

**Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de San
Sebastián-Donostia**

Administrazioarekiko Auzietako 1 Zk. Ko Epaitegia

Procedimiento Ordinario 31-2014

AYUNTAMIENTO DE ERNUA/ERMUKO UDALA
REGISTRO GENERAL/ERREGISTRO OROKORRA
ENTRADA/SARRERA
Fecha/Data 19-01-17 10:48:59
Num./Zk. 451

SENTENCIA Nº 255/2016

En San Sebastián, a 23 de diciembre de 2016.

Vistos por mí, D. Gonzalo Pérez Sanz, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de San Sebastián, los presentes autos de Procedimiento Ordinario 31-2014 seguidos ante este Juzgado a instancia de la Mancomunidad de San Marcos, de Debabarrena, D. Arcadio Benitez Dávila, D. Ricardo Garate Zubiaurre, D. Ioseba Arrizabalaga Mendicute, D. Denis Itxas González y D. Igor Iturain Ibarguren, contra el Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y GHKSAU, representados y asistidos por los profesionales que puede verse en acta, interviniendo como interesadas D^a. Amaia Azkue, D. Imanol Azpiroz, D. Ruben Alberdi, D. Ainhoa Ugalde, D. Iñaki Errazkin, D. Azeari Sumakila, D^a. Ainhoa Intxaurreandietta, D. Unai Iraola, D^a. Leire Etxaniz, D^a. Ainhoa Iraola, D^a. Amaia Guruzeta, D^a. Leire Egaña, D^a. Inmaculada Beristain, Tolosako Mankomunitatea, Urola Erdiko Mankomunitatea, Urola Kostako Mankomunitatea, Sasieta Mankomunitatea y Debagoiena Mankomunitatea, sobre contratación administrativa, apareciendo como recurrido el Acuerdo de la Asamblea General del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y de la Junta General de la Sociedad GHK adoptado en sesión extraordinaria urgente de 25 de noviembre de 2013, relativo a la Resolución del Contrato suscrito entre GHKSAU y la UTE FCCSA Y OTROS para la construcción, puesta en marcha y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa CGRG, dicto esta Sentencia en virtud de las facultades que me son dadas por la Constitución Española.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Las actuaciones arriba referenciadas se iniciaron en virtud de recurso contencioso administrativo contra la resolución antedicha, interesando la representación de los recurrentes que se dictare Sentencia por la que, con estimación íntegra de la demanda, se declarare:

a). La nulidad de pleno derecho del Acurdo de Guipuzkoako Hondakinen Kudeaketa y del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de 25 de noviembre de 2013 ratificando la resolución del contrato acordada el 13 de noviembre de 2013 entre GHK y la UTE en relación al contrato de 12 de mayo de 2011 por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.b de la Ley 30.1992 en relación con el artículo 9.3 de la Norma Foral 6.2005, de 12 de julio, sobre Organización Institucional, Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Guipúzcoa y la Norma Foral 7.2008, de 23 de diciembre, por la que se aprueba el Documento de Progreso 2008-2016 del FIGRUG 2002-2016.

b). Subsidiariamente, no conformidad a derecho del referido acuerdo por vulneración de las Directivas Europeas, especialmente la Directiva 2008.98.CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas así como de la Norma Foral 7.2008, de 23 de diciembre, por la que se aprueba el Documento de Progreso 2002-2008 del Pigrug 2002 2016 y del Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Residuos de Guipúzcoa.

c). Subsidiariamente, la no conformidad a derecho del referido acuerdo de resolución contractual suscrito el 13 de noviembre de 2013 por GHK y la UTE ratificado por la Junta General de GHK por ausencia de interés general que justifique la resolución.

Segundo. Tramitado el procedimiento con la contestación de la demandada e interesados, practicada prueba y tras formularse conclusiones, quedaron las actuaciones vistas para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En síntesis, se acciona por la parte recurrente frente a dos acuerdos:

- a) Acuerdo de la Asamblea General del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de 25.11.2013 que aprueba el Acuerdo de 13.11.2013 de Resolución del Contrato entre GHK y la UTE FCCSA SBSL AYUSA CMSA HZIAG para la construcción puesta en marcha y explotación del Centro de Gestión DE Residuos de Guipúzcoa CGRG.

- b) Acuerdo y de la Junta General de la Sociedad GHK adoptado en sesión extraordinaria urgente de 25 de noviembre de 2013 por el que se aprobó el desistimiento en el procedimiento de revisión de oficio iniciado en relación a una presunta nulidad del acuerdo de GHK SAU de 16.7.2010 por el que se aprobaba el expediente de contratación del contrato mixto del CGRG.

Indica la parte recurrente que la impugnación fue simultánea porque ambas decisiones: paralización de la obra del CGRG por acuerdo entre GHK y la UTE y el desistimiento del consorcio sobre la revisión de oficio del expediente de contratación adjudicado a la UTE por presunto vicio de nulidad se adoptó conjuntamente. Ello tras pretender desde mayo de 2011 los gestores del Consorcio y GHK paralizar la ejecución de la incineradora, desde la toma de posesión de sus cargos. Se resuelve el contrato ya que el informe del COJUA sobre la revisión de oficio iba a ser desfavorable: por eso se resuelve el contrato y se desiste paralelamente del procedimiento de revisión. Pero en todo caso, el meollo de la Litis esta en la impugnación del acuerdo de Resolución del Contrato de infraestructura del CGRG, ya que el expediente de revisión de oficio del expediente de contratación carece de fundamento.

Ambos acuerdos pretendían paralizar la construcción y puesta en marcha del CGRG, conocido como Incineradora, dejando sin efecto la infraestructura más relevante de la Norma Foral 7.2008 por el que las Juntas Generales de Guipúzcoa aprobaron el Documento de Progreso: actualización del Plan Integral de Gestión de Residuos de Guipúzcoa PIGRUG: decantándose finalmente por la resolución del contrato suscrito con la UTE de mutuo acuerdo.

Describe seguidamente la parte recurrente los hitos más importantes del proceso refiriendo la regulación de la Norma Foral 7.2008 y como distingue dos tipos en la gestión de residuos: gestión en baja: actuaciones e infraestructuras asociadas a la gestión de residuos entre el generador, ciudadano y la planta de tratamiento o estación de transferencia en su caso; gestión en alta: actuaciones e infraestructuras asociadas a la gestión de residuos llevada a cabo entre la red en baja y la eliminación de los residuos últimos en vertedero.

