



Roj: STS 7616/2012
Id Cendoj: 28079130042012100745
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 5582/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5582/2010, interpuesto por la Letrada del AYUNTAMIENTO DE MADRID, contra la sentencia de diecisiete de Junio de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso administrativo núm. 372/2009, formalizado contra la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de los Residuos, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el veintisiete de febrero de dos mil nueve.

Habiendo comparecido como parte recurrida la Procuradora de los Tribunales Dª María-Dolores Girón Arjonilla, en nombre y representación de D. Benito .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 372/2009, seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional, Sección 2ªa, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se dictó sentencia num 1225 con fecha diecisiete de Junio de dos mil diez, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: *"Que debemos estimar y estimamos en parte el presente recurso contencioso- administrativo número 372/2009, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª María Dolores Girón Arjonilla, en representación de D. Benito, asistido del Letrado D. José Urdiola Alonso contra la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de los Residuos, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid en sesión ordinaria de fecha 27 de febrero de 2009 (B.O.C.A.M. de 24 de marzo de 2009), y debemos anular y anulamos los artículos 10, 76 y 78.3º de la citada Ordenanza por no ser conformes con el ordenamiento jurídico, sin efectuar expresa condena en costas."*

SEGUNDO.- Tras tenerlo por preparado la Sala de instancia, el Letrado del Ayuntamiento de Madrid interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia mediante escrito de fecha diecinueve de octubre de dos mil diez. Suplicó el dictado de una sentencia por la que por la que con apreciación de los motivos indicados, estime el presente recurso, case la sentencia recurrida y declare conforme a derecho el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de fecha veintisiete de febrero de dos mil nueve, por el que se aprueba la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos.

TERCERO.- Por providencia de la Sección Primera de esta Sala se acordó dar traslado del escrito presentado por la representación en autos de D. Benito, para alegaciones respecto a la pretensión de inadmisión del recurso de casación. Tras las alegaciones efectuadas por el Ayuntamiento de Madrid, se dictó por la Sección Primera auto de trece de enero de dos mil once, por el que se acordó la admisión del recurso y la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, conforme a las normas de reparto de asuntos vigentes.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección, se acordó dar traslado a la parte recurrida, D. Benito, para formular escrito de oposición, lo que efectuó en fecha de veintiséis de abril de dos mil once. Suplicó que se dictara por esta Sala una sentencia por la que se declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto o, en su caso, de considerarlo admisible, se desestimen los motivos alegados en el mismo, confirmando la sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas causadas al Ayuntamiento recurrente.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día veintitrés de octubre de dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos en la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Madrid, a través de sus Servicios Jurídicos, interpuso el recurso de casación núm. 5582/2010, contra la sentencia de fecha diecisiete de Junio de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo núm. 372/2009, deducido contra la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid en sesión ordinaria de veintisiete de febrero de dos mil nueve. La sentencia estima en parte el recurso y anula los artículos 10, 76 y 78.3º de la citada Ordenanza por considerarlos disconformes con el ordenamiento jurídico.

En lo que atañe al presente recurso de casación considera:

· *Artículo 10 de la Ordenanza*. Es contrario a derecho por cuanto traslada a los particulares la obligación de limpiar la vía pública, y, como prestación de carácter personal que es, ha de establecerse en atención a lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Constitución y artículo 25.2º I) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, por Ley y no mediante una Ordenanza Municipal. No cabe ampararse en costumbres u ordenanzas anteriores. (FD 4º)

· *Artículo 76 de la Ordenanza*. Es contrario a derecho y debe ser anulado por cuanto ha de situarse el momento concreto en los que los particulares pierden el derecho de excluir a tercero respecto al contenido de sus desechos recogidos en bolsas de basura cuando los contenedores receptores son situados en la vía pública y no antes. Falta de claridad en la redacción del precepto. (F.D 9º)

· *Artículo 78.3º de la Ordenanza*. Es contrario a derecho y debe ser anulado dicho párrafo por cuanto infringe el artículo 130.3 párrafo de la Ley 30/1992 que consagra el principio de culpabilidad en la imposición de sanciones. (FD. 10º)

SEGUNDO - El recurso de casación formalizado contra la sentencia de diecisiete de Junio de dos mil diez por el Ayuntamiento de Madrid se sustenta en un solo motivo de casación con base en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero que subdivide en tres apartados.

