

21-2009

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las catorce horas con once minutos del día treinta de julio de dos mil catorce.

El presente proceso ha sido promovido por el ciudadano Rafael Alberto Mendoza Calderón, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 9 de la Ordenanza Integral para la Regulación, Gestión y Tratamiento del Recurso Hídrico del Municipio de Nejapa, San Salvador, contenido en el Decreto Municipal n° 4 de 11-XII-2006, publicado en el Diario Oficial n° 238, Tomo 373, de 20-XII-2006, reformado por Decreto Municipal n° 5, de 28-V-2008, publicado en el Diario Oficial n° 101, Tomo 379, de 2-VI-2008 (en adelante, D.M. 4/2006), por la supuesta violación al art. 131 ord. 6° de la Constitución (Cn.).

La disposición impugnada prescribe:

"Art. 9.- de la Explotación

Las empresas o industrias que utilicen el recurso hídrico extraído a través de pozos ubicados en su propiedad con fines Comerciales e Industriales, tendrán que pagar en la Alcaldía Municipal de Nejapa, por la explotación del mismo la cantidad de 0.35 centavos de dólar por metro cúbico de agua extraída.

Para cuantificar el cobro mensual del agua extraída, por la empresa o industria, la municipalidad instalará un medidor de flujo o macro-medidor, en el pozo, el cual será propiedad del usuario, y será pagado por éste a precio de mercado.

Para establecer el pago correspondiente, la Municipalidad enviará una vez por semana, con el objetivo de establecer el historial de consumo representado en un consumo mensual, a fin de evitar la sobre explotación del manto acuífero.

La facturación será mensual, la cual deberá de ser cancelada dentro de los tres días siguientes después de recibida, en la tesorería de la Alcaldía Municipal de Nejapa, contra entrega de recibido de fórmula UNO-ISAM.

El pago de los recibos se hará en todo caso correlativamente, no siendo admisible el pago de uno de ellos dejando pendiente el anterior o anteriores.

Por la falta de pago de dos o más recibos consecutivos o alternativos, se procederá a la suspensión del servicio de agua y originará una mora de \$ 1.14 por cada mes.

Para solicitar la reconexión del servicio de agua, la empresa deberá de presentar canceladas las facturas pendientes de pago y cancelar la cantidad de \$ 30.00 en concepto de reconexión. Luego de haber cancelado, deberá de esperar un máximo de 72 horas (3 días hábiles) para la reconexión.

Con el objeto de evitar que el marco-medidor sea manipulado por personas ajenas a la municipalidad, se le colocará un marchamo, que consiste en un sello de protección a favor de la Municipalidad".

Han intervenido en el proceso el demandante, el Fiscal General de la República y el Concejo Municipal de Nejapa.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. El demandante indicó que en el esquema constitucional salvadoreño, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales son tributos de distinta naturaleza, por lo que también se distinguen en su forma de creación.

En ese orden —añadió—, el constituyente dispuso que la creación de impuestos corresponda única y exclusivamente a la Asamblea Legislativa, por la representatividad de esta; por lo cual, a las municipalidades solo les compete establecer tasas y contribuciones especiales. Sin embargo, la disposición impugnada establece un cobro que implica una obligación tributaria a cargo de las empresas o industrias que utilicen el recurso hídrico extraído a través de pozos ubicados en su propiedad, con fines comerciales e industriales. Regulación que en realidad establece un impuesto y no una tasa, pues el municipio no está ejecutando ninguna actividad como contraprestación del cobro que establece la disposición objeto de control.

En consecuencia —alegó—, se ha conculcado el art. 131 ord. 6° de la Cn., en lo relativo al *principio de reserva de ley en materia tributaria*, en el sentido de que solo la Asamblea Legislativa está facultada para crear impuestos, no así un Concejo Municipal.

2. Con respecto a anterior, esta Sala, por resolución de 28-X-2009, admitió la demanda presentada y el examen constitucional respectivo se circunscribió a dirimir si el art. 9 del D.M. 4/2006 efectivamente regula un impuesto y no una tasa, por lo cual vulnera el *principio de reserva de ley en materia tributaria*, en el sentido de que solo la Asamblea Legislativa está facultada para crear impuestos, y no un Concejo Municipal mediante ordenanzas.

3. El Concejo Municipal de Nejapa rindió el informe requerido de conformidad con el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en los siguientes términos:

A. Expuso que había creado el D.M. 4/2006 en uso de las facultades dispuestas en el art. 204 ords. 1° y 3° Cn., relacionado con los arts. 3 ords. 1°, 3° y 5°, 4 ord. 10° y 7 del Código Municipal (en lo sucesivo, C.M.); 7 inc. 2° de la Ley General Tributaria Municipal (L.G.T.M.); y los arts. 571 y 579 del Código Civil (C.C.).

B. Alegó también que el tributo impugnado es una tasa y no un impuesto; aserto que intentó fundamentar con jurisprudencia emitida por este tribunal sobre los distintos tipos de tributos reconocidos en el ordenamiento jurídico; particularmente con respecto a las tasas.

En cuanto al caso concreto —agregó—, es singularmente importante considerar que la disposición impugnada regula *un bien nacional de uso público*, acerca de los cuales esta Sala también se ha pronunciado, verbigracia en la sentencia emitida en el proceso de Amp. 99-2002, donde se relacionó la posibilidad de que los Municipios regulen este tipo de bienes.

Sobre tales bases —acotó—, se puede concluir que el tributo impugnado es una tasa, ya que las empresas industriales y comerciales que utilizan el recurso hídrico que no les pertenece, con fines comerciales e industriales, reciben una contraprestación directa, que es precisamente el recurso hídrico extraído de los mantos acuíferos ubicados dentro de la circunscripción territorial del municipio y que les sirve en muchos casos como materia prima en sus procesos de producción. Así, la regulación del recurso hídrico utilizado por este tipo de empresas lleva intrínseco el uso racional y no indiscriminado del mismo, que es un recurso *natural no renovable*, por la sencilla razón de que la finalidad de estas empresas es de naturaleza mercantil y con fines de lucro, *contrario sensu*, el municipio es de naturaleza pública y vela por el bien común local.

C. Por otra parte, señaló que el D.M. 4/2006 *tiene por objeto que, por parte del sector doméstico e industrial, se propicie un uso y explotación del recurso hídrico razonables; además, regular e implementar medidas tendientes a la protección y preservación de aquel recurso; y, brindar el tratamiento adecuado a las aguas residuales para evitar la contaminación, pues la disposición impugnada, aparte de establecer el cobro de la tasa por explotación, implica un mecanismo de monitoreo semanal.*

Por último, indicó que el art. 9 D.M. 4/2006 no ha vulnerado el principio de reserva de ley, ya que el tributo allí contenido es una tasa y no un impuesto.

4. El Fiscal General de la República rindió su opinión, contemplada en el art. 8 de la Ley de Procedimientos Constitucionales en los siguientes términos:

A. En una primera acotación, definió qué es un tributo y refirió la clasificación tripartita de estos; luego añadió que, en virtud de los principios de derecho tributario contemplados en la legislación salvadoreña, el municipio de Nejapa podría exigir algún tributo que conllevara el beneficio de los habitantes del municipio por la explotación de los mantos acuíferos existentes en el territorio bajo su jurisdicción.

Sin embargo —indicó--, la naturaleza del tributo que se está cobrando no encaja precisamente en el concepto de tasa, porque si bien los mantos acuíferos se encuentran en el territorio de la municipalidad, no son explotados directamente por la Alcaldía, ni el agua que se extrae es directamente llevada por la municipalidad a los usuarios, como en el caso de otros servicios, por ejemplo el aseo o el alumbrado públicos. Entonces, aun si los habitantes del Municipio se benefician por la existencia de esta clase de industrias y dicha actividad pudiera ser objeto de tributación, *el cobro por esta no debería considerarse una tasa, pues no es un servicio prestado directamente por la comuna.*

En ese sentido, apuntó que las facultades concedidas por el Código Municipal a los Concejos Municipales son claras y desarrolladas según la ley que las regula.

Así, adujo que para cumplir con la Constitución, es necesario regular las tasas y contribuciones especiales de los municipios en una ley que establezca los principios y normas legales a los cuales se sujetarán los ordenamientos jurídicos que sobre la materia deben emitir los Concejos Municipales —transcribió el art. 1 LGTM—.

Añadió que de acuerdo con la Constitución y el art. 3 C.M., al Concejo Municipal se le han otorgado dos clases de competencias: normativas o legislativas y ejecutivas o administrativas. Las primeras se encuentran contempladas en los ords. 1°, 2° y 6° del referido precepto legal; y sobre el ord. 6°, la jurisprudencia de este tribunal —afirmó— ha dicho que es el único caso de injerencia de la Asamblea Legislativa en la Administración Municipal. En virtud de esa disposición, la Asamblea Legislativa entra a conocer toda clase de impuestos que el referido Concejo le presenta para su aprobación o que dichos impuestos deban examinarse para valorar si se justifica su necesidad, utilidad y finalidad, para que tengan fuerza de ley.

B. Con respecto al principio de reserva de ley en materia tributaria, indicó que, según jurisprudencia de este tribunal, tal principio se sustenta en el principio de equidad, el cual —a su vez— se vincula con el principio de capacidad contributiva, es decir que los tributos se establecen en forma proporcional, atendiendo a la justicia y a la igualdad de las personas.

Sobre los límites para la configuración de tributos, sostuvo que jurídicamente existían límites formales y materiales; en virtud de ellos, la creación de tributos se justificaba en las necesidades del Estado, lo que impone el deber general de los individuos de contribuir al sostenimiento de las funciones estatales.

II. Relacionados los alegatos de los intervinientes, corresponde ahora exponer el orden que

seguirá la presente decisión.

