

Tribunal Supremo

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 1 febrero 2002

[RJ2002\1590](#)



ADMINISTRACION LOCAL: Servicios de las corporaciones locales: actividades económicas: iniciativa pública: servicios esenciales: expediente previo y pronunciamiento del Pleno municipal: falta de: nulidad existente; Municipio: funcionamiento: sesión extraordinaria de urgencia: motivación: existencia; Comisión informativa: informe: falta de: irrelevancia ante el carácter urgente de la convocatoria: nulidad inexistente.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación 6139/1996

Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía dictó Sentencia, en 16-05-1996, estimando el recurso contencioso-administrativo y declarando la nulidad de pleno derecho del punto 6 del orden del día, aprobado en sesión plenaria, extraordinaria y urgente del Ayuntamiento de Marbella, en 04-09-1993, por disconformidad a derecho.

El TS **estima** el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella pero reitera la nulidad del citado punto de la sesión municipal que procedía a constituir una sociedad municipal.

En la Villa de Madrid, a uno de febrero de dos mil dos. Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 6139/1996, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador don Antonio P. R., en nombre y representación del Ayuntamiento de **Marbella**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 16 de mayo de 1996, dictada en recurso número 2467/1993.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga dictó sentencia el 16 de mayo de 1996, cuyo fallo dice:

«Fallamos. Estimar el presente recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad de pleno derecho del punto 6 del orden del día, aprobado en sesión plenaria, extraordinaria y urgente del Ayuntamiento de **Marbella**, celebrada el día 4 de septiembre de 1993, por no ser conforme a Derecho, sin costas».

La sentencia se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Los demandantes, Concejales del Ayuntamiento de **Marbella**, impugnan la aprobación por el Pleno del punto 6 del orden del día correspondiente a la sesión del 4 de septiembre de 1983 referente a la «creación de sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria del término municipal de en **Marbella**, nombramiento de Consejo de Administración, aprobación de Estatutos», que se tradujo en aprobar la constitución y los Estatutos de la Sociedad Municipal «Residuos Sólidos Urbanos, SL», con nombramiento del Consejo de Administración, autorizar el desembolso del capital social por importe de un millón de pesetas y autorizar al Alcalde para otorgar la correspondiente escritura y elevar a público el acuerdo.

Alegan los demandantes, en primer término, que el Decreto de convocatoria no contenía justificación de la urgencia y que de la naturaleza de los asuntos incluidos no se infería esta circunstancia.

No se ha probado la falta de motivación del acuerdo de la convocatoria de la sesión con carácter urgente ni la del pronunciamiento del Pleno sobre la urgencia.

Por otra parte, el día 6 de septiembre de 1993 dejaba de producir efecto la concesión del servicio, y debía proveer el Ayuntamiento a su gestión, según lo acordado por la propia Corporación, atendida la complejidad que implicaba la organización del servicio de carácter esencial (artículo 86.3 de la [Ley 7/1985 \[RCL 1985, 799, 1372 y ApNDL 205 \]](#)). Es razonable estimar que el día 4 de septiembre de 1993 concurrían circunstancias que justificaban la no convocatoria de la sesión extraordinaria con la antelación mínima de dos días hábiles (artículo 79 del [Reglamento de Organización \[RCL 1986, 3833 y RCL 1987, 479 \]](#)).

La previsión del artículo 126.2 del Reglamento elimina la posibilidad de vulneración del derecho a la participación en asuntos públicos que establece el artículo 23.1 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875 \)](#).

En segundo lugar, se alega que el acuerdo impugnado, atendido el objeto social de la entidad, se ha producido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

De los artículos 2 y 3 de los Estatutos de la sociedad constituida y de la rúbrica del punto del orden del día correspondiente puede pensarse que la intención de la Corporación era gestionar directamente el servicio de recogida de residuos sólidos en forma de empresa privada, mediante la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada que tuviera este objeto social, pues el artículo 103 del [Texto Refundido \(RCL 1986, 1238, 2271 y 3551 \)](#) se refiere a estos supuestos.