Órganos competentes para la gestión de residuos en Guipúzcoa, sin perjuicio de la competencia de las Juntas Generales conforme a la Norma Foral 6.2005 son las administraciones con competencia originaria Ayuntamientos, Mancomunidades y DFG; pero también las entidades constituidas para la ejecución y desarrollo del PIGRUG: Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y Sociedad Mercantil GHK, SAU. Ayuntamientos y Mancomunidades se ocupan de la

gestión en baja; DFG de la planificación territorial e impulso de acciones de prevención; tras el convenio entre DFG y Mancomunidades, se constituye el Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y su medio instrumental de gestión, GHK: ambas gestionan las decisiones e iniciativas adoptadas en la Norma Foral 7.2008 para dar solución integral al problema de la gestión de residuos en alta: Documento de Progreso 2008-2016 del PIGRUG. Véanse Estatutos de Consorcio y de GHK.

En este sentido, la incineradora CGRG se planificaba y desarrollaba como infraestructura principal de la red en alta del PIGRUG 2002-2016, Documento de Progreso 2008 2016, aprobado por las Juntas Generales: Norma Foral para plan que tenía por objeto la gestión de residuos en todo el territorio de Guipúzcoa. El Documento de Progreso ya habla de la Planta de Valorización Energética: pieza de cierre del sistema de gestión diseñado en el PIGRUG y que sustituye a los vertederos de residuos no peligrosos que en la actualidad acogen los residuos urbanos recogidos en masa en Guipúzcoa.

Tras consensos, se habla del CGRG en los altos de Zubieta; aprobada la ordenación territorial sectorial estructural la Ingeniería contratada elabora el anteproyecto de CGRG con planta de pretratamiento Biológico Mecánico en cabecera de una planta de Valorización Energética mediante incineración y una Planta de Tratamiento y Maduración de Escorias a cola con otras instalaciones auxiliares de menor relevancia. Hay DIA y AAI del GOVA para el referido proyecto de CGRG en abril de 2010.

Debiendo recordar que el marco normativo lo integra la Norma Foral 7.2008.

En este contexto el Consorcio de Residuos de Guipúzcoa acuerda gestionar el servicio de gestión de residuos a través de una sociedad mercantil unipersonal participada exclusivamente por el Consorcio, GHK SAU, y Consorcio yGHK firman un convenio marco de encomienda de gestión, que integra para el consorcio el instrumento para el control y fiscalización de las actuaciones de GHK.

Tras la encomienda, GHK inicia el expediente de contratación del contrato mixto para la redacción del proyecto, dirección facultativa, ejecución de las obras de construcción, puesta en marcha y explotación del CGRG, adjudicando el contrato a la UTE FCCASA y otras el 16.3.2011. En octubre de 2011 GHK aprueba el Proyecto Básico Definitivo elaborado por la adjudicataria. A partir de ese momento, los actuales gestores únicamente pretenden deshacer todo lo hecho y paralizar la construcción del CGRG, pero sin modificar por el cauce procedimental

oportuno las soluciones de gestión integral de residuos contenidas en la Norma Foral 7.2008.

Tras las elecciones de mayo de 2011, se recompone el Consorcio y también GHKSAU y la primera decisión que se adopta es dejar en suspenso la aprobación del proyecto definitivo y utilizar el plazo de supervisión para analizarlo nuevamente. A su vez, se adoptan como decisiones: por el Consorcio, sin competencia, autorizar a GHKSAU para suspender la obra por plazo no superior a 6 meses: causa sobrevenida porque en la gestión en baja había nuevos modelos que permitían cumplir el objetivo de basura cero. Ahora bien, esa decisión de suspenso de la ejecución debía haberse sometido a las Juntas Generales.

A su vez, se emite informe sobre posible nulidad del contratos de asistencia técnica al CGRG y se inician por el Consorcio expedientes de revisión de oficio de esos expediente de contratación.

También se consideran existentes irregularidades en la tramitación de la DIA y AAI, así como en la licitación, los pliegos y la adjudicación del contrato mixto para la redacción del proyecto, dirección de obra, ejecución de la construcción, puesta en marcha y explotación del CGRG.

Por su parte, hay informe de Catedrático de Derecho Administrativo sobre las causas de invalidez en el Acuerdo del GHK de 16 de julio de 2010 que aprueba el expediente de contratación del contrato mixto del CGRG. Iniciándose conforme a ese informe expediente de revisión de oficio, que luego ha sido desistido.

Asimismo, el 13.11.2013 GHKSAU y la UTE acuerdan resolver el contrato mixto que les vinculaba por mutuo acuerdo debiendo GHKSAU abonar a la UTE 8.190.000 euros de indemnización, más 2.810.000 euros por gastos generados.

Hay un informe jurídico sobre la resolución y el desistimiento, per el mismo es posterior a esos acuerdos: informe de 19.11.2013, acuerdos de 13.11.2013.

Por su parte, la construcción el CGRG estaba y sigue estando prevista como infraestructra necesaria e imprescindible para la gestión de residuos en Guipúzcoa, PIGRUG y Norma Foral 7.2008, Documento de Progreso y Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Residuos Urbanos de Guipúzcoa: normativa foral supramunicipal de obligado cumplimiento habiéndose constituido el Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y GHKSAU precisamente para desarrollar y ejecutar dicha normativa.

Respecto de la Infraestructura de la Planta de Valorización Energética Incineradora, las facultades del

Consortio y de GHKSAU se limitan al diseño construcción y gestión, resultando que sus actuaciones se han producido en contra de sus estatutos suspendiendo la acuerdo de aprobación del Proyecto Básico Definitivo, el contrato mixto de CGRG, contrato de asistencia técnica, etc... iniciado la revisión de oficio de los contratos de asistencia de ingeniería de CGRG etc, Resolviendo finalmente GHKSAU en contra de lo dispuesto en la Norma Foral 7.2008 y en sus propios Estatutos el contrato mixto por mutuo acuerdo con la UTE.

Expone la demanda los principios del PIGRUG 2002 2016 y el Documento de Progreso 2008 2016 aprobado por la Norma Foral 7.2008; siendo que la construcción de la Planta de Valorización Energética, Incineradora, se acordó en el año 2002al aprobarse el PIGRUG. Este PIGRUG dividía el horizonte temporal 2002 2016 en subperiodos: 2002 2006 2007 2009 2010 2016, adoptándose en 2007 y 2008 las decisiones institucionales más importantes para materializar el Plan Integral: convenio de colaboración para definir el futuro de la gestión de residuos urbanos de Guipúzcoa entre DFG, Ayuntamiento de Donostia San Sebastián y Mancomunidades de Debagoiena, Debabarrena, San Marcos, Sasieta, Urola Erdia Urola Kosta y Tolosaaldea; y Norma Foral 7.2008, documento de progreso 2008 2016 del Pigrug 2002 2016. Siendo este último la pieza fundamental del sistema de gestión de residuos que se ha diseñado y desarrollado en Guipúzcoa, al definir el modelo de gestión en Guipúzcoa, sistema organizativo, administrativo e institucional que llevaría su ejecución y sistema económico financiero que garantizaría la viabilidad económica del plan.