Así, de lo argumentado por los intervinientes se advierte que lo controvertido en el presente proceso es *el tipo de tributo contemplado por el objeto de control, que el demandante califica como impuesto y la comuna, como tasa*; es decir, lo que se discute es si efectivamente constituye una tasa o un impuesto. Ello, a su vez, *gira en torno del hecho generador concernido: utilización de agua con fines industriales o comerciales; pues se debate su viabilidad para figurar como la contraprestación del gravamen impugnado.*

A partir de lo anterior, para tratar de manera coherente el motivo de inconstitucionalidad admitido, la presente decisión seguirá la siguiente secuencia: en una primera etapa se aludirán algunos elementos acerca de los tributos; específicamente, (III) se referirán aspectos generales de estos; luego, (IV) se consignarán las diferencias de los tributos desde el punto de vista de su hecho generador; a continuación (V) se abordarán de manera particular las características de las tasas; tópico que nos conducirá a (VI) la autonomía municipal (1) y la potestad tributaria municipal en general (2). Luego, en una segunda etapa, a fin de establecer si el hecho generador es válido para figurar en una tasa, (VII) se relacionarán los distintos bienes del Estado, (1) los de dominio público y (2) los fiscales o patrimoniales; seguidamente, (VIII) se aludirá a la utilización de los bienes de uso público, (1) distinguiendo el uso común o mero uso y (2) el uso especial o explotación; (3) para continuar con el régimen constitucional de explotación de los bienes de uso público y (4) y finalizar este punto con una breve referencia del régimen de explotación de los bienes de dominio público pertenecientes a la riqueza nacional. Seguidamente, (IX), a la luz de lo anterior, (1) se esclarecerá qué tipo de bien constituyen las aguas freáticas ubicadas en terrenos de propiedad privada, y con base en ello (2) se especificará su régimen de explotación. A continuación, (X) se hará una breve mención del alcance prescriptivo del criterio jurisprudencial establecido en la Inc. 28-2008, y su relación con lo resuelto en este caso. Por último, (XI) se abordará el principio de reserva de ley en materia tributaria. Así, se tendrán los elementos necesarios para (XII) (1) analizar el contenido normativo del precepto impugnado y (2) establecer si es válido el cobro de una tasa municipal por la utilización industrial o comercial de las citadas aguas, o si con ello efectivamente se ha quebrantado el principio de reserva de ley.

En ese orden, en virtud del principio de eventualidad procesal, únicamente en caso de determinarse que el tributo establecido en el objeto de control controvierte el principio de reserva de ley, (XIII) se considerará la posible modulación de los efectos de la sentencia a emitir. Y

concluida la cuestión, (XIV) se emitirá el fallo que según la Constitución corresponda.

III. Siguiendo el esquema propuesto, y visto que en el presente caso se discute la naturaleza del tributo impugnado, corresponde abordar algunos aspectos generales de los tributos.

Esta Sala ha sostenido reiteradamente —verbigracia en sentencias de 9-VII-2010 y 15-II-2012, Incs. 35-2009 y 66-2005, respectivamente— que los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones especiales. Esta clasificación —compartida por la doctrina— ha tenido recepción tanto a nivel constitucional como legal —arts. 131 ord. 6° Cn. y 12 del Código Tributario—.

1. En atención a lo anterior, en la precitada Inc. 35-2009, se indicó que el *impuesto* es el tributo cuyo *hecho generador* es definido sin referencia alguna a servicios o actividades de la Administración. Por ende, el impuesto es el tributo por antonomasia: se paga porque se ha realizado un hecho *indicativo de capacidad económica*, sin que la obligación tributaria se conecte causalmente con actividad administrativa alguna.

Por tal razón, se le ha calificado como un tributo no vinculado, *ya que no existe conexión del obligado con actividad estatal alguna que se singularice a su respecto o que lo beneficie*, pues —se insiste— el hecho generador consiste en una situación que, según la valoración del legislador, tiene idoneidad abstracta como índice o indicio de capacidad contributiva (Inc. 66-2005, ya relacionada).

2. La *tasa*, por su parte, es el tributo cuyo hecho generador consiste en la prestación de un servicio o la realización de una actividad por parte del Estado, que afecta o beneficia de modo particular al sujeto pasivo. Desde tal perspectiva, las tasas muestran las siguientes características: (i) su hecho generador lo conforma un *servicio o actividad* que realiza el Estado y que está vinculado con el sujeto obligado al pago; (ii) se trata de un servicio o actividad *divisible*, lo que posibilita su particularización; y (iii) la actividad o servicio es inherente a la *soberanía* estatal, es decir que nadie más que el Estado está facultado para realizarla (Inc. 35-2009, ya relacionada).

3. Finalmente, la *contribución especial* es el tributo cuyo hecho generador consiste en la obtención de un beneficio por parte de los sujetos pasivos, *como consecuencia de la realización de obras o actividades especiales del Estado, encaminadas a la satisfacción de intereses generales*. Respecto de este tributo resulta irrelevante que el sujeto pasivo obtenga o no, en el caso concreto, el beneficio previsto, pues *basta que la obra o actividad pública de que se trate sea idónea para producir dicho beneficio en él o en su patrimonio* —Inc. 35-2009—.

IV. Habiendo referido las características de cada clase de tributo, se consignarán sus diferencias a partir de su hecho generador.

La jurisprudencia de esta Sala —sentencias de 14-XII-2012 y 16-I-2013, Incs. 43-2006 y 81-2007, respectivamente— también ha establecido que el *impuesto* se diferencia de las *tasas* y las *contribuciones especiales* porque el hecho generador del primero es una situación que revela capacidad económica, referida exclusivamente al obligado, sin relación alguna con la actividad del Estado; por el contrario, el hecho generador de las tasas y contribuciones especiales es una situación que necesariamente se relaciona con la realización de una actividad del Estado.

Asimismo —se adujo en la jurisprudencia referida—, las *tasas* se diferencian de las *contribuciones especiales* en que, si bien en el hecho generador de ambas está presente un servicio o actividad administrativa, *en las primeras dicha actividad está motivada ante todo por el particular y pretende la solución de problemas individuales*; en cambio, en las segundas, el Estado actúa principalmente para la satisfacción de los intereses generales — aunque también genere un beneficio especial a determinadas personas—.

V. Ahora bien, específicamente en cuanto a las tasas, la jurisprudencia constitucional — como cita, sentencia de 7-VI-2013, Inc. 56-2009— ha establecido lo siguiente:

1. Se determinó que la *tasa* es el tributo cuyo hecho generador está integrado por una actividad o servicio divisible del Estado o municipio, hallándose esa actividad relacionada directamente con el contribuyente. A partir de tal conceptualización se aludieron las siguientes características de las tasas:

2. A. Se expuso que *se trata de una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio*. Así, el pago de las tasas se vincula con la soberanía del Estado, de manera que han de ser sufragadas obligatoria e igualitariamente por los sujetos pasivos de dicho tributo. Son —como todos los tributos— coercitivas, su pago se exige con prescindencia de la voluntad del sujeto obligado; pues, en efecto, el vínculo entre el Estado y el contribuyente no deviene de una relación contractual.

B. También se indicó que la tasa *debe ser creada por ley*. Ello, en el sentido de que ha de ser establecida mediante el instrumento normativo de carácter general y abstracto habilitado para tal efecto por la Constitución.

Así, según el art. 204 ord. 1º Cn., los municipios pueden establecer tasas a través de ordenanzas municipales —exigibles únicamente a nivel local—. Sin embargo, cuando se trate de

tasas de alcance nacional, estas deben ser instituidas mediante ley en sentido formal, es decir, emitida por la Asamblea Legislativa.

C. Se ha especificado además —sentencia de 4-V-2011, Inc. 61-2005— que la citada actividad puede consistir en la *utilización especial del dominio público*, la *prestación de un servicio público* o la *realización de una actividad* que beneficie de manera particular al sujeto concernido.

En ese sentido, en las tasas —a diferencia de los impuestos—, el hecho generador corresponde a la Administración y no al contribuyente, por lo que, acaece ante el efectivo cumplimiento de la actividad estatal relacionada.

D. Se indicó también en la sentencia precitada, que dicha actividad estatal debe ser divisible, a fin de propiciar su particularización, pues no es posible exigir el pago de tasas por la prestación de servicios o realización de actividades que no sean susceptibles de ser individualizadas sobre sujetos determinados. De ahí que, cuando el beneficiado es el conjunto social o una parte del mismo, la financiación de los servicios públicos de que se trate deberá hacerse vía impuestos o contribuciones especiales.

E. Por último, se ha establecido en la citada jurisprudencia que la actuación pública relacionada debe ser inherente a la soberanía estatal; es decir, ha de tratarse de actividades que el Estado *no puede dejar de prestar porque nadie más que él está facultado para desarrollarlas*.

3. Ahora bien, en relación con lo anterior, cabe resaltar que esta Sala ha sostenido que las características esenciales de la tasa son, por un lado, que el hecho generador supone un servicio prestado por la comuna en relación con el obligado al pago; por otro lado, que dicho servicio constituye una actividad estatal inherente a la soberanía, Es decir, debe haber *una contraprestación realizada por el Estado o el Municipio que se particulariza en el contribuyente, y que dicha contraprestación no puede ser efectuada por un ente privado*.

VI. Continuando con el tema de las tasas, dado que estas son tributos que pueden configurarse por las municipalidades, corresponde referirse a (1) la autonomía y (2) potestad tributaria municipales.

1. A. a. La jurisprudencia de esta Sala ha establecido —sentencia de 23-X-2007, Inc. 35-2002— que los municipios son distribuciones territoriales donde se organiza institucionalmente el ejercicio de las potestades de la Administración Pública.

Así, según el art. 202 Cn., el municipio se instaura para ejercer el *gobierno representativo*

de la localidad, es decir, como una forma en que el Estado descentraliza la administración y los servicios públicos correspondientes a un ámbito territorial específico, con el propósito de lograr una gestión más eficaz de estos. Ello supone, por un lado, cierto ámbito de decisión y, por otro, la asignación de competencias sobre la base de la participación o intervención del municipio en cuantos asuntos le afecten.

b. El ejercicio del Gobierno local es garantizado constitucionalmente por medio del reconocimiento de la autonomía local en el art. 203 de la Cn. La idea tras este reconocimiento constitucional es *garantizar la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos* en beneficio de sus habitantes. Se trata de una *capacidad efectiva de autogobierno local*.