Considera que la sentencia de instancia infringe los artículos 25.2 y 18.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, artículos 5 y 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y artículo 226 del Real Decreto 2868/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en cuanto al deber de colaboración o el de conservación de la ciudadanía en materia de limpieza; artículos 11, 12, 20 y 29 de la Ley 10/1998, de 21 de abril de Residuos, artículo 39.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC, respecto a la facultad del personal municipal en sus funciones inspectoras; y, artículo 32.2 a) de la Ley 10/1998, de 21 de abril de Residuos y artículo 30 y 130.3 de la Ley 30/1992, sobre los sujetos responsables.

Primero, considera que no se impone a los particulares el deber de limpiar la vía pública, sino que desarrolla su deber de colaboración con las tareas de limpieza que tradicionalmente vienen llevándose a cabo. Recuerda que la Ley del Suelo y los preceptos citados juntos con otros de normativa autonómica, conciben el suelo como un recurso natural, económico, escaso y no renovable, asignándole un valor ambiental en su totalidad. La Ordenanza pretende integrar la obligación del Ayuntamiento en materia de limpieza, con el deber de los vecinos de colaborar y participar voluntariamente para hacer Madrid más higiénica, limpia y habitable. Artículos 5 y 9 de la Ley del Suelo, artículo 18.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y 226 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Segundo, se ha infringido la Ley de Residuos 10/1998, 21 de abril de Residuos, en los preceptos citados y la Ley 1/1982, de 5 de mayo, respecto a la Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No se ha tenido en cuenta por el juzgador que los residuos urbanos pueden proceder no solo de personas físicas sino también de establecimientos comerciales que no afectan estas normas del derecho a la intimidad. Tampoco el precepto señala que la inspección se haga antes de salir los contenedores a la vía pública. Procede afirmar la facultad del personal municipal en ejercicio de sus funciones de inspección, de acceder sin previo aviso a las instalaciones en las que se desarrollen las

actividades reguladas en la Ordenanza así como para inspeccionar el contenido de las bolsas o contenedores de residuos para garantizar o comprobar el cumplimiento de las disposiciones de la Ordenanza, cuando éstas se pongan a disposición de la entidad local.

Tercero, el artículo 78.3º no pretende innovar el ordenamiento creando una nueva obligación "las colectivas", sino que viene a determinar que actuaciones están atribuidas a las personas colectivamente consideradas, para atribuirles en caso de incumplimiento la responsabilidad solidaria. La comunidad de propietarios en caso de ser sancionada podría repercutir contra el vecino infractor.

La parte recurrida, D. Benito , formula escrito de oposición en base a las siguientes consideraciones:

a.- Inadmisibilidad del recurso. Según lo dispuesto en el artículo 86.4 y 89.2 de la Ley de la Jurisdicción , el recurso ha de basarse en la infracción relevante de normas estatales invocadas oportunamente y cuya infracción se justifique en el escrito de preparación del recurso. Muchos de los artículos que dice la recurrente infringidos no han sido invocados por el Ayuntamiento de Madrid y no han sido citados por la Sala Sentenciadora. Tan sólo uno -el artículo 25.2 I de la Ley 7/1985, de 2 de abril , ha sido citado por la sentencia. No se formula el juicio de relevancia de la infracción de las normas de derecho estatal relevantes para el fallo. Se citan sentencias de la Sala. El recurso debió ser inadmitido- ex artículo 93.2 a) de la Ley de la Jurisdicción .

b.- Al artículo 10 de la Ordenanza. Basta leer el precepto para comprobar que sí se establece una obligación para los ciudadanos de limpiar la vía pública en determinados supuestos. No se vulneran los artículos citados, siendo que muchos de ellos se citan por primera vez ahora. Se va mucho más allá de la colaboración voluntaria ya que el precepto recoge "se prestará ...". Dada la situación del artículo, puede ser considerada una infracción leve, sancionada con una multa de hasta 750 euros, según el artículo 89.1 c) de la Ordenanza en relación con el artículo 86.3 de la misma.

c.- Al artículo 76 de la Ordenanza municipal. El precepto anulado vulnerado los derechos 10 y 18 de la Constitución , tanto para las personas físicas como a las personas jurídicas. El precepto se refiere a la posibilidad de inspeccionar las bolsas y contenedores *en las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza*, es decir, en domicilios de particulares y empresas, negocios, oficinas, etc... No existe infracción de las normas citadas por la recurrente.

d.- Al artículo 78.3 de la Ordenanza municipal. Estamos ante la imposición de obligaciones colectivas, que no pueden existir. La solidaridad no se presume. Vulnera el principio de responsabilidad y culpabilidad. La autoría material de un hecho no cabe imputarla a la Comunidad de Propietarios, o en su defecto, al resto de propietarios del inmueble.

