de infraestructuras, sistemas y servicios relacionados con las telecomunicaciones.
- Mantenimiento y gestión de las infraestructuras, equipamientos y centros emisores o reemisores necesarios para el transporte y difusión de las señales de radiodifusión y televisión, en tecnología analógica o digital, utilizadas por el Ente Público de Comunicación del Principado de Asturias.
- Diseño de estrategias de futuro en relación con las telecomunicaciones y servicios audiovisuales de difusión.

- Análisis de viabilidad de proyectos que tengan relación con las telecomunicaciones.
- Asesoramiento técnico a las diferentes Administraciones Públicas en la planificación y criterios de despliegue de las infraestructuras de telecomunicaciones.
- Promover la disponibilidad de infraestructuras de telecomunicaciones de calidad y a precios asequibles en el Principado de Asturias para que éstas sean usadas por las administraciones públicas y por los agentes del mercado de forma transparente y no discriminatoria.
- La formación de personal técnico mediante la organización, la promoción de cursos y otras posibilidades de formación para la implantación de sistemas y prestación de servicios.
- Gestionar la explotación de las redes de telecomunicaciones.
- Participación en otras sociedades, lo cual podrá acordarse con las autorizaciones previas legalmente previstas.
- La construcción, implantación y puesta en marcha de cualquier tipo de redes y servicios de telecomunicaciones.
- Realizar los convenios adecuados con las administraciones, instituciones o empresas para conseguir los objetivos establecidos.
- Negociar con los diferentes agentes del mercado intercambios de derechos de uso, de paso o redes. Establecer convenios y contratos con terceros.
- Establecer las condiciones de prestación en alquiler y características técnicas a las diferentes administraciones, cuando sea necesario, o a terceros.
- En general, cualquier actividad comercial o industrial que esté directamente relacionada con estas funciones, y con la explotación de redes y servicios de telecomunicaciones.

Estas funciones pueden ser desarrolladas directamente por la propia sociedad o a través de otras personas físicas o jurídicas.

Para llevar a cabo su actividad, por acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de abril de 2008, se otorga a GIT directamente la concesión demanial de la Red de Banda Ancha de las comarcas Mineras.

V.2. Marco contable

El capítulo IV de los estatutos trata del ejercicio social, las cuentas anuales y la aplicación del resultado.

Como regla general el ejercicio social coincidirá con el año natural y terminará el 31 de diciembre de cada año. El régimen contable será el establecido por el PGC y por el TRLSC.

V.3. Revisión financiera

Se han analizado de manera somera las cuentas anuales de la sociedad desde el ejercicio 2008 al 2013. Se ha considerado como año base el ejercicio 2008 en el análisis de la evolución, ya que fue el primero en el que las cuentas se presentaban de acuerdo con el actual PGC.

V.3.1. Balance de situación

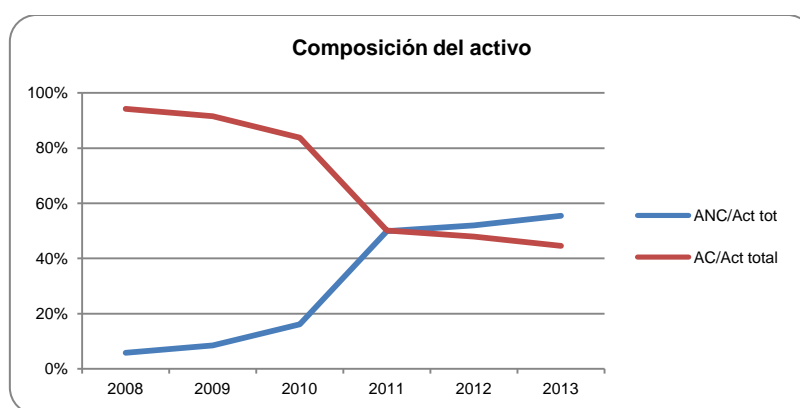
El activo del balance de la sociedad, desde 2008 hasta 2013, se muestra a continuación:

Activo GIT 2008-2013	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Activo no corriente	221.902	1.469.968	2.016.963	2.644.080	2.254.370	2.315.715
Activo corriente	3.623.819	15.888.910	10.460.277	2.654.040	2.080.559	1.859.747
Total activo	3.845.721	17.358.878	12.477.241	5.298.120	4.334.929	4.175.463

La evolución del activo corriente y no corriente, considerando como año base el ejercicio 2008, es la siguiente durante estos ejercicios:

Epigrafe	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Activo no corriente	100,00%	662,44%	908,94%	1.191,55%	1.015,93%	1.043,58%
Activo corriente	100,00%	438,46%	288,65%	73,24%	57,41%	51,32%
Total activo	100,00%	451,38%	324,44%	137,77%	112,72%	108,57%

El peso del activo no corriente y corriente se muestra en el siguiente gráfico:



El 2011 es el ejercicio en que se produce un cambio en la tendencia de la composición del activo que se corrobora al calcular la liquidez de la empresa y su fondo de maniobra:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Liquidez (AC/PC)	91,46%	93,79%	88,03%	63,60%	155,65%	210,83%
FM (AC-PC)	(338.259)	(1.051.838)	(1.422.739)	(1.518.687)	743.875	977.649
Solvencia ((ANC+AC)/(PNC+PC))	97,06%	102,47%	104,38%	124,85%	149,04%	177,25%

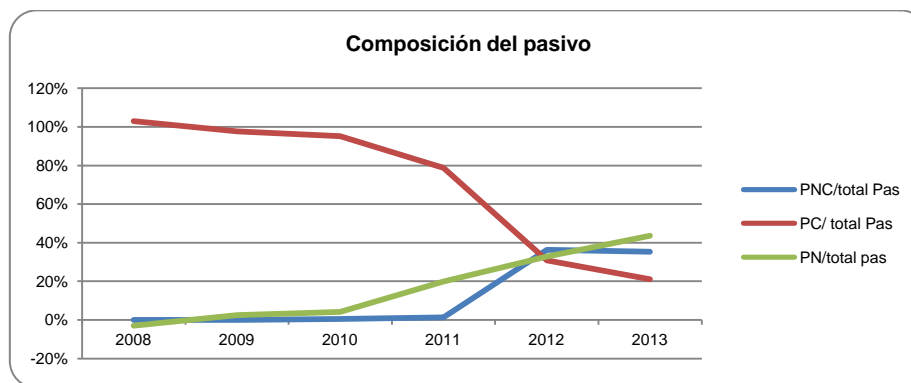
La composición del pasivo en estos ejercicios fue la siguiente:

Pasivo GI 2008-2013	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Patrimonio neto	(116.357)	418.130	523.442	1.054.610	1.426.422	1.819.781
Pasivo no corriente	-	-	70.783	70.783	1.571.823	1.473.584
Pasivo corriente	3.962.078	16.940.748	11.883.016	4.172.727	1.336.684	882.098
Total patrimonio neto y pasivo	3.845.721	17.358.878	12.477.241	5.298.120	4.334.929	4.175.463

La evolución de la composición del pasivo, considerando como año base el ejercicio 2008, se muestra en el siguiente cuadro:

Epígrafe	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Patrimonio neto	100,00%	(359%)	(450%)	(906%)	(1226%)	(1564%)
Pasivo no corriente	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Pasivo corriente	100,00%	427,57%	297,85%	105,32%	33,74%	22,26%

El peso de cada uno de los componentes del pasivo se muestra en el siguiente gráfico:



Se muestra la tendencia a sustituir el exigible a corto por el exigible a largo plazo lo que ha propiciado el aumento del fondo de maniobra. La liquidez de la sociedad, que mide la capacidad de la empresa para hacer frente a sus obligaciones a corto plazo, aumenta desde 2012 debido a la formalización de un préstamo con el PA por importe de 1.571.823 euros dentro del marco del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores. La solvencia, que mide la capacidad de una empresa para hacer frente sus obligaciones de pago, aumenta progresivamente en el periodo considerado, siendo solvente desde 2009.

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Solvencia ((ANC+AC)/(PNC+PC))	97,06%	102,47%	104,38%	124,85%	149,04%	177,25%

V.3.2. Cuenta de pérdidas y ganancias

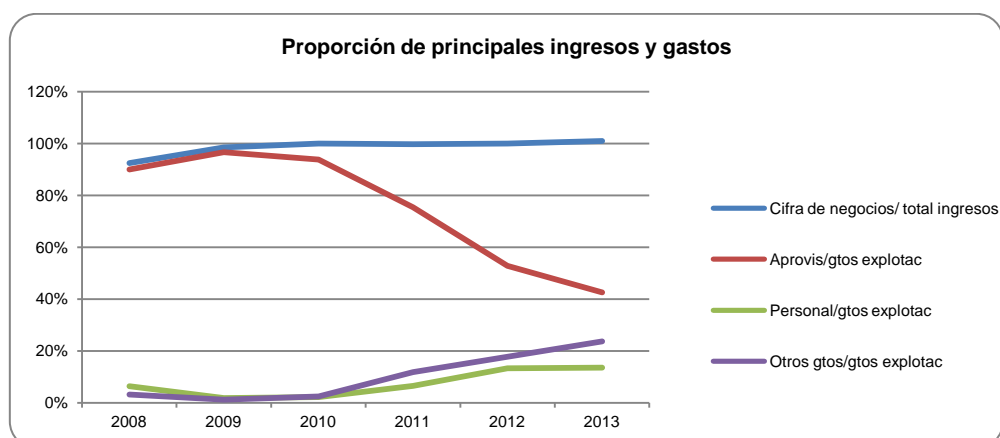
La estructura de la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad, desde 2008 a 2013, se muestra a continuación:

PyG GIT 2008-2013	2008	2009	2010	2011	2012	2013
1. Importe neto de la cifra de negocios	4.209.485	24.603.296	20.192.231	7.580.552	4.007.664	3.765.859
5. Otros ingresos de explotación	340.000	356.290	-	-	-	-
12. Otros resultados	11	-	361	13.516	-	(39.962)
Total ingresos de explotación	4.549.496	24.959.586	20.192.592	7.594.069	4.007.664	3.725.897
4. Aprovisionamientos	(4.270.817)	(23.930.036)	(18.631.568)	(5.162.746)	(1.813.027)	(1.302.889)
6. Gastos de personal	(300.719)	(444.387)	(441.320)	(448.523)	(456.019)	(415.728)
7. Otros gastos de explotación	(150.773)	(292.693)	(478.028)	(810.441)	(608.456)	(722.326)
8. Amortización del inmovilizado	(19.854)	(97.197)	(319.762)	(422.608)	(552.948)	(615.019)
Total gastos de explotación	(4.742.163)	(24.764.313)	(19.870.679)	(6.844.318)	(3.430.451)	(3.055.962)
Resultado de explotación (BAIT)	(192.667)	195.273	321.913	749.751	577.214	669.935
13. Ingresos financieros	164	-	298	75	24	58
14. Gastos financieros	(18.212)	(17.888)	(25.899)	(17.096)	(46.078)	(87.019)
Resultado financiero	(18.048)	(17.888)	(25.601)	(17.021)	(46.054)	(86.961)
BAT	(210.715)	177.385	296.313	732.730	531.160	582.974
18. Impuestos sobre beneficios	-	9.601	(64.415)	(215.919)	(159.348)	(189.616)
BDIT	(210.715)	186.986	231.897	516.811	371.812	393.359