B. a. En ese sentido, para el ejercicio de las funciones y facultades municipales, la Constitución establece la garantía de la autonomía municipal. Por ello, con base en la misma Constitución —art. 204—, tienen *un ámbito propio de intereses*, los cuales, a su vez, son desarrollados en la legislación secundaria —CM—.

En efecto, la autonomía del municipio no se agota en el art. 204 de la Cn., pues este únicamente delinea los espacios que el gobierno local pudiera llegar a comprender, pero su detalle competencial se realiza por medio de la legislación secundaria. Y es que las disposiciones constitucionales, lejos de codificar taxativamente los ámbitos de actuación de los entes públicos, instauran un marco abstracto, dentro del cual los órganos estatales — principalmente los que ejercen potestades normativas— se desenvuelven con cierta discrecionalidad.

b. Del contenido de las disposiciones constitucionales se advierte el establecimiento de un *régimen especial para el gobierno y la administración del municipio, adecuado a sus necesidades peculiares*; es decir, se le asegura una capacidad para reaccionar de manera más objetiva, inmediata y flexible a sus propios intereses.

Y es que los *intereses locales*, a diferencia de los nacionales, están predominantemente al servicio de las pretensiones de las poblaciones correspondientes, sin salirse del marco competencial y territorial que ha sido establecido constitucional y legalmente.

2. A. En cuanto a la potestad tributaria municipal, la jurisprudencia constitucional ha indicado —sentencia de 22-V-2013, Inc. 25-2009— que *en materia de impuestos municipales*, las comunas tienen una potestad normativa sumamente restringida, pues en tal área opera el principio de reserva de ley relativa. De manera que, si bien se admite la intervención normativa

municipal, esta supone una potestad derivada de la ley respectiva. Por tanto, existirá habilitación normativa para el municipio solo si la ley correspondiente efectúa una remisión o habilitación expresa o inequívoca, concreta y específica —en relación con aspectos o cuestiones singulares y plenamente identificables—, así como delimitada — hecha de modo que precise los términos materiales de la cuestión que se remite, de tal forma que su ámbito de actuación quede indubitablemente circunscrito—.

Cumplidos tales requisitos, la norma municipal habilitada o remitida debe respetar los límites establecidos o el *quantum* admitido por la ley. Si estos límites no se respetan, se produce una "deslegalización de la materia reservada", lo cual resultaría inadmisibles porque una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley en materia de impuestos municipales, supondría una degradación de la reserva formulada expresa o tácitamente por la Constitución.

B. En lo que respecta específicamente a las *tasas y contribuciones especiales municipales* la situación es diferente, ya que en el esquema constitucional salvadoreño se establece una amplia potestad tributaria para los municipios; pues se trata de una potestad normativa que no se origina en una ley, sino en la Constitución.

Así, los municipios son los designados constitucionalmente para emitir la regulación que configure las tasas municipales concretas; es decir, es a estos a quienes les corresponde establecer los elementos esenciales de los citados tributos —hecho generador, *quantum*, base imponible, sujetos pasivos, etc.—, y no solo efectuar una regulación de tipo puramente reglamentaria — como ocurre con los impuestos municipales—. Todo ello, a la luz del principio de autonomía municipal.

En ese orden, este tribunal también ha indicado —verbigracia, sentencia de 21-VIII-2013, Amp. 428-2011—, que el art. 204 ord. 1° de la Cn. dispone que la "autonomía del Municipio comprende crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones públicas para la realización de obras determinadas dentro de los límites que una ley general establezca". Con ello, la Constitución fortalece un aspecto esencial de la autonomía municipal: el relativo a los ingresos tributarios.

De tal forma, la facultad otorgada a los municipios para crear, modificar o suprimir tributos, en las materias que se les han atribuido por mandato constitucional, es la reconocida *potestad tributaria de los municipios*, la cual implica la posibilidad jurídica de exigir

percepciones económicas sobre personas o bienes que se encuentran dentro de su jurisdicción. En otras palabras, consiste en la atribución dada a los entes políticos territoriales para crear normas jurídicas en las cuales se contemple una obligación tributaria.

Ahora bien, dicha potestad nace directamente de la Constitución, pero, de conformidad con el propio texto constitucional, también está ligada a lo que una ley marco establezca. Así, tal potestad está contemplada igualmente en el art. 3 n° 1 del CM, el cual, a su vez, se fundamenta en el art. 204 ord. 1° de la Cn., que consagra la posibilidad jurídica de crear tasas y contribuciones especiales y determina que el ejercicio de esa potestad está sujeto a la ley. Entonces, la Constitución ha dispuesto que sea en la ley donde se desarrollen las reglas de contenido material o de producción jurídica que sirvan para determinar la validez o invalidez de las normas municipales que crean tributos.

La ley a la que se refieren la Constitución y el Código Municipal es la Ley General Tributaria Municipal —en lo sucesivo, LGTM—, la cual, tal como dispone su art. 1 inc. 1°, "tiene como finalidad establecer los principios básicos y el marco normativo general que requieren los municipios para ejercitar y desarrollar su potestad tributaria, de conformidad con el Art. 204 ordinales 1 y 6 de la Constitución de la República".

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende que el ejercicio de la actividad financiera de los municipios involucra la titularidad de un poder tributario circunscrito a *las competencias atribuidas por mandato constitucional, el cual les posibilita crear ciertas clases de tributos —tasas y contribuciones especiales—, con la finalidad de tener autosuficiencia económica.*

C. Ahora bien, el ejercicio de la potestad tributaria municipal —respecto a tasas y contribuciones especiales— se ejecuta por medio de la emisión de *ordenanzas municipales*; las cuales, según el art. 32 del CM, "son normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local. Entrarán en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial" y deberán cumplir con el contenido establecido en el art. 2 de la LGTM.

En razón de ello, el art. 7 inc. 2° de la LGTM, relativo a los organismos competentes para establecer tributos, prescribe que es "competencia de los Concejos Municipales crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales, mediante la emisión de la ordenanza, todo en virtud de la facultad consagrada en la Constitución de la República, Art. 204 numeral primero y de conformidad a esta ley". Igualmente, el art. 129 de la LGTM señala que los "Municipios podrán establecer mediante la emisión de las ordenanzas respectivas, tasas por los servicios de naturaleza

administrativa o jurídica que presten". Además, tal como determina el art. 130 del mismo cuerpo jurídico, *los servicios públicos estarán afectos al pago de tasas.*

En ese sentido, la autonomía tributaria municipal reconocida respecto de las tasas locales se incardina en el esquema establecido por el legislador; debiendo, por tanto, ejercerse de acuerdo con lo que preceptúe la LGTM.

3. A. a Ahora bien, como quedó establecido en el punto V de esta sentencia, en el caso de las tasas, una característica esencial es la concurrencia de *la contraprestación.*

Así —según se indicó en la sentencia de 21-VIII-2013, Amp. 428-2011—, es posible que dicha contraprestación se realice mediante una actividad material o tangible —aseo, alumbrado público y ornato—, la cual implica una acción por parte del municipio a favor de quien efectúa el pago de cierta cantidad de dinero por un servicio concreto; asimismo, por medio de un servicio jurídico o administrativo —la emisión de una licencia, permiso o autorización— en el cual conste que, por el pago de cierta cantidad de dinero, el contribuyente está autorizado para realizar determinada actividad dentro del municipio.

En ese sentido, dado que *la contraprestación implica una acción que el Estado realiza*, la potestad tributaria municipal requiere que el sujeto activo de las tasas —el municipio— ejecute una acción específica a favor del sujeto pasivo obligado al pago, *pero debe encontrarse habilitado para realizar dicha acción, como consecuencia de sus competencias previamente establecidas por la ley.* Entonces, la contraprestación proporcionada por los municipios, que implica el hecho generador de una tasa, *debe estar dentro de las competencias municipales.*

En efecto, en la jurisprudencia reseñada *ya se estableció que los municipios no pueden contemplar como contraprestación de una tasa actividades que estén fuera de su competencia.* Por tanto, pese a la autonomía y potestad tributaria municipal en materia de tasas, los municipios *tienen vedado el ofrecimiento, otorgamiento y cobro en relación con una tasa cuyo hecho generador esté fuera de las competencias municipales.*

VII. Corresponde ahora referirse a los tipos de bienes de los cuales es titular el Estado.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, el Código Civil (en adelante, C.C.) efectúa una clasificación respecto de los bienes del Estado (arts. 571 al 586), y determina que estos serán *bienes de dominio público y bienes fiscales* (art. 571). La Constitución, por su parte, enumera algunos bienes de propiedad estatal, tales como el subsuelo (art. 103 Cn.); otros, sujetos al *uso público*, verbigracia, muelles, ferrocarriles, canales, etc. (art. 120 Cn.) y también otros sujetos al

régimen de propiedad privada, tales como la propiedad estatal rústica con vocación agropecuaria que no sea indispensable para las actividades propias del Estado (art. 104 Cn.).

Considerando tales preceptos, es posible clasificar los bienes del Estado, primeramente, a partir del régimen jurídico al que están sometidos. Así, encontramos la primera bifurcación: (1) bienes sujetos al régimen de dominio público —denominados como bienes de dominio público— y, (2) bienes sujetos al régimen de dominio privado —también llamados bienes fiscales—.

Luego, dentro de los bienes de dominio público, tomando en cuenta el destino de tales bienes, encontramos otra subdivisión: (1.A) bienes de dominio público no destinados al uso público y (1.B) bienes de dominio público sujetos al uso público, también llamados simplemente *bienes de uso público*.

A continuación las especificaciones de cada tipo de bienes:

1. Cuando se habla de *bienes de dominio público*, según la jurisprudencia de esta Sala —sentencia de 27-VI-2012, Inc. 28-2008—, se alude a un conjunto de bienes que se encuentran sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público. Así, es una masa de bienes propiedad del Estado en sentido amplio, afectados, por mandato de normas jurídicas, al uso *indirecto (A) o directo (B) de los habitantes*.

