

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 405/2016

DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 294/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

14 07. 17.

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Dña. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a cinco de julio de dos mil diecisiete.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 405/2016 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna la Orden Foral 171/2016 de 26 de mayo del Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Álava que regula la ocupación del repetidor gestionado por ITELAZPI S.A. situado en el monte de utilidad pública nº 384, llamado "Monte de Arriba", perteneciente al Concejo de Kontrasta.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: ITELAZPI S.A., representado por Dña. ICIAR OTALORA ARIÑO y dirigido por el letrado D. JAVIER BALZA AGUILERA.

-DEMANDADA: CONCEJO DE CONTRASTA y DIPUTACION FORAL DE ALAVA, representados por Dña. BEGOÑA FERNANDEZ DE GAMBOA IRARAGORRI y LETRADO DE LA DIPUTACION FORAL DE ALAVA y dirigidos por el letrado D. JUAN JESUS LANDA MENDIBE y LETRADO DE LA DIPUTACION FORAL DE ALAVA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de julio de 2016 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D^a. ICIAR OTALORA ARIÑO actuando en nombre y representación de ITELAZPI, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden Foral 171/2016 de 26 de mayo del Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Álava que regula la ocupación del repetidor gestionado por ITELAZPI S.A. situado en el monte de utilidad pública nº 384, llamado “Monte de Arriba”, perteneciente al Concejo de Kontrasta; quedando registrado dicho recurso con el número 405/2016.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estimaran las pretensiones de la parte actora.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la parte demandante.

CUARTO.- Por Decreto de 31 de marzo de 2017 se fijó como cuantía del presente recurso la de 3.836,10 euros.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 23 de junio de 2017 se señaló el pasado día 29 de junio de 2017 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Orden Foral 171/2016 de 26 de mayo del Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Álava que regula la ocupación del repetidor gestionado por ITELAZPI S.A. situado en el monte de utilidad pública nº 384, llamado “Monte de Arriba”, perteneciente al Concejo de Kontrasta.

La mencionada Orden Foral acuerda : a) autorizar a Itelazpi S.L. la ocupación de una superficie de 67 m2 del monte por las instalaciones del Centro de Kontrasta existentes desde hace décadas (torre de comunicaciones, caseta de 10,5 m2 de planta, cerramiento perimetral y acometida de energía eléctrica; b) condicionar la ocupación al cumplimiento de determinados requisitos relativos a las instalaciones, camino de acceso, restauración de zonas que pudieran resultar alteradas, responsabilidad civil por daños, plazo, canon y desmantelamiento de las instalaciones al término de la concesión.

El monte de utilidad pública en el que se halla construido el centro emisor de Kontrasta está incluido en el Catalogo de MUP de Álava (Real Orden del Ministerio de Fomento de 504.1909) y pertenece al pueblo mencionado.

En virtud del Decreto 336/1985 la Diputación Foral de Álava traspasó a la Comunidad Autónoma del País Vasco el Centro Reemisor de Kontrasta : caseta de 3X3 m y cerramiento metálico; línea de baja tensión; torre 18 mts. y sistema radiante; 3 equipos UHAF 20 w; 1 equipo VHF 20w; varios; camino todo uno propiedad de la J. Administrativa.

La Junta Administrativa de Kontrasta dirigió escrito con fecha 19.9.2012 a la Diputación Foral de Álava para que estableciese los requisitos de ocupación del monte, entre ellos el pago de un canon, mediante concesión, de conformidad con la Norma Foral 11/2007 de montes de Álava.

Itelazpi S.L. presentó a la Diputación Foral en 2013 una propuesta de convenio de colaboración administrativa sobre infraestructuras situadas en los montes de Álava, que fue informada desfavorablemente por los servicios jurídicos de la Diputación.