Sin embargo, esto no es así por las siguientes razones: se cita en los Estatutos los artículos 103 del Texto Refundido y el 108 del mismo texto y esta norma se refiere a los casos de prestación indirecta de la actividad, con la excepción de los servicios concedidos; la descripción del objeto social no hace referencia al concreto servicio público de cuya gestión se trata, sino que contiene una serie de actividades, algunas de ellas ni siquiera relacionadas con la recogida de basuras y limpieza viaria, como la limpieza de edificios públicos y la creación, mantenimiento y conservación de jardines; en los Estatutos se establece la posibilidad de que las actividades que constituyen el objeto social puedan ser desarrolladas a través de otras sociedades mediante la adquisición de sus acciones o participaciones; y, finalmente, la adjudicación del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria a la sociedad constituida, que figuraba como punto 7 del orden del día de la misma sesión, habría sido innecesaria si el propósito de la Corporación hubiera sido su gestión directa por medio de dicha sociedad.

Debe concluirse que el acuerdo impugnado decide ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre competencia, conforme al artículo 128.2 de la Constitución.

Esto exige, a tenor del artículo 86 de la Ley 7/1985 y 96 del Texto Refundido, que la actividad sea de utilidad pública y que se acredite la conveniencia y oportunidad de la medida o, como dice la [sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 \(RJ 1989, 7352 \)](#), que la actividad

empresarial que se vaya a desarrollar sea una actividad de indudable interés público en el momento de su creación, pues así lo impone el artículo 103.1 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875\)](#) y, de manera específica en el caso de actividades empresariales de las entidades locales, el artículo 86.1 de la Ley de Bases.

El citado artículo impone la tramitación de un expediente cuyo contenido está determinado en el artículo 97.1 del Texto Refundido. Habrá de recaer acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión, la cual redactará una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica, en la que deberá determinarse la forma de gestión y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. A esta memoria debe acompañarse un proyecto de precios del servicio y una exposición pública de la misma deberá ser efectuada después de ser tomada en consideración por la Corporación, para terminar con la aprobación del proyecto por el Pleno.

Este expediente, de rigurosa exigencia, no existe, como expresamente reconoce el Ayuntamiento. Ello determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado, conforme al artículo 62.1 e) de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) .

No se opone a ello el estado de necesidad que se alega, pues éste no ha concurrido.

La gestión de los servicios públicos se hace con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como ordena el artículo 103.1 de la Constitución. Es cierto que en situaciones de catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo el Alcalde deberá adoptar las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediata al Pleno [artículo 21.1 j) de la Ley 7/1985]. Esta no es la situación planteada, porque lo único que consta acreditado es el estado de conflicto laboral, que no genera un grave riesgo. En todo caso, el acuerdo adoptado no guarda proporción con las necesarias soluciones de emergencia que debían adoptarse, pues se trata de la constitución de una empresa pública con vocación de permanencia a la que se permite el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia con la empresa privada. Además, el propio Ayuntamiento es el que rescinde, por mutuo acuerdo, el contrato existente para la gestión del servicio. En el documento correspondiente se manifiesta que es de interés para el Ayuntamiento el rescate del servicio y se acepta la fecha en la que se asume la gestión del mismo.

SEGUNDO

En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal del Ayuntamiento de **Marbellase** formula, en síntesis, el siguiente motivo de casación:

Unico.—Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción por aplicación indebida del artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

El Ayuntamiento ejercía una competencia propia contemplada en el artículo 26 de la Ley 7/1985, pues se trata de un servicio mínimo obligatorio que el Ayuntamiento debe prestar en todo caso. Dicha competencia se ejerce en régimen de autonomía, como señala el artículo 7 de la misma Ley relación con los artículos 1 de la misma y 137, 140 y 141 de la Constitución.

El principio de eficacia está recogido en el artículo 6 de la Ley 7/1985, que recoge también el de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, con arreglo a los cuales actuó el Ayuntamiento.

La sentencia reconoce la urgencia en la toma de la decisión. La discrepancia con la sentencia surge cuando la Sala afirma que el Ayuntamiento pretendía ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia y que para ello era necesario un expediente previo cuya falta determina la nulidad de pleno derecho.

