

Introducción. Propósito y Estructura del presente Informe

La *Asociación de Generadoras Pequeñas y Medianas* (en adelante también GPM), una asociación gremial de empresas de generación eléctrica de las características que indica su denominación, me ha solicitado informar si presenta vicios de inconstitucionalidad el cargo que propone establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley cuyo objeto es "*Ampliar la Cobertura del Subsidio Eléctrico a que se Refiere el Artículo Sexto Transitorio de la Ley N° 21667 e Introduce Otras Medidas de Perfeccionamiento a la Ley N° 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible*", proyecto iniciado por Mensaje, que se encuentra en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados, con aprobación en general en la Comisión de Energía de esa Cámara, y con plazo pendiente para la presentación de indicaciones.

Para alcanzar su propósito, este texto parte por describir el cargo cuya constitucionalidad se me ha pedido examinar, describe su contenido y propósito o finalidad y lo analiza, explicando la manera en la que debe entenderse su naturaleza, no aún jurídica, sino más bien material o económica. Ello constituye el capítulo I, que sigue. El Capítulo II analiza el precepto del proyecto legal en examen desde un punto de vista jurídico y concretamente se pregunta si cabe entenderlo como una carga pública, de aquellas que menciona y regula el numeral 20° del artículo 19 constitucional y también si debe entenderse como un tributo o quizás como un gravamen especial, de aquellos que trata el inciso segundo del numeral 22° del mismo artículo 19 de la Carta Fundamental. El Capítulo III analiza cuatro posibles vicios de inconstitucionalidad de la norma en examen a través de dos apartados. El primero (A) describe los requisitos que la Constitución prescribe para poder establecer tributos, gravámenes especiales y cargas públicas. La segunda parte (B) responde derechamente acerca de la eventual existencia de cuatro posibles vicios de inconstitucionalidad de la norma en examen. El primero indaga si estamos ante un tributo afecto a un destino determinado, de aquellos que prohíbe el inciso segundo, con las salvedades del inciso tercero, ambos del numeral 20° del artículo 19 de la Carta Fundamental. El segundo vicio estudiado se pregunta si hay una infracción al principio de legalidad de los tributos y de las cargas, consagrado en diversas disposiciones constitucionales. El tercero analiza si la norma en cuestión pudiera infraccionar el principio de proporcionalidad. El cuarto examina la constitucionalidad de la norma en examen a la luz de la igual repartición de los tributos o de las cargas, también exigido por la Carta Fundamental.

Por último, el texto analiza una eventual infracción al principio de seguridad jurídica o de confianza legítima. El Capítulo IV consigna unas breves conclusiones.

El informe se ha elaborado teniendo a la vista el Proyecto de Ley referido en el párrafo primero. He podido examinar su Mensaje, pero no así las Actas de Sesiones de la Comisión de Energía de la Cámara de Diputados y Diputadas que se han avocado a su estudio en general, bajo el Boletín de tramitación del Proyecto N° 17.064-08. Si hemos podido ubicar unos cuadros acompañados por autoridades y personas que concurrieron a informar a la Comisión. Entre ellas, cabe destacar que, el 16 de octubre del presente año, el Ministro de Energía anunció la presentación de indicaciones al Proyecto de Ley, las que no he podido conocer por no haberse presentado o, al menos, no aparecer aún en el Boletín respectivo. Las restantes fuentes, jurisprudencia, doctrina y algunas referencias a la historia constitucional, aparecen citadas a pie de página.

I. LA NORMA DEL PROYECTO DE LEY QUE SERÁ OBJETO DE EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD.

A. Descripción de la Norma del Proyecto de Ley en Examen

Como ya se dijo en el primer párrafo de la Introducción que antecede, la norma cuya constitucionalidad habrá de examinarse consiste en un cargo que propone establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley cuyo objeto es *“Ampliar la Cobertura del Subsidio Eléctrico a que se Refiere el Artículo Sexto Transitorio de la Ley N° 21667 e Introduce Otras Medidas de Perfeccionamiento a la Ley N° 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible”*.

Consignamos la totalidad del artículo tercero transitorio. Hemos ennegrecido el inciso cuarto, cuyo examen de constitucionalidad es el objeto específico de este informe. La comprensión del sentido y alcance del cargo que establece ese inciso pasa, sin embargo, por entenderlo en concordancia con lo dispuesto en el resto del mismo artículo y con otros pasajes del Proyecto de Ley y su Mensaje que iremos citando cuando sea pertinente.

"Artículo tercero transitorio.- Durante los años 2025, 2026 y 2027, para efectos del balance económico de energía que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos, se establece un cargo, denominado "Cargo FET", equivalente a 1,8 pesos por kWh, el que se reajustará semestralmente conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor con ocasión de la dictación del decreto a que se refiere el artículo 158 de la Ley General de Servicios Eléctricos, a todos los retiros que realicen las empresas generadoras desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 megawatts a efectos de comercializarla con distribuidoras o clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios. Para estos efectos, no se considerarán los retiros realizados de acuerdo a lo establecido en el artículo primero transitorio de la presente ley.

El Cargo FET tendrá por objeto financiar el subsidio eléctrico que regula el artículo sexto transitorio de la ley N° 21.667, el que será recaudado mensualmente por el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, en adelante "Coordinador", y traspasado para estos efectos al Fondo de Estabilización de Tarifas a que se refiere el artículo 212-14 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

El monto que las empresas generadoras paguen FET será considerado una retención imputable al pago que efectúe la correspondiente empresa por la diferencia entre la valorización de las inyecciones de los medios de generación de pequeña escala que se encuentren acogidos al régimen de precio estabilizado y la valorización de dichas inyecciones al costo marginal correspondiente, establecida en el artículo 14 del decreto supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía, en adelante "compensación por precio estabilizado". En caso de que, en un determinado mes, el pago del Cargo FET fuese superior al monto a pagar por compensación por precio estabilizado, el monto de retención equivalente a la diferencia resultante será imputado en el o los meses siguientes, hasta su total extinción, independiente del período de aplicación del Cargo FET.

Durante el mismo periodo al que se refiere el inciso primero de este artículo, aquellos medios de generación que se encuentren adscritos al régimen de precio estabilizado que establece el artículo 2° transitorio del DS 88/2019, estarán sujetos a un cargo que determinará el Coordinador con ocasión de las transferencias económicas a las que se refiere

el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos. El monto agregado de este cargo será equivalente a la retención que se haya imputado a la compensación por precio estabilizado, y se asignará a prorrata de sus respectivas diferencias de valorización de inyecciones dispuestas en el artículo 14 del DS 88/2019.

Mediante resolución exenta de la Comisión Nacional de Energía se establecerá el procedimiento para la fijación, recaudación y pago del Cargo FET, así como las reglas para la implementación del mecanismo a que se refiere el presente artículo.

