

Configuración jurídica de los derechos ecológicos

◆ Juan Manuel Ortega

La Primera Convención Nacional Hacendaria de 2004 recomienda como una de las acciones a seguir establecer gradualmente derechos ecológicos estatales, en un marco de regulación federal para no desalentar la inversión. Esto es prueba clara de que es necesario reconducir la financiación de los gastos públicos por otros derroteros, debido, entre otras razones, a la exigencia para hacer frente a los retos que la protección del medio ambiente exige, de manera que la política tributaria debería (como de hecho se propone) reorientarse hacia la figura jurídica de los derechos y en especial al establecimiento de los “derecho ecológicos”.

Lo que debe preocuparnos ahora sobre esta tendencia es preparar los caminos teóricamente correctos para que la referida opción política discorra con la sistematización o la estructura jurídico-científica que señalen a esos tributos. Ése será el propósito de este trabajo.

En primer lugar nos referiremos a la estructura del hecho imponible; enseguida comentaremos el tema de los sujetos pasivos para finalizar con la cuantificación de estos derechos.

El hecho imponible de los derechos ecológicos tiene una estructura compleja, pues requiere la

existencia de dos elementos: el primero es la mera puesta en riesgo de ciertos bienes ambientales, y el segundo, una actividad administrativa de autorización o licencia para realizar esas conductas.

Límites materiales del hecho imponible

Hay muchas conductas que afectan o pueden afectar al medio ambiente, no todas son susceptibles de ser gravadas. Desde esta perspectiva, el establecimiento de estos derechos se enmarcará dentro de los parámetros diseñados por las normas administrativas y sancionadoras. Así, existirán determinadas actividades con determinada intensidad que están prohibidas.

Las normas fijan un límite máximo que no se puede sobrepasar. Por encima de estos límites estamos ante actividades muy perjudiciales. No son tolerables de ninguna de las maneras, ni siquiera estableciendo un gravamen por su realización. Igualmente, existen actividades molestas que producen afectación con la intensidad mínima. Estos casos no son relevantes para la ley.

Consideramos que no existe un parámetro de normalidad y que es difícil suministrarlo de forma general,¹ pero no imposible, por lo que habrán de ser las Normas Oficiales Mexicanas u

¹ Algunos autores, al comentar el *Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas* (Ramip) afirman que no hay en el texto un parámetro de normalidad y que es difícil suministrarlo de forma general, por lo que sugieren que ha de hacerse una determinación *in casu*. La jurisprudencia ha tomado algunos parámetros para determinar ese estado de normalidad. Estos autores aseguran que la tolerabilidad

◆ Profesor-Investigador, Facultad de Derecho





otras disposiciones las que establezcan los límites máximos permisibles de cada actividad, para a partir de ahí precisar qué actividad estará sujeta al cobro de estos derechos.

El hecho imponible y el principio “quien contamina paga”

El hecho imponible tiene su apoyo en el principio “quien contamina paga”, el cual hunde sus raíces en el principio más genérico de equivalencia. No desconocemos que para la totalidad de la legislación, la jurisprudencia y la gran mayoría de la doctrina tributaria (que arrancan de una tradición jurídica de muchos años), el hecho imponible de los derechos por prestación de servicios o realización de una actividad administrativa en general, se entiende colmado en forma exclusiva, precisamente con la realización de una actividad administrativa, cualquiera que ésta sea, con tal de que se beneficiara o afectara, de modo particular, al sujeto pasivo.

Decimos que en apariencia, pues lo que en realidad sucede es que el hecho imponible ya no se constituye únicamente por la realización de un servicio público, sino que ahora, a esa actividad administrativa debe añadirse la puesta en riesgo de ciertos bienes sociales, marginando a aquella actividad a un escalón inferior, sin que por ello desaparezca, pues incluso es esta actividad administrativa la que le sigue justificando su carácter tributario.

Considero que este surgimiento de la “protección ambiental” como hecho imponible de algunos derechos tiene su origen en dos principios: el “principio de prevención” y el principio “quien contamina paga”.