De tal forma —se ha indicado en la citada jurisprudencia—, *el criterio rector del demanio es la afectación pública*; es decir, la finalidad de uso, utilidad o aprovechamiento *público* al que están destinados dichos bienes. En esa particular afectación se funda la nota esencial de los bienes públicos, que es *su indisponibilidad*, es decir *la imposibilidad de que puedan convertirse en objeto de la autonomía de la voluntad de los particulares* y esa característica se manifiesta en las tres formas típicas de la protección del dominio público: *la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad*.

A. Dentro de los bienes de dominio público encontramos algunos que tienen el carácter de públicos porque están destinados al *aprovechamiento general mediante el beneficio colectivo de su explotación. Beneficio que se dirigirá a satisfacer una necesidad de interés público*. Tal es el caso del subsuelo y de ciertos recursos de la riqueza nacional, *cuyo uso no está habilitado a la colectividad*, pero su explotación debe ligarse a fines públicos.

Es decir, estos son bienes de dominio público porque están ligados al interés público, pero no están destinados al uso directo de la colectividad.

B. Finalmente, dentro de los bienes de dominio público también se hallan los de *uso*

público, los cuales *están destinados al disfrute de toda la comunidad y son utilizables por sus componentes sin discriminación*. Dicho bienes provienen de causas *naturales* (verbigracia, ríos, arroyos, lagos, costas y playas de mares, mar territorial, mares interiores, etc.) o *artificiales* (calles, puertos, carreteras, puentes, plazas, parques, museos, bibliotecas, jardines botánicos y zoológicos, etc.).

C. Entonces, *no todos los bienes de dominio público son directamente de uso público*. La determinación de los bienes que forman parte del dominio público y específicamente de los afectados *al uso público*, y por ende, del régimen constitucional de la explotación de estos, se encuentra estrechamente vinculada *con la finalidad que cada uno de dichos bienes ha de desempeñar*, en relación con su destino para un fin público concreto.

Por tanto —se insiste—, en función de su utilidad, *los bienes de uso público no pueden ser objeto de apropiación privada*, ya sea por enajenación a los particulares o por adquisición en virtud del paso del tiempo. Ello se explica porque están destinados al uso común, y su apropiación por particulares con total exclusión de los demás ocasionaría un evidente perjuicio a la comunidad.

En ese orden, en el Código Civil se indica que son bienes considerados de dominio público: el mar adyacente, el espacio aéreo suprayacente, el lecho y subsuelo marinos (art. 574 C.C.), son, específicamente de *uso público* los ríos (art. 575 C.C.), los lagos y lagunas (art. 577 C.C.), las calles, plazas, puentes y caminos públicos y las playas en el mar y en ríos y lagos (579 C.C.).

2. El otro tipo de bienes estatales se agrupa bajo la denominación de *bienes fiscales*. En esta masa de bienes se ubican aquellos que el Estado posee bajo un régimen de *dominio privado*; es decir, tienen un régimen jurídico que, en general, corresponde a las reglas ordinarias de la propiedad privada.

Tales bienes son aquellos que pertenecen al Estado, pero carecen del carácter de demaniales; por lo que pueden ser adquiridos, gravados y transmitidos por el Estado, como si de un particular se tratase. Es decir, dichos bienes se distinguen de los de propiedad de los particulares únicamente por su titular, el Estado. Así, estos bienes pueden satisfacer necesidades individuales o colectivas, pero no están afectados al uso de todos los habitantes sino al de determinadas personas vinculadas a ellos por su adquisición, locación, administración, concesión u otro tipo de contratación.

En efecto, su explotación, e incluso transferencia, no cuenta con un régimen constitucional específico, pues la Constitución únicamente exige que se respete el principio de reserva de ley. Por tanto, corresponderá al legislador establecer las formalidades requeridas para ello; tal como lo dispone el art. 104 Cn., en el cual se indica que los inmuebles propiedad del Estado podrán ser transferidos a personas naturales o jurídicas *dentro de los límites y en la forma establecida por la ley*.

VIII. Habiendo diferenciado los tipos de bienes del Estado, corresponde referirse a sus formas de utilización.

Primeramente, ha de apuntarse que los bienes del Estado, en principio, admiten dos tipos de *uso*: el común y el privativo o especial.

1 En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido —verbigracia, sentencia de 21-VI-2013, Inc. 43-2010— que el *uso común* es al que *regularmente* se destina el bien y está referido *a todas las personas sin designación especial*. Por ello, con las matizaciones que cada tipo de bien permita, en principio, es *libre, gratuito e igualitario*, de manera que no requiere de un título especial, ni supone el pago de tasas, y tampoco distingue entre los sujetos que puedan verse beneficiados a título individual.

2. A. Por su parte, el uso *privativo o especial* —según la jurisprudencia precitada— supone la ocupación del bien respectivo *por parte de una persona individualmente especificada*, que por ese hecho, impide que el resto de personas *utilicen algún espacio determinado* de dicho bien; o, implica *una utilización privilegiada*, que incorpora elementos *adicionales* que *exceden* de los del mero uso. De manera que implica la *explotación del bien concernido*.

Y es que respecto de los bienes de dominio público, la Constitución establece que pueden ser *explotados* por particulares.

B. Lo anterior amerita establecer qué puede entenderse por *explotar*.

En un sentido común, *explotar* se interpreta como extraer la riqueza de un bien, sacar utilidad en provecho propio o producir ganancias a partir del bien.

En ese orden, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha sostenido que "el concepto explotación de bienes, en este caso, de bienes públicos, no puede limitarse a entender que se trata de la obtención de un provecho económico, pues dicho término cabe entenderlo de distintas formas, v. gr., utilización, empleo, aprovechamiento, usufructo, etc. Así entonces, al interpretar el art. 120 Cn., en lo relativo a la explotación de bienes públicos, quedan

comprendidos en él aspectos como el poder disponer de instalaciones públicas, remodelarlas, etc." —Inc. 33-2000—.

Por tanto, todas las formas de aprovechamiento y disposición particular (económicas o no) que toleren los bienes públicos han de entenderse comprendidos en el término *explotar*; debiendo aclararse que, si bien la idea de explotación no exige el aprovechamiento económico, tampoco encaja en el mero concepto de *uso* de un bien público, pues se asocia con acciones que exceden del solo uso: "disponer" y "aprovechamiento particular".

Efectivamente, *disponer* es una de las facultades materiales del dominio, en cuya virtud es posible —entre otros supuestos— *transformar* la naturaleza del bien.

Como corolario, cuando se habla de explotación, *debe entenderse* que no se alude al uso *común* del bien de uso público, puesto que dichos bienes se caracterizan por ser del disfrute colectivo, gratuito, etc., sino que los preceptos constitucionales referidos suponen un uso *particular* o *privativo* —en los términos ya relacionados— del bien, que puede incidir en el goce que de este tenga habitualmente la colectividad, ya sea regulándolo o limitándolo; ello, en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad de explotación privativa.

No obstante, el uso privativo de un bien de uso público siempre supone la *compatibilidad con el uso general del público*.

3. Habiendo aclarado en qué consiste la *explotación* de bienes de uso público, corresponde referir el régimen constitucional que la habilita. Para ello, es preciso considerar, principalmente, lo establecido en los arts. 103 inc. 3°, 120, 233 y 117 Cn.

El primer precepto constitucional aludido —103 inc. 3°— se refiere a la propiedad estatal del subsuelo y a la posibilidad de otorgar concesiones para su *explotación*; el segundo —art. 120—, determina que las concesiones para la explotación de las obras materiales de *uso público* deberán ser conocidas y aprobadas por la Asamblea Legislativa, quien también tendrá que estipular el plazo y las condiciones de tales concesiones, atendiendo a la naturaleza de la obra y al monto de las inversiones requeridas; el tercer precepto —art. 233— refiere que los *bienes de uso público* solo podrán gravarse con autorización del Órgano Legislativo y únicamente a favor de entidades de utilidad general; y, el último apartado constitucional —art. 117— determina que el Estado debe proteger los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible y la conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los citados recursos, en los términos que establezca la Ley.

Con base en lo previsto por las disposiciones relacionadas es posible esbozar el *régimen constitucional de explotación de los bienes de uso público*.

A. En cuanto a ello, en primer lugar se advierte que es preciso que haya intervención estatal para autorizar la explotación de los citados bienes.

B. Seguidamente, es claro que esa autorización únicamente puede acordarse a través de *una concesión*. Concesión que, además, será *legislativa*, pues tendrá que ser otorgada y delimitada materialmente por la propia Asamblea Legislativa.

Así, la jurisprudencia de esta Sala —sentencia de 27-VI-2012, Inc. 28-2008— ya ha determinado que cuando se trata de bienes de *uso público*, los arts. 103 y 233 Cn. son complementarios; dado el carácter político-económico fundamental de la "*autorización*" legislativa y por la función de garantía que ella cumple. La protección de los intereses económicos nacionales involucrados en los bienes de "bienes de uso público", de modo que la aprobación legislativa de la concesión y determinadas condiciones de esta revelan el régimen constitucional en cuestión.

C. Definido lo anterior, resulta necesario (a) referirse al concepto jurisprudencial de concesión y (b) a la concesión para la explotación del demanio.

a. La jurisprudencia de este tribunal ha señalado —como cita, en la Inc. 28-2008, precitada— que la concesión es un instrumento administrativo para habilitar o permitir la participación del sector privado en el desarrollo de actividades tradicionalmente identificadas, por su finalidad de aprovechamiento general, como tareas del Estado. En tal caso, se usa la concesión para incorporar a los particulares en la realización de dichas actividades.

En ese sentido, se entiende por *concesión* el acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público *o pueda usar, aprovechar y explotar bienes de dominio público*, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien.

