

NATURALEZA Y FIJACION DEL CANON POR VERTIMIENTO DE RESIDUOS NOCIVOS A LA RIQUEZA PISCICOLA DE LAS AGUAS PUBLICAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRECEPTO BÁSICO.—III. ANTECEDENTES.—IV. EL REGLAMENTO DE LA ACTUAL LEY. V. DISPOSICIONES POSTERIORES: 1. El Decreto de 13 de mayo de 1953. 2. Orden de 4 de julio de 1958. 3. Ordenes de 8 de agosto de 1960 y 20 de marzo de 1962.—VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VII. DE LO PINTADO A LO VIVO.—VIII. INDEMNIZACIÓN Y TRÁMITE DE AUDIENCIA: 1. El trámite de audiencia. 2. La indemnización y la limitación de derechos.—IX. LA SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1963.—X. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA Y EL CANON.—XI. COMENTARIO FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los temas que en Derecho español se hallan casi totalmente abandonados por la doctrina es concretamente la problemática de la escasa regulación sobre daños causados a la riqueza piscícola de los ríos por vertimiento de materias nocivas.

Esta convicción motivó que el autor de este trabajo comenzara una pausada investigación del problema jurídico que el tema provoca; investigación que se hallaba apenas iniciada cuando llegó a su conocimiento una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, dictada en el primer trimestre del año 1963, que motivó la conversión de lo que normalmente hubiera sido una obra más o menos madura, pero al menos en el propósito del autor completa y omnicomprendiva, en este comentario apresurado, parcial y urgente, que apenas pretende otra cosa que lanzar un agudo toque de atención sobre una parcela del actuar administrativo que, precisamente por la falta de adecuado desarrollo doctrinal de las escasas normas que lo contemplan, pudiera consagrarse no ya como absolutamente discrecional, sino como totalmente arbitraria.

II. EL PRECEPTO BÁSICO.

La Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, en su artículo 6.º, dispone:

«Impurificación de las aguas.»—Queda prohibido alterar arbitrariamente la condición de las aguas con residuos de industrias o verter en

ellas, con cualquier fin, materiales o sustancias nocivas a la población fluvial, quedando obligados los dueños de las instalaciones industriales a montar los dispositivos necesarios para anular o aminorar los daños que a la riqueza piscícola pudieran causarse.

Si no hubiera posibilidad de armonizar los intereses acuícolas con los de los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos y dueños de industrias y explotaciones, y éstas por su importancia en la riqueza nacional deban ser preferidas, quedarán obligados los concesionarios y dueños al pago de un canon anual, cuya cuantía fijará la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, a propuesta de las Jefaturas del Servicio Piscícola, con audiencia del interesado» (1).

III. ANTECEDENTES.

El primer y único antecedente de este artículo, en nuestra patria, es el artículo 13 de la anterior Ley de Pesca Fluvial de 27 de diciembre de 1907, que establecía:

«Queda prohibido alterar arbitrariamente la condición de las aguas con residuos de industrias, o vertiendo en ellas con cualquier fin materiales o sustancias perjudiciales o nocivas a la pesca, a no ser que se ejecuten en virtud de un derecho reconocido y reglamentado por la Administración pública o que por ella se reconozca, previa demostración de señalada conveniencia, bajo el punto de vista de los intereses del país y con la debida indemnización de daños y perjuicios».

El Reglamento dictado para su aplicación, en 7 de julio de 1911, después de reproducir en su artículo 77 el transcrito precepto (citando en otros dos apartados, *ad exemplum*, cuáles habían de ser considerados como residuos nocivos) y establecer en los artículos 78 y 79 prevenciones para evitar que tales residuos vertiesen en las corrientes de agua, ordenaba en su artículo 80:

«En los casos en que hubiese absoluta imposibilidad de dar exacto cumplimiento a lo preceptuado por los artículos precedentes, se formará por la Jefatura del Servicio Piscícola el oportuno expediente demostrativo de dicha imposibilidad, en el cual se hará constar el correspondiente justiprecio de los daños y perjuicios que se irroguen a la pesca fluvial, y el importe de aquéllos se abonará al Estado, en el caso de que se trate de aguas de dominio público, por el dueño de la industria que los ocasiona».

(1) Rogamos que se nos disculpe el quizá excesivo acopio de preceptos en el encauzamiento del trabajo, pero lo hemos creído necesario para que el lector, al entrar en su parte discursiva, pueda seguir sin dificultad los razonamientos y problemas de la fijación y naturaleza del canon estudiado.

IV. EL REGLAMENTO DE LA ACTUAL LEY.

El artículo 6.º de la Ley se desenvuelve en los 15 al 22 del Reglamento de 6 de abril de 1943, del tenor siguiente :

«Art. 15. *Impurificación de las aguas.*—Todas cuantas instalaciones industriales existentes en la actualidad viertan sus residuos de fabricación o de explotación a las masas de agua en cantidad que puedan perjudicar a la fauna y flora acuáticas, bien por envenenamiento del medio o desoxigenación del mismo, o a causa de sedimentación mecánica en los fondos, con daño para la producción del alimento de los peces, estarán obligados a adoptar a su costa, en caso que se fijará para cada caso, aquellas medidas que anulen o contribuyan a aminorar los daños ocasionados a la riqueza ictiológica, con arreglo a la propuesta del Servicio Piscícola, que deberá ser aprobada por la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial.

Art. 16. *Medidas contra la impurificación.*—En lo sucesivo, para el funcionamiento de toda instalación que necesite verter a las aguas continentales residuos de fabricación o de explotación, será obligatorio el informe de las Jefaturas del Servicio Piscícola correspondiente.

Para los casos en que la evacuación de dichos residuos ocasione daños a la riqueza acuícola, bien directamente o influyendo desfavorablemente en la capacidad biogénica del medio, dichas Jefaturas deberán proponer las medidas que eviten o disminuyan, en cuanto sea factible, los daños, corriendo la ejecución de las mismas por cuenta de la entidad explotadora, en el plazo que se fije; la cual podrá en estos casos, como en los señalados en el artículo anterior, hacer las propuestas pertinentes, que habrán de ser informadas por el Servicio Piscícola correspondiente y sometidas a la aprobación de la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial.

Art. 17. *Obras fuera de plazo.*—Si la entidad industrial no realizara en el tiempo señalado el plan de las medidas aprobado, lo llevará a cabo la Administración por cuenta de aquélla, a la que se impondrá una multa equivalente al 5 por 100 del presupuesto total de ejecución, y satisfará también al Estado un interés que, como máximo, será del 7 por 100 al año del capital anticipado por éste para la ejecución de lo proyectado.

Art. 18. *Incumplimiento de lo legislado e inspecciones.*—Si por incumplimiento de lo preceptuado se produjeren daños a la riqueza acuícola, como consecuencia de la incorporación a las aguas de residuos nocivos, además de la multa, cuya cuantía se fijará oportunamente, la entidad industrial satisfará también una indemnización, equivalente al importe de los daños ocasionados, según la valoración hecha por el Servicio Piscícola.

Art. 19. *Causas de fuerza mayor.*—Cuando causas de fuerza mayor hicieren ineficaces las precauciones adoptadas, quedarán exentas de toda

responsabilidad las entidades explotadoras de las industrias o concesiones, una vez comprobado dicho extremo por el Servicio Piscícola.

Art. 20. *Aguas fecales*.—(Este artículo se refiere únicamente a los alcantarillados de las poblaciones, por lo que no incide directamente en el tema propuesto.)

Art. 21. *Vertimiento de sustancias*.—Queda prohibido en las masas de agua o en sus álveos verter todas aquellas sustancias que puedan perjudicar a la fauna acuática, tanto por envenenamiento como por desoxygenación.

Igualmente se prohíbe, sin autorización del Servicio Piscícola, arrojar materiales o escombros que actúen mecánicamente, con perjuicio de la pesca.

Art. 22. *Enriado de textiles*.—Queda terminantemente prohibido el enriado de toda clase de plantas textiles en las aguas públicas.

Si por el Servicio Piscícola, y previa petición del interesado, se comprobara la necesidad de llevar a cabo esta operación en dichas aguas, aquél señalará el lugar donde deba realizarse, y fijará también las normas para su ejecución, autorizándola previo pago de los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a la riqueza acuícola.

El Servicio Piscícola podrá regular esta operación en las aguas privadas cuando, a su juicio, pueda causar daños a la pesca.

Además, según el artículo 114 del Reglamento, apartado i), se sancionará como falta muy grave «alterar las condiciones de habitabilidad de las aguas continentales o de sus álveos con el vertimiento de residuos industriales, sustancias o materias que perjudiquen a la pesca».

V. DISPOSICIONES POSTERIORES.

1. *El Decreto de 13 de mayo de 1953.*

Esta disposición, para proteger la riqueza piscícola, preveía para el futuro la prohibición absoluta de instalar industrias que pudieran perjudicarla en ciertas masas de aguas continentales, o en sus márgenes, especialmente relevantes. En las masas que no obtuvieran tal calificación podrían seguir instalándose tales industrias, pero éstas y las ya instaladas con anterioridad a la norma en cualquier punto, deberían cumplir estrictamente lo prevenido en la vigente legislación de Pesca fluvial (2).

2. *Orden de 4 de julio de 1958.*

Se refiere concretamente a las almazaras. Concede un plazo (hasta el 30 de junio de 1959) para que efectúen las instalaciones necesarias

(2) El Decreto de 11 de septiembre del mismo año publicó una relación de masas de aguas absolutamente protegidas, según el de 13 de mayo.

para la eliminación de los alpechines en las aguas residuales que viertan directa o indirectamente en los ríos y aguas superficiales. Mientras tanto, se suspende el cobro de los cánones de indemnización, que habrán de pagar las industrias que, una vez consumado el plazo, no hayan cumplido el mandato de la Orden.