Para comprender el sentido de esta norma, y particularmente de su inciso cuarto, resulta necesario entender previamente a qué empresas generadoras ella alude; identificar al Coordinador, llamado a determinar el cargo; explicar lo que sean las transferencias económicas a las que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos, que serán objeto del cargo; dar cuenta de su monto agregado y de su forma de distribución y entender el destino del mismo. Sin embargo, y antes de emprender tales cuestiones, parece indispensable explicitar el modo en que entendemos algunos supuestos de esos conceptos del inciso cuarto. Al efecto, en el número 1, expondremos, de modo muy general y simplificado, la manera en que entendemos algunas características del modo en que opera el mercado eléctrico chileno, que son relevantes para lo que sigue. En el numeral 2, analizaremos lo que es el precio estabilizado, al que pueden optar los Medios de Generación de Pequeña Escala (en adelante PMG y PMGD, las que definiremos más adelante), pues ello constituye un presupuesto para entender el inciso tercero del artículo tercero transitorio. En el numeral 3, nos referirnos a los incisos 1° a 3° de la norma transitoria en estudio. En los numerales 4 a 9 ya podremos entrar a exponer el modo en que entendemos los seis conceptos claves del inciso cuarto, ya mencionados: a qué empresas generadoras ella alude (4); identificar al Coordinador, llamado a determinar el cargo (5); explicar lo que son las transferencias económicas a las que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos, que serán objeto del cargo (6); dar cuenta de su monto agregado (7) y de su forma de distribución (8) y entender el destino del mismo (9). Finalmente, en el numeral 10, expondremos algunas conclusiones.

1. Algunos elementos del mercado spot del sistema eléctrico chileno.

Tal como ya se indicó, este numeral no busca explicar el modo en que funciona el sistema eléctrico nacional, sino sólo destacar un par de sus características, que resultan relevantes para tratar la cuestión que nos convoca.

El sistema eléctrico chileno se divide en tres segmentos: generación, transmisión y distribución. A efectos de este informe, interesa especialmente el primero.

Las empresas generadoras de energía inyectan su producción a un sistema unificado, denominado Sistema Eléctrico Nacional (en adelante "SEN") y retiran energía desde el mismo, para venderla a sus clientes con quienes mantienen contratos o al llamado precio spot. Cuando las empresas generadoras inyectan energía que supera los retiros contratados por sus contratos de suministro, estas generadoras se denominan "excedentarias", pues retiran menos de lo que inyectan. Por el contrario, las generadoras son consideradas "deficitarias" cuando inyectan menos energía de lo que retiran para abastecer los consumos contratados con sus clientes. Las deficitarias deben pagar a las empresas excedentarias la diferencia entre lo que ellas inyectaron y la cifra mayor que comprometieron a sus clientes.

En cuanto a la forma en la que las generadoras venden la energía que retiran, es posible verificar contratos de suministro, que las generadoras pueden pactar con grandes empresas consumidoras a un precio que queda enteramente entregado a la autonomía de la voluntad. Las distribuidoras de electricidad y pequeños consumidores tienen "precios regulados", a través de licitaciones que hace la Comisión Nacional de Energía. El precio que se traspasa es el promedio de todas las licitaciones, lo que se denomina precio nudo promedio (PNP).¹ Las transferencias entre generadoras se realizan al llamado precio spot. Este último equivale al costo marginal de suministro. Conforme lo dispone el artículo 225, letra f), de la Ley General de Servicios Eléctricos, debemos entender por costo marginal aquel *"en que se incurre para suministrar una unidad adicional de producto para un nivel dado de producción. Alternativamente, dado un nivel de producción, es el costo que se evita al dejar de producir la última"*

¹ Antes de 2015, las mismas distribuidoras licitaban su energía. Antes del 2004, el precio de la energía para los clientes regulados era calculado por la CNE, y se traspasaba a los clientes (el llamado precio nudo de corto plazo).

unidad". En otras palabras, corresponde al costo de suministrar un kilowatt hora adicional al sistema eléctrico.

De ese modo, y más allá de cuestiones técnicas acerca de lo que es el precio nudo promedio, el precio spot y el costo marginal, el sistema busca asegurar que se inyecte preferentemente la energía más barata y esta se venda al precio de la unidad más cara de aquellas que sí lograron inyectar; es decir, de la más cara de entre las generadoras que lograron inyectar, por ser las de menor costo. Esto asegura que haya competencia por producir a bajo costo, pues el que no logra inyectar, por ser su costo superior a la última que sí lo logró, no recibe nada por la energía que generó, la pierde y, para poder retirar energía para abastecer a sus clientes libres, si los tiene, debe pagar al sistema el precio spot. El mecanismo también logra que las distribuidoras, y por ende los consumidores domiciliarios, no paguen más que el precio promedio de contratos suscritos en las licitaciones que hace la CNE (El PNP).

Las grandes empresas, en cambio, son libres para pactar precios con las generadoras, lo que les permite escapar de las fluctuaciones y estimar el valor de la energía a un precio estable por largos años. Se arriesgan, sin embargo, a que el precio spot esté y permanezca por debajo del convenido, y entonces habrán hecho un mal negocio, mismo que será ventajoso para la generadora.

Como se detallará en el número 2, que sigue, las PMG y PMGD (las que generan menos de 9 MW, que definiremos más precisamente en el numeral 4) sólo están habilitadas para operar en el mercado spot u optar por el mecanismo de estabilización de precios. La opción no puede ser por un período inferior a dos años.

Existe un organismo público, llamado Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, al que aludiremos más adelante, entre cuyas funciones está la despachar la energía al menor costo posible y determinar las transferencias de energía derivadas de los balances económicos de energía (recopila las transacciones de energía a nivel nacional en un año calendario). Al hacer esto último, no debieran quedar saldos de energía que no sean asignados a una generadora.

2. El Precio Estabilizado para las PMG y PMGD.

En el 2004, con la promulgación de la Ley 19.940, que modificó la Ley General de Servicios Eléctricos, se buscó incrementar la competencia en el sistema eléctrico y el uso de energías limpias. Para ello, se les otorgó a las PMG y PMGD (las que generan menos de 9 MW, que definiremos más precisamente en el numeral 4, que sigue) acceso a las redes de distribución y la posibilidad de optar a un mecanismo de precio estabilizado, cuyo objetivo era mantener un precio estable a lo largo del tiempo, y así morigerar las fluctuaciones del precio spot.

El artículo 9 del DS 88/2019 del Ministerio de Energía de 2019 (en adelante "DS 88/2019") otorga a las pequeñas generadoras la posibilidad de optar al mecanismo de precio estabilizado; esto es, a vender la energía que evacúen al sistema a un precio distinto al spot.² El artículo 17 del mismo Decreto dispone que el precio estabilizado será fijado por el Ministerio de Energía previo informe técnico de la Comisión Nacional de Energía, y prescribe la forma en que debe calcularse, la que alude a una serie de conceptos técnicos.³

Por su parte, el artículo segundo transitorio -en el afán de mantener el esquema de precios establecido en el DS 244, que reemplazó- otorgó a las PMGD y PMG la posibilidad de optar a un segundo régimen de precio estabilizado de valorización de su energía inyectada; el que corresponde al precio de nudo de corto plazo de energía de la barra correspondiente.⁴

² "Artículo 9º.- *Los propietarios u operadores de los Medios de generación de pequeña escala sincronizados a un sistema eléctrico, tendrán derecho a vender la energía que evacúen al sistema a costo marginal instantáneo, pudiendo acceder al mecanismo de estabilización de precios, de acuerdo a lo establecido entre los párrafos 2º y 5º del presente Capítulo, y a vender sus Excedentes de Potencia al precio de nudo de la potencia, debiendo participar en las transferencias de energía y potencia a que se refiere el artículo 149º de la Ley, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el presente reglamento y en la normativa vigente*".