La evolución es la siguiente durante estos ejercicios:

Evolución de ingresos y gastos	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Importe neto de la cifra de negocios	100,00%	584,47%	479,68%	180,08%	95,21%	89,46%
Ingresos de explotación	100,00%	548,62%	443,84%	166,92%	88,09%	81,90%
Gastos de explotación	100,00%	522,22%	420,75%	144,33%	72,34%	64,44%

El peso de los principales gastos e ingresos se muestra en el siguiente gráfico:



En valores absolutos, el 2011 es el ejercicio en que se produce un cambio en la tendencia del importe neto de la cifra de negocios, disminuyendo a partir de entonces:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Importe neto de la cifra de negocios	4.209.485	24.603.296	20.192.231	7.580.552	4.007.664	3.765.859
Var abs	N/A	20.393.811	(4.411.065)	(12.611.678)	(3.572.888)	(241.806)
Var %	N/A	484,47%	(17,93%)	(62,46%)	(47,13%)	(6,03%)

V.3.3. Ratios

Se muestran a continuación algunos ratios de la empresa:

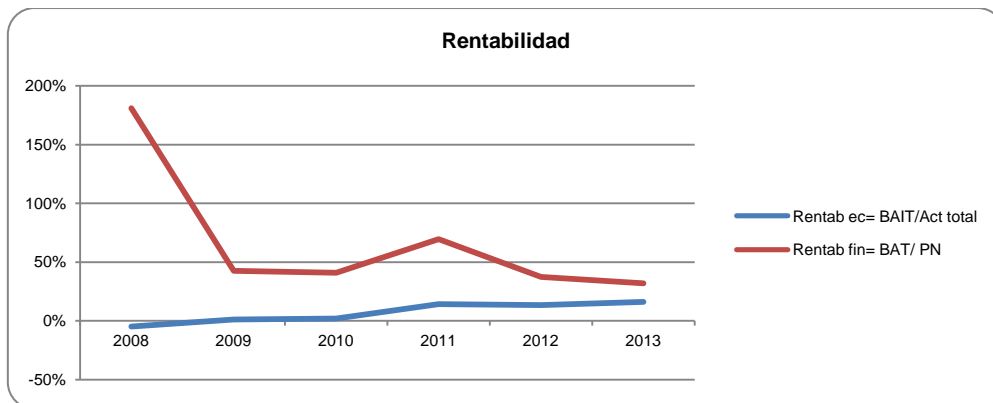
Ratios	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Rentabilidad económica= BAIT/Act total	(5,01%)	1,12%	2,58%	14,15%	13,32%	16,04%
Rentabilidad financiera= BAT/ PN	181,09%	42,42%	48,95%	69,48%	37,24%	32,04%
Apalancamiento =(BAT/BAIT) * (AC/PN)	(36,15)	37,71	18,97	4,91	2,80	2,00
Autonomía fin= (PN/(Deuda total))	(2,94%)	2,47%	5,10%	24,85%	49,04%	77,25%

El apalancamiento financiero es negativo en 2008 ya que los costes financieros son superiores a la rentabilidad económica y el uso de la deuda contribuye a reducir la rentabilidad de los fondos propios y la capacidad de devolución de los ajenos y a aumentar el riesgo financiero. A partir de entonces, el apalancamiento es positivo lo que indica que el coste de la deuda es inferior a la rentabilidad que obtiene la empresa. Es decir, el endeudamiento genera unos costes fijos por intereses que provocan un efecto palanca en las relaciones entre el resultado antes de intereses y el resultado después de impuestos.

La rentabilidad económica es positiva desde 2009 por lo que los activos que tiene la empresa tienen cada vez más capacidad para generar valor, independientemente de su financiación.

La rentabilidad financiera, que mide la rentabilidad del accionista, es positiva durante estos ejercicios pero con una tendencia descendente desde 2011.

Gráficamente se refleja la evolución de la rentabilidad de la siguiente forma:



V.3.4. Auditorías externas

Según el artículo 263 del TRLSC, las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión deberán ser revisados por un auditor de cuentas, exceptuándose de esta obligación a las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros.
- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros.
- Que el Núm. medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades quedan exceptuadas de la obligación de auditarse si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas anteriormente.

La sociedad ha sometido sus cuentas a auditoría en todos los ejercicios desde el 2007 pese a no tener esta obligación más que en 2009, 2010 y 2011.

En opinión del auditor las cuentas anuales expresan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera así como de los resultados de sus operaciones y de sus flujos de efectivo correspondientes al ejercicio anual auditado, de conformidad con el marco normativo de información financiera aplicable.

No obstante, y sin que afecte a la opinión de auditoría, llama la atención el auditor, desde el ejercicio 2010 hasta el 2013, sobre notas de la memoria en las que se menciona la participación del PA tanto en el capital como en la cifra de negocios de la entidad. En el 2011 se añade la mención a las dificultades para cumplir las obligaciones pendientes de pago que afecta a la incertidumbre sobre la capacidad de la empresa para continuar su actividad. En los informes de auditoría de 2012 y 2013 se incide en la incertidumbre, acentuada en este caso por las medidas de reestructuración del sector público autonómico adoptadas por el PA.

VI. ANÁLISIS DE LEGALIDAD

VI.1. Constitución de la sociedad

Para el ejercicio de las competencias atribuidas a la CA se podrán crear empresas públicas en los términos establecidos en la DA primera de la LRJAPA orientadas a la prestación de servicios públicos, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos, la administración de determinados bienes o la realización directa de actividades industriales, mercantiles u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas. La creación deberá ser autorizada por ley de la JGPA en la que se determinará el régimen jurídico aplicable a las mismas, regulándose, en lo no previsto en la ley fundacional, por las demás leyes del PA.

La DA primera de la LPGPA de 2005 autorizó al Consejo de Gobierno del PA la creación de la empresa determinando su adscripción a la consejería competente en materia de telecomunicaciones. Asimismo se determinaba su forma jurídica, el importe de su capital social y el objeto y régimen jurídico de la misma.

Posteriormente, el Consejo de Gobierno, en su reunión del 1 de junio de 2006 acordó la constitución de la sociedad y la designación de los representantes del PA en su Consejo de Administración a la par que aprobó el gasto plurianual correspondiente a la suscripción de las acciones y los estatutos de la sociedad.

El 2 de agosto de 2006 se constituyó la sociedad con forma de SA con un capital social compuesto por 150 acciones ordinarias nominativas de 1.000 euros de valor nominal. Las acciones fueron entonces totalmente suscritas por el PA y desembolsadas en un 25 % fijándose 3 dividendos pasivos a satisfacer en 2007, 2008 y 2009.

Más tarde, el 5 de mayo de 2009, tras las pérdidas reflejadas en el balance cerrado a 31 de diciembre de 2008, que ascendían a 210.715 euros después de aplicar la totalidad de las reservas de las que disponía la sociedad y exigir el desembolso de los dividendos pasivos pendientes, se produjo una reducción del capital social a cero. Se amortizó a la sazón la totalidad de las acciones para compensar pérdidas por importe de 150.000 euros, con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial. En unidad de acto y con carácter subsiguiente se produjo una ampliación simultánea de capital con el fin de dotar los fondos propios suficientes para el desarrollo de la actividad ordinaria de la empresa. Se emitieron entonces 310 acciones ordinarias nominativas de 1.000 euros de valor nominal cada una que fueron íntegramente suscritas y desembolsadas por el PA.

VI.2. Calificación de medio propio

La adjudicación sin licitación de contratos públicos requiere según la jurisprudencia comunitaria dos requisitos: el que la entidad dominante ejerza sobre la que recibe el encargo un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios y que esta última realice lo esencial de su actividad con la entidad que la controla.

El artículo 24.6 del TRLCSP define los encargos del siguiente tenor:

A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), 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.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos 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.

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 habrán de 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, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

VI.2.1. Análisis individual en el caso de GIT

Se procede a continuación a realizar un análisis individual del cumplimiento de los requisitos para ser considerado medio propio en el caso de GIT.

- Condición de medio propio establecida en los estatutos o en la ley de creación.

La ley de creación no definía a la sociedad como medio propio motivo por el cual el 28 de abril de 2008 se modificaron los estatutos, introduciendo tres nuevos artículos, (artículos 5, 6 y 7) y reenumerando los anteriores, con el fin de adecuar la condición de la sociedad al artículo 24.6 de la LCSP.

El artículo 5 de los estatutos de GIT define a la sociedad como un medio propio de la APA, dado que se encuentra bajo el control de la misma, que tiene el 100 % de su capital y que nombra a la totalidad de los miembros de sus órganos de gestión.

El artículo 6 determina que la sociedad puede recibir, dada su condición de medio propio de la APA, encomiendas de gestión para realizar distintas tareas por parte del PA cuya regulación se excluye de la LCSP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.n). El régimen de las encomiendas será el que establezca en cada caso el PA.

El artículo 7 establece la imposibilidad para GIT de participar en licitaciones públicas convocadas por el PA sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas de acuerdo con la LCSP.

Esta condición se cumple por tanto en el caso particular de GIT.

- Control sobre GIT ostentado por los poderes adjudicadores análogo al que tienen sobre sus propios servicios

El capital social pertenece en su integridad al PA correspondiendo a este la condición de socio único con los derechos reconocidos a los accionistas en el TRLSC y en sus estatutos.

Las acciones podrán ser transmitidas libremente con sujeción a las disposiciones legales, sin que figure en los estatutos ninguna restricción explícita a la adquisición de las mismas por socios privados.

Los acuerdos se tomarán por mayoría del capital social presente o representado en la Junta, salvo pacto en contrario y en tanto el capital social sea únicamente del PA corresponde al Consejo de Gobierno del PA, determinar qué consejero de la Administración Autonómica asume su representación. El consejero designado se constituirá en Junta General Universal de Accionistas, pudiendo tratar cualquier asunto de la competencia legal o estatutaria de la Junta. La voluntad del PA, como accionista en la toma de acuerdos en la Junta General, será única.

La sociedad está regida y administrada por un Consejo de Administración compuesto por un mínimo de tres consejeros y un máximo de siete elegidos por la Junta General. El Consejo nombrará de entre sus miembros a un presidente y a uno o varios vicepresidentes; y designará también a un secretario, que podrá ser no consejero. En caso de ausencia del secretario, lo sustituirá el consejero de menor edad de los asistentes a la reunión.