3. *Ordenes de 8 de agosto de 1960 y 20 de marzo de 1962.*

De estas Ordenes (que citamos conjuntamente, dado que la última declaró la nulidad de pleno derecho de las normas 4.^a a 14 de la primera) resulta, en virtud de lo dispuesto en la norma 15 de la Orden de 8 de agosto de 1960, que:

«El personal dependiente del Servicio Nacional de Pesca Fluvial y Caza está autorizado para el reconocimiento de cualquier obra o vertimiento que altere las condiciones naturales biológicas, físicas o químicas de las aguas, así como para recoger datos, muestras o residuos que consideren necesarios para determinar el grado de alteración. En cumplimiento de su misión, podrá visitar las instalaciones y lugares de aprovechamientos de aguas, debiendo los titulares o encargados del mismo proporcionar la información que se les solicite, a fin de facilitar el trabajo del citado personal.

Las operaciones de comprobación de la posible alteración de las condiciones biológicas, físicas o químicas de una masa de agua se realizarán por los técnicos del Servicio Nacional de Pesca Fluvial y Caza, previa citación del titular del aprovechamiento. De dichas operaciones se levantará la correspondiente acta, consignando en ella todas las informaciones recogidas que se consideren de interés, que será firmada por el representante del citado organismo y por el titular del aprovechamiento o su representante. En el supuesto de que éste rehusase firmar, se hará constar en el acta, que firmarán dos testigos».

VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Tampoco es muy numerosa la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal sobre la materia.

No conocemos sentencia alguna dictada durante la vigencia de la antigua Ley de 1907; y desde la promulgación de la actual, la jurisprudencia comienza con una sentencia de 22 de abril de 1957, confirmatoria del acto administrativo—de fijación de canon—que se impugnaba por los interesados.

A partir de esta sentencia, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de irse ocupando de algunos de los problemas jurídicos que el precepto plantea, al compás de las alegaciones en que los recurrentes fundaban sus pretensiones de anulación de los acuerdos administrativos de fijación de canon. Concretamente, los temas de que se ha ocupado el Tribunal Supremo y las decisiones doctrinales que en sus sentencias ha dictado, son, hasta diciembre del año 1962, los siguientes:

A) *Nocividad o inocuidad de los residuos vertidos.*

a) Los alpechines lo son en todo caso. En virtud de lo establecido en la Orden de 4 de julio de 1958, su nocividad parece que no puede discutirse (sentencias de 13 de diciembre de 1961 y de 16 de marzo, 28 de mayo, 4 y 16 de junio de 1962).

b) *Otros residuos.*

La jurisprudencia afirma que en principio la inocuidad no puede mantenerse desde el momento en que el Servicio afirma lo contrario, y aunque haya la salvedad teórica de que cabría la demostración de la inocuidad mediante análisis, o prueba en contrario, cuando ello ha ocurrido ha afirmado siempre que, a su juicio, en tales casos debía prevalecer, por ser más digno de crédito, el estudio del Servicio (sentencias de 22 de abril de 1957, 13 de diciembre de 1961 y 20 de marzo de 1958).

B) *Grado de nocividad.*

Cuestión íntimamente ligada con la anterior, se resuelve en sentido idéntico. Prevalece el grado determinado por el Servicio.

C) *Forma del vertimiento.*

Es indiferente que el vertido se haga directamente en el río o de manera indirecta (sentencias de 22 de abril de 1957, 8 de junio de 1960 y las citadas en A), a), más la de 23 de noviembre de 1962).

D) *Precio de la pesca perjudicada.*

La única vez en que tal cuestión se planteó aceptó el Tribunal Supremo (sentencia de 22 de abril de 1957) el precio fijado por la Administración, desestimando las pruebas en contrario.

E) *Fuerza mayor excluyente de responsabilidad.*

Fué invocada por los recurrentes en los casos resueltos por las sentencias de 21 y 24 de abril de 1958.

Alegaban como tal la circunstancia de que disposiciones oficiales les obligaron a intensificar la molturación en la campaña de que se trataba, lo cual determinó la insuficiencia de las medidas que las fábricas tenían tomadas para evitar el daño (una especie de *factum principis*).

El Tribunal Supremo denegó, siguiendo la tesis administrativa, la excepción, ya que, según afirma, en todo caso, y aunque el daño se hubiera producido efectivamente por tal aumento de molturación impuesta, «pudieron y debieron preverse las consecuencias dañosas que el mismo acarrearía, con objeto de aumentar el número y eficacia de tales dispositivos (de defensa) en orden a la anulación o minoración de los daños, dando cuenta al Servicio Piscícola, en cumplimiento de lo que previenen los artículos 6.º de la Ley de Pesca Fluvial y 18 del Reglamento dictado para su ejecución».

F) *Posibilidad de concurrencia en el daño.*

No es estimable la alegación de que no es la Empresa a quien se fija el canon la única que efectúa vertimientos, y que, por tanto, el canon debe ser inferior, cuando el Servicio afirma que todos los daños son causados por ella (sentencia de 24 de abril de 1958).

G) *Valor de los datos administrativos.*

Ya hemos visto en anteriores apartados, y lo confirman genéricamente las sentencias de 20 de marzo de 1958 y 23 de noviembre de 1962, que en general las afirmaciones administrativas gozan de fe superior a las alegaciones y pruebas de los interesados. Sin duda aquéllas cederían en caso de prueba plena; pero el Tribunal jamás ha reconocido esta cualidad en las aportadas.

H) *Naturaleza de la imposición o canon.*

a) No es sanción.

Aparte de que en alguna ocasión el Tribunal lo ha reconocido implícitamente, al confirmar, como posibilidades distintas y compatibles, la multa y la imposición de un canon por un mismo vertimiento, lo reconoce explícitamente la sentencia de 13 de diciembre de 1961.

b) No es contribución ni impuesto.

Lo afirma la sentencia de 16 de marzo de 1962.

c) Se trata de indemnizar unos daños.

Lo afirman positivamente—en concordancia con las expresiones utilizadas por la Ley antigua y la vigente y sus respectivos Reglamentos—las sentencias de 4 y 16 de junio de 1962. El canon juega como indemnización.

I) *Posibilidad de variación del canon.*

Al responder éste a una indemnización, ha de variarse si cambian las circunstancias—intensidad del vertimiento, toxicidad de los residuos, variación de los precios de la pesca dañada, etc.—, y así lo reconocen en general las sentencias de 28 de mayo, 16 de junio y 23 de noviembre de 1962.

J) *Fórmula de fijación del canon.*

Naturalmente, en ningún caso se ha examinado la fórmula exacta, la conjunción de criterios que mueven a la Administración a fijar con exactitud el canon. Pero en las sentencias de 22 de abril de 1957, 24 de abril de 1958, 28 de mayo y 16 de junio de 1962, aparte de afirmar que los criterios de valoración empleados por la Administración prevalecen por no haber sido eficazmente combatidos, demostrando error, por los recurrentes, se habla de la existencia de tales criterios. Así, la primera de las sentencias citadas, sobre aludir a «numerosos datos, obser-

vaciones y cálculos» especificados en los informes del Servicio, se refiere expresamente a un porcentaje del 95 por 100, calculado como de impurificación de las aguas por consecuencia del vertimiento verificado por el recurrente, y de un precio de 6,50 pesetas fijado para el kilogramo de pescado fluvial estropeado, así como de la capacidad del río y de la cifra estimada de producción piscícola por hectárea cubierta de agua. La de 24 de abril de 1958, sin tanta precisión, alude, sin embargo, a una «fórmula técnica» empleada para el cálculo del canon; la de 28 de mayo de 1962 afirma que el Servicio ha tomado como base de su cálculo «la producción aceitera en la campaña», y la de 16 de junio siguiente cifra el canon en «0,02 pesetas por kilogramo de aceite producido, el asignado a la almazara del recurrente», y acepta su adecuación, impugnada por dicho recurrente.

K) *Procedimiento. El trámite de audiencia.*

La sentencia de 23 de noviembre de 1962—la única sentencia que ha estimado el recurso interpuesto—anula las actuaciones por haberse variado el canon sin audiencia del interesado. La de 16 de marzo de 1962 afirma—aludiendo al mismo trámite—que al interesado le fué «puesto de manifiesto» el expediente, y la de 8 de junio de 1960 afirma también que se le dió «vista» del expediente. Las tres sentencias suponen la necesidad de que antes de resolver sobre la fijación o modificación de un canon tenga lugar el trámite de audiencia.

Esta es, resumida, toda la jurisprudencia recaída, hasta diciembre del año 1962, sobre el artículo 6.º de la Ley; o, al menos, la que conocemos. Y éstos—los datos jurisprudenciales y preceptos transcritos—los instrumentos positivos a partir de los cuales comenzábamos a intentar la estructuración institucional del canon por vertimiento. Nuestro punto de partida, en lo doctrinal, era el siguiente: La naturaleza del canon era indemnizatoria. Su cuantía, acorde con el daño, efectivo o presunto. Su fijación era objeto de expediente administrativo *audita altera parte*. Se trataba, en consecuencia, de precisar las líneas del bosquejo.

VII. DE LO PINTADO A LO VIVO.

Trazadas—en mi opinión—las grandes líneas maestras del edificio por la legislación y la jurisprudencia, la tarea parecía consistir en revestirlas de forma adecuada. Y no en vano la más aparente forma administrativa es el procedimiento. El procedimiento, pues, iba a ser la puerta de acceso a la problemática del canon de vertimiento.

