REVISTA CATALANA DE DRET AMBIENTAL Vol. XI Núm. 1 (2020): 1 – 30
-Jurisprudencia-

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ILLES BALEARS (PRIMER SEMESTRE 2019)

JOSEP MANUEL GÓMEZ GONZÁLEZ

Jefe de Servicio Jurídico de Ordenación del Territorio

Departamento de Territorio e Infraestructuras. Consejo Insular de Mallorca

[DOI: http://dx.doi.org/10.17345/rcda.2816]

Sumario: 1. Introducción. 2. Jurisprudencia en materia de imposición ambiental: el recurso contra el reglamento del impuesto de turismo sostenible en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 024/2020, de 27 de enero (ID. Cendoj 07040330012020100036). 3. Medidas de suspensión de licencias en los instrumentos de ordenación territorial: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 561/2019, de 18 de diciembre (ID. Cendoj 07040330012019100568). 4. Gestión de residuos y responsabilidad patrimonial: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 036/2020, de 3 de febrero (ID. Cendoj 07040330012020100015).

1. INTRODUCCIÓN

También en el ámbito judicial los efectos del estado de alarma declarado como mecanismo para luchar contra la pandemia provocada por el SARS-CoV-2 han condicionado la producción jurisprudencial en materia contenciosa a consecuencia de la suspensión de plazos y de actividad judicial durante algunas semanas. A pesar de ello hemos podido analizar tres sentencias de interés ambiental y territorial, aunque el campo de recogida de información solamente ha podido comprender hasta el 13 de marzo (desde el anterior cierre de la crónica) ya que con posterioridad a esta fecha no se han dictado sentencias nuevas y, además, la presentación de escritos, la práctica de pruebas y las vistas orales, quedaron suspendidas.

Traemos a este análisis jurisprudencial tres sentencias, dos de las cuales se podrían encuadrar entre el grupo de las resoluciones de transcendencia social y jurídica. La primera resuelve el recurso contra el desarrollo reglamentario de la ley que aprobó el Impuesto de turismo sostenible (ITS) en las Illes Balears, una ecotasa emblemática que cuenta con un amplio respaldo social y el cuestionamiento intermitente e irregular del sector hotelero; la segunda desestima un recurso contra la legalidad (y legitimidad) del mecanismo de suspensión temporal de licencias y autorizaciones durante los trabajos de elaboración y tramitación de planes de ordenación del territorio, una medida que asegura impedir que, una vez mostradas las cartas de la propuesta en la fase de aprobación inicial, puedan alterarse los objetivos y efectos de un plan mediante la solicitud de autorizaciones y licencias en contra de las previsiones planteadas, lo que comprometa la viabilidad futura del instrumento en tramitación, además considera el Tribunal que estos mecanismos no contradicen el Derecho Europeo; la tercera resuelve un caso de responsabilidad económica por la alteración de las

condiciones derivadas de un contrato concesional en materia de residuos, muy cuestionable, es cierto, que condiciona la liberalización del sector en Mallorca como efecto de este mecanismo de insularización del tratamiento de residuos de construcción y demolición.

Veamos en que consisten las mencionadas resoluciones judiciales.

2. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE IMPOSICIÓN AMBIENTAL: EL RECURSO CONTRA EL REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE TURISMO SOSTENIBLE EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES NÚMERO 024/2020, DE 27 DE ENERO (ID. CENDOJ 07040330012020100036)

Este recurso fue interpuesto contra el Decreto 35/2016, de 23 de junio, por el que se desarrolla la Ley del Impuesto sobre estancias turísticas y de medidas de impulso del turismo sostenible, publicado en el *Boletín Oficial de las Illes Balears* (BOIB) del 25 de junio de 2016. La recurrente era la representación de la Federación Empresarial Hotelera de Mallorca (FEHM) que aspiraba a la declaración de nulidad del citado Decreto en su totalidad; subsidiariamente, solicitaba que se declararan nulas de pleno derecho una serie de disposiciones concretas. Por otra parte, la demandante intentó que el Tribunal planteara ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial.

La demanda se fundamentaba, básicamente, en tres motivos: a) la vulneración del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por configurarse el tributo como una medida discriminatoria incompatible con la libre prestación de servicios, todo ello, sostenía la demandante, sin la debida justificación como obliga la normativa europea; b) la infracción del artículo 4.1 de la Ley del Impuesto, en relación con el artículo 50 de la Ley Balear 8/2012 y el fundamento de la realización del hecho imponible en viviendas turísticas; y, finalmente, c) la vulneración del principio constitucional de reserva de ley (artículo 31 apartado 3 de la Constitución y del artículo 50 de la Ley General Tributaria en relación con el régimen de estimación objetiva de la base imponible) en lo relativo al contenido de los artículos 11, 12, 13, 14, 15 apartado 3, 22, 30, 31, 32 y el Anexo I del Decreto.

La Ley 2/2016, de 30 de marzo, del impuesto sobre estancias turísticas en las Illes Balears y de medidas de impulso del turismo sostenible, desarrollada aquí por el Decreto impugnado, crea un nuevo tributo autonómico, el impuesto sobre las estancias turísticas en las Illes Balears, cuya recaudación tiene por finalidad declarada nutrir un fondo para favorecer el turismo sostenible y, con ello, poder financiar adecuadamente toda una serie de actuaciones delimitadas en la misma Ley a fin de conseguir, en última instancia, la sostenibilidad de la actividad turística en las Illes Balears desde los puntos de vista ambiental, social y económico.

La cuestión prejudicial es rechazada por el Tribunal en su fundamento jurídico tercero, en el que se concluye que, es del todo evidente que la no aplicación de una ley nacional por contraria al Derecho de la Unión no pasa por el previo planteamiento por definición de una cuestión prejudicial: esto es, incluso cuando no se dan las referidas condiciones para hacerlo en términos obligatorios, siempre determinadas por la naturaleza no de la norma interna, sino de la duda que en su caso suscite la norma europea. Es más, una imposición interna en este sentido sería manifiestamente incompatible con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como sustento a esta tesis, cita el Tribunal la Sentencia 404 de 25 de abril de 2006, dictada en los autos 54/2002, en la que se dispuso que:

> «El Derecho Comunitario es un ordenamiento jurídico autónomo, dotado de fuerza específica de penetración en el sistema jurídico de los Estados miembros, esto es, se trata de un derecho nuevo con un efecto rompedor y de desplazamiento ya que sus normas prevalecen en todo caso sobre las normas internas, anteriores o posteriores, estatales o autonómicas.
>
> El alcance mínimo de la primacía de las normas de Derecho Comunitario es la no aplicabilidad o esterilización de las normas internas que se le opongan; y ello sin necesidad de una previa declaración de inconstitucionalidad.
>
> El planteamiento de la Cuestión Prejudicial es facultativa para todos los órganos jurisdiccionales en general y es obligatorio para los que deciden en última instancia».