El presidente del Consejo de Administración será considerado presidente de la Sociedad y le corresponde entre otras cosas velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo, al cual representa permanentemente además de convocar y presidir el Consejo de Administración, fijando el orden del día y proponiendo directrices de actuación, dirigir las deliberaciones, decidiendo los empates con su voto de calidad y velar por la ejecución de los acuerdos adoptados.

También en este caso se cumple la condición ya que el PA ostenta un control sobre GIT análogo al que tiene sobre sus propios servicios.

- Realización para el poder adjudicador de la parte esencial de su actividad

El concepto de "parte esencial" es un concepto jurídico indeterminado para el que no hay una regla general sino que procede analizar cada caso de forma individual.

Debe evaluarse si la sociedad puede negarse al mandato del poder adjudicador y si existe libertad en la tarifa que se aplica en los servicios prestados por el que recibe la encomienda.

Ahora bien, aunque ambas respuestas sean negativas esto no implica necesariamente y de manera automática el cumplimiento del requisito referido a la parte esencial de la actividad.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014¹ sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE en su artículo 12, sobre contratos públicos entre entidades del sector público, delimita cuando un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de dicha Directiva. Según dicha norma deben cumplirse todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

Para determinar el porcentaje de actividades se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

Esta SC solicitó a la empresa el detalle de las fuentes de ingresos resultando que estos están compuestos principalmente por los derivados de la gestión y explotación de la Red Asturcón, propiedad del PA en cuanto operador neutro y los generados por los encargos que dicha Administración encomienda a GIT en cuanto medio propio y servicio técnico de la misma.

¹ Si bien la directiva entrará en vigor en 2016, ésta delimita claramente las condiciones que debe cumplir un medio propio para la no aplicación de la legislación contractual.

Los ingresos derivados de las encomiendas son clasificados por el fiscalizado en recurrentes (caso de la encomienda para la prestación de los servicios de conectividad a los hospitales) y ocasionales (el supuesto de las encomiendas de despliegue de red, por ejemplo, que se agotan con la ejecución de la obra objeto del encargo).

Residualmente, pero en todo caso vinculados a la gestión y explotación de la Red, se incluyen ingresos procedentes de diversas mercantiles y administraciones locales en concepto de reparación y/o modificaciones de trazado de fibras ópticas derivadas de actuaciones de las mismas.

Los ingresos generados por los clientes de GIT, es decir, los operadores de telecomunicaciones que prestan sus servicios a los ciudadanos a través de la Red Asturcón, remuneran las tareas de gestión, mantenimiento, operación oscura y explotación que GIT realiza en cuanto medio de gestión directa de la infraestructura pública.

El argumento de la sociedad para defender su condición de medio propio, manifestado en las alegaciones al Informe del RSPA, ejercicio 2012, de esta SC, se basa en la STJUE de 11 de mayo de 2006 (Asunto C-340/04), Sentencia Carbotermo², que señala:

- (63) Aplicando estos principios, sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, según los términos de la Sentencia Teckal, antes citada, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal.
- (64) Para apreciar si concurre este supuesto, el juez competente debe tomar en consideración todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas.
- (...)
- (67) Carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa, 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. (...)

La STJUE aducida se refiere al supuesto de una sociedad que ejerce de intermediario para una Administración pública realizando por tanto la parte esencial de su actividad para el ente territorial que la controla. En el caso de GIT, a juicio de esta SC, la parte esencial de su actividad, en los ejercicios 2012 y 2013, se realiza para terceros sin que éstos tengan ninguna relación previa con el ente territorial del que GIT depende.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de mayo de 2006; As'C-340/04, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia) mediante Resolución de 27 de mayo de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de agosto de 2004, en el procedimiento entre Carbotermo SpA, Consorzio Alisei y Comune di Busto Arsizio, AGESP SPA.

Efectivamente es independiente, en el caso de realizar la actividad para la entidad dominante, el origen de la remuneración de la sociedad. En nuestro caso los ingresos provenientes de los hospitales integrados en la red hospitalaria pública, aunque provengan de los cuatro centros sanitarios, deben ser considerados como ingresos provenientes del PA. Y ello porque estos ingresos se producen debido a que los cuatro centros mencionados mantienen con el PA una relación jurídica previa que origina su posterior relación con GIT. Ese no es el caso del resto de terceros con los que la sociedad mantiene relaciones contractuales por las que recibe una prestación.

Siguiendo con las alegaciones mencionadas, se señala que la sociedad fue constituida para la gestión directa de unos servicios cuya prestación el PA había asumido como propia de su competencia. Al respecto la CNMC (ver epígrafe de hechos posteriores, análisis de la continuidad) recuerda al PA que la competencia en materia de telecomunicaciones es exclusivamente estatal y por tanto no atribuida al PA entre sus funciones. Por ello dicha Comisión excluye la utilización del contrato de gestión de servicios públicos como fórmula de gestión de la red Asturcón por un tercero.

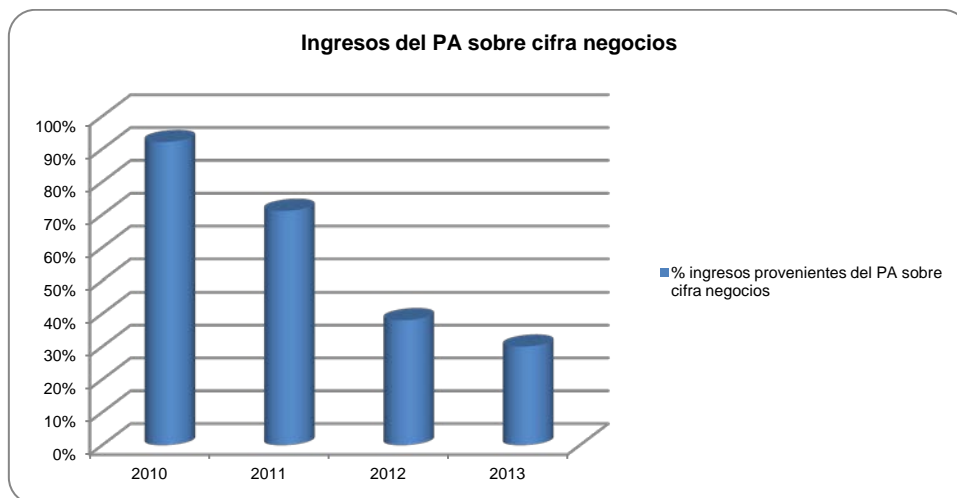
GIT distingue su actividad entre la realizada como consecuencia de las encomiendas recibidas del PA, recurrentes u ocasionales, y los ingresos derivados de la gestión directa de la red Asturcón como medio instrumental.

El detalle de los ingresos de los últimos cuatro ejercicios se muestra a continuación:

Ingresos	2010	2011	2012	2013
Explotación y mantenimiento	1.588.843	2.187.040	2.483.039	2.636.425
Conectividad de hospitales	160.987	180.500	197.684	189.456
Encomiendas	18.442.401	5.213.012	1.326.939	939.978
Total	20.192.231	7.580.552	4.007.662	3.765.859
Total ingresos provenientes del PA	18.603.388	5.393.512	1.524.623	1.129.434
Importe cifra de negocios	20.192.231	7.580.552	4.007.664	3.765.859
% Ingresos provenientes del PA sobre cifra negocios	92,13%	71,15%	38,04%	29,99%

- El promedio del porcentaje de los ingresos que obtiene GIT provenientes del PA durante los ejercicios 2011, 2012 y 2013 es del 46,39 %.

- Gráficamente se muestra la evolución como sigue:



- Si se distingue de esos ingresos los que provienen de terceros por la explotación de la red, el resultado es el siguiente:

	2010	2011	2012	2013
Ingresos de terceros	1.588.843	2.169.113	2.473.948	2.631.095
Importe cifra de negocios	20.192.231	7.580.552	4.007.664	3.765.859
% ingresos sobre cifra negocios	7,87%	28,61%	61,73%	69,87%

En este caso GIT ha recibido sucesivas encomiendas del PA para la contratación, por concurso, por procedimiento ordinario y abierto, del suministro, instalación y puesta en servicio de los equipos y sistemas necesarios para la extensión de las emisiones de la TDT, la extensión y digitalización de la TDT en los emplazamientos gestionados por operadores de telecomunicación localizados en Asturias, la prestación a la APA del servicio de conectividad correspondiente a los hospitales integrados en la red hospitalaria pública, la realización de las actividades complementarias necesarias para garantizar la adecuada difusión de la TDT desde emplazamientos gestionados por operadores de telecomunicación, el establecimiento de enlaces de fibra óptica o tareas vinculadas al crecimiento vegetativo de la Red Asturcón.

En este punto debería diferenciarse por un lado el servicio de conectividad a los hospitales de la región integrados en la red hospitalaria pública y el resto de encomiendas recibidas por la sociedad de la APA y de otro la explotación de la red y el servicio a prestar a terceros³.

El hecho de que los ingresos procedentes de las encomiendas recibidas del PA, ya sean para la gestión de la red o para la conectividad de los hospitales en régimen de autoprestación, supongan un ingreso accesorio respecto a los obtenidos de la explotación de la red, impide sostener que la parte esencial de la actividad se realiza

³ Un requisito imprescindible, impuesto por la LGTel y establecida por el Reglamento de Mercados y por la Circular 1/2010 de la CMT, es que se mantenga la garantía de red abierta

para el PA ya que los ingresos que provienen de terceros no pueden calificarse como marginales.

Por ello desde el 28 de abril de 2008, fecha en que se modificaron los estatutos para incluirse la mención de medio propio y hasta el año 2011 GIT cumple todos y cada uno de los requisitos para ser considerado como medio propio y servicio técnico del PA. Desde el ejercicio 2012, GIT es un ente instrumental de dicha Administración pero no cumple todos y cada uno de los requisitos para ser considerado medio propio de la misma por lo que no puede denominarse como tal.

VII. INGRESOS

La sociedad a lo largo de los ejercicios de la fiscalización ha obtenido ingresos por prestación de servicios a terceros, por la ejecución de las encomiendas de gestión, por subvenciones nominativas, además de un préstamo recibido en 2012 del PA, en el marco del Mecanismo extraordinario de financiación de pago a proveedores.

Los ingresos de terceros han sido analizados previamente al tratar la condición de medio propio de la Sociedad (epígrafe VI.2) y los ingresos por encomiendas se analizaron en el apartado VI.2.1 anterior.

A continuación se analizan las subvenciones recibidas y el préstamo recibido.

VII.1. Subvenciones recibidas

GIT ha recibido tres subvenciones nominativas desde su creación hasta el 31 de diciembre de 2013. Las tres fueron destinadas a "compensar o equilibrar su cuenta de pérdidas y ganancias".

