



Roj: **STSJ BAL 1019/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:1019**

Id Cendoj: **07040330012017100493**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **78/2016**

Nº de Resolución: **539/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **FERNANDO SOCÍAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 1019/2017,**
ATS 5782/2018

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA : 00539/2017

SENTENCIA

Nº 539

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 13 de diciembre de 2017

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº 78/2016 dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias del **CLUB NÁUTICO SANTA PONSÀ y CLUB NÁUTICO PALMA NOVA**, representados por la Procuradora Dª Ruth María Jiménez Varela y asistida del Abogado D. Santiago Janer Busquets y como Administración demandada el **AYUNTAMIENTO DE CALVIÀ** representado por el Procurador D. Francisco Tortella Tugores y asistido por el Letrado D. Fernando Pozuelo Mayordomo Constituye el objeto del recurso la resolución el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Calvià, de fecha 20 de octubre de 2015, por el que se aprueba definitivamente la Modificación de la Ordenanza Municipal para la recogida de residuos municipales y limpieza de espacios públicos, a los efectos de imponer a los productores de residuos comerciales no peligrosos su incorporación obligatoria al servicio municipal de gestión. Publicada en BOIB de 16 de enero de 2016

La cuantía se fijó en indeterminada

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 14 de marzo de 2016, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.



SEGUNDO . Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contraria al ordenamiento jurídico la disposición impugnada y en consecuencia acuerde anular y dejar sin efecto la modificación de la Ordenanza Municipal para la recogida de residuos municipales y limpieza de espacios públicos aprobada por el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Calvià de fecha 20 de octubre de 2015 y publicada en el BOIB de 16 de enero de 2016, toda vez que la misma atenta contra lo dispuesto en la Ley 22/2011; en concreto, acuerde anular y dejar sin efecto la redacción de los artículos 4.2 , y 17.1 de la Ordenanza Municipal para la recogida de residuos municipales y limpieza de espacios públicos de Calvià.

TERCERO . Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO. Recibido el pleito a prueba, se propuso y admitió la pertinente, con el resultado que obra en autos.

QUINTO. Declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 12 de diciembre de 2017

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Planteamiento de la cuestión litigiosa.

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa reseñar:

1º) Que en fecha 27 de marzo de 2014 el Ayuntamiento de Calvià aprobó una Ordenanza municipal para la recogida de residuos municipales y limpieza de espacios públicos, cuya aprobación definitiva fue publicada en el BOIB nº 55, de 22 de abril de 2014.

En lo que ahora interesa, en dicha Ordenanza y al amparo de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados (en adelante LRSC), se imponía la incorporación obligatoria al servicio municipal de recogida de residuos, de todos los productores de residuos comerciales no peligrosos y de residuos domésticos generados por las industrias.

Esta posible incorporación obligatoria deriva de lo dispuesto en el art. 12.5.c) de la LRSC conforme a la cual las Entidades Locales podrán: "*Gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas, sin perjuicio de que los productores de estos residuos puedan gestionarlos por sí mismos. Cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer, de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, la incorporación obligatoria de los productores de residuos a dicho sistema en determinados supuestos*".

2º) Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante esta Sala y frente a la citada Ordenanza, se dictó sentencia Nº 366, de 1 de junio de 2015 , por la que estimando parcialmente el recurso, declaró la nulidad de pleno derecho de los preceptos de la Ordenanza (arts. 4.2, 9.1 y 17.1) por medio de los cuales se imponía a los productores de residuos comerciales no peligrosos y de residuos domésticos generados por las industrias, que la recogida lo fuese por medio del servicio municipal, impidiendo así la posibilidad de que los productores gestionasen por sí mismos la recogida.

El motivo de la estimación del recurso lo fue porque no constaba en el expediente de tramitación de la Ordenanza, la motivación de los criterios "*de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos*" que justificasen la incorporación obligatoria.