En este caso nos encontramos en presencia de un tributo autonómico, en virtud de competencias atribuidas por el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, en el marco del principio de coordinación con las Haciendas del Estado y las Locales, la autonomía financiera. Si se observa la naturaleza del impuesto, tal y

como la define el artículo 2 de la Ley, éste es directo, dado que no puede, en modo alguno, repercutirse a terceros; instantáneo, pues el hecho imponible lo es siempre en un momento determinado y, finalista, la recaudación queda afectada a los objetivos del artículo 19, también transcrito en el anterior, y de los cuales resulta que no pueda decirse que tan solo lo sean medio ambientales sino en función del número de noches pasadas en un establecimiento de tipo hotelero-turístico. Sólo es ambiental, según los términos de la respuesta común a las cuestiones escritas E-1258/02, 1259/02, E-1260/02 y E-1261/02, dada por la Comisión Europea, el 5 de agosto de 2002, cuando su base imponible tiene efectos negativos sobre el medio ambiente. Esta jurisprudencia vincula la forma de discriminación a la existencia de situaciones objetivamente comparables que no son tratadas de igual manera y que, en esa medida, atentan contra la libre prestación de servicios. Según la misma jurisprudencia, y si se parte de los principios subyacentes en ella, relativa a las formas encubiertas de discriminación, se considera que existe una discriminación (encubierta) prohibida cuando una normativa tiene un resultado que no afecta o sólo afecta en rarísimas ocasiones a los nacionales del Estado miembro de que se trate. Es más, existe reiterada jurisprudencia, en la que se señala que los Estados miembros deben ejercer su competencia en materia de fiscalidad directa respetando el Derecho de la Unión y abstenerse no sólo de toda discriminación manifiesta basada en la nacionalidad, sino también de cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. La sentencia afirma que aquí no se da el caso en la medida que la recurrente vincula una posible desigualdad en datos estadísticos, supuesto que no es posible si se toma en cuenta, además, que la Comisión Europea no observó discriminación en la Ley balear anterior que aplicaba el impuesto turístico, antecedente actual del impuesto turístico sobre estancias turísticas. No se observa, tampoco, que la aplicación del impuesto sea una medida desproporcionada al fin constitucionalmente permitido dado que la posición de los residentes y no residentes es comparable. Es más, desde la perspectiva del artículo 56 TFUE, éste no impide gravar la capacidad económica puesta de manifiesto por quienes se alojan en un estableciendo turístico cuando ello no se lleva a cabo en función de criterios de nacionalidad o residencia. Por todo ello el Tribunal procede a la desestimación de la cuestión prejudicial.

Por otra parte, nos encontramos en presencia de un reglamento ejecutivo, en la medida que es desarrollo de la ley y complementario de la misma. Su finalidad es desarrollar el precepto legal. No hay infracción en tanto que no se transgrede la finalidad declarada del tributo; a saber, que queden gravados los supuestos que pongan de manifiesto la capacidad económica del contribuyente.

Como tercer motivo de nulidad de pleno derecho, la demandante aduce la vulneración del principio constitucional de reserva de ley del articulo 31 apartado 3 de la Constitución y del artículo 50 de la Ley General Tributaria en relación con el régimen de estimación objetiva de la base imponible, lo que supone, en palabras de la recurrente, la creación de un nuevo impuesto sin la debida cobertura legal, en tesis cuestionada por la defensa de la Administración demandada, que entiende que el Decreto desarrolla correctamente el régimen de estimación objetiva. No hay dualidad de obligaciones, dado que uno de los elementos de la obligación principal tributaria, el pago de la cuota a Hacienda puede ser diferente para unos u otros a partir del régimen de estimación objetiva.

Además de aspirar a la declaración de nulidad de pleno derecho del íntegro Decreto, la parte actora, de forma sintética y concatenada con el argumento anterior, apela a la declaración de nulidad de los artículos, 11, 12, 13, 14, 15 apartado 3, 22, 30, 31, 32 y Anexo I; es decir, aquellos referidos, de una forma u otra, al régimen de estimación objetiva, base imponible, elementos de cuantificación del impuesto y normas de gestión del susodicho régimen; el del relativo a la cuota tributaria; el relativo a las obligaciones documentales y registrales en el citado régimen, etcétera.

En cualquier caso, el Tribunal considera que no se han aportado argumentos concretos y prensiles sobre la ilicitud del contenido del Decreto, carga que afectaba directamente a la parte actora. Así, el planteamiento formulado es esencialmente de carácter genérico y demasiado abstracto, sin que llegue a adquirís la fuerza suficiente para destruir la licitud de la norma impugnada. Como muy bien desarrolla la sentencia, tales argumentos de carácter general no destruyen la legalidad del Decreto impugnado, por lo que el Tribunal procede a desestimar íntegramente el recurso validando la finalidad ambiental del impuesto en aras a conseguir un turismo más sostenible.

3. MEDIDAS DE SUSPENSIÓN DE LICENCIAS EN LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN TERRITORIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES NÚMERO 561/2019, DE 18 DE DICIEMBRE (ID. CENDOJ 07040330012019100568)

El objeto del recurso es el acuerdo plenario del Consejo Insular de Mallorca, del día 22 de diciembre de 2017, mediante el cual fue aprobado el régimen de suspensión de licencias y autorizaciones para la implantación o ampliación de equipamientos comerciales hasta la aprobación definitiva del Plan Director Sectorial correspondiente. El recurso fue interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), que solicita la anulación del acuerdo con la consecuente declaración de disconformidad a Derecho, por vicios de legalidad, de los acuerdos primero y quinto que fijaban el régimen de suspensión de licencias y autorizaciones en aplicación del artículo 13 de la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de ordenación territorial (LOT) y que cuenta con el informe favorable de la Comisión de Coordinación de Política Territorial de día 18 de diciembre de 2017. Decía el acuerdo:

> «Primero.- Con carácter general se suspende el otorgamiento de aquellas autorizaciones, licencias y otros títulos habilitantes para la implantación o ampliación de equipamientos comerciales, que, a pesar de cumplir las determinaciones legales vigentes entran en contradicción con el contenido de la propuesta de Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca (PECMA) aprobado inicialmente. La aplicación de esta suspensión se refiere al concepto de equipamiento comercial incluido en la normativa del PECMA que se somete ahora a aprobación inicial.
>
> […]
>
> Quinto.- Esta suspensión regirá hasta la aprobación definitiva del Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca (PECMA) o, en todo caso, por un periodo máximo de dos años contados desde el día siguiente de la publicación en el Boletín Oficial de las Islas Baleares (BOIB) del acuerdo de aprobación inicial.»

La demandante alegaba vicios de legalidad, fundamentados en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, en relación con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su

ejercicio; de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Por su parte el Consejo Insular de Mallorca se opuso a partir de una reflexión previa:

> «La impugnación realizada ahora por ANGED pretende anular indirectamente una previsión de rango legal con un sentido literal muy estricto y de obligado cumplimiento: "se acordará" que contrasta con el así mismo “se podrá" que se establece con relación en el planeamiento urbanístico. Estamos hablando de una suspensión de licencias ordenada *ex lege*, que cuenta con los informes preceptivos favorables (como por ejemplo el de la Comisión de Coordinación de Política Territorial de la Comunidad Autónoma) y que es modulada posteriormente para limitar en lo posible el alcance del régimen previsto con la previsión de una serie de supuestos que no impiden o dificultan la viabilidad futura del PECMA. En el mismo sentido, la previsión legal temporal también es inexcusable: la suspensión regirá hasta la aprobación definitiva del plan territorial insular o, en todo caso, por un periodo máximo de dos años.»

Añadiendo, además:

> «Del examen detallado del régimen de las implantaciones autorizables, se desprende claramente que el régimen de suspensión de licencias se limita a unos pocos casos y por los establecimientos o equipamientos comerciales de gran impacto territorial y que comprometen el equilibrio de las infraestructuras y del buen funcionamiento de los sistemas territoriales insulares.»

La administración insiste en que la justificación del régimen de suspensión de licencias y autorizaciones está fundamentada en el interés general que defiende el propio marco normativo europeo modulado por el marco constitucional y el derecho interno, empleando aquí los artículos 45 y 47 de la Constitución.