TERCERO.- Reitera en primer lugar la parte recurrida la pretensión de inadmisibilidad del recurso de casación ya articulada y analizada por la Sección Primera de esta Sala.

A tal efecto debemos recordar lo dispuesto en el artículo 94.1 2º párrafo de nuestra Ley de la Jurisdicción que establece " En el escrito de oposición se podrán alegar causas de inadmisibilidad del recurso, siempre que no hayan sido rechazadas por el Tribunal en el trámite establecido en el artículo 93".

La Sección Primera de esta Sala ya ha analizado y resuelto en el auto de trece de enero de dos mil once las mismas cuestiones que nuevamente plantea en el escrito de oposición, por lo que deben desestimarse las mismas y proceder a analizar el fondo del asunto.

CUARTO.- Adentrándonos en el fondo del asunto debemos recordar como punto de partida a la cuestión lo dicho en la reciente sentencia de veintinueve de mayo de dos mil doce (rec. Cas 1551/2011), que resulta plenamente aplicable al caso:

" Los preceptos invocados como infringidos en su interpretación o como vulnerados por su falta de aplicación en la sentencia no puede ser esgrimidos por vez primera en sede casacional. *Está vedada la introducción de cuestiones no suscitadas previamente ya que ello conduce a la inadmisión del motivo como reiteradamente mantiene este Tribunal (por todas Sentencia de 23 de enero de 2009, recurso de casación 4709/2006). Quiero ello decir que tampoco es factible en sede casacional subsanar omisiones acontecidas en instancia introduciendo cuestiones nuevas (Sentencia de 7 de marzo de 2011, recurso de casación 3097/2009). Ha de recalarse que los preceptos invocados como infringidos en su interpretación o como vulnerados por su falta de aplicación en la sentencia no pueden ser esgrimidos por vez primera en sede casacional.*

Es condición primordial que se combatan los razonamientos de la sentencia impugnada y no los argumentos del acto administrativo de que trae causa (Sentencia de 21 de junio de 2010, rec casación 4940/2008). No cabe en un recurso de casación combatir el acto administrativo de instancia reproduciendo los

argumentos de la demanda en lugar de atacar la sentencia Debe insistirse en que es esencial no reproducir los argumentos esgrimidos en instancia (Sentencia de 21 de marzo de 2011, rec casación 3656/2009 , Sentencia de 31 de mayo de 2011 , rec. casación 5645/2009) por cuanto lo que debe discutirse son los razonamientos de la sentencia objeto de recurso de casación.

En la Sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 2009, recurso de casación 522/2008 , con mención de otras sentencias anteriores, citábamos una constante doctrina acerca de que el recurso de casación no es ni un recurso de apelación ni una segunda instancia que permita reabrir todo el debate procesal. Insistimos en que su objeto es la protección de la norma y de la jurisprudencia."

Por tanto, aquellos preceptos que no fueron esgrimidos en la instancia y que no resultaron relevantes a los efectos de dar una solución jurídica a la controversia, por más que pudieran estimarse con una cierta vinculación o conexión, no pueden ahora ser tenidos en cuenta para fundamentar una infracción del ordenamiento jurídico sin que este Tribunal deba efectuar una labor de integración o reinterpretación del debate jurídico aportando nuevos puntos de vista o de complemento. Ello no integra la naturaleza extraordinaria y formal que caracteriza el recurso de casación, tantas veces citada.

QUINTO.- En relación con el artículo 10 de la Ordenanza Municipal citada, considera la parte recurrente que la sentencia al anular el precepto vulnera determinados preceptos de la ley del suelo , y artículo 45 de la Constitución , el artículo 18.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril , la Ley 10/1998 de Residuos , y otras normas. Trata de fundamentar que no nos encontramos ante una imposición de obligación de limpieza viaria sino ante el desarrollo del deber de colaboración de los ciudadanos que ya constituía una práctica anterior y que entronca con el deber de conservación del medio ambiente y el suelo como recurso natural.