³ El informe técnico deberá contener:

- "a) La asignación de bloques de la simulación de Precio de Nudo de Corto Plazo, antes referida, a los distintos intervalos temporales definidos para el cálculo;*
- b) Los precios estabilizados de energía por intervalo temporal para las barras donde se determine el Precio de Nudo de Corto Plazo;*
- c) El ajuste a la banda de mercado definida para los precios estabilizados; y*
- d) Las fórmulas de indexación aplicables al precio estabilizado"* (artículo 17 DS 88/2019).

⁴ El Artículo 2º transitorio establece: "*Los Medios de generación de pequeña escala que cumplan con cualquiera de las siguientes condiciones podrán optar a un régimen de*

Entendemos que la mayor parte de las PMG y PMGD optan por este segundo sistema de precio estabilizado.

El precio nudo de corto plazo es calculado por la Comisión Nacional de Energía y fijado por el Ministerio de Energía. La ley determina con precisión los factores que la Comisión debe considerar a la hora de establecerlo. Al efecto, la obliga a distinguir entre sistemas eléctricos de capacidad instalada de generación igual o superior a 200 megawatts, y sistemas eléctricos de capacidad instalada de generación inferior a 200 megawatts y superior a 1.500 kilowatts. En el primero de los casos; esto es, para las generadoras con capacidad instalada de más de 200 MW, el artículo 159, de la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, "LGSE") dispone que el precio *deberá "reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel de generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo"*, lo que deja en claro que este precio nudo o estabilizado, si bien lo determina la autoridad, ésta se encuentra obligada a establecerlo reflejando valores de mercado, sólo que considerando sus promedios en el tiempo. Para este mismo grupo, el artículo 162 de la LGSE establece que, para calcular los precios nudos de corto plazo, la Comisión Nacional de Energía debe considerar una serie de factores, tales como, por ejemplo, la demanda de potencia y energía prevista; las instalaciones existentes y en construcción; los costos asociados a la operación y racionamiento; y otros aspectos técnicos que consigna la norma;⁵ reafirmando, de este modo, que el precio nudo no

*valorización de su energía inyectada al Precio de Nudo de Corto Plazo de energía de la barra correspondiente.
(...)"*.

Omitimos el resto del articulado que establecen los requisitos para optar a este régimen, dado que serán expuesto en lo que sigue.

⁵ "Artículo 162º.- Para cada fijación semestral, los precios de nudo de corto plazo se calcularán de la siguiente forma:

1.- Sobre la base de una previsión de demandas de potencia de punta y energía del sistema eléctrico para los siguientes diez años, y considerando las instalaciones existentes y aquellas declaradas por la Comisión en construcción, se determina el programa de obras de generación y transmisión que minimiza el costo total actualizado de abastecimiento, correspondiente a la suma de los costos esperados actualizados de inversión, operación y racionamientos durante el período de estudio;

2.- Con el programa de obras definido anteriormente y considerando básicamente la demanda de energía, los stocks de agua en los embalses, los costos de operación de las instalaciones, los costos de racionamiento y la tasa de actualización indicada en la letra d) del artículo 165º, se determina la operación del sistema eléctrico que minimiza la suma del costo actualizado de operación y de racionamiento, durante el período de estudio. Para la operación del sistema definida anteriormente se calculan los costos

depende del arbitrio de la autoridad o de la necesidad o conveniencia de un grupo de empresas, sino de factores que permiten proyectar un promedio del precio spot.

Para calcular el precio nudo de corto plazo para generadoras con capacidad instalada inferior a 200 MW, la Comisión debe considerar el costo de desarrollo y los costos totales de largo plazo para los segmentos de generación y transmisión, el abastecimiento total de la demanda del sistema eléctrico, entre otros aspectos técnicos.⁶ Una vez más, este

marginales de energía del sistema, incluida la componente de racionamiento en los primeros meses de operación, con un mínimo de veinticuatro y un máximo de cuarenta y ocho meses, promediándose los valores obtenidos con factores de ponderación correspondientes a las demandas actualizadas de energía durante ese período. Los valores así obtenidos, para cada una de las barras, se denominan precios básicos de la energía; por costo de racionamiento se entiende el costo por kilowatthora incurrido, en promedio, por los usuarios al no disponer de energía, y tener que generarla con generadores de emergencia, si así conviniera. Este costo de racionamiento se calculará como valor único y será representativo de los déficit más frecuentes que pueden presentarse en el sistema eléctrico;

3.- Se determina el tipo de unidades generadoras más económicas para suministrar potencia adicional durante las horas de demanda máxima anual en una o más subestaciones troncales del sistema eléctrico, conforme los balances de demanda y oferta de potencia en los subsistemas que corresponda. Como oferta de potencia se considerará tanto la aportada por las centrales generadoras como aquella aportada por los sistemas de transmisión. Se calcula el costo marginal anual de incrementar la capacidad instalada de cada subsistema eléctrico con este tipo de unidades. Los valores así obtenidos se incrementan en un porcentaje igual al margen de reserva de potencia teórico del respectivo subsistema. El valor resultante del procedimiento anterior se denominará precio básico de la potencia de punta en el subsistema respectivo;

4.- Eliminado;

5.- Para cada una de las barras del sistema de transmisión nacional del subsistema eléctrico que corresponda, y que no tenga determinado un precio básico de potencia, se calcula un factor de penalización de potencia de punta que multiplicado por el precio básico de la potencia de punta del subsistema correspondiente, determina el precio de la potencia punta en la barra respectiva;

6.- El cálculo de los factores de penalización de potencia de punta a que se refiere el número 5 anterior, se efectúa considerando las pérdidas marginales de transmisión de potencia de punta, considerando el programa de obras de generación y transmisión señalado en el número 1 de este artículo, y

7.- Todos los costos que se utilicen en los cálculos indicados en el presente artículo deberán ser expresados a los precios existentes en el segundo mes anterior al establecido para la comunicación del informe técnico a que se refiere el artículo 169°.

8.- Eliminado”.

⁶ El artículo 159 de la LGSE establece: “En los sistemas eléctricos de capacidad instalada de generación igual o superior a 200 megawatts, los precios de nudo calculados conforme a lo establecido en el artículo 162°, deberán reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel de generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo. Por su naturaleza, estos precios estarán sujetos a

segundo precio viene entonces determinado también por la proyección del comportamiento de los factores que determinan el precio de mercado.

Cómo puede apreciarse y reiteramos, el precio estabilizado a que pueden optar las PMGD y PMG no corresponde a un valor que fije la autoridad con arbitrariedad o para favorecer a los consumidores o a un determinado sector de la economía que quede subsidiado. Lo que hace la autoridad no es subsidiar, sino proyectar los precios de los insumos que determinará el mercado (oferta y demanda), buscando disminuir la variabilidad que estos naturalmente tendrán. La estabilidad en el valor de mercado es el único beneficio para las PMGD y PMG, pues la autoridad no está llamada a alterar los precios de mercado para favorecerlas si no sólo a proyectarlos, para lograr que estos permanezcan estables en el tiempo para el sector de las PMGD y PMG, que, naturalmente, tienen menor capacidad financiera para soportar las bruscas alteraciones que el mercado spot presenta constantemente.

Cuando las PMG y PMGD venden la energía que inyectaron al precio estabilizado y este es superior al costo marginal, tienen un saldo positivo que es pagado por las generadoras. Por el contrario, cuando el precio estabilizado es menor al precio marginal, las PMGD y PMG les deben la diferencia a las grandes generadoras. De ese modo, el mecanismo de precio estabilizado funciona de manera bidireccional.

fluctuaciones que derivan de situaciones coyunturales, como variaciones en la hidrología, en la demanda, en los precios de combustibles y otros.