La relación y el importe de las subvenciones se detallan en el siguiente cuadro:

Ejercicio	Acto administrativo	Aplicación presupuestaria	Importe
2007	Resolución de 22 de enero de 2007 Consejería Economía y AP	1208-521A-445.003	340.000
2008	Resolución de 22 de febrero de 2008 Consejería AAPP y Portavoz del Gobierno	1307-521A.445.003	340.000
2009	Resolución de 20 de febrero de 2009 Consejería AAPP y Portavoz del Gobierno	1307-521A-445.003	356.220

En el ejercicio 2007 la subvención se destinó a su finalidad puesto que el resultado de ese ejercicio después de subvenciones fue de cero. En 2008 GIT obtuvo una pérdida después de subvenciones por importe de 210.715 euros con lo cual la subvención redujo la pérdida pero no la neutralizó. Por el contrario, en el ejercicio 2009 GIT obtuvo unos beneficios después de subvenciones de 167.783 euros.

Cuando el objeto de la subvención de explotación es compensar los resultados negativos de explotación del ente beneficiario, concretada bien en la realización de ciertas entregas durante el ejercicio, cuyos resultados se están subvencionando, bien en la realización de una liquidación final, una vez cerrado el ejercicio económico y conocida la cuantía exacta del resultado negativo neto de subvenciones, las entregas que se realizan durante el ejercicio, son subvenciones de explotación y, por tanto, un gasto para el ente concedente y un ingreso para el ente beneficiario.

En el caso de que la cuantía total de las citadas entregas sea superior al resultado negativo realmente producido (neto de subvenciones), la liquidación final es negativa, y dicho importe debe reintegrarse al ente concedente. Este reintegro es un gasto para el ente beneficiario y un ingreso para el ente concedente en el ejercicio en el que realmente se produce el mismo.

Esta es la situación que se da en el ejercicio 2009 y, por ello, la APA debió instar el reintegro de 167.783 euros, importe que excedía el objeto de la subvención concedida a GIT.

VII.2. Préstamo recibido de la APA

El Consejo de Gobierno del PA, en su reunión de fecha 22 de marzo de 2012, acordó adherirse al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores de las CCAA, aceptando expresamente los compromisos establecidos en el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Según el artículo 51 del TRREPPA "La emisión de deuda pública y las operaciones de préstamo por plazo superior a un año serán autorizadas necesariamente por ley, que establecerá el límite anual de cada clase de operaciones y fijará su destino y características."

El Consejo de Ministros el 15 de junio de 2012 acordó autorizar a la Comunidad Autónoma del PA para concertar préstamos a largo plazo hasta un importe máximo de 243.475.974 euros.

Mediante la promulgación de la Ley 1/2012, de 14 de junio, del Principado de Asturias, de autorización del endeudamiento derivado del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores de las CCAA, el Consejo de Gobierno del PA contó con la autorización legal preceptiva para concertar operaciones de crédito a largo plazo por importe de 243.475.974 euros.

El PA concedió a GIT, mediante Resolución de 31 de diciembre de 2012 de la Consejería de Hacienda y Sector Público, un préstamo de 1.571.823 euros con cargo a la aplicación presupuestaria 1205-612G-822.007 del ejercicio 2012. En dicha Resolución se establecen las condiciones que regirán el contrato de préstamo:

- GIT cancelará sus obligaciones en 38 cuotas trimestrales consecutivas, de las cuales las seis primeras serán de carencia de principal.
- Los vencimientos del préstamo serán coincidentes con aquellos derivados de los contratos de préstamo formalizados por el PA en virtud de su adhesión al mecanismo extraordinario de pago a proveedores.
- El primer vencimiento tendrá lugar el 26 de marzo de 2013 por importe de los intereses devengados hasta esa fecha.
- Las cuotas de amortización serán constantes.
- El tipo de interés es el mismo que el establecido para el PA en los contratos de préstamo formalizados en virtud de su adhesión al mecanismo extraordinario de pago a proveedores.
- El tipo de interés se revisará trimestralmente.
- GIT podrá efectuar amortizaciones anticipadas en cualquier momento de vigencia del préstamo.

El período de vigencia del préstamo es de 10 años de los que los dos primeros corresponden a período de carencia. El interés trimestral inicial fue del 5,91 %.

Las características de los préstamos formalizados por la APA en el ejercicio 2012 al amparo del "Mecanismo del Plan de Pago a Proveedores" son compatibles con el préstamo que el PA concede a GIT tal como se exigía entre las condiciones para su concesión en la Resolución de 31 de diciembre de 2012, de la Consejería de Hacienda y Sector Público.

En la Resolución de 31 de diciembre de 2012 no aparece explicitada la forma de cálculo de los intereses, ya que se traslada la que determina el Estado para las CCAA en el marco del Mecanismo. A continuación se muestra el cuadro de amortización correspondiente a los ejercicios 2012 y 2013:

Fecha	Capital pendiente	Tipo de interés (%)	Intereses devengados	Intereses vencidos	Amortización	Cuota vencida
26/06/2012	1.571.823		-	-	-	-
26/09/2012	1.571.823	5,91 %	23.748	-	-	-
26/12/2012	1.571.823	5,48 %	21.753	-	-	-
26/03/2013	1.571.823	5,43 %	21.353	66.854	-	66.854
26/06/2013	1.571.823	5,47 %	21.952	21.952	-	21.952
26/09/2013	1.571.823	5,47 %	21.976	21.976	-	21.976
26/12/2013	1.571.823	5,47 %	21.737	21.737	-	21.737

La SC ha solicitado la relación y la copia de las facturas satisfechas con el préstamo. GIT ha aportado dicha documentación de la que se deduce que satisfizo un total de 18 facturas correspondientes a distintas obras, servicios y suministros. Se han analizado dichas facturas y formalmente contienen los requisitos legales que les son exigibles por el decreto de facturación. Todas ellas son de fecha anterior al ejercicio 2012 y se corresponden con obras, servicios o suministros en apariencia incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP.

VIII. PERSONAL

La evolución del número de efectivos medio de GIT es la siguiente:

Personal medio	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Oficial primero administrativo	3	3	3	3	3	3
Jefe de administración	1	2	2	2	1	1
Técnico de sistemas	-	-	-	-	1	1
Titulado superior	3	4	4	4	4	4
Total	7	9	9	9	9	9

Como se desprende del cuadro anterior, el personal contratado se mantiene constante en el periodo considerado salvo por la incorporación de un técnico de sistemas en 2012.

Todo el personal que presta servicios en GIT es personal laboral que es aquél que en virtud de un contrato de trabajo, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por la Administración Pública. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Las plazas de laborales fijos deben figurar en las respectivas plantillas, su formalización no está sujeta a término final y la selección de los mismos debe realizarse mediante oferta de empleo público en la que se garanticen los principios constitucionales establecidos en el art. 103 CE.

Por el contrario si el personal es temporal presta sus servicios de manera transitoria, con fecha cierta de finalización o indefinido cuando esta fecha no está determinada.

En cualquier caso la provisión de puestos se basa en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y, en defecto de lo establecido en convenio colectivo para el personal laboral, se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública que se contemplan en los artículos 78 y 80 del EBEP. Según lo indicado, serán las mismas normas legales las que regulen la provisión de puestos de trabajo tanto de funcionarios como de laborales, de no existir provisión en el convenio colectivo aplicable de una regulación distinta para el personal laboral.

Si bien el ámbito de aplicación del EBEP, regulado en su artículo 2, no incluye a las sociedades mercantiles públicas, la DA primera del mismo texto legal establece que los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 de dicha norma serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 y que estén definidas así en su normativa específica.

El artículo 4.4 del TRREPPA define como empresas públicas del PA a las sociedades mercantiles creadas al amparo del artículo 49.2 del EAPA, en cuyo capital es mayoritaria, directa o indirectamente, la participación del Principado, rigiéndose por sus normas de creación y las normas vigentes del derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación esta Ley y sin perjuicio de la necesaria coordinación de sus actuaciones con la Consejería a la que se adscriban y con la política general del PA.

El artículo 55 del EBEP, que regula los principios rectores del acceso al empleo público, establece como condición el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el EBEP y en el resto del ordenamiento jurídico. La selección de personal funcionario y laboral debe efectuarse mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

- Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- Transparencia.
- Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

VIII.1. Revisión de la forma de acceso del personal.

En el ejercicio 2010 la plantilla de GIT estaba compuesta por 9 personas:

Grupos de cotización	Puesto	Categoría o grupo profesional
1	Director general	Titulado superior
1	Gerente de administración y contratación	Titulado superior
1	Gerente de operaciones	Titulado superior
1	Gerente de desarrollo de negocios	Titulado superior
3	Responsable de ingeniería y construcción	Responsable de ingeniería
3	Responsable de explotación	Jefe de administración
5	Responsable de provisión y sistemas	Oficial de primera
5	Administrativo de contratación	Oficial de primera
5	Administrativo de gestión	Oficial de primera

Todos los contratos eran en ese momento indefinidos salvo el del Director General que era temporal.

La forma de acceso del personal que presta sus servicios en GIT ha sido la siguiente:

Puesto	Publicidad	Forma de acceso
Director general	Anuncio en prensa y web GIT	Selección por la Consejería de Economía y Empleo
Gerente de administración y contratación	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal
Gerente de operaciones	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal
Gerente de desarrollo de negocios	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal
Responsable de provisión y sistemas	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal
Responsable de explotación	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal
Responsable de ingeniería y construcción	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal
Administrativo de gestión	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal
Administrativo de contratación	Anuncio en prensa y web GIT	Empresa de selección de personal

Al respecto de la forma de realización de la selección, se solicitaron los informes de la empresa de selección de personal sobre los distintos procesos selectivos, en aras de verificar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad. En respuesta se ha remitido un certificado emitido por la empresa de selección en la que de manera general se describe el proceso llevado a cabo sin concretar ni el número de candidatos ni la acreditación de los méritos o la capacidad de los elegidos frente al resto de posibles seleccionados.

Respecto al proceso de selección del puesto de Director General, ni en la Sociedad ni en la Consejería de Economía y Empleo consta documentación alguna al respecto.

Por otra parte, durante esta parte de la fiscalización se verificó que en los ejercicios 2009 y 2011 se ha contratado a una asesoría jurídica externa. Ya en el anuncio del puesto de gerente de administración y contratación se afirmaba que éste contaría con el apoyo externo tanto de la asesoría jurídica como de la laboral, fiscal y contable de la empresa. Como consecuencia se realizan contratos menores para cubrir necesidades continuadas en el tiempo lo que contradice el artículo 23 del TRLCSP conforme al cual la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su

financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

Igualmente, en el año 2009, se ha verificado que además del importe mensual facturado, 13.680 euros al año, y referido en el párrafo anterior, se emitieron facturas por el mismo tercero, al menos, por un importe total de 41.760 euros, todas ellas referidas al asesoramiento jurídico o legal.

El total facturado en 2009 por tanto supera los límites establecidos para la contratación menor lo que supone indicios de un fraccionamiento indebido según la normativa contractual.

