

LA GESTIÓN DEL AGUA POR LOS ENTES LOCALES. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO

POR D. JOSÉ FÉLIX NEVADO CIENFUEGOS

Estudiante de 5.º curso de Derecho

*Trabajo premiado con el 1.º premio San Raimundo de Peñafort
de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*

Resumen

En este trabajo se analiza la gestión del agua por las corporaciones locales desde la perspectiva de su competencia en materia de saneamiento y depuración del agua y, tras el estudio de un supuesto concreto y su trascendencia en el poder tributario y sancionador de los entes locales, si tales entes en el ejercicio de esta función observan las prescripciones del art. 45 de la Constitución española en relación con el Derecho a un Medio Ambiente Adecuado.

Abstract

This work analyzes water management by local authorities from the viewpoint of their competence in matters of sanitation and water purification and, after studying a particular case and its significance in the taxation and punitive power of the local entities, if such entities in the exercise of that management, satisfy the requirements of art. 45 of the Spanish Constitution concerning the right to an adequate environment.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO
- II. MARCO COMPETENCIAL
- III. ANÁLISIS DE UNA ORDENANZA FISCAL: ORDENANZA FISCAL DEL AYUNTAMIENTO DE DOS HERMANAS, SEVILLA
 1. INTRODUCCIÓN
 2. FUNDAMENTO Y NATURALEZA
 3. HECHO IMPONIBLE
 4. VERTIDOS
 5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS LLAMADOS «RECARGOS DISUASORIOS»
- IV. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO
- V. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN: EL DERECHO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

El presente estudio tiene por objeto analizar la gestión actual que realizan las corporaciones locales en materia de aguas, centrándonos fundamentalmente en una de las principales competencias atribuidas *ex lege*: saneamiento y depuración de las aguas residuales.

Analizaremos el marco competencial, así como las normas fundamentales que rigen la materia, con el ánimo de determinar unos mínimos parámetros de legalidad que nos sirvan para identificar si la actuación de una determinada entidad local, se adecua o no a las exigencias legales.

En concreto, analizaremos una de las ordenanzas fiscales dictadas en materia de saneamiento y depuración de aguas residuales de la provincia de Sevilla, análisis que nos servirá para conocer qué tipo de gestión realizan los entes locales y cómo se estructura la liquidación de la tasa correspondiente.

Concluiremos este estudio con una serie de reflexiones en torno al sistema analizado y su adecuación a la legalidad vigente así como la correspondencia de dicho sistema con el Derecho a una Medio Ambiente Adecuado consagrado en el art. 45 de nuestra Constitución.

II. MARCO COMPETENCIAL

El estudio del reparto competencial en materia de aguas, no es tarea fácil, ya que nos encontramos con un diseño de títulos competenciales establecido en la Constitución, que no aclara en absoluto la materia. Además hemos de tener presente el papel que viene desempeñando la Unión Europea, con una «política de aguas» cada vez más exigente en pro de la conservación y defensa de medio ambiente.

El instrumento más notable de ésta «política europea del agua» es la **Directiva 2000/60/C.E.** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, que establece los objetivos de protección del agua para los primeros años del siglo XXI. Cabe destacar la refundición normativa que persigue en materia de derecho de aguas, dada la actual fragmentación y diversificación existente entre los países miembros¹.

¹ Un estudio exhaustivo del contenido e importancia de la Directiva, se puede encontrar en el libro del Profesor DELGADO PIQUERAS, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Tecnos, Madrid, 1992.

Por otro lado, en Derecho español son básicamente tres las Administraciones Públicas a quienes la C.E.² atribuye competencias en la materia: el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Dejando a un lado las competencias atribuidas al Estado y a las Comunidades Autónomas, tanto por la Constitución (arts. 148.1.10 y 149.1.22) como por cada uno de los Estatutos de Autonomía que hayan asumido competencias en la materia, pasamos a analizar el marco competencial de los entes locales.

La Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local³, norma que, como su propio nombre indica, delimita los principios básicos de actuación de todos los entes locales, establece un mecanismo de coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, para conseguir una mejor gestión del dominio público hidráulico.

Los arts. 25 y 26 de la L.R.B.R.L. establecen la competencia municipal para el *abastecimiento domiciliario de agua potable* y el *alcantarillado*, y para aquellos municipios con población superior a los 50.000 habitantes, *la protección del medio ambiente*.

El legislador pretende garantizar así, un mínimo nivel prestacional en todos los municipios del Estado. Del mismo modo, el art. 86.3 de la L.R.B.R.L., consagra una reserva a favor de las entidades locales de los servicios de abastecimiento y depuración de aguas, estableciendo de esta forma el marco obligatorio de servicios o prestaciones que todos los ciudadanos pueden exigir a sus Ayuntamientos.

¿Pero, qué significado tiene esa reserva a favor de los entes locales? ¿Hemos de entender que la reserva implica titularidad del servicio, o simplemente capacidad de gestión?

Un sector cualificado de la doctrina⁴ considera que la reserva a favor de la Administración Pública Local, hay que entenderla limitada a la *gestión del servicio*, y no a la *titularidad del mismo*, pues de lo contrario se atribuirían a los municipios competencias no otorgadas por la ley. Por lo tanto, esa reserva del art. 86 debe entenderse como una capacidad de gestionar directamente el servicio esencial, pero no conlleva potestad de ordenación. El alcance de la gestión de los servicios, vendrá determinado por la legislación sectorial correspondiente.