Se ha indicado también en la jurisprudencia reseñada que la concesión tiene un carácter complejo, que resulta de la conjugación de las siguientes características: (i) es un acto unilateral, por el que se determina discrecionalmente y en casos de interés general el otorgamiento de la concesión; (ii) es un acto normativo por el que se fijan los preceptos normas con efectos

particulares y generales que regulan la organización y funcionamiento del servicio público o la forma como se hará la explotación de los bienes concesionados; y (iii) es un acto contractual de naturaleza financiera que no puede ser modificado de manera unilateral por la Administración, destinado a establecer ciertas ventajas económicas personales, asegurar la remuneración del concesionario, propiciar nuevas inversiones para mejorar el servicio o bien concesionado y proteger los intereses legítimos del particular, aunque sin dejar de subordinar los poderes de éste a las obligaciones que en la materia impone la ley.

b. Por otra parte, y a efectos del caso en análisis, corresponde relacionar lo determinado en la sentencia citada respecto de la *concesión demanial*, es decir, *para explotar bienes de uso público*. Esta habilita un uso privativo o especial del dominio público; es decir, la utilización de un bien público de manera que limite o excluya el aprovechamiento directo de los demás interesados. Mediante ella se compatibiliza el interés público de conservación y protección del demanio con el interés privado de su explotación.

En cuanto a los requisitos mencionados, la Constitución exige una intervención *directa y singular de la Asamblea, sin que sea admisible una aprobación anticipada, general y abstracta de las condiciones de concesión*. Además, tal concesión debe ser temporal o sujeta a un plazo definido y deben desarrollarse taxativamente sus aspectos elementales "atendiendo a la naturaleza de la obra y de las inversiones requeridas". De modo que para fijar dichas circunstancias debe observarse el principio de proporcionalidad.

Lo anterior es confirmado también por el legislador secundario, en el art. 134 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la cual establece que en las concesiones de obra pública, las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo establecido en el Art. 120 de la Constitución de la República, las mismas deberán contener como mínimo: (i) las condiciones básicas de la concesión; y (ii) el plazo de la concesión.

Así, nos encontramos ante una concesión con requisitos agravados, cuya rigurosidad atiende al interés público concernido.

4. Acotado lo anterior, es preciso referir la especial condición que revelan los bienes de dominio público no destinados al uso público, *pero pertenecientes a la riqueza nacional*. Este tipo de bienes, pese a no estar sujetos al disfrute de toda la colectividad, por el valor económico que reportan, muestran un interés público intensificado.

De tal manera, su resguardo aconseja que se excluyan del régimen ordinario de explotación de los bienes de dominio público que no son de uso público directo, pues, se reitera, reportan un trascendental interés colectivo. Tal grado de interés amerita que sean la colectividad, mediante sus representantes, los que determinen la viabilidad de posibilitar su explotación particular, así como las condiciones concretas bajo las cuales ello ha de llevarse a cabo; circunstancias que se verifican a través de una *concesión legislativa*.

En efecto, para la explotación de los bienes de dominio público que por su valor económico pertenezcan a la riqueza nacional, habrá de observarse el mismo régimen constitucional configurado para los bienes de uso público, debido al intenso interés colectivo que muestra su eventual explotación particular.

IX. Corresponde ahora referirse a las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada. Así, en primer lugar (1) se determinará qué tipo bien constituyen; y con base en ello, (2) se especificará su régimen de explotación particular; para luego (3) determinar si dicha explotación puede ser objeto de una tasa municipal.

I. A. Según el art. 103 Cn. el subsuelo, y por ende, todos los elementos en él alojados, pertenecen al Estado. De tal forma, no hay lugar a dudas de que en el ordenamiento jurídico salvadoreño las fuentes freáticas, al estar alojadas en el sub suelo, pertenecen al Estado; por tanto, se trata de un bien de propiedad estatal.

Sin embargo, el dominio estatal de las aguas freáticas no clarifica por completo su naturaleza, pues hace falta establecer si se trata de un bien de dominio público, de uso público, o de un bien fiscal.

Para dilucidar la cuestión es oportuno mencionar que de la lectura del art. 106 Cn. se colige que *el aprovisionamiento de agua es un asunto de interés público*, cuya procura justifica, incluso, la expropiación sin indemnización previa.

En ese sentido, se advierte que el agua revela un especial interés constitucional, que resulta justificado tomando en consideración *el carácter vital del mencionado líquido*.

B. Tal interés se ve reflejado en la legislación secundaria, pues todos los accidentes geográficos contentivos de agua —según se apuntó en el acápite VII.2 de esta sentencia—, tales como ríos, lagos y lagunas, han sido calificados como *bienes de uso público*, cuyo disfrute pertenece a todos los habitantes, sin distinción.

C. Además, ya se refirió que la determinación de los bienes de uso público se encuentra

estrechamente vinculada *con la finalidad que cada uno de estos desempeña*. En el caso del agua, esta cumple una finalidad fundamental, pues se trata de un elemento esencial para la vida, cuyo acceso a la colectividad no debe ser obstaculizado ni puesto en peligro.

D. Entonces, al combinar la regulación constitucional del agua —esto es, su propiedad estatal y su interés público—, con su naturaleza material —elemento esencial para la vida—, debe concluirse que *el agua, en principio, es de uso público*. Principalmente las denominadas "aguas públicas", que son aquellas provenientes de ríos, arroyos, lagunas y lagos; así como las que brotan a causa de una obra pública, las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de uso público y las superficiales que salen del predio en que nacen y se alojan en terrenos de uso público.

E. Ahora bien, es preciso considerar que las aguas provenientes de fuentes freáticas *localizadas en inmuebles de propiedad privada* se ubican dentro de las denominadas "aguas privadas". Estas, materialmente, no están sujetas al *uso público*; pues su acceso está restringido para la colectividad. Entonces, no es viable definir las como bienes demaniales, puesto que, se insiste, su acceso y, por ende, su uso, no está habilitado para todos los habitantes del Estado, sino, por lo general, únicamente para el titular del inmueble concernido.

Sin embargo, pese a que el *disfrute público* de las aguas freáticas se ve condicionado por el ejercicio de otros derechos, tales como el derecho de propiedad del inmueble que contenga dichas aguas, lo cual particulariza el uso que *efectivamente* soportan, porque el acceso al inmueble y al subsuelo de este, materialmente, suele circunscribirse al titular del inmueble respectivo, ello no debe entenderse como una asignación de dominio de fuentes freáticas a favor del titular del inmueble.

Por el contrario, las aguas de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada *siguen siendo de dominio estatal, en tanto forman parte del subsuelo*. Así, dichas fuentes *tampoco pueden ser objeto apropiación privada, y se entienden fuera del comercio*, puesto que *siguen siendo un bien del Estado, esencial para toda la colectividad*.

De tal forma, es preciso aclarar que si bien el derecho de propiedad sobre un inmueble, en principio, habilita el mero uso —en los términos ya establecidos— de las aguas freáticas, ello no supone que estas formen parte del derecho de propiedad, por considerar que entre las aguas freáticas y la propiedad del terreno superficial exista una relación natural, en virtud de la cual los elementos del subsuelo sean accesorios del suelo superficial, pues la Constitución, al declarar que el subsuelo pertenece al Estado, excluye la posibilidad de tal interpretación.

Y es que el derecho de uso de la propiedad se refiere, principalmente, a la superficie del inmueble, *mientras que la legitimación para apropiarse de los materiales contenidos en el suelo se ha reservado al Estado*, siendo este el único habilitado para autorizar que los particulares exploten dichos bienes.

F. En conclusión, *las aguas denominadas públicas constituyen bienes nacionales de uso público; mientras que las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, si bien son bienes de propiedad estatal, no están afectadas al uso público.*

2. Corresponde ahora establecer el régimen constitucional de explotación del agua, tanto la que se sitúa en las denominadas públicas como de las freáticas ubicadas en terrenos de propiedad privada.

A. En ese sentido, antes de definir el régimen de explotación respectivo, es preciso tener presente las dos formas de utilización de los bienes de uso público: el *uso* y la *explotación*.

a. Como se determinó arriba, tratándose de bienes de *uso público*, el *mero uso* está habilitado, en cuanto sea viable, para todos los habitantes, sin distinción; sin que ello requiera de autorizaciones, y siendo, generalmente, gratuito. Dicho uso *implica la extracción y consumo directo* del agua para la subsistencia u otras labores domésticas propias.

Para el caso de las fuentes freáticas ubicadas en terrenos de propiedad privada, *dicho uso implica, igualmente, la extracción y consumo directo* del agua para la subsistencia u otras labores domésticas del titular del inmueble y el grupo familiar que con él conviva. Enumeración subjetiva que —se insiste— no debe entenderse como una adjudicación del agua a favor de los citados sujetos, sino que deviene de la compatibilidad del dominio público del agua, con el derecho de propiedad de los inmuebles respectivos, a los cuales, cuando son de propiedad privada, no se tiene un acceso libre e igualitario.

Ahora bien, en ambos supuestos —aguas públicas o privadas—, por el carácter esencial para la vida que ostenta el agua, su uso podría estar sujeto a algún tipo de control que sea compatible con los mandatos establecidos en el art. 117 Cn.

b. En lo que respecta a la explotación, ya se indicó que incluye *todas las formas de aprovechamiento y disposición particular*, económicas o no, que toleren los bienes públicos y que excedan del uso *común* del bien. Se trata de una utilización *particular* en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad *de explotación privativa*.

Para el específico caso de las aguas públicas y privadas, la explotación incluye la

extracción y consumo del agua *para fines que excedan* de las necesidades de sobrevivencia o tareas domésticas del titular del inmueble y su grupo familiar, verbigracia, es explotación extraer el agua para fines industriales u otros relacionados con la comercialización.

B. Aclarado lo anterior, es oportuno esbozar el régimen constitucional de *explotación* de, primeramente, las aguas públicas.

a. Del art. 103 Cn. se colige que, en su calidad de *propietario*, el llamado a *explotar* el subsuelo —en los términos ya delimitados— es el Estado; pero el mismo tenor constitucional habilita su explotación mediante la intervención privada. Con todo, los recursos naturales ahí contenidos son riqueza nacional y le pertenecen al Estado; por tanto, la explotación efectuada por un particular deberá estar exhaustivamente regulada, y en virtud de una *concesión*.

b. Asimismo, cuando se trate de aguas —superficiales o freáticas— alojadas en un bien de *uso público*, como se apuntó en el acápite VIII.3 de esta resolución, la concesión concernida *debe ser acordada por la propia Asamblea Legislativa de manera singular y con determinados contenidos materiales*, pues para tal caso, los arts. 103 y 233 Cn. son complementarios; ello, dado el carácter político-económico fundamental de la "*autorización*" legislativa y por la función de garantía que ella cumple: la protección de los intereses económicos nacionales involucrados en los "bienes de uso público".