El primero lleva a una técnica de prohibición con reserva de autorización temporal condicionada al cumplimiento de determinados estudios previos y requisitos; el segundo, al pago de los costes externos que la contaminación origina. Pues bien, debemos asumir que las actividades que ponen en riesgo al medio ambiente (por supuesto dentro de los márgenes permitidos) tienen más ventajas que su prohibición, pero provocan unos costes sociales que no deben ser asumidos por la colectividad sino por el causante de la actividad y beneficiario de ella.

De lo dicho anteriormente, podemos deducir que la actividad administrativa como tal pierde protagonismo dentro de la estructura de los derechos ecológicos, cuando se trata de ciertas conductas que no han obtenido autorización previa y cede el lugar de privilegio a otro elemento: la puesta en riesgo de bienes sociales jurídicamente protegidos.

El aspecto temporal del presupuesto de hecho

La regla general para el devengo de los derechos ecológicos es que éstos se presentan desde el momento mismo en que se inicia la prestación

del hombre medio como criterio de normalidad mira al aspecto individual en tanto que el de la conciencia social mira el colectivo y social, aspectos ambos presentes en las normas del Ramip. Cfr. M. Piñar Díaz. *Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas “Comentarios, jurisprudencia y formularios”*. Granada, Comares, 1996, pp. 9-13.

del servicio o la realización de la actividad administrativa de autorización de esas conductas; sin embargo, esta regla tiene dos excepciones: cuando el hecho imponible se constituye por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, y cuando el hecho imponible se configura por la puesta en riesgo del dominio público. En ambos casos, el surgimiento de la obligación se inicia desde el momento mismo en que se utiliza privativamente o aprovecha especialmente un bien del dominio público o cuando se le pone en riesgo.

La exigibilidad de estos derechos no precisa de la demostración causal entre la conducta y un posible daño, pues puede que ni siquiera se presente éste. Basta la mera puesta en riesgo. Ya se analicen estos supuestos desde la perspectiva del acto o hecho jurídico del particular que utiliza o se aprovecha del dominio público, o desde la óptica del acto administrativo que convalida tales hechos a través de la autorización, siempre existirá un respaldo legislativo que permitirá legalizar la conducta y retrotraer los efectos del acto administrativo al momento en que se inició tal utilización o aprovechamiento.

Los sujetos tributarios de los derechos ecológicos

El sujeto activo tanto para establecer como para aplicar y exigir los derechos ecológicos seguirá siendo el mismo que establece, aplica y exige los derechos ordinarios por prestación de servicios o realización de actividades administrativas.

El sujeto pasivo será quien ponga en riesgo ciertos bienes ambientales, es decir, la concepción tradicional de la responsabilidad tributaria en el

caso de los derechos no parece muy compleja: será responsable en el pago quien utilice en forma privativa o se aproveche especialmente del dominio público o bien, a quien se refiera, afecte o beneficie de modo particular la prestación de servicios o actividades en régimen del Derecho público.

Determinación de la cuantía

Cuando estamos frente a conductas que tienen como propósito utilizar privativamente o aprovecharse en forma especial del dominio público, no habrá problema para cuantificar su monto, dado que la ley establece el cálculo para hacerlo determinable. El problema surge en aquellos casos en los que la ley expresamente indica que el hecho imponible se constituye por la expedición de una autorización administrativa, pero claramente se observa que en realidad el hecho imponible no se constituye por la prestación de un servicio o la realización de una actividad administrativa, sino por la “mera puesta en riesgo de ciertos bienes ambientales protegidos jurídicamente”.

Se presupone existe una actividad administrativa de por medio (autorización o licencia), lo cual, en sentido estricto, las coloca dentro del grupo de derechos por prestación de servicios o realización de actividades, de ahí que su cuantificación debiera encontrarse en línea directa con el “costo total del servicio, incluso el financiero”. Es por ello que se concluye que los derechos ecológicos no pueden adoptar como criterio de cuantificación el previsto como regla general para los derechos por prestación de servicios, sino el subsidiario, es decir, el que permite con-



siderar el “carácter racionalizador del servicio”. Ello, porque el coste real o previsible del servicio prestado o actividad administrativa realizada representa una insignificancia en relación con el coste que supondría para el sujeto pasivo evitar los efectos de las conductas de molestia y riesgo.

