JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

(SEGUNDO SEMESTRE 2021)

CLARA ESTEVE JORDÀ

Investigadora Predoctoral Contratada Martí i Franquès

Universitat Rovira i Virgili

Sumario: 1. Remando en medio del ecocidio: luz verde a la Ley de protección del Mar Menor. 2. Constitucionalidad de la exclusión de evaluación ambiental estratégica de los estudios de detalle. 3. Constitucionalidad del impuesto autonómico catalán sobre estancias en establecimientos turísticos (que inciden en el medio ambiente).

1. REMANDO EN MEDIO DEL ECOCIDIO: LUZ VERDE A LA LEY DE PROTECCIÓN DEL MAR MENOR

El pasado 13 de mayo de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional tumbó en la sentencia 112/2021, por unanimidad, el recurso de inconstitucionalidad presentado por 52 miembros del Grupo Parlamentario Vox, contra la Ley de la Asamblea Nacional de Murcia 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. Cabe recordar que la Ley del Mar Menor (en adelante, LMM) regula la diferenciación de zonas de cultivo, el plan de ordenación de la cuenca vertiente del Mar Menor, los sistemas de cultivo y la limitación de la actividad agrícola en terrenos próximos al dominio público marítimo-terrestre. La noticia, que copó los medios durante los días que siguieron, puede considerarse un avance hacia la protección del Mar Menor, aunque como veremos, puede que todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales estén llegando demasiado tarde. No eran precisamente pocos los preceptos impugnados por parte del Grupo Parlamentario de Vox.¹ El principal motivo del recurso de

-

 $^{^1}$ Concretamente, los artículos 2.2, 15, 27, 28, 29, 36, 37, 38, 39, 40, 44, 50, 51, 52, 53, 54, 81 apartado 2, letras d), e), f), g), h), i), j), k), l), n), ñ) y o); apartado 3, letras a), b), d), e), f), g), h), i), j), m), n), ñ), p), q), r) y s); apartado 4, letras a), b), c), d) y e), 83 apartados 1, 2, 3, 4 y 5, disposiciones transitorias tercera y cuarta y anexo I.

inconstitucionalidad eran las "fuertes restricciones" a la agricultura contenidas en tales apartados. Consideraba la parte actora que "quebraban el equilibrio entre medio ambiente y la actividad económica que más empleo y riqueza proporciona al Campo de Cartagena (Murcia)", sin proporcionar alternativas ni plazos factibles para la adaptación de las actividades agrícolas en funcionamiento.

Las cuestiones controvertidas eran tanto de carácter competencial como sustantivo. En cuanto a las primeras, alegaba Vox que los preceptos autonómicos limitaban la explotación agrícola del suelo ubicado en el ámbito territorial de aplicación de la Ley. Defendía que la propiedad agraria y su definición como función social compete al Estado (arts. 33.2 CE y 149.1.1 y 8 CE). Alegaba también que al ser la agricultura del Campo de Cartagena un recurso económico de importancia nacional, solo el Estado ex artículo 149.1.13 CE puede ponderar los intereses medioambientales y económicos contenidos en la ley. Pues bien, para el Tribunal Constitucional, la regulación autonómica de las condiciones para el desempeño de la actividad agrícola y la protección ambiental de este espacio no vulnera las competencias estatales aludidas por la parte actora. Determina el Tribunal que ni la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, ni las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles, ni la legislación civil, no pueden impedir la actuación de la comunidad autónoma para la gestión de sus intereses.

A nivel particular, le parecía al grupo demandante que la autorización administrativa de superficies de cultivos de secano, exigida en el artículo 28.2 de la ley, vulneraba el artículo 24.1 de la Ley estatal 22/1988, de 28 de julio, de costas. Determina el Alto Tribunal que esta autorización deben entenderse "sin perjuicio de las licencias, permisos y otras autorizaciones que sean exigibles por otras normas autonómicas o incluso estatales, según el marco constitucional de distribución de competencias, para el concreto uso pretendido" [FJ 4.a)]. Por tanto, concluye el TC que la autorización administrativa regulada en el artículo 28.2 LMM es compatible con el artículo 24.1 de la Ley de costas, esto es; con otras autorizaciones de competencia estatal sobre un mismo espacio físico, pero con diferente objeto.