A su vez, para materializar las determinaciones del PIGRUG y construir la Incineradora, los suscribientes del convenio de Colaboración constituían el Consorcio de Residuos de Guipúzcoa para gestionar en alta los RU de los entes consorciados, siendo su objetivo diseñar, construir y poner en marcha la Planta Incineración con Recuperación Energética. Sin capacidad en el consorcio para cuestionar la necesidad y pertinencia de que el Territorio Histórico de Guipúzcoa se dote de esa infraestructura, pues ello corresponde a las Juntas Generales al aprobar los Planes Sectoriales; siendo que en el Documento de Progreso del Pigrug se prevee la construcción de una incineradora como pieza fundamental de cierre de la gestión de residuos en Guipúzcoa garantizando el vertido cero de residuos primarios.

La necesidad y la obligatoriedad de construir la incineradora viene atribuida por la NF, correspondiendo al Consorcio intervenir en el diseño de la planta, redacción del proyecto de construcción y dimensionamiento, respetando los planteamientos básicos del convenio de colaboración de 2007.

Sobre GHKSAU, carece de competencia alguna decisoria para sortear la obligatoriedad de construcción de la Incineradora que le viene jerárquicamente impuesta. Solo las Juntas Generales pueden pronunciarse sobre la necesidad e idoneidad de la Planta de Incineración, conforme a la Norma Foral 7.2008. Consorcio y GHKSAU son meros ejecutores de esa NF.

A su vez, sobre los órganos sociales que componen GHK, la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración son los órganos que rigen y administran la sociedad, siendo el Consorcio único accionista. Resultando que los acuerdos de la Sociedad GHKSAU se adoptan previamente en el seno de la Asamblea del Consorcio, de forma que el acuerdo de la Asamblea del Consorcio se traslada a GHK por el representante del Consorcio legalmente apoderado a tal fin a través de acta de decisión del socio único de GHK que adopta así su propio acuerdo. El socio único, en este caso el Consorcio tenía que estar facultado y tener competencia para adoptar el acuerdo que traslada a GHK, lo que en nuestro supuesto no ocurrió.

Por su parte, tiene gran relevancia indicar que conforme a lo establecido en la Norma Foral 7.2008 de aprobación del Documento de Progreso del Pigrug, las distintas entidades con competencia en materia de gestión de residuos realizaron actuaciones necesarias para la construcción y puesta en marcha de la planta de incineración con recuperación energética: firma de convenios, proyectos para obtener DIA AAI, aprobación del Plan Territorial Sectorial Infraestructuras de Residuos de Guipúzcoa, Anteproyecto del CGRG, expedientes de expropiación de terrenos en Eskuzitzeta y acondicionamiento de los mismos, etc... actuaciones que han supuesto más de 23.000.000 de euros a las arcas públicas, siendo que la resolución contractual convierte en inservibles la mayoría de los gastos realizados, sin haberse analizado su incidencia en la decisión de resolver el contrato.

Tras el oportuno procedimiento, el 16.3.2011 se adjudicó el contrato a la UTE de FCCSA y otras, firmándose el 12.5.2011, aprobándose el Proyecto Básico Definitivo por el Consejo de Administración de GHK el 13.10.2011, suspendiéndolo el 20.10.2013, fecha que coincide con el cambio en el Consejo de Administración de GHK. Todo ello en base a escritos de Alcaldes de varios municipios y mancomunidades en los que se argumentaba que se iban a potenciar las recogidas selectivas; decidiendo GHK poner esos extremos en conocimiento de la DFG, contestando el Diputado General que era razonable y responsable iniciar un proceso de reevaluación de las necesidades de infraestructuras de gestión de residuos en alta de Guipúzcoa.

El letrado asesor del Consorcio y la Secretaria informaron de que el acuerdo previo del planificador era necesario y requisito para que el consorcio acordara autorizar a GHK a suspender la ejecución de la infraestructura, pese a ello, considerando relevantes los escritos de los alcaldes y los presidentes de algunas mancomunidades, considerando el interés público, así como los pronunciamientos del Diputado Foral de Desarrollo Sostenible el Consorcio autorizó a GHK a suspender los contratos ligados al CGRG.

Ahora bien esos motivos no eran justificados por ya en Documento de Progreso analizaba los distintos métodos de recogida selectiva y el concepto de basura cero, con lo que las manifestaciones de Alcaldes y Presidentes de Mancomunidades no añadían nada nuevo, siendo órgano competente para la planificación sectorial las Juntas Generales, correspondiendo a esa institución la decisión de reevaluar las necesidades de infraestructuras de gestión de residuos.

Resultando a mayor abundamiento que el sistema que defendían esos alcaldes y presidentes de mancomunidad no se ha podido imponer en muchos municipios por el rechazo de los vecinos.

Suspendidos los contratos relacionados con el CGRG, el Consorcio y GHK iniciaron después varias vías para dejarlos definitivamente sin efecto: procedimientos de revisión de oficio. Que sin embargo se informaron por el COJUA indicando que no procedía la revisión de oficio.

Finalmente se emitió informe sobre la viabilidad del CGRG y el 13.11.2013 GHK y la UTE firmaron el acuerdo de resolución del contrato por mutuo acuerdo, dejando sin efecto el proyecto y la construcción del CGRG de Zubieta por mutuo acuerdo. Siendo que ese CGRG es proyecto cuya ejecución esta prevista en base al interés público en la Norma Foral 7.2008 y solo el órgano competente para aprobar y modificar la Norma Foral puede dejar sin efecto el contenido de la misma. Se pacta indemnización de GHK a la UTE en el 3% de la parte no ejecutada de la construcción 6.690.000 euros, 3% de los cinco primeros años de explotación de las plantas proyectadas, 1.500.000 euros y por gastos generados a la UTE, 2.810.000 euros, IVA excluido en todos esos conceptos. Sumas que no tienen informes explicativos. A su vez, en la resolución se impone al consorcio la obligación de desistir del expediente de revisión y de que la Junta General de Accionistas de GHK ratifique el acuerdo. Tras la resolución se emite informe jurídico justificando el acuerdo resolutorio. El 25 de noviembre de 2013 se celebra sesión extraordinaria de la Asamblea General del Consorcio de la Junta General de GHK

en las que se aprueban los acuerdos objeto del presente procedimiento. Para celebrar esa Junta se acude a convocatoria urgente, se reduce la documentación a examinar por los asambleístas, no se entrega el informe jurídico preceptivo previo a la toma de decisión, etc... careciendo los asambleístas del Consorcio de la información técnica, jurídica y económica necesarias para la formalización de la voluntad del órgano de gobierno.