En los sistemas eléctricos de capacidad instalada de generación inferior a 200 megawatts y superior a 1.500 kilowatts, los precios de nudo se calcularán sobre la base del costo incremental de desarrollo y los costos totales de largo plazo para los segmentos de generación y transmisión, según corresponda, de sistemas eficientemente dimensionados, y considerando el abastecimiento total de la demanda del sistema eléctrico.

Los precios de nudo de los sistemas eléctricos indicados en el inciso anterior serán calculados y fijados según lo dispuesto en los artículos 173º y siguientes”.

3. El Cargo FET aplicable a los retiros que realicen las empresas generadoras con capacidad instalada superior a 200 megawatts

El inciso primero del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley en examen establece el denominado "Cargo FET", *"equivalente a 1,8 pesos por kWh, el que se reajustará semestralmente conforme al IPC"*, aplicable a todos los retiros que realicen las empresas generadoras con capacidad de 200 MW. El objeto de este cargo es financiar el subsidio eléctrico que regula el artículo sexto transitorio de la ley N° 21.667, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo tercero transitorio en estudio. Cabe anotar que el Gobierno anunció la presentación de indicaciones al Proyecto de Ley; entre ellas, una disminución progresiva del Cargo FET, el que será equivalente a 1 peso por kWh durante el 2025, luego a 0,8 pesos por kWh para el año siguiente, para llegar a 0,6 pesos por kWh en 2027⁷.

Otra indicación anunciada por el Ministro de Energía, es el uso del Cargo FET como crédito. Sin embargo, con la información proporcionada en el PPT de presentación, no nos ha sido posible comprender el significado y funcionamiento de este crédito⁸.

Resulta fundamental subrayar y retener que el inciso tercero del mismo artículo en estudio establece que el Cargo FET es una retención imputable a la compensación de precio estabilizado. Recordemos que el aludido inciso prescribe que *"El monto que las empresas generadoras paguen FET será considerado una retención imputable al pago que efectúe la correspondiente empresa por la diferencia entre la valorización de las inyecciones de los medios de generación de pequeña escala que se encuentren acogidos al régimen de precio estabilizado y la valorización de dichas inyecciones al costo marginal correspondiente, establecida en el artículo 14 del decreto supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía, en adelante "compensación por precio estabilizado"*.

El artículo 14 aludido, a su vez, dispone:

⁷ Según se desprende de los cuadros o PPT usados en la presentación del Ministro de Energía, 16 de octubre de 2024 sobre el Proyecto de ley, "con el objeto de ampliar la cobertura del subsidio eléctrico a que se refiere el artículo sexto transitorio de la ley 21.667 e introducir otras medidas de perfeccionamiento a la Ley 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible". Boletín N° 17.064-08. Página 6.

⁸ Presentación del Ministro de Energía, 16 de octubre de 2024 sobre el Proyecto de ley en estudio, página 7.

“Para el caso de los Medios de generación de pequeña escala que se encuentren acogidos al régimen de precio estabilizado, la diferencia entre la valorización de las inyecciones del Medio de generación de pequeña escala a precio estabilizado y al costo marginal correspondiente, será asignada por el Coordinador a prorrata de los retiros de energía del sistema eléctrico, entre quienes efectúen retiros, en conformidad con la normativa vigente”.

En consecuencia, y conforme a lo que disponen los tres primeros incisos de la norma transitoria tercera del Proyecto de Ley, a las grandes empresas generadoras que retiran energía del SEN se les retiene un cargo (el Cargo FET), pero esta retención es imputada a la diferencia entre la valorización de las inyecciones al costo marginal y precio estabilizado, al que sólo se encuentran acogidas las PMG y PMGD. De ese modo, son las pequeñas generadoras, que inyectan energía a precio estabilizado, las que, en definitiva, deben terminar cubriendo el cargo FET, que se retiene de las grandes generadoras. Éstas no lo pagan sino provisoriamente, pues luego lo compensan como crédito a lo que deban pagar a las PMG y PMGD, por el mayor valor que el precio estabilizado pueda tener con respecto al costo marginal.

No debe pensarse que esta compensación opera y se agota en aquellos meses en que el precio estabilizado resulta mayor al costo marginal, pues el párrafo final del inciso tercero dispone que *“En caso de que, en un determinado mes, el pago del Cargo FET fuese superior al monto a pagar por compensación por precio estabilizado, el monto de retención equivalente a la diferencia resultante será imputado en el o los meses siguientes, hasta su total extinción, independiente del período de aplicación del Cargo FET.”*

En consecuencia, todo el cargo FET termina siendo únicamente de cargo de las pequeñas generadoras.

Cabe consignar que, por expresa disposición de la parte final del inciso primero de la norma transitoria, no quedan afectados al Cargo FET los retiros de los pequeños medios de generación distribuida acogidos a un régimen de valorización de energía determinado. Sin esta norma, los retiros de dichas empresas quedarían afectados a un doble cargo, primero al momento de retirar, y segundo, al momento de la retención a las compensaciones por precio estabilizado.

4. Empresas generadoras que quedarían gravadas con el cargo a que alude el inciso cuarto en examen.

Como ha quedado consignado, el cargo establecido en el inciso cuarto se aplica a aquellos medios de generación que se encuentren adscritos al régimen de precio estabilizado, que contiene el artículo 2º transitorio del Decreto Supremo N° 88 del Ministerio de Energía de 2019. El artículo 2º transitorio referido alude a los “medios de generación de pequeña escala” que cumplan con cualquiera de tres condiciones que mencionaremos y consignaremos en nota. El precepto habilita a tales medios a optar a un régimen de valorización de su energía inyectada. Las tres condiciones aluden, la primera, a que se encuentren operando a la fecha de dictación de ese Decreto Supremo, lo que se verificó el 8 de octubre de 2020; la segunda condición posible es aplicable a los PMGD que hayan obtenido algunos de sus permisos de funcionamiento en determinada fecha; y, por último, la tercera condición posible, es que se trate de medios de generación de pequeña escala cuyo estudio o declaración de impacto ambiental haya sido ingresada al sistema en determinada fecha y que hayan ingresado una solicitud de declaración en construcción a más tardar en cierto mes y ésta haya sido aprobada.⁹ Cabe destacar que el actual

⁹ El artículo 2º transitorio referido dispone:

“Los Medios de generación de pequeña escala que cumplan con cualquiera de las siguientes condiciones podrán optar a un régimen de valorización de su energía inyectada al Precio de Nudo de Corto Plazo de energía de la barra correspondiente:

a) Los Medios de generación de pequeña escala que se encuentren operando a la fecha de publicación en el Diario Oficial del presente decreto;

b) Los PMGD que cumplan los siguientes requisitos copulativos: (i) que hayan obtenido su ICC a más tardar al séptimo mes contado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial del presente decreto; y (ii) que hayan ingresado una solicitud de declaración en construcción a más tardar al décimo octavo mes contado desde la fecha de publicación del presente decreto en el Diario Oficial y que hayan obtenido la declaración antes referida al vigésimo cuarto mes contado desde la misma fecha. En caso que la solicitud de declaración en construcción sea rechazada por la Comisión Nacional de Energía, se entenderá que no se cumple con el presente requisito; o

c) Los Medios de generación de pequeña escala que cumplan los siguientes requisitos copulativos: (i) cuyo estudio de impacto ambiental, declaración de impacto ambiental o carta de pertinencia, haya sido ingresada al Servicio de Evaluación Ambiental a más tardar al séptimo mes contado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial del presente decreto. En caso de que se ponga término al procedimiento en conformidad a lo señalado en los artículos 15 bis y 18 bis, según corresponda, de la Ley N° 19.300, se entenderá que no se cumple con el presente requisito; y (ii) que hayan ingresado una solicitud de declaración en construcción a más tardar al décimo octavo mes contado desde la fecha de publicación del presente decreto en el Diario Oficial y que hayan obtenido la

Gobierno amplió el plazo para que las PMGD pudieran cumplir con esta tercera condición alternativa, permitiendo así que más inversionistas pudieran gozar de este beneficio.