Por otro lado, consideraban los 52 diputados y diputadas de Vox que la aplicación "obligatoria" del Código de buenas prácticas agrarias de la Región de Murcia, prevista en la disposición transitoria cuarta, era contraria a la aplicación "voluntaria" de esta clase de códigos establecida en el artículo 5.1 del Real Decreto 261/1996, de 16 de febrero, sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias. Este real decreto estatal, resultado de la transposición de la Directiva europea 91/676/CEE, de 12 de diciembre, obliga en el artículo 6 a los órganos competentes de las comunidades autónomas a establecer programas de actuación "de carácter obligatorio" en las zonas vulnerables a la contaminación de nitratos. El Tribunal Constitucional interpreta que la LMM establece simplemente que "incorporará aquellas medidas previstas en el Código de buenas prácticas agrarias que resulten procedentes de conformidad con lo previsto en el RD 281/1996". Por lo que el mero anuncio de medidas "procedentes" por definición, no puede producir vulneración competencial alguna [FJ 4.b)]. Quedando la obligación, pues, justificada por la directiva de Derecho europeo y en la lectura en conjunto de su norma estatal de transposición.

En cuanto a las cuestiones sustantivas, cuestionaba Vox, en primer lugar, las restricciones a la actividad agrícola, por ser supuestamente arbitrarias y contrarias al artículo 9.3 CE a los efectos de aplicación, concretamente, en la zona 1 prevista por la LMM. En este caso, el Tribunal se sirve de jurisprudencia anterior y reciente (a saber, SSTC 149/2020, de 22 de octubre, FJ 6, y 98/2018, de 19 de septiembre, FJ 5), según la cual "la calificación de arbitraria dada a una ley exige una cierta prudencia, toda vez que es la expresión de la voluntad popular, por lo que su control de constitucionalidad debe ejercerse sin imponer constricciones indebidas al poder legislativo y respetando sus opciones políticas". Debiendo por tanto centrarse el tribunal en:

verificar si el precepto cuestionado establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias [...] De manera que [...] no corresponde a este tribunal interferirse en el margen de apreciación que corresponde al

legislador democrático ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación [FJ 5].

Conforme a dicha jurisprudencia y a la explicación del anexo de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 1/2018 para delimitar la zona 1, que se mantiene idéntica en la Ley 3/2020, el TC desestima la arbitrariedad de la LMM, por no incurrir en discriminación alguna ni carecer de explicación racional.

Asimismo, argüía la parte actora que las "restricciones" a la actividad agrícola contenidas en la LMM vulneraban el contenido esencial (art 53.1 CE) de los derechos a la propiedad (art. 33 CE) y a la libre empresa (art. 38 CE), por "no respetar el principio de proporcionalidad a que deben someterse las injerencias en cualquier derecho constitucional". El garante de la constitución, a través de un análisis jurisprudencial y normativo, no aprecia en ninguno de los dos casos que el legislador esté sujeto ex Constitutione a la proporcionalidad a la que alude la parte recurrente, sino "a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE)" [FJ 6]. De modo que se supera el juicio de razonabilidad propio de normas de índole social y económica.

Según el TC, el contenido esencial del derecho de propiedad

no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes" (STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la propiedad agraria, precisamente, FJ 2).