Dispone el artículo 10 de la Ordenanza:

"Sin perjuicio de las competencias municipales en materia de limpieza, se establece el deber de colaboración de la ciudadanía en los siguientes supuestos:

1. La limpieza de las aceras en una anchura mínima de dos (2) metros. Si la acera es de mayor ancho, en la franja más próxima a la fachada y en longitud, se prestará por:

a) Quienes habiten en el edificio en el caso de las aceras correspondientes a sus fachadas, con independencia de cual sea la función o destino de la edificación.

b) Quienes desarrollen la actividad, cuando se trate de comercios o tiendas situadas en la planta baja o que tengan acceso directo desde la vía pública, y en proporción a la parte de acera situada en su frente.

c) La Administración o ente que ostente la titularidad, cuando se trate de aceras correspondientes a edificios públicos.

d) La propiedad, en el caso de aceras correspondientes a solares sin edificar.

Los residuos obtenidos de la limpieza a que se refiere este apartado serán depositados en los recipientes que el Ayuntamiento pone a disposición de la vecindad para la recogida de la fracción correspondiente, estando totalmente prohibido dejarlos directamente en la vía pública o en cualquier otro tipo de recipiente.

2. En caso de nevada, quienes habiten en fincas urbanas y quienes tengan a su cargo la limpieza de edificios públicos y establecimientos de toda índole, colaborarán en la limpieza de hielo y nieve de las aceras en la longitud correspondiente a su fachada, y en una anchura mínima de dos metros, si la acera es de mayor ancho, depositando la nieve o hielo recogido a lo largo del borde de la acera"

En el escrito de contestación a la demanda el Ayuntamiento de Madrid sustentó la pretensión de legalidad del precepto en las competencias del Municipio recogidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 25.2 , 26.1 a) y en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 9.1 . No se alegaron otros preceptos ni leyes para defender la legalidad de este precepto de la Ordenanza.

No hay duda alguna que la sentencia de instancia ha recogido la verdadera naturaleza del precepto; es decir, la imposición de una obligación en su categoría de prestación de carácter personal, al recoger la expresión " *se prestará por ...*" y con las precisiones de quien lo realizará -sujetos obligados- y con qué alcance se realizará -extensión y contenido del deber-. No cabe interpretar la misma como mantiene la recurrente como la integración de un deber de colaboración que no contiene nota alguna de voluntariedad, sino de actividad coactiva y exigible para aquellos que vivan o desempeñen actividades o servicios en aceras de unas determinadas características recogidas en el precepto. No hay infracción alguna de los preceptos que

cita la recurrente y que sí fueron recogidos en el escrito de contestación a la demanda y referenciados por la sentencia, puesto que no estamos ante una llamada a la colaboración ciudadana, en forma de participación voluntaria, sino ante una verdadera obligación -acción-, cuya omisión puede integrar un tipo infractor concreto susceptible de ser sancionado. La redacción del precepto efectivamente vulnera el artículo 31.3 de la Constitución.

Atendiendo al artículo 9 de la propia Ordenanza que se intitula "Cumplimiento de obligaciones" y cuyo contenido es *"Todas las personas físicas y jurídicas están obligadas al cumplimiento de las disposiciones del presente Título y las que en materia de limpieza general y mantenimiento del ornato público, apruebe en cualquier momento el Ayuntamiento en el ejercicio de sus facultades."* se observa que el precepto analizado adquiere los tintes de obligatoriedad para todas las personas físicas y jurídicas afectadas por quedar dentro del ámbito subjetivo de la prescripción normativa. Ello además, puesto en relación con el Título VI, Capítulo 2º de la Ordenanza, en cuanto a la graduación de las infracciones y determinación de las sanciones correspondientes determina la existencia y reconocimiento para la Administración Local de la potestad de sancionar. Así se dispone en el artículo 86.3 de la Ordenanza:

" Artículo 86. Infracciones Leves:

Se considerarán infracciones leves:

3. El incumplimiento de cualquier obligación establecida en los Títulos I al IV de la presente Ordenanza o la omisión de los actos a que obliga, siempre que no estén considerados como infracciones graves o muy graves en los artículos 87 y 88".

Recordemos que, por tanto, si acudimos ante las previsiones del artículo 129 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común: *"Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local."* observamos que concurren todos los elementos que determinan que nos encontremos ante una obligación de carácter personal, que la Administración pretende imponer a los Administrados, y tipificando la misma, recoge la sanción a imponer en caso que no se observe la misma. Ello determina sin lugar a duda, que no podamos considerar la misma como deber de colaboración voluntaria entendida como "trabajo conjunto" y voluntario, sino que la Administración ejerce su "potestas" e impone la misma a los administrados determinados.