La conclusión que podemos extraer de esta breve exposición del catálogo de competencias locales, es respecto de lo que aquí nos interesa, que los servicios de abastecimiento y depuración de aguas, son, según la Ley Básica de Régimen Local, competencias locales, cuya gestión se encomienda a una Administración Pública, y cuyo alcance o ámbito, dependerá de la legislación sectorial, que aborde la materia, ya sea estatal o autonómica.

² C.E.: Constitución Española.

³ En adelante L.R.B.R.L.

⁴ Entre ellos el Profesor Carlos GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, *El uso del agua por las Administraciones Locales*.

Por último, antes de cerrar el capítulo competencial debemos hacer una breve mención al régimen de concesiones establecido por la Ley de Aguas.

La ley de Aguas de 1985, procedió a la demanialización casi absoluta de todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas asignándolas además al dominio público estatal. Por ello la Ley exige que las entidades locales que hagan uso de las aguas públicas, obtengan la correspondiente concesión, cuyo objeto principal será, el caudal de agua que se acuerde por el Organismo de Cuenca correspondiente.

De todo lo anterior, deducimos que las Administraciones locales son usuarias-concesionarias del dominio público hidráulico, y que la concesión administrativa otorgada a su favor, les permitirá desarrollar la gestión de los servicios de abastecimiento y saneamiento.

III. ANÁLISIS DE UNA ORDENANZA FISCAL: ORDENANZA FISCAL DEL AYUNTAMIENTO DE DOS HERMANAS, SEVILLA

1. INTRODUCCIÓN

Como ya tuvimos ocasión de apuntar, el objeto de este estudio va encaminado a delimitar si la actuación de las entidades locales en materia de saneamiento y depuración de las aguas residuales, respeta los principios de legalidad ordinaria.

Hemos visto que el art. 86.3 de la L.R.B.R.L., establece una reserva a favor de las entidades locales en materia de abastecimiento y depuración de aguas. La gestión de estos servicios públicos, ha de realizarse atendiendo a lo establecido en las normas sectoriales, ya sean del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Sin embargo, el hecho de que los entes locales tengan atribuida tal competencia, no significa, como ya tuvimos ocasión de analizar, que sean titulares del servicio que gestionan sino que simplemente están autorizados *ex lege* a su gestión.

Nuestro estudio se centrará ahora en analizar la gestión de estos servicios públicos por parte de los entes locales.

Pues bien, la primera manifestación de la capacidad de gestionar ambos servicios públicos por parte de los municipios, la encontramos en la llamada potestad tarifaria a favor de los entes locales, que se traduce en la práctica, en la aprobación de ordenanzas fiscales reguladoras de la tasas por prestación del servicio público de saneamiento y depuración de aguas residuales.

Comenzamos por analizar el articulado de una de éstas Ordenanzas, en concreto la del Ayuntamiento de Dos Hermanas (Sevilla) reguladora de la Tasa por prestación del servicio de saneamiento (vertido y depuración).

El esquema de nuestro estudio consistirá básicamente en la exposición de determinados artículos de la ordenanza para subsumirlos en la legislación apli-

cable en cada caso, pudiendo deducir de esta forma, si se respetan o no los parámetros de legalidad establecidos al efecto.

2. FUNDAMENTO Y NATURALEZA

El art. 1 de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por prestación del servicio de saneamiento (vertido y depuración) de Dos Hermanas, dice:

«En uso de las facultades concedidas por los arts. 133.2 y 142 de la Constitución y por el art. 106 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 15 a 20 del texto refundido regulador de haciendas locales 2/2004 de 5 de marzo, el Ayuntamiento de Dos Hermanas modifica las “tasas de vertido y depuración” que se regirán por la presente ordenanza, cuyas normas atienden a lo prevenido en el art. 58 de la citada Ley».

La Ley 7/1985 reguladora de las Bases de Régimen Local, consagra en efecto, la autonomía tributaria de las Entidades Locales para establecer y exigir tributos, pero a renglón seguido especifica que tal potestad se ejercerá de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado, reguladora de las Haciendas Locales⁵, y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos.

A diferencia por tanto, de la potestad tributaria del Estado y de las Comunidades Autónomas, que ha sido calificada de originaria, directa o inmediata, la de las Entidades Locales, privadas de potestad legislativa, es derivada, indirecta o mediata, en cuanto necesita el apoyo de una Ley, bien del Estado, bien de la Comunidad Autónoma respectiva, para poder establecer y exigir tributos, cumpliendo así el principio de reserva de Ley, inexcusable en materia fiscal por imperativo de los arts. 31.3 y 133 de la Constitución.

El legislador insiste, por tanto, en el carácter mediato de la potestad tributaria local en orden al establecimiento de tributos, en contraste con su autonomía plena para organizar la gestión, recaudación e inspección de tales tributos, según preceptúa el citado art. 106.3. de la L.R.B.R.L.

En este sentido, el art. 20.4 letra r, de la T.R.L.H.L. en la redacción dada por la Ley 25/1998 de 13 de julio, habilita a las Entidades locales para establecer tasas por la prestación del servicio de alcantarillado, así como de tratamiento y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares.

No hay duda pues, de que la Ordenanza se dicta al amparo de una competencia atribuida *ex lege* a las Entidades Locales. Cosa distinta será analizar cómo ha de ejercerse dicha competencia.

Tras establecer el marco legal en virtud del cual ha sido dictada la Ordenanza que estudiamos, el art. 1.º continúa haciendo referencia al *Convenio Administrativo*

⁵ En adelante T.R.L.H.L.

Intermunicipal suscrito con el Ayuntamiento de Sevilla, de fecha 27 de abril de 1993, por el que *se delega la prestación del servicio de depuración de aguas residuales en el término municipal de Dos Hermanas, así como el vertido en el Polígono Industrial de carretera de la Isla*, a la Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, Emasesa.