Ello implica que el contenido esencial del derecho de propiedad "no se vulnera por la previsión de intervenciones públicas no meramente ablatorias" en la esfera de las responsabilidades (deberes positivos) y facultades (uso, disfrute, consumo y disposición) de la persona propietaria. Añade el Alto Tribunal que dichas exigencias, destinadas a satisfacer necesidades colectivas, responden a

principios e intereses recogidos por la propia Constitución, entre ellos el artículo 45 CE, que ordena a los poderes públicos velar por un uso racional de los recursos naturales, para proteger la calidad de vida y defender el medio ambiente, a través de la solidaridad colectiva. De modo que el límite para el legislador es que "la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho" [STC 37/1987, FJ 2, SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8 b); 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9]. Por otro lado, el TC recuerda que el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE) es el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial, pero ello no lo convierte en un derecho "absoluto e incondicionado". Este derecho, pues, no queda vulnerado por la existencia de limitaciones a su ejercicio resultantes de las reglas que disciplinan el mercado de forma proporcionada y razonada.

Finalmente, en el FJ 8, la Sala concluye que el principio de proporcionalidad no aplica a los preceptos impugnados. Insiste el Tribunal en que no le concierne enjuiciar las alternativas existentes sobre el acierto u oportunidad de la ley recurrida. Recuerda que las condiciones impuestas en la norma son para la defensa y restauración del medio ambiente, un interés completamente legítimo. Apunta asimismo a Bruselas, pues el Estado español está advertido por parte de la Comisión Europea de la posibilidad de ser sancionado ante el incumplimiento de la directiva de nitratos (Directiva 91/676/CE del Consejo). Por todo ello, los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional desestiman el recurso de inconstitucionalidad en su integridad, dando su respaldo a la norma autonómica de protección del Mar Menor y considerando la defensa y restauración del medio ambiente como objetivo constitucionalmente legítimo.

En opinión de quien suscribe estas líneas, el fallo del TC no solamente ofrece respaldo jurídico, sino también social, a una cuestión determinante como es la protección del Mar Menor. Antes de concluir el presente comentario, es menester recordar, por la situación que está viviendo en los últimos meses el Mar Menor, la importancia de este territorio. Constituye la albufera española de mayor extensión y también la laguna costera más grande del Mediterráneo Occidental. La laguna y sus humedales periféricos disponen de valores medioambientales que la hacen contar con numerosas figuras de protección. Es por ello que está

incluida como Zona Especialmente Protegida de Importancia para el Mediterráneo en el Convenio de Barcelona, así como en la lista Ramsar (humedal número 706).

A pesar de ello, el equilibrio del ecosistema del Mar Menor es extremadamente frágil. En los últimos cinco años la albufera ha protagonizado titulares lamentables, debido a diversos y trágicos episodios de mortandad masiva de fauna marina. En varias zonas, la degradación de la materia orgánica muerta en esta albufera, consecuencia de la eutrofización, ha provocado fenómenos de anoxia o falta de oxígeno, arrastrando miles de peces y crustáceos muertos en las orillas, por falta de oxígeno en el agua. La decisión del Tribunal Constitucional en la sentencia comentada es clara, pero lo paradójico es que pocos meses después de la sentencia, el Mar Menor volvió a ser noticia debido a un nuevo episodio de la denominada "sopa verde", en el que miles de peces y otras especies aparecieron muertos en dicha albufera².

El grueso de las competencias implicadas en este desastre recae en la comunidad autónoma de la Región de Murcia (agricultura, control de la contaminación por nitratos, protección del medio ambiente, gestión de la laguna), aunque la administración central también ejerce control a través de la Confederación Hidrográfica del Segura (gestión del agua). Sin embargo, parece que ambas administraciones han permanecido bajo las demandas de unos sectores agrícola y turístico insaciables. Las causas parecen claras: la elevada entrada de nutrientes (nitrógeno y fósforo) procedentes sobre todo de fertilizantes de regadíos intensivos del Campo de Cartagena, así como de cientos de instalaciones de porcino. Así pues, tal y como indica Yayo Herrero, el motivo son los residuos de una agricultura convertida en industria³.

Julia Martínez, directora técnica de la Fundación Nueva Cultura del Agua, propone medidas en el ámbito turístico y de la ordenación urbana, la eliminación de regadíos ilegales, la reducción de la contaminación en origen, la creación de

² Esther Sánchez, "La agricultura intensiva asfixia el mar Menor ante la pasividad oficial", 29 de agosto de 2021, en *El País* <<u>shorturl.at/bgvQT</u>> [Última consulta, 6 de octubre de 2021].

