



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 6 de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tfno.: 951939076, Fax: 951939176.

N.I.G.: 2906745320200000977.

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 147/2020. Negociado: 2

Actuación recurrida: (Organismo: AYUNTAMIENTO DE MALAGA)

De: SERVICIOS URBANOS DE MALAGA S A

Procurador/a: ANGEL ANSORENA HUIDOBRO

Letrado/a:

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ

Letrado/a:

SENTENCIA N.º 63/2023

En Málaga, a 22 de marzo de 2023

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo número 147/2020, tramitado por el cauce Procedimiento Ordinario, interpuesto por la mercantil "Servicios Urbanos de Málaga, SA" ("SERUMA") representado y asistido en autos por el Procurador de Tribunales Sr. Ansorena Huidobro y asistido por los Letrados Sra. Veleira Couto y Sr. Pérez Infante, **contra TRES ACUERDOS: Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga celebrado en sesión extraordinaria de 19 de marzo de 2020, Punto Nº 2; contra el Acuerdo del mismo Pleno de 20 de abril de 2020, Punto nº 5; AMPLIADAS LAS ACTUACIONES contra el Acuerdo de 22 de mayo de 2020 de la Junta de Gobierno Local de la misma Administración municipal a sus puntos segundo tercero y cuarto**, todos adoptados en el expediente de constitución de sociedad con capital 100% público asumiendo la misma el Servicio de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos urbanos; la no suspensión de plazos para su constitución; y finalización y extinción de contrato con Servicios de Limpieza Limasa III y fecha de inicio de la actividad de limpieza en Málaga por sociedad anónima municipal; siendo representada y asistida la administración municipal por el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez y su Letrado Sr. Martínez Fernández, fijada la cuantía del recurso como indeterminada, dicta la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 27 de abril de 2020 se presentó, en origen y ante el Decanato de este partido judicial, escrito de interposición recurso contencioso administrativo presentado por el Procurador de los Tribunales Sr. Ansorena Huidobro en nombre y representación de la sociedad arriba indicada, contra de interposición recurso contencioso-administrativo por los trámites previstos para el Procedimiento Ordinario contra el Pleno Extraordinario del Ayuntamiento de Málaga de 19 de marzo de 2020 y contra el Pleno de la misma corporación municipal de fecha 20 de abril de 2020, Punto 2º, entre los que se resolvía desestimar las alegaciones formulada por SERUMA en el expediente de referencia; la aprobación de la constitución de la sociedad de capital 100% público que asumiría el servicio de limpieza viaria y recogida y tratamiento de residuos en la ciudad de Málaga, con establecimiento de fecha de comienzo de ejecución del servicio por la nueva sociedad, acordando igualmente finalizar la prórroga del contrato que SERUMA venía ejecutando en los últimos años. Asimismo y mediante otrosí, se reclamó la adopción de medidas cautelares urgentes e inaudita parte, pretensión incidental que dio lugar a la apertura de pieza separada 73.1/2020 en la que se dictó Auto de aquel mismo día por el que se denegó la adopción de medidas cautelarísimas, ordenando la tramitación incidental conforme lo previsto en el art. 131 de la Ley rituaría.

A su vez, mediante Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de 27 de abril, se admitieron a trámite las actuaciones

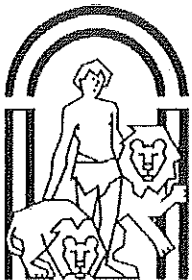
Por la representación procesal de la mercantil actora precisando los actos que se pugnaban ante la presente jurisdicción añadiendo la solicitud de ampliación a la publicación en el BOP de Málaga nº 79 de 2020 por el que se daba comunicación pública del edicto número 2051/2020 publicando al acuerdo adoptado por el pleno del incremento de madera en su sesión de 19 de marzo de 2020 en relación con el punto número 2; con fecha 8 de mayo de 2020 en el boletín número 87 del mismo año, el edicto número 2202/2020 publicando al acuerdo de no suspensión adoptado por el pleno del ayuntamiento en sesión urgente extraordinaria de 20 de abril de aquel mismo año al punto número 5.

Conferido traslado a la administración municipal recurrida de la solicitud de ampliación, el el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez se personó en representación del ayuntamiento recurrido, mostrando en escrito aparte su conformidad a la ampliación, lo cual fue acordado mediante Auto de 15 de junio de aquel año.

Por escrito de fecha entrada 16 de junio de 2020, el causídico de la recurrente presentó escrito aportado resolución expresa consistente en Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de fecha 26 de mayo de 2020 entre cuyos puntos se pugnaban el segundo, tercero y cuarto consistentes en:

Segundo: dar por finalizada la prórroga y extinguir el contrato relativo a "la selección de socio particular para la constitución de una empresa de economía mixta de limpieza pública y recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos de la ciudad de Málaga " con efectos del día 30 de junio de 2020, a las 23:59 horas"

Tercero: Fijar, como fecha de inicio de la actividad de Limpieza de Málaga Sociedad Anónima Municipal, el día 1 de julio de 2020, a partir del cual, asumirá, plenamente, el servicio público de limpieza, recogida, transporte,





tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos en el término municipal de Málaga.”

Cuarto: requerir a Servicios de Limpieza Integral de Málaga III, SA, como titular de la prestación del contrato, que deberá proceder a poner a disposición del Excmo. Ayuntamiento de Málaga el servicio con todos sus bienes, elementos, instalaciones y material que le sean afectos, tal y como recoge el art. 22 del pliego de condiciones económico-administrativas que rige el contrato, para que Limpieza de Málaga Sociedad Anónima Municipal lo asuma el día señalado en el punto tercero.”

Mediante diligencia de ordenación de 18 de junio de 2020 se dio nuevo traslado a la contraria en los autos, la cual se adhirió a la ampliación solicitada al Acuerdo de la junta de gobierno local de 22 de mayo, lo cual fue adoptado por auto de 3 de julio de 2020.

Una vez admitido a trámite, reclamado y recibido el expediente administrativo y el complemento del mismo que fuera solicitado, concedidos 20 días para **presentación de demanda**, el causídico de la mercantil recurrente cumplió con dicho trámite mediante escrito de fecha de entrada en la que, en atención a los hechos y razones que la parte estimó oportunos se interesó la estimación del recurso en los extremos recogidos en el suplico de la demanda consistentes en la declaración de nulidad de todas y cada uno de los acuerdos interpelados, exigiendo la retroacción de las actuaciones administrativas al momento inicial del procedimiento, iniciando el mismo siguiendo procedimiento legalmente establecido con aprobación de Memoria; subsidiariamente la anula habilidad de los acuerdos por vicios invalidantes del procedimiento de remunicipalización del servicio; en ambos casos con la expresa imposición de costas a la administración recurrida, reclamando finalmente y mediante otrosí la práctica de medios probatorios de su interés.

SEGUNDO.- Conferido traslado para contestación, por el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez en nombre y representación de la administración municipal interpelada, se formuló contestación en fecha 17 de marzo de 2021, en la que se adujeron los motivos fácticos y jurídicos que al parecer de la entidad demandada llevaban a la desestimación del recurso.

Tras lo anterior, declarada la cuantía de las actuaciones como indeterminada mediante Decreto de 19 de marzo de 2021, mediante escrito presentado el 8 de abril de aquel año por el causídico del ayuntamiento se reclamó la acumulación de actuaciones respecto de las seguidas ante el Juzgado Nº 4 de este mismo partido judicial a sus autos 179/2020 lo cual, fue rechazado mediante Auto de 9 de julio de 2021, sin que contra dicha resolución se interpusiese recurso alguno.

A su vez, mediante auto de la misma fecha se admitieron los medios probatorios documentales y personales que se estimaron oportunos y útiles sin que contra dicha resolución tampoco se interpusiese recurso alguno. Culminado el ramo de prueba mediante resolución interlocutoria de 7 de diciembre de 2021 se dio trámite de conclusiones comenzando por la actora,





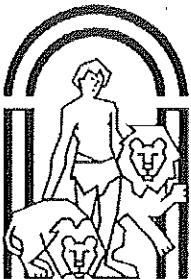
presentando sendos escritos las representaciones personadas en el fecha, respectivamente, 27 de diciembre de 2021 y 11 de enero de 2022.