La sentencia afirma que no concurría estado de necesidad, pues sólo se acreditó un conflicto laboral que no generaba grave riesgo.

El Ayuntamiento perseguía exclusivamente resolver el problema planteado con la limpieza y recogida de basuras y así se manifestó en el propio punto de la orden del día, el cual hacía

referencia a la creación de una sociedad municipal para hacerse cargo del servicio a la recogida de basuras y limpieza viaria.

La cita del artículo 108 del Texto Refundido no puede ser tomada como un dato decisivo, ya que el precepto realmente aplicable es el 103, también citado.

La descripción del objeto social, en relación con el contexto del expediente tramitado, no es obstáculo a entender que el Ayuntamiento pretendía solamente resolver el problema de la recogida de basuras y la limpieza viaria. Para las actividades de jardinería el Ayuntamiento tiene creada otra sociedad limitada constituida el 11 de febrero de 1992.

Si se incluyó esta materia fue por una errónea duplicidad que no puede afectar a la bondad del procedimiento seguido para resolver el problema planteado en **Marbella** en agosto 1993 con la recogida de residuos sólidos urbanos.

El objeto social es claro que está reducido a la recogida de basuras y a la limpieza viaria en la realidad, y es indiferente que el servicio pueda gestionarse de forma directa o indirecta y la variación no determina que se vayan a realizar otras actividades distintas a las que efectivamente constituyen el objeto social.

La sentencia afirma que la adjudicación del servicio, incluida como asunto en el punto 7 del orden del día, no es objeto del recurso; por lo que el argumento respecto a la misma debe ser rechazado. En segundo lugar, no puede tener relevancia, por cuanto aun siendo cierto su carácter no necesario, pues la forma de gestión elegida fue la directa y de ahí la constitución de la sociedad, también lo es que la mencionada adjudicación no debe tenerse por acordada, en virtud de su inutilidad, simplemente puede interpretarse como un trámite reiterativo carente de relevancia.

Resulta aplicable la teoría general en cuanto a la interpretación de los contratos contenida en los artículos 1281 a 1289 del [Código Civil](#).

De los actos y documentos anteriores, así como de la prueba practicada, se deduce cuál era la intención municipal. Haciendo aplicación especialmente del artículo 1282 del Código Civil ha de concluirse que sólo y exclusivamente se pretendía resolver la prestación del servicio citado.

La sentencia prescinde de la intención real del Ayuntamiento y se aferra a una interpretación rigurosamente formalista de lo descrito como objeto social.

Al no pretenderse la realización de actividades económicas distintas a la recogida de basuras y limpieza viaria no era necesario un expediente previo y, por tanto, el acuerdo es ajustado a Derecho.

La sentencia incurre en contradicción cuando entiende en el fundamento jurídico séptimo que el expediente es inexistente, lo que determina la nulidad de pleno derecho, y continúa afirmando que el estado de necesidad dispensaría de los trámites procedimentales si concurriese.

Por el contrario, en el fundamento jurídico tercero se estima existente la urgencia, que se identifica con el estado de necesidad, por considerar que concurrieron circunstancias que justificaban la convocatoria de la sesión como extraordinaria y urgente.

Admitida la urgencia en su doble aspecto formal y material y acreditado que el Ayuntamiento sólo pretendía resolver el problema de la recogida de basuras y limpieza viaria y no dedicarse al ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia, el expediente era innecesario y, por tanto, el acuerdo adoptado válido y ajustado a Derecho.

Termina solicitando que se dicte sentencia casando la recurrida y que se pronuncie otra más ajustada a Derecho resolviendo en los términos que la parte recurrente tiene interesados, con expresa imposición de costas a los demandantes.

TERCERO

Para la deliberación y fallo del presente recurso se fijó el día 23 de enero de 2002, en que tuvo

lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El recurso de casación que enjuiciamos se interpone por el Ayuntamiento de **Marbella** contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga el 16 de mayo de 1996, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo y se declara la nulidad de pleno derecho del punto 6 del orden del día, aprobado en sesión plenaria, extraordinaria y urgente del Ayuntamiento de **Marbella**, celebrada el día 4 de septiembre de 1993.