Sostiene el recurrente que la resolución se ha basado en dos informes emitidos en octubre de 2013: actualización de viabilidad del CGRG a datos de octubre de 2013; y análisis actualizado del Documento de Progreso 2008 2016 Pigrug 2002 2016, elaborado por la Ingeniería Altair; rechazándose por la recurrente la prognosis y las conclusiones que alcanza.

En la fundamentación jurídica refiere la parte recurrente la nulidad del Acuerdo de 25.11.2013 por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. Se ratifica la resolución del contrato para la construcción, puesta en marcha y explotación del CGRG entre GHK y la UTE FCCSA y otras.

Sin embargo, salvo que la resolución viniera dada por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de carácter civil por parte de la UTE, ni Consorcio ni GHK ostentan facultades para convirtiéndose en adalides del interés público dejar sin efecto nada más y nada menos que el proyecto y la construcción del CGRG, pues al ser infraestructura necesaria para la gestión en ala de los residuos de Guipúzcoa, ello viene impuesto en la Norma Foral y esta previsto en el PTS, no pudiendo cuestionar la decisión previa adoptada en sede institucional de Juntas Generales de que el Territorio Histórico de Guipúzcoa se dote de dicha infraestructura como pilar o eje fundamental del Documento de Progreso Pigrug.

Además, tampoco en el Consorcio y en GHK se adoptó la decisión válidamente.

El Consorcio de Residuos es accionista único de GHK; su Junta General esta constituida por la Asamblea del propio Consorcio y para cómputo de votos en la Junta se estima que el acuerdo adoptado válidamente en el seno de la Asamblea del Consorcio representa el 100 % del capital social de forma unitaria, constituyendo por ello acuerdo unánime por estar respaldado por el accionista único de la sociedad. No constando que la Asamblea General del Consorcio adoptara el acuerdo previamente a la Junta General de GHK. Siendo que la resolución no la aprueba la Junta General de GHK sino la Asamblea General del Consorcio, como deriva del hecho de que hubiere deliberación y votación ya que de haber sido un acuerdo de

la Junta General, debería haberse recogido un acta de decisiones del socio único del GHK la Asamblea General del Consorcio.

Pero es que en todo caso el CGRG y la necesidad de la Planta de Valorización Energética como infraestructura central del modelo de residuos adoptado en el Territorio Histórico de Guipúzcoa se establece en el Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Guipúzcoa 2002 2016. Posteriormente se dispone que las Juntas Generales son las competentes para aprobar los Planes Extraordinarios sectoriales que afectan a todo el territorio, Norma Foral 6.2005. Asumiendo esa competencia las Juntas Generales que aprueban el modelo de gestión de residuos urbanos para toda Guipúzcoa por Norma Foral.

De existir razones de interés público, las mismas corresponde valorarlas a las Juntas Generales por ser el órgano competente para actualizar las previsiones del PIGRUG. Resultando que la Norma Foral sigue en los mismos términos que estaba en 2008.

A su vez, considera infringidas también el recurrente por el acto impugnado la Directiva Europea 2008 98 ce y de Consejo 19.11.2008 sobre residuos; así como la Norma Foral 7.2008 de 23 de diciembre que aprueba el Documento de Progreso 2002 2008 del Pigrug 2002 2016 y del Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Residuos de Guipúzcoa.

La resolución contractual suscrita por GHK y la UTE tiene por objeto dejar sin efecto la construcción del CGRG modificando el modelo de gestión de residuos aprobado por la Norma Foral, eliminando de dicho sistema de gestión la infraestructura más relevante y necesaria para cumplir las Directivas europeas. Acabando con el modelo integral de gestión de residuos planificado.

Por último, sostiene la parte recurrente que no hay interés general que justifique la resolución.

Por todo ello, se sostiene la necesaria estimación de la demanda.

GHKSAU contesta a la demanda refiriendo la planificación sectorial en materia de residuos reguladoras de las instalaciones que han de ejecutarse efectivamente y la planificación territorial de las mismas en el Territorio Histórico de Guipúzcoa: Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Guipúzcoa 2002 2006 PIGRUG; Documento de Progreso del PIGRUG DdP; Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Residuos Urbanos de Guipúzcoa.

El Consorcio de Residuos de Guipúzcoa sirve como herramienta para que la DFG y las Mancomunidades de Residuos de Guipúzcoa unificaran esfuerzos en la gestión y generación de infraestructuras de tratamiento de residuos, atribuyéndole facultades para la ubicación, diseño, construcción y explotación de la planta de incineración con recuperación energética e instalaciones asociadas, las plantas de compostaje y o biometanización y las estaciones de transferencia de residuos urbanos, así como para el transporte de tales residuos hasta los centros de tratamiento. Ver artículo 7 de los Estatutos.

Por otro lado, esta el convenio marco entre el Consorcio y GHK Sau para la definición de la Encomienda de Gestión en Alta de Residuos de Guipuzcoa de 2010 2020, por el que el Consorcio encomienda a la sociedad GHKSAU el encargo de realizar en su propio nombre y por cuenta de aquel dicho servicio de gestión, que se desarrollará en la forma y con las condiciones determinadas por el consorcio conforme al citado convenio marco y por encomiendas ulteriores. En particular, se le concede a GHK SAU el conjunto de actividades necesarias o convenientes para la financiación, creación y explotación de las infraestructuras previstas en el PIGRUG 2002 2016. Señalando que cada una de las actuaciones debe ser objeto de un convenio específico en el que se determinarán las condiciones de la encomienda de gestión cuyo contenido mínimo se regula en la cláusula 16 del citado convenio marco. El convenio o encargo específico sobre el contrato mixto para la ejecución del CGRG no se aprobó, es decir, no existe el preceptivo convenio específico previsto en el convenio marco en relación al objeto del contrato mixto.

Alude la demandada a la contratación de las Ingenierías RESA E IBH: contrato para Asistencia Técnica en la Ingeniería del CGRG; A la redacción de anteproyecto CGRG por RESA y dimensionamiento del CGRG con base en las previsiones del DdP desarrolladas con información propia. Así como a las advertencias de IBH sobre el dimensionamiento de la incineradora, notas técnicas de IBH y email advirtiendo sobre el dimensionamiento.

