



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1  
GIJON**

SENTENCIA: 00151/2015

- N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 ( NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

**N.I.G:** 33024 45 3 2014 0000023

**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000022 /2014

**Sobre:** ADMINISTRACION LOCAL

**De D/Dª:** LOPD

**Letrado:** LOPD

**Procurador D./Dª:** LOPD

**Contra D./Dª** ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON

**Letrado:** LOPD

**Procurador D./Dª** LOPD

**SENTENCIA**

En Gijón, a veintiuno de Julio de dos mil quince.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 22/2014, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Don LOPD LOPD, representado por la Procuradora Doña LOPD LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD LOPD, de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don LOPD LOPD y asistido por el Letrado Don LOPD LOPD

**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, que fue remitido, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibándose posteriormente el pleito a prueba, 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

**PRIMERO:** La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón de 19-11-13 por la que se acordó la adquisición de participaciones sociales de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. a varias entidades y por las cantidades que constan en el Acta de dicha Junta, así como la gestión directa por parte del Ayuntamiento del servicio que presta dicha sociedad, autorizando a la Alcaldía para suscribir el correspondiente contrato de compraventa y llevar a cabo el gasto con cargo al crédito presupuestario que en la misma se consigna; así como contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón en sesión celebrada el 18-12-13 por la que se acordó un ajuste en el precio de compra de dichas participaciones sociales de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A., autorizando a la Alcaldía para llevarlo a efecto con cargo al crédito presupuestario que en el Acta se consigna.

Asimismo es objeto de recurso la comunicación de la Alcaldía de 9-4-14 referida al proceso de fusión de las sociedades municipales Teatro Jovellanos de Gijón S.A., Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. y Jardín Botánico Atlántico de Gijón S.A. y la vía de hecho que supone dicha actuación.

Igualmente es objeto de recurso la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Gijón de 9-5-14, asunto nº 5 en el que se acuerda la aprobación de la gestión directa de los servicios de competencia municipal recogidos en su objeto social, a través de la figura de la Sociedad Mercantil Local con capital íntegramente municipal resultante de la fusión por absorción de la sociedad Teatro Jovellanos de Gijón S.A. a las entidades Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. y Jardín Botánico Atlántico de Gijón S.A.

Se señala en la demanda que con fecha 29-11-14 se notificó al Grupo Socialista del Ayuntamiento de Gijón a través de correo electrónico, el acta de la sesión ordinaria de la Junta de Gobierno que había tenido lugar en fecha 19-11, entre cuyos acuerdos se encontraba la adquisición de participaciones

sociales de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. a varias entidades y por las cantidades que constan en el acta, así como la gestión directa por parte del Ayuntamiento de Gijón del servicio que presta dicha sociedad, autorizando a la Alcaldía para suscribir el correspondiente contrato de compraventa y llevar a cabo el gasto con cargo al crédito presupuestario que en la misma se consigna. Con fecha 10-1-14 se notificó al Grupo Socialista del Ayuntamiento de Gijón, a través de correo electrónico, el acta de la sesión ordinaria de la Junta de Gobierno que había tenido lugar el 18-12, entre cuyos acuerdos se encontraba el "ajuste del precio de compra de la adquisición de participaciones sociales de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A." En dicho acuerdo se autoriza el aumento de 5.321,69 euros para la adquisición de las mencionadas acciones sobre la cuantía anteriormente autorizada y se autoriza a la Alcaldía para suscribir el correspondiente contrato de compraventa y autorizar la materialización de dicha compra a los nuevos precios.

Sigue la demanda que la operación de compraventa de las acciones de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. se materializa mediante escritura otorgada el día 10-1-14 en la que la Alcaldesa de Gijón, en nombre del Ayuntamiento, y el Concejal D. LOPD, en representación de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A., adquirieron las participaciones del resto de entidades copropietarias, abonando a cada socio el precio fijado en el acuerdo antes referido y convirtiéndose el Ayuntamiento de Gijón en el único titular de las 10.000 acciones en que se dividía el capital social de la citada entidad.