VIII.2. Medidas salariales

VIII.2.1. Variaciones de la masa salarial de la plantilla

Se planteó en esta área como objetivo de la fiscalización el análisis sobre el cumplimiento de las medidas impuestas por el RD-ley 8/2010, esto es, que la masa salarial del personal laboral del sector público desde el 1 de enero hasta el 31 de mayo de 2010 no experimentara un crecimiento global superior al 0,3 % respecto al correspondiente a 2009, comprendiendo en dicho porcentaje el de todos los conceptos y el descenso del 5 % en el salario de los empleados públicos entre el ejercicio 2010 y 2011.

El RD- ley 8/2010 da una nueva redacción al artículo 22.2 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, de tal manera que, con efectos de 1 de enero y hasta 31 de mayo de 2010, la masa salarial del personal laboral del sector público estatal no podía experimentar un crecimiento global superior al 0,3 % respecto de la establecida para el ejercicio 2009, comprendido en dicho porcentaje el de todos los conceptos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22.3 de dicha ley y de lo que pudiera derivarse de la consecución de los objetivos asignados a cada Departamento ministerial u Organismo público mediante el incremento de la productividad o modificación de los sistemas de organización del trabajo o clasificación profesional.

Los grupos de cotización y categoría o grupo profesional durante el ejercicio 2010 fueron los siguientes:

Grupos de cotización	Puesto	Categoría o grupo profesional
1	Director general	Titulado superior
1	Gerente de administración y contratación	Titulado superior
1	Gerente de operaciones	Titulado superior
1	Gerente de desarrollo de negocios	Titulado superior
3	Responsable de ingeniería y construcción	Responsable de ingeniería
3	Responsable de explotación	Jefe de administración
5	Responsable de provisión y sistemas	Oficial de primera
5	Administrativo de contratación	Oficial de primera
5	Administrativo de gestión	Oficial de primera

La LPGE de 2010 incluye en su artículo 22.1. g) a las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación.

Pues bien, como ya se comentó anteriormente, en 2007, 2008 y 2009, GIT recibió subvenciones nominativas con el objeto de equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias por lo que se entiende incluida en la letra g) mencionada y por lo que resulta de aplicación al personal de la empresa las medidas de contención del déficit público impuestas por el RD-ley 8/2010.

Se ha verificado la variación de la masa salarial del personal desde diciembre de 2009 hasta mayo de 2010 sin que se detectaran incidencias.

Asimismo, el RD-ley 8/2010 recoge las disposiciones encaminadas a reducir, con criterios de progresividad, la masa salarial del sector público en un 5 % en términos anuales. En el artículo 1 Dos-B) se ordena una reducción del 5 %, en términos anuales, respecto a las vigentes a 31 de mayo de 2010 con efectos de 1 de junio de 2010, en el conjunto de las retribuciones de todo el sector público a que se refiere el apartado Uno de dicho artículo.

Esta reducción, en el caso del personal laboral del sector público, se aplicará con efectos de 1 de junio de 2010 mediante una minoración del 5 % de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación, a excepción de lo que se refiere a la paga extraordinaria del mes de junio de 2010 a la que no se aplicará la reducción.

Sin perjuicio de la aplicación directa e individual en la nómina del mes de junio de 2010 de la reducción antedicha, la distribución definitiva de la misma podía alterarse en sus ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva sin que, en ningún caso, de ello pudiera derivarse un incremento de la masa salarial como consecuencia de la aplicación de las medidas recogidas en los puntos anteriores.

La reducción era de aplicación al personal laboral de alta dirección y al no acogido a convenio colectivo que no tuviera la consideración de alto cargo, excepto para el personal laboral cuyas retribuciones por jornada completa no alcanzasen 1,5 veces el salario mínimo interprofesional fijado por el Real Decreto 2030/2009, de 30 de diciembre, 633 euros/mes para el caso de que el salario estuviera fijado por meses.

No obstante, la DA novena determina la no aplicación de la reducción salarial al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado 1.g) del artículo 22 de la LPGE de 2010, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación.

Se ha comprobado la variación de las masas salariales de los empleados entre mayo de 2010 y diciembre de 2010 resultando que, a excepción del Director General, la variación entre ambas nóminas fue nula. En el caso del Director General se produjo un ascenso entre mayo y diciembre del 6,72 % para luego aplicar la reducción indicada por el RD-ley 8/2010, del 8,82 %, con lo que resultó una disminución global del 2,69 %, inferior a la disminución que se deriva del RD-ley 8/2010.

Al comparar el salario base entre 2010 y 2011, el resultado es el siguiente:

Grupos de cotización	Puesto	Var. %
1	Director general	0,00%
1	Gerente de administración y contratación	0,80%
1	Gerente de operaciones	0,80%
1	Gerente de desarrollo de negocios	0,80%
3	Responsable de ingeniería y construcción	19,79%
3	Responsable de explotación	0,80%
5	Responsable de provisión y sistemas	30,15%
5	Administrativo de contratación	30,15%
5	Administrativo de gestión	30,15%

La causa de los incrementos mostrados en el cuadro anterior se justifica por GIT en la necesidad de reestructurar sus categorías profesionales puesto que los puestos de administración estaban conceptuados como inferiores a las tareas realmente desempeñadas.

Por consiguiente al personal de GIT no le fue aplicada, conforme al RD-ley 8/2010, la reducción del 5 % de la masa salarial.

VIII.2.2. Supresión de la paga extra de 2012

Por otra parte se analizó igualmente la supresión de la paga extraordinaria y paga adicional o equivalente del mes de diciembre de 2012 ordenada por el RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

El personal de GIT está sometido al Convenio de Oficinas y Despachos de Asturias por lo que las pagas extraordinarias a percibir son tres al año. Además, éstas se cobran de forma prorrateada. Según dicho convenio se percibe una paga en marzo, abonada, en función del salario vigente a 31 de diciembre del año anterior a la fecha del abono, dentro del primer trimestre del año natural y por importe de un mes del salario y antigüedad. Su prorrateo será anual. Esta paga sustituye a la denominada de beneficios; la paga de vacaciones, abonada antes del 15 de julio o día laboral inmediatamente anterior si este fuera festivo por importe de un mes de salario y antigüedad. Su prorrateo será semestral y por último una paga de Navidad, abonada el 15 de diciembre, y en los mismos términos que la de vacaciones.

El RD- ley establece que para el caso de que no se perciban pagas extraordinarias o se perciban más de dos al año, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 2, apartado 5, esto es, reducción de una catorceava parte de las retribuciones totales anuales excluidos incentivos al rendimiento.

Conforme a esta previsión, la sociedad realizó el descuento de una catorceava parte de las retribuciones brutas anuales de cada uno de los trabajadores en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012.

IX. CONTRATACIÓN

IX.1. Régimen contractual aplicable

Bajo el concepto de “poder adjudicador” se incluye no sólo a las Administraciones territoriales, sino también a los entes instrumentales de derecho público dependientes así como a otras entidades que en nuestro ordenamiento jurídico se someten al Derecho privado. No obstante, el grado de intensidad en la aplicación de la ley de contratos es diferente: aplicación íntegra a las AAPP en sentido estricto; aplicación cuasi íntegra, en cuanto a la preparación, selección y adjudicación, en el caso de contratos de determinada cuantía (hoy llamados contratos “SARA”) celebrados por los poderes adjudicadores que no tienen naturaleza de AP y aplicación atenuada en aquellos contratos inferiores a los contratos SARA, a los que solamente se les exige respetar en la adjudicación los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación; y respeto de los mismos principios para el resto de entes que componen el sector público.

Para ser poder adjudicador, una entidad debe cumplir tres requisitos acumulativos:

- ser un organismo creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- estar dotado de personalidad jurídica; y
- tener una actividad que dependa estrechamente de la AP.

La LCSP, en vigor a partir del 30 de abril de 2008, derogó el TRLCAP⁴ y en el artículo 3.1 en su letra d) incluyó dentro del sector público, y por ende dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, a las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente. Además, el artículo 3.3 b) consideraba a estas entidades como poderes adjudicadores, y por ello con un grado de sometimiento mayor, cuando hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, cuando uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Así pues, GIT, sectorizada e incluida en el perímetro de consolidación del PA con fecha de alta 29 de agosto de 2006, como sociedad mercantil en cuyo capital social participa la APA y creada con el objeto de establecer y explotar las redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, deberá ajustarse en su actividad contractual a las normas previstas en la LCSP, actualmente TRLCSP, para los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de AAPP.

⁴ Aunque no totalmente, pues mantuvo la vigencia inicial de los artículos 253-260 hasta la aprobación del TRLCSP. Y permanece aún vigente el artículo 25 del TRLCAP.

A estos efectos el Consejo de Administración de GIT aprobó el 30 de abril de 2008 unas instrucciones internas de contratación, aplicándose con carácter supletorio las restantes normas de derecho privado.

Dichas instrucciones se encuentran publicadas en el perfil del contratante y tienen como finalidad regular la actividad contractual de la sociedad para garantizar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, dando cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 189,190 y 191 TRLCSP. Si bien en su mayor parte se remiten a la normativa contractual se especifican además aspectos tales como su sujeción a la jurisdicción civil al tratarse de contratos privados, regulación del perfil del contratante, determinación de la tipología de los contratos a celebrar por la sociedad destacando que aquellos contratos cuyo objeto sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la exposición de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones, objeto principal del GIT, son no SARA en virtud del artículo 13.2.e) de la LCSP.

El apartado 3.2 de las instrucciones internas de GIT señala "La preparación y la adjudicación de los contratos que celebre GIT se regirán por la LCSP, sus disposiciones de desarrollo y las presentes instrucciones internas de contratación, aplicándose con carácter supletorio las restantes normas de derecho privado. En cuanto a sus efectos y extinción, los contratos que GIT celebre se regirán por el derecho privado".

En relación al régimen aplicable a la preparación y adjudicación de los contratos no SARA, se detecta una incongruencia en las instrucciones al afirmar el punto 17 que la adjudicación de los contratos no SARA deberá someterse a los principios contractuales básicos. Esta SC entiende que debe aplicarse la regulación general establecida en las instrucciones, es decir la sujeción a lo dispuesto en la LCSP en lo referente a la preparación y adjudicación como estipula el apartado 3.2 mencionado anteriormente, y en esa creencia se han examinado los resultados de la fiscalización.

Asimismo, en cuanto a la preparación, se determina un contenido mínimo de los PCAP de aquellos contratos cuyo valor estimado sea superior a 50.000 euros. La adjudicación de contratos no SARA deberá realizarse a la proposición económicamente más ventajosa y en relación al procedimiento a seguir; en el procedimiento restringido se señala que las empresas a invitar nunca podrá ser inferior a cinco ni superior a veinte.

Se incluye asimismo un apartado dedicado a la confidencialidad de la información facilitada por parte de los empresarios licitadores.

Finalmente los contratos cuyo valor estimado sea superior a 50.000 euros además de publicarse en el perfil de contratante, el órgano de contratación también podrá acordar la publicidad de la licitación mediante anuncios en los diarios.