En otras palabras, la competencia atribuida al Ayuntamiento de Dos Hermanas en virtud de Ley, es a su vez delegada mediante Convenio a un ente local de ámbito superior como es el Ayuntamiento de Sevilla, quien a su vez delega esta competencia en una entidad municipal con forma jurídica de Sociedad Anónima.

Centremos por un momento nuestra atención en esa delegación que realiza el municipio de Dos Hermanas a favor del de Sevilla, para conocer exactamente cual es el ámbito de la delegación efectuada.

El 27 de abril de 1993, se firmó un acuerdo entre el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla y el de Dos Hermanas en virtud del cual se aprobó la delegación con carácter indefinido en el Ayuntamiento de Sevilla de «*sus competencias en materia de depuración de aguas residuales en todo su término municipal, así como las de alcantarillado en el Polígono Industrial de Carretera de la Isla y la conservación de las emisarios margen izquierda Guadaira y Copero*»⁶.

A renglón seguido se estableció que «*tales competencias y cuantas actuaciones se relacionen con la material objeto de delegación, serán ejecutas por Emasesa, como órgano de gestión que es del Ayuntamiento de Sevilla en materia de saneamiento y depuración de vertidos*».

De la lectura de este pacto entre las partes, se deduce una de las ideas que deberemos tener presente a lo largo de nuestro estudio: el objeto de la delegación consiste en la *prestación del servicio de depuración de aguas residuales*, manteniendo el Ayuntamiento de Dos Hermanas plenas competencias en materia de alcantarillado y vertidos.

Por depuración entendemos el tratamiento de las aguas residuales destinado a eliminar sustancias nocivas o contaminantes. Se trata de un concepto íntimamente unido a la necesidad, cada vez mayor, de protección del medio ambiente.

3. HECHO IMPONIBLE

El art. 2 de la Ordenanza fiscal que estudiamos, establece la circunstancia que justifica el devengo del tributo:

«Constituye el hecho imponible de las tasas la prestación del servicio de evacuación de excretas, aguas pluviales negras y residuales, mediante conexión a la red pública de alcantarillado y su tratamiento para depurarlas».

⁶ Estipulación primera del Convenio.

Por lo tanto, el hecho imponible de la tasa, va íntimamente relacionado con la prestación efectiva del servicio de evacuación y depuración, no siendo posible la imposición de la tasa, por la mera disponibilidad del servicio, si éste no es prestado de manera efectiva.

Sin embargo y a renglón seguido, el art. 5 establece la forma de liquidar la tasa, estableciendo una variante del hecho imponible ya que *«la base imponible, que coincidirá con la liquidable estará constituida por dos elementos tributarios*

- a) *La **disponibilidad** del servicio de saneamiento.*
- b) *La cantidad de **agua utilizada**, con independencia del caudal vertido».*

La propia ordenanza establece como elemento tributario de determinación de la base imponible, la «cantidad de *agua utilizada*, con independencia del caudal vertido», con lo que se prevé la posibilidad de liquidar la tasa sin tener en cuenta el volumen de agua efectivamente vertido, circunstancia que legitima el pago del tributo.

Antes de seguir adelante debemos recordar el concepto de tasa y su encuadramiento en el sistema tributario español.

El art. 6 de la Ley 8/1989 de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos⁷, cumple la función de trazar las lindes al hecho imponible en las tasas locales: actividad o servicio de la competencia de la entidad, beneficio del particular, solicitud o recepción obligatoria del servicio o actividad para éste, y que los mismos no sean susceptibles de prestarse por la iniciativa privada.

Así, el precepto establece que

*«Las tasas son tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público, que se refieran, afecten o beneficien de **modo particular** al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes»*

- a) *Que los servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria para los administrados.*
- b) *Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.*

Por tanto, y siguiendo el concepto dado por la ciencia de la Hacienda clásica, la tasa se puede definir como *el instrumento tributario adecuado para la financiación del coste de un servicio público con beneficiarios o usuarios directos*. La tasa, a diferencia del impuesto, se inspira en el principio del beneficio, según el cual el coste de estos servicios, debe satisfacerse total o parcialmente mediante una prestación exigida a sus usuarios⁸.

⁷ En adelante, L.Ty.P.P. Redacción dada por la Ley 25/98 de 13 de julio de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales.

⁸ Vid. Fernando PÉREZ ROYO, *Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid, 1995.

Seguidamente se establece el denominado Principio de Equivalencia⁹, según el cual, «*las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible*».

Por tanto, la tasa es un tributo de carácter público, cuyo pago se justifica por la prestación de un servicio que beneficia de modo particular a un sujeto, y que persigue la financiación del coste previsible del mismo por parte de sus usuarios. No cabe por tanto, liquidar una tasa si el servicio público que justifica su pago, no ha sido efectivamente prestado.

Y los criterios que han de determinar el importe de la tasa, es decir, los elementos que integran la base imponible, han de estar directamente relacionados con la actividad o servicio prestados.

Por lo tanto no podemos dejar de llamar la atención sobre el contenido del art. 5 de la Ordenanza transcrito, al prever liquidar la tasa atendiendo al volumen de agua utilizado en la finca, con independencia del caudal vertido.

El uso doméstico del agua, hará coincidir en la mayoría de los casos ambos parámetros, pero, ¿qué pasa con el uso industrial? ¿el volumen de agua utilizada en un proceso de producción, es exactamente igual al volumen de agua vertido?