El Concejo de Kontrasta reiteró su solicitud del año 2012 mediante escrito de 9.9.2015, y el Servicio de Montes de la Diputación Foral con fecha 19.4.2016 dio traslado de dicho escrito al Gobierno Vasco y a Itelazpi S.L. y requirió a ambos para que aportasen la documentación referida a la autorización para el uso de las instalaciones del repetidor, la descripción de las existentes a dicha fecha, los ingresos brutos que la sociedad había obtenido desde 2012 por la gestión del centro, etc.

El Gobierno Vasco e Itelazpi S.L. contestaron al antedicho requerimiento mediante sendos escritos de fecha 6.5.2016.

SEGUNDO.- El recurso contencioso-administrativo se sustenta en los motivos siguientes:

1.- La caducidad del procedimiento tramitado para someter a concesión y al pago de un gravamen (canon) la ocupación del monte de utilidad pública, por haber excedido su duración (44 meses) el plazo máximo de tres meses (artículo 44.2 de la Ley 30/1992).

2.- La nulidad del mencionado procedimiento por omisión de sus trámites: no hubo trámite de audiencia al interesado (la recurrente) para la presentación de alegaciones y prueba, y tampoco se le dio traslado de los informes y documentos aportados al expediente, ni audiencia previa o posterior a la propuesta de resolución. Infracción de los artículos 24 a 26 de la Norma Foral de montes y del artículo 84.1 de la Ley 30/1992.

3.- La imposición de una tasa por la ocupación del monte sin cumplir los trámites de: informe técnico-económico; acuerdo de imposición; aprobación de la Ordenanza. Infracción de los artículos 20.1 y 25 de la Norma Foral de haciendas locales de Álava.

4.- La injustificación del importe de la tasa o canon: aplicación de criterios y método de valoración arbitrarios en la llamada “ Memoria Técnica-Económica” (folios 126-144 del expediente). Defecto de motivación sobre la aplicación de los sistemas de cálculo establecidos en otras Comunidades Autónomas.

5.- La vulneración del régimen de traspasos de servicios entre las Instituciones Comunes de la CAPV y el Territorio Histórico de Álava, aprobado por Decreto 194/1984 de 19 de junio en relación al apartado B) del Anexo del Decreto 336/1985. Subrogación de la CAPV en la misma situación de la DFA respecto al Centro Reemisor de Kontrasta : ocupación del monte de utilidad pública en las mismas condiciones (sin limitación temporal, canon o régimen de concesión) que la DFA y para la misma finalidad; a saber, la prestación del servicio de telecomunicaciones. Afectación del monte a un servicio e instalaciones transferidos a la CAPV y no a la recurrente, sociedad gestora instrumental de esa Administración.

6.- La exención del canon : a) Ar. 93.4 de la Ley 33/2003 : aprovechamiento privativo de un bien de dominio público sin utilidad económica para el concesionario. Resultado negativo de la explotación del centro (diferencia entre ingresos de entes públicos y privados y costes) desde 2012; b) Ar. 20.5 de la NFHL : aprovechamiento privativo del dominio público inherente a los servicios públicos de comunicaciones explotado directamente por la CAPV.

TERCERO.- La Diputación Foral de Álava se ha opuesto a la estimación del recurso contencioso por los motivos siguientes:

1.- La ocupación del MUP 384 producida por la construcción del Centro de Telecomunicaciones de Kontrasta está sujeta a condición de acuerdo con la legislación de

moentes: disposición transitoria 1ª de la Ley 43/2003; artículo 24 de la Norma Foral 11/2007 de 26 de marzo) y es competente el Departamento de Agricultura de la Diputación Foral para otorgar la concesión del aprovechamiento privativo y establecer sus condiciones , de conformidad con el artículo 26 de la misma Norma Foral.

2.- La aprobación del canon de ocupación del monte de conformidad con la normativa foral de montes (Art. 26.1 de la N.F. 11/2007). Inaplicación del régimen de aprobación de las tasas la NF 41/1989 de haciendas locales.