Y es que, en lo que atañe a los *objetos de uso público* —obras materiales y bienes inmuebles de uso público (arts. 120 y 233 Cn.)— la Constitución establece requisitos agravados, puesto que se trata de afectar bienes *cuyo disfrute está al alcance de toda la colectividad, el cual se verá mermado por una concesión para su explotación*. Entonces, partiendo de la naturaleza del objeto de la concesión, es válido extender las exigencias previstas para las obras materiales y los bienes inmuebles de uso público *al resto de bienes de uso público*.

C. En cambio, cuando se trate de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, debe considerarse que, si bien recae sobre un elemento de dominio estatal vinculado con el interés social, *no es de uso público*. Por lo tanto, su explotación o utilización privativa *no restringe directamente el disfrute colectivo, pues no se gozaba de este*.

En efecto, en este supuesto, no obstante se exige la intervención de la Asamblea Legislativa, no se requiere la observancia de los requisitos arriba aludidos, pues afecta objetos de naturaleza distinta, para los que la Constitución ha establecido un régimen concesionario diferenciado.

En ese orden, *nos encontramos ante la explotación de un recurso natural renovable esencial para múltiples procesos industriales*; recurso respecto del cual existen funciones en materia de recursos naturales conferidas a la Administración; la cual, a su vez, muestra mayor flexibilidad de actuación en relación con la intervención de la Asamblea Legislativa.

Además, en este caso, a diferencia de los bienes de uso público, no media una exigencia constitucional expresa de que la autorización sea emitida directa y singularmente por el legislador.

Con base en tales premisas puede colegirse que para la explotación de las aguas freáticas alojadas en terrenos de propiedad privada es válida *la concesión administrativa*.

Por tanto, la concesión correspondiente podrá otorgarse por la autoridad administrativa *habilitada por la Asamblea Legislativa*, en los términos establecidos por esta mediante una ley marco, cuyo contenido deberá satisfacer la regulación referida a los *requisitos, condiciones, plazos y finalidades de las concesiones*.

En conclusión, la Constitución no exige que para la explotación de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de dominio privado se aplique el régimen concesionario previsto en su art. 120.

D. Ahora bien, con independencia del tipo de concesión requerida, que penderá de la naturaleza del bien del que se trate; en virtud de lo establecido por las disposiciones constitucionales precedentes, *siempre es preciso que medie una concesión*.

Y es que, tal figura —la concesión— propicia el cumplimiento de los mandatos de protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración y sustitución de los recursos naturales contemplados en el art. 117 Cn.

Así, esta Sala ya ha determinado —verbigracia, sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004— que la preservación de la integridad del ambiente requerida al Estado origina lo siguiente:

a. La adopción de una *función preventiva*, por la cual, la salvaguardia medioambiental inicia con una actividad de *vigilancia y control sobre la utilización de los recursos naturales*. Ello "puede concretarse *en otorgar la concesión para determinadas actividades o para la utilización de bienes de dominio público, en las oportunas autorizaciones para el ejercicio de determinadas actividades o utilización de bienes privados, o en la revisión de concesiones o autorizaciones previamente concedidas para adaptarlas a las exigencias de la planificación medioambiental actual*" —Inc. 37-2004—.

b. Además, en la jurisprudencia referida ya se estableció que la protección del ambiente —del cual es parte esencial el recurso hídrico freático— constituye un derecho fundamental, cuya tutela incide en el quehacer legislativo, la actividad judicial y la actuación de las autoridades administrativas.

c. Asimismo, dado que el derecho fundamental al ambiente no es absoluto, porque su ejercicio entra en potencial colisión con el ejercicio de otros derechos o con la promoción de intereses y bienes que también reciben protección del orden jurídico, corresponde al Estado *fixar el grado de adecuación pertinente de tales bienes, en cada momento y según las posibilidades concretas de la sociedad.*

En corolario —se ha indicado en la jurisprudencia en mención—, el disfrute del ambiente se ha de realizar *en las condiciones fijadas por el legislador*, pues recaerá sobre *los bienes ambientales cuya calidad depende de la acción de los poderes públicos, quienes establecerán límites que atiendan, precisamente, a la necesidad de preservar y proteger el ambiente adecuado.*

d. En efecto, "la constitucionalización del ambiente, además de consagrar un derecho subjetivo —con todas las potestades que le son inherentes—, *encarga a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales y defender y restaurar el medio ambiente.* Esta proclamación constitucional del derecho objetivo se proyecta en la orientación última de la política ambiental, y en los principios ambientales derivados de la Constitución" —Inc. 37-2004, precitada—.

De tal manera, el art. 117 Cn. genera en los poderes públicos obligaciones de hacer; debiendo desplegar una actividad para mejorar constantemente los bienes ambientales y preservarlos para el individuo. Para lo cual es preciso limitar, paralelamente, el ejercicio y el despliegue mismo de la autonomía individual en cuanto al goce. De manera que *la vertiente prestacional del derecho justifica la limitación de su ejercicio como derecho de libertad.*

e. En conclusión, tales actuaciones requieren de la intervención legislativa correspondiente; en cuya virtud se establezca el marco normativo en el que se indiquen las autoridades competentes, los requisitos, las cuantías, los términos y demás condiciones que posibiliten el cumplimiento de los mandatos establecidos en el art. 117 Cn., para el caso en análisis, en relación con la explotación de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada. Regulación dentro de la cual es imprescindible la configuración legislativa de

las respectivas concesiones.

X. 1. Acotado lo anterior en cuanto al régimen constitucional de explotación de los distintos bienes del Estado, esta Sala considera necesario referirse al alcance prescriptivo e interpretativo de lo resuelto en la precitada Inc. 28-2008, ello, por la relación —y distinción— que guarda con lo examinado y decidido en el presente proceso constitucional.

Así, es preciso señalar que en la Inc. 28-2008, esta Sala examinó —según se consignó en el texto de dicha resolución— "la potestad de otorgar concesiones para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos"; lo cual, en aquel caso, implicaba la concurrencia de "la obra pública y el servicio público, junto con el dominio público".

2. Por tanto, el régimen jurídico constitucional ahí declarado se refería al supuesto que se examinaba, y las consideraciones jurídicas ahí efectuadas se dirigían a resolver el caso concreto, por lo que son aplicables a dicho caso, o, en virtud del principio de *stare decisis* (estarse a lo resuelto, o autoprecedente) a un supuesto igual al dirimido en esa ocasión.

Entonces, los requisitos temporales, subjetivos y materiales ahí establecidos, *no deben interpretarse como el régimen general de explotación de los bienes del Estado, y tampoco como el régimen concesionario requerido para la explotación de todos los bienes de dominio público;* pues entre dichos bienes existen grandes diferencias, por lo que su explotación amerita distintos regímenes jurídicos constitucionales, como se ha consignado en el considerando precedente de esta sentencia.

3. Así, esta Sala, a fin de zanjar cualquier duda interpretativa a partir de la cual se asuman los postulados anotados en la sentencia pronunciada en la Inc. 28-2008 como parámetros para propiciar la explotación de cualquier bien de dominio público, y no únicamente para el caso que se analizaba; y, reconociendo el carácter hermenéutico constitucional que ostentan sus resoluciones, considera oportuno efectuar algunas precisiones en cuanto a lo establecido en la aludida Inc. 28-2008 y en el caso que nos ocupa.

La Inc. 28-2008 estableció *que para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hidráulicos y geotérmicos* era necesaria una concesión legislativa. Ello, porque se trataba de la explotación de un bien de dominio público cuyo fin era la generación de energía eléctrica. Elemento este —la energía eléctrica— que, a su vez, aparecía asociado con el servicio público de abastecimiento energía eléctrica. Tal energía, además, es una fuente de riqueza, por el valor económico que muestra.

De tal forma, en aquel caso se analizaba la explotación de un recurso perteneciente al dominio público, asociado a un servicio público y que, por su valor económico encajaba en el concepto de riqueza nacional. La confluencia de tales circunstancias imponen la rigurosidad de su régimen de explotación, que requiere la concesión legislativa.

En el caso en análisis, en cambio, se ha analizado el régimen constitucional de uso y explotación de un bien de dominio público que, en sí mismo, está fuera del comercio, por ser esencial para la vida humana; bien al que, por su esencialidad vital, no puede asignársele valor económico, ni ubicarse dentro de la riqueza nacional. Pero por esa misma función esencial para la vida humana, la preservación del medio natural y para múltiples procesos industriales, su explotación debe estar sujeta a los controles requeridos para garantizar su protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución, según lo dispuesto por el art. 117 Cn.

4. Entonces, se advierte que los supuestos analizados en el presente proceso constitucional y en la mencionada sentencia no son coincidentes, por lo que los requisitos establecidos en la Inc. 28-2008 no pueden trasladarse íntegramente a este proceso, ni a otros supuestos que no sean iguales al resuelto en el referido proceso constitucional.

De manera tal que, las diferencias en los regímenes constitucionales de explotación establecidos en uno y otro caso no implican soslayar ni cambiar el criterio jurisprudencial sentado en la Inc. 28-2008, sino que se trata del análisis de supuestos que, pese a referirse a bienes de dominio público, muestran particularidades propias entre sí ya que recaen sobre diversos tipos de bienes.

XI. *I.A.* Según el art. 131 ord. 5° Cn. corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa *reformular y derogar las leyes secundarias*. Así, el precepto constitucional citado contempla una competencia legislativa *general* a favor del aludido ente.

Lo anterior, a su vez, se fundamenta en la idea de distribución de competencias en tres órganos fundamentales: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; de manera que surge una zona de *reserva* de cada órgano, que comprende un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro; hay, así, una zona de *reserva de ley* —que corresponde a la Asamblea Legislativa—; una zona de reserva de la administración —o del Ejecutivo—; y una zona de reserva judicial (sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98).