Dicho punto se refería a la «creación de sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria del término municipal de en **Marbella**, nombramiento de Consejo de Administración, aprobación de Estatutos», y su aprobación se tradujo en aprobar la constitución y los Estatutos de la Sociedad Municipal «Residuos Sólidos Urbanos, SL», con nombramiento del Consejo de Administración, autorizar el desembolso del capital social por importe de un millón de pesetas y autorizar al Alcalde para otorgar la correspondiente escritura y elevar a público el acuerdo.

SEGUNDO

La cuestión planteada en este recurso consiste, en último término, en resolver si la creación de una sociedad mercantil municipal que tenga por objeto un servicio público local esencial –como se verá que sostiene el Ayuntamiento en su recurso y esta Sala acepta– implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875\)](#) y, en consecuencia, exige, como presupuesto, la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refiere el artículo 86.1 de la [Ley 7/1985, de 2 de abril \(RCL 1985, 799, 1372 y ApNDL 205\)](#), de Bases del Régimen Local y que aparece regulado en el artículo 97 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por [Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril \(RCL 1986, 1238, 2271 y ApNDL 3551\)](#).

Son servicios públicos locales, en sentido amplio, cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales (artículo 85.1 Ley de Bases del Régimen Local). Una de las posibles formas que puede adoptar la gestión directa de un servicio público local es la de Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local [artículo 85.3 c) de la Ley de Bases del Régimen Local].

La gestión de servicios públicos por medio de gestión directa a través de una empresa en régimen privado de capital municipal no exige que se trate de los servicios esenciales comprendidos en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sino que puede realizarse en otras materias en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que se trate de actividades que sean de utilidad pública y se presten dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes (artículo 96 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local). Sin embargo, el hecho de que se trate de servicios esenciales no altera sustancialmente los requisitos establecidos por la Ley para dicha creación. Estos requisitos, en efecto, derivan sustancialmente del carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público que a que dedique su actividad.

Por consiguiente, en todos estos casos nos hallamos ante una aplicación del principio comprendido en el artículo 128.2, inciso primero, de la Constitución, con arreglo al cual «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica». Este principio tiene su reflejo, en el ámbito local, en

el artículo 86 de la Ley de Bases del Régimen Local, la cual recoge la iniciativa pública local en el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia (apartado 2) o en régimen de reserva y consiguiente posibilidad de establecer el efectivo monopolio (apartado 3).

El artículo 86.1 de la Ley de Bases del Régimen Local establece que las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución. Una vez afirmado esto, el artículo 86.2 añade que cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

Se advierte, en consecuencia, que la necesidad de previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida encaminada al ejercicio de la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, en este caso consistentes en la prestación de un servicio público esencial, es común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios públicos.

Por lo demás, la necesidad de que se pronuncie el Pleno sobre la forma de gestión del servicio cuando se trata de actividades que vayan a ser ejercidas por empresas municipales en régimen de pública concurrencia, por no tratarse de un servicio prestado en régimen de monopolio con arreglo a la Ley, no supone que en el caso de gestión de servicios públicos esenciales por este medio no deba pronunciarse igualmente el Pleno de la Corporación. En efecto, por una parte, el artículo 97.1 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, al regular dicho expediente, prescribe con carácter general la aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local [letra d)]. En segundo lugar, el artículo 86.3, II, de la Ley de Bases del Régimen Local establece la efectiva ejecución de las actividades comprendidas en el artículo 86.3, I, en régimen de monopolio requiere, entre otros requisitos, lo dispuesto en el número 2 de este artículo. A su vez, el artículo 97.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril exige que el acuerdo sea adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

TERCERO

En el motivo primero y único, al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción por aplicación indebida del artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, se alega, en síntesis, que tratándose de un servicio mínimo obligatorio, y concurriendo urgencia, el Ayuntamiento perseguía exclusivamente la creación de una sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria, y ni la cita del artículo 108 del Texto Refundido, ni la descripción del objeto social, ni el hecho de que el servicio pueda gestionarse de forma directa o indirecta ni la adjudicación acto seguido del servicio a la empresa constituida son obstáculo a la interpretación de la voluntad del Ayuntamiento, en aplicación de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, en el sentido de que la forma de gestión elegida fue la directa, por lo que no era necesario un expediente previo y, en todo caso, la sentencia reconoce que no hubiera sido necesario de concurrir un estado de necesidad que admite al aceptar que la convocatoria del Pleno era urgente.