Además de lo anterior, también debe precisarse que la conducta impuesta supone vaciar de contenido, la competencia municipal sobre la limpieza y recogida de residuos al trasladar al administrado el deber concreto de limpiar, recoger y depositar los residuos que se encuentran en las vías públicas. Con lo cual el mandato prevenido en el artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, y queda sin contenido en aquellos casos en que las aceras cumplan determinadas características para pasar a imponerse a los residentes y personas jurídicas empresarias de esa zona en concreto. Incluso la propia Ordenanza en su artículo 3 recoge la competencia del Municipio para la limpieza de las vías y espacios públicos y el artículo 26 la competencia del Ayuntamiento en el servicio de recogida y transporte de residuos urbanos prestado por el Servicio Municipal con la frecuencia y horarios adecuados. Por otra parte, el artículo 25 de la Ordenanza recoge la consideración como "residuo general" aquel que proviene de la limpieza viaria. Al no integrar, por tanto, esta conducta, "colaboración voluntaria" de los ciudadanos del municipio no cabe entender vulnerado el artículo 18.1 b) de la citada Ley 7/1985, ni por conexión el artículo 226 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Por último, para acabar con el examen de este artículo, la parte recurrente cita, al igual que hizo en el escrito de contestación, el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, para fundamentar la procedencia en derecho de este precepto. El artículo 9 de la citada norma se titula "Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas" y de su redactado en modo alguno se infiere que las aceras públicas, pertenecientes al dominio público local-artículo 79.3 Ley 7/1985, 2 de abril, artículo 2 y 3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, queden dentro de los derechos, facultades, deberes, cargas del derecho de propiedad privada, y de la función social que ha de cumplir, según nace del artículo 33 de nuestra Constitución. No existe vulneración alguna del artículo 9 Real Decreto Legislativo 2/2008 puesto que no existe relación alguna.

SEXTO.- En el subapartado segundo del único motivo articulado analiza la recurrente la anulación del artículo 76 de la Ordenanza, cuyo contenido es el siguiente:

" De conformidad con la legislación vigente, el personal al que se hace referencia en el artículo anterior, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, tendrá la condición de agentes de la autoridad, estando facultados para acceder sin previo aviso, identificados mediante la correspondiente acreditación, a las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza. Estarán asimismo facultados para inspeccionar el contenido de las bolsas de basura o demás contenedores de residuos."

La sentencia de instancia considera que este precepto es nulo por cuanto infringe derechos fundamentales de la persona en cuanto potenciales reveladores de aspectos inequívocos de su vida privada, y, por tanto, que pueden afectar a su derecho al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen, protegidos por la Ley 1/1982, de 5 de Mayo y por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos, en un momento en el que todavía se encuentran en la esfera de exclusión de terceros así como por la falta de concreción respecto a los lugares en los que se pueden realizar esas inspecciones por parte del personal inspector.

El artículo 75 de la Ordenanza precisa quién será este personal, que con las prerrogativas de agente de la autoridad puede realizar tales inspecciones en las " *instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza*".

La Ordenanza no recoge una definición concreta de los lugares o instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en la Ordenanza, siendo que la misma obliga, según lo previsto en el artículo 31.2º a : " *depositar dichos residuos (urbanos generales) separadamente en recipientes específicos suministrados por el Ayuntamiento.*" Y desde ese momento, desde la entrega en debida forma -" *en las fracciones y condiciones exigidas en la presente Ordenanza*" (artículo 27.1) la Administración adquiere el poder de disposición sobre los mismos a los efectos de llevar a cabo las actividades propias del Servicio Público (valorización, selección, reciclado, eliminación, en definitiva la gestión).

Según la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, vigente hasta el 30 de Junio de 2001, recoge diversas definiciones a los efectos de la Ley y, son reproducidas también en la Ley autonómica 5/2003, 20 de marzo, así como también en la Ordenanza impugnada, en el artículo 24 y 25. Cada una de estas definiciones será relevante a los efectos de configurar un régimen jurídico respecto a cada tipo de sujeto poseedor/productor/gestor y con respecto a cada variable de residuo (vidrio, papel y cartón, residuos sanitarios, etc). Es procedente, acudir a la definición de " *instalaciones*" que realiza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a los efectos de poder ver si con ella se concreta el precepto. Así, el término " *instalaciones*" se define como : " *Acción o efecto de instalar o instalarse. Conjunto de cosas instaladas.*" El verbo " *instalar*" , seguidamente, como: " *3.- Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar, como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos de luz, etc.*" A partir de esta definición, se determina con claridad que la inspección no se realiza en cualquier lugar sino en aquellos de libre acceso en los que exclusivamente se realizan actividades recogidas y relacionadas en la Ordenanza, como son el depósito, almacenaje, distribución y separación selectiva, etc. Por tanto, no se produce la vulneración e inconcreción que mantiene la sentencia porque exclusivamente esas " *instalaciones*", lugares, son los que podrán ser inspeccionados por los funcionarios agentes de autoridad. No existe colisión con otros lugares cuyo acceso pudiera hacerse depender del consentimiento del titular por estar protegido constitucionalmente.