Como ha podido ya comprobarse, son escasas las normas que a él se dedican en la preceptiva citada; pero si se destaca el hecho de que la Orden de 8 de agosto de 1960, dada su fecha, no había prácticamente entrado en vigor, por su inaplicación a los casos ya consumados (únicas piezas en ocasiones, y siempre las principales, con que para estas investigaciones jurídicas puede contarse), el vacío era aún más notable. Y—caminar de espaldas a la realidad no es aconsejable—se imponía co-

nocer cuál era, en la práctica, el procedimiento que la Administración había seguido para la fijación de este tipo de canon, sin conformarse con lo que apareciese de las escasas sentencias del Tribunal Supremo, por una razón muy simple: el particular, sobre todo en los casos de canon de cuantía escasa, no suele llegar en sus quejas hasta el Tribunal Supremo. Se imponía, pues, acudir a la práctica administrativa.

Y pronto se reveló que, como en tantos otros puntos, aquella resultaba poco satisfactoria. Lejos de existir algunos trámites consuetudinarios que hubieran revestido, de forma más o menos adecuada, la escasez de la legislación, ocurría—en no pocos casos—la omisión aun de aquellos que las Leyes no habían querido olvidar, o su práctica inadecuada.

Concretamente, y sin pretender impresionar con estadísticas (que acaso impresionan poco al jurista avezado a combatir la injusticia en defensa frecuente de un individuo frente a una colectividad más o menos amplia), podemos afirmar que ya no constituye novedad la tramitación de un expediente en la siguiente forma:

Una sociedad (X), que por no haber (o no suficientemente) instalado dispositivos de anulación de residuos nocivos, debe abonar el canon, recibe un día un oficio de determinada Jefatura Regional de Pesca Fluvial y Caza. En él se dice—aproximadamente—que «se le transcribe la propuesta que esta Jefatura eleva al Director General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, pudiendo, si lo estima conveniente, en el plazo de *diez días hábiles*, a partir de la fecha de notificación de esta comunicación, hacer por escrito alegaciones que estime convenientes en esta Jefatura, debiendo devolver el adjunto duplicado, debidamente firmado».

Y a continuación se le transcribe la propuesta citada, concebida en los siguientes términos aproximados:

«Se ha efectuado por esta Jefatura la oportuna valoración de daños a la riqueza piscícola por los vertimientos de aguas residuales de X., S. A., durante la campaña de fabricación Y., obteniéndose la cantidad de pesetas Z.

En su virtud, tengo el honor de proponer a V. I. que se fije en pesetas Z. el canon correspondiente a la campaña Y., que deberá ingresar en esta Jefatura X., S. A., en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de notificación de la resolución que se dicta.

No obstante, V. I. resolverá lo que estime más conveniente».

Y esto es todo. Esta es la primera noticia que el industrial tiene sobre la *valoración* de los daños que sus residuos causan a la riqueza piscícola en la campaña a que corresponde el canon cuya propuesta se le notifica. Muchas veces, la cantidad propuesta coincide con la que abonó el año anterior. Otras, se modifica. Casi siempre, el particular (previo juramento) abona el canon. Y en tal caso, naturalmente, dicha notificación es la primera y última noticia que el industrial recibe sobre el procedimiento de valoración hasta el año siguiente, en que, aproximadamente en las mismas fechas, recibe una propuesta gemela, en la que sólo varía la designación de la campaña y, acaso, la cantidad que se le pide.

El particular, casi siempre paga. Pero alguna vez—el españolísimo fuero—, aprovechando el trámite de alegaciones que se le ofrece, protesta sobre la cuantía del canon, sobre todo, naturalmente, si aquélla se le eleva. Lo corriente es que su protesta se desestime, y el canon quede confirmado. Algunos recurren en alzada, y hasta alguna vez—ya lo hemos visto—en vía jurisdiccional. Si no llega a esta vía, acaso logre—el clásico «regateo» español, cuya técnica ha penetrado en la Administración—una rebaja convencional (y ya prevista al fijar el antiguo canon). Si agota la vía jurisdiccional y puede presentar con fortuna datos inmovibles que demuestren que la cifra propuesta es totalmente absurda—la estimación de la pesca perjudicada por unos vertimientos es siempre aproximada, presunta—, acaso pueda esperar que un día la jurisdicción declare el canon excesivo.

Pero, eventualmente, el industrial o sus asesores paran mientes en que la Ley y su Reglamento (que hablan del canon como una especie de la indemnización de perjuicios) exigen su fijación con *audiencia* del particular. Y entonces alegan, en el trámite que la propuesta les ofrece, infracción de las normas de procedimiento, por no haberse valorado los daños, por no haberse llegado a la propuesta, previa audiencia del industrial notificado.

La respuesta de la Administración—cada vez, desgraciadamente, más reacia a reconocer sus desvíos—suele ser siempre la misma: confirmar el canon y dar por cumplido el procedimiento. El particular, fiado en su derecho a ser oído, recurre en alzada; y la Administración desestima su recurso por entender que el trámite de audiencia se ha cumplido y que no ha habido indefensión para el recurrente, puesto que éste, en las alegaciones y en la alzada, pudo «contradecir la valoración» o «aportar pruebas de su inadecuación»; como no lo hizo, el canon se confirma. Y, por estimar suficiente la defensa del particular, no se le dice, ni en primera instancia ni en alzada, cuál es la suma de criterios, de datos, de cifras que ha llevado a la fijación de una cuantía, a la concreción numérica del canon.

El particular recurre en vía contencioso-administrativa, y por fin—así permiten afirmarlo las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1960, 16 de marzo de 1962 y 23 de noviembre del mismo año—el Tribunal Supremo anulará las actuaciones, ordenando que se ponga de manifiesto el expediente al interesado antes de formular la propuesta, cuando se demuestre que efectivamente el particular no conoció por entero el expediente antes de ella, en la forma establecida por el artículo 91 de la Ley de Procedimiento administrativo. Así, repetimos, permiten afirmar lo las citadas sentencias, una de las cuales lo estimó por omisión del trámite y las dos restantes lo desestimaron precisamente porque entendieron—y no hay razón ninguna para dudar—que en el caso contemplado la Administración lo había concedido antes de formular la propuesta.

VIII. INDEMNIZACIÓN Y TRÁMITE DE AUDIENCIA.

En realidad, no parece posible mantener otra tesis. La letra del artículo 6.º de la Ley de Pesca y la de los artículos concordantes del Reglamento permiten afirmar que el canon juega como indemnización de perjuicios, y obligan a fijarlo con audiencia del interesado, y ello comporta las siguientes consecuencias:

1. *El trámite de audiencia* (3).

El trámite de audiencia ha sido calificado por el Tribunal Supremo como *sustancial* (sentencias de 18 de enero, 20 de mayo y 11 de julio de 1932), *fundamental* (sentencias de 12 de febrero y 20 de marzo de 1951, 26 de abril de 1947, 13 de diciembre de 1944, 18 de enero y 11 de julio de 1932), *esencialísimo* (sentencia de 20 de mayo de 1935) y hasta de *trámite sagrado* (sentencias de 15 de junio de 1925 y 7 de marzo de 1911), porque «*un eterno principio de justicia exige que nadie debe ser condenado sin ser oído*».

Su omisión constituye infracción de una norma de procedimiento de cumplimiento inexcusable. En sentencia de 29 de febrero de 1960 se dice que, «según reiterada jurisprudencia de esta Sala, establecida, entre otras sentencias, en las de 20 de marzo de 1951, 13 de diciembre de 1958 y 9 de octubre de 1959, la omisión del trámite constituye un vicio sustancial que invalida todo lo actuado con posterioridad al momento en que tal omisión se cometió».

Conforme a sentencias de 21 de abril de 1959 y 24 de noviembre de 1961, «no puede borrarse o compensarse con las posibilidades dadas después, de recursos posteriores al acuerdo viciado; situación que debe corregirse con la reposición del expediente al momento anterior a aquel en el que el defecto se produjo».

«En concordancia con la doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que, como más recientes, deben citarse las sentencias de 13 de diciembre de 1958 y 21 de enero último—dice la de 9 de octubre de 1960—, procede la declaración de nulidad» desde la omisión del trámite de audiencia (en el mismo sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 1961).

El trámite ha de cumplirse en el momento y forma adecuados, según el fundamento de aquél, que no es otro que el de constituir «una doble garantía: para la Administración, que puede reunir todos los medios de ilustración que permitan un mejor acierto en sus resoluciones, y para los particulares, al objeto de que puedan aportar los elementos de hecho y las invocaciones legales que a su derecho interesen» (sentencia de 21 de diciembre de 1935).

(3) La jurisprudencia de este apartado, en su mayor parte, es una síntesis de la recogida por SERRANO GUIRADO en su trabajo *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, en esta REVISTA, IV, 129-190, y por GONZÁLEZ PÉREZ en su libro *Los recursos administrativos*, I. E. P., Madrid, 1960.

Nos hemos limitado a intercalar alguna sentencia posterior.

«Tiene por finalidad la de que los interesados en los expedientes y en las respectivas resoluciones puedan presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes a su derecho» (sentencias de 25 de abril y 2 de diciembre de 1950, 25 de junio de 1948, 17 de diciembre de 1945, 27 de octubre de 1931, 2 de febrero de 1926, 12 de marzo de 1925 y 3 de octubre de 1921), «haciendo uso de los medios de exculpación y defensa de que dispongan» (sentencias de 4 y 9 de junio de 1943, 20 de mayo de 1932, 31 de marzo y 15 de junio de 1925, 2 de abril de 1923 y 25 de abril de 1911).

De aquí, el precepto del artículo 91 de la Ley de Procedimiento administrativo, en el sentido:

a) de que la audiencia se conceda *una vez instruido el expediente, inmediatamente antes de redactarse la propuesta.*

b) de que se verifique mediante la comunicación al interesado de *todo el expediente*, de todos los datos en que la propuesta haya de basarse.