Después de responder la administración a los puntos planteados en la demanda efectúa una síntesis final exponiendo, entre otras consideraciones, que la garantía del mercado único, en todo el que básicamente lleva aparejado (libertad de circulación y establecimiento), no puede ser entendida, como de contrario se pretende, "de forma tal que vacíe las competencias autonómicas que se ejercitan sobre ordenación del territorio", porque según la tesis de la asociación empresarial recurrente no quedaría ningún espacio para que dichas competencias autonómicas pudieran resultar ejercidas con la aprobación de normas que sean

consecuentes con los programas de la diferentes opciones políticas que, en cada momento, sostengan sus instituciones, pero sobre todo el interés general de los ciudadanos, de todos los ciudadanos, en el marco y perspectivas que emanan de las competencias ejercitadas, como por ejemplo la referida a la ordenación del territorio, en la vertiente y aspectos de la protección del medio ambiente, con un uso racional de los recursos naturales, un entorno urbano equilibrado, la seguridad y salud públicas de todos y de todas, una movilidad adecuada, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, y en fin, la cohesión e integración social, etcétera. Y todo esto no son solo palabras sino aspectos, todos ellos, que integran el principio del desarrollo territorial y urbano sostenible conforme a lo desarrollado por el artículo 3 del TRLS 2015.

Por lo tanto, la impugnación cursada prácticamente no dejaría ningún margen para que la institución insular pudiera ejercer estas competencias sobre la ordenación territorial siempre al servicio de los ciudadanos, con lo cual se incurriría en un abuso del título competencial de la unidad de mercado invocado.

Por otra parte, el acuerdo impugnado contó con el correspondiente informe favorable de la Comisión de Coordinación de Política Territorial, emitido el día 18 de diciembre de 2017.

También es cierto, además, que el acto atacado detallaba perfectamente en que casos se consideraba que se impedía o se dificultaba la consecución de los objetivos del PECMA, es decir, la viabilidad del Plan según la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Ordenación Territorial balear. En el acuerdo, se podía leer:

> «[...] A estos efectos se considera que no impiden o dificultan la consecución de los objetivos del PECMA y, por lo tanto, se pueden tramitar, las autorizaciones, licencias u otros títulos habilitantes en los casos siguientes:
>
> 1.- Equipamientos comerciales destinados a la venta al detalle de superficie comercial menor de 2.500 m2 en las entidades de población clasificadas por la propuesta de Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca (PECMA) como de Nivel 1, 2, y 3, siempre que se ubiquen fuera de áreas industriales con suelos de uso industrial predominante y uso comercial compatible.
>
> 2.- Equipamientos comerciales destinados a la venta al detalle de superficie comercial menor de 700 m2 en las entidades de población clasificadas a la propuesta de Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca

(PECMA) como de Nivel 4 y 5, siempre que se ubiquen fuera de áreas industriales con suelos de uso industrial predominante y uso comercial compatible.

3.- Equipamientos comerciales destinados a usos comerciales especiales definidos en el artículo 14 de la propuesta de Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca (PECMA), con una superficie comercial menor de 2.500 m2 en las entidades de población clasificadas como de Nivel 1, 2, 3, 4 y 5.»

De la lectura de lo anterior se desprende que el régimen de suspensión de licencias se limita a unos pocos casos y lo es en relación con equipamientos comerciales de gran impacto territorial. En el expediente hay un informe de dos páginas con relación a la suspensión de licencias, y encontramos en él una motivación específica de las medidas que se tienen que adoptar y que giran alrededor de los principios de necesidad, proporcionalidad y del interés general. En el documento titulado "régimen transitorio" se analizan, entre otros, la existencia de aquellas licencias y autorizaciones que, a pesar de cumplir las determinaciones legales vigentes, se considera que impiden o dificultan la viabilidad del futuro plano, pues, el régimen de suspensión de licencias lo es desde una perspectiva global que afecta a la isla de Mallorca.

Es evidente que nos encontramos en presencia de una cuestión que afecta, sin duda, a la ordenación del territorio y el urbanismo. En consecuencia, el interés general justifica la imposición de limitaciones temporales y preventivas al establecimiento de equipamientos comerciales de determinadas características. En el acuerdo, también se exige que, con el fin de verificar el cumplimiento y adecuación a los objetivos de la propuesta del Plan Director Sectorial, los supuestos que son autorizables están sujetos, además del cumplimiento de las determinaciones legales vigentes a determinadas condiciones que, en él, se transcriben específicamente.

Esta apreciación del interés general ya la tuvimos presente en las interlocutorias que dictamos en los contenciosos 87 y 291 de 2018, respectivamente, los días 29 de mayo y 27 de julio de 2018. En ellas desestimamos las pretensiones de suspensión interpuestas.

El Tribunal reitera, en cualquier caso, que las limitaciones impuestas tienen un carácter temporal y preventivo de suspensión de licencias. Consideraciones,

todas, que comportan, sin necesidad de dar más respuestas al debate, la plena cobertura legal y constitucional de la iniciativa, por lo que la sentencia procede a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Esta sentencia es importante dado que preserva el régimen de garantías de la institución jurídica de la suspensión de licencias en materia de ordenación territorial, dado que se trata de una figura con una larga trayectoria y tradición en la legislación urbanística y también de ordenación territorial.

4. GESTIÓN DE RESIDUOS Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES NÚMERO 036/2020, DE 3 DE FEBRERO (ID. CENDOJ 07040330012020100015)

En este caso, constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo el acto presunto del Consejo Insular de Mallorca, por el que se entiende desestimada la solicitud formulada el 17 de abril de 2015 por la aquí apelante, la entidad mercantil Mac Insular, SL, para que, en lo que se refiere al periodo que va del 1 de julio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014, se diera lugar al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión del servicio público de gestión de residuos de la construcción, demolición, voluminosos y neumáticos fuera de uso.

Ello es así dado que Mac Insular, SL, obtuvo la adjudicación de tal concesión el 5 de mayo de 2003, habiéndose iniciado el procedimiento administrativo el 23 de enero de 2003, de modo que estamos ante un contrato que se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Por otro lado, se debe dejar constancia de que la inversión mínima prevista en el Estudio Económico-Financiero era de 46.127.677,33 euros y en el contrato se elevó a 52.666,548 euros.

El recurso de apelación presentado hacía constar la posición de Mac Insular, SL del siguiente modo:

> «A) Que es contraria a derecho la desestimación presunta de la solicitud presentada por mi mandante ante el Consell de Mallorca, el 17 de abril de 2015, de restablecimiento del desequilibrio económico-financiero de la concesión,

generado durante desde 1 de julio de 2012 a 31 de diciembre de 2014, y de incoación de un procedimiento de modificación del contrato de concesión.

B) Que el Consell de Mallorca ha incurrido en incumplimientos graves en el ejercicio de sus obligaciones contractuales, así como en el ejercicio de sus potestades administrativas de vigilancia, inspección y sanción, con respecto al servicio público de gestión de residuos de la construcción demolición, voluminosos y neumáticos fuera de uso.

C) Que dichos incumplimientos han generado daños y perjuicios al concesionario demandante que han sido causa de la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión.

D) Que el Consell de Mallorca ha de restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión o, lo que es lo mismo, indemnizar al concesionario demandante por los daños y perjuicios que los incumplimientos de dicha Administración le han causado; indemnización que esta parte cifra en un importe que asciende a 32.545.148,00 € de principal; cantidad a la que deberán añadirse los intereses correspondientes hasta su efectivo pago.

E) Que el Consell de Mallorca debe redactar un Plan de Inspección, con la participación del concesionario y de los representantes del Govern balear y someterlo a la aprobación del Departamento competente del citado Govern, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 d) del "*Pla Director Sectorial per a la Gestió dels Residus de la Construcció i Demolició, Voluminosos i Pneumàtics fora d'ús de Mallorca*", PDSGRCDVPFUM, aprobado por el Consell de Mallorca, el 29 de julio de 2002.