³ Yayo Herrero, "'Hasta ocho las playas del Mar Menor han tenido que cerrarse por la repentina aparición de peces muertos en las aguas de la laguna.' No es una sorpresa y las causas están bien claras: los residuos de una agricultura convertida en industria. #SOSMarMenor", 22 de agosto de 2021, en *Twitter.com* <<u>shorturl.at/kqKQ2</u>> [Última consulta, 4 de octubre de 2021].

setos de vegetación natural entre los cultivos, la recuperación ambiental de los sistemas de drenaje natural y la creación de una franja perimetral en torno al mar Menor libre de regadío, y la recuperación de humedales y vegetación natural, para eliminar buena parte de los nutrientes que ahora alcanzan la laguna. Añade también Martínez la necesidad de una mejor coordinación entre administraciones y la participación amplia de la sociedad civil y la aplicación de los principios de quien contamina paga y las normas vigentes sobre responsabilidad ambiental por parte del sector agrario⁴. Todo apunta también a que se requiere de una mayor eficacia de las administraciones en su responsabilidad de la tutela judicial efectiva en las cuestiones ambientales, pero también de una mayor formación, especialización y sensibilización de los operadores jurídicos y administrativos responsables de la aplicación de la normativa ambiental: fiscales, jueces/as, agentes medioambientales...

A pesar de las desoladoras noticias que nos llegan del Mar Menor, es preciso acabar con una pequeña dosis de optimismo. Coincide la fecha de redacción de este comentario con diversas manifestaciones multitudinarias por la recuperación de este importante ecosistema; parece que existe apoyo social para reivindicar soluciones.⁵ Paralelamente, se ha puesto en marcha una recogida de medio millón de firmas a la desesperada, para realizar una iniciativa legislativa popular (ILP) que permita conferir entidad jurídica al Mar Menor. Sería la primera vez en Europa que un espacio natural tiene ese reconocimiento jurídico, y podría resultar estratégico para la recuperación y conservación de este especio tan singular y valioso. ¿Estaremos a tiempo de salvar el Mar Menor?

2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE

En la STC 123/2021, de 3 de junio, se enjuicia la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con los apartados a)

⁴ Julia Martínez, "Causas y responsabilidades en el colapso del mar Menor", 30 de agosto de 2021, en *El País* <<u>shorturl.at/esELV</u>> [Última consulta, 4 de octubre de 2021].

⁵ Mar de Miguel, "Los murcianos se echan a la calle para reclamar un Mar Menor vivo", 7 de octubre de 2021, en *El Mundo* <shorturl.at/imMT4>[Última consulta, 12 de octubre de 2021].

y c) del artículo 40.4 de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental (en adelante, LGICA). Dichos preceptos excluyen de evaluación ambiental estratégica a los instrumentos de planeación urbanística de estudios de detalle, así como sus revisiones o modificaciones. La duda en cuestión era sobre competencias en materia de protección ambiental, concretamente, sobre la constitucionalidad del precepto legal autonómico que exceptúa de evaluación ambiental estratégica dichos estudios de detalle. El órgano promotor de la cuestión consideraba que tales disposiciones podrían incurrir en un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta. Serían, al parecer, contrarias a los artículos 6 y 8 de la Ley estatal 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que regulan, respectivamente, el ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica y los supuestos excluidos de evaluación ambiental y proyectos exceptuables. Dicha ley sería considerada como legislación básica sobre protección del medio ambiente al amparo del artículo 149.1.23 CE, por tanto, la ley autonómica estaría rebajando el nivel de protección del medio ambiente estatal.