La doctrina se reitera asimismo por la jurisprudencia (sentencias de 17 de enero de 1945, 14 de enero de 1910, 25 de junio de 1948, 12 de marzo de 1925—«el trámite de audiencia no produce efecto cuando no se concede inmediatamente antes de extender el dictamen de resolución», 5 de diciembre de 1944, 14 de octubre de 1940, 12 de julio de 1934 y 28 de junio de 1933) en cuanto al momento oportuno para realizarlo.

En lo que respecta al apartado b), la Administración ha de mostrar al interesado *todo el expediente*. Sólo así, sólo si se le comunican todos y cada uno de los datos que conducen lógicamente a una determinada resolución, puede el interesado defenderse, probando la inconsistencia de aquellos datos en los que la Administración se equivoque. Pues, como dice la sentencia de 13 de diciembre de 1961, «la verdadera finalidad de este trámite es la de instruirse de los expedientes, exponer sus alegaciones y presentar los documentos y justificantes de su pretensión que estimen oportunos, a fin de que puedan tenerse en cuenta al redactarse el dictamen anterior a la resolución procedente».

Por ello afirmó la sentencia de 11 de diciembre de 1918 que el trámite de audiencia de un interesado «ha de dársele poniéndole de manifiesto el expediente para que pueda alegar con conocimiento de causa»; el trámite se cumple «mediante la comunicación del expediente, cumpliendo el requisito de la publicidad» (sentencia de 6 de diciembre de 1906); «dándole vista de lo actuado» (sentencia de 14 de abril de 1942); «ha de extenderse a *todas las actuaciones practicadas*» (sentencia de 12 de julio de 1934).

Y si dicha obligatoriedad de la comunicación de todas las actuaciones practicadas ocurre en cualquier expediente, con mayor motivo en aquellos que se proponen una limitación de derechos, una consecuencia gravosa para el particular, una imposición forzosa de prestación dineraria, una indemnización de daños y perjuicios.

2. *La indemnización y la limitación de derechos.*

Si del vertimiento nocivo derivan (art. 18 del Reglamento) una responsabilidad administrativa directa (la multa) y una responsabilidad indemnizatoria (por los daños y perjuicios) y el canon no tiene el carácter de multa, resulta forzoso pensar que (como acontece en la esfera civil, la penal o cualquiera otra) el particular, aparte la multa, no vendrá obligado a pagar el canon indemnizatorio, sino cuando se demuestre que, como consecuencia del vertimiento, se ha producido un daño, y sólo en la cuantía que el daño alcance.

No basta, pues, el hecho del vertimiento, ni aun su nocividad, para legitimar la fijación de un canon cualquiera por la Administración. De la misma forma que, según el artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, no basta la declaración de que un acto administrativo es ilegal para que el particular pueda pedir indemnización, que no alcanza si no demuestra la existencia del daño y su cuantía, la simple infracción de un particular no autoriza a pedirle (aparte la multa) una cantidad que no se demuestre que corresponde al daño que su infracción ha causado. Quien pretenda una indemnización, ha de demostrar la existencia del daño y su cuantía, tanto en la esfera administrativa como en cualquiera otra de las reguladas por el Derecho (4).

Así lo ha declarado constantemente el Tribunal Supremo en innumerables sentencias. De entre ellas citaremos la de 19 de enero de 1959, que contempla el caso de un Jefe de almacén del Servicio Nacional del Trigo, a quien por su falta de probidad se destituye (sanción administrativa) y se le impone además la indemnización de una cantidad por daños ocasionados (en virtud del mismo acto por el que se le destituye) al Servicio. El Tribunal Supremo afirma que, «según reiterada doctrina, para ejercitar con éxito una acción derivada de la obligación de resarcir daños y perjuicios por actos u omisiones reveladoras de culpa o negligencia, debe demostrarse inexcusablemente la realidad de aquéllos, el hecho culposo que los originó y la relación de causalidad entre el hecho y la falta, siendo también de aplicación la doctrina de que aquel que quiera hacer valer un derecho debe demostrar los hechos normalmente constitutivos del mismo»; y termina denegando la indemnización (por no haberse todo ello acreditado en el expediente), a pesar de haber estimado la falta de probidad. Ello es tan lógico como justo, y por ello ha de aplicarse tanto si un particular reclama daños a la Adminis-

(4) A título de ejemplo, sentencias de 24 de octubre de 1953, 8 de febrero y 21 de diciembre de 1955, 13 de marzo y 16 de junio de 1956, 30 de enero de 1951, 25 de marzo de 1954, 5 de julio de 1961 y 27 de junio de 1962.

La responsabilidad civil derivada de hecho ilícito en la esfera puramente civil se fija directamente por los Tribunales de lo civil, y la derivada de delito, por la jurisdicción penal. La que resulta de infracciones administrativas se fija *en principio* por la misma Administración, en uso de sus tradicionales privilegios. Pero ello no debe impedir que actúe la revisión jurisdiccional y se exijan, para la imposición del canon, los requisitos obligatorios de toda pretensión de indemnización.

tración (sentencias de 30 de mayo y 15 de diciembre de 1961 y de 23 de febrero y 12 de julio de 1960), como en el caso contrario.

Y si, en términos generales, la defensa del particular se instrumenta en el procedimiento administrativo por medio del trámite estudiado de *audiencia y vista del expediente*, en el caso de una indemnización deben mostrársele al sujeto obligado, para su defensa, todos los datos, cifras y criterios que han de conducir a la fijación de la cantidad que se pretende que pague.

No puede la Administración fijar una indemnización sin manifestar al particular todos y cada uno de los datos que llevan a ella; tiene que comunicar los módulos aplicables, y darle oportunidad de discutirlos. Puede la Administración equivocarse; puede aplicar normas indebidas, partir de datos erróneos o equivocarse en operaciones matemáticas. Y como la cifra imponible responde a las características reales del daño, razón o causa del gravamen, y a la aplicación conforme a ellas de los tipos y módulos adecuados y legales, todas y cada una de las razones que llevan a la Administración a fijar la valoración han de comunicarse al particular, para que pueda, si estima la valoración adecuada, conformarse con ella, y si errónea, combatir los datos o criterios equivocados, en los recursos pertinentes.

Que la indemnización sea fijada *administrativamente* no implica que pueda hacerse de forma arbitraria, ni aun discrecional. También cuando los particulares piden indemnización al Estado, corresponde a éste su estimación (art. 40 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado); pero luego, la cuantía es fijada en definitiva por la jurisdicción. Por ello, en uno y otro caso, en el expediente han de constar todos los datos y criterios que puedan llevar al Tribunal a conocer si la indemnización fijada es o no justa; y por ello todos estos datos y criterios han de ser facilitados al particular, con los fines ya citados, al darle vista completa del expediente.

Esta orientación— que entronca además con la que obliga a la Administración a motivar sus actos gravosos o limitativos de derechos— está consagrada por nuestra jurisprudencia. Citemos sólo los supuestos de expropiación o de imposición.

a) En la expropiación forzosa, un organismo administrativo fija el justiprecio; pero como no puede hacerlo arbitrariamente, su resolución ha de ser *motivada*. Como dice la sentencia de 21 de enero de 1956, «las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de expropiación contienen la exigencia de que la autoridad que adopte resoluciones declaratorias del valor de los bienes forzosamente expropiados por pública utilidad ha de realizarlo por medio de resolución motivada, es decir, *explicando las razones determinantes* de no resultar aceptables a su juicio las tasaciones anteriores, así como las que aconsejan una nueva, si la oportunidad surgiera».

Y la de 4 de febrero de 1959 exige «de modo ineludible, como corresponde al término «necesariamente» (empleado en la Ley, artículo 35, 3.º, y reiterado en el art. 43, 1.º), *que dicha valoración sea fundada de manera suficiente, de tal forma que de los antecedentes puestos*

en consideración se deduzca de modo directo y preciso, según el juicio lógico, la valoración adoptada».

b) En materia fiscal, el Tribunal Supremo ha declarado, en sentencia de 6 de febrero de 1961, *el derecho de los interesados a conocer de un modo completo y detallado, a efectos de poder reclamar contra las valoraciones realizadas por las Juntas de Evaluación, «los elementos que aquéllas hayan tenido en cuenta para fijar las bases tributarias».* Este derecho ha de abarcar «a toda la prueba que se haya practicado y tenido en cuenta para fijar las bases tributarias indicadas, ya que, de otro modo, quedaría frustrado su derecho de defensa en la medida en que le fueran sustraídos algunos de los elementos que contribuyeron a formar el criterio fiscal, puesto que así no ha podido hacerse cargo de ellos, y, por lo tanto, valorar su alcance ni el fundamento (de la valoración efectuada)...».

Como en todo procedimiento limitativo de derechos es, pues, necesario razonar las razones que lo legitiman; y, sobre todo, la cuantía o valoración del sacrificio patrimonial que pretenda imponerse, en el caso presente, en que se trata de unos daños a la riqueza piscícola, dichos daños no pueden calcularse sino en virtud de algunas cifras esenciales. Por ejemplo:

La cantidad de pesca estadísticamente previsible para la temporada y la efectivamente alcanzada, que darán como resultado la que puede estimarse perdida.

El valor de la unidad comercial de cada especie, para hallar el valor total de la pesca estropeada.

El número de industrias que realizan vertimientos nocivos, entre las que haya que repartir el daño.

El porcentaje que a cada una de ellas se atribuye en los perjuicios causados; que puede deducirse del grado de nocividad de los residuos que cada una vierta y de la cantidad de los mismos; cantidad que a su vez se hallará en función de la capacidad de vertido diario de la industria y de los días en que efectivamente haya trabajado; etc...