Por Diligencia de Ordenación de 12 de enero de 2022 se declararon los autos conclusos y vistos para resolución definitiva sin que contra dicha resolución se interpusiese recurso alguno.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido todos los preceptos y formalismos legales, no así el plazo para resolver por necesidades del servicio que incluyeron sustitución sin relevación de funciones en otro órgano unipersonal de la presente jurisdicción y sobrecarga de trabajo de este órgano judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presentes autos, por la mercantil "SERVICIOS URBANOS DE MÁLAGA, SA" (también "SERUMA" en adelante) persiguen, en esencia la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad de un conjunto de Acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de Málaga en expediente de "remunicipalización" del servicio público de recogida y tratamiento de residuos urbanos. Tratando de acudir a la esencia del más que profuso escrito rector (que, a lo largo de 71 páginas, desarrolla un TOTAL de 315 puntos como hitos fácticos o jurídicos relevantes), siendo la sociedad recurrente conformada por varias mercantiles las cuales como socio privado mayoritario del 51% de las acciones de la sociedad de economía mixta "Servicios de Limpieza Integral de Málaga III, SA" (en adelante también "LIMASA III") había venido prestando dicho servicio en la localidad, desde el año 2016 había venido manifestando el Ayuntamiento interpelado su intención de recuperar la gestión del servicio iniciando para ello un proceso para cambiar la forma de gestión de servicio que culminó con los acuerdos que fueron recurridos. Dicho contrato, que tuvo una duración inicial de 16 años a contar desde el 16 de abril de 2001, en marzo de 2017 y ante la finalización del mismo el ayuntamiento y la mercantil recurrente, en calidad de socio privado de la concesionaria LIMASA III, acordaron prorrogar el contrato por el periodo necesario hasta la entrada en funcionamiento de la nueva prestación de servicios, fuera cual fuese la forma en la que éste se llevase a cabo y por un plazo máximo de ocho años a contar desde el 17 de abril de 2017. Pero a partir de la firma de esa prórroga mediante Acuerdo de 10 de marzo de 2017, consideraba la mercantil actora que se había sucedido un cúmulo de desatinos procedimentales que, a pesar de ser expuestos a la luz en sus alegaciones presentadas el 15 de julio de 2019 tanto al procedimiento como a la Memoria Inicial y que aparentemente fueron estimadas parcialmente por el propio ayuntamiento, fueron, en realidad posteriormente obviadas sin tomar en consideración los graves defectos que, a su subjetivo parecer acarrearán dicha nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad. Y es que, al parcial entender de la sociedad recurrente a pesar de las graves irregularidades y carencias tanto del propio procedimiento seguido, de los elementos documentales que los sustentaba y que fueron indicadas por la recurrente, el ayuntamiento se limitó a hacer algún pequeño añadido elaborando un nuevo documento con mínimas matizaciones de índole laboral que demostraban, más si cabe, por ejemplo a efectos laborales el impacto los

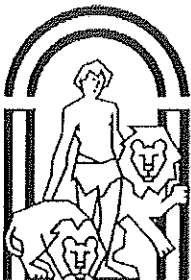


presupuestos del ayuntamiento y las graves complicaciones en el ámbito de la gestión de personal de la comprobación municipal.

Continuaba la narración (página 15) afirmando que, ante esa situación, se presentaron nuevas alegaciones por la recurrente en febrero del 2020 señalando, en 4 apartados 1) la procedencia la nulidad absoluta de nueva Memoria por haber sido elaborada por una Comisión Técnica inexistente; 2) la nulidad de pleno derecho de la Comisión Técnica, para el caso que se diese por constituida, por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente y por haber sido constituida con posterioridad al acuerdo inicial del ayuntamiento, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido; 3) la anulabilidad la Comisión Técnica, para el caso de que se hubiera constituido, por no respetar los requisitos establecidos en la ley acerca su composición al no comprender representación política del ayuntamiento y por no ser el informe la Intervención local en absoluto objetivo ni imparcial al haberlo elaborado unos los miembros de la Comisión; y 4) en cuarto lugar, la anulabilidad de la Memoria por cuanto que no se justificaba el régimen de monopolio, incumplió los presupuestos mínimos que exige la normativa respecto su contenido, no justificaba ni acreditaba que la forma de gestión del servicio través de la sociedad mercantil local fuese la forma más sostenible y eficiente, y, por último, llegar a la conclusión basada en estimaciones y cálculos de gastos incorrectos y que no se ajustaban a la realidad. A pesar de lo anterior se dictaron todos los acuerdos anteriormente señalados, los dos primeros incluso vulnerando el Real Decreto 463/2020 por el que se declaraba el Estado alarman España sorteando la suspensión que en el mismo se incluía.

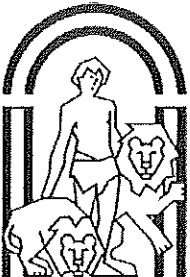
Seguidamente, tras señalar los tres Acuerdos impugnados (19 de marzo 20 de abril y 22 de mayo todos de 2020) recogiendo los distintos pronunciamientos allí adoptados, se puso énfasis en la imbricación de dichos acuerdos para subsanar, entre otras intenciones y los últimos por el primero, atendida la fecha de su adopción sin la correcta y necesaria publicación; persiguiendo a su vez todos ellos la voluntad maliciosa de la administración de sortear la suspensión así como garantizar su voluntad interesada de recuperar a toda costa la gestión del servicio o "remunicipalización" del mismo.

Tras lo anterior, a partir del folio 22 in fine en adelante se recogían los fundamentos jurídicos sustantivos que llevaba y justificaban sus pretensiones principal de nulidad o subsidiaria de anulabilidad. Y ello toda vez que se habían vulnerado grave e insuperable mente el procedimiento previsto en los artículos 85 y 86 de la LBRL 7/1985 de 2 de abril en relación con el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL como abreviatura usada en la demanda). y es que, para empezar, concurrían nulidad absoluta de la nueva Memoria y por tanto del Acuerdo de 19 de marzo al haber sido elaborado por una comisión técnica inexistente, de cuya constitución ni siquiera se le dio traslado a la actora. Teniendo en cuenta que las Comisiones de Estudio se extinguía automáticamente tras la finalización del asunto para su constitución, así establecía el artículo 97 antes indicado en relación con el artículo 124 del Real Decreto 2568/86, la nueva Memoria, que modificaba la anterior, se había elaborado sin que se hubiera constituido una nueva Comisión de estudio. La Memoria inicial fue firmada por los miembros que componían la Comisión técnica en fecha 19 enero del 2019; elaborada y firmada la Comisión técnica quedó extinguida. A resultados de las



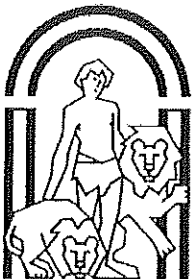
alegaciones presentadas por la actora y su estimación parcial, a los fines de la remunicipalización, no constaba que el Ayuntamiento procediera a nombrar una nueva Comisión de Estudio que aprobase la nueva Memoria. De hecho, la nueva incluía referencias a la Comisión técnica constituida con anterioridad aún a sabiendas de que ya estaba extinguida y por tanto inexistente. Es por ello que, al parecer de la recurrente, se había incurrido en motivo de nulidad previsto en el artículo 49.1. e) de la Lly 39/2015 de 1 octubre. **En cuanto al segundo motivo de los arriba indicados**, es decir para el caso de que se entendiese que se había constituido dicha Comisión técnica, la misma sería absolutamente inválida para la necesaria elaboración de la nueva Memoria pues, además de haber sido constituida con posterioridad al acuerdo inicial del ayuntamiento cuando el artículo 97 del TERREL exigía su previa designación la misma se había constituido casi cuatro meses después de que se iniciara el procedimiento de cambio de gestión del servicio; lo cual implicaba un nuevo motivo a apreciar de nulidad bajo el parámetro del artículo 47.1 . e) de la LPACAP. **En tercer lugar**, los acuerdos fueron nulos de pleno derecho al haberse adoptado bajo el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 sin encontrar encaje en ninguna las excepciones a la suspensión de procedimientos administrativos; todo ello sobre la base de la interpretación llevada a cabo por la recurrente y sustentada, según la misma, en el informe relativo la interpretación de dicha Disposición llevado a cabo por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico. Aun cuando ayuntamiento había tratado de burlar dicha suspensión en base a la excepción contenida la propia disposición adicional tercera sustentado, según el parcial entender de la recurrente en una interpretación interesada para conseguir a toda costa concluir el procedimiento y la finalidad de re municipalización; llegando a tildar el escrito rector en el apartado 130 (página 33) de la demanda de extraña situación para recuperar el servicio en el marco de su estrategia política saltándose el procedimiento legalmente establecido y aprovechando la declaración del estado alarma para celebrar el pleno cuando la entidad de la decisión a tomar no se justificaba dentro de las excepciones previstas en la norma. Todo ello acompañado de y referencias a notas de prensa y declaraciones públicas al respecto.