Seguidamente se alude a la licitación del contrato mixto, aprobación de pliegos y contenido de los mismos en lo que al pleito respecta. También a la financiación del CGRG modelo financiero, caso base. Y a la adjudicación de contrato mixto a la UTE FCCSA y otros el 16.3.2011. ejecución del contrato mixto con abono del 1% a la firma del contrato 1% a la entrega y aceptación del proyecto básico definitivo.

También se alude a la suspensión del contrato mixto respaldada en que en un futuro inmediato se preveía reducir la cantidad de residuos generados para incinerar. Y a como

la Ingeniería Altair a encargo de la DFG redactó un documento en el que se analizaba la caracterización de la fracción resto en el territorio. Solicitud de arbitraje por la UT CGRG para la resolución del contrato mixto. Al inicio del expediente de revisión de oficio de la licitación del contrato mixto para el CGRG. Al análisis actualizado del DdP 2008 2016 elaborado por Altair. Al informe del interventor, viabilidad del CGRG en octubre de 2013. Y finalmente a la resolución del contrato mixto por mutuo acuerdo, desistimiento de la revisión y arbitraje; con indemnización del 3% del CGRG 6.690.000 euros y del 3 % del presupuesto para explotación durante 5 años 1.500.000 euros y gastos generales de la UTE 2.810.000 euros.

Refiere los acuerdos impugnados: Acuerdo de la Junta General de Accionistas de GHKSAU de 25.11.2013 que ratifica la aprobación del acuerdo de 13.11.2013 entre GHKSAU y UTE CGRG resolviendo de mutuo acuerdo el contrato mixto CGRG; y Acuerdo de 25.11.2014 de la Asamblea Consorcio de Residuos de Guipúzcoa que desiste del procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de GHKSA que aprueba el expediente de contratación del contrato mixto CGRG.

Refiere las toneladas de fracción resto en Guipúzcoa en los años 2012 2013 y 2014 hasta agosto, así como el Acuerdo del Consorcio de Aguas de Guipúzcoa para el compostaje de lodos de sus depuradoras. También la resolución del Parlamento de Europa de 24.5.2012 para prohibir incinerar material reciclable a partir de 2020.

Niega la demandada que existiera una paralización de las obras del CGRG; que existiera encomienda específica para la contratación del contrato mixto; así como la referencia de la actora al concepto de residuo urbano. También niega que la Planta de Valorización Energética, Incineradora se acordare en el año 2002 en el PIGRUG, pues este es un documento de planificación sectorial: planificó sectorialmente la previsión de una o más incineradoras y en el año 2009 con la aprobación del PTSIRUG se planificó territorialmente el lugar de emplazamiento de esa incineradora. Por otro lado, señala que no es el Consorcio quien resuelve el contrato mixto sino que fueron GHKSAU y la UTE las que llegaron a ese acuerdo por el incumplimiento de las prognosis sobre cantidad de residuos a tratar, incumplimiento del modelo financiero por no mantenerse el equilibrio económico previsto, sobredimensionamiento del CGRG, incumplimiento de la jerarquía para la gestión de residuos según la Directiva Europea de Residuos e incumplimiento de la Resolución del Parlamento Europeo de 24.5.2012. Sobre las afirmaciones de que el Consorcio y GHK pretenden torpedear y combatir la ejecución de la incineradora, han resuelto el contrato de forma arbitraria y contraria al interés público, etc; se trata de manifestaciones completamente falsas habiéndose ajustado en

todo caso al C.C y LCSP. Siendo que la incineradora sigue siendo infraestructura a ejecutar mientras no se modifiquen el PIGRUG, el DpD y el PTSIRUG. Sobre que la resolución contractual hace inútiles los gastos realizados que cuantifica en 23.000.000 euros, se niega tal extremo. Idem sobre otros extremos de los hechos 7, 8, 9, 10 de la demanda cuando se habla del Interventor del Consorcio.

En la fundamentación jurídica se alude a la falta de jurisdicción considerando que el acuerdo impugnado debe ser fiscalizado ante los tribunales civiles. Punto 4º En calidad de Junta se aprueba el Acuerdo de 13.11.2013, que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Punto 6º, acuerdo de la Asamblea General del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y de la Junta General de GHKSAU sobre el desistimiento que si corresponde al orden contencioso administrativo.

Sobre la Resolución, el contrato que suscribió GHK SAU es un contrato de naturaleza privada y por ello su fiscalización corresponde a los tribunales civiles. Se trata de acuerdo de Junta de Accionistas de una sociedad mercantil y por tanto, no hay acto administrativo alguno impugnabile en vía contencioso administrativa.

Sobre el fondo del asunto, considera que como adjudicador, GHKSAU ostentaba la facultad irrenunciable de resolución, confundiendo la actora fase de planificación, sectorial y territorial, con la fase de ejecución de esa planificación. La planificación sectorial, PIGRUG y DdP, determinan y definen las infraestructuras que servirán para el tratamiento, plantas de compostaje, de tratamiento mecánico biológico, incineradora, maduración de escorias, etc; la planificación territorial PTSIRUG ubica las infraestructuras en el territorio; pero ni una ni otra determinan el dimensionamiento de las infraestructuras ya que ello es fase de ejecución que corresponde al Consorcio de Residuos. De modo que la resolución contractual acordada entre GHKSAU y UTE CGRG deja sin efecto un concreto proyecto de CGRG contemplado en el contrato mixto que ni siquiera coincide con lo planificado sectorialmente.

Por otro lado, sostiene GHKSAU que la resolución del contrato mixto esta plenamente motivada en el interés público de la misma. Informe del Letrado Sr. Reizabal: incumplimiento de la prognosis sobre cantidad de residuos a tratar por GHK y composición de los mismos en IGRUG y DdP, incumplimiento del modelo financiero, sobredimensionamiento de las instalaciones del CGRG, incumplimiento de la jerarquía para la gestión de residuos Directiva Europea de Residuos, asi como de la Resolución del Parlamento Europeo de 24.5.2012.

Por todo ello, el recurso contencioso administrativo no puede prosperar debiendo inadmitirse por falta de jurisdicción o subsidiariamente desestimarse por falta de fundamento sobre el fondo.

La representación procesal de Amaia Azkue y otros contesta en términos generales reproduciendo la línea argumental de GHKSAU. En la fundamentación jurídica insiste en que no hay motivo de nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Junta General de GHKSAU de 25.11.2013. Que hay vulneración de la Directiva 2008 98 CE y del DdP, así como que la resolución del contrato mixto está plenamente motivada en el interés público de la misma.