Pues bien: todos estos datos—u otros equivalentes—deben figurar en el expediente, para prueba del daño y de la indemnización que corresponda, y deben mostrarse al interesado para que los conozca y, si los estima equivocados, pueda combatirlos en su defensa.

Notificarle una propuesta con la sola cifra que al canon estima corresponder la Administración, es negarle su derecho a defenderse. Al ignorarlos, el particular no puede combatir los datos que a tal fijación conducen. No sabe si el error está en la cantidad que se fija como de pesca estropeada, o en el valor que al kilogramo de ella se concede, o en la multiplicación de ambos datos; si se le ha cargado a él solo el daño, existiendo otras Empresas nocivas, o si simplemente se han omitido algunas de ellas, que de incluirse reducirían su canon en cantidad apreciable. En fin, aun cuando hayan tenido en cuenta a todas ellas, ¿cómo se ha calculado el daño imputable a cada industria? ¿Cuántos días de trabajo se calculan?... ¿Cuál se estima la capacidad de vertido de la industria? ¿No será excesiva la fijada?...

Sobre ninguna de estas materias puede discutir el particular si se estima (con sólo la propuesta definitiva) suficiente la afirmación administrativa de que la valoración se ha hecho con arreglo al procedimiento estipulado y en virtud de su competencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de enero de 1956, declaró que *no puede considerarse motivado un acto* cuando únicamente se expresa en él, de un lado, «que se han guardado las formalidades legales», y de otro, que la valoración se ha hecho en virtud de una facultad legal, siendo necesario, según la sentencia, exponer «los fundamentos y razones que sirvan de base a la valoración», existiendo, si así no se hace, «ausencia absoluta y total de argumentación», y parece necesario, en el procedimiento que nos ocupa, exigir una completa *audiencia*, y estimar insuficiente una pretendida concesión de alegaciones a un particular a quien no se le explique razonadamente cómo se ha llegado a fijar la indemnización que se le reclama.

No puede bastar, en absoluto, que la Administración, *de internis* (si es que a ello llega), valore y decida; el artículo 18 del Reglamento le impone el trámite de audiencia, que legal y jurisprudencialmente consiste en algo más que en decir a un inculpado la cantidad que debe pagar; consiste en mostrarle, uno por uno, todos los datos que conducen a la valoración, y permitirle que, si están equivocados, los impugne.

Sólo si figuran en el expediente todos estos datos, y se muestran al particular, queda éste defendido. Y sólo si obran en aquél, puede la jurisdicción decidir, ante la posible contraprueba del interesado, si la indemnización es debida y adecuada.

IX. LA SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1963.

Sin embargo, esta línea parece a punto de quebrarse en la reciente sentencia de 28 de enero de 1963, cuyos Considerandos alientan la posibilidad de configurar de modo distinto la naturaleza del canon, y, en consecuencia, el procedimiento de valoración propugnado en líneas anteriores (5).

La sentencia, que declara indiscutible el hecho del vertimiento y la nocividad de los residuos, y consecuentemente la facultad administrativa de fijar un canon, intenta precisar la naturaleza de éste, y tras descartar su carácter de sanción o multa, al decir (Considerando 2.º) que «en este caso no se trata de aplicar el artículo 18 del Reglamento, referido a medidas contra la impurificación y multas por su incumplimiento, sino simplemente a la necesidad, con arreglo al artículo 6.º de la Ley de Pesca, de que las industrias que realizan vertimientos nocivos para la pesca, o depuran las aguas que se vierten en los ríos o paguen un canon», en el Considerando 3.º todavía la sentencia persigue mayor precisión: «el canon no nace del concepto jurídico civil, ni de la va-

(5) Dicha sentencia, en sus Vistos, cita otra anterior de 10 de diciembre de 1962, que no conocemos. Ignoramos si el cambio de postura a que en el texto nos referimos puede hallarse ya iniciado en ella.

loración contradictoria propia de la expropiación o de la privación, ni aun limitación de derechos, sino de una *permisión* administrativa, de naturaleza onerosa y de finalidad accesoria, en ajuste estimatorio, discrecional, recurrible y de cuantía cronológica, mediante el cual la Administración sufre en sus aguas fluviales, y por necesaria preferencia económica a la actividad industrial—según glosa el propio artículo— los efectos de un vertimiento impuro y pernicioso, constitutivo en definitiva de un aprovechamiento del río contrario a la general disposición de salvaguardia de la pureza natural de las aguas y como excepción a la norma de obligatoriedad depuratoria gravosa para quien la ejercita; extremo éste que *hace inaplicable la cita jurisprudencial y doctrinal adecuada a la valoración contradictoria en materia civil y en la administrativa, referida al daño, que aquí sólo constituye elemento objetivo referencial para la fijación del canon, porque así lo dice el artículo de la Ley, como compulsa acorde para la posible precisión económica...*».

Y al ocuparse concretamente del trámite de audiencia, cuya infracción alegaba el recurrente, la sentencia, en sus Considerados, formula las siguientes declaraciones:

a) La general de que «el expediente de fijación del canon para quienes por no montar el adecuado sistema depuratorio vierten en el río los residuos normales de su industria, perjudiciales para la riqueza ictiológica y su biología, ha de ajustarse a las disposiciones especiales que regulan la materia y se hallen contenidas en la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, y en su caso el Reglamento de 6 de abril de 1943, de específica aplicación, en cuanto no excluye la sistemática general de la Ley de Procedimiento administrativo, cuyos artículos 91, número 3, y 58 son de singular consideración en este caso, pues fuere cual fuere el procedimiento aplicable, no es posible decir que ha existido indefensión para el recurrente, puesto que en aplicación del número 2 del artículo 58, ya citado, la inexcusable estimación administrativa del canon, al no montarse depuración residual con arreglo a lo legalmente establecido, constituyen en rigor los elementos previos para que pueda ser objeto de impugnación el acto administrativo, cuyo trámite anterior de audiencia se notificó, según revela el folio que lleva el número 1 del expediente, salvando así plenamente la posible apreciación de nulidad formal» (Considerando 2.º).

b) La de que «en la Administración estaba la facultad de pronunciar la primera palabra, por medio del órgano adecuado, para que, con arreglo al artículo 6.º de la Ley, la Jefatura del Servicio propusiera el canon, se diera audiencia al interesado, brindándole la oportunidad adecuada, y en su caso, oído éste—formulada la prueba posiblemente—, la Dirección General fijara la cuantía».

c) La de que «antes de ser determinada (la cuantía) por la Dirección, y de acuerdo ésta o no con la Jefatura, y aun después, como en definitiva ha ocurrido, pudo formularse reclamación, si bien en ningún momento se acompañaron elementos de prueba contrarios a la cuantía de la determinación administrativa».

d) Por fin, la de que la «acertada estimación (del canon) no ha sido de contrario desvirtuada». (Citas todas ellas del Considerando 3.º).

De lo expuesto se deduce:

a) Que se dió audiencia al interesado.

b) Que la audiencia *era necesaria*.

Consecuente con la primera de estas afirmaciones, el Tribunal desestimó la alegación de nulidad. En lo que respecta a la segunda, confirmó, formalmente, la línea tradicional marcada en las ya reseñadas sentencias de 8 de junio de 1960, 16 de marzo de 1962 y 23 de noviembre del mismo año, aunque con alguna imprecisión accesorias, que procuraremos comentar brevemente, en un obligado paréntesis que no perturbe la fluidez de la argumentación principal.

A) *Necesidad del trámite de audiencia.*

a) Es de lamentar que el Tribunal Supremo haya empleado las palabras «disposiciones especiales» al referirse a las que regulan el procedimiento esbozado en la Ley y Reglamento de Pesca. Con ello se podría enturbiar la significación de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 respecto a dicho procedimiento, en lo que se refiere al trámite de audiencia, aun cuando el mismo Tribunal a continuación —aunque con la innecesaria salvedad de decir «fuere cual fuere el procedimiento aplicable»—la aplica, en lo que respecta a los artículos 58 y 91, 3.

Lo cierto es que—como afirma paladinamente el Tribunal en el tercer Considerando—el trámite de audiencia *es exigido por el artículo 6.º de la Ley de Pesca* (y podría añadirse que por el 18 de su Reglamento)—. No puede, pues, haber oposición entre el procedimiento específico de dicha regulación y el genérico establecido en la Ley de Procedimiento. Previsto el trámite de audiencia en la Ley de Pesca, ha de aplicarse. Pero aun cuando no lo previese, el resultado sería el mismo, por cuanto, dictada la Ley de Procedimiento administrativo y establecida la obligatoriedad del trámite de audiencia en su artículo 91, si dicho trámite no resultase obligado en cumplimiento de la Ley de Pesca, lo sería a partir de la vigencia de la Ley, que se inició antes que el expediente revisado por la sentencia, pues si bien el artículo 91 forma parte del título IV de la Ley, y es cierto que las normas de dicho título, según el artículo 1.º, 2, de la misma, sólo serán aplicables «en defecto de otras especiales que continúen en vigor, de acuerdo con lo preceptuado en la disposición final 1.ª, número 3», según la cual «el Gobierno señalará, en el plazo de tres meses, a partir de la publicación de la presente Ley, cuáles son los procedimientos especiales que por razón de su materia continuarán vigentes», la Ley de Pesca no constituye un procedimiento *especial* a los efectos de estas normas, ya que lo cierto es que en dicho plazo, exactamente el 10 de octubre de 1958, dictó el Gobierno un Decreto por el que se establecía qué disposiciones especiales habían de prevalecer frente a la norma del artículo 91 (entre otros) de la Ley de Procedimiento, y en ninguno de los 27 números del Decreto se hace

referencia a los procedimientos establecidos en la Ley de Pesca Fluvial ni su Reglamento.