Para apreciar la existencia o no de tal infracción constitucional, el Tribunal Constitucional procede a comprobar las dos circunstancias que la sustentarían. En primer lugar, que la norma estatal supuestamente infringida sea una norma básica, en sentido material y formal, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial reservado al Estado por la Constitución. El TC confirma, como ya lo hizo en la STC 109/2017, FJ 3, el carácter formal y materialmente básico de los artículos 6 y 8 de la Ley 21/2013, por cuanto "persigue el objetivo de que todas las administraciones públicas valoren el medio ambiente cuando ejercen sus competencias sobre cualquiera de las obras, instalaciones u otras actividades de su competencia". Además, recuerda el Tribunal, como de costumbre, que la normativa básica en materia de protección de medio ambiente solo fija un nivel mínimo para todo el territorio nacional, lo que no excluye su complementación o refuerzo por las normativas autonómicas. Por lo que la vulneración solo se produce si la ley autonómica reduce el nivel de protección respecto a la normativa básica.

En segundo lugar, la contradicción entre la norma estatal y autonómica debe ser "efectiva e insalvable por vía interpretativa" (STC 161/2019, de 12 de diciembre,

FJ 6). Partiendo del examen del artículo 15 de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2002 de ordenación urbanística, interpreta el tribunal que los estudios previstos en la normativa urbanística andaluza tienen un objeto y alcance limitado, sin entidad planificadora. Son instrumentos complementarios de ejecución urbanística, caracterizados por "su escasa entidad y casi nula capacidad innovadora desde el punto de vista de la ordenación urbanística". Además, los estudios no pueden modificar el uso urbanístico del suelo establecido en el instrumento de planeamiento superior. Por ello, no pueden ser tampoco el marco para la autorización de proyectos que puedan tener, *per se*, efectos significativos en el medio ambiente. De este modo, los estudios previstos en la LGICA quedan subordinados a otros planes que han de ser objeto de evaluación ambiental.

El Alto Tribunal declara, pues, la constitucionalidad de la previsión legal autonómica (letras a) y c) del art. 40.4 de la LGICA). Los estudios de detalle no necesitan ser sometidos a evaluación ambiental, dado que, como instrumentos complementarios, no pueden suplantar la función ordenadora de los instrumentos urbanísticos que desarrollan. Por tanto, no se infringen los artículos 6 y 8.1 de la normativa básica estatal en materia de protección ambiental (Ley 21/2013 de evaluación ambiental). Tampoco se vulnera de forma mediata el artículo 149.1.23 CE (Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección).

3. CONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO AUTONÓMICO CATALÁN SOBRE ESTANCIAS EN ESTABLECIMIENTOS TURÍSTICOS (QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE)

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2021, de 2 de junio, se decide sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular, respecto del artículo 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña, 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente (en adelante, Ley 5/2020). Este

artículo modifica la regulación del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos contenida en la Ley 5/2017⁶.

El apartado 2 amplía el hecho imponible del impuesto a las estancias en embarcaciones de crucero turístico en puertos del territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Asimismo, el apartado 3 del artículo incrementa tanto las tarifas generales establecidas en función del tipo de establecimiento y su ubicación en Barcelona ciudad o en el resto de Cataluña, como las tarifas especiales para los establecimientos situados en las áreas en que se admiten actividades de juego y apuestas dentro los centros recreativos turísticos. Por otro lado, los apartados 4 y 6 del artículo 5 habilitan al Ayuntamiento de Barcelona a establecer mediante ordenanza municipal un recargo sobre las tarifas de este impuesto con arreglo a determinados límites y condiciones.

La cuestión controvertida son los límites de la potestad tributaria de la comunidad autónoma de Cataluña; en concreto, la constitucionalidad de la regulación del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos. El grupo recurrente solicita la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 5 de la Ley 5/2020, pues considera que la inclusión en el hecho imponible de las estancias en embarcaciones de crucero artístico encarna tres vicios de inconstitucionalidad: una doble imposición, una restricción injustificada a la libre circulación de personas y servicios, y una contravención del principio de igualdad tributaria. Ello chocaría tanto con el artículo 31.1 CE en relación con el artículo 14 CE, así como con la LOFCA. Adicionalmente, se imputa la vulneración de los artículos 2, 31.3 y 133.1 CE, debido a la incompetencia de la CCAA de Cataluña para crear nuevos tributos municipales.