3.- La cuantificación del canon conforme al valor de mercado de ocupaciones del dominio público (forestal) de similar naturaleza o intensidad. Memoria económica: beneficio económico obtenido o esperado; valores ambientales del monte; beneficios económicos de la utilización privativa; ámbito o cobertura poblacional de la instalación (inferior a 1.000 personas; coeficiente del 0,8 aplicado a 4.795, 12 € por unidad de ocupación y año : canon de 3.836, 10 €/año).

4.- Inaplicación de las causas de exención del cano alegadas por la recurrente: utilidad económica en la utilización de las instalaciones; prestación de servicios económicos o comerciales (de telecomunicaciones) que no tienen la consideración de servicios públicos.

5.- El Decreto 336/1985 de 5 de noviembre de traspaso de servicios del THA a las Instituciones Comunes de la CAPV no constituye título para la ocupación del monte de utilidad pública, porque ese traspaso no comprende ese bien de dominio público, perteneciente al Concejo de Kontrasta sino únicamente la titularidad de las instalaciones y equipos del centro reemisor, además de haber sido ampliadas esas instalaciones para la prestación de servicios de difusión de operadores privados de radio y televisión y el alojamiento de operadores privados de telefonía móvil.

6.- No se produjo la caducidad del procedimiento instado por el Concejo de Kontrasta porque no se inició sino en virtud de los requerimientos de documentación dirigidos el 19.4.2016 por la Diputación Foral al Gobierno Vasco y a Itelazpi S.L.

7.- No se omitió el trámite de audiencia a la recurrente porque en contestación al requerimiento de documentación presentó la solicitada por la Diputación Foral e hizo alegaciones sobre el título de ocupación del monte de utilidad pública, procedencia de la concesión y exigencia del canon, y la Orden Foral recurrida , como el informe jurídico previo se sustentaron en esa documentación.

CUARTO.- La oposición del Concejo de Contrasta a la estimación del recurso contencioso se ha fundado, además de en su conformidad o coincidencia con las alegaciones de la otra demandada, en los motivos siguientes:

1.- No se ha producido la caducidad del procedimiento. Inaplicación del artículo 44.2 de la LE 30/1992: no se han ejercido potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. Paralización de las

actuaciones por causas imputables al interesado. Interés público en la resolución del procedimiento (Art. 92.4 de la Ley 30/1992).

2.- La sujeción de la ocupación del MUP 384 de Álava a concesión y al pago del canon establecido por la Diputación Foral. Ocupación “de facto” del monte, extramuros de la legislación de montes y de los derechos de su titular (el Concejo).

3.- Inexistencia de derecho real sobre el monte catalogado de utilidad pública. Transferencia del Centro de Comunicaciones en las mismas condiciones en que fue gestionado por la Diputación Foral : sin título de ocupación del MUP, perteneciente al Concejo.

QUINTO.- La alegación de caducidad del procedimiento debe ser desestimada, pero no en razón a la naturaleza de la potestad ejercida por la Diputación Foral de Álava ya que esa potestad teniendo en cuenta su objeto y alcance es indudablemente de intervención y sus efectos para la recurrente son desfavorables (sujeción a concesión de un aprovechamiento tolerado o en precario) y de gravamen (abono de un canon), o porque sea de aplicación al caso el artículo 92.2 de la Ley 30/1992 (la remisión del artículo 42.2 de la misma Ley a ese precepto no se extiende a un efecto propio, y exclusivo, del procedimiento iniciado a solicitud del interesado) sino porque el procedimiento ha de entenderse iniciado, en defecto de acuerdo formal de incoación, con la primera actuación ordenada por la Administración (Diputación Foral) competente para su instrucción y resolución y no por virtud de los requerimientos o solicitudes del Concejo de Contrasta, de conformidad con el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, y esa actuación no se produjo hasta el 19.04-2016 con el requerimiento de documentación a la recurrente y al Gobierno Vasco, con lo cual en las fechas (27 y 30 de mayo de 2016) de notificación de la Orden Foral recurrida no había transcurrido el plazo máximo de tres meses de aplicación al caso de conformidad con el artículo 44 en relación con el artículo 43.3, ambos de la Ley 30/1992.