Así, pues, ni hay discrepancia entre esta Ley y la de Procedimiento, ni aunque la hubiera podría dejar de aplicarse esta última Ley, que derogó (disposición final 1.^a, 1) «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente.»

B) *Momento en que ha de producirse la audiencia.*

Sobre este punto, la Ley de Procedimiento no permite abrigar duda alguna. Según sus dos primeros apartados, ha de ser una vez «instruídos los expedientes, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución»; y, en su caso, «la audiencia será anterior al informe de la Asesoría Jurídica o al dictamen del Consejo de Estado».

En cambio, si atendemos a la letra del Considerando tercero de la sentencia comentada, el procedimiento se acomoda a lo siguiente: «Que con arreglo al artículo 6.º de la Ley, la Jefatura del Servicio propusiera el canon, se diera audiencia al interesado, brindándole la oportunidad adecuada, y en su caso, oído éste—formulada su prueba posiblemente—, la Dirección General fijará la cuantía».

Parece, pues, que en el caso que contemplamos *la propuesta de resolución precedió a la audiencia* (6). Ahora bien, esta demora, si existió, no parece capaz de producir otros efectos que los enunciados en el artículo 49 de la Ley de Procedimiento administrativo, y no sería probable fundar en ella la gravísima consecuencia de la nulidad total del procedimiento seguido (7). Por ello, y saltando por encima de tal infracción, puede ser adecuado estimar correcto el procedimiento administrativo.

Es evidente, pues, que—como en definitiva afirma la sentencia—, de acuerdo con la legislación española, el trámite de audiencia es necesario para fijar el canon por vertimientos nocivos.

(6) La posibilidad de hacer alegaciones no impide la obligatoriedad de la comunicación al interesado de «todas las actuaciones practicadas» (sentencia de 12 de julio de 1934); y así resulta del mismo preámbulo de la Ley de Procedimiento al decir que «los interesados podrán aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento. Pero, aparte de este precepto general, la Ley regula el trámite de audiencia y vista...», con lo cual entronca la Ley con toda la tradición jurisprudencial que venía distinguiendo desde antiguo el trámite de audiencia, como exigencia de la comunicación íntegra del expediente, del de alegaciones o de cualquier otra manifestación ocasional del interesado en el expediente.

Nos remitimos a los trabajos citados en la nota 3.

La sentencia se acerca, pues, como luego veremos, a la práctica administrativa, denunciada en el apartado VII, de conceder un plazo para alegaciones, sin comunicar otra cosa que una propuesta infundada, y tener por cumplido el trámite de audiencia y vista, que consiste, por el contrario, en la comunicación total del expediente antes de la propuesta.

(7) Este artículo 49, y el apartado 2.º del 48 de la Ley de Procedimiento, imponen una restrictiva aplicación de la sanción de nulidad del procedimiento por defectos de forma no esenciales, recogiendo una corriente jurisprudencial, que puede verse asimismo en los trabajos citados en la nota 3.

Mas como la sentencia estima que en el caso que contempla, el trámite se ha cumplido, rechaza la alegación de nulidad del procedimiento.

Con ello, aparentemente, formalmente, se reitera, en cuanto al procedimiento, la tesis tradicional mantenida por las sentencias que al principio de este trabajo se mencionaron. Pero sería erróneo no advertir que, pese a tal apariencia, la sentencia que comentamos introduce una variación sustantiva, trascendental, en el espíritu que guiaba la jurisprudencia anterior, y reduce a la nada la configuración que del canon, e incluso del procedimiento para su fijación, esbozábamos en el apartado VIII.

Porque no cabe duda ninguna de que el trámite de audiencia, que la sentencia estima necesario y cumplido, dista mucho de tener la configuración y relevancia que alcanzaría en el supuesto de que pudiera predicarse, del canon y del procedimiento de fijación, la tesis que en dicho apartado VIII se desarrollaba. Y ello, repetimos, aun cuando, con la sentencia, demos por formalmente concedido, al particular gravado con el canon que la sentencia confirma, un verdadero trámite de audiencia. En el apartado siguiente razonaremos esta afirmación.

X. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA Y EL CANON.

Hemos visto cómo la sentencia que comentamos estima necesario el trámite de audiencia, y cómo a la vez, en el caso concreto que contempla, lo da por cumplido. Y hemos visto, también, que el Tribunal Supremo delata en los Considerandos alguna vacilación sobre la primera afirmación, finalmente salvada, y cómo, en definitiva, afirma que el trámite de audiencia se concedió, al parecer, después de formulada la propuesta y no antes. Pues bien, los Considerandos a que nos referimos patentizan asimismo alguna otra contradicción, al menos aparente, sobre este mismo trámite.

Se trata de digresiones que, sin permitir poner en duda las dos afirmaciones sentadas en la sentencia—ni es tal nuestro propósito, desde luego, sino simplemente el de analizar la tendencia que la sentencia apunta, y que halla su trascendencia en lo sustantivo más que en lo formal, en la naturaleza del canon antes que en el procedimiento para su fijación—, revelan, sin embargo, en el juzgador una preocupación constante, aunque fundada, en reducir al mínimo posible las exigencias formales que la letra de los preceptos parecen imponer a la Administración para la fijación del canon. El tribunal parece resistirse a admitir que el acaso estrictamente inadecuado cumplimiento del trámite de audiencia acarree la nulidad de actuaciones administrativas que en el fondo, sin duda, estima justas en cuanto a su resolución final.

La digresión es doble:

a) Se invoca el apartado 3 del artículo 91 de la Ley de Procedimiento administrativo, como de «singular consideración» en este caso.

Dicho artículo 91, en su apartado 3, establece que «se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el expediente ni sean

tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las *aducidas por el interesado*».

Ahora bien, si al *folio primero* del expediente figura ya la propuesta de la cuantía del canon, que la Dirección General confirma, y si, como dice la misma sentencia en diversos lugares:

a') La Administración afirma la nocividad de los residuos, afirmación «ciertamente destructible mediante el éxito de la contraria, pero siempre que se intente y se logre, si bien *en este caso no se intentó*»;

b') En cuanto a la cuantía, se dice, «pudo formularse reclamación, si bien *en ningún momento se acompañaron elementos de prueba* contrarios a la cuantía de la estimación administrativa»; y también que su «certada estimación *no ha sido de contrario desvirtuada*», es difícil, con sola la lectura de la sentencia, entender cómo puede estimarse aplicable el artículo 91, 3, a un caso en que, al parecer, los datos aportados por el interesado brillaron por su ausencia, y no fueron tenidos en cuenta ni administrativa ni jurisdiccionalmente.

b) Se invoca también el artículo 58. 2, de la Ley de Procedimiento, e incluso en los Vistos se dice: «La Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, *especialmente* su artículo 58».

Dicho artículo establece:

«1. Cuando razones de interés público lo aconsejen, el Ministro o el Subsecretario podrán acordar, de oficio o a instancia del interesado, la aplicación del procedimiento de urgencia, en el cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de instancias y recursos.

2. Contra la resolución que acuerde o deniegue el carácter urgente de un procedimiento no se dará recurso alguno».

Es evidente que el apartado 2 de este artículo no puede jugar papel alguno en la oportunidad del trámite de audiencia; y en cuanto al primero, lo más que pudo determinar fué que el plazo para su práctica se redujese a cinco días, pero nunca su omisión.

Naturalmente que desde el momento que la sentencia afirma que el trámite de audiencia se dió al interesado, éstas, repetimos, no son sino digresiones, que sólo a mayor abundamiento formularía el juzgador; pero, a los únicos efectos de aclarar la tesis de nuestro trabajo, no queremos omitir nuestra convicción, nacida más bien de una pura intuición, pero que puede hallar algún apoyo en las circunstancias que ofrecen los Considerandos de la sentencia, de que *partiendo de la tesis sustentada en el apartado VIII de este trabajo*, y en vista de los datos que permite adivinar la letra de tales Considerandos, es muy dudoso que el Tribunal Supremo hubiera podido dar por cumplido el trámite de audiencia. Aun olvidando el hecho de que la audiencia se dió extemporáneamente, una vez formulada ya la propuesta, defecto que sólo con alguna rigurosidad podría acarrear la consecuencia de darla por no ofrecida, lo cierto es que (repetimos) si *se parte de la tesis de que el trámite de audiencia comporta la obligación de ofrecer al interesado to-*

dos los datos que la Administración ha manejado para llegar al canon fijado, en relación con el daño que el vertimiento ha producido, no parece posible llegar a otra conclusión que la de que aquélla, en el caso sentenciado, había obrado de manera muy similar a la que como ejemplo hemos expuesto en el apartado VII de este trabajo.

En efecto, el mismo Tribunal dice que el trámite de audiencia fué ofrecido después de formulada la propuesta, y que dicho trámite se halla integrando el folio primero del expediente, lo cual ya en principio inclina a pensar que, como en algunas ocasiones ha ocurrido, según decimos en el apartado VII, al interesado no pudo ofrecérsele otro dato que la conclusión a que *de internis* había llegado la Administración sobre la cuantía del canon, sin mostrarle proceso alguno de valoración; es decir, que se le notificó la propuesta y se le dijo que formulara alegaciones contra ella, sin especificar el porqué del *quantum* a que ascendía.

Parece indudable que ello fué así; que el interesado reaccionó impugnando tal falta de comunicación de los datos que habían llevado a la fijación del canon, sin aportar prueba alguna concreta que—si ello es posible, de tal forma planteada la cuestión—desmintiera la global cuantía, y que en definitiva el Tribunal Supremo decidió estimar inexistente infracción alguna del procedimiento.