Como puede apreciarse, el cargo que dispone el inciso cuarto, cuya constitucionalidad habrá de analizarse, se aplica a los medios de generación de pequeña escala que se encontraban operando o contaban ya con ciertas autorizaciones para operar en determinadas fechas.

Por medios de generación de pequeña escala debemos entender, según la definición que, de ellos hace el artículo 2, letra b) del DS 88/2019, aquellos *“medios de generación de pequeña escala cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema sean menores o iguales a 9.000 kilowatts conectados a instalaciones pertenecientes al sistema de transmisión nacional, zonal, dedicado, para polos de desarrollo o en instalaciones de interconexión internacional, en adelante pequeños medios de generación o ‘PMG’”*.

A su vez, los PMGD son definidos por la letra a) del mismo artículo como *“medios de generación de pequeña escala cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema sean menores o iguales a 9.000 kilowatts, conectados a instalaciones de una Empresa Distribuidora, o a instalaciones de una empresa que posea líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público, en adelante pequeños medios de generación distribuidos o ‘PMGD’”*.

En lo que interesa retener entonces, el cargo que habremos de analizar se aplica a las generadoras eléctricas cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema son menores o iguales a 9.000 kilowatts (kW); que se encuentran conectados, cumplen con una determinada antigüedad de funcionamiento o de autorización para funcionar y que hayan optado por el régimen de precio estabilizado, que contiene el artículo 2º transitorio del Decreto Supremo N° 88 del Ministerio de Energía de 2019.

Cabe subrayar que el cargo establecido en el inciso cuarto solo alcanza a las PMGD y PMG (en adelante, también pequeñas generadoras) y no a

declaración antes referida al vigésimo cuarto mes contado desde la misma fecha. En caso que la solicitud de declaración en construcción sea rechazada por la Comisión Nacional de Energía, se entenderá que no se cumple con el presente requisito.

[...]”

Omitimos la cita de los restantes incisos de la disposición, pues regulan el plazo en el cual los medios de generación deben informar su decisión al Coordinador.

las restantes. Desde luego, no grava a ninguna que suministre al sistema más de 9.000 kW.

5. El Coordinador llamado a determinar el cargo.

Conforme a lo que prescribe el precepto del Proyecto de Ley que analizamos, el cargo que gravaría a las pequeñas generadoras debe ser determinado por el "Coordinador". Conforme lo dispuesto en el artículo 8 bis de la LGSE¹⁰, entendemos que alude al Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional. El artículo 212º-1 de la Ley General de Servicios Eléctricos define a este Coordinador como el organismo técnico e independiente, encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del Sistema Eléctrico Nacional que operen interconectadas entre sí. Interesa destacar que el inciso segundo del mismo artículo lo establece como un órgano de derecho público, con personalidad jurídica propia, al disponer que es una "*corporación autónoma de derecho público, sin fines de lucro, con patrimonio propio y de duración indefinida (...)*".¹¹ El inciso tercero del mismo artículo especifica que el Coordinador "*no forma parte de la Administración del Estado, no siéndole aplicable las disposiciones generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público, salvo expresa mención (...)*".

La dirección y administración del Coordinador está a cargo de un Consejo Directivo compuesto por cinco consejeros, elegidos por un Comité Especial de Nominaciones, que está compuesto por cuatro autoridades o agentes que componen órganos públicos, creados por ley.¹²

¹⁰ "Artículo 8º bis.- Todo propietario, arrendatario, usufructuario o quien explote a cualquier título centrales generadoras interconectadas al sistema eléctrico y sujetas a coordinación del **Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, en adelante el Coordinador**, deberá constituir sociedades de giro de generación eléctrica con domicilio en Chile"(énfasis agregado). Sin perjuicio que es aplicable a la Ley General de Servicios Eléctricos, entendemos que es una denominación común en el sector eléctrico.

¹¹ Entre otras disposiciones que hemos omitido, la norma dispone que El Coordinador podrá celebrar todo tipo de actos y contratos con sujeción al derecho común.

¹² El artículo 212º-7 de la LGSE establece quienes componen el Comité Especial de Nominaciones.

"El Comité Especial de Nominaciones estará compuesto por los siguientes miembros:

El mismo Consejo Directivo elige un Director Ejecutivo del Coordinador, quien es el encargado de ejecutar los acuerdos y directrices del Consejo Directivo, y gestionar el funcionamiento técnico y administrativo del organismo.

El presupuesto del Coordinador es financiado por la totalidad de usuarios finales, libres y sujetos a fijación de precios, a través de un cargo por servicio público, el que es fijado anualmente por la Comisión Nacional de Energía, según lo dispone el artículo 212-13 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Nos encontramos, como puede verse, con una figura atípica en nuestro derecho administrativo. Se trata de una persona jurídica de derecho público, creada por ley, una autoridad con competencia o potestad pública, regida por el principio de legalidad, pero que no forma parte de la Administración del Estado y a la que no le son aplicables las disposiciones generales o especiales del sector público, salvo expresa mención.

No es del caso entrar a dilucidar semejanzas y diferencias con otros entes creados por ley, regidos por los principios del derecho público, pero que gozan de autonomía. Sólo consignemos que, a muchos de ellos no se les aplica todo o parte de las normas destinadas al sector público, pero, a diferencia del Coordinador, ellas sí forman parte de la Administración del Estado, como es el caso de la Contraloría, las Fuerzas Armadas y de Orden, el Banco Central y las empresas públicas creadas por ley.¹³ Lo que cabe retener es que estamos frente a una persona jurídica de derecho público, cuya autoridad y competencia emana de la ley y queda definida por ésta.

-
- a) *El Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Energía;*
 - b) *Un consejero del Consejo de Alta Dirección Pública;*
 - c) *El Presidente del Panel de Expertos o uno de sus integrantes designado para tal efecto, y*
 - d) *El Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o uno de sus ministros designado para tal efecto”.*

¹³ El inciso segundo del artículo 1º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado dispone:

“La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

6. Las transferencias económicas a las que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos, que ocasionan el cargo.

Recordemos que la norma del Proyecto de Ley cuya constitucionalidad habremos de examinar, dispone que el Coordinador debe determinar el cargo *con ocasión de las transferencias económicas a que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos*. La disposición legal aludida dispone que al Coordinador le corresponde *“la coordinación y determinación de las transferencias económicas entre empresas sujetas a su coordinación”* y le fija los factores que debe considerar para calcularlas.¹⁴

Como la norma del inciso cuarto dispone que el cargo debe aplicarse por el Coordinador *“con ocasión”* de las transferencias que trata la norma transcrita, habremos de entender que el cargo no se aplica al monto de estas transferencias, sino con ocasión de ellas. No son las transferencias las gravadas sino sólo la oportunidad u ocasión que permiten al Coordinador aplicar el cargo.