Y es, no cabe duda que las " *instalaciones en las que se desarrolle la actividad*" reguladas en esta Ordenanza es un concepto que es fundamental y que otorgará legitimidad/autoridad para el ejercicio de la potestad de inspección y apertura de bolsas de basura u otro tipo de recipientes. Dependerá, por ejemplo, si el edificio es de nueva construcción, en los que según la Ordenanza, artículo 39, deberá disponerse de un local destinado al almacenamiento de los contenedores normalizados; asimismo, dependerá del tipo de residuo (por ejemplo vidrio, que según el artículo 38 deberá depositarse en grandes contenedores en la vía pública). Es decir, la Ordenanza concreta, con el vocablo " *instalaciones*", tal y como hemos definido, cómo y dónde se va a realizar la inspección de los lugares en los que se realicen las actividades que recoge la Ordenanza y, sin perjuicio de un desarrollo posterior respecto de este término al amparo de las especificidades de determinados residuos que pudieran determinar nuevas obligaciones de depósito y almacenaje que la comunidad hubiera de asumir.

Ha lugar al recurso de casación y se casa la sentencia de instancia en relación a la declaración de nulidad del artículo 76 de la Ordenanza, se desestima el recurso contencioso- administrativo en relación al mismo y se declara conforme a Derecho.

SEPTIMO.- Por último, debe tratarse el tercer precepto anulado por la sentencia de instancia, artículo 78.3º de la Ordenanza Municipal, bajo el epígrafe "sujetos responsables", cuyo contenido es el siguiente:

"3. Cuando se trate de obligaciones colectivas, tales como uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados, limpieza de zonas comunes, la responsabilidad será atribuida a la respectiva comunidad de propietarios o habitantes del inmueble cuando aquella no esté constituida, y, al efecto, las denuncias se formularán contra la misma o, en su caso, la persona que ostente su representación."

La sentencia de instancia anula el precepto al considerar:

" Por último resta por analizar si el artículo 78.3º de la Ordenanza que hemos transcrito mas arriba realiza una innovación legislativa al proponer una nueva clase de obligaciones, las colectivas, no previstas en el Código Civil . Que no debe confundirse el hecho de que la Comunidad de vecinos sea titular de obligaciones y derechos comunes, con el hecho de que porque uno de sus vecinos sea infractor pueda sancionarse a toda la comunidad de vecinos.

El párrafo 3º es contrario al artículo 130 de la Ley 30/1.992 que señala que "1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia".

El respeto al principio de culpabilidad exige que solamente las personas físicas o jurídicas puedan ser responsables de las infracciones, por lo que procede la anulación de dicho párrafo."

Con respecto a este precepto cabe anticipar un pronunciamiento estimatorio del recurso y, mediante una interpretación sistemática del mismo, declarar el mismo conforme a Derecho, al no vulnerar el principio de culpabilidad.

En primer lugar, debe ponerse el acento en que la responsabilidad que atribuye el precepto " a la respectiva comunidad de propietarios o habitantes del inmueble cuando aquella no estuviere constituida" , lo es exclusivamente cuando se trate de obligaciones colectivas. Entra, por tanto, en el debate, qué se considera obligaciones colectivas. La respuesta la otorga el propio precepto al recogerlas expresamente, y son: " uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados" y "limpieza de zonas comunes" . A ellas nos referiremos.

a.- Con referencia a la primera conducta a analizar, relativa al *uso limpieza y conservación de los recipientes normalizados* , que recoge el artículo 78.3 de la OLGR.

En primer lugar, cabe destacar que esta conducta va referida a los " *recipientes normalizados*" en cuanto a aquellos contenedores normalizados -artículo 31 OLGR- que el Ayuntamiento entrega para el depósito de residuos urbanos a las entidades usuarias del servicio y que éstas deben custodiar y dar el uso efectivo, sacándolos a la vía pública en la hora y lugar indicados -artículos 32, 33, 34 y 35 OLGR- y respecto de los que el Ayuntamiento ostenta la titularidad municipal y con destino exclusivo de depósito de residuos para la posterior recogida de los mismos.