A partir de en la página 35 in fine hasta la última del escrito rector, se contenía un extenso desarrollo de lo que justificaba, con carácter subsidiario pero también relevante, la anulabilidad. Y es que, según la recurrente, 1) el Ayuntamiento había alterado la regla de competencia estableciendo un monopolio sin justificación ni estudio de impacto que tenía dicha decisión de la competencia; 2) la composición la composición Comisión técnica no se ajustó a lo previsto al TRREL ni en la LBRL ni reglamento orgánico del ayuntamiento recurrido por cuanto que no había representación política en la moción política; y 3) la nueva Memoria infringía artículo 97.1.b) de citado TRRL al carecer de justificación suficiente, adecuada y razonable que avala hace el cambio de gestión desde el punto de vista de sostenibilidad y eficacia. Por tanto, siempre al subjetivo entender de la mercantil, el Acuerdo 19 de marzo por el que se aprobaba definitivamente la nueva Memoria debía ser anulado conforme dispuesto en artículo 28.1 de la ley 39/2015; así como los Acuerdos 20 de abril y el de 22 de mayo puesto que fueron adoptados en ejecución del Acuerdo 19 de marzo.



Y es que, según consideraba la mercantil recurrente, el cambio de modelo de prestación del servicio impuesto por el ayuntamiento no sólo implicaba un modelo de gestión diferente, sino que, además, llevaba la exclusión de la competencia y la iniciativa privada creando un monopolio de gestión respecto de la prestación del servicio esencial de carácter reservado de limpieza viaria recogida y tratamiento de residuos. Seguidamente destacaba el escrito rector de la recurrente las irregularidades en la composición de la Comisión técnica pues atendido el régimen jurídico aplicable a las mismas conforme al artículo 97.1 . a del TRRL pues la misma no contaba con miembros políticos de la corporación, estando constituida únicamente por técnicos, como así reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001. A su vez, esa Comisión técnica que no se ajustaba la composición mínima exigida por la normativa, era anulable por haber infringido dichos requisitos establecidos en el artículo 97 en relación yo con el artículo 5.2 y 60 del reglamento orgánico de la administración municipal. En tercer lugar y con un desarrollo un aún más que extenso se consideraba la absoluta invalidez de la Nueva Memoria al incumplir los presupuestos mínimos que exigía normativa respecto su contenido y porque no se justificaba ni acreditaba que la forma de gestión de servicio través de la sociedad mercantil local fuese la forma más sostenible y eficiente; y de serlo, sólo era así por las erróneas conclusiones alcanzadas por la administración en base también a datos erróneos. Entendía la mercantil recurrente que concurría ausencia de requisitos y documentos legalmente exigidos en la nueva Memoria; un incorrecto planteamiento los aspectos sociales jurídicos técnicos y financieros de servicio destacando la falta de concreción en la Memoria del mecanismo de subrogación de los trabajadores y el impacto la naturaleza su vínculo con LIMASA III. Consideraba cuestionables por no decir incorrectas las premisas y afirmaciones en la nueva Memoria sobre los costes de personal y la posibilidad de reducirlo a los cuales la recurrente se oponía más aún cuando implicaban un mayor gasto de personal según resultaba del informe técnico económico elaborado por la asociación ASELIP. Dudaba igualmente la recurrente de la mayor estabilidad en el empleo y de la paz social con el nuevo sistema de gestión, siendo, a su subjetivo parecer más seguro el empleado hasta entonces por la mercantil ahora recurrente.

Seguía la demanda afirmando que la rigidez en la gestión pública era evidente, desde su perspectiva parcial, frente a la rigidez o mayor eficacia del sistema privado que tenía mayor capacidad de negociación y un mayor margen para implementar medidas relativas al personal que podían tener un impacto lo mejor de servicio. Con 1600 trabajadores, con la complicaciones prácticas y económicas de convertirlos en "indefinidos no fijos " sus eventuales costes indemnizatorios acentuaría el perjuicio siendo así que el Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad del Ayuntamiento reconoció través del informe que emitió fecha 12 de noviembre el 2018 y que formaba parte del anexo 5 la nueva Memoria que la reversión en el incremento del personal de LIMASAS planteaba innumerables problemas. En cuanto a los aspectos jurídicos, visto el contenido del artículo 60 del Reglamento de Servicio las Corporaciones Locales, la nueva Memoria incumplió los requisitos y la argumentación jurídica exigida con arreglo al artículo 85.2 y 85.2 ter de la LBRL así como el artículo 60 indicada. En cuanto a los aspectos técnicos y financieros, además de los incumplimientos de los requisitos legales

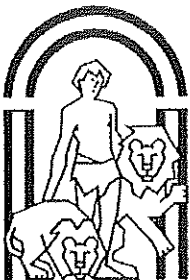


consideraba la mercantil recurrente que no quedaba acreditada la sostenibilidad financiera la propuesta como se demostraba por el informe pericial de ASELIP. Sin embargo, si la gestión de servicios se hiciera través de una empresa privada o mixta se podían acometer las inversiones necesarias garantizando la calidad servicios públicos sin incrementar el nivel de endeudamiento a la administración pública. A su vez la administración y en base a dicha nueva Memoria, incluía una errónea valoración de costes efectivos de prestación del servicio, siendo imposible identificar con la misma el modelo de gestión más eficiente. En otro orden de cosas consideraba la recurrente que existió la incorrecta valoración de los aspectos relativos al IVA, tributo que pensaba la administración que no iba a tener que pagar o que iba a ser menor con la nuevo modelo de gestión municipal lo cual, su subjetivo parecer, era incierto toda vez que según el artículo 7.8. a de la ley 37/1992 de 28 de diciembre sobre el Impuesto de Valor Añadido existía la obligación de repercutir por el cobro de la prestación; sujeción al IVA que alcanzaba también las transferencias efectuadas por el ayuntamiento a favor de la entidad municipal siendo así la opinión de la corporación incorrecta en cuanto la norma tributaria y , por el contrario siendo la acertada la planteada por la parte actora.

Ya en el apartado de otros errores de la nueva Memoria en cuanto al cálculo del coste de servicio en caso de prestación municipal consideraba la recurrente que el coste financiero y endeudamiento y la hay incrementarse, también así los ajustes por costes laborales, dándose en última instancia una pérdida del poder negociador en la compra de bienes y servicios por la administración lo cual redundaría, en última instancia, en un menoscabo de la prestación de la recogida de residuos y de la limpieza urbana. Sin embargo si la gestión continuase en manos de la mercantil recurrente o de un servicio privado se ganaría capacidad de imponer penalizaciones, obtener descuentos y una mejor contratación de asesoramiento servicios como contrapartida a la rigidez del sistema público que, al adoptar este sistema, implicaría un incremento de la estructura administrativa de la administración municipal. Finalmente se estimaba la imposibilidad real de estimar el coste de prestación de servicio por la nueva sociedad municipal, con la incertidumbre respecto de los aspectos laborales que ello llevaba y la atroz conflictividad que todo iba a despertar a resultas del nuevo sistema elegido por la administración.

Por ello, al subjetivo parecer de la mercantil recurrente, la insuficiente justificación de la nueva Memoria conllevaba inexcusablemente la anulación de la misma. Por todo lo expuesto hasta aquí se solicitaba con carácter principal la nulidad o subsidiariamente la anula habilidad de los tres Acuerdos recurridos.