F) Que el Consell de Mallorca ha de aprobar una Ordenanza o Reglamento del servicio público de gestión de residuos de la construcción y demolición, voluminosos y neumáticos fuera de uso que regule el ejercicio, por parte de la Administración insular, de sus potestades de control, inspección y sanción respecto a los usuarios del servicio, de acuerdo con el Plan de Inspección antes aludido.

G) Que el contrato de concesión ha de ser objeto de procedimiento de modificación, en concordancia con las declaraciones anteriores, ello sin perjuicio de que en dicho expediente puedan valorarse los otros aspectos de la modificación propuestos por esta parte, en su escrito de 17 de abril de 2015.»

A la vista de lo manifestado, se desprende que la base del recurso de apelación presentado por Mac Insular, SL, esto es, la discrepancia con la sentencia apelada se concreta tanto en que se considera por la apelante que esa sentencia no cuenta con suficiente motivación como que tampoco encuentra ni produce el resultado que a juicio de la ahora apelante sería debido.

Interesa también señalar que, en relación con el canon de la concesión, extremo sobre el que igualmente existió controversia, la Sala dictó las sentencias números 441/2016, 117/2017, 143/2017, 172/2017 y 562/2017, todas ellas favorables a la aquí apelante y ya firmes,

El Consell Insular de Mallorca cuenta con la prerrogativa de interpretar el contrato y Mac Insular, SL, está vinculada por esa interpretación. Al interpretar el contrato, el Consell Insular de Mallorca se ha de atener a las reglas o técnicas de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil. Así, las clausulas han de interpretarse toda ellas, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas y, en todo caso, si el contrato presenta clausulas oscuras, la interpretación no puede favorecer a la parte que ha generado la oscuridad.

Como es natural, el contrato debe ajustarse a los pliegos de cláusulas y al Estudio Económico-Financiero.

En las actuaciones se ha incorporado el informe del ingeniero del Servicio Insular de Residuos relativo a la revisión de 2009, figurando en el mismo que, a partir de la consideración de que la fórmula de revisión prestaba atención a costes ficticios, Mac Insular, SL, habría aceptado implícitamente calcular la tarifa aplicando algunos costes reales. Y, siendo así, Mac Insular, SL, se aparta de ello con el dictamen aportado al juicio.

Por otro lado, la Administración concernida, a la vista del resultado de inspecciones llevadas a cabo en 2016, esto es, tras la solicitudes desatendidas del caso, esgrime ahora, para con ello zafarse de una posible responsabilidad por incumplimiento contractual culpable o negligente, que no es posible ni que Mac Insular, SL, promueva triplicar las tarifas actuales ni que le atribuya a la Administración mala fe, máxime cuando Mac Insular, SL, se ha visto beneficiada por incumplimientos tales como (i) la falta inversiones por importes millonarios o (ii) el descenso por debajo de lo presupuestado de los costes laborales y de

mantenimiento también inferiores a los presupuestados, y ello al haberlos subcontratado pese a que tanto el TRLCAP como el PCAP prohibían la subcontratación de prestaciones esenciales.

El Consell Insular de Mallorca recibió la competencia para la aprobación de planes directores sectoriales de residuos de ámbito insular a raíz de la Ley CAIB 2/2001, de 7 de marzo, de atribución de competencias a los Consells Insulars en materia de ordenación del territorio. El primer Plan Director que se aprobó fue el Plan Director Sectorial de los Residuos de la Construcción, Demolición, Voluminosos y Neumáticos Fuera de Uso del 2002.

Regido el contrato por el TRLCAP, norma vigente al tiempo en que se suscribió, en ese mismo tiempo la inspección y la sanción en materia de gestión de residuos era competencia de la Comunidad Autónoma y no de la Administración ahora demandada. Así resultaba de lo dispuesto en la Ley 10/1998 y en el artículo 29 del Plan Director de Residuos de la Construcción, Demolición, Voluminosos y Neumáticos Fuera de Uso, publicado en el BOIB número 141, de 23/11/2002.

En efecto, como quiera que el Plan Director de Residuos de la Construcción, Demolición, Voluminosos y Neumáticos Fuera de Uso es una norma administrativa, el principio de jerarquía normativa impide que pudiera contradecir a la Ley 10/1998. Así, si bien el artículo 6.d) de ese Plan dispone que el Consell participe en las tareas de inspección y vigilancia mediante la elaboración y presentación a la Conselleria de Medio Ambiente del Govern Balear de un plan de inspección, de ello no se despende que ese plan debiera ser específicamente para luchar contra el vertido ilegal de terceros distintos al concesionario ni tampoco que hubieran decaído las competencias de inspección y sanción reservadas a la CAIB por el Estatuto de Autonomía y la Ley 10/98. En efecto, baste señalar que el propio artículo 6.d) del Plan Director de Residuos de la Construcción, Demolición, Voluminosos y Neumáticos Fuera de Uso dispone que corresponde a la Conselleria de medio Ambiente la aprobación del plan al que en el mismo se alude.

Y en cuanto a que acaso fuera el Reglamento de Explotación del Servicio Público de Gestión de los Residuos de la Construcción, la Demolición, los Voluminosos y los Neumáticos Fuera de Uso, publicado en el BOIB número 52, de 15/04/2003,

el que obligase la Administración ahora apelada a la inspección y sanción a la que alude Mac Insular, SL, esto es, la inspección y sanción a los productores y poseedores de residuos por sus actuaciones irregulares, debe tenerse en cuenta que en esa norma se contempla la inspección y sanción del concesionario, pero no aquello a lo que se refiere Mac Insular, SL, esto es, la inspección y sanción de los potenciales usuarios del servicio concedido. Además, la Disposición Final de ese Reglamento señala como su derecho supletorio el Plan Director Sectorial de Gestión de Residuos Urbanos de la Isla de Mallorca, aprobado por el Decreto CAIB 21/2000, aprobado por el Govern Balear y publicado en el BOIB número 25, de 26/02/2000. Y en el artículo 5.3 del Decreto CAIB 21/2000 se reserva expresamente al Govern las competencias de "vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de los residuos", previéndose en el apartado anterior de ese mismo artículo únicamente la posibilidad de participación del Consell en la vigilancia e inspección. Además, el artículo 15 del Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de la construcción y demolición, dispone que el incumplimiento de las obligaciones que establece da lugar a la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 10/1998.

La actual Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, que regula los vertidos ilegales en el artículo 46.3.c), precisaría que la competencia inspectora y sancionadora se atribuyera a los Consells Insulars por una Ley de la Comunidad Autónoma. Mac Insular, SL, pretende también obtener en esta sede jurisdiccional una modificación del contrato del caso; y ello sin haber concretado debidamente esa modificación y, sobre todo, sin haberla tampoco solicitado previamente en sede administrativa. Como es sabido, la Ley reserva a la Administración la prerrogativa para la modificación del contrato; para el caso en el artículo 59.1 TRLCAP.

Por todo ello el Tribunal rechaza el recurso de apelación de Mac Insular, SL, dando la razón a la administración insular. De todas formas, a modo de comentario final, el régimen de residuos de las Illes Balears se ha modificado substancialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears. (BOIB núm. 23, de 21/2/2019).

JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL A LES ILLES BALEARS (PRIMER SEMESTRE 2020)

JOSÉ MANUEL GÓMEZ GONZÁLEZ

Cap del Servei Jurídic d'Ordenació del Territori

Departament de Territori i Infraestructures. Consell Insular de Mallorca

Sumari: 1. Introducció. 2. Jurisprudència en matèria d'imposició ambiental: el recurs contra el Reglament de l'impost de turisme sostenible en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 024/2020, de 27 de gener (ID. Cendoj 07040330012020100036). 3. Mesures de suspensió de llicències als instruments d'ordenació territorial: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 561/2019, de 18 de desembre (ID. Cendoj 07040330012019100568). 4. Gestió de residus i responsabilitat patrimonial: la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears número 036/2020, de 3 de febrer (ID. Cendoj 07040330012020100015).