Se afirmaba en la sentencia que "*No consta en el expediente administrativo justificación alguna sobre los criterios de mayor eficiencia y eficacia -económica y ambiental- que conlleva la gestión municipal de estas clases de residuos, y los informes aportados por el Ayuntamiento de Calvià en su contestación a la demanda corresponden a un expediente distinto del de elaboración de la Ordenanza impugnada (sino que pertenecen al expediente del Acuerdo plenario de 27 de marzo de 2014, de incorporación obligatoria, BOIB nº 48, de 8 de abril). Por otro lado, estos informes tampoco acreditan ni explican estas razones para imponer a los productores que deben servirse del sistema municipal, sin permitir la gestión por sí mismos o a través de empresas.*"

3º) En sustitución de la Ordenanza parcialmente anulada, se llega al acto aquí recurrido, esto es, el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Calvià de fecha 20 de octubre de 2015 por el que se aprueba definitivamente la modificación de la Ordenanza Municipal para la recogida de residuos municipales y limpieza de espacios



públicos, a los efectos de imponer a los productores de residuos comerciales no peligrosos su incorporación obligatoria al servicio municipal de gestión. Publicada en BOIB de 16 de enero de 2016.

En la referida Modificación se reintroducen los preceptos de la Ordenanza aquí impugnados específicamente y que son los que imponen la incorporación obligatoria. Concretamente, tales preceptos disponen:

"4.2. Por razones de eficiencia y economía de escala, constituye una competencia reservada al Ayuntamiento la prestación del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos municipales (domésticos, residuos comerciales no peligrosos y residuos domésticos generados en las industrias) estando obligado a gestionarlo mediante cualquiera de las formas previstas en la normativa en materia de régimen local".

"Artículo 9. Obligaciones generales

El Ayuntamiento prestará el servicio de recogida de residuos municipales, siendo éste un servicio de prestación obligatoria por parte del Ayuntamiento y de recepción obligatoria por las personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio o generen residuos en el municipio de Calvià considerados productores o poseedores de residuos municipales. Los residuos municipales se entregarán en las condiciones establecidas en la presente ordenanza y según las instrucciones que se establezcan.

"Artículo 17. Forma de prestación del servicio a Generadores Domésticos

1. Los Servicios Municipales se harán cargo de retirar los residuos municipales y asimilados, siendo un servicio de prestación obligatoria por parte del Ayuntamiento y de recepción obligatoria para las personas usuarias".

Los Clubs Náuticos recurrentes impugnan la Modificación de la Ordenanza, advirtiendo que los preceptos aquí impugnados (artículos 4.2, 9.1 y 17.1) son idénticos a los que fueron anulados por la sentencia de esta Sala Nº 366 de 1 de junio de 2015, por lo que procede su anulación por la misma razón.

Se invocará que el Ayuntamiento sigue sin acreditar los criterios *"de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos"* que justifique la incorporación obligatoria al servicio municipal de los productores de residuos comerciales no peligrosos, privando el derecho de tales productores -como los aquí recurrentes- a procurarse la gestión por sí mismos.

Se argumenta que no es cierto que en la Modificación impugnada el Ayuntamiento utilice nuevos informes que supuestamente ahora sí, justifiquen la imposición del servicio municipal. El informe de la firma Ernst & Young, sería el mismo que en la Ordenanza anulada y lo demás son informes emitidos por el propio Ayuntamiento.

Por último, se señala que el inciso final del art. 12.5.c) de la LRSC, permite la excepcional incorporación obligatoria al servicio municipal, *"en determinados supuestos"*, por lo que la Ordenanza debería precisar qué supuestos son éstos. Al generalizarse para todo supuesto, se vulnera lo pretendido por el 12.5.c) de la LRSC.

La Administración demandada se opone al recurso alegando que, a diferencia del supuesto de la Ordenanza anulada por la sentencia de esta Sala Nº 366 de 1 de junio de 2015, en el expediente administrativo de la Modificación aquí impugnada, sí constan los informes que avalan y justifican la incorporación obligatoria, siendo los siguientes:

Estudio relativo a los niveles de eficiencia social y económica del servicio de recogida de residuos comerciales no peligrosos elaborado por "Ernst & Young, S.L." en fecha 14 de febrero de 2014;

Informe técnico del director del área de medio ambiente de Calvia 2000, S.A. de fecha 1 de octubre de 2015;

Informe favorable del jefe de servicio de medio ambiente municipal de fecha 8 de octubre de 2015.

SEGUNDO. El régimen jurídico regulador de la incorporación obligatoria al servicio de recogida municipal de residuos.