Con respecto al uso de estos contenedores normalizados el artículo 33 OLGR dispone:

" Artículo 33. Normas de uso de los recipientes normalizados .

1. Los recipientes normalizados que entrega el Ayuntamiento para el depósito de residuos urbanos son de titularidad municipal, debiendo utilizarse exclusivamente para el depósito de dichos residuos generados en el término municipal de Madrid, y en ningún caso podrán ser trasladados fuera del mismo.

En caso de cese de actividad, la entidad usuaria de los recipientes está obligada a comunicar dicha circunstancia al servicio municipal competente, con objeto de que procedan a su retirada.

Las personas físicas o jurídicas usuarias están obligadas a presentar los residuos de envases ligeros y restos en bolsas diferentes y cerradas, debiendo depositarlas en sus correspondientes recipientes diferenciados por el color: bolsas con residuos de envases ligeros en el cubo o contenedor amarillo y residuos de restos en el cubo o contenedor de tapa naranja.

Estas bolsas deberán ser de plástico o de cualquier otro material con la suficiente resistencia para el cierre, contención y aislamiento íntegro de su contenido.

Asimismo, tienen la obligación de depositar el vidrio, el papel, los cartones y los embalajes debidamente plegados en el interior de sus respectivos recipientes homologados.

3. Se prohíbe el depósito de residuos a granel, así como de residuos que contengan líquidos o sean susceptibles de licuarse en los recipientes suministrados por el Ayuntamiento de Madrid.

4 Se prohíbe depositar los residuos domiciliarios en papeleras o cualquier elemento similar.

5. Si como consecuencia de una deficiente presentación de los residuos se produjeran vertidos en los espacios públicos, la persona o entidad causante será la responsable de la suciedad ocasionada.

6. Queda prohibido manipular o extraer residuos de los recipientes de recogida de residuos.

7. Se prohíbe cambiar la ubicación de los recipientes de recogida de residuos fijados por el servicio municipal, así como producir daños en el mobiliario urbano relacionado con la recogida de residuos.

8. Se prohíbe abandonar, depositar, verter o eliminar residuos en espacios públicos de forma incontrolada, así como los derivados del consumo privado".

En lo que se refiere a la conservación y limpieza de los recipientes normalizados , el artículo 34 de la Ordenanza dispone:

" Artículo 34. Conservación y limpieza de los recipientes normalizados

Las operaciones de conservación y limpieza que, en su caso, exijan los recipientes serán de cuenta de la comunidad de propietarios o de quienes habiten el inmueble, cuando aquella no esté constituida, cuando se trate de edificios destinados a vivienda. Cuando sean edificios públicos o establecimientos comerciales, será responsabilidad de la propiedad, debiendo unos y otros, en cada caso, determinar el personal que haya de realizar tal cometido, sin perjuicio de las acciones que, a los mismos efectos, realicen los Servicios Municipales."

La Sala de instancia ha anulado el precepto partiendo de la interpretación que el artículo 33 OLGR recoge obligaciones colectivas pero de su contenido no se trasluce lo anterior. El artículo 33.2, 33.3 y 33.4 OLGR se refiere a obligaciones individuales de los comuneros, mientras que el artículo 78.3 se refiere a obligaciones colectivas. Estas obligaciones colectivas hay que referirlas al uso, conservación y limpieza de los contenedores normalizados a disposición de cada Comunidad en el habitáculo o instalación habilitada para ello, y que se refieren al uso consustancial a esa actividad, que comprende a título enunciativo, sacarlos a la vía pública en el momento y lugar determinados, mantenerlos en condiciones aptas para su fin, recogerlos en el tiempo previsto tras la recogida, etc. No cabe referir el artículo 78.3 al uso de cada uno de los comuneros en cuanto al cumplimiento de las previsiones y normas previstas para la selección y depósito de los residuos urbanos - artículo 33.2 , 33. 3 y 33.4 OLGR, ya que en tal caso sí cabría plantearse la posible colisión con el principio de culpabilidad y responsabilidad previsto en el artículo 130.1.3 de la Ley 30/1992 , al atribuirse la misma a la Comunidad de Propietarios por acciones u omisiones de los comuneros. Pero este debate no se suscita si referimos al citado artículo 78.3 OLGR al incumplimiento de específicos deberes impuestos a la Comunidad de Propietarios con independencia de los que corresponden a los diferentes copropietarios.