En cuanto al vicio de doble imposición, se estaría vulnerando el artículo 6.2. LOFCA, que establece la prohibición de equivalencia de los tributos autonómicos con los estatales y locales. Para ello, el Tribunal Constitucional realiza una comparación entre el impuesto autonómico y la tasa estatal, a través de un análisis pormenorizado de todos sus elementos esenciales: hecho imponible,

administrativas y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono.

⁶ Ley del Parlamento de Cataluña 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, financieras,

sujetos pasivos, exenciones y supuestos de no sujeción, devengo, eventual periodo impositivo, base imponible, tipo de gravamen, cuota tributaria, y finalidad fiscal o extrafiscal. Después de este análisis, el Tribunal no aprecia vulneración de prohibición de doble imposición.

Estima que el nuevo impuesto autonómico tiene una naturaleza tributaria distinta a la tasa estatal, debido al contenido de su hecho imponible. El impuesto catalán grava la manifestación indirecta de capacidad económica (consumo), mientras que la tasa estatal graba una contraprestación por la utilización especial del dominio público portuario durante la estancia del buque en un puerto de interés general. Tampoco acepta el Tribunal que haya identidad de sujetos pasivos, dado que ni los sustitutos son los mismos en cada tributo, ni tampoco lo son los contribuyentes [FJ 4].

En cuanto al segundo vicio de constitucionalidad, alegaba la parte demandante la vulneración de los artículos 157.2 y 9 c) LOFCA, como expresión del artículo 139.2 CE en materia tributaria. Por un lado, argumentaba que el impuesto encarecería dichas estancias frente a las que se puedan realizar en otros puertos españoles. Por otro lado, aducía que el coste económico y de gestión del impuesto puede causar el desvío de la demanda a destinos similares y con precios más competitivos. Concluía que ello provocaría una distorsión en la libre circulación de empresas titulares de embarcaciones de crucero turístico. No obstante, el Tribunal Constitucional no considera que el nuevo impuesto atente a la unidad de mercado por restringir la libre circulación de personas y servicios dentro del territorio nacional [FJ 4]. Lo cierto es que el impuesto no crea una diferencia de trato entre personas residentes y no residentes. No tiene efectos diferenciados más onerosos sobre los usuarios y operadores foráneos que sobre los usuarios y operadores residentes en la Comunidad Autónoma de Cataluña, porque tanto los contribuyentes (pasajeros en tránsito), como los sustitutos del contribuyente (titulares de la explotación de la embarcación) se determinan legalmente con independencia de su residencia o no en Cataluña. Por lo que el TC desestima este punto.

En cuanto al tercer vicio esgrimido, se quejaba la parte actora de que, con la sujeción al impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos de las embarcaciones de crucero turístico, el nuevo artículo 26.1 de la Ley 5/2017

C. Esteve Jordà

contravenía el principio de igualdad tributaria del artículo 31.1 CE, como manifestación del derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 CE. Denunciaba que la Ley 5/2017 solo somete a gravamen a los visitantes que no pernoctan en una ciudad de Cataluña y llegan a ella en una embarcación de crucero turístico. Por tanto, no grava aquellos visitantes que llegan a territorio catalán en otros medios de transporte (tren, autobús, vehículo particular...) y tampoco pernoctan. Ello supondría, para el grupo parlamentario recurrente, una desigualdad tributaria que no puede fundamentarse, según los recurrentes, en las externalidades que provoca el turismo de crucero, puesto que, según el recurrente, todas las personas visitantes las generan.