SEGUNDO.- Conferido traslado para contestación, por la representación del Ayuntamiento de Málaga, el mismo se opuso tanto a la movilidad, pretendida anula habilidad subsidiariamente esgrimida de contrario. Y lo hizo en un escrito algo menos extenso que el de la mercantil recurrente, pero también de considerable extensión (53 páginas). Tras coincidir con el contrario en la litis en lo que eran los actos administrativos interpelados y señalar los hitos del profuso expediente administrativo que llevaron al resultado final de dichos Acuerdos en todos ellos, se incluían los informes y los requisitos legalmente



necesarios para adoptar, una vez que ya se había concluido el contrato inicial y que se había acordado la prórroga hasta la adopción de la decisión final sobre el cambio de modelo de gestión. Durante ese trámite, que al ser de recobro de lo que fue una competencia municipal no era necesario adoptar los procedimientos que se decían de contrario, a la mercantil recurrente se le dieron hasta dos trámites de alegaciones y, a pesar de no ser exigibles, todos los trámites para la adopción de otros sistemas de gestión, se trató en todo momento de seguir en lo posible dichos trámites necesarios para comprobar y en su caso decidir si la "remunicipalización" era o no beneficiosa y correcta en derecho. Al subjetivo parecer de la administración municipal recurrida a si lo era, todo ello sustentado en los informes públicos unidos al expediente. A partir de la página 9 del escrito rector, se desarrollaron los fundamentos de derecho que, según la aquí interpelada, justificaba la desestimación del recurso. Y ello por cuanto que la tramitación del expediente y como se adelantaba en sus hechos se ajustaba a la realidad en atención, entre otras, a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015 y de 21 de diciembre de 2000. Sobre esa base legal y jurisprudencial, la Comisión técnica concluyó que no era necesario seguir el procedimiento previsto artículo 86.2 LBRL y el artículo 97.1 del Reglamento Servicio Corporaciones Locales, si bien recomendando que se siguiera tramitación prevista en dichos artículos en todo lo que pudiera ser aplicable en aras de salvaguardar la máxima seguridad jurídica y por razones de prudencia. A su vez, los informes emitidos por la asesoría jurídica municipal con fecha 2 de agosto de 2019 daban cumplida respuesta la totalidad de lo ahora nuevamente planteado en la demanda y que coincidía con las alegaciones ya vertidas por la recurrente. La Comisión que había elaborado la memoria, era una comisión de técnicos para estudio y elaboración de la misma; no una comisión informativa que si habría tenido que ser nombrada por el Pleno y tenía que tener en su composición miembros de la corporación concejales de la misma como resultaba de la correcta interpretación, a su subjetivo parecer, el artículo 123.1 del Reglamento de Organización de las Entidades Locales 2568/1986 de 28 de noviembre. Por otra parte aun cuando no había esa obligación procedimental, se siguieron los pasos que fueron útiles para salvaguardar la máxima seguridad jurídica por lo que, al no ser exigible dicho procedimiento no sería conculcado ni concurriría ningún motivo nulidad de los traídos a colación por la contraria. A su vez, por la propia intervención municipal en un informe de 30 de julio de 2019 ya se le dijo a la recurrente que la misma confundió lo que era una comisión informativa de pleno con una comisión técnica de estudio a o para este tipo de cuestiones ; máxime cuando la Comisión técnica nombrada al efecto estuvo compuesta por tres miembros con la condición de funcionarios públicos con conocimientos de cómo se prestaba los servicios públicos de competencia local en sus aspectos económicos y jurídicos. Estimaba la recurrida que la contraria en los autos partía de la base errónea de interpretar el acuerdo plenario que estimó parcialmente sus alegaciones; acuerdo de sesión plenaria de 20 de diciembre de 2019 en el que la estimación parcial respondió únicamente el aspecto formal en cuanto a la posible falta de motivación de la urgencia, siendo estimada para evitar cualquier posible defecto de trámite y para una mejor comprensión del expediente en su totalidad y mayor transparencia.

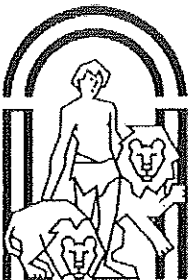
Por lo dicho en tales líneas del escrito de contestación, eran equívocas o incorrectas las reiteradas insistentes menciones a la "nueva Memoria" tanto en



su día las alegaciones como ahora en la demanda porque, simplemente, no existía la nueva memoria justificativa. Era la firmada electrónicamente el 17 enero 2019 y únicamente se rector bajo el momento de su publicación no siendo cierto tampoco la afirmación de que el ayuntamiento hubiese admitido de invalidez de la memoria inicial como se denominaba de contrario. Lo cierto es que existió un error en la publicación del texto en el BOP al enviarse dicho texto una versión de Word anterior a la definitiva que es la firmada electrónicamente y que nunca fue modificada. Sin embargo, al detectarse la progresión inicial que era perfectamente subsanable con anterioridad su aprobación definitiva. Además se consideró no sustancial ya que no alteraba en nada la ciencia la memoria justificativa, como de hecho reconocieron los propios recurrentes cuando, al criticar la nueva Memoria, sostenían que se había limitado a reproducir el contenido de la memoria inicial añadiendo tan sólo una mínima matizaciones de índole laboral por todo lo expuesto concluyó. Asimismo, el propio texto del Acuerdo plenario de 30 de abril de 2019 hacía referencia que ya había sido debatida en diferentes Acuerdos del Pleno la conveniencia de adoptar un modelo de gestión que sustituyese al vigente, siendo numerosas las propuestas y mociones presentadas en las que los diferentes grupos políticos la corporación habían expuesto y conocido diferentes posiciones en este sentido.

En otro orden de cosas, ya a la página 20 respecto de la exclusión de la competencia la iniciativa privada la creación de un monopolio de gestión sin que se hubiera justificado el mismo, se dio cumplida respuesta a ellos los informes municipales. No toda municipalización o "remunicipalización" implicaba monopolio pero si había una reserva de ley en ese servicio a lo público local los Ayuntamientos que elegían, prestar dicho servicio acudían al mismo posee la forma más económica. Demostraba que no se buscaba una finalidad monopolística el hecho de que en el entramado integral de servicios de residuos existían e intervenían otras entidades como eco en vez hueco vidrio o incluso finalidades entidades sin ánimo de lucro, a mi la o madre coraje. Re municipalizar el servicio no era más que el mismo volviese a prestarse la esfera pública con capital y gestión y medios 100 x 100 públicos pero ello no era ningún monopolio ni había razones de hecho de derecho para considerarlo menos aún cuando existía reserva de ley para los mismo.

En tercer lugar, se refería la recurrida no concurría ningún motivo de nulidad por las razones de urgencia que fueron adoptadas; todo lo actuado permitía descartar, a su parcial entender, la concurrencia del motivo previsto en el artículo 47.1. e) de la ley 39/2015 creció los contraria. Pero es que además existían multitud de actuaciones del pleno con anterioridad así como informes en las que ya se conocía la voluntad municipal de municipalizar el servicio con lo cual al estar conformes y no existir oposición al respecto no se había vulnerado ningún trámite esencial. Menos aún cuando, señaló el secretario general en su informe, la constancia de justificación de la urgencia sólo afectaba, única y exclusivamente, a los miembros del Pleno que debían conocer del asunto; pero no a los terceros por lo que serían aquellos y no al recurrente quien podía sentirse perjudicado no haber tenido conocimiento de la misma cosa que no ocurrió en el presente caso, habiendo, además, sido probado posteriormente la aprobación inicial de memoria por 28 votos a favor incluyendo los Grupo Popular, Socialista, Málaga Ahora, Málaga para la Gente



y un Concejales no adscrito, y sólo tres en contra; curiosamente de los concejales del grupo Ciudadanos que formaba, en aquellos tiempos, parte del equipo de gobierno, no haciéndolo precisamente por motivos relacionados con la urgencia. En cuanto que se había vulnerado el Real Decreto 463/2020 en relación con la supresión de plazos procedimentales, existían informes que demostraban que el servicio público de limpieza, recogida y tratamiento era un servicio público básico esencial tanto para combatir la propagación, como para generar ahorros suficientes en materia de contratación, la contención de gastos necesarios. El propio Real Decreto justificaban los supuestos de actuación, lo cuales permitieron conforme se señaló los informes municipales, seguir adelante. Desde la Constitución, la ley 40/2015 RJSP así como la LBRL7/1985 y atendida el contexto por entonces existente, se permitía continuar con la tramitación de los expedientes administrativos como el que ahora se cuestionaba de adverso, en aras del interés general y como garantía de los servicios públicos. El artículo 3.1 del Código Civil en relación con todas estas normas y la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto, avalaban la actuación y finalmente el Acuerdo alcanzado por la administración sin suspender plazo alguno. Asimismo, la actuación de urgencia adoptada vino a repercutir beneficiosa mente una migración de gastos en dicho servicio de limpieza de casi 2.700.000 euros los cuales fueron tenidos en cuenta, como así demostraba tanto el informe del servicio de presupuestos del ayuntamiento de 19 de octubre de 2020 como es la Intervención municipal de 21 de octubre siguiente, informes que demostraban que la modificación presupuestaria de créditos estaba financiada con diferentes bajas por anulación de créditos de distintos capítulos del presupuesto de gastos en aplicación de lo dispuesto en artículo 36.1 .c) del Real Decreto 500/1990 entre cuyas bajas se encontraba la correspondiente a casi 2.700.000 € finalmente restados a LIMASA III. Ahorro que, como se podía comprobar en el informe adjuntado al presupuesto, se destinaron a la realización de gastos relacionados con el COVID 19 durante los últimos meses de 2020 por el área de derechos sociales, subvenciones a sector del taxi de de transportes y a la reactivación económica en el área de turismo, tan perjudicado por la pandemia, o a la limpieza y desinsectación de colegios y edificios, como los varios espacios ciudadanos por parte del LIPOSAN. En conclusión sobre los errores procedimentales que se decían de contrario, los mismos eran inexistentes y en modo alguno justificaban la exigencia de nulidad planteada por la contraria.