Interpretando así el precepto 78.3 no puede recibir reproche alguno de legalidad que motive su expulsión de la Ordenanza porque se refiere y recoge una clausula de atribución de responsabilidad sobre conductas u omisiones propias de la Comunidad de Propietarios recogidas en la misma. No existe, así por tanto, vulneración del principio de culpabilidad , artículo 130.1 párrafo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , al configurarse la misma sobre deberes que asume la comunidad de propietarios o habitantes del inmueble en caso de no constituirse.

b.- En segundo lugar, el precepto 78.3º de la Ordenanza atribuye responsabilidad directa a la Comunidad de propietarios o habitantes del inmueble en caso de no estar constituida la Comunidad para la concreta actuación de " *limpieza de zonas comunes* ". No existe duda alguna que en caso de incumplimiento de esta conducta es la Comunidad de propietarios quien debe responder de tal incumplimiento, según lo previsto en la Ley 49/1960, de 21 de Julio de Propiedad Horizontal

El Ayuntamiento de Madrid, según los preceptos ya citados, artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, 2 de abril , artículo 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos , artículos 5.1 y 2 de la Ley 5/2003, de 20 de Marzo de Residuos de la Comunidad de Madrid , ostenta la competencia en materia de recogida, transporte, selección, valorización, y, en su caso, eliminación de los residuos urbanos municipales.

El artículo 3.1 de la OLGR dispone : . " *Competencias locales.-El Ayuntamiento de Madrid es competente para la limpieza de las vías y espacios públicos y para la gestión y el tratamiento de los residuos urbanos o municipales generados y depositados en el municipio en la forma en que se establece en la presente Ordenanza y en los términos previstos en la legislación de residuos estatal y autonómica y en la legislación de régimen local."*

El artículo 8 recoge: *"Definición de espacio público. -1. A los efectos de esta Ordenanza se consideran espacios públicos los espacios de dominio y uso público destinados a posibilitar el movimiento de los peatones, vehículos o medios de transporte colectivos de superficie, habituales en las áreas urbanas, así como la estancia de peatones o el estacionamiento de vehículos en dichos espacios.*

2. También tendrá la consideración de espacio público a efectos de limpieza, conservación y mantenimiento las demás zonas cuya conservación y policía sean de titularidad y competencia municipales, incluidos los parques, ámbitos ajardinados, jardines y demás zonas verdes."

El artículo 11 dispone: *" Limpieza de zonas particulares. -1. La limpieza de las calles, aceras, pasajes, patios interiores de manzana, superficies ajardinadas y demás zonas comunes de dominio particular deberá llevarse a cabo por la propiedad, de acuerdo con los estándares de calidad establecidos por el Ayuntamiento para el espacio público.*

2. Cuando dichos niveles no sean alcanzados, el Ayuntamiento, previa orden a la propiedad, si esta no fuese atendida, podrá realizar la limpieza de esas zonas por ejecución sustitutoria.

El coste que se derive de dicha actuación en sustitución del obligado será de cargo de este, independientemente de las sanciones que, en su caso, procedan."

El Ayuntamiento estará habilitado, en uso de sus competencias, para iniciar expediente sancionador contra la comunidad de propietarios así como adopción de medidas cautelares, de restauración o ejecución subsidiaria en aquellos supuestos en los que la limpieza de las zonas comunes de la Comunidad afecte a los espacios públicos tal y como resulta definido en el artículo 8 de la Ordenanza y, teniendo en cuenta que según el artículo 11 de la citada se refiere a zonas particulares pero que afectan o son espacio público.

Ha lugar al recurso de casación respecto al precepto 78.3º de la Ordenanza y casando la de instancia, se declara conforme a derecho el mismo conforme a la interpretación que se ha expuesto relativa al "uso" de los recipientes normalizados.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de de la Ley de la Jurisdicción , al estimarse el recurso de casación no procede imponer las costas causadas en este recurso de casación, ni las causadas a su instancia.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

HA LUGAR al recurso de casación 5882/2010 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MADRID, contra la sentencia de diecisiete de Junio de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso núm. 372/2009 , formalizado contra la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos aprobada por el Pleno de Madrid el 27 de febrero de 2009.

Se casa la sentencia de instancia con respecto a los preceptos 76 y 78.3º. Se declara conforme a derecho el artículo 76 y con respecto al artículo 78.3º se declara asimismo conforme atendiendo a la interpretación recogida en el Fundamento Jurídico Séptimo de esta sentencia. Se mantienen inalterables los restantes pronunciamientos. En cuanto a las costas, no procede la imposición de las causadas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.