1. INTRODUCCIÓ

També en l'àmbit judicial els efectes de l'estat d'alarma declarat com a mecanisme per lluitar contra la pandèmia provocada pel SARS-CoV-2 han condicionat la producció jurisprudencial en matèria contenciosa a conseqüència de la suspensió de terminis i de l'activitat judicial durant algunes setmanes. Malgrat això, hem pogut analitzar tres sentències d'interès ambiental i territorial, encara que el camp de recollida d'informació només ha pogut comprendre fins al 13 de març (des de l'anterior tancament de la crònica), ja que posteriorment a aquesta data no s'han dictat sentències noves i, a més, la presentació d'escrits, la pràctica de proves i les vistes orals van quedar suspeses.

Portem a aquesta anàlisi jurisprudencial tres sentències, dues de les quals es podrien enquadrar en el grup de les resolucions de transcendència social i jurídica. La primera resol el recurs contra el desplegament reglamentari de la llei que va aprovar l'impost de turisme sostenible (ITS) de les Illes Balears, una ecotaxa emblemàtica que compta amb un ampli suport social i el qüestionament intermitent i irregular del sector hoteler. La segona desestima un recurs contra la legalitat (i legitimitat) del mecanisme de suspensió temporal de llicències i autoritzacions durant les feines d'elaboració i tramitació de plans d'ordenació del territori, una mesura que assegura que impedeix que, una vegada mostrades les cartes de la proposta en la fase d'aprovació inicial, puguin alterar-se els objectius i efectes d'un pla mitjançant la sol·licitud d'autoritzacions i llicències en contra de les previsions plantejades, que comprometi la viabilitat futura de l'instrument en tramitació; a més el Tribunal considera que aquests mecanismes no contradiuen el dret europeu. La tercera resol un cas de responsabilitat econòmica per l'alteració de les condicions derivades d'un contracte concessional en matèria de residus, molt qüestionable, és cert, que condiciona la liberalització del sector a

Mallorca com a efecte d'aquest mecanisme d'insularització del tractament de residus de construcció i demolició.

Vegem en què consisteixen les resolucions judicials esmentades.

2. JURISPRUDÈNCIA EN MATÈRIA D'IMPOSICIÓ AMBIENTAL: EL RECURS CONTRA EL REGLAMENT DE L'IMPOST DE TURISME SOSTENIBLE EN LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES ILLES BALEARS NÚMERO 024/2020, DE 27 DE GENER (ID. CENDOJ 07040330012020100036)

Aquest recurs va ser interposat contra el Decret 35/2016, de 23 de juny, pel qual es desplega la Llei de l'impost sobre estades turístiques i de mesures d'impuls del turisme sostenible, publicat al *Butlletí Oficial de les Illes Balears* (BOIB) del 25 de juny de 2016. La part recurrent era la representació de la Federació Empresarial Hotelera de Mallorca (FEHM), que aspirava a la declaració de nul·litat completa del decret esmentat; subsidiàriament, sol·licitava que es declaressin nul·les de ple dret una sèrie de disposicions concretes. D'altra banda, la part demandant va intentar que el Tribunal plantegés al Tribunal de Justícia de la Unió Europea una qüestió prejudicial.

La demanda es fonamentava, bàsicament, en tres motius: *a*) la vulneració de l'article 56 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE) per configurar-se el tribut com una mesura discriminatòria incompatible amb la lliure prestació de serveis; tot això, sostenia la part demandant, sense la deguda justificació com obliga la normativa europea; *b*) la infracció de l'article 4.1 de la Llei de l'impost, en relació amb l'article 50 de la Llei balear 8/2012 i el fonament de la realització del fet imposable en habitatges turístics, i, finalment, *c*) la vulneració del principi constitucional de reserva de llei (article 31 apartat 3 de la Constitució i de l'article 50 de la Llei general tributària en relació amb el règim d'estimació objectiva de la base imposable) pel que fa al contingut dels articles 11, 12, 13, 14, 15 apartat 3, 22, 30, 31, 32 i l'annex I del Decret.

La Llei 2/2016, de 30 de març, de l'impost sobre estades turístiques a les Illes Balears i de mesures d'impuls del turisme sostenible, desplegada aquí pel decret impugnat, crea un nou tribut autonòmic, l'impost sobre les estades turístiques a les Illes Balears, la recaptació del qual té com a finalitat declarada nodrir un fons

per afavorir el turisme sostenible i, amb això, poder finançar adequadament tota una sèrie d'actuacions delimitades en la mateixa llei a fi d'aconseguir, en última instància, la sostenibilitat de l'activitat turística a les Illes Balears des dels punts de vista ambiental, social i econòmic.

La qüestió prejudicial és rebutjada pel Tribunal en el fonament jurídic tercer, que conclou que és del tot evident que la no aplicació d'una llei nacional per contrària al dret de la Unió no exigeix el plantejament previ per definició d'una qüestió prejudicial: això és, fins i tot quan no es donen les condicions referides per fer-ho en termes obligatoris, sempre determinades per la naturalesa, no de la norma interna, sinó del dubte que si escau susciti la norma europea. És més, una imposició interna en aquest sentit seria manifestament incompatible amb la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Com a suport a aquesta tesi, el Tribunal es remet a la Sentència 404 de 25 d'abril de 2006, dictada a les actuacions 54/2002, que disposa que:

> El dret comunitari és una ordenació jurídica autònoma, dotada de força específica de penetració en el sistema jurídic dels estats membres, això és, es tracta d'un dret nou amb un efecte trencador i de desplaçament, ja que les seves normes prevalen en tot cas sobre les normes internes, anteriors o posteriors, estatals o autonòmiques.
>
> L'abast mínim de la primacia de les normes de dret comunitari és la no aplicabilitat o esterilització de les normes internes que se li oposin; i això sense necessitat d'una declaració prèvia d'inconstitucionalitat.
>
> El plantejament de la qüestió prejudicial és facultativa per a tots els òrgans jurisdiccionals en general i és obligatori per als que decideixen en última instància.

En aquest cas ens trobem en presència d'un tribut autonòmic, en virtut de competències atribuïdes per l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, en el marc del principi de coordinació amb les hisendes de l'Estat i les locals, l'autonomia financera. Si s'observa la naturalesa de l'impost, tal com la defineix l'article 2 de la Llei, és directe, ja que no pot, de cap manera, repercutir a tercers; instantani, ja que el fet imposable ho és sempre en un moment determinat, i, finalista, perquè la recaptació queda afectada als objectius de l'article 19, també transcrit en l'anterior, i dels quals resulta que no pugui dir-se que tan sols ho siguin

mediambientals sinó en funció del nombre de nits passades en un establiment de tipus hoteler o turístic. Només és ambiental, segons els termes de la resposta comuna a les qüestions escrites I-1258/02, 1259/02, E-1260/02 i I-1261/02, donada per la Comissió Europea, el 5 d'agost de 2002, quan la base imposable té efectes negatius en el medi ambient. Aquesta jurisprudència vincula la forma de discriminació a l'existència de situacions objectivament comparables que no són tractades de la mateixa manera i que, en aquesta mesura, atempten contra la lliure prestació de serveis. Segons la mateixa jurisprudència, si es parteix dels principis que hi són subjacents, relativa a les formes encobertes de discriminació, es considera que hi ha una discriminació (encoberta) prohibida quan una normativa té un resultat que no afecta o només afecta en raríssimes ocasions els nacionals de l'estat membre de què es tracti. És més, hi ha jurisprudència reiterada, en la qual s'assenyala que els estats membres han d'exercir la seva competència en matèria de fiscalitat directa respectant el dret de la Unió i abstenir-se no només de tota discriminació manifesta basada en la nacionalitat, sinó també de qualsevol forma de discriminació encoberta que, aplicant altres criteris de diferenciació, condueixi, de fet, al mateix resultat. La sentència afirma que aquí no es dona el cas en la mesura que la part recurrent vincula una possible desigualtat en dades estadístiques, supòsit que no és possible si es té en compte, a més, que la Comissió Europea no va observar discriminació en la llei balear anterior que aplicava l'impost turístic, antecedent actual de l'impost turístic en estades turístiques. Tampoc no s'observa que l'aplicació de l'impost sigui una mesura desproporcionada al fi constitucionalment permès, ja que la posició dels residents i no residents és comparable. És més, des de la perspectiva de l'article 56 TFUE, aquest no impedeix gravar la capacitat econòmica posada de manifest per als qui s'allotgen en un establiment turístic quan això no es duu a terme en funció de criteris de nacionalitat o residència. Per tot això, el Tribunal procedeix a desestimar la qüestió prejudicial.