Sin embargo, sí, como parece, no existió tal comunicación de datos al interesado—lo cual confirman no sólo los datos ya apuntados, sino la misma afirmación de la sentencia de que «no es aplicable (al caso) la cita jurisprudencial y doctrina adecuada a la valoración contradictoria» estampada en el Considerando tercero—, ¿en qué pudo basarse la determinación del Tribunal?...

Creemos absolutamente que los Considerandos revelan que la preocupación del Tribunal fué precisamente salvar una resolución, a su juicio intachable en el fondo, de la nulidad que pudiera acarrear un procedimiento no impecablemente tramitado. En definitiva, todas las sobrabundancias de su razonamiento acaso pudieran resumirse, según nuestro modo de intuir, en este último reducto combativo: tal vez sea cierto que la Administración debe dar audiencia al interesado previa la fijación del canon, y acaso en esta ocasión la audiencia no fué completa; pero lo cierto es que, aunque exista algún dato que puede revelarlo, el canon fijado parece absolutamente justo, y no debe consentirse que un puro formalismo, en este caso irrelevante, conduzca a tan grave consecuencia como la entera nulidad de lo actuado. Y el Tribunal, incluso superando la letra del artículo 45 de la Ley de Procedimiento para cumplir de la forma que estimó más adecuada con el espíritu que revela, declara la validez del procedimiento.

De aquí, intuimos, la insistencia en pretender razonar que, cualquiera que fuese el procedimiento aplicable, en el caso contemplado la omisión del trámite de audiencia, incluso, no hubiera debido acarrear la nulidad; porque en el expediente obraban datos suficientes, a juicio del Tribunal, para estimar acertada la cuantía del canon impuesto.

No puede despreciarse el hecho de que al final del Considerando ter-

cero, el Tribunal se refiere a «la cuantía de la estimación administrativa, para cuya determinación constituye dato tan oportuno como elocuente prestar atención al historial del canon cuya justa fijación se consigue, tal como el expediente y aun el propio recurrente revelan, puesto que en la campaña 1953-54 la Empresa siguió proceso industrial de depuración de sus aguas que la Jefatura estimó suficiente, y en consecuencia no había canon; y en el año 1958-59, que es la inmediatamente anterior a la que hoy se examina, se fijó y se pagó un canon de 54.000 pesetas, mientras el posterior, que hoy se discute, correspondiente a la campaña 1959-60, reduciendo el anterior a casi la mitad, por consideraciones ocasionales que la Administración estimó, lo fijó en 32.000, cifra suficientemente expresiva y cuya acortada estimación no ha sido de contrario desvirtuada».

Parece, en consecuencia, que la Sala llegó al convencimiento de que la considerable reducción del canon exigido en la campaña 1959-60, respecto del abonado en la anterior, constituía la mejor prueba de que la Administración no había fijado aquél arbitraria y abusivamente, sino que, por el contrario, su conducta era adecuada y estimable. Y por tal convicción, llegó a la determinación de desestimar el recurso, a pesar de que en el trámite de audiencia hubiese existido alguna irregularidad que, sin embargo, a su juicio, no enturbiaba la intrínseca justicia de la resolución.

De ahí los esfuerzos del Tribunal por aminorar la trascendencia del trámite de audiencia, que si es cierto que no resultan absolutamente convincentes, también lo es que en definitiva la Sala sienta la rotunda afirmación de que es obligatorio en el procedimiento de fijación del canon.

Por ello, nuestra atención al tema y nuestra puntualización de las que hemos llamado contradicciones o digresiones de la Sala no tienen en absoluto la finalidad de criticar una sentencia en la que, repetimos, en definitiva, y sobre haber fallado según la solución que el Tribunal halló más justa (8), prevalece la tradicional y atinada tesis de la necesidad del trámite de audiencia. El habernos detenido en tales discrepantes pormenores ha obedecido, por el contrario, a resaltar la verdadera trascendencia de la sentencia comentada, puntualizando para ello la sustancial diferencia entre el trámite de audiencia que, de acuerdo con la tradicional configuración del canon como forma de indemnización, delineábamos en el apartado VIII, y la escasa entidad del trámite que al parecer se practicó en el caso de autos, y que la Sala estimó suficiente; y precisamente para destacar que tal diferencia, y que el hecho de que la Sala se separase del criterio por nosotros mantenido, no es un hecho arbitrario e inexplicable, sino que tiene cabal congruencia con el texto íntegro de la resolución.

Porque lo que ocurre—hasta el punto de que, como luego veremos, la Sala pudo incluso haber ahorrado algunas de las citadas disquisiciones

(8) Creemos, con KOHIER y PÉREZ SERRANO, que son preferibles los fallos justos a los Considerandos impecables. (PÉREZ SERRANO, N.: *La imposibilidad de la prestación especialmente en la vida mercantil*. Barcelona, 1944, pág. 22.)

sobre la necesidad y trascendencia del trámite de audiencia—es que, mientras nosotros hemos partido de que el canon era una forma de indemnización, cuya existencia y cuantía eran función directa de la existencia y cuantía de un daño comprobable e imputable al vertimiento, la comentada sentencia parece separarse de tal concepción.

Acaso por ser la primera manifestación jurisprudencial de tal nueva tendencia (9), ésta no aparece perfilada con la nitidez que la contraria; pero sí con la suficiente para proclamar que, en efecto, la sentencia predica del canon una naturaleza distinta a la indemnizatoria, y que inicia, al menos, el camino hacia la revisión de la idea de que aquél debe ajustarse al máximo, en su cuantía, a la del daño que efectivamente produzca el vertimiento.

Ya hemos visto, inmediatamente antes de ocuparnos concretamente de los párrafos que los Considerandos consagran al trámite de audiencia, que la sentencia descartaba que el canon tuviera el carácter de sanción pecuniaria o multa; y transcribíamos a seguido unas líneas del tercer Considerando que intentaban precisar el verdadero carácter del canon, y que deberemos asimismo transcribir aquí:

«El canon no nace del concepto jurídico civil, ni de la valoración contradictoria propia de la expropiación o de la privación, ni aun limitación de derechos, sino de una permisión administrativa, de naturaleza onerosa y de finalidad accesorio, en ajuste estimatorio discrecional, recurrible y de cuantía cronológica, mediante el cual la Administración sufre en sus aguas pluviales, y por necesaria preferencia económica a la actividad industrial—según glosa el propio artículo—los efectos de un vertimiento impuro y pernicioso, constitutivo en definitiva de un aprovechamiento del río contrario a la general disposición de salvaguarda de la pureza natural de las aguas y como excepción a la norma de obligatoriedad depuratoria gravosa para quien la ejercita; extremo éste que hace inaplicable la cita jurisprudencial y doctrinal adecuada a la valoración contradictoria en materia civil y en la administrativa, referida al daño, que aquí sólo constituye elemento objetivo referencial para la fijación del canon, porque así lo dice el artículo de la Ley, como compulsiva acorde para la posible precisión económica...»

La tendencia de las afirmaciones parece clara: existe una *«prohibición inicial y básica* de alterar la naturaleza de las aguas fluviales con vertimientos nocivos...»; prohibición a la que el Considerando alude afirmando que *«es preciso partir, en el orden lógico de la especialidad de este acto y facultad administrativa, de la prohibición inicial y básica...»*; y así, la *permisión* de que más adelante habla la sentencia sería una *autorización* o *concesión* de uso, por cuyo otorgamiento impondría la Administración el canon *discrecional* de que el Tribunal habla, y al que serían inaplicables las doctrinas sobre valoración contradictoria a que alude.

(9) Vid. nota 5.

Podría tratarse, en consecuencia, de un canon que la Administración fijase con independencia del daño efectivamente producido; de un precio de utilización, concretado discrecionalmente, del cauce público para el vertimiento, que el particular hubiese de tolerar, si quería seguir vertiendo residuos no depurados, o montar la instalación de depuración suficiente, pero sin poder exigir una adecuación, más o menos exacta, del canon al daño causado por sus vertimientos, y calculado, con la mayor precisión posible, a base de datos reales y estadísticos.

En dicho caso, es evidente que la necesidad de proporcionar al interesado los datos y criterios que correspondan al daño causado sería menos efectiva, ya que el canon no tendría naturaleza indemnizatoria; y así parece desprenderse del texto de la sentencia, en cuanto niega la necesidad de valoración contradictoria.

Evidentemente, si la cuantía del canon es discrecional, es lógico que resulta ociosa toda insistencia en que se comuniquen al interesado los datos y criterios, los módulos y cifras, que han conducido a su fijación; si es independiente de la cuantía del daño efectivamente causado, es vano que haya de demostrarse puntualmente tal cuantía; y, por consiguiente, y supuesto que existiendo vertimientos nocivos sin depuración la administración pueda señalar discrecionalmente el canon por aprovechamiento del cauce, el particular queda tan defendido con el trámite de audiencia previa a la propuesta como con el de alegaciones que después de ella acostumbra a concedérsele.

Es, pues, en el aspecto sustantivo, y no en el formal, en donde la sentencia comentada halla su verdadera trascendencia. Si el canon no se configura como indemnizatorio, si no ha de estar en función directa del daño que el vertimiento produce, es ociosa toda discusión sobre si la Administración ha mostrado al particular, o no, los datos, cifras y estadísticas demostrativas del perjuicio sufrido por la riqueza piscícola de las aguas infectadas y del grado en que los vertimientos concretamente realizados por el particular a quien se pide un determinado canon han contribuido a tal pérdida. Este se encontrará ante una pura y simple alternativa: si realiza vertimientos nocivos, o monta la depuración que el Servicio estime suficiente o paga el canon que aquél proponga y la Dirección General apruebe; la cuantía de este canon no podrá jamás discutirla.

