



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Let. Higinio Solar Miranda
Ilmo. Uto. de Gijón

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON

MATEO MOLINER GONZÁLEZ
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Paseo del Muro, 6 - 1º D (Frente Escalera)
Tlf.: 985 35 95 89 - Fax: 985 34 73 90
33202 - GIJON
despacho@mateomoliner.com

SENTENCIA: 00186/2011

N11600

C/ DECANO PRENDES PANDO 1-3 (PALACIO DE JUSTICIA).- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2010 0100320

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000257 /2010

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De XFERA MOVILES S.A

Letrado: DON SEBASTIAN DEL VAL CATALÁ

Procurador DON ABEL CELEMIN VIÑUELA

Contra AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado: DON HIGINIO SOLAR MIRANDA

Procurador DON MATEO MOLINER GONZÁLEZ

SENTENCIA

En Gijón, a veintinueve de Septiembre de dos mil once.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Alvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario núm. 257/2010, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la entidad "Xfera Móviles S.A.", representada por el Procurador Don Abel Celemín Viñuela y dirigida por el Letrado Don Sebastian del Val Catalá, y de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don Mateo Moliner González y dirigido por el Letrado Don Higinio Solar Miranda, sobre Tributario.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



PRIMERO: La parte actora interpone contra el Ayuntamiento de Gijón recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la liquidación tributaria definitiva de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por la telefonía móvil correspondiente al ejercicio 2009 por importe de 20.193,60 euros.

Como fundamentos de derecho se alega que la actora no realiza el hecho imponible de la tasa. La cuantificación de la tasa con arreglo al régimen general únicamente puede referirse a la utilización o aprovechamiento de redes propias del contribuyente; la ausencia de aprovechamiento especial del dominio público local sobre el que se asientan las redes de otros operadores. Respecto a la cuantificación de la tasa se alega la vulneración por parte del art. 5.1 de la Ordenanza de las normas sobre determinación del importe de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local establecidas en el art. 24.1 A) del TRLHL; la nulidad de las liquidaciones por haber incumplido el Ayuntamiento de Gijón la normativa que regula la aplicación del método de estimación indirecta en la determinación de la base imponible de liquidaciones tributarias; la nulidad de la Ordenanza Fiscal de Gijón por vulnerar diversos preceptos de la Constitución española. Se señala que la tasa por utilización privativa aprovechamiento especial del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de las empresas explotadoras de servicios de suministro regulada en la Ordenanza Fiscal de Gijón recae sobre la misma materia impositiva que la tasa general de operadores, vulnerando lo dispuesto en la CE y que la Ordenanza incurre en un supuesto de doble imposición en relación con la tasa por reserva de espectro radioléctrico regulada en el apartado 3º del anexo I de la LGtel y la tasa de carreteras regulada en el art. 21.4 de la Ley 25/88. También se aduce que la Ordenanza vulnera los principios constitucionales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrados en el art. 9.3 CE, al hacer tributar de forma similar y totalmente desproporcionada a situaciones de hecho completamente distintas como son las correspondientes a operadores de telefonía fija y operadores de telefonía móvil; se alega que la tasa regulada en la Ordenanza Fiscal vulnera la normativa de derecho comunitario.

Por la Administración demandada se solicitó la inadmisibilidad y subsidiariamente la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Se alega, en primer lugar por la Administración demandada la inadmisibilidad del recurso al amparo de lo dispuesto en el art. 69.b) en relación con el art. 45.d) de la LJCA por no constar acreditado en autos que la decisión de recurrir de la actora ha sido adoptada por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia.

Por la parte actora, en trámite de conclusiones se invoca la jurisprudencia del TS en cuanto a la innecesariedad de





aportar el acuerdo societario para recurrir cuando de entidades mercantiles se trata.

Este Juzgador conoce que respecto a la exigencia del requisito del art. 45.2.d) de la LJCA existe una línea jurisprudencial que la afirma y otra que la niega, y en esta situación este órgano jurisdiccional se inclina por acoger la jurisprudencia que exige el requisito al venir avalada esta posición por el Pleno de la Sala III del TS en la sentencia de 5-11-08, confirmada por la jurisprudencia mas reciente (STS 30-9-10, con cita de diversas sentencias del TC).

En efecto la sentencia del TS de 5-11-08 señala que tras la Ley de 1998 cualquiera que sea la entidad demandante, esta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo. Añade la sentencia que una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad.

Y en relación a la presentación, como sucede en el caso de autos, de una escritura de sustitución de poder general para pleitos, acompañada con el escrito de interposición del recurso, dice la sentencia que con tal aportación lo que quedaba acreditado es que el Procurador que presentó el escrito de interposición podía representar, con las facultades propias de un poder general para pleitos a la mercantil en cuyo nombre comparecía, pero no que tal representante ejecutara al interponer el recurso una decisión de litigar adoptada por el órgano competente de dicha mercantil.

Y sobre la alegación en el presente recurso de que una vez subsanados los defectos procesales advertidos por el Secretario Judicial, la demanda fue admitida a trámite la sentencia reseñada indica que el art. 45.3 de la Ley de la Jurisdicción impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto.

Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del art. 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV.

También indica la sentencia que son así las normas de este art. 138, más la del art. 24.1 de la CE en el particular que proscribire toda situación de indefensión las que rigen la cuestión de si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que concurría, señalando la sentencia (tras admitir que se han dictado sentencias en sentido contrario) que es la respuesta afirmativa la que debe imponerse.

Se indica así que aquel art. 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Pero no es solo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

Además y por último, una interpretación conforme a la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre.

La anterior doctrina jurisprudencial, que como ya hemos indicado ha sido reiterada posteriormente ha de conducir a la declaración de la inadmisibilidad del recurso.

TERCERO: De conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA, no apreciándose temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, no procede realizar condena en costas.

F A L L O

Que debo declarar y declaro la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Abel Celemin Viñuela en nombre y representación de "Xfera Móviles S.A." contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación económico-administrativa presentada ante el Ayuntamiento de Gijón contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la liquidación tributaria de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por la telefonía móvil correspondiente al ejercicio 2009; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