Veamos un ejemplo.

Uno de los sectores industriales tradicionales del municipio nazareno de Dos Hermanas y que resulta afectado por la aplicación de la tasa, es el sector del olivar, comprendiendo tanto a los productores de aceite, como a los de aceitunas de mesa. En este sector industrial, normalmente no se procede al abastecimiento previo del agua, ya que en la mayoría de los casos, las industrias cuentan con un pozo propio, cuyo aforo es determinado por los servicios municipales¹⁰.

En estos procesos de producción, las cantidades de agua utilizadas para la transformación de los frutos, son evacuadas directamente a unas balsas de evaporación, que al afecto han sido construidas por los diferentes industriales mediante convenios establecidos entre los mismos.

Pues bien, siendo esto así, y minimizando en gran parte el volumen de agua residual, la Administración, o mejor dicho Emasesa, liquida las facturas correspondientes a la tasa por depuración, tomando como base la cantidad de agua usada-aforada en cada finca.

Supongamos que una industria utiliza un volumen medio de agua de 2.000 m³ mensuales. De dicho volumen más del 70% del mismo, es directamente evacuado a la balsa de evaporación establecida al efecto. Por tanto, verterá a la red pública un volumen de agua equivalente a 600 m³. Pues bien, en

⁹ Art. 7 L.Ty.P.P.

¹⁰ La Ordenanza fiscal, establece que el aforo del volumen de aguas en fincas con pozo propio, es competencia de Emasesa.

la factura por liquidación de la tasa de depuración, la base imponible estará constituida por los 2.000 m³ utilizados y no por los 600 efectivamente vertidos. Como se puede observar la liquidación así practicada es manifiestamente impropcedente.

Recapitulando tenemos una tasa, cuya base imponible tiene en cuenta factores ajenos a la efectiva realización del hecho imponible. El principio básico de equivalencia queda pues en tela de juicio.

4. VERTIDOS

Pasamos ahora a analizar la parte de la Ordenanza que consideramos *más importante*, por lesionar directamente derechos e intereses legítimos de todos los ciudadanos. Se trata de la regulación de los vertidos, materia que en la actualidad está siendo aplicada con especial rigor por los servicios técnicos de Emasesa.

Antes de analizar el Título dedicado a los vertidos, hemos de recordar que, el art. 1.º de la Ordenanza establecía de manera meridiana el ámbito de aplicación de la misma, así como el alcance de la delegación realizada a favor del Ayuntamiento de Sevilla, y por ende, a favor de Emasesa. Dicho artículo establecía lo siguiente:

«Suscrito con fecha 27 de abril de 1993 Convenio Administrativo Intermunicipal con el Ayuntamiento de Sevilla, para la prestación del servicio de depuración de aguas residuales en todo el término de Dos Hermanas, así como el vertido en el Polígono Industrial de Carretera de la Isla...».

La delegación efectuada abarca **exclusivamente a la depuración de las aguas residuales, y no a las normas sobre vertidos**, por lo que la consecuencia directa sería que el Título III de la Ordenanza, que regula las normas sobre vertidos, no sería aplicable a Dos Hermanas, por no haber sido delegada expresamente dicha competencia.

Sin embargo, la realidad práctica es otra bien distinta. Veamos.

El primer precepto del Título dedicado a los vertidos, es el art. 12, que establece lo siguiente:

«Siendo Emasesa responsable ante la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir del funcionamiento de la E.D.A.R.¹¹ Copero, así como de los vertidos que mediante conexión a la red pública de alcantarillado se realicen a los cauces públicos en el término municipal, lo será también de las funciones de fiscalización, control y sanción a los usuarios de la red de saneamiento por posible incumplimiento de la normativa de vertidos a que se refiere el presente Título».

La ordenanza establece en este artículo una aparente modificación del ámbito de aplicación establecido en un principio, pues se dice expresamente que

¹¹ Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales.

Emasesa es responsable de los vertidos que se realicen en el término municipal. Pero, ¿a qué municipio se refiere? ¿Al de Dos Hermanas? ¿No quedaba excluida esta competencia en art. 1.º?

Además dicho precepto otorga expresamente facultades sancionadoras a Emasesa: «Siendo Emasesa responsable ante la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir... **lo será también de las funciones de fiscalización, control y sanción a los usuarios de la red de saneamiento por posible incumplimiento de la normativa de vertidos a que se refiere el presente Título**».

De la lectura del precepto nos surge una duda ¿puede una empresa privada concesionaria de un servicio público asumir el ejercicio de la potestad sancionadora?

La solución a nuestra pregunta hemos de hallarla analizando dos aspectos:

- a) análisis del marco competencial en materia sancionadora, para conocer quién o quienes pueden imponer sanciones en nuestro Ordenamiento Jurídico y
- b) análisis de los principios básicos del procedimiento sancionador, para una vez analizados, deducir si son aplicados correctamente al caso en cuestión.

Comenzando por el reparto competencial en materia sancionadora, hemos de detenernos en el art. 25. 1 de la C.E. que consagra el carácter reglado de la potestad sancionadora como principio inspirador de nuestro Ordenamiento Jurídico, al establecer que

«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

El principio de legalidad, establecido por el art. 25.1 C.E., para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se desenvuelve –S.S.T.C. 219/89, 61/90, 83/90 y 93/93 entre otras muchas– en dos vertientes: una formal que se suele denominar exigencia de reserva legal, y que significa que ha de venir regulada en ley formal –en la actualidad principio recogido en el art. 127.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹² –y otra material, conocida de ordinario como mandato de tipificación legal, art. 129 L.R.J.-P.A.C.–.