D'altra banda, ens trobem en presència d'un reglament executiu, en la mesura que és desplegament de la llei i complementari. La seva finalitat és desplegar el precepte legal. No hi ha infracció en tant que no es transgredeix la finalitat declarada del tribut; a saber, que quedin gravats els supòsits que posin de manifest la capacitat econòmica del contribuent.

Com a tercer motiu de nul·litat de ple dret, la part demandant addueix la vulneració del principi constitucional de reserva de llei de l'article 31 apartat 3 de la Constitució i de l'article 50 de la Llei general tributària en relació amb el règim d'estimació objectiva de la base imposable, el que suposa, en paraules de la recurrent, la creació d'un nou impost sense la deguda cobertura legal, en tesi qüestionada per la defensa de l'Administració demandada, que entén que el decret desplega correctament el règim d'estimació objectiva. No hi ha dualitat d'obligacions, ja que un dels elements de l'obligació principal tributària, el pagament de la quota a Hisenda pot ser diferent per a uns o altres a partir del règim d'estimació objectiva.

A més d'aspirar a la declaració de nul·litat de ple dret de l'íntegre decret, la part actora, de forma sintètica i concatenada amb l'argument anterior, apel·la a la declaració de nul·litat dels articles 11, 12, 13, 14, 15, apartats 3, 22, 30, 31, 32 i annex I; és a dir, els referits, d'una forma o una altra, al règim d'estimació objectiva, base imposable, elements de quantificació de l'impost i normes de gestió del susdit règim; el del relatiu a la quota tributària; el relatiu a les obligacions documentals i registrals en el règim esmentat, etcètera.

En qualsevol cas, el Tribunal considera que no s'han aportat arguments concrets i prènsils sobre la il·licitud del contingut del Decret, càrrega que afectava directament la part actora. Així, el plantejament formulat és essencialment de caràcter genèric i massa abstracte, sense que arribi a adquirir prou força per destruir la licitud de la norma impugnada. Com molt bé recull la sentència, tals arguments de caràcter general no destrueixen la legalitat del decret impugnat, per la qual cosa el Tribunal procedeix a desestimar íntegrament el recurs validant la finalitat ambiental de l'impost amb la finalitat d'aconseguir un turisme més sostenible.

3. MESURES DE SUSPENSIÓ DE LLICÈNCIES ALS INSTRUMENTS D'ORDENACIÓ TERRITORIAL: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES ILLES BALEARS NÚMERO 561/2019, DE 18 DE DESEMBRE (ID. CENDOJ 07040330012019100568)

L'objecte del recurs és l'acord plenari del Consell Insular de Mallorca, del dia 22 de desembre de 2017, mitjançant el qual va ser aprovat el règim de suspensió

de llicències i autoritzacions per a la implantació o ampliació d'equipaments comercials fins a l'aprovació definitiva del Pla Director Sectorial corresponent. El recurs va ser interposat per l'Associació Nacional de Grans Empreses de Distribució (ANGED), que sol·licita l'anul·lació de l'acord amb la conseqüent declaració de disconformitat a dret, per vicis de legalitat, dels acords primer i cinquè, que fixaven el règim de suspensió de llicències i autoritzacions en aplicació de l'article 13 de la Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial (LOT), i que disposa de l'informe favorable de la Comissió de Coordinació de Política Territorial de dia 18 de desembre de 2017. L'acord deia:

> Primer. Amb caràcter general se suspèn l'atorgament de les autoritzacions, llicències i altres títols habilitants per a la implantació o ampliació d'equipaments comercials que, tot i complir les determinacions legals vigents, entren en contradicció amb el contingut de la proposta de Pla Director Sectorial d'Equipaments Comercials de Mallorca (PECMA) aprovat inicialment. L'aplicació d'aquesta suspensió es refereix al concepte d'equipament comercial inclòs a la normativa del PECMA que se sotmet ara a aprovació inicial.
>
> […]
>
> Cinquè. Aquesta suspensió regeix fins a l'aprovació definitiva del Pla Director Sectorial d'Equipaments Comercials de Mallorca (PECMA) o, en tot cas, per un període màxim de dos anys comptadors des de l'endemà de la publicació al *Butlletí Oficial de les Illes Balears* (BOIB) de l'acord d'aprovació inicial.

La part demandant al·legava vicis de legalitat, fonamentats en la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall, en relació amb la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de servei i el seu exercici; de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat i de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència. Per la seva part, el Consell Insular de Mallorca s'hi va oposar a partir d'una reflexió prèvia:

> La impugnació realitzada ara per ANGED pretén anul·lar indirectament una previsió de rang legal amb un sentit literal molt estricte i de compliment obligatori: "s'acorda", que contrasta amb l'així mateix "es pot", que s'estableix amb relació en el planejament urbanístic. Estem parlant d'una suspensió de llicències ordenada ex lege, que té els informes preceptius favorables (per exemple el de la Comissió de Coordinació de Política Territorial de la Comunitat Autònoma) i que és modulada posteriorment per limitar en la mesura possible l'abast del

> règim previst amb la previsió d'una sèrie de supòsits que no impedeixen o dificulten la viabilitat futura del PECMA. En el mateix sentit, la previsió legal temporal també és inexcusable: la suspensió regeix fins a l'aprovació definitiva del Pla Territorial Insular o, en tot cas, per un període màxim de dos anys.

I va afegir, a més:

> De l'examen detallat del règim de les implantacions autoritzables se'n desprèn clarament que el règim de suspensió de llicències es limita a uns quants casos i pels establiments o equipaments comercials de gran impacte territorial i que comprometen l'equilibri de les infraestructures i del bon funcionament dels sistemes territorials insulars.

L'Administració insisteix que la justificació del règim de suspensió de llicències i autoritzacions està fonamentada en l'interès general que defensa el mateix marc normatiu europeu modulat pel marc constitucional i el dret intern, utilitzant aquí els articles 45 i 47 de la Constitució.

Després de respondre l'Administració als punts plantejats en la demanda, fa una síntesi final exposant, entre altres consideracions, que la garantia del mercat únic, en tot el que bàsicament porta aparellat (llibertat de circulació i establiment), no pot ser entesa, com de contrari es pretén, "de manera que buidi les competències autonòmiques que s'exerciten sobre ordenació del territori", perquè segons la tesi de l'associació empresarial recurrent no quedaria cap espai perquè les competències autonòmiques esmentades poguessin ser exercides amb l'aprovació de normes que siguin consegüents amb els programes de les diferents opcions polítiques que, en cada moment, sostinguin les seves institucions, però sobre tot l'interès general dels ciutadans, de tots els ciutadans, al marc i perspectives que emanen de les competències exercitades, per exemple la referida a l'ordenació del territori, al vessant i aspectes de la protecció del medi ambient, amb un ús racional dels recursos naturals, un entorn urbà equilibrat, la seguretat i la salut públiques de tots i de totes, una mobilitat adequada, afavorint la diversitat d'usos, l'aproximació dels serveis, i en fi, la cohesió i integració social, etcètera. I tot això no són només paraules sinó aspectes, tots, que integren el principi del desenvolupament territorial i urbà sostenible d'acord amb el que recull l'article 3 del TRLS 2015.