Segundo. En el Expediente administrativo nos encontramos con el siguiente contenido:

Primer bloque:

Informe relativo a las irregularidades detectadas en la tramitación y concesión de la Declaración de Impacto Ambiental y Autorización Ambiental Integrada del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa y en la licitación, aprobación de pliegos y adjudicación del contrato mixto para la redacción del proyecto, dirección de obra, ejecución de la construcción puesta en marcha y explotación de CGRG al que se adjunta informe geológico geotécnico realizado por Ikerlur. Informe complementario. Decreto de Presidencia del Consorcio de Residuos número 07.2013. Decreto de la Presidencia del Consorcio de Residuos 08.2013. Documentación adjunta. Dictamen jurídico de Catedrático de Derecho Administrativo de la UPV Agirreazkuenaga en relación a las causas de invalidez concurrentes en el acuerdo del consejo de administración de GHKSAU de 16 de julio de 2010 por el que se aprueba el expediente de contratación con sus PCAP y PPT del contrato mixto CGRG. Certificado de resolución de la Asamblea del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de 2.9.2013 acordando ratificar el inicio de expediente de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de GHK SAU de 16.7.2010. Notificación a la UTE del referido Acuerdo. Alegaciones de la UTE. Informe jurídico en el expediente de revisión de oficio. Acuerdo adoptado por la Asamblea del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de 4.10.2013 acordando la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo del Consejo de Administración de GHKSAU de 16 de julio de 2010. Solicitud de informe a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Escrito de la Presidencia del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa solicitando a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi la retirada de solicitud de informe. Devolución de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi del expediente de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de GHKSAU de 16.7.2010.

Un segundo bloque integrado por:

Copia de la publicación en el BOG de la aprobación del convenio de colaboración entre la DFG y las Mancomunidades de Debagoiena, Debabarrena, San Marcos, Sasieta, Urola Erdia, Urola Kosta y Tolosaldea para la constitución del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y aprobar sus Estatutos. Publicación en BOG de la aprobación definitiva de Estatutos y Acuerdo constituyente del Consorcio. Acuerdo de 3.12.2007 sobre aprobación de memoria y constitución de sociedad mercantil. Aprobación definitiva de GHKSAU y escritura pública de constitución. Norma Foral 7.2008 y aprobación del Documento de Progreso del PIGRUG. Informe de control económico normativo del anteproyecto de Norma Foral que aprueba el DdP 2008 2016 DEL pigrug 2002 2016. Acuerdo de GHK SAU de 16 de julio de 2010. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato Mixto. Pliego de prescripciones Técnicas del Contrato Mixto. Reglamento Preliminar de explotación. Auditoría legal de Cuatrecasas. Acta de reunión de 18.2.2010. Acuerdo del Consejo de Administración de 18.3.2010. Convenio marco Consorcio GHKSAU. Informe de los Servicios Técnicos y Jurídicos del Consorcio y de GHK. Anteproyecto CGRG.

Tercer bloque: Expediente relativo a los acuerdos cuarto y sexto de la Junta General de Accionistas de la Sociedad GHK SAU y de la Asamblea General del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa celebradas con fecha 25 de noviembre de 2013.

Informe del interventor del Consorcio de Residuos e Guipúzcoa de 30.10.2013 sobre actualización de la viabilidad del CGRG a datos de octubre de 2013. Informe Técnico consistente en el análisis actualizado del Documento de Progreso 2008 2016 PIGRUG 2002 2016 elaborado por la Ingeniería Altair ITA en octubre de 2013. Correo electrónico del Project Manager de IBH a GHKSAU comunicando potenciales riesgos detectados en relación al CGRG. Acuerdo firmado entre GHK SAU y la UTE Guipúzcoa el 13.11.2013, **FOLIOS 200 a 204 del E.A.** Ratificación por la gerencia de la UTE del anterior acuerdo. Informe jurídico de 19.11.2013 por el que se motiva la Resolución de mutuo acuerdo del Contrato para la redacción del Proyecto, dirección facultativa, obras de construcción, puesta en marcha y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa y del desistimiento del expediente de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de GHK de 16 de julio de 2010. Documentación valorada en ese informe. Propuesta de Resolución de la Presidente de la Sociedad GHKSAU de 21.11.2013 relativa al punto sexto del Consejo de Administración de 25.11.2013 mediante el que se propone la aprobación del acuerdo suscrito el 13.11.2013 entre GHKSAU y la UTE CGRG Guipúzcoa. Acta del Consejo de Administración de GHKSAU de 25.11.2013 en la que se aprueba el acuerdo

suscrito entre CGRG Guipúzcoa UTE y GHKSAU el 13.11.2013. Propuesta de Resolución de la Presidente de la Junta General General de Accionistas de GHKSAU de 21.11.2013 relativa al punto 4º de la Junta celebrada el 25.11.2013 mediante la que se propone la aprobación del acuerdo suscrito el 13.11.2013 entre GHKSAU y la UTE CGRG Guipúzcoa. Acta pendiente de aprobación de la Junta General de Accionistas de GHK SAU de 25.11.2013 en la que se acuerda aprobar el acuerdo suscrito entre CGRG Guipúzcoa UTE y GHKSAU el 13.11.2013. Propuesta de resolución de la Presidente del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de 21.11.2013 relativa al punto sexto de la Asamblea del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de 25.11.2013 mediante la que se propone el desistimiento del procedimiento de revisión de oficio para la declaración e nulidad del Acuerdo de GHKSAU de 16.7.2010. Acta de aprobación de la Asamblea del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa sobre la anterior cuestión. Tramites con el CJAEUS y el Juzgado para la remisión del e.a. Emplazamientos. Documentación acreditativa del estado de ejecución del contrato del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa a la fecha de la resolución, liquidación del mismo y de la indemnización.

Tercero. Llegados a este punto, conviene en primer lugar precisar cual es el objeto del presente procedimiento, máxime si a lo largo del escrito de demanda la parte recurrente efectúa una precisión de alcance en tanto que inicialmente se configura como objeto de la Litis tanto el acuerdo de resolución de mutuo acuerdo del contrato sobre el CGRG entre GHKSAU y la UTE CGRG, como el acuerdo de desistimiento del procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad del Acuerdo de GHKSAU de 16.7.2010; fijando la recurrente finalmente como objeto del procedimiento al Acuerdo de Resolución de mutuo acuerdo del Contrato entre GHK y la UTE FCCSA SBSL AYUSA CMSA HZIAG para la construcción puesta en marcha y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa CGRG.