IX.2. Contratos adjudicados por GIT

Durante los ejercicios abarcados por la fiscalización se adjudicaron por GIT 43 contratos por importe de 52.900.095 euros:

Ejercicio	Núm. Contratos	Importe de adjudicación	% Importe
2008	6	6.460.282	12,21%
2009	16	38.172.908	72,16%
2010	5	2.771.096	5,24%
2011	8	3.615.761	6,84%
2012	3	656.487	1,24%
2013	5	1.223.560	2,31%
Total	43	52.900.095	100,00%

Fuente: Datos extraídos del RAC y Perfil del contratante

El detalle de los procedimientos utilizados durante el periodo es el siguiente:

Procedimiento adjudicación	Importe adjudicación	Núm. contratos	% importe
Abierto tramitación ordinaria	44.100.437	25	83,37%
Abierto tramitación urgente	1.675.547	1	3,17%
Negociado	7.124.110	17	13,47%
Total	52.900.095	43	100,00%

Fuente: Datos extraídos del RAC y Perfil del contratante

Por tipo de contrato, más de la mitad contratos formalizados fueron de suministros:

Tipo contrato	Importe adjudicación	Núm. contratos	% Importe
Servicio	5.206.287	14	9,84%
Suministro	29.475.478	20	55,72%
Obra	5.320.277	6	10,06%
Proyecto y Obra	12.898.053	3	24,38%
Total	52.900.095	43	100,00%

Fuente: Datos extraídos del RAC y Perfil del contratante

IX.2.1. Fases de preparación y adjudicación

Durante la fiscalización, se seleccionó una muestra de la contratación realizada por GIT como poder adjudicador no AP para revisar las fases de preparación y adjudicación del contrato.

La muestra inicial de once contratos se refiere, en su mayoría, al despliegue de la Red Asturcón siendo seis de ellos contratos de suministros. Los contratos de alquiler de fibra óptica oscura, pese a que en algunos casos fueron notificados a esta SC como de servicios, son en realidad contratos de suministros.

En ninguno de los contratos consta el informe jurídico al PCAP ni la documentación acreditativa del acto en virtud del cual se aprueba el PCAP y del PPT por el órgano de contratación, tal y como se señala en los artículos 99 y 100 de la LCSP (artículos 115 y 116 del TRLCSP).

En seis de los contratos analizados el procedimiento de adjudicación empleado fue el abierto y en los cinco restantes el procedimiento negociado. El detalle de la muestra analizada es el siguiente:

Núm. muestra	Ej.	Lotes	Tipo contrato	Tipo procedimiento	Objeto	Importe adjudicación	Fecha adjudicación
1	2008	No	Proyecto y obra	Abierto concurso ordinario	Redacción de proyecto y realización de las obras de construcción de la Red Troncal de la Cuenca del Aller	1.498.881	16/09/2008
2	2008	No	Obra	Negociado	Pre cableado de edificios e instalaciones de usuarios de la Red Asturcón	950.000	24/09/2008
2	2008	No	Obra	Negociado	Pre cableado de edificios e instalaciones de usuarios de la Red Asturcón (*)	500.000	24/10/2008
3	2010	No	Suministro	Abierto concurso urgente	Suministro, instalación y puesta en funcionamiento del 7º Multiplex de la TDT en 162 Centros de Radiodifusión del Principado de Asturias	1.675.547	04/11/2010
4	2010	No	Suministro	Negociado	Suministro de equipos Activos de la Red Asturcón	398.535	22/03/2010
5	2011	Si	Suministro	Abierto concurso ordinario	Alquiler de fibra óptica oscura para la interconexión de diversos tramos de las troncales de la Red Asturcón	1.047.670	04/04/2011
6	2011	No	Suministro	Negociado	Suministro de equipos activos de la Red Asturcón	352.487	09/06/2011
7	2011	No	Servicios	Abierto concurso ordinario	Gestión de pedidos e instalaciones de la Red Asturcón	1.529.482	27/04/2011
8	2012	Si	Servicios	Abierto concurso ordinario	Servicio de operaciones y mantenimiento (O&D) de la Red Asturcón de Fibra Óptica hasta el Hogar	585.917	18/04/2012
9	2012	No	Suministro	Negociado	Suministro de terminales ópticos de usuario (ONT) para la Red Asturcón	35.420	14/09/2012
10	2013	No	Suministro	Abierto concurso ordinario	Alquiler de fibra óptica oscura para la interconexión del punto de acceso de operadores a la zona oriental de la Red Asturcón	236.520	12/03/2013
11	2013	No	Servicios	Negociado	Servicio de mantenimiento y reparación de equipos activos de la Red Asturcón	79.920	26/03/2013
Total contratos seleccionados						8.890.379	

(*) Modificado del contrato anterior

En los contratos analizados que fueron licitados por procedimiento abierto, el peso de los criterios cuantificables de manera automática superaba el 50,00 %, llegando a suponer el 100,00 % los contratos número 5, 7, en el segundo lote del número 8 y en el contrato número 10.

En todos ellos aparece la misma empresa de asesoría jurídica formando parte de las mesas de contratación, como vocal o como secretario, encargada de verificar el contenido del sobre de documentación administrativa. Al respecto debe recordarse que el artículo 21 del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, establece que las mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación. Entre los vocales deberá figurar obligatoriamente un funcionario de los que tengan encomendado el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un Interventor, a falta de cualquiera de éstos, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico o al control económico-presupuestario del órgano.

Si bien en este caso no sería exigible que el asesoramiento jurídico se encomendara a un funcionario, al menos, debe designarse una persona que dependa del órgano de contratación y que tenga atribuidas las funciones de asesoramiento jurídico, no una empresa externa, y otra que tenga atribuidas las relativas al control económico, también dependiente del órgano de contratación. Para las funciones de Secretario también debe designarse una persona dependiente del órgano de contratación, tal como dispone el artículo 295 de la LCSP (artículo 320 del TRLCSP).

El contrato número 1, adjudicado por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, se modificó disminuyendo el importe de adjudicación en un 56,68 % justificándose dicha variación con base en causas imprevistas, aceptándose por el adjudicatario.

En el expediente tramitado por vía de urgencia, contrato número 3, consta un informe del Director General de la sociedad donde se justifica la misma en el perentorio plazo que se da en la encomienda de gestión por parte de la Consejería de AAPP y Portavoz del Gobierno y en los plazos fijados por el Plan Nacional de Transición a la TDT.

Según el artículo 96 de la LCSP podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. La declaración de urgencia, por el órgano de contratación, deberá estar debidamente motivada. A juicio de esta SC la urgencia debe tener carácter objetivo y basarse en razones palmarias y suficientes, de modo que no puede ser producto de la voluntariedad del poder adjudicador.

Respecto a los contratos por procedimiento negociado, el PCAP del contrato número 2 señala que el criterio de valoración de ofertas será el de la "oferta económica más ventajosa" siendo el precio el único criterio de valoración, de forma que resultaría adjudicataria la empresa que ofertara el "precio más bajo" no existiendo una previsión para negociar. Pues bien, la utilización del precio como criterio de adjudicación, asemeja el procedimiento a un abierto con un único criterio, el precio. La negociación es consustancial al procedimiento negociado, siendo el elemento diferenciador respecto a los demás procedimientos (abierto y restringido), en los que se prohíbe dicha negociación. Sin ella, se omite el cauce legalmente establecido para este tipo de procedimiento de adjudicación.

En este contrato además se produjeron dos modificados con el siguiente detalle:

Informe propuesta de modificación	Formalización	Importe modificación	Causa	Plazo de ejecución
22/10/2008	30/10/2008	500.000	Aumento del Núm. de instalaciones a efectuar	31/12/2008
17/12/2008	02/01/2009	265.000	Carga de trabajo del GIT que imposibilitó aprobar los pliegos	15/03/2009

La primera modificación se justificó en base a que, transcurrida una tercera parte del plazo de ejecución del contrato, la realidad demostraba que el tipo y el número de instalaciones a realizar sobrepasaban el cálculo inicial a efectos de cerrar el citado contrato. Se amplió entonces el plazo hasta el 31 de diciembre y el presupuesto en 500.000 euros con el compromiso de licitar un nuevo contrato que se adjudicaría mediante el procedimiento de concurso abierto. Este incremento supone un 52,63 % sobre el precio inicial.

En opinión del fiscalizado, las modificaciones que adopte por consenso con el adjudicatario pueden, al igual que para las Administraciones, ser superiores al límite entonces vigente del 20 % en el caso del contrato de obras, siempre y cuando las mismas salvaguarden los principios contractuales, que sí se entienden respetados en este caso, y siempre que se justifique adecuadamente la necesidad de modificación y no se altere sustancialmente el contrato.

Pero este contrato volvió a modificarse una vez más, por importe de 265.000 euros, incumpléndose la previsión de licitar un procedimiento abierto, justificándose en esta ocasión por un aumento de trabajo en la sociedad que le impidió aprobar los pliegos a los que se había comprometido. Esta modificación, del 27,89 % del importe original, realizada en apenas tres meses (formalización del primer contrato el 1 de octubre de 2008, primer modificado el 30 de octubre y segundo modificado el 2 de enero de 2009) supuso que el importe de adjudicación original se alterara en total en un 80,53 % y el plazo se ampliara hasta el 15 de marzo de 2009.

De acuerdo con el Consejo de Estado, en los modificados estamos en presencia de unidades de obra nuevas, pero cuya ejecución resulta necesaria para llevar a buen fin el proyecto primitivo, o cuando sea necesaria dicha modificación por resultar imposible su ejecución en la forma inicialmente prevista.

Esta SC entiende que las modificaciones aprobadas son obras no estrictamente necesarias para la conclusión del proyecto tal cual fue licitado, no obstante los argumentos esgrimidos por GIT.

Tal y como apunta el Consejo de Estado, en su dictamen del 30 de julio de 1992, la Administración no goza de una voluntad libre para modificar el proyecto teórico, sino que el propio cuerpo normativo de la contratación establece que se trata de una potestad tasada que solo puede ser utilizada en determinados supuestos (en igual sentido la STS de 30 de abril de 1977 y 9 de octubre de 1995).

En definitiva, si se supera el 20 % del precio primitivo del contrato éste deberá ser objeto de un nuevo proceso de licitación a no ser que se trate de obras estrictamente necesarias para completar el proyecto tal y como fue licitado, y este no es el caso que nos ocupa.

Por otra parte, en lo referente a los contratos negociados por exclusividad, en el contrato número 4 se recogen criterios generales de negociación, si bien no hay constancia de que la misma se haya producido.

En el contrato número 6 se señala que se negociará tanto el precio como el plazo de entrega, sin embargo no consta la existencia de la negociación y además en la oferta presentada por la empresa el plazo para la entrega del suministro es superior al señalado en los pliegos.

En el contrato número 9, de importe inferior a 50.000 euros, no consta negociación ni la formalización del contrato, más allá del pedido realizado a la empresa.