Carácter racionalizador del servicio

Este criterio -podría aducirse- supondría una desconexión entre el hecho imponible y el criterio de cuantificación; sin embargo, no es así si reparamos en que el hecho imponible en estos derechos no se constituye en exclusiva por el servicio o actividad administrativa, sino muy especialmente por la puesta en riesgo de bienes ambientales. Así pues la línea directa que debe existir siempre entre hecho imponible y cuantía no sólo no se resquebraja, sino que queda claramente apuntada pues el criterio subsidiario de cuantificación así lo autoriza.

Existe una calificada doctrina extranjera que considera la necesidad de aceptar para los derechos por prestación de servicios o realización de actividades, un criterio de cuantificación distinto al de cobertura de costes. Creemos que son cuatro los autores que han realizado este esfuerzo. Cada cual desde perspectivas distintas.

El primero de ellos, creemos, fue el profesor Simón Acosta,² quien denominó “principio de restricción” a los derechos debidos por prestación de servicios. Asegura que cuando el número de servicios prestados sea limitado, y haya personas

que se queden sin posibilidades de recibirlo, podría tomarse en cuenta, además del coste del servicio, el resarcimiento a la comunidad del perjuicio diferencial que soportan las personas que quedan marginadas del uso. En cuyo caso la tasa podría ser superior al gasto provocado.

Posteriormente, el profesor Pagés I. Galtés establece que “el principio de equivalencia actuaría como límite máximo de recaudación de las tasas cuando el coste del servicio o actividad sea por defecto desproporcionado de acuerdo con el valor de la prestación recibida por los afectados, de tal modo que si se cuantificara el importe máximo a recaudar por tasa en atención con el coste del servicio, los afectados por el mismo pagarían inexorablemente una cuota muy inferior al valor de la ventaja que para ellos representa el servicio o actividad percibido”.³

Por su parte, el profesor Herrera Molina al referirse a las “Tasas por actuaciones administrativas de tolerancia ambiental” establece que en esta figura la actividad administrativa queda reducida a la autorización de las correspondientes actividades, lo cual supone un coste despreciable, por lo que debiera aplicarse la cuantificación supletoria donde la expresión “en su defecto, del valor de la prestación recibida”, sería el valor de la autorización y ésta equivale al coste económico que supondría prescindir de la actividad autorizada (si se trata de una actividad contaminante, al coste de evitar la contaminación).

² E. Simón Acosta, “Reflexiones sobre las Derechos de las Haciendas Locales”, en *HPE*, núm. 35, Madrid, IEF, 1975, p. 284.

³ *Ibid.*, p. 51. Artículo en la revista *Tributos Locales*, núm. 4, febrero de 2001, p. 19.

Finalmente, el profesor Calvo Ortega⁴ indica que junto a las tradicionales Tasas vinculadas al coste del servicio, están las Tasas libres. Para él, su cuantía es muy superior al citado coste porque la autorización administrativa (licencia) se concede previo un servicio público de verificación a un número restringido de solicitantes y les atribuye una situación de competencia limitada con aumento de su beneficio (licencias de telefonía, televisión, etcétera). *A priori*, el número de licencias está limitado, aunque todos los solicitantes cumplan los requisitos. Esta exorbitancia legal, para Calvo Ortega, estaría justificada. El profesor afirma que sería contrario al principio de capacidad económica que la tasa se vinculara aquí al coste del servicio.