El mandato de tipificación se desarrolla en dos planos sucesivos: primero ha de determinar la Ley cuales son las conductas que se consideran infracción administrativa –art. 129.1 L.R.J.-P.A.C.– y luego ha de atribuir a cada una de las infracciones la sanción que corresponde –art. 129.2 L.R.J.-P.A.C.–. En esta ope-

¹² En adelante, L.R.J.-P.A.C.

ración no se descarta¹³ la «colaboración» reglamentaria –art. 129.3 L.R.J.-P.A.C.– para precisar conceptos de mayor amplitud comprensiva y eliminar el riesgo de inseguridad jurídica, pero siempre que no se creen regulaciones independientes y no claramente subordinadas a la Ley.

Además, en materia local, el art. 85 de la L.B.R.L. y el 127 y ss. de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, coinciden en establecer el llamado *Principio de Legalidad en materia sancionadora*, estableciendo al efecto, que «*La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio*»¹⁴.

Pero es que además, el párrafo segundo de este mismo artículo señala que:

«El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamento, sin que pueda delegarse en órgano distinto».

Consecuentemente, sólo una norma con rango de ley, es decir, que emane del Estado o del Parlamento de una Comunidad Autónoma, puede legislar en materia sancionadora, sin que sea posible que una mera Ordenanza Local (que no tiene rango de ley en nuestra jerarquía normativa), otorgue potestad sancionadora a un ente gestor de un servicio público, que además, adopta la forma de Sociedad Anónima.

Estos razonamientos son suficientes para *cuestionar la legalidad de la Ordenanza así como la actuación de Emasesa*, pues ya hemos comprobado que la potestad sancionadora es indelegable, y que Emasesa carece del más mínimo soporte legal, para poder imponer una sanción a los usuarios de un servicio público.

Pero claro, en la Ordenanza que analizamos no aparece un artículo dedicado a las sanciones como tal¹⁵, aunque sí se recoge un precepto dedicado a los llamados «*recargos disuasorios*» que, como veremos, esconden verdaderas sanciones administrativas.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS LLAMADOS «RECARGOS DISUASORIOS»

El art. 28 de la ordenanza fiscal establece las medidas de obligado cumplimiento en materia de vertidos así como los llamados «recargos disuasorios». Dicho precepto dice así:

«Si requerida la industria, vivienda, local o entidad por Emasesa y transcurridos los plazos establecidos, continuara sin instalarse aquella o aquellas de las arquetas necesarias, o no se procediera a su limpieza y/o reparación, se procederá a aplicar un recargo disuasorio

¹³ S.T.S. 83/84, 87/85 y 2/87 entre otras muchas.

¹⁴ Art. 127 de la L.R.J.-P.A.C.

¹⁵ Aunque debemos mencionar que hasta el año 1997, sí se recogía expresamente.

consistente en incrementar el importe de la tasa de depuración en los porcentajes que a continuación se determinan»

El esquema del precepto es claro:

Infracción → Requerimiento → Persistencia en la Infracción → Recargo Disuasorio

El apartado 3.º del artículo, sigue estableciendo los supuestos en que será exigible el llamado «recargo disuasorio», de forma similar a cualquier catálogo de infracciones y sanciones

«Independientemente de la facultad que Emasesa se reserva, de investigar las responsabilidades en que pudiera incurrirse en cada caso, la superación de las limitaciones establecidas para caudales punta en el art. 20, serán objeto de un recargo disuasorio por contaminación consistente en incrementar en el doscientos por cien (200%) la tasa de depuración...».

El Apartado 4.º llega aún más lejos en la determinación de los importes de los «recargos disuasorios», estableciendo un recargo por contaminación que puede llegar a incrementar la tasa de depuración hasta un 350% de su importe.

Pero la aplicación de la sanción más grave, está prevista en materia de vertidos no permitidos, cuyo precepto establece que.

«... la evacuación a las I.P.S. de vertidos no permitidos, será objeto de la aplicación de un recargo disuasorio por contaminación, consistente en incrementar en el ciento veinticinco por ciento (125%) el importe de la tasa de depuración, aplicado a la cantidad que resulte de multiplicar por ocho (8) el volumen de agua liquidado en la facturación inmediatamente anterior».

«En lo sucesivo, y en tanto que se mantengan los vertidos no permitidos, se aplicará este recargo sobre la cantidad que resulte de multiplicar por ocho (8) el volumen de agua efectivamente facturado en cada período, hasta el momento que sea comunicada y verificada por Emasesa la corrección de los vertidos no permitidos...».

«Todas aquellas industrias a las que se les viniera aplicando ininterrumpidamente, durante períodos anuales, el recargo por contaminación... verán incrementados en treinta y cinco (35) puntos el porcentaje de recargos que se les viniera aplicando en el año anterior».

Por último hay que tener en cuenta que pese a lo «recargado del asunto» «los recargos anteriores no excluyen la aplicación de multas hasta el máximo autorizado por la legislación vigente...»¹⁶.

El esquema que se deriva de esta regulación es evidente:

Incumplimiento de la ordenanza (*infracción*) → Requerimiento (*notificación de la infracción*) → Recargo disuasorio (*sanción*)

¿Podemos considerar, tras este breve análisis, que los llamados recargos disuasorios encubren verdaderas sanciones?

¹⁶ Art. 28.c, párrafo 1.º

En nuestra opinión no hay lugar a dudas.