Per tant, la impugnació cursada pràcticament no deixaria cap marge perquè la institució insular pogués exercir aquestes competències sobre l'ordenació territorial sempre al servei dels ciutadans, amb la qual cosa s'incorreria en un abús del títol competencial de la unitat de mercat invocat.

D'altra banda, l'acord impugnat va disposar del corresponent informe favorable de la Comissió de Coordinació de Política Territorial, emès el dia 18 de desembre de 2017.

També és cert, a més, que l'acte atacat detallava perfectament en quins casos es considerava que s'impedia o es dificultava la consecució dels objectius del PECMA, és a dir, la viabilitat del Pla segons la dicció literal de l'article 10 de la Llei d'ordenació territorial balear. En l'acord s'hi podia llegir:

> A aquests efectes es considera que no impedeixen o dificulten la consecució dels objectius del PECMA i, per tant, es poden tramitar, les autoritzacions, llicències o altres títols habilitants en els casos següents:
>
> 1. Equipaments comercials destinats a la venda al detall de superfície comercial inferior a 2.500 m^2 en les entitats de població classificades a la proposta del Pla Director Sectorial d'Equipaments Comercials de Mallorca (PECMA) com de nivell 1, 2, i 3, sempre que s'ubiquin fora d'àrees industrials amb sòls d'ús industrial predominant i ús comercial compatible.
>
> 2. Equipaments comercials destinats a la venda al detall de superfície comercial inferior a 700 m^2 en les entitats de població classificades en la proposta de Pla Director Sectorial d'Equipaments Comercials de Mallorca (PECMA) com de nivell 4 i 5, sempre que s'ubiquin fora d'àrees industrials amb sòls d'ús industrial predominant i ús comercial compatible.
>
> 3. Equipaments comercials destinats a usos comercials especials definits en l'article 14 de la proposta de Pla Director Sectorial d'Equipaments Comercials de Mallorca (PECMA), amb una superfície comercial inferior de 2.500 m^2 en les entitats de població classificades com de nivell 1, 2, 3, 4 i 5.

De la lectura de tot l'anterior se'n desprèn que el règim de suspensió de llicències es limita a uns quants casos i ho és en relació amb equipaments comercials de gran impacte territorial. A l'expedient hi ha un informe de dues pàgines amb relació a la suspensió de llicències, i hi trobem una motivació específica de les mesures que s'han d'adoptar i que giren al voltant dels principis de necessitat,

proporcionalitat i de l'interès general. Al document titulat "Règim transitori" s'analitza, entre altres, l'existència de llicències i autoritzacions que, malgrat que compleixen les determinacions legals vigents, es considera que impedeixen o dificulten la viabilitat del futur pla, ja que el règim de suspensió de llicències ho és des d'una perspectiva global que afecta l'illa de Mallorca.

És evident que ens trobem amb una qüestió que afecta, sens dubte, l'ordenació del territori i l'urbanisme. En conseqüència, l'interès general justifica la imposició de limitacions temporals i preventives a l'establiment d'equipaments comercials de determinades característiques. En l'acord també s'exigeix que, a fi de verificar el compliment i l'adequació als objectius de la proposta del Pla Director Sectorial, els supòsits que són autoritzables estan subjectes, a més del compliment de les determinacions legals vigents, a determinades condicions que s'hi transcriuen específicament.

Aquesta apreciació de l'interès general ja la vam tenir present en les interlocutòries que dictem en els contenciosos 87 i 291 de 2018, respectivament, els dies 29 de maig i 27 de juliol de 2018. Hi desestimem les pretensions de suspensió interposades.

El Tribunal reitera, en qualsevol cas, que les limitacions imposades tenen un caràcter temporal i preventiu de suspensió de llicències. Consideracions, totes, que comporten, sense necessitat de donar més respostes al debat, la plena cobertura legal i constitucional de la iniciativa, per la qual cosa la sentència desestima el recurs contenciós administratiu interposat.

Aquesta sentència és important, ja que preserva el règim de garanties de la institució jurídica de la suspensió de llicències en matèria d'ordenació territorial, perquè es tracta d'una figura amb una llarga trajectòria i tradició en la legislació urbanística i també d'ordenació territorial.

4. GESTIÓ DE RESIDUS I RESPONSABILITAT PATRIMONIAL: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES ILLES BALEARS NÚMERO 036/2020, DE 3 DE FEBRER (ID. CENDOJ 07040330012020100015)

En aquest cas, constitueix l'objecte del recurs contenciós administratiu l'acte presumpte del Consell Insular de Mallorca, pel qual s'entén desestimada la

sol·licitud formulada el 17 d'abril de 2015 per la part apel·lant, l'entitat mercantil Mac Insular, SL, perquè, referent al període que va des de l'1 de juliol de 2012 fins al 31 de desembre de 2014, es dugués a terme el restabliment de l'equilibri economicofinancer del contracte de concessió del servei públic de gestió de residus de la construcció, demolició, voluminosos i pneumàtics fora d'ús.

Això és així perquè Mac Insular, SL va obtenir l'adjudicació d'aquesta concessió el 5 de maig de 2003, havent-se iniciat el procediment administratiu el 23 de gener de 2003, de manera que som davant d'un contracte que es regeix pel Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny. D'altra banda, s'ha de deixar constància que la inversió mínima prevista en l'estudi economicofinancer era de 46.127.677,33 euros i al contracte es va elevar a 52.666,548 euros.

El recurs d'apel·lació presentat feia constar la posició de Mac Insular, SL de la manera següent:

> A) Que és contrària a dret la desestimació presumpta de la sol·licitud presentada pel meu mandant al Consell de Mallorca, el 17 d'abril de 2015, de restabliment del desequilibri economicofinancer de la concessió, generat durant de l'1 de juliol de 2012 a 31 de desembre de 2014, i d'incoació d'un procediment de modificació del contracte de concessió.
>
> B) Que el Consell de Mallorca ha incorregut en incompliments greus a l'exercici de les seves obligacions contractuals, així com en l'exercici de les seves potestats administratives de vigilància, inspecció i sanció, respecte al servei públic de gestió de residus de la construcció demolició, voluminosos i pneumàtics fora d'ús.
>
> C) Que els incompliments esmentats han generat danys i perjudicis al concessionari demandant que han estat causa de la ruptura de l'equilibri economicofinancer de la concessió.
>
> D) Que el Consell de Mallorca ha de restablir l'equilibri econòmic i financer de la concessió o, el que és el mateix, indemnitzar el concessionari demandant pels danys i perjudicis que els incompliments de l'Administració esmentada li han causat; indemnització que aquesta part xifra en un import que ascendeix a 32.545.148,00 € de principal; quantitat a què s'hauran d'afegir els interessos corresponents fins al seu pagament efectiu.

E) Que el Consell de Mallorca ha de redactar un pla d'inspecció, amb la participació del concessionari i dels representants del Govern balear i sotmetre'l a l'aprovació del departament competent de l'esmentat Govern, de conformitat amb l'establert a l'article 29.*d* del Pla Director Sectorial per a la Gestió dels Residus de la Construcció i Demolició, Voluminosos i Pneumàtics fora d'Ús de Mallorca, PDSGRCDVPFUM, aprovat pel Consell de Mallorca, el 29 de juliol de 2002.