A los folios 200 a 204 del bloque del expediente administrativo relativo a los Acuerdos cuarto y sexto de la Junta General de Accionistas de la Sociedad GHKSAU y de la Asamblea General del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa celebradas el 25.11.2013 esta el Acuerdo firmado entre GHKSAU y la UTE CGRG Guipúzcoa con fecha 13 de noviembre de 2013.

Se trata de un contrato de mutuo acuerdo para la resolución del contrato sobre el CGRG. Ahora bien, no contiene motivación alguna y al respecto debe acudirse al informe jurídico de fecha posterior que efectúa el Letrado Sr. Reizabal el 19.11.2013, folios 206 a 229 del e.a. Fundamentos en este informe jurídico para la resolución o son: a) el incumplimiento de la prognosis referida a la cantidad de residuos a tratar por GHK y composición de los

mismos establecidos el Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Guipúzcoa 2002 2016 PIGRUG; Incumplimiento del Modelo Financiero; Sobre3dimensionamiento de las instalaciones del CGRG por no cumplirse las previsiones; Incumplimiento de la Jerarquía para la gestión de residuos establecida por Directiva Europea de Residuos e Incumplimiento de la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de mayo de 2012.

Plantea la demandada GHKSAU la falta de jurisdicción de los órganos contencioso administrativos para conocer del presente recurso al considerar que corresponde a los tribunales civiles por razón de la naturaleza del acto impugnado: lo considera acuerdo de sociedad mercantil que por lo tanto no supone existencia de acto administrativo impugnabile. Sin embargo, esa tesis no puede prosperar ya que tal alegación que se efectúa por GHKSAU no tiene en cuenta que los pronunciamientos de 13 de noviembre de 2013 en ese acuerdo de resolución de mutuo acuerdo se someten a conocimiento y votación también de la Asamblea del Consorcio de Residuos. Se impugna el Acuerdo de la Asamblea del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa de 25.11.2013. Además, debe recordarse la naturaleza instrumental que GHKSAU tiene para con relación al Consorcio, de suerte que no puede considerarse como pieza independiente en el marco de la gestión sino sometida al control del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa como administración actuante cuyos actos quedan sometidos, lógicamente al control del orden jurisdiccional contencioso administrativo. A la par que es preciso adopción de acuerdo por la Asamblea del Consorcio de Residuos Guipúzcoa para habilitar las decisiones de la Junta General de Accionistas de GHKSAU, véase integrantes de esta. Y ello se explica correctamente por la parte recurrente en el escrito de conclusiones cuando analiza a efectos de requisitos de procedibilidad el iter para la resolución de un contrato administrativo: Asamblea del Consorcio que ratifique la decisión de los miembros del Consejo de Administración de GHKSAU en orden a rescindir el contrato de obra, Junta General de GHKSAU de ratificación por el accionista único de la decisión adoptada por dos administradores de GHKSAU en orden a rescindir el citado contrato de obra. Y así sucede el 25.11.2013 pues a propósito del punto 4º del orden del día pues hay propuesta y votación tras debate que se aprueba con 14 votos a favor y 5 en contra que representan, respectivamente, el 63,3 de los votos de derecho de la Asamblea del Consorcio y del 28,1 % de los votos de derecho de la Asamblea del Consorcio. Y tras esa previa votación, la Junta General de accionistas adopta por unanimidad por estar respaldado por el accionista único (el Consorcio) los referidos acuerdos; pues constituyen transposición a GHK de la decisión administrativa del Consorcio.

Por su parte, sobre la imposibilidad de acoger la excepción de falta de jurisdicción y de inexistencia de acto administrativo, es necesario indicar también que a partir del informe jurídico de 19 de noviembre de 2013 que justifica la resolución de mutuo acuerdo del Contrato sobre el CGRG entre GHKSAU y la UTE CGRG, las causas que motivan la resolución no tienen que ver con incumplimientos contractuales, con vicisitudes surgidas del cumplimiento del contrato, sino que por el contrario vienen relacionadas con razones de utilidad pública; con fundamento de carácter público administrativo; debiendo relacionarse ello con las Normas Forales 6.2005 y 7.2008, Documento de Progreso del PIGRUG; con lo que resulta también en todo caso que el conocimiento del presente procedimiento judicial corresponde al orden contencioso administrativo. Obsérvese en este sentido la argumentación de la parte demandada cuando entra a analizar el fondo del asunto pues pone especial énfasis en que son esos motivos de utilidad pública los que aconsejaron la resolución contractual impugnada: véanse también medios de prueba y práctica de la misma en donde el acento se pone en valorar el sobredimensionamiento del CGRG, los errores en los cálculos financieros, etc...

Cuarto. Y es precisamente esa argumentación de GHKSAU en su contestación a la demanda la que nuevamente abona las tesis que se contienen en la demanda referidas a la falta de competencia de GHKSAU para poder rubricar el Acuerdo de Resolución de 13.11.2013 de mutuo acuerdo con la UTE CGRG.

Si se observa el Acuerdo de Resolución, los pronunciamientos que contiene permiten determinar la extensión de lo pretendido cuando se indica en el texto rubricado:

"(...) Los responsables actuales de GHK han manifestado reiteradamente la existencia de razones que hacen no aconsejable la ejecución de la obra adjudicada. (...) De esta forma queda extinguido el contrato a consecuencia de la resolución del contrato por mutuo acuerdo adoptado entre ambas partes. Mediante el presente documento y únicamente tras el cumplimiento de los compromisos asumidos en el mismo por GHK a favor de la UTE CGRG se deja expresamente sin efecto el contrato, se da por finalizada formalmente la relación contractual existente entre ambas partes y se deja sin efecto el proyecto y la construcción del CGRG de Zubieta de mutuo acuerdo".

Y ello entra en contradicción con lo que establece la Norma Foral 7.2008 como instrumento jurídico del que se deriva la necesidad del CGRG como herramienta sobre la que pivota el sistema integral de gestión de residuos en el Territorio Histórico de Guipúzcoa por decisión en este sentido de las Juntas Generales, como único órgano

competente al respecto. En efecto, toda la argumentación de la parte demandada es legítima pero no se puede incurrir en desviación de poder para pretender arrogarse una facultad que no compete ni a GHKSAU ni al propio Consorcio de Residuos que a la postre no gozan de autonomía para definir la política de residuos, pues no fue esa la finalidad con la que fueron constituidas.