Como se observa, aun cuando los enfoques son diversos -para el profesor Simón Acosta este cobro se justificaría para resarcir el perjuicio diferencial de quienes no recibieron el servicio o actividad administrativa; para el profesor Pagés I. Galtés, la justificación se encuentra en la desproporción con el valor de la prestación recibida por los afectados -ganancias económicas; por su parte, para el profesor Calvo Ortega, lo importante es el respeto al principio de capacidad económica lo que justifica esta exorbitancia, mientras que el profesor Herrera Molina, pone el acento en el

ahorro económico que supondría prescindir de la actividad autorizada- y en todos ellos subyace la idea de que la Administración, al conceder ciertas autorizaciones -se encuentren o no en una situación de competencia restringida las actividades autorizadas- implícitamente está colocando en posición ventajosa a sus destinatarios al no gravar los costes externos que esas actividades provocan.

Nosotros defendemos que en los derechos ecológicos es necesario acudir al “coste como elemento racionalizador del servicio” como criterio único de cuantificación, cuyo contenido implicaría tanto el ahorro económico que supone para el beneficiario de la autorización, el evitar los efectos del riesgo de su actividad, como el beneficio extraordinario que tal autorización le origina. Este criterio de cuantificación tiene sustento en el principio de equivalencia.

De esa manera, sería justificable que la tarifa por la expedición de la puesta en funcionamiento de una instalación metalúrgica, por ejemplo -que en sí misma es potencialmente ruidosa-, estuviera en relación con el coste real o previsible del servicio prestado, si los procesos industriales que ahí se generen fuesen absolutamente silenciosos (lo que implicaría una enorme inversión en medidas tecnológicas preventivas y disuasivas del ruido), pero

⁴ Rafael Calvo Ortega. *Curso de Derecho Financiero*. 5ª edición, España, Civitas Ediciones, pp. 136-137. Entendemos que este mismo autor inicialmente se había mostrado crítico con este criterio de cuantificación poniendo de manifiesto que resultaba “inadecuado al mandato constitucional, pues parece ser que se está indicando a los Ayuntamientos que a mayor utilidad del servicio debe corresponder una mayor carga tributaria y además, se pregunta: ¿cómo se puede medir esa utilidad? Por otro lado, al tomarse en cuenta a la finalidad de los servicios públicos para cuantificar los Derechos, que no puede ser otra que proporcionar utilidad a los interesados, sea de orden jurídico, económico, social o físico, en realidad se hace redundante pues la finalidad sería tanto como considerar la utilidad.” Cfr. R. Calvo Ortega. “Los Derechos de las haciendas locales: Aspectos problemáticos”, en *Crónica Tributaria*, núm. 6, Ministerio de Hacienda-IEF, pp. 22-23.



como no es así, resulta razonable que la autorización se cuantifique considerando no sólo el coste del servicio, sino también el ahorro económico que supone para esa industria el prescindir de los sistemas preventivos y disuasivos de ruido que a todo el vecindario afectará, aun cuando formalmente se cumpla con los “niveles tolerables”.

Ha sido precisamente esa visión miope la que impidió en los años de la posguerra acusar a una pujante industria de contaminar masivamente al medio ambiente. Ello fue posible únicamente cuando el problema alcanzó niveles preocupantes. Fue entonces cuando las instituciones sociales, incluido el derecho, reaccionaron.

Estamos ante la oportunidad de dar un paso más en la búsqueda de mejores niveles de vida y una situación tributaria de igualdad, reconociendo que las actividades de riesgo al medio ambiente pueden prevenirse, o minimizar sus efectos nocivos, si al gravarse con los derechos ecológicos que proponemos toman en consideración, dentro de su cuantificación, tanto el ahorro económico que para sus titulares significa no invertir en las medidas necesarias para que aquellos se generen⁵ como el beneficio diferencial obtenido por la prestación del servicio o realización de esa actividad administrativa. Todas las conductas de riesgo al medio ambiente pueden prevenirse a través de este método.

Permítaseme otro ejemplo: quien con autorización administrativa coloca un cartel propagandístico observable desde la vía pública, perturba en mayor o menor medida el paisaje urbano o natural, y lo hace porque, bien le significa un ahorro económico (porque resultaría onerosa una publicidad personal, por ejemplo), o bien, porque hacerlo conlleva mayores beneficios (debido a la estratégica colocación del cartel que le permite un mayor impacto publicitario).