En la sentencia dictada el 30-05-2016 en el Recurso 22/2015 aplicamos la misma solución; esto es, la de fijar, a los efectos, como fecha de incoación del procedimiento, en defecto de acuerdo expreso, la del primer acto de instrucción.

SEXTO.- No se han omitido los trámites esenciales del procedimiento, en particular el de audiencia al interesado (artículo 84 de la Ley 30/1992) pues aquel al contestar al requerimiento de la Diputación Foral hizo las alegaciones convenientes a su defensa y pudo presentar además de la documentación requerida la que estimó pertinente, y no se advierte en la resolución del procedimiento, antes en su propuesta, ningún hecho, dato o documento distintos a los que motivaron el tal requerimiento y la contestación del interesado.

Así, aunque no se dio traslado al recurrente para alegaciones con anterioridad a la propuesta de resolución, no se le ha causado indefensión; no en vano hay, sustancialmente, coincidencia entre las alegaciones que hizo en la vía administrativa

sobre el título de ocupación del monte de utilidad pública, las condiciones de gestión o explotación del centro reemisor y el eventual establecimiento del canon por causa de dicha ocupación, y las que fundan su recurso contencioso; y los documentos en que se sustenta este recurso no son distintos de los aportados antes.

SEPTIMO.- El Decreto 336/1985 de 5 de noviembre de traspaso de servicios del THA a las Instituciones Comunes de la CAPV transfirió a esta la titularidad de las instalaciones del centro reemisor de Contrasta pero no la del monte ocupado por las mismas por la sencilla razón (su negación es una temeridad) de que ese bien – demanial- sigue perteneciendo al Concejo con lo cual malamente podía ser transmitido por la Diputación Foral; así es que en el Catalogo de montes de utilidad pública en lo que hace al caso el nº 384 (“Monte de Arriba”) sigue figurando como de la pertenencia del pueblo de Contrasta, sin derecho real alguno a favor de otra entidad o Administración. Y en el Inventario de bienes de la CAPV no figura inscripto el monte sino las instalaciones construidas en él.

Por lo tanto, la CAPV ha recibido esas instalaciones para su utilización conforme a su finalidad, esto es, el servicio de telecomunicaciones, en las mismas condiciones (de uso en precario) en lo que respecta al suelo ocupado por las mismas, incluido el camino de acceso también perteneciente a la Juna Administrativa de Constrasta, en que fueron utilizadas por la Diputación Foral y, así, esta Administración tenía el deber-facultad, ejercido a instancia del titular del monte de utilidad pública, de sujetar su ocupación futura al régimen de concesión, so pena de seguir manteniendo un régimen de ocupación privativa incompatible con la demanialidad del bien y su régimen de usos y protección establecido por la legislación de montes (básica y foral) invocada por las demandadas como título habilitante de la competencia ejercida por la Diputación de Álava.

OCTAVO.- La recurrente no quiere concesión ni canon. Y si a lo primero se ha opuesto mediante la invocación de un título ilusorio, por no decir quimérico; a saber, el mencionado Decreto de traspaso de bienes y servicios, amén de eludir, no de negar, el hecho de las modificaciones introducidas en las instalaciones o equipos del centro post traspaso del mismo a la CAPC; a lo segundo se ha opuesto haciendo pasar por tasa de régimen hacendístico municipal o supramunicipal lo que es un canon de régimen especial (de montes) exigible por una entidad – la Diputación Foral- de naturaleza diferente.

Así, como bien ha defendido la demandada la aprobación del canon, su devengo y cuantificación no está sometido a la Norma Foral 41/1989 de haciendas locales de Álava (artículos 1 y 55 en cuanto a su ámbito de aplicación ; artículo 24 y siguientes en cuanto a la tasa por aprovechamiento privativo o especial del dominio público local) sino a la Norma Foral 11/2007 de montes de Álava (artículos 24, 26 y concordantes) de suerte que la fijación del canon no requiere los trámites de creación y regulación de la tasa señalados por la recurrente sino los propios del procedimiento de otorgamiento de la concesión, no en vano aquel concepto es una de las condiciones que deben fijarse en ese título y debe ser abonado por quien ocupa el bien (aquí la entidad pública que gestiona las

instalaciones del centro) a la entidad titular del monte (aquí el Concejo de Contrasta).