Pero la ilegalidad de la ordenanza no se detiene aquí. De todos es sabido, que la imposición de una sanción administrativa, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, va precedida en todo caso, por un procedimiento administrativo que garantice los derechos básicos del administrado y que quede sujeto al control que realizan los Órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Recordemos que el *ius puniendi* se manifiesta en dos vertientes, penal y administrativa y que la doctrina más cualificada¹⁷, ha establecido que la diferencia entre una sanción penal, y una administrativa, estriba en una simple cuestión de forma, razón por la cual siempre se han aplicado los principios fundamentales del Derecho Penal, al Derecho Administrativo Sancionador.

Tradicionalmente, en el ámbito penal, se han venido utilizando una serie de principios que garanticen la posición del ciudadano y proscriban la arbitrariedad de los poderes públicos; reconocida la potestad administrativa sancionadora se hace necesario trasladar estos principios al ámbito administrativo. El Tribunal Constitucional, desde el principio de su andadura (*Sentencias de 30 de enero y 8 de junio de 1981*), ha venido afirmando que: «*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionatorio dado que ambos son manifestaciones del orden punitivo del Estado*». Pues bien, los arts. 127 y ss. de la L.R.J.-P.A.C. contienen estos principios y plasman también algunos de estos matices. Los principios a observar por las Administraciones públicas en el ejercicio de su potestad sancionadora son los siguientes:

Principio de legalidad: la potestad sancionadora sólo se ejercerá cuando haya sido atribuida expresamente por una norma con rango de ley. Es decir, el Reglamento, como norma jurídica elaborada por la propia Administración, no puede tipificar infracciones administrativas ni sanciones.

Principio de irretroactividad: serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de cometerse los hechos que constituyan infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

Principio de tipicidad: es decir, no puede ser castigado una conducta que previamente no estuviera tipificada como infracción. Además no podrá ser castigada tampoco sino con una pena prevista para esa misma infracción antes de su comisión. A ello se añade que las disposiciones que definan infracciones y sanciones no podrán aplicarse analógicamente.

Principio de responsabilidad: sólo pueden ser sancionadas las personas físicas o jurídicas que resulten responsables, aunque sea a título de simple inobservancia.

¹⁷ Entre todos, el profesor Muñoz Conde.

Principio de proporcionalidad: debe existir una adecuación, o proporción, entre la infracción y la sanción, que, en ningún caso, puede suponer una medida privativa de libertad.

Principio de prescripción: las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.

Principio de no concurrencia de sanciones o de *non bis in idem*, que prohíbe que una determinada conducta sea sancionada dos veces por los mismos hechos.

Pues bien, la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por prestación del servicio de saneamiento y depuración de las aguas residuales que analizamos, establece en materia de vertidos, como hemos venido denunciando, que Emasesa asume las funciones de fiscalización, control y sanción a los usuarios de la red de saneamiento por incumplimiento de la normativa de vertidos¹⁸.

Y el lector de este artículo podría preguntarse cómo en la práctica se lleva a cabo el ejercicio de estas facultades que expresamente atribuye una ordenanza a una entidad mercantil, es decir, cual es el procedimiento establecido al efecto.

Pues bien, las referencias que la Ordenanza realiza en materia de procedimiento, son más bien escasas, por no decir nulas.

El art. 30, bajo el título «Normas de Procedimiento», establece o siguiente:

- a) Las comunicaciones entre las industrias y Emasesa se efectuarán por escrito y al menos con acuse de recibo por parte de la industrias y con sello de entrada por parte de Emasesa.
- b) La fecha consignada en el acuse de recibo, por parte de la industria, se considerará la fecha válida de inicio para cualquier plazo fijado en la Ordenanza.
- c) La fecha consignada en el registro de entrada de Emasesa, se considerará la fecha válida para el levantamiento de las medidas y recargos reglamentarios.
- d) Los recargos establecidos sobre el importe de la tasa de depuración, se establecerán sobre el volumen de agua facturado a la industria durante el período que corresponda.
- e) Los recargos dejarán de aplicarse, previa solicitud por escrito de la empresa afectada, y tras comprobar por parte de los técnicos de Emasesa, que la anomalía que dio lugar al recargo, ha sido subsanada.

Éstas son todas las referencias que en materia de procedimiento quedan establecidas en la Ordenanza.

¹⁸ Vid. art. 12 de la Ordenanza.

En la práctica, Emasesa liquida los llamados recargos disuasorios, mediante la incorporación de su importe en la factura por consumo de agua. De esta forma, la industria que, según Emasesa, no respete la ordenanza, se encontrará en la factura del mes vencido, el importe correspondiente al consumo de agua más el importe correspondiente a los recargos disuasorios más el I.V.A.

No hay posibilidad alguna de oponerse al «procedimiento» establecido por Emasesa. La propia factura indica que «*de no abonarse la factura dentro del período voluntario se incrementará con la indemnización por demora que corresponda*».

Ésta y no otra, es la forma de actuar en todo el municipio de Dos Hermanas.

Recordemos que si de un acto administrativo se tratara, al supuesto infractor (y decimos supuesto, por cuanto en esta materia también hay que respetar la presunción de inocencia), se le permitiría cuando menos, alegar, recurrir, oponerse, solicitar la suspensión del acto, y en resumen defenderse. Sin embargo con esta forma de actuar nada se puede hacer. O se paga la factura o se puede incluso llegar a suspender el suministro del agua.

Con la intención de poner de manifiesto las irregularidades que venimos denunciando, pasamos a exponer un ejemplo que puede corresponder a cualquier industria situada en el ámbito territorial de la norma.