El motivo debe ser estimado. Sin embargo, el fallo de la sentencia recurrida, como se verá, debe ser mantenido.

CUARTO

La sentencia recurrida sustenta su criterio favorable a anular al acuerdo de creación de la sociedad municipal «Residuos Sólidos Urbanos, SL» en considerar que el expediente administrativo a que se refiere el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local no se exige cuando la sociedad municipal tiene por objeto un servicio público esencial. Considera que en el caso examinado la sociedad no tenía este objeto social, por las razones que expresa.

Esta Sala no puede aceptar estas premisas.

Por una parte, como sostiene la parte recurrente, una adecuada interpretación del acuerdo del Ayuntamiento, teniendo en cuenta el inequívoco contenido del punto del orden del día referente a la creación de la sociedad, los antecedentes relativos al rescate de la concesión del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria y el acto consiguiente consistente en la adjudicación a la misma de dicho servicio, obligan a interpretar que dicha sociedad, al menos como objeto fundamental y básico, se creaba con el fin de gestionar dicho servicio. Por lo demás, la creación de una sociedad mercantil municipal para la gestión de un servicio público local comporta, como establecen los preceptos del ordenamiento local ya citados, una forma típica de gestión directa del servicio.

Al no aceptarlo así, la sentencia ha incurrido en una inadecuada aplicación del artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, precepto denunciado como infringido, pues ha entendido que la sujeción a dicho precepto deriva de unas circunstancias (la gestión indirecta de un servicio público esencial mediante concesión y la dedicación a actividades económicas en régimen de libre concurrencia) que no se compaginan con la creación de una empresa municipal con el objeto básico de gestionar el servicio público de limpieza y recogida de basuras.

Como ha quedado fijado en un anterior fundamento, tampoco puede aceptarse el razonamiento, implícito en la sentencia, conforme al cual la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales estaría exenta de la necesidad de un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida.

QUINTO

El artículo 102.1.3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, aplicable a este proceso por razones temporales, dispone que en determinados casos, entre los que se encuentra el de estimación del recurso de casación por alguno de los motivos deducidos al amparo del artículo 95.1.4º de la citada Ley, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

En primer lugar, procede rechazar la pretensión de nulidad de la convocatoria por defectos formales y sustanciales, puesto que, como recoge la sentencia recurrida, no se ha probado la falta de motivación del acuerdo de la convocatoria de la sesión con carácter urgente ni la del pronunciamiento del Pleno sobre la urgencia. Por otra parte, el día 6 de septiembre de 1993 dejaba de producir efecto la concesión del servicio, y debía proveer el Ayuntamiento a su gestión, según lo acordado por la propia Corporación, atendida la complejidad que implicaba la organización del servicio de carácter esencial (artículo 86.3 de la Ley 7/1985), de donde se infiere que es razonable estimar que el día 4 de septiembre de 1993 concurrían circunstancias que justificaban la no convocatoria de la sesión extraordinaria con la antelación mínima de dos días hábiles (artículo 79 del Reglamento de Organización).

Finalmente, el artículo 126.2 del Reglamento prevé la posibilidad de que, en supuestos de urgencia, el Pleno adopte acuerdos sobre asuntos no dictaminados por la correspondiente Comisión Informativa. El alegado defecto consistente en la falta de informe de la Comisión Informativa resulta irrelevante ante la situación de urgencia concurrente.