Sobre la desviación de poder, tal y como refieren múltiples Sentencias, "Constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) , en relación con el artículo 103 del propio texto constitucional y los artículos 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LA LEY 3279/1992) y 70.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo), la desviación de poder consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

Según jurisprudencia consolidada, comporta la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad pero afectado de invalidez por contradecir en su motivación el sentido teológico de la actividad administrativa, que ha de estar orientada, en todo caso, a la promoción del interés público y, en particular, a la finalidad concreta con que está configurada en la norma la potestad administrativa que se ejercita (SsTS 6 de marzo de 1992 , 25 de febrero , 10 de marzo y 12 de mayo de 1993). Para su apreciación es preciso que quien la invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe, si bien en este aspecto la más reciente jurisprudencia ha flexibilizado el rigor de otra anterior, que exigía una prueba absoluta y plena, entendiéndose que la misma dificultad de la probanza de motivaciones internas hacía necesario admitir como suficiente la acreditación que permita al Tribunal formar su convicción (SsTS de 7 de marzo de 1986 , 19 de enero de 1989 y 14 de octubre de 1994 , entre otras muchas).

Como recuerda la sentencia del TS de 10 de junio de 2008 (casación 3031 / 2004) citando anteriores pronunciamientos de 16 de marzo de 1999 y 5 de febrero de 2008, deben considerarse como notas caracterizadoras de la desviación de poder las siguientes:

a) El ejercicio de las potestades administrativas a las que la desviación de poder afecta como límite abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos en la Administración Pública, en la extensión que confiere la legislación confiere a este concepto (artículos 2 de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre (LA LEY 3279/1992) y 1.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo).

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984 .

c) El ámbito más específico para su desarrollo es la actividad discrecional de la Administración, pero no existe obstáculo apriorístico para que se aplique a la actividad reglada, ya que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios, infracción del ordenamiento jurídico por desviación del fin público específico asignado por la norma e ilegalidad en los elementos reglados del acto (STS 5 de noviembre de 1978).

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las Sentencias de 30 de noviembre de 1981 y 10 de noviembre de 1983 .

e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo generalmente grave la dificultad de la prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados - artículo 1249 del Código Civil (LA LEY 1/1889) - de los que con un enlace lógico acorde con el criterio humano - artículo 1253 del Código Civil (LA LEY 1/1889) - derive la persecución de un fin no previsto en la norma (STS 10 de octubre de 1987).

f) La prueba de los hechos que sirven de soporte a la desviación de poder corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidante del acto (artículo 1214 del Código Civil (LA LEY 1/1889)), aunque la regla debe conjugarse con el criterio de la facilidad de la prueba, en virtud del principio de la buena fe procesal, considerando que hay hechos fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, son de difícil acreditamiento para la otra (STS de 23 de junio de 1987).

e) Es necesaria la constatación, en la génesis del acto administrativo, de una disfunción entre el fin objetivo que corresponde a su naturaleza y a su integración en el ordenamiento jurídico y el fin instrumental propuesto por el órgano administrativo del que deriva, disfunción que cabe apreciar tanto si se persigue un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que se pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquélla (SsTS 11 de octubre de 1993 y 22 de abril de 1994)".

No puede ser controvertido que la Norma Foral 7.2008 que aprueba el modelo de Gestión de Residuos en Guipúzcoa contempla como infraestructura la existencia de la Planta de Valorización Energética mediante incineración, así como que el Consorcio y GHKSAU deben hacer efectivo el modelo recogido en la Norma Foral. Para ello se rubrican los oportunos Convenios de Colaboración y hay unidad en la línea de actuación hasta mediados-finalés de 2011 cuando se produce el cambio en la Gestión Dirección de GHKSAU. Hasta ese momento se rubrican los convenios de colaboración, se contratan los proyectos para las obtenciones de la DIA y AAI, se redacta el Anteproyecto de CGRG, se aprueba el Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Residuos de Guipúzcoa, etc... seguidamente se inicia el expediente de contratación para el contrato mixto de redacción del proyecto, construcción puesta en marcha y Explotación del Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa.

No existe, sin embargo, a partir de 2011 y hasta 2013, cuando el 13.11.2013 se rubrica el Acuerdo de resolución de mutuo acuerdo entre GHKSAU y la UTE CGRG, una modificación del régimen normativo en Juntas Generales del modelo de gestión de residuos de Guipúzcoa aprobado en la Norma Foral 7.2008 y los documentos que lo desarrollan PIGRUG 2002 2016 y Documento de Progreso 2008-2016. Por el contrario, careciendo de competencia para ello e instrumentalizando la Asamblea del Consorcio de Residuos de Guipúzcoa y el órgano decisorio de GHKSAU se pretende de manera indirecta dejar vacía de contenido la indica regulación normativa Norma Foral 7.2008. Sin que tampoco ahora en sede judicial pueda abrirse el debate que pretende plantear la parte demandada GHK y quienes han comparecido como interesados, ya personas físicas, ya determinadas Mancomunidades en cuanto que ese debate que plantean sobre el Centro de Gestión de Residuos de Guipúzcoa, sobre su dimensionamiento, sobre la solvencia económica, etc, excede propiamente al objeto del recurso contencioso administrativo ya que no es propio del contrato administrativo impugnado, sino que alude al modelo integral de gestión de residuos en el territorio histórico de Guipúzcoa, con lo que de entrarse a esas cuestiones se daría cobertura a la desviación de poder que en la práctica

supone el acuerdo resolutorio de 13.11.2013, como expresión de modelo de gestión de residuos por quien no dispone de facultades para efectuar esos pronunciamientos ya que ello compete a las Juntas Generales de Guipúzcoa a través de la aprobación de la correspondiente Norma Foral que modifique el sistema que entonces determinaban la Norma Foral 7.2008, PGRUG 2002 2016, Documento de Progreso 2008 2016, así como Plan Territorial Sectorial de Infraestructuras de Residuos de Guipúzcoa.

Por todo ello, el presente recurso contencioso administrativo debe prosperar anulando la resolución administrativa impugnada y dejándola sin efecto por no ser ajustada a derecho.

Cuarto.- Conforme al artículo 139.1 LRLCA, procede imponer las costas a la parte demandada con el límite por todos los conceptos de 1.000 euros.

FALLO

Estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. ARCADIO BENITEZ DAVILA Y OTROS contra la resolución ADMINISTRATIVA indicada en el encabezamiento que se declara no ajustada a derecho y se anula dejándola sin efecto.

Se imponen las costas a la parte demandada con el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional, en el BANCO DE SANTANDER, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales y guárdese el original en el Libro de Sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la dicta, estando celebrando audiencia pública el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de San Sebastián, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.