Para encuadrar la controversia, podemos reiterar lo que se explicó en la anterior sentencia de esta Sala Nº 366/2015:

"CUARTO. El artículo 25 de la Ley 7/1985, 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), en su apartado primero recoge una cláusula general atributiva de competencias al municipio, mientras que entre las competencias obligatorias del municipio previstas en su apartado segundo, incluye en la letra l) la *"recogida y tratamiento de residuos"* (redacción vigente en la fecha de aprobación inicial de la Ordenanza el 28 de noviembre de 2013):

"Artículo 25

El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.



El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...)

l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. (...)

3. Sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2°.

Por otro lado, la recogida de residuos aparece como un servicio de prestación obligatoria por todos los municipios y su tratamiento resulta ineludible en los municipios de más de 5.000 habitantes, de acuerdo con las letras a) y b) del artículo 26 LBRL.

Tras la modificación producida en la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (vigente desde el 31 de diciembre de 2013, es decir, en fase de información pública de la Ordenanza impugnada), en el artículo 25.2 b) LBRL se recoge como competencia propia del municipio, en la materia de medio ambiente, la "gestión de los residuos sólidos urbanos"

"2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...)

b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas (...)".

Partiendo de este marco competencial de los municipios, a continuación debemos referirnos al ámbito de los residuos generados en los mismos, en especial los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados por las industrias a los que se refiere el artículo 12.5 c) 2º de la Ley 22/2011 (LRSC), ya que la entidad actora concentra en la infracción de este precepto la mayor parte de los motivos del recurso contencioso esgrimidos en su demanda.

El artículo 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (LR), derogada por la Ley 22/2011 (vigente desde el 30 de julio de 2011), establecía que " 3. Las Entidades locales serán competentes para la gestión de los residuos urbanos, en los términos establecidos en esta Ley y en las que, en su caso, dicten las Comunidades Autónomas. Corresponde a los municipios, como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y, al menos, la eliminación de los residuos urbanos, en la forma en que establezcan las respectivas Ordenanzas".

Es decir, bajo vigencia de la LR, sólo los entes públicos locales podían llevar a cabo la gestión de los residuos urbanos, concepto en el que se incluía la recogida, transporte y tratamiento tanto de los residuos domésticos como de los residuos comerciales, menos los considerados peligrosos.

En especial, los municipios, debían prestar la recogida, transporte y tratamiento de residuos urbanos como servicio obligatorio, sin que el citado Cuerpo Legal efectuase mención alguna sobre que tales actuaciones pudiesen ser realizadas por el propio productor o bien por entidades o personas privadas debidamente registradas.

La gestión de residuos urbanos, de acuerdo con la Ley 10/1998, se trataba de un servicio de prestación obligatoria por el municipio y de recepción asimismo necesaria por los productores de los residuos.

Este régimen forzoso de recepción y de prestación del servicio por los municipios ha sido alterado por la LRSC, en la cual se regula, como regla general, que la gestión de los residuos es un deber que recae sobre el productor de los mismos, quien puede efectuarlo bien por sí mismo, bien encargarlo a una persona o entidad privada o registrada, o bien entregar los residuos a una entidad pública o privada de recogida para su posterior tratamiento. Y el productor de residuos comerciales no peligrosos debe acreditar ante la entidad local competente la correcta gestión de los mismos o puede acogerse al sistema público de gestión de los mismos, de forma voluntaria cuando este sistema esté implantado, todo ello de acuerdo con el artículo 17 de la citada Ley:

"Artículo 17 Obligaciones del productor u otro poseedor inicial relativas a la gestión de sus residuos

El productor u otro poseedor inicial de residuos, para asegurar el tratamiento adecuado de sus residuos, estará obligado a:

Realizar el tratamiento de los residuos por sí mismo.

Encargar el tratamiento de sus residuos a un negociante, o a una entidad o empresa, todos ellos registrados conforme a lo establecido en esta Ley.



Entregar los residuos a una entidad pública o privada de recogida de residuos, incluidas las entidades de economía social, para su tratamiento.

Dichas operaciones deberán acreditarse documentalmente.

La entrega de los residuos domésticos para su tratamiento se realizará en los términos que establezcan las ordenanzas locales.

El productor u otro poseedor inicial de residuos comerciales no peligrosos deberá acreditar documentalmente la correcta gestión de sus residuos ante la entidad local o podrá acogerse al sistema público de gestión de los mismos, cuando exista, en los términos que establezcan las ordenanzas de las Entidades Locales.