Podrá decirse que la sentencia no expresa tan tajante afirmación; que estima el canon, aunque discrecional, recurrible, y que dice que el daño ha de servir como «compulsa acorde para la posible precisión económica»; pero creemos que estas expresiones son producto de la inercia producida por la configuración tradicional que la sentencia abandona, más que rasgos de la que adopta. Porque si la precisión económica, si la cuantía del canon ha de venir en definitiva determinada por la del daño, y el particular tiene derecho a ello, y a impugnar la que no se ajuste a él, entonces estamos manteniendo la tesis tradicional, y el particular no puede estar obligado a pagar un canon si no se desprende directa y claramente de todos y cada uno de los datos, cifras y criterios

que, obrantes en el expediente, demuestren la adecuación de la cifra pedida al daño efectivamente causado.

Aparte, pues, estas explicables desviaciones, la sentencia de 28 de enero de 1963 ha iniciado un camino nuevo en la configuración del canon del vertimiento de residuos nocivos; y a constatar el significativo acontecimiento, que tanta influencia podría tener en la regulación de los expedientes de fijación de aquél, se ha dirigido este apresurado comentario. No se trata en él de discutir la tendencia novísima, sino pura y simplemente de advertirla.

XI. COMENTARIO FINAL.

Ahora bien, lo anteriormente dicho no implica que el autor prescindiera de señalar su postura personal ante el problema que la sentencia descubre: el de si el canon estudiado constituye, o no, una forma de indemnización.

Esta postura nacerá, desde luego, de los datos, acaso insuficientes, que hasta ahora hemos manejado, y quedará sentada sin perjuicio de que un más profundo estudio de este tema que nos ha cautivado obligase a rectificarlo; pero parece impropio hurtar a quien haya tenido la tolerancia de leernos hasta aquí la consecuencia, aun provisional, a que nuestro estudio nos ha llevado.

Y lo cierto es que, por el momento, y pese al impacto que la sentencia comentada haya podido producir, parece todavía incommovible la tesis de que el canon tiene el carácter de indemnización, y que su cuantía ha de estar subordinada a la del daño que el vertimiento produzca.

Prescindiendo, para mayor concreción, de los argumentos que pudieran derivarse de análogas instituciones extranjeras, lo cierto es que:

a) Como indemnización de daños y perjuicios nace la institución en la antigua Ley de 1907 (art. 6.º).

b) Como indemnización se configura en su Reglamento (art. 80).

c) El artículo 18 del Reglamento de la actual, que la sentencia utiliza repetidamente al referirse al procedimiento, y al contraponer la naturaleza del canon a la de la multa, reza textualmente: «Si por incumplimiento de lo preceptuado (alude a las medidas contra la impurificación) se produjeren daños a la riqueza piscícola, como consecuencia de la incorporación a las aguas de residuos nocivos, además de la multa, cuya cuantía se fijará oportunamente, la entidad industrial satisfará también una indemnización, equivalente al importe de los daños ocasionados, según valoración hecha por el Servicio Piscícola».

d) El carácter indemnizatorio del canon se afirma en las sentencias de 4 y 16 de junio de 1962.

e) Parece presuponerlo la posibilidad de variación del canon cuando varíen las circunstancias del vertimiento, consagrada en la sentencia últimamente citada y en las de 28 de mayo y 23 de noviembre de 1962.

f) La jurisprudencia anterior a la sentencia que comentamos parece también moverse en la esfera de la indemnización cuando, como en las sentencias de 22 de abril de 1957, 24 de abril de 1958, 28 de mayo de 1962 y 16 de junio del mismo año se refieren, no sólo a los porcentajes de impurificación debidos al obligado al canon que se discutía, sino al cálculo de las cifras estimadas de producción piscícola de las aguas afectadas, a la capacidad de vertido de la industria obligada, a un determinado porcentaje económico impuesto por kilogramo de aceite producido, e incluso al precio de venta calculado por kilogramo de pesca perdida; datos todos ellos que demuestran cómo se considera que el canon no puede ser discrecional, ni el daño es un mero requisito de actuación de una facultad administrativa de tal naturaleza, sino que el daño, su cuantía numérica y económica, es fundamental para la fijación del canon. Por ello se alude a «fórmulas técnicas» empleadas por la Administración para calcularlo (sentencia de 24 de abril de 1958) y a los «numerosos datos, observaciones y cálculos» que la Administración ha aportado al expediente, como necesarios para estimar si es correcta la fijación del canon. Todo ello revela que, hasta la sentencia de 28 de enero de 1963, la configuración del canon era, para la jurisprudencia, acorde con el cálculo de la indemnización necesaria para reparar los daños y perjuicios causados por el vertimiento.

g) La propia sentencia, que no puede evitar referirse al daño como determinante de la precisión económica del canon, intenta configurar la especialidad del canon y de la facultad administrativa para su fijación, partiendo de «la prohibición inicial y básica de alterar la naturaleza de las aguas fluviales con vertimientos nocivos», y hablando en definitiva de «un aprovechamiento del río contrario a la general disposición de salvaguarda de la riqueza natural de las aguas y como excepción a la norma de obligatoriedad depuratoria gravosa para quien la ejercita».

Ahora bien, la pretendida especialidad no parece capaz de justificar un tratamiento tan distinto del de la indemnización, ya que, en definitiva, la prohibición de causar daño a las aguas no es sino manifestación del principio general que prohíbe causarlo a alguna cosa, y si quien lo causa a cualquier otra está obligado a pagar una indemnización, ¿por qué no admitir este carácter para el canon?

h) Sin pretender entrar en el estudio a fondo de los cánones de aprovechamiento propiamente dicho, sí parece poder afirmarse que cuando un determinado aprovechamiento es anormal, y nocivo, su titular está precisamente obligado a pagar por dos conceptos: uno, el canon de aprovechamiento propiamente dicho, que abona por el uso privativo o especial que del bien público realiza, con independencia de si es o no nocivo; y otro, la indemnización de los perjuicios derivados de la anormalidad del uso (10).

i) También parece estar en la línea de la indemnización la regulación complementaria constituida por la Orden de 8 de agosto de 1960,

(10) Vid. artículos 59, 67 y 74, b), del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, como ejemplo positivo.

transcrita en el apartado V de este trabajo, en cuanto se refiere a una constatación del grado de nocividad, en presencia del titular del aprovechamiento; pero en honor a la verdad hay que confesar que tal norma, por la fecha en que se dictó, no podía acaso entenderse directamente aplicable a un canon que se refería a la campaña 1959-60.

Sí es posible, en cambio, pensar que en adelante la necesidad de que el Tribunal la tenga a la vista, como integrante del ordenamiento jurídico aplicable al supuesto del artículo 6.º de la Ley de Pesca, contribuya a inclinar al juzgador a la tesis indemnizatoria; mas acaso sea más acertado ponerlo en duda, por la curiosa circunstancia de que *es lo cierto que la norma se halla citada en los Vistos de la misma sentencia que hemos comentado*, en cuyo segundo Resultando llega a decirse incluso, al recoger las alegaciones del recurrente en vía administrativa de alzada, lo siguiente: «Que no se le oyó al levantar el acta correspondiente para la valoración de los supuestos daños; que el acuerdo que se recurre no se ajusta a lo que dispone la Orden ministerial de 8 de agosto de 1960, en especial su artículo 15»; y la sentencia, sin referirse de nuevo en sus Considerandos a la Orden, ni para afirmar ni para negar su aplicación al caso, ha mantenido en ellos, en cambio, la tesis de que el canon es discrecional, sin referencia estricta a la cuantía del daño.

Este es, para nosotros, un indicio más de lo trascendental del viraje iniciado por la sentencia. No en balde son las categorías mentales, los conceptos jurídicos, la naturaleza de las instituciones, los que determinan la interpretación y aplicación del Derecho, y un trámite que expresamente la Ley imponga será o no calificado de esencial según la naturaleza y finalidad del concepto jurídico a que sirva. Si el canon tiene, como hemos mantenido, naturaleza indemnizatoria, es evidente que en el trámite que instaura la Orden de 8 de agosto de 1960 la presencia del titular será siempre esencial, como lo será para la fijación del canon que se conceda audiencia al interesado, y como lo será que al hacerlo se le muestren (en frase de la sentencia de 22 de abril de 1957) todos los «numerosos datos, observaciones y cálculos» que para la preparación de su propuesta ha llevado a cabo el Servicio. Si el canon no tiene finalidad indemnizatoria, si es un canon de aprovechamiento que puede fijarse discrecionalmente, un precio que la Administración pone al uso del cauce sin relación obligada con la real entidad del daño que produzca el vertimiento, mantener que la omisión de tales trámites no produce indefensión, por no tratarse de trámites esenciales, no es sino rendir tributo a la verdad más estricta (11).

De aquí el presente trabajo, sin otra finalidad, repetimos, que la de llamar la atención sobre una tendencia apuntada en la sentencia de 28 de enero de 1963, que tan profundamente pudiera afectar a la regulación —práctica, al menos—del procedimiento de fijación del canon por vertimiento de residuos nocivos, ordenado en el artículo 6.º de la Ley de Pesca. Una tendencia que choca con nuestra visión del problema, aunque ello no signifique necesariamente que sea errónea. Acaso no lo sea,

(11) Vid. nota 7 y el texto a que se refiere.

y, por el contrario, convenga a la naturaleza de la institución mejor que el ropaje indemnizatorio con que la legislación y jurisprudencia anteriores parecían haberla revestido. Pero es indudable que el viraje, si se consuma, será importantísimo, y acaso convenga mucho meditarlo.

El futuro ha comenzado.

SALVADOR ORTOLÁ NAVARRO.

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo.