A partir de la página 34 hasta 52 en fine, donde se recogía el suplico del escrito rector, la recurrida fue planteando todos los aspectos que desvirtuaban la pretendida anulabilidad de la Memoria de la Comisión técnica, al considerar la administración municipal que la misma y la actuación de dicha Comisión técnica estaba debidamente motivada y su contenido se ajustaba la legalidad. Todos los aspectos jurídicos, técnicos o laborales que se decían de contrario no eran como se decían, por ser ahora siendo un servicio más eficiente y sostenible a su subjetivo parecer; mejorando igualmente la paz social con los trabajadores, aspectos todos ellos recogidos destacados en el informe la intervención de 9 de marzo de 2020. Como conclusiones finales, destacando la complejidad de una memoria y de un cambio del modo gestor de la prestación de servicio de limpieza viaria y de recogida y tratamiento de residuos, el llevado a cabo por el Ayuntamiento de Málaga era, a su parcial entender, ajustado a derecho , siendo así las cosas que desde el 1 de julio de

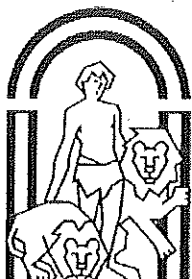


2020, la nueva sociedad de limpieza de Málaga, sociedad anónima municipal, prestaba los servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos plenamente constituida y debidamente integrada en el grupo societario municipal con eficacia para el fin de servicio público propiamente dicho. Por todo ello se solicitaba la desestimación del recurso con las consecuencias inherentes.

TERCERO.- Una vez procurado, en lo posible, el esbozo las líneas maestras de los escritos rectores de ambas partes, atendida la pretensión principal de la recurrente de una declaración de nulidad de pleno derecho de los Acuerdos interpelados, es preciso comenzar recordando que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, siendo tan sólo aplicable el instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos recordando la Sala III del Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras muchas la de 4 de diciembre de 2007, “...*Sentado lo anterior, la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho ha de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo*”.

En este mismo sentido, nos recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Canarias de 12 de junio de 2009, que “... *la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente, mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (odiosa restringenda sunt).*”

En cuanto al concreto motivo de pedir la recurrente la nulidad de los tres Acuerdos, el sustentado en el antiguo art. 62.1.e) y hoy 47.1.e) de la Ley 39/2015 de PACAP, “e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”, sobre esta causa de nulidad, es doctrina reiterada del Consejo de Estado (por todos, dictámenes 173/2008, de 30 de abril, y 2002/2008, de 11 de diciembre) que, «*para que sea aplicable, es necesario que la conculcación del procedimiento*



haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad».

Por consiguiente, son actos nulos de pleno derecho, en primer término, y sin discusión, los actos dictados al margen de todo trámite. Así, la Sentencia de la Sala III de 24 de enero de 1989, consideró nula de pleno derecho la resolución que denegó la incorporación del allí recurrente a un colegio profesional, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para revocar el anterior acuerdo del mismo ente colegial en el que se le había admitido como colegiado.

Cuando la Administración ha efectuado algún trámite o actuación, una parte de la jurisprudencia, siguiendo la literalidad de los términos «total y absolutamente», ha desestimado dicho vicio radical de nulidad. Así, por ejemplo, lo indica la Sentencia de la meritada Sala de lo Contencioso n.º 628/2019, de 14 de mayo: *«Es reiterada la jurisprudencia que declara que, para que concorra este supuesto, es necesario que se prescinda "total y absolutamente" del procedimiento legalmente establecido, de suerte que no basta que se infrinja alguno de los trámites esenciales del procedimiento, pues la locución adverbial "total y absolutamente" recalca la necesidad de que se haya prescindido por entero o de un modo terminante del procedimiento fijado en la ley, exigencia que se comprende por la trascendencia que comporta para la seguridad jurídica la invalidez radical del acto».*

Algo menos literal es la interpretación jurisprudencial que equipara esta causa de nulidad a aquellos casos en los que no se produce una omisión de todo o de la mayoría de los trámites procedimentales, pero sí se prescinde de alguno o algunos trámites de carácter esencial, sin los cuales el procedimiento no sería identificable o reconocible. Se incluyen también en esta causa de nulidad los supuestos en los que la omisión no se produce respecto del procedimiento administrativo en general, sino respecto del procedimiento concretamente previsto para el caso (STS de 15 de febrero de 1988: *«La nulidad de pleno derecho [...] no la produce la mera omisión de trámites de un procedimiento, sino la de los trámites esenciales integrantes de un procedimiento determinado sin los cuales este sea inidentificable, o el seguimiento de uno que no sea el concretamente reglado en la ley al efecto».*

En resumen de lo expuesto, es muy ilustrativa la Sentencia de la Sala III rec. 512/2013, de 29 de julio de 2014: *«Debe recordarse que la nulidad prevista en ese artículo 62.1.e) [hoy art. 47.1.e) LPAC] no la provoca cualquier irregularidad procedimental sino solo aquellas de gravedad extrema, constituidas por la ausencia absoluta y total de procedimiento, por haberse seguido uno totalmente diferente o por haberse omitido sus principales trámites».*

CUARTO.- Descendiendo al objeto de la presente litis, es parecer y conclusión de este Juez que no concurre motivo de nulidad alguno. Desde el comienzo de los Fundamentos de Derecho de fondo del escrito de demanda hasta que en la página 35 se comenzó a exponer la subsidiaria posibilidad de anulabilidad, la mercantil "SERUMA" esgrimió su nulidad teniendo en mente el artículo 86 como referente y guía de interpretación del art. 85 ambos de la Ley



Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985 de 2 de abril. Pero la interpretación del segundo de los preceptos indicados NO depende de la del primero. En concreto dice así el art. 85: "...2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) *Gestión directa:*

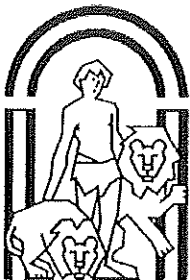
a) *Gestión por la propia Entidad Local. // b) Organismo autónomo local.*
c) *Entidad pública empresarial local. // d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

B) *Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre."*

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras C) y

d) *cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera."*

Sin entrar en otros aspectos y dicho buscando la simplicidad para una mejor comprensión de la cuestión debatida, el Ayuntamiento lo que pretendía con los Acuerdos impugnados era volver a ejercer una competencia propia que, en su momento, se encomendó a un tercero ("SERUMA"). Como reconocía tácitamente la mercantil en el relato de hechos de su demanda, su contrato inicial se extinguió en marzo de 2017; y lo que se firmó fue una prórroga durante el tiempo necesario y sin poder pasar de otros ocho años, para que la Administración pudiese decidir la forma de gestión a adoptar y su puesta en marcha. Nada más. Olvidó intencionadamente la mercantil actora a lo largo de todo su profuso escrito, que el art. 25.2 de la misma Ley sustantiva 7/1985 de 2 de abril, recoge lo que califica como "competencias propias"; competencias propias que el texto legal le ordena ejercer a los Ayuntamientos. Y en concreto, el 25.2. b) señala como competencia a ejercer por las Administraciones locales, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, "...gestión de los residuos sólidos urbanos...". De lo expuesto se deduce que el Ayuntamiento aquí interpelado lo que hizo fue seguir una tramitación, dentro de la cual se le dio a la recurrente hasta DOS traslados para alegaciones de las que hizo un uso con gran desarrollo argumentativo, para recuperar y ejercer por si mismo una competencia que le era propia y obligada. De seguirse la idea subyacente de la sociedad actora sobre los aspectos formales encumbrados

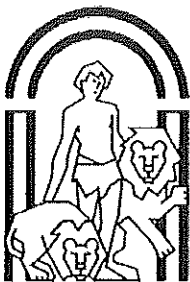


como "falta de trámite esencial" y a modo de ejemplo, sería como pretender, en un usufructo de un inmueble constituido intervivos (como permite el art. 468 del CC) entre el dueño de una finca y un tercero y, una vez extinguido el mismo, el usufructuario impidiese al nudo propietario recobrar la posesión sobre la base de no aportar una nota simple registral al comunicarle la decisión de recuperación plena de la propiedad y no demostrar la propiedad, cuando, desde el principio, sabía del dominio del nudo propietario.