Pues bien, tampoco considera el TC que se vulnere este principio. El impuesto grava la capacidad económica que supone la estancia en las embarcaciones de crucero turístico, y no por ello se produce un tratamiento legal discriminatorio para otras embarcaciones que quedan también afectadas. Añade el Tribunal que el impuesto permite un tratamiento tributario variable a los pasajeros en tránsito en función de la intensidad con la que se realiza el hecho imponible. Recuerda que el impuesto en cuestión grava la capacidad económica que implica la estancia en establecimientos turísticos de Cataluña, y no las eventuales externalidades que el turismo puede causar en las zonas de alta concentración turística. En segundo lugar, determina el TC que el impuesto no grava el consumo de servicios turísticos en general, sino la estancia en establecimientos turísticos, es decir, "el disfrute del servicio de alojamiento, por día o fracción, con pernoctación o sin ella". Fallando así la identidad sustancial del *tertium comparationis* alegado.

Adicionalmente, la parte recurrente imputaba una desigualdad inconstitucional por el hecho de que el gravamen solo recayera en embarcaciones de crucero turístico sin pernoctación y no a otro tipo de embarcaciones que tampoco pernoctan (por ejemplo: embarcaciones de recreo, de uso particular o buques turísticos locales). Estas también generarían, según la actora, las externalidades que el impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos pretende reparar. El Tribunal insiste, una vez más, en que el gravamen es sobre el consumo de los servicios turísticos en las embarcaciones y no el consumo de cualquier servicio turístico en todo tipo de embarcaciones sitas en un puerto del territorio catalán

(ni las externalidades generadas). Por tanto, en las otras estancias alegadas no se da la misma situación de capacidad económica gravada. En consecuencia, desestima el Tribunal también este punto.

La tercera vulneración esgrimida por el grupo parlamentario popular era que todos los pasajeros/as resultaban igualmente gravados/as, a pesar de que algunos/as generaban menos externalidades que otros/as, en función de la pernoctación en el buque o en el puerto. Recuerda el TC que solo los pasajeros que hacen escala en un puerto catalán son contribuyentes del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos. Por tanto, no quedan sujetos aquellos pasajeros/as del crucero en régimen de embarque o desembarque en uno de estos puertos. En segundo lugar, el gravamen autonómico varía en función de la intensidad con la que se realiza el hecho imponible (estancia en crucero turístico en tránsito).

Finalmente, quedaba por resolver un último punto, el de la facultad de la ciudad de Barcelona de establecer un recargo sobre las tarifas del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos. Los diputados y diputadas recurrentes alegaban que, en realidad, no se trataba de un recargo, sino de un nuevo tributo local, para cuyo establecimiento la CCAA carece de competencia ex artículos 2. 31.3 y 133.1 CE. En primer lugar, porque su elevada cuantía (hasta cuatro euros por unidad de estancia) desnaturalizaba el carácter accesorio inherente a todo recargo. En segundo lugar, porque los ingresos derivados de este recargo no quedaban afectados al fondo de fomento del turismo. Rebate el Tribunal ambos aspectos, ya que un recargo no depende de la entidad de su cuantía ni de la carencia de la naturaleza extrafiscal del tributo sobre el que recae, sino de su estructura. La finalidad de dicho impuesto sigue siendo recaudatoria, por tanto, no es un tributo primordialmente extrafiscal, aunque esté afectado al cumplimiento de unos fines de su competencia: mejorar la competitividad de Cataluña como destino turístico y garantizar un turismo sostenible, responsable y de calidad, así como la protección, preservación y recuperación y mejora de los recursos turísticos.

La desafectación del recargo del fondo autonómico de turismo expresa la autonomía local en la vertiente del gasto (arts. 140 y 142 CE). Para el TC, ello comporta la plena disponibilidad de las corporaciones locales sobre sus ingresos

C. Esteve Jordà

y la libre decisión sobre el destino de sus fondos, siempre que sea para el desempeño de los fines públicos que tengan legalmente atribuidos. La sentencia concluye con la verificación de la constitucionalidad del recargo sobre el impuesto autonómico a favor del municipio de Barcelona, dado que la creación de recargos sobre sus propios impuestos sí es una competencia autonómica, habilitada por el Estado en el artículo 149.1.14 CE. En definitiva, y por todo ello, el Tribunal Constitucional desestima íntegramente el recurso de inconstitucionalidad.