De entre los referidos órganos, al Órgano Legislativo se le concibe como el "*órgano de*

representación del pueblo" (art. 125 Cn.), "bajo el supuesto de que todos los ciudadanos, mediante el ejercicio del sufragio, le delegan la potestad principal de emitir la normatividad que habrá de vincular a la generalidad" (Inc. 19-98, ya citada).

B. Ahora bien, la existencia de un área de reserva de ley significa *que hay un conjunto de materias que, por mandato constitucional, deben ser reguladas exclusivamente por la Asamblea Legislativa*. Por tanto, no implica que la Asamblea Legislativa sea el único órgano del Estado con competencia para dictar normas, puesto que existen otros órganos y entes públicos a los que la Constitución y el ordenamiento jurídico también reconocen potestad normativa (sentencia de 26-VI-2009, Inc. 26-2008).

En este contexto, la reserva de ley es una técnica de distribución de potestades normativas a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertas esferas de especial interés para los ciudadanos. Y es así como a partir del art. 131 ord. 5° Cn., la Asamblea Legislativa está llamada a regular diferentes ámbitos jurídicos *a través de leyes secundarias* —es decir, leyes en sentido estricto—, y es la única autoridad habilitada constitucionalmente para reformar, derogar e interpretar ese tipo de instrumentos normativos.

2. De tal forma, en materia tributaria, la reserva de ley tiene como finalidad, por un lado, garantizar el derecho de propiedad frente a injerencias arbitrarias del poder público (dimensión individual); y por otro lado, garantizar el principio de autoimposición, esto es, que los ciudadanos no paguen más contribuciones que las que sus legítimos representantes han consentido (dimensión colectiva).

Entonces, el reparto de la carga tributaria dependerá del órgano estatal que, por los principios que rigen su organización y funcionamiento, asegura de mejor manera la conciliación de intereses contrapuestos en dicho reparto —sentencia de 22-V-2013, Inc. 25-2009—.

XII. Habiendo abordado los tópicos relacionados con lo expuesto por los intervinientes en el presente proceso, y con base en ello, corresponde dirimir lo planteado ante este tribunal. Así, se controvierte si la utilización de agua con fines industriales o comerciales es *viable para figurar como la contraprestación del gravamen impugnado; o si, al no serlo, el tributo concernido constituye un impuesto, especie fiscal que no puede ser configurada por una municipalidad, por lo que se ha quebrantado el principio de reserva de ley en materia tributaria*.

1. Para dilucidar lo anterior es preciso analizar el contenido normativo de la disposición impugnada.

Así, nota este tribunal que el precepto en cuestión contempla varios mandatos, pero solo se ha impugnado el que determina que las empresas o industrias que utilicen el recurso hídrico extraído a través de pozos ubicados en su propiedad, tendrán que pagar \$ 0.35 a la comuna respectiva, por la extracción de cada metro cúbico de agua. Sin embargo, las demás normas contenidas en el objeto de control dependen de la primera, por lo que, en caso de declararse la inconstitucionalidad del cobro impugnado, todo lo demás previsto en el artículo participaría de la misma inconstitucionalidad.

En ese sentido, se advierte que el mandato objetado efectivamente contempla un tributo, pues supone el pago obligatorio de una cantidad de dinero a favor de la municipalidad. Dicho tributo tiene como hecho generador la extracción de agua de pozos ubicados en las propiedades de los sujetos obligados, con fines industriales o comerciales. Luego, la base imponible es cada metro cúbico extraído.

De tal forma, el hecho generador respectivo es la extracción, con fines industriales o comerciales, de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad de los sujetos pasivos del tributo. Por tanto, el hecho generador es la explotación de fuentes freáticas alojadas en inmuebles de propiedad privada.

2. Ahora bien, como se ha reiterado a lo largo de esta sentencia, el punto medular a dirimir en este proceso es si el hecho generador del tributo analizado puede justificar o no el cobro de una tasa, o si, por el contrario, constituye un impuesto.

A. Sobre ello, se han incorporado los siguientes argumentos:

a. El peticionario alegó que la extracción de agua con fines industriales la ejecutan los obligados al pago del tributo, y no la municipalidad; por tanto, no se está ante una tasa sino ante un impuesto.

b. El Fiscal General de la República concordó con el actor, pues sostuvo que el tributo analizado *no es una tasa*, porque, si bien los mantos acuíferos se encuentran en el territorio de la municipalidad, *no son explotados directamente por la alcaldía, ni el agua que se extrae es directamente llevada por la municipalidad a los usuarios.*

c. En cambio, la comuna expuso que la disposición impugnada regula *un bien nacional de uso público*, que puede ser reglamentado por los municipios. Entonces, se trata de una tasa porque las empresas industriales y comerciales utilizan *el recurso hídrico que no les pertenece, con fines comerciales e industriales; reciben una contraprestación directa*, que es precisamente

el recurso hídrico extraído de los mantos acuíferos ubicados dentro de la circunscripción territorial del municipio y que les sirve en muchos casos como materia prima en sus procesos de producción.

Por otra parte, la propia autoridad emisora expuso que el precepto impugnado *tiene por objeto que*, por parte del sector doméstico e industrial, *se propicie un uso y explotación del recurso hídrico razonables; además, regular e implementar medidas tendientes a la protección y preservación de aquel recurso.*

B. Al analizar los alegatos de los intervinientes, este tribunal advierte que, como sostiene la autoridad emisora del objeto de control, *existe una contraprestación para los obligados con el tributo, que consiste en la explotación del recurso hídrico de inmuebles de propiedad privada ubicados en el municipio.*

Sin embargo, también es atendible lo expuesto por el Fiscal General de la República, quien, si bien comparte que la explotación del recurso referido implica un beneficio para quienes se ven favorecidos con ello, *el cobro en cuestión no debería considerarse una tasa, pues no es un servicio prestado por la comuna.*

Por tanto, verificada la existencia de un beneficio en relación con el tributo analizado, corresponde determinar si tal beneficio puede figurar como la contraprestación de una tasa.

C. En ese sentido, según se apuntó en el acápite VI. 3. A. a. de esta sentencia, en virtud de la potestad tributaria municipal, la contraprestación de una tasa debe consistir en *una acción que el municipio realiza a favor del sujeto obligado al pago, pero la comuna debe encontrarse habilitada para realizar dicha acción, como consecuencia de sus competencias previamente establecidas por la ley.* Entonces, la contraprestación proporcionada por los municipios, que implica el hecho generador de una tasa, *debe estar circunscrita en las competencias municipales.*

Así, en la jurisprudencia reseñada a lo largo de esta sentencia ya se estableció *que los municipios no pueden contemplar como contraprestación de una tasa actividades que estén fuera de su competencia* —sentencia de 21-VIII-2013, Amp. 428-2011—. Por tanto, pese a la autonomía y potestad tributaria municipal en materia de tasas, *tienen vedado el ofrecimiento, otorgamiento y cobro en relación con una tasa cuyo hecho generador esté fuera de las competencias municipales.*

D. De tal manera, corresponde determinar si la *explotación de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada* es una contraprestación que puede brindar la municipalidad.

Para dirimir tal circunstancia es preciso relacionar sucintamente lo apuntado en apartados precedentes, especialmente, en el considerando IX de esta sentencia.

a. Primeramente, conviene recordar que ya se determinó que según el art. 103 Cn. el subsuelo y todos los elementos en él alojados, pertenecen al Estado; por tanto, las fuentes freáticas pertenecen al Estado y constituyen un bien de propiedad estatal.

b. También se estableció ya que las aguas provenientes de fuentes freáticas *localizadas en inmuebles de propiedad privada* materialmente no están sujetas al *uso público*; pues su acceso está restringido para la colectividad en virtud de otros derechos tales como la propiedad privada. Sin embargo, pese a que el *disfrute público* de las aguas freáticas se ve condicionado, ello no debe entenderse como una asignación de dominio de fuentes freáticas a favor del titular del inmueble.

Por el contrario, las aguas de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada *siguen siendo de dominio estatal, en tanto forman parte del subsuelo*. Así, dichas fuentes *tampoco pueden ser objeto apropiación privada* y se entienden *fuera del comercio*, puesto que *siguen siendo un bien del Estado, esencial para toda la colectividad*.

c. En lo que al régimen constitucional de explotación atañe, ya se acotó que del art. 103 Cn. se colige que, en su calidad de *propietario*, el llamado a *explotar* el subsuelo —en los términos ya delimitados— es el Estado, pero el mismo texto constitucional habilita su explotación mediante la intervención privada. Con todo, los recursos naturales ahí contenidos son riqueza nacional y le pertenecen al Estado; por tanto, la explotación efectuada por un particular deberá estar exhaustivamente regulada, y *en virtud de una concesión*.

d. Asimismo, se indicó que las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, pese a constituir bienes de dominio estatal vinculado con el interés social, no *son de uso público*.

Además, se apuntó ya que se trata de *la explotación de un recurso natural renovable esencial para múltiples procesos industriales*; elemento respecto del cual existen funciones en materia de recursos naturales conferidas a la Administración.

Entonces, la concesión para la explotación de la citadas fuentes freáticas podrá otorgarse por la autoridad administrativa *habilitada por la Asamblea Legislativa*, en los términos *establecidos por esta mediante una ley marco*, cuyo contenido deberá satisfacer la regulación referida a los *requisitos, plazos, condiciones y finalidades de la concesión*.

e. Igualmente, debe reiterarse que en este caso se analiza la *explotación* de las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, entendiendo por tal *todas las formas de aprovechamiento y disposición particular*, económicas o no, que tolere dicho recurso y que exceda del uso *común*. De manera que se trata de una utilización *particular* en beneficio del sujeto al que se le otorgó la posibilidad *de explotación privativa*, que incluye la extracción y consumo del agua *para fines que excedan* de las necesidades de sobrevivencia o tareas domésticas del titular del inmueble y su grupo familiar, verbigracia, es explotación extraer el agua para fines industriales u otros relacionados con la comercialización.

f. Por tanto, con base en lo expuesto en este apartado, es de concluir que la *explotación de aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada no se encuentra dentro de las competencias municipales*; por tanto, *no puede estar sujeta al cobro de una tasa municipal*.