Con todo lo apuntado en los dos párrafos anteriores, no se podía obligar al Ayuntamiento de Málaga a seguir a pies juntillas una tramitación prevista legalmente para lo que no era una actividad económica "strictu sensu". Se siguió un conjunto de trámites, extensamente recogidos en el expediente administrativo para facilitar la toma de decisión fundada en derecho en cuanto a lo que no dejó nunca de ser una competencia municipal y no una actividad económica por mucho que durante dieciséis años (más el tiempo de prórroga) se hubiese estado gestionando por la mercantil recurrente con su consiguiente contraprestación a la que, por otra parte, a lo largo del escrito rector, nunca se le hizo una objeción.

Y con tal punto de partida, ninguno de los motivos aducidos por la recurrente entre sus páginas 22 a 35 implica la ausencia de un trámite esencial. Dando aquí por reproducidas todas las fechas señaladas por ambas partes, la Comisión Técnica, que si existió, elaboró una Memoria; la parte actora tuvo traslado de alegaciones; estimadas parcialmente las mismas, se hicieron los añadidos que, en el ejercicio de las funciones y competencias propias del Ayuntamiento y sus órganos decisorios, se estimaron convenientes; se le volvió a dar a la recurrente trámite de alegaciones de lo que no era una "nueva Memoria" sino la inicial con los complementos que se estimaron oportunos y, una vez recibidas las mismas, la Administración tomó una decisión que, no siendo del gusto ni del interés económico de la recurrente, no dejaba de ser eso, una decisión o acto que ponía fin a una tramitación seguida (el Acuerdo de de 19 de marzo de 2020 por el que se desestimaron dichas alegaciones de 20 de febrero; la aprobación definitiva de la Memoria que, la finalización de la prórroga del contrato para la prestación de servicios suscrito con LIMASA III; la aprobación definitiva la constitución de la sociedad municipal cuyo objeto sería la realización de servicio y la adscripción de dicha sociedad al ayuntamiento; la aprobación definitiva de los estatutos que habían de regir dicha sociedad municipal para la gestión directa del servicio; la aprobación definitiva de la ordenanza de servicio; la determinación del inicio la actividad la sociedad municipal con el detalle que recogía dicho acto; el mandato la nueva socia municipal de adaptar sus contratos a la normativa regulada la ley nueve/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público; y finalmente deja sin efectos desde el día que se inicia su actividad a nueva sociedad la condición suspensiva para la entrada en vigor de las ordenanzas municipales).

Es por ello que en modo alguno faltó ningún trámite esencial ni se había prescindido totalmente del procedimiento en la forma y consecuencias previstas en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre PACAP. Ni del Acuerdo de 19 de marzo de 2020, como tampoco de los Acuerdos de 20 de abril y de 22 de mayo que, como reconocía con honestidad la recurrente en sus

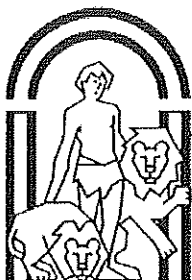


páginas 18, 19 y sobre todo en la 36 (apartado 143 del escrito rector), eran Acuerdos adoptados en ejecución del primero de los interpellados.

No obsta lo anterior que dicha decisión fuese adoptada durante el estado de alarma y la suspensión de plazos que se acordó por Real Decreto 463/2020. Como tan avispadamente señaló el Letrado del Ayuntamiento, en un procedimiento iniciado por decreto en octubre del 2018, que el mismo culminase en marzo de 2020 en modo alguno era un intento de abreviar. Más aún cuando, como ya se ha descrito en el párrafo que antecede, si siguieron todos los pasos o trámites arriba señalados con anterioridad a la fecha del Acuerdo decisorio. A su vez el servicio de recogida de basuras, en un momento, el que se vivió en marzo de 2020 y que es de sobras conocido por todos, en una interpretación de la norma conforme la realidad social de la misma tal como permite e indica el artículo 3.1 del CC, y puesto en relación con la Disposición Adicional 4ª de dicho Real Decreto, permitía al ayuntamiento culminar, porque eso es lo que quedaba, "culminar", una serie de actos seguidos para remunicipalizar un servicio que era competencia propia y obligada del ayuntamiento de Málaga y que afectaba a algo tan esencial como la recogida de residuos sólidos y limpieza de las calles de una ciudad con casi 570.000 personas por aquellas fechas. Por ello, la suspensión (que NO procedía), no podía considerarse como la falta de un trámite esencial ni podía justificar la estimación de la pretensión de nulidad ejercitada por la recurrente.

QUINTO.- continuando con la pretensión subsidiaria ejercida por la actora, la de anula habilidad de los tres acuerdos, debe recordarse simplemente aquí que el **artículo 48 de la ley sustantiva 39/2015** de 1 octubre proclama en su número 1 *"son anulares los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso desviación de poder."*. Seguidamente, el mismo artículo en su nº 2 salva lo siguiente: *"No obstante, el defecto de forma sólo determinará la nula habilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados."*. Este no es el foro adecuado para debatir bizantinamente sobre las diferencias entre nulidad y anulabilidad y las consecuencias ex tunc o ex nunc que supuestamente caracterizan a una y a otra. Ahora bien, si bien difiere la anulabilidad de la nulidad por tratarse la primera frente la segunda de lo que se consideran o se pueden considerar irregularidades jurídicas, tampoco basta con la alegación de las mismas para dar por sentado que un acto administrativo (en este caso los tres Acuerdos del Pleno) que, por decirlo la recurrente, tales actos estuviesen afectados de anulabilidad.

Para empezar, en cuanto al motivo de que se estaba instaurando por el Ayuntamiento un sistema de monopolio al cambiar el sistema de gestión y crear la nueva sociedad para que fuese esta la que llevase a cabo la competencia municipal prevista en el artículo 25.2 .b) de la LBRL 7/1985, es un argumento artificioso sustentado en el artículo 86 más arriba aludido. Pero como se deduce del inicio de la lectura de dicho precepto, dicho artículo 86 de la Ley de Bases se refiere a "actividades económicas". De forma intencionada la recurrente pretende otra vez (en sede de pretendidas irregularidades o infracciones ex art. 48 de la LPACAP) confundir lo que era el ejercicio de una competencia y un servicio público, con una actividad económica; extremo que

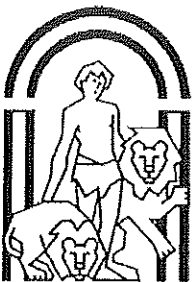


no es el caso en el supuesto de la remunicipalización del servicio de recogida de residuos sólidos y de limpieza de las calles.

En cuanto a la siguiente de las objeciones formuladas por la recurrente como vicios de anulabilidad, la misma era de índole formal (composición de la Comisión técnica). Y, como reconocía la recurrente, se le dio trámite de alegaciones hasta en dos ocasiones con lo que ni de lejos se le causó indefensión y la misma llegó al resultado de hacer una evaluación-informe llamado legalmente "Memoria".

Pero aún cuando se pudiera considerar que dicho aspecto no era cuestión formal sino de fondo, tampoco podría estimarse como justificativo de la anulabilidad tantas veces exigida por la recurrente en su demanda. Y es que, sobre las pretendidas irregularidades en la composición de la Comisión Técnica, volvía la recurrente a incidir voluntariamente en la confusión de la exigencia cuando el propio artículo 97 del TRRL recuerda la exigencia del nombramiento -formación de dicha Comisión en los supuestos de actividades económicas pero como se vislumbra en el párrafo que precede, esto no era un "negocio" para el ayuntamiento de Málaga. pero aún en el caso de ser una exigencia la formación de dicha Comisión técnica, la misma se conformó por personas con conocimientos para responder a lo que señala dicho artículo 97.1; es decir a los aspectos jurídicos, sociales, financieros y demás técnicos de la actividad. Dicho con todos los respetos y a los solos efectos de la presente resolución, los Concejales de los distintos grupos políticos existentes por entonces en la corporación, tienen la honorable labor de la representación de la ciudadanía. Pero no tienen el deber de tener conocimientos en todas las materias a las que se hace alusión en dicho artículo 97.1. No es más que un intento para manipular del artículo 97 por parte de la recurrente la referencia a la ausencia de miembros políticos de la corporación en dicha Comisión técnica sobre la base del artículo 60 del ROAM. Si alguno de los concejales del Ayuntamiento ahora recurrido se hubiese sentido mermado en el ejercicio de su derecho constitucionalmente previsto de representación dispuesto en el artículo 23.1 de la Constitución Española, es más que probable que, a estas alturas, ya hubiese interpuesto un recurso contencioso por la tramitación especial para los derechos fundamentales. Pero, salvo error involuntario de este juzgador, ni en este Juzgado ni en ningún otro de esta jurisdicción y partido judicial consta presentada demanda de protección de derechos fundamentales presentada por ningún Concejal del Ayuntamiento de Málaga por no dejársele participar en la Comisión técnica de elaboración de la Memoria. Solo la asociación de empresas de servicios de limpieza ASELIP (que si presentó un recurso contencioso por supuesta vulneración de derechos fundamentales contra estos acuerdos hoy aquí enjuiciados; recurso que ya consta archivado por desistimiento de dicha asociación), ningún miembro electo de la Corporación de ninguno de los partidos políticos presentes en el Ayuntamiento de Málaga ha cuestionado su ausencia o la ausencia de miembros "políticos" en la Comisión técnica; Comisión técnica que iba a elaborar una Memoria que, seguidamente, iba ser puesta después a disposición del Pleno donde estaban esos Concejales para que los mismos la pudiesen estudiar y votar.