Se indica que con fecha 9-4-14 le fue notificada al Grupo Municipal Socialista en el Ayuntamiento de Gijón una comunicación de la Sra. Alcaldesa en la que se ponía en su conocimiento la existencia de un proyecto de fusión de sociedades municipales, Teatro Jovellanos de Gijón S.A., Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. y Jardín Botánico Atlántico de Gijón S.A., que se estaba llevando a efecto con arreglo a la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, sin que hubiese constancia de que con carácter previo hubiese existido el procedimiento administrativo que imponen los arts. 85 y 86 de la Ley de Bases de Régimen Local y art. 97 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local y demás concordantes. En el Pleno del Ayuntamiento de Gijón de 9-5-14, en el asunto nº 5 del orden del día se sometió a la consideración de dicho Pleno la propuesta de fusión de las referidas empresas municipales y el cambio de nombre de las mismas a la denominación Divertia Gijón S.A., acuerdo aprobado por mayoría.

Como fundamentos de derecho se alega la nulidad de los acuerdos tomados por la Junta de Gobierno el 19-11 y 18-12 de 2013 y de la operación de compraventa de las acciones de la Sociedad Mixta de Turismo; la nulidad del proyecto de reestructuración de las sociedades municipales que se comunica en fecha 9-4-14 y de los Acuerdos que se adoptan en el Pleno de 9-5-14.

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

**SEGUNDO:** Se alega por la demandada la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 69.b) en relación con el art. 19.1.b) ambos de la LJCA, en cuanto el Grupo Municipal Socialista carece de legitimación activa, pues los grupos políticos solo tienen una función estrictamente corporativa. Se alega la misma causa de inadmisibilidad en relación con el art. 20.a) de la LJCA, dado que este último artículo establece una prohibición de recurrir por parte de los órganos de una entidad.

Ha de rechazarse tales alegaciones, pues el actor tenía la condición de Concejal al interponer el recurso, por lo que (art. 63.1 de la Ley 7/85) estaba legitimado para tal interposición. A este respecto, la sentencia constitucional 173/2004 señala que el concejal, por su condición de miembro - no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido mediante sufragio universal, libre, directo y secreto de los vecinos, está legitimado para impugnar la actuación de la Corporación Local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha Corporación, en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación.

**TERCERO:** Alega el actor la nulidad de los acuerdos tomados por la Junta de Gobierno en fechas de 19-11 y 18-12 de 2013 y de la operación de compraventa de las acciones de la Sociedad Mixta de Turismo. En el primero de ellos se acuerda adquirir las participaciones sociales de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. a las entidades y por las cuantías que se mencionan, lo que conllevará la gestión directa por parte del Ayuntamiento de Gijón del servicio que presta dicha sociedad y autorizar a la Alcaldía para suscribir el correspondiente contrato de compraventa y autorizar la materialización de dicha compra. En el segundo se acuerda autorizar el aumento de 5.321,69 euros para la adquisición de las mencionadas acciones sobre la cuantía anteriormente autorizada y autorizar a la Alcaldía para suscribir el correspondiente contrato de compraventa y autorizar la materialización de dicha compra a los nuevos precios.

Se indica que dichas resoluciones se fundamentan en el art. 127.f) de la Ley 7/85, que es un precepto derogado, mientras que el art. 50.14 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales establece como competencia del Pleno la adquisición de bienes. Sin embargo, con arreglo a lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional segunda del RD Leg 3/11, en los municipios de gran población a que se refiere el art. 121 de la Ley 7/85, las competencias que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo. Y en el apartado 1, párrafo segundo, se dispone que corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales la adjudicación de concesiones sobre los

bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

Por tanto, la Junta de Gobierno sí tiene competencia para realizar la compra de las acciones de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. al resto de socios de la misma, como se acordó en las resoluciones recurridas. Ocurre que la compra de tales acciones comportó que el Ayuntamiento se convirtiese en socio único de dicha empresa, lo que supone una gestión directa del servicio público (art. 85.2.A).d) de la Ley 7/85). A este respecto el art. 123.1.k) atribuye al Pleno la determinación de las formas de gestión de los servicios. Aún cuando de hecho, en el caso de la referida empresa, el Ayuntamiento dirigiese y controlase la prestación del servicio, dada su participación mayoritaria en la sociedad, y asumiese el riesgo de la misma, como lo evidencian los documentos 3 y 4 acompañados al escrito de contestación a la demanda, la sociedad de economía mixta en la que la Administración participa en concurrencia con personas naturales o jurídicas constituye una modalidad de gestión indirecta (art. 85.2.B) de la Ley 7/85 en relación con el art. 277.d) del RD Leg 3/11)