En caso de incumplimiento de las obligaciones de gestión de residuos comerciales no peligrosos por su productor u otro poseedor, la entidad local asumirá subsidiariamente la gestión y podrá repercutir al obligado a realizarla, el coste real de la misma. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que el obligado hubiera podido incurrir. (...)"

Con independencia de este deber de gestión de los residuos por parte de los productores en general, y de residuos comerciales no peligrosos y domésticos generados por las industrias, en particular y en cuanto concierne a las cuestiones planteadas en este litigio, las entidades locales, en cumplimiento de sus competencias previstas en el artículo 25 LBRL, como regla general deben disponer de su propio sistema de gestión de residuos, al cual se pueden adscribir aquéllos de forma voluntaria.

El artículo 12.5 LRSC regula estas competencias de las entidades locales en materia de gestión de residuos:
proceda:

"5. Corresponde a las Entidades Locales, o a las Diputaciones Forales cuando Como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las Comunidades Autónomas y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor. La prestación de este servicio corresponde a los municipios que podrán llevarla a cabo de forma independiente o asociada.

El ejercicio de la potestad de vigilancia e inspección, y la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias.

c) Las Entidades Locales podrán:

1.º Elaborar programas de prevención y de gestión de los residuos de su competencia.

2.º Gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas, sin perjuicio de que los productores de estos residuos puedan gestionarlos por sí mismos en los términos previstos en el artículo 17.3.

Cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer, de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, la incorporación obligatoria de los productores de residuos a dicho sistema en determinados supuestos "

Como se desprende del artículo 12.5 LRSC, los municipios, cuando proceda (en los términos de la legislación en materia de régimen local que dicte el Estado y la Comunidad Autónoma) tienen que prestar obligatoriamente el servicio de recogida, transporte y tratamiento de residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios, en la forma establecida en sus ordenanzas y de acuerdo con las leyes estatales, autonómicas y normativa sectorial que resulte aplicable.

La disposición transitoria segunda de la LRSC impone a las entidades locales la aprobación de las ordenanzas a las que se refiere el artículo 12.5 en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma, producida el 30 de julio de 2011.

Y respecto a los residuos comerciales no peligrosos y los domésticos generados por las industrias, permite que el municipio los gestione por sí mismo, pero sin perjuicio de que los productores los puedan gestionar también, de acuerdo con el artículo 17.3 LRSC, derivándose, en su caso, una concurrencia de sistemas, público y privado, de gestión de residuos de estas categorías. Se trataría, en cuanto a estas categorías de residuos, de un servicio público de carácter potestativo para las entidades locales, y en el supuesto que exista una organización local propia, este sistema sería de recepción voluntaria por parte de los productores, quienes deben gestionarlos por sí mismos en los términos del artículo 17 LRSC. Esta es la regla general.



Pero, en el artículo 12.5 c) 2º LRSC se recoge una excepción a esta regla general, según la cual las entidades locales pueden imponer a los productores de residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias, " *de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos* , su incorporación obligatoria de los productores de los mismos a su sistema de gestión " *en determinados supuestos* " .

Esta imposición de la incorporación obligatoria al sistema de gestión municipal de residuos, prevista para los productores de residuos comerciales no peligrosos y los domésticos generados por las industrias requiere que la corporación local justifique la medida, en atención a la mayor eficiencia y eficacia que implica esta adhesión forzosa al mismo en comparación con la gestión llevada a cabo por el propio productor o por una empresa privada.

En las ordenanzas municipales se debe establecer el marco normativo de esta gestión municipal de los residuos comerciales no peligrosos y domésticos generados por las industrias, de acuerdo con el primer inciso del artículo 12.5 c) 2º LRSC. Es decir, en estos reglamentos aprobados por el Ayuntamiento se deben fijar las líneas maestras de la gestión municipal de estas clases de residuos, y, en el supuesto de que en estas ordenanzas se determine la incorporación obligatoria de los productores al sistema público de gestión, en el procedimiento de elaboración de la ordenanza deberá justificarse la mayor eficiencia y eficacia, desde el punto de vista económico y ambiental, que ampara esta adscripción forzosa."

TERCERO. Valoración de los informes técnicos con los que el Ayuntamiento pretende justificar la incorporación obligatoria al sistema de recogida municipal.