Por lo que se refiere a la pretendida invalidez de la Memoria (según el resumen que hacía a ese respecto el apartado 161, página 41 del escrito



rector, por no reunir presupuestos o por no justificar al parecer de la recurrente que la gestión del servicio por el Ayuntamiento en vez de por la empresa fuese la solución más sostenible y eficiente), todos los puntos se sustentaban en la disconformidad de la recurrente en el modo de asumir la nueva sociedad municipal el servicio y en todos los aspectos tangenciales al referido servicio por cuestiones prácticas. Así, se decía que faltaba concreción sobre el mecanismo de subrogación de trabajadores, coste de personal, posibilidades de reducirlo así como el impacto en la paz social que solo se procuraba mediante un mayor gasto de personal por la Administración municipal interpelada. Pero lo anterior no eran aspectos jurídicos propiamente dichos; la continuación o no de los trabajadores, el despido de los que la mercantil consideraba innecesarios para una gestión más rentable, la contención salarial así como su auto consideración de mejor gestión a efectos de recursos humanos, no era una cuestión que permitiese justificar una disconformidad a derecho a los fines del art. 48 de la LPACAP 39/2015. La Memoria incluyó sus previsiones partiendo de la complejidad de la implementación de las mismas; pero ello no era más que una cuestión práctica y no jurídica. Pero es que, además y como se apuntaba en las conclusiones de la contestación a la demanda (página 52), llevado a cabo la "remunicipalización" y a diferencia con los tiempos en los que la mercantil recurrente "gestionaba" el personal (donde, como era notorio en prensa local, los problemas con los trabajadores que eran constantes llegando incluso a huelgas de recogidas de basuras que aparecieron en medios de comunicación de ámbito nacional), desde que el servicio público de recogidas de basuras y limpieza de calles se encomendó a la empresa municipal NO le consta a este Juez y al día de la presente resolución, ni una sola huelga ni tampoco otro tipo de protestas laborales en la ciudad por dichos trabajadores. Ni una sola. Si la recurrente consideraba que procedían medidas de despidos de trabajadores ineficientes, una contención del gasto de personal para obtener ella un mayor beneficio y una mayor eficiencia para la Administración "concedente", eso, sin entrar a valorar dichas opiniones particulares de la mercantil, eran cuestiones prácticas y no jurídicas. Si su preocupación era, como aparecía en la página 48 en adelante la estabilidad laboral y la paz social, ello se ha conseguido. De hecho, teniendo la presente Sentencia un año de retraso por la complejidad de este asunto así como el volumen de trabajo de este órgano unipersonal (no obstante lo cual se piden disculpas), y estando a disposición de la mercantil actora la posibilidad del art. 271.2 de la LEC 1/2000, la recurrente no ha aportado ni una sola Sentencia de la jurisdicción social que concluyese una conflictividad laboral.

Tampoco se ha aportado, por la misma posibilidad procesal antes apuntada, ningún acto administrativo expreso emitido por la Intervención municipal que justificase el desatino presupuestario que decía la recurrente se iba a producir con la "remunicipalización", ni efectos del

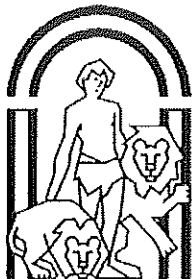




gasto salarial ni de la gestión del propio servicio. A su vez, esgrimiendo la recurrente que la gestión pública era más rígida tanto en sus aspectos laborales e internos como externos con terceros o a nivel de contratación, no dejaba de ser su opinión más propia para un foro de economía; pero no para justificar una infracción de derecho a los fines del art. 48 de la Ley sustantiva 39/2015 de 1 de octubre. La contratación de medios materiales o renovación de los mismos para la ejecución del servicio público de recogida de basuras y limpieza viaria se sujetará, como todo, tanto a la legislación contractual pública que se encuentre vigente como a las propias normas básicas de la economía de mercado que encuentran su esencia en la "oferta y la demanda". Si la mercantil recurrente considera que ella puede adquirir los medios materiales a mejor precio que la administración pública eso no deja de ser, otra vez, su opinión particular interesada. Pero no una actuación "antijurídica" de la Administración municipal a la que intentaba la recurrente, en última instancia, impedir el recobro de una de sus competencias reconocidas legalmente.

En cuanto a lo que se decía que eran aspectos jurídicos y financieros (página 52 apartado 215 en adelante) todo ello se basaba en una interpretación particular de la recurrente sobre los artículos 60 y 62 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 no son más que, dicho nuevamente con todos los respetos, una pretendida exégesis llevada a cabo por la recurrente para introducir sus opiniones particulares y, de paso, imponer a la Administración su voluntad de continuar con la ejecución de un contrato que ya había concluido. Pura y simplemente. La Memoria, como puede leerse en los folios 17 a 132 de la segunda ampliación del expediente administrativo (que es donde venía completa) recoge aspectos jurídicos y financieros conforme apuntan los citados preceptos. Si la parte consideraba que se sustentaban en cálculos erróneos, en valoraciones jurídicas equivocadas y que las correctas eran la suyas para así mantener el sistema de gestión del que venía beneficiándose desde el año 2001, ello no era más que la defensa de sus intereses particulares. Pero no una infracción jurídica y en absoluto servían para denostar los tres Acuerdos como "anulables". El artículo 48 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre exige, para derribar cualquier acto administrativo, que de partida goza de la presunción de legalidad, que el mismo incurra en una infracción jurídica.

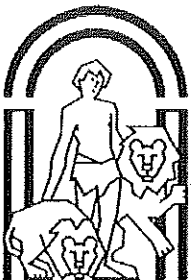
Otro tanto cabe decir a la objeción elevada como motivo de anulabilidad respecto a que la Memoria recogía una errónea valoración del coste efectivo de prestación del Servicio por imposibilidad, según la subjetiva interpretación de la recurrente, de identificar el modelo de gestión más eficiente (página 58 a 63). No era más que su interpretación particular sobre la cuestión pero no una infracción del ordenamiento jurídico. La Administración municipal, el Pleno del Ayuntamiento, estimó en el ejercicio de sus competencias, que la "remunicipalización" lo era; no cabe que la mercantil expulse a la Administración pública recurrida de



sus potestades ejercitadas conforme a ley. Y, sobre esa base, las cuestiones atinentes a la pretendida "valoración de los aspectos relativos al IVA" (página 58 in fine, apartado 247 hasta la 64), el tributo como tal no está al albur o al capricho ni del Ayuntamiento de Málaga ni de la mercantil aquí actora. Lo que la Ley 37/1992 de 28 de diciembre establezca como hecho imponible, tipo de gravamen, base imponible y posibles exenciones o bonificaciones tributarias, serán las que procedan según dicha Ley tributaria. Si la Administración estatal competente considera que el Ayuntamiento defrauda o elude el pago de dicho impuesto indirecto, más que probablemente y como es notorio al conjunto de la ciudadanía con la actuación del Servicio de Inspección de Hacienda, adoptará las medidas para corregir dichas hipotéticas bonificaciones o reducciones que la parte actora consideraba improcedentes. Pero la Memoria incluía sus previsiones; entre otros aspectos financieros, sobre el IVA, con lo que, en definitiva, no se da ninguna ausencia contraria a derecho de la Memoria.