Puede así afirmarse que la Junta de Gobierno tiene competencia para la adquisición de acciones de la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A., pero en la medida en que tal adquisición comportó que dicha sociedad fuera de propiedad íntegramente municipal, se produjo como consecuencia de dicha compra un cambio en la gestión del servicio público de una gestión indirecta a una gestión directa que exige la autorización del Pleno. Dicha autorización se produjo mediante el acuerdo, recurrido, de 9-5-14 en el que se decide la aprobación de la gestión directa de los servicios de competencia municipal recogidos en su objeto social, a través de la figura Sociedad Mercantil Local con capital íntegramente municipal resultante de la fusión por absorción de la sociedad Teatro Jovellanos de Gijón S.A. a las entidades Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. y Jardín Botánico Atlántico de Gijón S.A.

Ha de entenderse que los acuerdos de adquisición de acciones estaban pues sujetos a la condición implícita de que el Pleno autorizase el cambio en la forma de gestión del servicio público en la Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A., como así ocurrió. No se trata de que el Pleno convalidase tales actos, lo que se señala en relación a la alegación del recurrente de que no cabe convalidación de actos nulos de pleno derecho por ser dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, puesto que como ya hemos razonado, la Junta de Gobierno es el órgano competente para la adquisición de acciones, sino que, en la medida en que tal adquisición producía como efecto que la sociedad fuera de propiedad íntegramente municipal, era necesario que el Pleno autorizase dicha consecuencia, puesto que en otro caso, esto es, en el caso de que el Pleno no lo

hubiese autorizado, las mencionadas adquisiciones hubieran quedado sin efecto.

El cambio en la forma de gestión de un servicio público mediante la compra de acciones de una sociedad de economía mixta para convertirla en una sociedad de titularidad municipal requiere la colaboración de dos órganos distintos del Ayuntamiento, en cuanto el Pleno tiene la competencia para determinar la forma de gestión de los servicios mientras que a la Junta de Gobierno le compete la adquisición de las acciones para producir dicho cambio. El hecho de que, en el caso de autos, la decisión de la Junta de Gobierno haya precedido a la del Pleno, no produce la nulidad de los acuerdos adoptados por la misma, sino que la eficacia de los mismos estaba condicionada a la concurrencia de la decisión del Pleno autorizando tal modificación. Al producirse tal autorización, los acuerdos de la Junta, que no incidían en causa de invalidez, pudieron desplegar su eficacia.

Se alega por el actor la nulidad del proyecto de reestructuración de las sociedades municipales que se comunica en fecha 9-4-14 y de los acuerdos que se adoptan en el Pleno de fecha 9-5-14, por prescindir del procedimiento administrativo que imponen los arts. 85 y 86 de la Ley 7/85.

El art. 85.2.A).d) párrafo segundo de la Ley 7/85 dispone que solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) (entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan mas sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) (gestión por la propia Entidad Local y organismo autónomo local) 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 art. 4 de la LO 2/2012, de 27-4, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Pues bien, consta en el expediente 012855/14 la Memoria justificativa de la fusión de empresas municipales y cambio de nombre a Divertia Gijón S.A. realizado por el Director General Económico y Financiero el 22-4-14 en el que expresamente se invoca (folio 82 vuelto del expediente) el art. 85.2 de la Ley 7/85 e igualmente se elaboró por el Interventor municipal informe de Intervención de 21-4-14 (folios 109 y ss. del mismo expediente), en el que entre otros particulares se señala (folio 111 vuelto del expediente) que "la nueva Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ya contiene aspectos que deben de tenerse en cuenta en la planificación que realicen las Entidades Locales en busca de la estabilidad presupuestaria en relación a sus entes dependientes. En lo que se refiere al ejercicio de la



iniciativa pública o actividad económica de las Administraciones Públicas siempre se tendrán que valorar los efectos sobre la concurrencia empresarial. La prestación de nuevos servicios no pondrá en peligro la sostenibilidad financiera de aquellos que sean obligatorios. Se limita la creación de nuevas sociedades mercantiles siempre que no se acredite y justifique que resulta más sostenible y eficiente que la gestión de la propia Entidad Local. Por último, cualquier entidad del sector público local deficitario tendrá un plazo para corregir el déficit, mediante la aprobación de un Plan de Corrección individualizado, y si no fuera así la entidad local se verá obligada a disolverse". Y se concluye en el informe que "en el presente caso el cumplimiento de todos los objetivos y premisas que se han referenciado anteriormente se justifican en la Memoria del proyecto de fusión que se ha redactado y motivado por la Dirección General Económico Financiera".