Por el contrario, dicha explotación debe ser autorizada a través de una concesión; la cual, a su vez, ha de ser otorgada por la autoridad designada y en los términos plenamente establecidos por una ley en sentido formal, es decir, una ley emitida por la Asamblea Legislativa.

Consecuentemente, la configuración del tributo impugnado por parte de la comuna correspondiente ha excedido la potestad tributaria municipal y quebrantado el principio de reserva de ley en materia tributaria; pues dicho tributo no encaja en la categoría de una tasa, en tanto que no incluye una actuación particular ejecutada por la municipalidad en beneficio del obligado al pago, sino que se muestra como un tributo *desvinculado del ente emisor*, que, por tal razón, encuadraría más en el carácter de un impuesto. Tipo de gravamen que no puede ser configurado por la municipalidad.

Por tanto, el precepto municipal impugnado debe ser declarado inconstitucional y expulsado del ordenamiento jurídico.

XIII. Dirimido lo anterior, esta Sala no puede desconocer el conflicto normativo constitucional que subyace en el asunto sometido a su control: la autorización para la explotación de fuentes freáticas alojadas en inmuebles de propiedad privada.

1. Como se ha apuntado a lo largo de esta sentencia, la Constitución establece un régimen para la explotación del subsuelo, que gira en torno a la figura de la concesión.

Para el caso en análisis, se determinó que basta con una concesión administrativa, no así cuando se trata de concesionar bienes de *uso público*, para los cuales se exige una concesión legislativa.

Al margen de tal requisito, el precepto impugnado grava la explotación de fuentes freáticas por parte de los titulares de los inmuebles que les contienen, lo cual no puede ser objeto de una tasa municipal. Sin embargo, tal situación revela otro proceder contrario a la Constitución, puesto que tácitamente asume que los particulares, sin mediar una concesión a su favor, exploten el recurso hídrico de los inmuebles bajo su dominio. Circunstancia que, por las razones consignadas en esta sentencia, atenta contra múltiples preceptos constitucionales.

En ese sentido, este tribunal, como garante último de la Constitución, no puede omitir señalar la inconstitucionalidad de la situación referida; es decir, debe establecerse en esta sentencia que la Constitución instituye que el subsuelo, y por ende todos los elementos en él alojados, pertenecen al Estado, siendo este el primer llamado para su explotación. Sin embargo, el propio texto constitucional contempla la posibilidad de que tal explotación se verifique por los particulares, pero ello ha de practicarse a través de una concesión. De manera que, a falta de una concesión que habilite la explotación referida, dicha explotación será contraria a la Constitución.

2. Ahora bien, esta Sala tampoco puede soslayar el hecho de que en el ordenamiento jurídico salvadoreño *no se ha desarrollado el régimen concesionario de las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada*. Por tanto, los particulares titulares de tales inmuebles, interesados en la explotación de las fuentes freáticas alojadas en estos no cuentan con la legislación que señale los mecanismos a seguir para obtener la habilitación concernida.

Entonces, *la situación violatoria de la Constitución advertida en el objeto de control se ha potenciado en razón de la carencia de la normativa secundaria acerca de la cuestión*. Por lo que dicha inconstitucionalidad no es atribuible a los particulares que exploten directamente los recursos hídricos alojados en el subsuelo de los bienes de cuya superficie son titulares. Pero ello no niega que dicha explotación, en las condiciones actuales, sea inconstitucional.

3. En ese sentido, esta Sala estima necesario efectuar algunas consideraciones relacionadas con los efectos que los pronunciamientos de este tribunal generan en la realidad y su vinculación con su eficacia, y como consecuencia de ello, la modulación de los primeros y las acciones encaminadas a garantizar la aplicación del fallo.

A. En ese orden, la jurisprudencia de esta Sala ya ha establecido —como cita, en la precitada Inc. 28-2008— que desde el punto de vista constitucional no pueden eludirse los efectos nocivos que, de forma momentánea, pero no menos irreparable, pudiera tener la invalidación de una disposición o cuerpo legal sobre situaciones o sujetos cuyo ámbito de

regulación abarca la norma que se declara inconstitucional.

De manera que, siendo esta Sala el último intérprete de la Constitución, es preciso que además de emitir el pronunciamiento, module sus efectos —cuando ello sea necesario— y procure su eficacia; acciones estas garantes del pleno respeto a la Constitución.

B. a Así, en el proceso de inconstitucionalidad, la actividad del tribunal se orienta a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico a la luz de la norma fundamental. Y es que, si la Constitución como fundamento y pilar sobre el cual se sostiene el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico no se hace efectiva, cumpliendo con sus preceptos de acuerdo con la exégesis que de estos hace su máximo intérprete, ello se convierte en un menoscabo que afecta al sistema jurídico en conjunto.

Consecuentemente, un tribunal o sala constitucional puede modular de diversas formas los efectos de sus sentencias, de acuerdo con el análisis que de las disposiciones constitucionales o legales se ha efectuado en el pronunciamiento y las consecuencias que este pudiera generar en el entorno social al que afecta, garantizando al mismo tiempo la efectividad de sus decisiones en cuanto a la interpretación de la Constitución y de las leyes.

b. En el caso particular, el principal efecto del fallo a emitir radica en la expulsión de la disposición impugnada del ordenamiento jurídico, puesto que el tributo impugnado no se ajusta a la figura de una tasa municipal, en tanto que carece de una contraprestación brindada por la comuna, ya que la autorización para la explotación de las fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada no se encuentra dentro de las competencias municipales, pues ello debe verificarse a través de una concesión que observe los requisitos legales establecidos para tal efecto.

Ahora bien, respecto de lo anterior, es oportuno aclarar que, tal como se indicó en la sentencia de 4-V-2011, Inc. 61-2005, "la inconstitucionalidad del objeto de control no genera la obligación de devolver las tributaciones obtenidas durante su vigencia, pues la inconstitucionalidad no equivale a nulidad; mientras que, por otra parte, aquellos tributos que no han sido cancelados, y cuyos hechos generadores han acontecido en la realidad, no podrán ser llevados a acciones de cobro por el sujeto activo de la relación tributaria".

c. En ese orden, como efecto secundario del fallo a pronunciar, encontramos la *inconstitucionalidad de la explotación de las fuentes freáticas alojadas en inmuebles de propiedad privada verificada por los particulares titulares de dichos inmuebles*, los cuales

carecen de la autorización que dicha actividad amerita. Pero quienes tampoco cuentan con los medios para solicitar y, eventualmente, obtener dicha autorización, ya que la Asamblea Legislativa *no ha regulado la cuestión*.

En ese sentido, en esta sentencia se ha declarado la atribución de la Asamblea Legislativa de regular las condiciones en que ha de verificarse la concesión para la explotación del recurso en comento. Lo cual no implica que este tribunal le esté confiriendo y ordenando tal atribución a la Asamblea Legislativa, sino que es la propia Constitución la que ya definió que la explotación referida deba ser precedida por una concesión, y que dicha concesión deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en una ley marco emitida por la Asamblea Legislativa. Ley que, además, deberá estar inspirada en los deberes estatales relacionados con la protección del ambiente, consignados en el acápite XII.2.D de esta sentencia.

C. Así, como se apuntó en la sentencia de 5-V-2012, Inc. 23-2012, no es posible delimitar *a priori* ciertas reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el tiempo, relativas al otorgamiento o no de efectos hacia el pasado o, en cambio, hacia el futuro.

En el presente caso, la explotación de las fuentes freáticas a las que se refiere la disposición impugnada se realiza sin tener habilitación legal para ello, pues no se han otorgado las concesiones correspondientes; sin embargo, como ya fue acotado, esta Sala puede —como competencia inherente a su función— modular los efectos de sus pronunciamientos.

A partir de lo anterior, en procura de la seguridad jurídica y la continuidad en las actividades en la que esté concernida la explotación de aguas privadas, este tribunal añade que, además del efecto principal de esta sentencia, las actividades de explotación que se hayan instaurado antes de este proveído jurisdiccional y las que en lo sucesivo puedan implementarse, podrán seguir ejecutándose, *hasta que la Asamblea Legislativa emita la ley marco en la que establezca la autoridad, condiciones, término y fines bajo las que han de otorgarse las concesiones para la explotación de las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada*.

D. En atención a lo expuesto y en aras de asegurar el respeto a los preceptos constitucionales y la plena protección del interés general, sin que por ello se vulneren los derechos de los particulares que de buena fe hayan adquirido la infraestructura necesaria para la explotación de fuentes freáticas ubicadas en inmuebles de los que son titulares, y que, además, de

dicha explotación dependan sus actividades industriales o comerciales, al momento de establecer la legislación necesaria para autorizar dicha explotación, si la Asamblea Legislativa lo considera oportuno, podrá dar prioridad a dichos particulares en el otorgamiento de las concesiones respectivas.

XIV. Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Decláranse inconstitucional*, de un modo general y obligatorio, el art. 9 de la Ordenanza Integral para la Regulación, Gestión y Tratamiento del Recurso Hídrico del Municipio de Nejapa, San Salvador, contenido en el Decreto Municipal n° 4 de 11-XII-2006, publicado en el Diario Oficial n° 238, Tomo 373, de 20-XII-2006, reformado por Decreto Municipal n° 5, de 28-V-2008, publicado en el Diario Oficial n° 101, Tomo 379, de 2-VI-2008, por quebrantar el principio de reserva de ley en materia tributaria establecido en el art. 131 ord. 6° de la Constitución; y por tanto, absténgase la citada municipalidad de requerir el pago del gravamen establecido en el precepto municipal declarado inconstitucional.

2. *Certifíquese la presente sentencia y remítase a la Asamblea Legislativa*, a fin de que esta emita la normativa necesaria para concesionar la explotación de las aguas freáticas ubicadas en inmuebles de propiedad privada, según lo consignado en el considerando XII de esta resolución.

3. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

4. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

-----**F. MELENDEZ**-----**E.S. BLANCO R**-----**R. E. GONZALEZ**-----**FCO. E. ORTIZ R.** -----**PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.**----- **E. SOCORRO C.**-----**SRIA**----- **RUBRICADAS.**-----