En todos los contratos celebrados por exclusividad el informe técnico que justifica la misma es firmado por el Director General, excepto en el contrato Núm. 9 en el que dicho informe es firmado por el Gerente de Operaciones de GIT.

En un contrato de los incluidos en el artículo 154 d) de la LCSP (artículo 170 d) del TRLCSP), es decir los celebrados por procedimiento negociado con base en la exclusividad del contratista, deben ser los servicios técnicos del propio órgano de contratación los que proporcionen los datos precisos para decidir sobre esta cuestión⁵. El Director General, sin perjuicio de su formación técnica, no es el indicado para determinar la exclusividad de una determinada empresa, máxime cuando la sociedad cuenta con personal técnico con suficiente capacidad para ello.

En conclusión, de los cinco contratos analizados por procedimiento negociado consta la existencia de negociación en uno de ellos aunque fruto de la misma no se obtuvieron mejores condiciones a las ofertadas.

IX.2.2. Fase de ejecución

Pese a que la ejecución de los contratos celebrados por GIT no se rige por el derecho administrativo sino por el derecho privado, se ha comprobado la ejecución de los mismos.

En el contrato número 2, no constan certificaciones de obra, ni acta de recepción parcial ni final de las obras contratadas.

La liquidación del contrato número 4 supone un aumento del 17,85 % del precio de adjudicación no habiendo acto alguno de modificación del mismo.

Un resumen de la ejecución de los contratos analizados se muestra a continuación:

Ejecución de los contratos				
Núm. de contrato	Importe de adjudicación	Importe modificado/prorrogado	Importe ejecutado	% de ejecución tras modificación
1	1.498.881	(804.596)	612.274	88,19%
2	950.000	765.000	1.683.913	98,19%
3	1.675.547	-	1.675.547	100,00%
4	398.535	-	469.658	117,85%
5	1.047.670	-	946.758	90,37%
6	352.487	-	321.148	91,11%
7	1.529.482	-	1.469.470	96,08%
8	585.917	585.917	1.135.162	99,28%
9	35.420	-	35.420	100,00%
10	236.520	-	233.220	98,60%
11	79.920	-	79.920	100,00%

*El contrato Núm. 4 se liquidó por un 17,85 % más del importe de adjudicación no habiendo constancia de su modificado

*El contrato Núm. 5 aún está en ejecución. Al tratarse de un contrato por lotes finaliza entre mayo del 2015 y septiembre del 2015

IX.3. Encomiendas de gestión

Como encomiendas de gestión entendemos no las del artículo 15 de la LRJPAC, que no tienen carácter oneroso, sino los encargos domésticos excluidos de la legislación de

contratos que son órdenes o mandatos de obligado cumplimiento, no existiendo, por consiguiente, la necesidad de que el ente encomendado preste su consentimiento.

Los encargos "domésticos" no son contratos públicos, a pesar de que puedan referirse a prestaciones propias de un contrato público, ya que la propia LCSP, y más tarde el TRLCSP, los excluye de su ámbito de aplicación en el artículo 4.1.n, siempre que sean realizados por entidades que, conforme al artículo 24.6 de la misma, tengan la consideración de medio propio.

En conclusión, son negocios y contratos excluidos de la legislación de contratos los encargos de una determinada actividad realizados a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico. En estos casos, y sólo en ellos, los encargos se pueden realizar de forma directa, sin necesidad de convocar licitaciones públicas.

Entre los ejercicios 2007 y 2013 GIT ha recibido 18 encomiendas de la APA. El gasto total presupuestado para las mismas ascendió a 64.294.481 euros con el detalle mostrado a continuación:

Fecha	Objeto	Importe
01/02/2007	Fibra óptica hogar Llanes	1.620.902
03/07/2007	Pre cableado vertical comarcas mineras	486.000
21/08/2008	FTTH diversas localidades	20.310.297
18/03/2009	Extensión TDT	10.160.402
18/03/2009	Extensión digitalización TDT	13.248.470
06/08/2009	Troncales despliegues red Asturcón	10.518.278
01/10/2009	Propuesta para ampliación gasto extensión TDT	747.852
01/09/2010	Despliegue séptimo múltiple	2.383.337
01/09/2010	Actuaciones complementarias TDT	1.827.312
09/11/2010	Conectividad de hospitales	210.035
30/12/2011	Conectividad de hospitales	561.447
11/05/2012	Fibra óptica red Asturcón	203.030
28/11/2012	Crecimiento vegetativo Asturcón	280.000
28/12/2012	Conectividad de hospitales	603.542
31/12/2012	Interconexión Gijón Roces	457.903
30/08/2013	Coubicación equipos TDT	108.858
30/12/2013	Conectividad de hospitales	566.816
Total		64.294.481

Paralelamente al encargo de las distintas encomiendas se dictaron varios actos administrativos de aprobación de tarifas por el PA conforme a las que debían presupuestarse las distintas actuaciones.

Para la fiscalización del texto de las encomiendas se seleccionó la siguiente muestra:

Relación encomiendas	Entidad encomendante	Objeto	Importe
Convenio 04/06/2007 que modifica el de 01/02/2007	Consejería de Economía y AAPP	Red fibra óptica hogar	1.620.902
Convenio 21/08/2008	Consejería AAPP y Portavoz del Gobierno	Red FTTH fibra óptica Llanes, Arriendas	20.310.297
Resolución 18/03/2009	Consejería AAPP y Portavoz del Gobierno	Extensión, digitalización TDT	13.248.461
Resolución 01/09/2010	Consejería AAPP y Portavoz del Gobierno	Despliegue séptimo múltiple	2.383.337
Resolución 30/12/2011	Consejería de Sanidad	Servicio conectividad hospitales CPD Asturcón	561.447
Resolución de 28/12/2012	Consejería de Sanidad	Servicio conectividad hospitales CPD	603.542
Total muestra			38.727.986

Sobre dicha muestra se han comprobado los siguientes extremos:

- Existencia de autorización de Consejo de Gobierno en caso de encomienda a órganos de diferente consejería.
- Inclusión en la formalización de la encomienda (Resolución o acuerdo de Consejo de Gobierno) de:
 - La actividad a que afecta la encomienda.
 - La "naturaleza y alcance de la gestión".
 - Plazo vigencia, prórroga y o finalización anticipada.
- Adecuación de los ingresos a las tarifas establecidas en la respectiva encomienda.
- Comprobación de los pagos efectuados por la APA en contraprestación a los encargos.
- Verificación de la existencia de actas de las comisiones de seguimiento.

Se ha comprobado que en todas las encomiendas existe Acuerdo del Consejo de Gobierno cuando se trata de encomiendas a órganos de distinta consejería.

En lo referente a la actividad que afecta a las encomiendas, el 11 de noviembre de 2008 la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno ordena a GIT "que inicie las actuaciones necesarias para la contratación por concurso, mediante procedimiento ordinario y abierto, el suministro, instalación y puesta en servicio de los equipos y sistemas...".

En este caso GIT actuó como un mero intermediario para la licitación de diversas prestaciones, trasladando de este modo la contratación a una sociedad mercantil cuyo nivel de sometimiento a la legislación contractual es menor que la de la consejería, con todo lo que ello implica.

En la encomienda de 18 de marzo de 2009 sí consta la actividad encomendada pero no se relacionan los emplazamientos donde debe extenderse y digitalizarse la red de TDT.

La naturaleza y alcance se determina en las encomiendas que han sido objeto de fiscalización excepto en la mencionada anteriormente que no determina los emplazamientos y en la de 11 de noviembre de 2008 que no determina el alcance.

La vigencia es determinada en todas excepto en la de 11 de noviembre de 2008.

En relación a la comprobación de la adecuación de los ingresos a las tarifas establecidas, se ha comprobado que las encomiendas tramitadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP han sido tramitadas sin la aprobación de tarifas⁶.

Se ha comprobado que todas las certificaciones y facturas que justifican la realización de las encomiendas han sido tramitadas conforme a las tarifas aprobadas. No obstante, en la encomienda de 21 de agosto de 2008 relativa a la Red FTTH fibra óptica de Llanes, las certificaciones de la factura 68/09 no están firmadas por el Director de Obra. Se solicitó aclaración a GIT e indicó que el expediente original se encontraba en la consejería correspondiente. Asimismo, las facturas 65/09 y 66/09, correspondientes a la encomienda de 18 de marzo de 2009, no aparecen firmadas por el Director de Obra. Se solicitó aclaración a GIT e indicó también que el expediente original se encontraba en la consejería correspondiente.

Se han solicitado actas de comisiones de seguimiento previstas en los casos en que la encomienda se formalizaba a través de un convenio. El fiscalizado no dispone de copias de dichas actas habiendo remitido, en relación a la encomienda derivada del convenio de 4 de junio de 2007, un informe de 1 de octubre de 2008 del Servicio de Telecomunicaciones en el que se describe los asuntos abordados en las reuniones celebradas por la comisión de seguimiento.

En relación al resto de las encomiendas el GIT comunica que no tiene constancia de la celebración de reuniones de las comisiones de seguimiento.

Merece una mención especial la encomienda para prestar el servicio de conectividad a los hospitales públicos. En este caso GIT contrata con terceros para poder prestar el servicio en su totalidad. Sería lógico que se repercutiera al PA el coste de esa contratación pero no la parte del servicio prestada al mismo, en régimen de autoprestación, con una Red hasta el momento propiedad del propio PA. Este importe en los años 2012 y 2013 es el que se muestra a continuación:

Conectividad 2012	Importes IVA incluido	Importes IVA excluido
Importe encomendado	561.447	471.870
Importe facturado al PA	561.447	471.870
Importe contratado por GIT		276.162
Diferencia		195.708

⁶ La obligatoriedad de las tarifas se introduce por la LCSP, por tanto no era obligatorio antes del mes de mayo de 2008.

Conectividad 2013	Importes IVA incluido	Importes IVA excluido
Importe encomendado	603.542	
Importe facturado al PA	584.604	483.144
Importe contratado por GIT		232.628
Diferencia		250.517

IX.3.1. Contratación con terceros

Por otra parte, dado que existe la posibilidad de que la entidad que recibe la encomienda contrate con terceros la ejecución del encargo, se solicitó a GIT que determinara para la muestra el porcentaje de subcontratación con el siguiente resultado:

Encomienda	% contratado con terceros
Llanes I, II y III	95,98%
Aceba	85,23%
TDT Extensión centros	98,42%
TDT 7º múltiplex	93,96%
Conectividad 2012	58,53%
Conectividad 2013	48,15%

Al respecto se plantea la posibilidad de que a un medio propio le sea aplicable el límite del 50 % previsto en el artículo 24.4 del TRLCSP para la contratación con empresarios colaboradores a la hora de determinar el porcentaje asumible de subcontratación en la ejecución de una encomienda de gestión.