Por tanto, hemos de concluir que se dio cumplimiento a las previsiones legales establecidas en el art. 85.2.A).d) párrafo segundo de la Ley 7/85 con carácter previo al acuerdo del Pleno de 9-5-14.

Invoca el actor el incumplimiento de los arts. 86 de la Ley 7/85 y 97 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local.

De conformidad con el art. 86.1 de la Ley 7/85, las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda Municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

Por su parte, el art. 97.1 del RD Leg. 781/86 previene que para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades Locales se requiere: a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico; b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión entre las previstas por la Ley. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de deprecios del servicio; c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación; d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Ha de señalarse que el ejercicio de actividades económicas por los entes locales en régimen de libre concurrencia, conforme al art. 128.2 CE, exige a tenor de lo establecido en



el art. 86 de la Ley 7/85 y 96 del RD Leg 781/86, que la actividad sea de utilidad pública y que se acredite la conveniencia y oportunidad de la medida. El art. 86 mencionado impone la tramitación de un expediente cuyo contenido está determinado en el art. 97 del TRRL.

Sin embargo el art. 86.1 de la Ley 7/85 se refiere a que las Entidades Locales podrán ejercer la "iniciativa pública". Según el diccionario de la RAE, iniciativa es lo que da principio a algo, mientras que en el caso de autos no se trata de aprobar la iniciativa pública para ejercer un servicio, puesto que éste ya se venía ejerciendo con anterioridad, en el caso de la Sociedad Mixta de Turismo, desde su constitución el 11-5-93, en virtud de acuerdo del Pleno de 30-4-91 (ampliación de expediente) que aprobó la propuesta presentada por el Sr. Alcalde de constituir dicha sociedad, autorizándole para realizar las gestiones necesarias para la determinación de los socios fundadores, la redacción de los estatutos y reglamentos de régimen interior, en su caso, y para cualquier otra gestión que fuere precisa para llevar a cabo lo recogido en dicho acuerdo.

Por tanto, no resulta exigible la tramitación del expediente previsto en el art. 97 del TRRL para acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida (art. 86 de la Ley 7/85) cuando la Sociedad Mixta de Turismo lleva ejerciendo su actividad desde hace más de 20 años en el Municipio. Fue en el momento de su creación cuando la Administración ejerció la iniciativa pública para el desarrollo de la actividad económica a que se refiere el art. 86 reseñado, actividad que se mantiene tras la resolución del Pleno de 9-5-14 que aprobó la gestión directa de los servicios recogidos en su objeto social, a través de la figura de Sociedad Mercantil Local con capital íntegramente municipal resultante de la fusión por absorción de la Sociedad Teatro Jovellanos de Gijón S.A a las entidades Sociedad Mixta de Turismo de Gijón S.A. y Jardín Botánico Atlántico de Gijón S.A.

No se requiere pues un expediente de municipalización para acordar la gestión directa de una empresa de economía mixta. Según se desprende del art. 95 del TRRL, municipalizar significa asumir un servicio o actividad, sin prejuzgar la forma de gestión del mismo. A este respecto dicho precepto establece que los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el art. 86 de la Ley 7/85 de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Pues bien, el Ayuntamiento al aprobar en su momento la constitución de una sociedad mixta, además de ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de una actividad económica, asumió el servicio público objeto de dicha empresa, con una forma de gestión indirecta, en cuyo momento hubo de tramitarse el expediente administrativo necesario para realizar tal municipalización, expediente que ahora resulta innecesario, ya que el cambio de la forma de gestión del servicio no modifica el contenido de este último (se sigue prestando el mismo servicio ahora por una empresa de capital íntegramente municipal).



Por otra parte la elaboración de un proyecto de fusión de las sociedades municipales se realizó para dar cumplimiento a



la legislación mercantil de aplicación, pero su elaboración no incide en la validez de las resoluciones recurridas.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado.

**CUARTO:** En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA, no procede su imposición habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

### FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don **LOPD** **LOPD** **LOPD** representado por la Procuradora Doña **LOPD** **LOPD** contra los acuerdos de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón de 19-11-13, 18-12-13, la comunicación de la Alcaldía de 9-4-14, la vía de hecho derivada de la misma y contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gijón de 9-5-14 por resultar dichas resoluciones y actuaciones conformes a derecho; 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 TSJ de Asturias.

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.