Recordemos de lo consignado en el numeral 1, que cada empresa genera una cantidad de potencia y energía y el coordinador despacha las que sean de más bajo costo. Alguna parte de la energía que llega al SEN se pierde; esto es, no se despacha. Las grandes generadoras retiran la energía que han comprometido con sus clientes libres; retiro que puede ser mayor o menor que la que ellas mismas inyectaron, quedando, entonces, como deficitarias o excedentarias, debiendo compensar o ser compensadas por las otras por esas diferencias. Ello ocasiona que las empresas generadoras se deben compensaciones entre sí, las que son determinadas por el Coordinador. Es con ocasión de estas transferencias que el propio Coordinador determina un cargo. En otras palabras, al disponer las transferencias el Coordinador debe sustraer de ellas un cargo

¹⁴ El artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos, establece:

“Coordinación del Mercado Eléctrico. Asimismo, le corresponderá al Coordinador la coordinación y determinación de las transferencias económicas entre empresas sujetas a su coordinación, para lo que deberá calcular los costos marginales instantáneos del sistema, las transferencias resultantes de los balances económicos de energía, potencia, servicios complementarios, uso de los sistemas de transmisión, y todos aquellos pagos y demás obligaciones establecidas en la normativa vigente respecto del mercado eléctrico”.

o gravamen, hasta completar el monto agregado o global establecido por la norma.

7. El monto agregado del cargo.

Como cabe recordar, el inciso cuarto de la norma cuya constitucionalidad habremos de examinar, dispone que el monto agregado del cargo que ella establece *“será equivalente a la retención que se haya imputado a la compensación por precio estabilizado”*.

Por monto agregado debemos entender lo que se cargará a la totalidad de las pequeñas generadoras.

La norma establece que ese monto agregado debe equivaler a la retención que se haya imputado a la compensación por precio estabilizado. Esa retención es la que dispone el inciso tercero del mismo artículo tercero transitorio, que analizamos. Como se recordará, en esa norma se dispone que el cargo FET que afecta a las empresas generadoras con capacidad instalada superior a 200 MW, constituye sólo una retención de los pagos que éstas deben realizar a las PMGD y PMG que inyectan a precio estabilizado, cada vez que les adeuden en razón de que este precio sea mayor al costo marginal y hasta el total pago del cargo.

De ese modo, insistimos, el monto agregado del cargo grava a las pequeñas generadoras y sólo a ellas.

8. La distribución del monto agregado del cargo.

En el numeral anterior analizamos el monto global del cargo que el Coordinador debe extraer a las pequeñas generadoras. Ahora nos detendremos en la manera en que cada una de ellas se verá afectada o deberá contribuir al cargo. La norma en examen dispone que esta *“se asignará a prorrata de sus respectivas diferencias de valorización de inyecciones dispuestas en el artículo 14 del DS 88/2019.”*

Entendemos que quien debe hacer esta asignación o distribución es el Coordinador.

El artículo 14 del DS N° 88, de 2019, que ya tuvimos oportunidad de referir, dispone:

"Para el caso de los Medios de generación de pequeña escala que se encuentren acogidos al régimen de precio estabilizado, la diferencia entre la valorización de las inyecciones del Medio de generación de pequeña escala a precio estabilizado y al costo marginal correspondiente, será asignada por el Coordinador a prorrata de los retiros de energía del sistema eléctrico, entre quienes efectúen retiros, en conformidad con la normativa vigente".

En consecuencia, cuando la norma que nos ocupa dispone que cada medio de generación pequeño quedará gravado en una porción del cargo global a prorrata de sus respectivas diferencias de valorización de inyecciones dispuesta en el precepto recién transcrito, debemos entender que el cargo aplicable a las PMGD y PMG será proporcional al valor de las respectivas inyecciones que realicen al SEN. Así, por cada watt de energía inyectada será aplicable el cargo que dispone la norma.

9. El destino del cargo.

El inciso cuarto del artículo tercero transitorio no dispone la finalidad del específico cargo que establece. Con todo, la lectura del Mensaje y de las normas conexas no dejan lugar a dudas. El cargo que el Coordinador debe extraer con ocasión de las diferencias económicas entre empresas sujetas a su coordinación está destinado a subsidiar a determinados consumidores de electricidad.

En efecto, el inciso segundo del mismo artículo tercero transitorio dispone que el cargo (FET) que establece *"tendrá por objeto financiar el subsidio eléctrico que regula el artículo sexto transitorio de la ley N° 21.667"* y recordemos que el cargo FET es sólo una retención que luego termina gravando a las generadoras que venden a precio estabilizado; esto es, las PMG y las PMGD.

La misma denominación del Proyecto de Ley expresa que su objeto es *"Ampliar la Cobertura del Subsidio Eléctrico a que se Refiere el Artículo Sexto Transitorio de la Ley N° 21.667"*.

El Mensaje con que se acompaña el Proyecto de Ley es igualmente claro en expresar este propósito: Al explicar, en página 18, aquello en lo que consiste el cargo FET, expone que *"la propuesta del Ejecutivo consiste en aplicar, [...] un cargo transitorio -durante los años 2025 al 2027- imputado a todos los retiros de energía del sistema eléctrico nacional, cuya recaudación será destinada a aumentar la cobertura del subsidio*

eléctrico". Deja así enteramente claro el Mensaje, al igual que el articulado del proyecto de ley que el cargo está destinado a aumentar la cobertura del subsidio eléctrico.

De igual modo, el Mensaje consigna que la Ley N° 21.667 logró recursos por unos 120 millones de dólares, que permitieron otorgar un subsidio a alrededor de 1 millón 600.000 hogares; pero que, pese a ello, el alcance de esa medida no fue suficiente ante el importante número de familias que requieren de un apoyo adicional para enfrentar las alzas de las cuentas de electricidad. Conforme se consigna en las páginas 2 y 3 del Mensaje, el Proyecto se propone triplicar el número de hogares beneficiados por el subsidio; aumentar el monto del subsidio para aquellos hogares vulnerables; establecer un subsidio adicional para hogares en que habitan personas electro dependientes, y ampliar en un año la entrega del subsidio eléctrico transitorio.

Para respaldar económicamente este aumento del subsidio, en sus páginas 16 y siguientes, el Mensaje menciona y luego desarrolla tres fuentes de financiamiento. La primera consiste en establecer una sobretasa al impuesto de las emisiones de dióxido de carbono. La segunda conlleva destinar la recaudación del impuesto al valor agregado neto originado por el alza de las tarifas eléctricas; mientras la tercera es establecer el cargo a los retiros que hemos venido desarrollando en los numerales anteriores.

Como puede verse, el cargo que hemos venido analizando, y cuya constitucionalidad debemos examinar tiene por objeto servir como una de tres fuentes de financiamiento para ampliar un subsidio a ciertos consumidores de electricidad. Las otras dos fuentes son indudablemente tributarias.

10. Corolario

De todo lo anterior se deriva que lo que el artículo tercero transitorio establece es que las Grandes Generadoras dejarán de compensar a las generadoras eléctricas de pequeña escala (PMGD y PMG) en el mecanismo de los retiros en el valor de 1,8 pesos por KWh. Esta suma ya no será recibida por las generadoras de pequeña escala (PMGD y PMG), no obstante esos pagos les correspondan, como generadoras excedentarias, al valor de mercado (sólo que estabilizado) de su producción (inyectada).