Una industria es requerida por Emasesa por considerar que está incumpliendo la Ordenanza Fiscal en materia de vertidos no permitidos. El análisis de los vertidos se efectúa en los laboratorios de Emasesa sobre las muestras puntuales recogidas¹⁹. Emasesa viene facturando a la empresa en cuestión, por volumen de agua, una media de 700 € mensuales, cifra razonable si la empresa cuenta con algún proceso de fabricación-producción interno.

Emasesa facturará a esa empresa «incumplidora», las siguientes cantidades:

1. Desglose en un mes normal:

Volumen de agua liquidado en el mes.....	2.000 m ³
Tasa de vertido.....	0,172 €/m ³
Tasa de depuración	0,194 €/m ³
Facturación total.....	732 €

2. Desglose en el mes en que se detecta vertido no permitido:

Volumen de agua liquidado en el mes anterior..	2.000 m ³
Tasa de vertido.....	2.000 m ³ × 0,172 = 344 €
Tasa de depuración	2.000 m ³ × 0,194 = 388 €
Vertido no permitido	2.000 m ³ × 8 =16.000 €
Recargo (vertido no permitido)	16.000 × 0,437 (0,194 × 125%) = 6.992 €
Facturación total.....	7.724 €

¹⁹ El art. 25 de la Ordenanza, regula el modo de llevar a cabo los análisis de vertidos.

Como podemos observar, de una facturación media de 732 € mensuales, se llega a otra de más de 7.000 €, 10 veces superior a la anterior. Y sin embargo, se dice que esto no es una sanción.

Para la norma que venimos estudiando «*Los recargos anteriores no excluyen la aplicación de multas hasta el máximo autorizado por la legislación vigente, pudiéndose en caso de extrema gravedad, o por la índole de las infracciones, cursar las correspondientes denuncias a los organismos competentes en materia de Medio Ambiente, a los efectos de las sanciones que correspondan...*»²⁰.

De nuevo se comprueba el desconocimiento de la Ley por parte de la persona encargada de la redacción de esta Ordenanza. Existe un principio básico de nuestro Derecho Penal²¹, que por analogía se aplica también al Derecho Sancionador Administrativo, en virtud del cual nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos, entonces, ¿cómo puede la Ordenanza establecer la posibilidad de sancionar en casos de extrema gravedad con multas económicas, cuando en la práctica se está multando a los usuarios de la red pública de alcantarillado constantemente?

¿Sería posible volver a sancionar lo que de hecho ya ha sido sancionado?

Sinceramente creemos que no. Y aunque Emasesa se empeñe en decir que los recargos disuasorios no tienen naturaleza sancionadora, y que su única finalidad es la de conseguir con su imposición, un efecto disuasorio para el usuario evitando que reincida en su actuación contaminante, ¿no es ésta la finalidad perseguida por toda sanción?

La potestad sancionadora tiene por finalidad la constatación y represión de actos y omisiones transgresores de la legalidad jurídico-administrativa. Con el ánimo de garantizar el orden jurídico en vigor, se imponen sanciones a los responsables de un ilícito administrativo.

Por tanto, podemos decir sin temor a equivocarnos que se les llame como se les llame, consideramos que los *recargos disuasorios* establecidos en el art. 28 y ss. de la Ordenanza, esconden bajo ese nombre *auténticas sanciones*, que no respetan ni los derechos de los usuarios, ni la legalidad vigente que obliga, para la imposición de una sanción, a acudir al procedimiento administrativo establecido al efecto.

Por si todas estas consideraciones no fuesen suficientes para sostener nuestra tesis, el Tribunal Constitucional, ha tenido reiteradas ocasiones para pronunciarse sobre de la naturaleza jurídica de los mencionados recargos en materia tributaria.

Destacamos por su importancia la *S.T.C. 276/2000* de 16 de noviembre, que declaró nulo e inconstitucional el inciso primero del párrafo primero del

²⁰ Art. 29.c.

²¹ Principio conocido bajo el aforismo *ne bis in idem*.

art. 61.2 de la Ley General Tributaria por cuanto establecía un *recargo único del 50%* para los ingresos correspondientes a declaraciones liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo. La imposición de este recargo del 50% excluía el interés de demora y la sanción que pudieran ser exigibles.

El Tribunal Constitucional declaró que «algunos rasgos externos del recargo le confieren cierta imagen sancionadora», por cuanto:

- a) Se aplica a quienes han cometido una conducta en principio calificada como ilícito tributario, y por tanto al igual que sucede con las sanciones, el recargo se aplica como consecuencia de la infracción de una Ley.
- b) La imposición del pago de esa cantidad, incide negativamente sobre el patrimonio del obligado a satisfacerla y por tanto al igual que las sanciones, la medida se traduce en la restricción de un derecho.
- c) La cuantía del recargo se atempera-gradúa en función del comportamiento ilícito, al igual que sucede con las sanciones.
- d) Finalidad represiva, retributiva o de castigo propia de las sanciones.

La equiparación de los recargos a las sanciones contiene una clara consecuencia, y es que a dicho recargo le resultarán aplicables las garantías materiales y procesales aplicables a las sanciones que se deducen de los arts. 24.2 y 25.1 de la C.E.

Para el alto Tribunal, el derecho consagrado en el art. 25 de la C.E. comprende una doble garantía: la primera de carácter material se refiere a la necesidad imperiosa de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; la segunda, de carácter formal hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones –reserva de Ley en materia sancionadora.

Por lo que respecta al art. 24 de la C.E. el T.C. recuerda que «*las garantías procesales constitucionalizadas en dicho precepto, son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la constitución*».

Por tanto, tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y por tanto sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión.