F) Que el Consell de Mallorca ha d'aprovar una ordenança o reglament del servei públic de gestió de residus de la construcció i demolició, voluminosos i pneumàtics fora d'ús que reguli l'exercici, per part de l'Administració insular, de les seves potestats de control, inspecció i sanció respecte als usuaris del servei, d'acord amb el pla d'inspecció abans al·ludit.

G) Que el contracte de concessió ha de ser objecte de procediment de modificació, en concordança amb les declaracions anteriors, això sense perjudici que a l'esmentat expedient puguin valorar-se els altres aspectes de la modificació proposats per aquesta part, en el seu escrit de 17 d'abril de 2015.

En vista del que s'ha manifestat, es desprèn que la base del recurs d'apel·lació presentat per Mac Insular, SL, això és, la discrepància amb la sentència apel·lada, es concreta tant que es considera per la part apel·lant que aquesta sentència no disposa de prou motivació com que tampoc no troba ni produeix el resultat que segons el parer de la part apel·lant seria degut.

Interessa assenyalar també que, en relació amb el cànon de la concessió, extrem sobre el qual igualment hi va haver controvèrsia, la Sala va dictar les sentències número 441/2016, 117/2017, 143/2017, 172/2017 i 562/2017, totes favorables a la part apel·lant i ja fermes.

El Consell Insular de Mallorca disposa de la prerrogativa d'interpretar el contracte i Mac Insular, SL està vinculada per aquesta interpretació. En interpretar el contracte, el Consell Insular de Mallorca s'ha d'atenir a les regles o tècniques dels articles 1.281 i següents del Codi civil. Així, les clàusules han d'interpretar-se totes, i s'ha d'atribuir a les dubtoses el sentit que resulti del conjunt de totes i, en tot cas, si el contracte presenta clàusules fosques, la interpretació no pot afavorir la part que ha generat la foscor.

Com és natural, el contracte s'ha d'ajustar als plecs de clàusules i a l'estudi economicofinancer.

En les actuacions s'ha incorporat l'informe de l'enginyer del Servei Insular de Residus relatiu a la revisió de 2009, en què consta que a partir de la consideració que la fórmula de revisió feia atenció a costos ficticis, Mac Insular, SL hauria acceptat implícitament calcular la tarifa aplicant alguns costos reals. I, sent així, Mac Insular, SL s'aparta d'això amb el dictamen aportat al judici.

D'altra banda, l'Administració concernida, en vista del resultat d'inspeccions dutes a terme el 2016, això és, després de les sol·licituds desateses del cas, esgrimeix ara, envers això, escapolir-se d'una possible responsabilitat per incompliment contractual culpable o negligent, que no és possible ni que Mac Insular, SL promogui triplicar les tarifes actuals ni que li atribueixi a l'Administració mala fe, sobretot quan Mac Insular, SL s'ha vist beneficiada per incompliments tals com: (*i*) la falta d'inversions per imports milionaris o (*ii*) el descens per sota del pressupostat dels costos laborals i de manteniment també inferiors als pressupostats, i això en haver-los subcontractat, malgrat que tant el TRLCAP com el PCAP prohibien la subcontractació de prestacions essencials.

El Consell Insular de Mallorca va rebre la competència per aprovar plans directors sectorials de residus d'àmbit insular arran de la Llei CAIB 2/2001, de 7 de març, d'atribució de competències als consells insulars en matèria d'ordenació del territori. El primer pla director que es va aprovar va ser el Pla Director de residus de la construcció, demolició, voluminosos i pneumàtics fora d'ús del 2002.

Regit el contracte pel TRLCAP, norma vigent al temps en què es va subscriure, en aquell mateix temps la inspecció i la sanció en matèria de gestió de residus era competència de la comunitat autònoma i no de l'Administració ara demandada. Així resultava del que disposava la Llei 10/1998 i l'article 29 del Pla Director de Residus de la Construcció, Demolició, Voluminosos i Pneumàtics fora d'Ús, publicat al BOIB número 141, de 23/11/2002.

En efecte, com que el Pla Director de Residus de la Construcció, Demolició, Voluminosos i Pneumàtics fora d'Ús és una norma administrativa, el principi de jerarquia normativa impedeix que pogués contradir la Llei 10/1998. Així, si bé

l'article 6.*d* d'aquest pla disposa que el Consell ha de participar en les tasques d'inspecció i vigilància mitjançant l'elaboració i presentació a la Conselleria de Medi Ambient del Govern Balear d'un pla d'inspecció, d'això no es conclou que aquest pla hagués de ser específicament per lluitar contra l'abocament il·legal de tercers diferents del concessionari ni tampoc que haguessin decaigut les competències d'inspecció i sanció reservades a la CAIB per l'Estatut d'autonomia i la Llei 10/98. En efecte, n'hi ha prou a assenyalar que el mateix article 6.*d* del Pla Director de Residus de la Construcció, Demolició, Voluminosos i Pneumàtics fora d'Ús disposa que correspon a la Conselleria de Medi Ambient l'aprovació del pla al qual s'al·ludeix.

I respecte que potser és el Reglament d'explotació del Servei Públic de Gestió dels Residus de la Construcció, Demolició, Voluminosos i Pneumàtics fora d'Ús, publicat al BOIB número 52, de 15/04/2003, el que obliga l'Administració ara apel·lada a la inspecció i sanció a la qual al·ludeix Mac Insular, SL, això és, la inspecció i sanció als productors i posseïdors de residus per les seves actuacions irregulars, s'ha de tenir en compte que aquesta norma preveu la inspecció i sanció del concessionari, però no allò a què es refereix Mac Insular, SL, això és, la inspecció i sanció dels potencials usuaris del servei concedit. A més, la disposició final d'aquest Reglament assenyala com el seu dret supletori el Pla Director Sectorial de Gestió de Residus Urbans de l'Illa de Mallorca, aprovat pel Decret CAIB 21/2000, aprovat pel Govern Balear i publicat al BOIB número 25, de 26/02/2000. I l'article 5.3 del Decret CAIB 21/2000 reserva expressament al Govern les competències de "vigilància, inspecció i sanció de les activitats de producció i gestió dels residus", i es preveu en l'apartat anterior d'aquest mateix article únicament la possibilitat de participació del Consell en la vigilància i inspecció. A més, l'article 15 del Reial decret 105/2008, d'1 de febrer, pel qual es regula la producció i gestió dels residus de la construcció i demolició, disposa que l'incompliment de les obligacions que estableix dona lloc a l'aplicació del règim sancionador previst en la Llei 10/1998.

L'actual Llei 22/2011, de residus i terres contaminats, que regula els abocaments il·legals a l'article 46.3.*c*, necessitaria que la competència inspectora i sancionadora s'atribuís als consells insulars per mitjà d'una llei de la comunitat autònoma. Mac Insular, SL pretén obtenir també en aquesta seu jurisdiccional

una modificació del contracte del cas; i això sense haver concretat degudament aquesta modificació i, sobretot, sense tampoc haver-la sol·licitat prèviament en seu administrativa. Com és sabut, la Llei reserva a l'Administració la prerrogativa per a la modificació del contracte; per al cas a l'article 59.1 TRLCAP.

Per tot això, el Tribunal rebutja el recurs d'apel·lació de Mac Insular, SL, i dona la raó a l'Administració insular. De tota manera, a tall de comentari final, el règim de residus de les Illes Balears s'ha modificat substancialment a partir de l'entrada en vigor de la Llei 8/2019, de 19 de febrer, de residus i terres contaminats de les Illes Balears (BOIB núm. 23, de 21/2/2019).