Desde luego, sería un contrasentido que la recurrente pague un canon a la CAPV por el uso de las instalaciones del centro, de hasta 386.592 euros (págs. 16 y 19 de la Memoria adjunta a la Auditoria; folios 92 y 105 del expediente) y que fuera esa Administración y no ella la obligada al pago del canon devengado por la ocupación de la superficie del monte de utilidad pública afectado al servicio de comunicaciones prestado por dichas instalaciones.

NOVENO.- También hay que dar la razón a las demandadas en cuanto a la inaplicación del régimen de exención de la tasa por aprovechamiento especial o privativo del dominio público local porque aun de asimilar ese concepto al del canon aplicado de conformidad con la normativa de montes, en lo que atañe al supuesto previsto por el artículo 93.4 de la Ley 33/2003 de patrimonio de las Administraciones Públicas, no puede decirse que tal aprovechamiento o utilización no lleve aparejada una utilidad económica para Itelazpi S.L. teniendo en cuenta que cobra a sociedades públicas (Euskal Telebista S.A; Eusko Irratia S.A.; Gasteiz Irratia S.L.) por los servicios de transporte y difusión de radio y televisión, y a operadores privados de telefonía móvil por el alojamiento en las instalaciones del centro de Contrasta (sin prestar el servicio de comunicaciones) aun sean deficitarios los resultados de las cuentas anuales de la recurrente, según la Memoria y documentos aportados al expediente, además de la utilidad que reporta el uso de las instalaciones a su gestor público mediante la contraprestación recibida por la Comunidad Autónoma.

Tampoco estamos en el supuesto previsto por el artículo 20.5 de la Norma Foral de Álava de haciendas locales (“El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales no estarán obligadas al pago de la tasa por utilización privativa del dominio público por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y todos los que interesen a la seguridad ciudadana y a la defensa”). Y es que los servicios de telecomunicaciones prestados en el Centro de Contrasta, incluidas las redes de difusión de radio y televisión públicas son servicios de interés general y no servicios públicos, sin más excepción que los relacionados con la defensa y la protección civil (equipamiento de la Red del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco para las comunicaciones de la Ertzaintza, servicios de emergencia y de Policía Local, en el caso de Itelazpi s.L.) conforme a la legislación de aquel sector y, así, la recurrente (sociedad pública) actúa como un operador más en el mercado de las telecomunicaciones a cambio de las correspondientes contraprestaciones.

Por último, debe considerarse suficientemente motivada y acreditada la cuantía anual del canon en razón a los precios tomados como referencia del valor de mercado de la ocupación del monte de utilidad pública (v. g. el valor del aprovechamiento especial o privativo del dominio público local en la cuantificación de la tasa devengada por ese uso, conforme a la normativa de haciendas locales) y según los criterios de cuantificación y datos reseñados en la Memoria aportada al expediente.

El carácter público del operador de telecomunicaciones (la sociedad recurrente) no cambia las cosas ya que concurre en ese mercado con otros operadores para la prestación de servicios (de interés general) de la misma clase.

DECIMO.- Hay que imponer las costas a la recurrente, pero reduciendo su importe a la mitad por las dudas que han suscitado algunos de los motivos en que se ha fundado el recurso contencioso (artículo 139.1 y 3 de la LJCA).

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo presentado por ITELAZPI, S.A. contra la Orden Foral 171/2016 de 26 de mayo del Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Álava que regula la ocupación del repetidor gestionado por ITELAZPI S.A. situado en el monte de utilidad pública nº 384, llamado "Monte de Arriba", perteneciente al Concejo de Kontrasta, e imponemos a la recurrente el pago de la mitad de las costas del procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0405 16, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 5 de julio de 2017.