Como se deduce de los anteriores fundamentos de derecho, la creación de una empresa municipal no puede hacerse, conforme al artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sin un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. Este requisito aparece justificado por el carácter excepcional que, desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado (artículo 38 de la Constitución) reviste la intervención pública en la actividad económica (artículo 128 de la Constitución). La existencia de ésta no resulta afectada por el hecho de que la actividad económica de que se trate se haya reservado al poder público como servicio esencial en régimen de monopolio (artículo 128.2, inciso segundo, de la Constitución), en contra de lo que sostiene la parte demandada y hoy recurrente. El sometimiento al Derecho mercantil de una actividad de carácter económico, con la consiguiente huida de las limitaciones que impone el Derecho administrativo a la actividad de los poderes públicos, comporta por sí una intervención de aquella naturaleza.

En el caso examinado, como afirma la sentencia recurrida sin oposición de la parte hoy recurrente, el expediente cuya tramitación exige la Ley no ha existido, como expresamente reconoce el Ayuntamiento. La naturaleza y la finalidad de dicho expediente lo convierten en presupuesto procedimental esencial para legitimar la inmisión del poder público en la actividad económica privada, tal como aparece configurado en la Ley de acuerdo con los principios constitucionales. Por ello, aun sin compartir sus razonamientos, debemos estar conformes con la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que la ausencia de expediente previo implica la nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 62.1 e) de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) .

Procede, en consonancia con lo hasta aquí razonado, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Isabel María G. M. y otras personas contra la aprobación del punto 6 del orden del día correspondiente a la sesión del 4 de septiembre de 1983 plenaria, extraordinaria y urgente del Ayuntamiento de **Marbella** referente a la «creación de sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria del término municipal de **Marbella**, nombramiento de Consejo de Administración, aprobación de Estatutos», que se tradujo en aprobar la constitución y los Estatutos de la Sociedad Municipal «Residuos Sólidos Urbanos, SL», con nombramiento del Consejo de Administración, autorizar el desembolso del capital social por importe de un millón de pesetas y autorizar al Alcalde para otorgar la correspondiente escritura y elevar a público el acuerdo; declarar no conformes a Derecho y anular los expresados acuerdos.

SEXTO

La estimación del recurso de casación comporta la aplicación del artículo 102.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, modificada por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, aplicable al caso por razones temporales en virtud de lo ordenado en la disposición transitoria novena de la Ley vigente. En consecuencia, no ha lugar a la imposición de las costas causadas en la instancia, dado que esta Sala no aprecia circunstancias que aconsejen su imposición, y, en cuanto a las originadas en este recurso de casación, cada parte satisfará las suyas.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la potestad emanada del pueblo que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de **Marbella** contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga el 16 de mayo de 1996, cuyo fallo dice:

«Fallamos. Estimar el presente recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad de pleno derecho del punto 6 del orden del día, aprobado en sesión plenaria, extraordinaria y urgente del Ayuntamiento de **Marbella**, celebrada el día 4 de septiembre de 1993, por no ser conforme a Derecho, sin costas».

Casamos y anulamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

En su lugar, estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Isabel María G. M. y otras personas contra la aprobación del punto 6 del orden del día correspondiente a la sesión del 4 de septiembre de 1983 plenaria, extraordinaria y urgente del Ayuntamiento de **Marbella** referente a la «creación de sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria del término municipal de en **Marbella**, nombramiento de Consejo de Administración, aprobación de Estatutos», que se tradujo en aprobar la constitución y los Estatutos de la Sociedad Municipal «Residuos Sólidos Urbanos, SL», con nombramiento del Consejo de Administración, autorizar el desembolso del capital social por importe de un millón de pesetas y autorizar al Alcalde para otorgar la correspondiente escritura y elevar a público el acuerdo;

declaramos no conformes a Derecho y anulamos los expresados acuerdos.

No ha lugar a imponer las costas causadas en la instancia. En cuanto a las de este recurso de casación, cada parte satisfará las suyas.

Hágase saber a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. –Leída y publicada fue la anterior sentencia dictada por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, en audiencia pública celebrada en el mismo día de la fecha. Certifico. Rubricado.