En la sentencia de esta Sala Nº 366 de 1 de junio de 2015 , se valoró principalmente que "en el expediente de elaboración de la Ordenanza" no constaba informe alguno que motivase los "criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos" que justifican la incorporación obligatoria. Ello era así porque tales informes constaban en expediente distinto. Esta deficiencia procedimental ya no concurre en nuestro caso. Acertados o no, los informes sí están en el expediente que procede, el de la Modificación de la Ordenanza.

Por lo anterior, el núcleo de la cuestión litigiosa se desplaza a la valoración de tales informes, o lo que es lo mismo, partiendo de la premisa de que la Ley permite que los productores de los mencionados residuos los puedan gestionar por sí mismos, corresponde al Ayuntamiento justificar " *de manera motivada* " y " *basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos* ", la incorporación obligatoria de los productores de residuos al sistema de gestión municipal.

El primero de tales informes, el de la firma ERNST & YOUNG de fecha 14 de febrero de 2014, está fundamentado en estudio de la mejor eficiencia, pero principalmente desde un punto de vista económico. Se reconoce en el informe que su objeto es realizar un análisis de costes del servicio municipal de gestión, en comparación con un eventual sistema de gestión privado. Y en este punto deberíamos dar la razón a la parte recurrente en el sentido de que la exigencia de motivar la mayor eficiencia y eficacia del sistema de gestión, no debe limitarse exclusivamente a la eficiencia económica, sino también a otras y, singularmente, a la medioambiental.

Ahora bien, con la base de tal estudio económico y tras justificarse que el sistema de gestión municipal es más económico, implícitamente con ello se está diciendo que para que un sistema de gestión privado se equipare económicamente al público, ello deberá ser a costa de sacrificar la eficiencia medioambiental. Concretamente en el informe se justifica que el sistema de gestión de la empresa municipal Calvià 2000 es más eficiente porque: a) es más barato, b) garantiza más frecuencia de recogida de residuos y, c) con garantía de recogida con más fracciones. Como con más detalle se explicó en la fase de ratificación y aclaración de informes en sede judicial, no se niega que un sistema de gestión privado pueda llegar a ser más barato, pero ello será así a costa de una menor frecuencia en el sistema de recogida de residuos y, desde luego, sin garantizar una recogida con más fracciones. Y como ya se indicado, el factor económico no es el único a considerar.

El informe pericial adjunto a la demanda, critica el informe de ERNST & YOUNG, pero no lo desvirtúa en la forma que sería realmente relevante: afirmando que un sistema de gestión privado sería más económico, pero con igualdad de frecuencias con el sistema municipal y con el mismo sistema de recogida con fracciones. Como eso no se afirma, implícitamente dicho informe no sirve para lo que se pretende ya que siendo impensable que la recurrente pretenda un sistema de gestión privado más caro que el municipal, lo que de la prueba resulta es que la eventual mejora de las condiciones económicas del sistema público, lo será a costa de sacrificar la frecuencia de recogidas y sin un sistema que garantice la recogida selectiva por fracciones de residuos o no con el mismo número de fracciones.

Como vemos, es cierto que el Informe de ERNST & YOUNG se centra en el punto de vista económico, pero en definitiva, este elemento condiciona los diferenciales medioambientales.



La parte recurrente formuló tacha ante la declaración testifical del Sr. Dimas , que fue quien elaboró el informe. Pero lo cierto es que dicha tacha no afectaría al contenido del informe - que es lo que realmente importa- y, por otra parte, no se acredita que dicha empresa de auditoría externa o el trabajador que redactó el informe, tengan interés específico en que el sistema de gestión sea uno u otro. O al menos, no distinto del que pueda tener la entidad Pryisma que ha elaborado un informe para la demandante.

El informe de ERNST & YOUNG se complementa con los informes del técnico del Director del área de medio ambiente de Calvia 2000, S.A., de fecha 1 de octubre de 2015, y del Jefe de Servicio de medio ambiente municipal, de fecha 8 de octubre de 2015.