Si bien no existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que un medio propio debe realizar por sí misma, según el informe de la JCCAE 13/12 de 27 de septiembre de 2012, para que el encargo o encomienda se le pueda realizar a la entidad medio propio o servicio técnico instrumental y no exista contrato, al existir en realidad una sola voluntad, es necesario que se dé el requisito material sustancial para que exista ejecución directa y se pueda emplear dicha figura, a saber: que ese medio propio o servicio técnico sea suficientemente apto para ejecutar la prestación. En este mismo sentido se pronuncia la Circular 4/2015, de 20 de mayo, de la IGAE, sobre diversos aspectos relacionados con las encomiendas de gestión reguladas en los artículos 4.1n) y 24.6 del TRLCSP.

Por tanto, no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación.

El artículo 24.4 del TRLCSP, limita la contratación con colaboradores de la ejecución de una obra, etc. al 50 % del importe total del proyecto, no porque quiera limitar la contratación con terceros colaboradores en el caso de que se trate de contratos administrativos especiales porque la Administración vaya a ejecutar la prestación con sus propios medios internos no personificados, sino simplemente porque en caso contrario, se considera que la Administración no tendría medios propios o servicios técnicos suficientemente aptos para ejecutar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho que permite la ejecución por la propia Administración.

Por ello, si una entidad medio propio no puede ejecutar el 50 % del encargo, es que no es suficientemente apta para realizar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho del apartado 1.a) del propio artículo 24, y, por tanto, no cabría el encargo o encomienda correspondiente.

En conclusión, la determinación contenida en el último inciso del artículo 24.4 es de aplicación preceptiva a los contratos que deba celebrar la entidad medio propio o servicio técnico que recibe un encargo con terceros para ejecutar la prestación encomendada.

En otro caso, no se respetaría el requisito a contrario que resulta de esa norma, que es que sólo ejecutando el 50 % de la prestación, mediante el empleo de medios o servicios técnicos propios, se considera que esos medios o servicios son suficientemente aptos para ejecutar la prestación y por ello se admite la ejecución directa por la propia Administración o mediante encargo al medio propio o servicio técnico personificado. En el supuesto contrario no serían admisibles legalmente, debiendo acudir directamente a la externalización por los procedimientos de contratación correspondientes. Ello se corresponde con la DA 25 del TRLCSP en relación a TRAGSA.

X. HECHOS POSTERIORES

X.1. Sector de las telecomunicaciones

Como consecuencia de las diversas modificaciones sufridas por la LGTel y del nuevo panorama normativo europeo, la citada ley fue derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, que trata de dar respuesta a la Agencia Digital para Europa, principal instrumento para el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Europea 2020.

Es esta una estrategia de crecimiento de la UE para la próxima década orientada a conseguir que la UE posea una economía inteligente, sostenible e integradora. Estas tres prioridades, que se refuerzan mutuamente, contribuirán a que la UE y sus Estados miembros generen altos niveles de empleo, productividad y cohesión social. Concretamente, la UE ha establecido para 2020 cinco ambiciosos objetivos en materia de empleo, innovación, educación, integración social y clima/energía. En cada una de estas áreas, cada Estado miembro se ha fijado sus propios objetivos. La estrategia se apoya en medidas concretas tanto de la Unión como de los Estados miembros. Abreviadamente, la Agenda Digital tiene como finalidad obtener los beneficios económicos y sociales sostenibles que pueden derivar de un mercado único digital basado en un acceso a internet rápido y ultrarrápido y en unas aplicaciones interoperables.

Además de una estimulación en la inversión, la Comisión Europea ha señalado que el despliegue de redes ultrarrápidas puede tener un importante impacto en la creación de empleo, siendo necesario promover y velar por la competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones.

X.2. Continuidad de la sociedad

Inicialmente, la sociedad se constituyó por tiempo indefinido con la prevención de que la JGPA podría acordar en cualquier tiempo su disolución y liquidación así como su fusión o escisión.

El PA es titular de la red Asturcón y explota tanto dicha red como la red de la TDT. GIT por su parte gestiona la red Asturcón mediante una encomienda de gestión del PA y explota la red de fibra óptica además de prestar el servicio de conectividad a la Red Hospitalaria del SESPA o a hospitales concertados en régimen de autoprestación.

La Ley 1/2013, de 24 de mayo, de Medidas de Reestructuración del Sector Público Autonómico, en su artículo 26 autorizaba al Consejo de Gobierno, previa comunicación a la JGPA del sistema de gestión acordado para asegurar la prestación de los servicios de red y la autoprestación, a realizar los actos necesarios para proceder a la disolución y posterior liquidación de GIT, garantizando la prestación de los servicios de telecomunicaciones, la subrogación de sus trabajadores en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello de acuerdo con las prescripciones dictadas por el organismo nacional regulador del sector de las telecomunicaciones. Esta autorización de enajenación y disolución de la sociedad caducaba, según la DF tercera de la Ley de Medidas de Reestructuración, en el plazo

de dieciocho meses a partir de la de la entrada en vigor de la misma, esto es, el 1 de diciembre de 2014.

Ante esta situación y dado el cambio legislativo introducido con la aprobación de la nueva LGTel, variación en lo referente a los requisitos para ser titular de la red Asturcón, el Gobierno del PA efectuó el 28 de julio de 2014 una consulta planteada a la CNMC⁷ relativa a la forma de gestión de dicha red.

Así, el 11 de diciembre de 2014 la CNMC publicó el Acuerdo por el que se da contestación a una consulta planteada el 28 de julio de 2014 por el gobierno del PA relativa a la forma de gestión de dicha red.

X.2.1. Contenido de la respuesta de la CNMC

Ante la primera cuestión sobre la fórmula más adecuada de gestión por un tercero de la Red Asturcón, la CNMC manifiesta que al ser ésta un bien de naturaleza patrimonial, el concurso público resulta la fórmula más adecuada para la elección del operador privado que gestionará dicha red, de conformidad con el artículo 107.1 de la LPAP. Asimismo, el procedimiento competitivo deberá garantizar el respeto de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad establecidos en el artículo 8 de la LPAP, debiendo acudirse al TRLCSP, en lo no previsto por tal norma, dependiendo de la modalidad de contrato que se elija. Se aclara respecto a la concreta fórmula de gestión, que pese a que no entra en el ámbito competencial de la CNMC su determinación, por lo que el PA podrá elegir cualquier modalidad de las previstas en las normas citadas, se le recuerda que a la hora de determinar la fórmula de gestión de la red por un tercero deberá tener en cuenta que las telecomunicaciones son servicios de interés general y no están atribuidas al PA entre sus funciones propias, por lo que a la CNMC no le parecen apropiadas fórmulas de gestión de servicios públicos propios de la Administración⁸. Por otro lado, es relevante puntualizar la existencia de dos servicios que podrían diferenciarse, de una parte la conectividad a los hospitales de la región, que podría explotarse en autoprestación⁹ por el PA, y de otra la explotación de la red y el servicio a prestar a terceros, que habrá de licitarse. Respetando estas premisas, la elección de la fórmula de gestión corresponde al Gobierno de Asturias.

La segunda cuestión se refería a la posibilidad de que el PA asuma directamente a través de sus propios medios, sin intervención de otra entidad o sociedad, la explotación de la red Asturcón. La respuesta es negativa en base al artículo 9 de la LGTel que regula la instalación y explotación de redes públicas y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por las

⁷ Acuerdo de 11 de diciembre de 2014 de la CNMC.

⁸ contrato de gestión de servicios públicos

⁹ El concepto de autoprestación ha sido analizado en diversas ocasiones por la CMT, y a los efectos de la LGTel, supone la satisfacción de las necesidades propias de comunicación –entendiendo tanto las de los trabajadores de una determinada empresa como las de los usuarios en relación con el contenido del servicio prestado-, así como los supuestos en los que el titular de la red o el prestador del servicio se limiten a satisfacer sus necesidades de comunicación, sin incluir terceros.

AAPP. Según dicho artículo, la instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por AAPP debe realizarse dando cumplimiento al principio de inversor privado, con la debida separación de cuentas, con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del TFUE.

Como consecuencia, una AP 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 y por esta razón no puede ser la red titularidad del PA.

Una tercera cuestión era sobre si la adjudicación a un operador privado puede considerarse como control indirecto de la red a los efectos de lo previsto en el artículo 9 de la LGTel. Ante dicha situación la CMNC considera que la prestación por una entidad pública o la cesión a un operador privado, como regla general, deberá realizarse a cambio de una contraprestación sujetándose al principio del inversor privado, salvo en determinados supuestos en que no exista interés de concurrencia por el sector privado y confluja la necesidad de garantizar la cohesión territorial y social, en virtud del artículo 9.2 de la LGTel.

En cualquier caso, la Administración deberá garantizar que la explotación de una red como Asturcón se efectúe de forma que permita su utilización por el resto de los operadores privados en condiciones equivalentes y a precios de zonas más competitivas. Esto es, tendrá que garantizarse que se mantenga la naturaleza de red abierta.

Así, aunque la gestión de la red se adjudique a una entidad privada, si su explotación sigue estando atribuida a una sociedad o entidad de una AP, esta última debe prever en el contrato medidas o condiciones que supondrán el ejercicio de un cierto control sobre la red, especialmente para mantener el carácter neutro de esta infraestructura, es decir, que el adjudicatario se vea obligado a dar acceso mayorista a todos los operadores que lo soliciten.

Debe tenerse en cuenta que aunque se ceda la explotación de la red a un operador privado, su titularidad deberá atribuirse a alguna entidad pública que cumpla con el artículo 9 de la mencionada ley. Si la APA mantuviera directamente su titularidad no se ajustaría a los términos previstos legalmente ya que la mera instalación o explotación de una red de comunicaciones electrónicas debe ser inscrita en el Registro de Operadores en línea.

Mediante la cesión de la gestión de la red a un operador privado, el PA seguiría siendo operador y dado que ello no es posible con la actual legislación pues, como se señaló anteriormente, la CA no tiene entre sus fines la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el PA debe atribuir estas funciones a una entidad o sociedad pública, no siendo imprescindible la condición de medio propio de ésta. Ésta última será quien desempeñe el papel de operador y notifique al Registro de Operadores su condición de titular de la red. El PA debe traspasar dicha titularidad

antes del 11 de mayo de 2015, sin que hasta el momento se tenga conocimiento de que se haya producido dicho traspaso.

X.3. Normativa sobre empresas públicas

El artículo 5 de la Ley del PA 7/2014, 17 julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa, con vigencia desde el 23 de julio de 2014, modifica la DA primera de la LRJPA introduciendo que el nombramiento de los Directores, Gerentes o asimilados, de los organismos, entidades y empresas creadas por el PA, en cuanto máximos responsables de la gestión de los mismos, debe hacerse atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia. Los titulares de los puestos referidos se asimilarán en su régimen jurídico al de los altos cargos.

Oviedo, 15 de julio de 2015

El Síndico Mayor

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized 'A' followed by a horizontal line and a diagonal stroke.

Fdo.: Avelino Viejo Fernández