Esto que prohíbe expresamente nuestro alto Tribunal, es lo que sucede precisamente en el asunto que tratamos. Emasesa, como entidad gestora de un servicio público, impone sanciones vía factura, contra las cuales no cabe el más mínimo derecho de defensa. Consideramos que esta forma de actuar, menoscaba

los principios y derechos rectores de nuestro ordenamiento, siendo por tanto inaceptable en nuestro Estado de Derecho.

IV. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

Como conclusiones de nuestro estudio, destacamos por su importancia las siguientes:

1. Dentro del **ámbito competencial** establecido en materia de aguas, los servicios públicos de abastecimiento y depuración son según Ley, competencias locales, cuya gestión se encomienda a una Administración Pública, y cuyo alcance o ámbito, dependerá de la legislación sectorial, que aborde la materia, ya sea estatal o autonómica. No se establece previsión normativa alguna que permita delegar la gestión de un servicio público a una entidad de carácter mercantil.
2. El concepto de **servicio público** implica necesariamente reservar la titularidad del mismo al *sector público*, por lo que la iniciativa privada en el ámbito afectado, queda en principio subordinada a que la persona pública titular del servicio, estime conveniente acudir a fórmulas de gestión indirecta que precisen su colaboración.
3. La Administración pública *titular del servicio*, es la responsable de la correcta y efectiva prestación del mismo, ya que ella es la única competente para satisfacer las necesidades en juego. Incluso en los supuestos de gestión indirecta de un servicio público, no debemos olvidar que la Administración competente conserva intensos poderes de dirección y control sobre la actividad y la organización del gestor, prerrogativas que se explican desde la responsabilidad última que incumbe a quien es titular de una actividad.
4. En materia de uso del agua por las Administraciones Locales, existe una *reserva formal de Ley* cuya principal consecuencia consiste en que será siempre el legislador sectorial, ya sea estatal o autonómico, quién determine el contenido material concreto de la competencia local, sin que pueda la corporación local por sí misma, regular materias reservadas a la Ley.
5. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas es un reflejo, junto con la jurisdicción penal, del poder punitivo del Estado. Así como las penas, en sentido estricto, se imponen en exclusiva por los Tribunales del orden penal, las sanciones administrativas se imponen por la Administración y son revisadas por los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

Dicha potestad se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio. No cabe por tanto imponer sanciones sin atender al procedimiento legalmente establecido.

V. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN: EL DERECHO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN

Comenzamos esta breve reflexión haciendo alusión al contenido del art. 45 de la Constitución Española:

1. *«Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».*
2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
3. *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».*

De la lectura del precepto reproducido, se deduce que nuestra norma fundamental declara en su art. 45 el deber de defender y conservar los recursos naturales así como el derecho a disfrutar de ellos. De este modo la norma constitucional plantea la obligatoriedad de defender y conservar los recursos naturales por parte de quien tiene potestad para ello, así como el correlativo derecho que todo ciudadano ostenta a su disfrute.

Se trata pues de un bien jurídico a proteger por nuestro Ordenamiento, cuyo deber de salvaguarda se orienta como una función pública administrativa, y cuyo incumplimiento determinará la correspondiente responsabilidad administrativa o incluso penal.

Dejando a un lado la discusión existente en la doctrina más cualificada, acerca de la consideración del derecho a un medio ambiente adecuado como auténtico derecho subjetivo, con las consecuencias de super protección que de ello se derivarían, lo que no ofrece duda alguna es que los ciudadanos en general gozamos de una serie de instrumentos de defensa frente a las agresiones ambientales. Y estas agresiones pueden venir producidas tanto por sujetos públicos como privados.

Por tanto, del régimen de responsabilidad exigible frente a las agresiones medio ambientales, debemos distinguir dos ámbitos, la exigida por las Administraciones Públicas a aquellos que causen daños al medio ambiente, y la responsabilidad exigida a la propia Administración como consecuencia de los daños ocasionados al medio ambiente.

Por tanto, ante una supuesta agresión medio ambiental, nuestra norma constitucional prevé la aplicación de las sanciones correspondientes, previa la instrucción de un procedimiento con todas las garantías. No se puede por tanto imponer una sanción, sin respeto al procedimiento legalmente establecido al efecto.

En este sentido debemos recordar, que el precepto reproducido establece como sujeto activo de la infracción medioambiental, a cualquier persona, ya sea física o jurídica, pública o privada. Y esta previsión constitucional, debería llevarse a la práctica, pues no olvidemos que en la mayoría de los casos, son precisamente las Administraciones Públicas en general, quienes, por acción u omisión, producen daños al medio ambiente, sin que de ello se derive responsabilidad alguna.

Por último, cerramos este breve estudio con el recuerdo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 1994, más conocida como *Asunto López Ostra vs. España*, que condenó al Reino de España por no haber procedido a adoptar las medidas oportunas para evitar gases, malos olores y molestias que una planta de residuos sólidos y líquidos, sin licencia y construida con subvención pública (para combatir los problemas de contaminación) venía ocasionando a la demandante y su familia, provocando además problemas de salud e impidiéndole el disfrute de su vida familiar. Además la S.T.E.D.H., destacó la necesidad de una Administración activa en la defensa del medio ambiente, estableciendo a tal fin las medidas oportunas «en justo equilibrio entre los intereses concurrentes del ciudadano y de la sociedad en su conjunto».

Pero esto sería materia de otro estudio. Quizás, la responsabilidad *in vigilando* exigida en otras muchas ramas del Derecho, debería tener aquí aplicación efectiva en aras a la protección del medio ambiente como bien jurídico cuyo respeto es necesario para garantizar el bienestar de la sociedad.