Frente a ellos, la parte actora los descalifica porque proceden de técnicos de la propia administración demandada o de la empresa municipal. Pero lo natural es que la Administración adopte decisiones en base a informes de sus técnicos. Se formuló tacha frente a la declaración testifical del Sr. Hipolito , Director del área de medio ambiente de Calvia 2000, S.A. que emitió el informe de fecha 1 de octubre de 2015. Pero con independencia de que dicha tacha no afectaría a lo relevante -el contenido del informe obrante en el expediente administrativo- la declaración testifical no tuvo otro alcance que aclarar el contenido del informe previo. Pero es que además, el interés de Calvià 2000 en un determinado modelo de gestión no invalida sin más el contenido del informe

El informe de 1 de octubre de 2015 incide en las peculiaridades del término de Calvià (municipio eminentemente turístico, con acusada estacionalidad y fuerte fluctuación en el volumen de residuos) que obliga a adecuar los horarios de recogida a los horarios de ocio y, además asegurar una alta frecuencia en la recogida para evitar olores en verano. Se hace una comparación de costes de recogida y frecuencias entre lo que puede ofertar un operador privado y la que puede ofertar la gestión municipal y se justifica que la equiparación de costes sólo se logra si el operador privado "recoge las fracciones de residuos cada ocho días o más" lo que evidentemente no es admisible en términos de comparación medioambiental.

El informe de 8 de octubre de 2015 se limita a ratificar los anteriores.

En conclusión, admitiendo la tesis de la parte demandante en el sentido de que es la Administración la que debe justificar motivadamente que el sistema de gestión municipal de los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias es más eficiente y eficaz, entendemos que con los informes mencionados -esta vez, sí incorporados al expediente- queda cumplida la justificación.

Frente a ello, el éxito de la demanda pasaba por demostrar que era posible un sistema de gestión privada que, con el mismo o menor coste, garantizase recogida selectiva y con igualdad de frecuencias. Dicha prueba no se ha practicado, por lo que debe desestimarse la demanda en este punto

CUARTO. El inciso "en determinados supuestos" del art. 12.5.c) de la Ley 22/2 011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados.

La parte recurrente señala que el inciso final del art. 12.5.c) de la LRSC, permite la excepcional incorporación obligatoria al servicio municipal, " en determinados supuestos ", por lo que la Ordenanza debería precisar qué supuestos son éstos. Al generalizarse para todo supuesto, se vulnera lo pretendido por el 12.5.c) de la LRSC.

El precepto en cuestión señala que corresponde a las entidades locales " Gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas, sin perjuicio de que los productores de estos residuos puedan gestionarlos por sí mismos en los términos previstos en el artículo 17.3. Cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer, de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, la incorporación obligatoria de los productores de residuos a dicho sistema **en determinados supuestos** ".

A falta de concreción en el desarrollo reglamentario de la Ley, no advertimos que el precepto impida la incorporación obligatoria de los productores tanto para los residuos comerciales no peligrosos, como para los residuos domésticos generados por las industrias.

No interpretamos que la expresión "en determinados supuestos" conlleva que la Ordenanza municipal viene obligada a detallar, exhaustivamente, los distintos sectores de productores que quedan obligatoriamente incorporados al sistema de gestión municipal, con exclusión de los supuestos no previamente detallados.

Interpretamos que lo que el precepto permite es que la incorporación obligatoria pueda sea singularizada. Por ejemplo, solo para hoteles, o solo para Clubs Náuticos o sólo para determinados tipos de residuos. Pero no excluye la posibilidad de que la incorporación obligatoria afecte a todos los productores del municipio, como así acuerda la Ordenanza impugnada.



La justificación motivada de la incorporación obligatoria antes analizada afecta a los dos tipos de residuos (comerciales no peligrosos y los domésticos generados por las industrias) y a todos los productores de los mismos, porque las conclusiones de los informes son aplicables a todos. La parte recurrente (Clubs Náuticos) no acredita que los mencionados informes y lo valorado en el Fundamento Jurídico anterior, no sirva para las peculiaridades de la producción de residuos por los Clubs Náuticos, por lo que no está en "supuesto" distinto del contemplado en la Ordenanza

Por todo lo anterior, debe desestimarse el recurso.

QUINTO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a la parte actora, al haber desestimado sus pretensiones.

No obstante, de conformidad con el art. 139,5º de la LRJCA, la imposición de costas lo será con el límite de la suma de las tasas judiciales eventualmente devengadas más otros 2000 ? por todos los demás conceptos.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo

2º) Que declaramos conforme al ordenamiento jurídico la disposición impugnada.

3º) Se condena en costas procesales a la parte demandante, con el límite de la suma de las tasas judiciales eventualmente devengadas más otros 2000 ? por todos los demás conceptos.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.