Este menor valor será destinado a subsidiar el precio de la electricidad a las personas y en los términos que establece la Ley N° 21.667.

De ese modo, para subsidiar a los consumidores de electricidad, el Estado, a través de la norma jurídica que analizamos se propone gravar a los pequeños medios de generación, que quedarían así encargadas de financiar el aumento del subsidio a los consumidores.

La palabra cargo tiene múltiples significados; se emplea como sinónimo de posición u oficio, como equivalente de una falta que se imputa a alguien y otras; pero no cabe duda que, en el Proyecto se la usa en el sentido que le da la octava acepción del Diccionario RAE; esto es, como el "pago que se hace o debe hacerse con dinero de una cuenta".

Estamos, en consecuencia, ante la obligación que tienen algunas generadoras de pagar algo, de hacer un pago; para que así el Estado pueda aumentar un subsidio al consumo eléctrico destinado a hogares vulnerables.

El hecho que este pago no deba hacerse directamente por los obligados, sino que sea aplicado; esto es, extraído de compensaciones económicas que deben hacerse entre privados que comparten un mercado, no hace variar en nada el carácter que hemos destacado. Se trata de un pago obligatorio que un privado debe hacer para que así se financie una necesidad pública. Que una autoridad pública "aplique" el "cargo", esto es, que extraiga el dinero de uno que está circulando y ella misma regula reafirma este carácter: Con ocasión de un dinero que circula entre privados; con ocasión de unas compensaciones que se deben unos a otros, según lo que hayan producido y consumido; una autoridad pública retira parte de esos dineros, arma un fondo y los destina a aumentar un subsidio.

II. ¿ESTAMOS ANTE UNA CARGA PÚBLICA, UN TRIBUTO, UN GRAVAMEN ESPECIAL?

Corresponde ahora dilucidar qué es el cargo que nos ocupa desde un punto de vista jurídico. Particularmente, discernir si estamos ante una carga pública, un tributo o un gravamen especial. Sólo a partir de que hayamos descartado o afirmado una o más de estas alternativas podremos, en el Capítulo III, que sigue, examinar y concluir, a la luz del estatuto constitucional que las regula, si este “cargo” respeta o infringe la Constitución. El establecimiento y regulación de las cargas públicas, los tributos y los gravámenes especiales tienen algunos requisitos comunes a las tres y otros particulares.

Si el “cargo” no es ni una carga pública, ni un tributo ni un gravamen especial, no corresponderá hacer el examen de si cumple o no con los requisitos que la Constitución dispone para establecerlos. En cambio, si el cargo se corresponde con una o más de estas figuras, el examen será procedente.

Partiremos por la noción de carga pública (A), por estimarla más genérica, seguiremos con los tributos (B) y concluiremos con los gravámenes especiales (C). En un último apartado (D), sacaremos conclusiones.

A. ¿ESTAMOS ANTE UNA CARGA PÚBLICA?

Para responder la pregunta del epígrafe, partiremos por dar una noción de lo que es una carga pública. Luego podremos responderla derechamente.

1. ¿Qué es una carga pública?

Las cargas públicas son definidas genéricamente como un “conjunto de obligaciones o gravámenes impuestos por la Constitución o la ley a determinadas personas”¹⁵. Enrique Evans entiende que ellas son “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines,

¹⁵ García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo. *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 1° ed. (2014), página 129.

*ética y jurídicamente lícitos queridos por el legislador*¹⁶. El Tribunal Constitucional ha hecho suyo este concepto de Evans.¹⁷

El mismo Evans, en palabras que también hizo suyas el Tribunal Constitucional, en igual sentencia, clasifica, siguiendo una nomenclatura largamente aceptada, las cargas en personales y patrimoniales y define a estas últimas como aquellas que *“suponen una afectación patrimonial que también debe ser soportada obligatoriamente por la persona, como las multas o sanciones en dinero que imponen las autoridades dotadas de*

¹⁶ Evans de la Cuadra, Enrique y Evans Espiñeira, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, 3º ed. (2004), página 285.

¹⁷ El TC acogió un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales que establecía la institución del “abogado de turno”. Los requirentes (un abogado y el Colegio de Abogados), en lo pertinente, alegaron que la norma impugnada vulneraba la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, derechos consagrados en los numerales 2º y 20º del artículo 19 de la Constitución.

El TC citando a Evans, expone:

“Que las “cargas públicas” han sido entendidas como “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”. (Enrique Evans de la Cuadra. Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 285). Las cargas públicas pueden ser personales, cuando importan el ejercicio obligatorio de una actividad que se impone a la persona por el ordenamiento jurídico, o patrimoniales, cuando suponen una afectación patrimonial que también debe ser soportada obligatoriamente por la persona, como las multas o sanciones en dinero que imponen las autoridades dotadas de potestades fiscalizadoras. En uno y otro caso, las cargas públicas que imponga la ley “deben ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa, sin que su peso recaiga, a través de discriminaciones arbitrarias que tacharían la ley de inconstitucional, en unos en forma gravemente onerosa o en otros de manera preferencial o privilegiada” (Evans, ob. cit., p. 286). La igualdad ante las cargas públicas que asegura la Constitución es, pues, una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley;” (c. 48).

En el siguiente considerando el TC señala las características de las cargas personales:

“Que, por su lado, de acuerdo a la doctrina administrativa, los servicios o cargas personales deben tener como características fundamentales: a) el ser impuestas y reglamentadas por una ley; b) su carácter temporal; c) su igual aplicación a las personas; d) irredimibles por dinero; e) intransferibles; y, por último, f) debe tratarse de un servicio cierto y determinado (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, páginas 177 y siguientes) (...)” (c. 49).

*potestades fiscalizadoras*¹⁸. Cea Egaña afirma que el numeral 20 del artículo 19 constitucional se refiere a las cargas reales, no así el numeral 22 que alude a las cargas personales. Además, ejemplifica como cargas patrimoniales *“las requisiciones de bienes, las servidumbres de utilidad pública y cualquier otra que no sea tributo”*¹⁹. Cabe destacar, que el autor afirma que la función social del dominio legitima la imposición de cargas públicas reales. Advierte también que deben ser impuesta por ley y en respeto del principio de igualdad²⁰. Otro tanto hace Evans, pero eso lo veremos más adelante.

El Tribunal Constitucional (TC) consideró que era una carga pública real la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones presidenciales. En esa oportunidad, el TC no definió lo que era una carga pública real, pero sí asumió como tal esa obligación y la legitimó, razonando que esta carga es *“similar al de otras limitaciones al dominio que se han estimado por este Tribunal como obligaciones y limitaciones medidas y razonables; que no genera daño (según se explicará); que no desnaturaliza otros bienes jurídicos que permite el despliegue de las actividad o realización del bien; que concretiza una función pública de la actividad y que no constituye privación en sí misma”*.²¹

Fernandois sostiene que la relación entre carga pública y tributo es una de genero a especie. A su juicio, aquellas pueden *“consistir en*

¹⁸ Ver nota anterior. También García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo. Diccionario Constitucional Chileno, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 1° ed. (2014), página 130.

¹⁹ Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, T. II, Ediciones UC, 2° ed. (2012), página 516.