Finalmente, en la página 64 hasta la final del suplico, se intenta introducir como nuevas cuestiones las atinentes al "coste financiero y endeudamiento", "ajustes por costes laborales", "pérdida del poder negociador de compra de bienes y servicios del nuevo sistema de gestión", "costes de I+D+i" y contratación de asesoramiento y servicios", "pérdida de la capacidad de imponer penalizaciones o aplicar descuentos", incremento de la estructura administrativa en el Ayuntamiento", y "imposibilidad real de estimar el coste de prestación del servicio por la nueva sociedad municipal por la incertidumbre sobre los aspectos laborales". Y todas ellas se elevaban como una "insuficiente justificación de la Memoria" que conllevaba, según la recurrente, a su inexcusable anulación (página 68 in fine). Pero todos esos aspectos, con una apariencia de cuestiones nuevas, no dejaban de ser los mismos aspectos jurídicos, financieros y laborales sobre los que ha se ha resuelto más arriba. Todo eran cuestiones prácticas que, bajo el prisma interesado de la mercantil, se trataban de encumbrar como ausencias e incorrecciones jurídicas. Pero este juzgador en la presente instancia NO lo considera así por lo ya dicho, motivo por el cual, en sintonía con lo que se ha ido concluyendo en los párrafos que preceden, NO pueden ser considerados como infracciones de derecho ni le es dable la reclamación por no decir exigencia de anulabilidad.

No obsta todo lo hasta ahora razonado las pruebas propuestas documentales y personales propuestas por la recurrente. Para empezar, este juzgador en la presente instancia considera que tanto el informe elaborado por el "Institut Cerdá", aunque en apariencia se pretendía revestir de una apariencia de "institucionalidad pública", no dejaba de ser un informe privado elaborado por una Fundación también privada. Informe privado que ni de lejos sirve para denostar las previsiones legales que sobre la nulidad o anulabilidad recogen los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre. Es más, en cuanto a la nulidad, siendo el motivo aducido por la recurrente la ausencia total de procedimiento o de trámites esenciales ex art. 47.1.e), si se daba o no tal falta esencial NO estaba a la interpretación de dicho "instituto" sino de la Administración hasta la conclusión de la vía administrativa y, ahora, por la presente jurisdicción, especializada a la par que correctora o revisora. En cuanto a la anulabilidad y todo el desarrollo de pretendidas "infracciones", todos los cálculos del copioso y sobrecargado informe (100 páginas, casi 30 más que la propia demanda), no era más que la interpretación favorable de

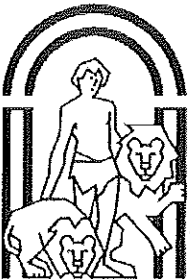


dicha entidad a favor de la recurrente sin hacer una sola mención extensa de algún aspecto positivo de la decisión adoptada por el Pleno. Todo, al parecer de dicho "Instituto" era negativo en cuanto a la encomienda a una Sociedad Municipal. Su informe es, a todas luces, parcial.

A resultas de lo anterior, la "pericial" de [REDACTED] a la sazón Director del área de sostenibilidad del "Institut Cerdá" es, aplicando las reglas de la sana crítica ex art. 348 de la LEC 1/2000, parcial y un intento de imponer al juzgador unas conclusiones en realidad jurídicas, lo cual no le es dable a una prueba pericial. Este Juez tiene suficientes conocimientos de economía para entender lo que es y no rentable. Pero aún en la tesis de que así no fuese, el informe va más allá al destacar conclusiones jurídicas sobre las insuficiencias de Memoria. Menos aún cuando el "perito" era, como destacó el Letrado del Ayuntamiento de Málaga, Licenciado en Ciencias Ambientales pero ni siquiera economista. De hecho, este juzgador preguntó por el absentismo de los trabajadores y sus consecuencias para con la nueva sociedad municipal, reconociendo el perito que no había datos para ello. Pero se permitió el lujo de denostar la gestión futura de la sociedad mercantil y los beneficios de la gestión privada en la página 45 de su informe. Como con acierto destacó las conclusiones del escrito de la recurrida, el perito también se vio obligado a reconocer, tras cuestionar en su informe los aspectos referentes al IVA, que con la nueva gestión había existido un ahorro por dicho concepto, tratando de desdibujar esa consecuencia positiva refiriendo, que el ahorro no había sido total. Tales extremos demuestran la clara predisposición del perito y la falta de objetividad del mismo.

Por último, la testifical del que fuera Director General de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Málaga, [REDACTED] no aportó tampoco nada que justificase la pretensión de nulidad ni la subsidiaria de anulabilidad. De una parte porque no intervino en el expediente que sirvió de base a la decisión Plenaria de remunicipalización. Y de otra parte, sus objeciones podrían considerarse a la inclusión de todos los trabajadores dentro de la Administración municipal; pero no en cuanto a su integración en una sociedad municipal. Y todo ello sin olvidar, como ya destacó este Juez más arriba, sin que existiese ni entonces ni al día de la presente ningún informe de la Intervención municipal en cuanto a un descalabro presupuestario que, según la recurrente, se iba a producir para el caso de adoptarse dicha decisión.

Para concluir, este juzgador quiere desterrar sin que quede margen alguno duda las insinuaciones llevadas a cabo por la mercantil recurrente y sus Abogados en cuanto que toda la tramitación seguida por la administración estaba larvada por un interés subrepticio rozando lo antijurídico para evitar que la mercantil continuase con la llevanza a del servicio público de recogida de residuos urbanos y limpiezas diarias y procurar, a sabiendas de su injusticia, un cambio en el sistema de gestión. Cuando se firmó la prórroga del contrato, ya se avisó que se tenía intención de estudiar nuevos sistemas de gestión de dicho servicio público. Cuando en 2018 se inician los trámites al respecto y durante todos los pasos seguidos hasta la presentación del recurso contencioso rector de estos autos en abril de 2020, en ningún momento se ha aportado documentación alguna que demuestre que la recurrente ha formulado querrela o denuncia ante la jurisdicción penal por algún intento delictivo por parte del ayuntamiento de abreviar y, en última instancia, prevaricar para conseguir su





decisión. Si los Abogados de la recurrente así lo consideraban como veladamente insinúan en varios pasajes de su escrito de demanda, debieran haber interpelado ante ante los Juzgado de Instrucción a los funcionarios públicos, a los Concejales y al Alcalde que, cada uno de sus respectivos momentos, intervinieron para alcanzar la decisión y acuerdos aquí cuestionados. Más que probablemente no le hicieron dichos Letrados por ser conscientes de la falsedad que eso podría suponer y de las consecuencias ulteriores por una posible simulación o denuncias falsas. Del examen del expediente administrativo por este Juez, absolutamente nada apunta a una actuación punible del ayuntamiento de Málaga. Tales maledicencias carecen de más recorrido que lo que aquí se acaba de concluir.

En consecuencia, estimando los acuerdos recurrido conformes a derecho, sin que aparezca motivo alguno de nulidad o anulabilidad, procede la completa desestimación del recurso sin necesidad de más razones.

SEXTO.- Para concluir y en cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA en su redacción al tiempo de la acción origen de este procedimiento, desestimadas tanto la pretensión principal, la subsidiaria de la recurrente, solo cabe imponer a la mercantil "SERUMA" las costas del presente recurso contencioso. Costas que se limitan en cuantía máxima de 6.000 € en atención, de una parte a la considerable entidad económica de lo que se debatían las presentes actuaciones. Por otra parte, a pesar de los intentos de manipular a este Juez y a estos autos con una prueba pericial practicada por alguien que no era economista para, de paso, tratar de introducir objeciones jurídicas, no concurre prueba plena de temeridad o mala fe procesal que justifique una imposición completa de las mismas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, procede dictar el siguiente

FALLO

QUE en el Procedimiento Ordinario 147/2020, **debo DESESTIMAR y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Ansorena Huidobro en nombre y representación de la mercantil "SERVICIOS URBANOS DE MÁLAGA, SA", contra los Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Málaga identificados en los antecedentes de la presente resolución, representada la administración municipal por el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez, al ser los mismos conformes a derecho; debiendo por ello mantener los tres actos su contenido y eficacia. Todo ello, además, con la expresa imposición de costas a la mercantil recurrente en cuantía máxima de 6.000 euros

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y **aclaración** en el de dos días ante este Juzgado.





Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente (50 euros si se tratara de un recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, 30 euros si se tratara de un recurso de queja, o 25 euros en los demás casos) en la cuenta de este Juzgado en la entidad SANTANDER con número, lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación y sin olvidar las tasas impuestas por el legislador a los actos judiciales de apelación.

Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