Los ejemplos podrían multiplicarse. Lo cierto es que detrás de estas conductas siempre existe una motivación económica que, directa o indirectamente, altera o afecta el medio ambiente y, en cualquier caso, ha sido la Administración la que situó al titular en una posición económicamente ventajosa, por lo que debe ser el propio sistema jurídico el que restablezca esa situación.

El principio de equivalencia en su versión tradicional (compensar el coste real o previsible del servicio) ya no puede sostenerse en una sociedad que es sustancialmente diferente de aquella en la cual surgió este principio.

La nueva sociedad exige nuevos y audaces esquemas de seguridad que hagan frente a sus efectos. Éste es precisamente el cambio cualitativo al que se refiere esa expresión.

⁵ En ese sentido bien cabe la opinión del profesor Checa González, para quien: “La crisis del Estado liberal y su paulatina y progresiva sustitución por el Estado social de derecho, ha dado inicio a una nueva fase de relaciones entre Economía y Derecho, abandonándose la anterior perspectiva, según la cual las dos ciencias había que considerarlas como dos sistemas comunicados, adscritos a dos ordenes distintos: Sociedad y Estado”. Cfr. C. Checa González. “Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional”, en *REDF*, núm. 40, octubre-diciembre de 1983, p. 516.

Límites de los derechos ecológicos

Ya dijimos que estos derechos han de establecerse con una cuantía tal que hagan efectiva su función de prevención o disminución de los efectos indeseados de las conductas de riesgo, pero esa cuantía ha de regirse por ciertos principios: el principio de equivalencia (a través del principio del provecho o utilidad obtenida) y el principio de proporcionalidad.

El principio de la equivalencia

Conviene recordar que para nosotros el principio de equivalencia atendería no solamente a la relación entre el coste real o previsible del servicio o actividad y la recaudación de la tasa, (principio de cobertura de costes, en sentido genérico), sino también a la relación entre la prestación del servicio y la contraprestación (en sentido económico) que paga el receptor del mismo (principio del provecho obtenido o utilidad percibida).⁶

La cuantía de los derechos ecológicos no podría exceder de ese provecho obtenido o esa utilidad percibida. Será un límite máximo para su cuantificación. No obstante lo dicho con antelación, en la práctica resultará bastante complicado

precisar con exactitud ese provecho o utilidad, por eso, el principio del provecho obtenido o utilidad percibida no debe suponer el único y exclusivo límite de estos derechos, sino que debe combinarse con el principio de proporcionalidad para hacer efectiva esa garantía.

El principio de la proporcionalidad

Consideramos que el principio de proporcionalidad sería el verdadero límite a la excesiva cuantificación de los derechos ecológicos. A través de él se trata de evitar el exceso o la desproporción en la determinación del *quantum*, ya que huye de las generalizaciones y se centra en derechos concretos. Es en definitiva un análisis individualizado de la relación medio (la tasa impuesta) a fin (la medida extrafiscal que se pretende). Sólo este principio constituye una verdadera garantía para el contribuyente.

El principio de proporcionalidad se erige en un juicio negativo, en el sentido de que nos dirá si el medio restrictivo de derechos fundamentales es “desproporcionado”, más nunca servirá para afirmar la proporcionalidad de la medida adoptada.

⁶ Para García Frías, aunque este principio no suponga un límite fundamental para los Derechos en general, sí es especialmente aplicable para los derechos extrafiscales. Para ella, este principio está especialmente indicado cuando grupos de ciudadanos, o ciudadanos individuales, causen, con sus conductas inadecuadas, ciertas acciones estatales de elevado coste, con las cuales los restantes ciudadanos nada tengan que ver. A. García Frías. “Los fines extrafiscales en los derechos”, en *Derechos y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, IEF-Marcial Pons, 1991, p. 179.