²⁰ *“Cargas públicas reales: Añade la Constitución que ella asegura otra manifestación del principio de isonomía. Se trata de la igual repartición de las demás cargas públicas, esto es, de aquellas que no son tributos.*

Esta disposición se relaciona con el artículo 22 inciso 3°. De la comparación y armonización de ambas disposiciones se desprende que el numeral 22 se refiere a las cargas públicas personales o servicios y no a las cargas públicas reales o que recaen sobre bienes. De las que trata el N° 20, en consecuencia, es de las cargas públicas reales o gravámenes, como las requisiciones de bienes, las servidumbres de utilidad pública y cualquiera otra que no sea atributo. La función social del dominio legitima tal imposición. Las cargas públicas reales deben, en todo caso, ser impuestas por ley y respetando el principio de igualdad y no discriminación”. Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, T. II, Ediciones UC, 2° ed. (2012), página 516.

²¹ STC de 21 de junio de 2013, causa rol 2487-13, c. 35.

obligaciones de dar, de hacer o de no hacer". Afirma ese autor que, "[s]i la carga pública impone obligación de dar dinero, existirá evidentemente plena identidad entre esa clase de carga y tributo". A partir de lo anterior, concluye que "[n]o existe ninguna razón conceptual ni constitucional para privar de la naturaleza tributaria -y todas sus garantías y formalidades- a las cargas públicas que imponen sacrificios económicos a las personas. La noción clásica contraria parte del supuesto equivocado, consistente en que los servicios -por definición- no tienen valor patrimonial, dado que sólo el dinero lo tendría".²²

2. ¿Es el "cargo" contenido en el Proyecto una carga pública?

El "cargo" establecido por el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley debe ser entendido como una carga pública.

El "cargo" efectivamente cumple con todos los elementos que caracterizan a una carga pública, según pasamos a enumerar:

a) Se encuentra establecido por la ley. La condición, claro está, es que el Proyecto se apruebe, pues, de lo contrario, tampoco habría cargo.

b) Estamos frente a una obligación (patrimonial) y un gravamen. De aprobarse el Proyecto, la PMG y las PMGD estarán obligadas a soportar un gravamen, consistente en una exacción que el Estado hace de la suma que les corresponde percibir como compensación por el producto (la energía) que han entregado. De ese modo, y en razón del cargo, las pequeñas generadoras percibirán una menor cantidad de dinero del que les corresponde recibir de otras generadoras, por el valor o precio de la energía que ellas han generado. El hecho que el valor o precio que les corresponda recibir esté regulado por la autoridad no altera en nada lo señalado. El cargo conlleva que, por mandato legal, se extraiga una porción de lo que un privado debe pagar a otro. Por lo demás, y como se ha dicho, la fijación por autoridad del precio estabilizado, no corresponde a un subsidio, sino al cálculo que una autoridad hace de lo que será el valor de mercado en un lapso

²² Fermandois, A., Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad, Tomo II, Ediciones UC, 2010, pp. 129-130.

de tiempo, conforme a las variables que inciden en el costo de producir la energía.

c) El cargo afecta a un grupo determinado de personas, en este caso, jurídicas, que son las pequeñas generadoras eléctricas.

d) El cargo pretende satisfacer un fin lícito, como lo es ampliar el número de personas que se benefician de un subsidio.

El cargo que se propone establecer el Proyecto de Ley en el inciso tercero de su artículo tercero transitorio, reúne así todas las características propias de una carga pública patrimonial y debemos clasificarlo como tal.

B. ¿ESTAMOS ANTE UN TRIBUTO?

Al igual como hicimos en la letra A, que antecede, responderemos la pregunta del epígrafe, partiendo por dar una noción de lo que es un tributo, para luego contestarla derechamente.

1. ¿Qué es un tributo?

No resulta fácil inteligir el vínculo entre carga pública y tributo. Para algunos, se trata de una relación de género a especie. Así, para el ex Ministro del Tribunal Constitucional y profesor de la Universidad de Chile, Enrique Navarro, el tributo *“es una carga pública de carácter patrimonial”*²³; Enrique Evans, como ya hemos visto, las trata como figuras excluyentes, al decir que las cargas públicas son *“obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos”*, mientras Cea, en sentido similar, parece querer indicar que todo lo que comparte las características definitorias ya señaladas es una carga, pero sí, además reúne otras, pasa a ser un tributo y deja, con ello, de ser una carga²⁴.

²³ Navarro B., Enrique. Notas sobre Principios de Derecho Constitucional Tributario, Revista de Derecho Público, Vol. 70, p. 78.

²⁴ Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, T. II, Ediciones UC, 2º ed. (2012), página 516.

Nos parece que esta discusión más bien semántica, se encuentra zanjada por el texto expreso de la Carta Fundamental. En efecto, el numeral 20° de su artículo 19, asegura a todas las personas:

*"La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las **demás** cargas públicas."* (Énfasis añadido).

La locución "demás", que hemos ennegrecido, deja de manifiesto que, para nuestra Constitución, y por ende para cualquier intérprete o operador del derecho, los tributos son una especie de las cargas públicas.

Como ocurre con las especies y los géneros que las comprenden, los tributos comparten todas las características de una carga pública patrimonial; pero tienen, además otras notas distintivas.

Vamos ahora al concepto mismo de tributo y los caracteres específicos que los distinguen de las "demás" cargas públicas. Al discutirse la incorporación del término a la Constitución, se tuvo presente que la palabra tributo comprende "cualquier impuesto, contribución, arancel, derecho o tasa, es decir, *cualquiera prestación que los particulares tengan que satisfacer al Estado.*"²⁵ Desde ese punto de vista, la nota distintiva de los tributos sería la de ser cargas públicas de carácter patrimonial. De allí que suela definírseles como "*exacción pecuniaria establecida por ley en beneficio fiscal, con el objeto de financiar el gasto público u otros fines de bien común*"²⁶.

La Corte Suprema estableció un entendimiento igualmente amplio del concepto en 1992. En la oportunidad, el máximo tribunal conoció de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 43 de la Ley de Rentas, que facultaba a las Municipalidades a establecer unilateralmente tasas de contribuciones de servicios no fijados en la ley; estimó que era inconstitucional toda remisión normativa que permitiera a la Municipalidad establecer tributos o determinar sus elementos propios. Antes de entrar al fondo del asunto, referenciando a Eduardo Figueroa, la CS expuso que "*el vocablo 'tributo' fue incorporado en nuestra Constitución, en reemplazo de la voz contribuciones o impuestos, de*

²⁵ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 398, 11 de julio de 1978.

²⁶ García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo. Diccionario Constitucional Chileno, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 1° ed. (2014), página 901.

modo que ha de entenderse que comprende, además, las tasas y los demás derechos o cargas semejantes” (c. 15).²⁷

En sentido amplio análogo, Fermandois lo entiende como *“toda obligación de dar, hacer o no hacer apreciable económicamente, impuesta forzosamente por el Estado o sus organismos a los particulares, sea o no en dinero, y tenga o no tenga una contraprestación por parte del Estado; y será tributo también toda obligación que el Estado exija a los particulares como requisito para acceder a una condición, estado o prestación, de la cual no puedan sustraerse sin grave lesión de sus derechos fundamentales”²⁸*. El mismo autor afirma que *“las cargas públicas son el género y los tributos la especie, puesto que aquellas comprenden algunos escasos eventos de obligaciones de hacer no apreciables en dinero, que carecen de toda valoración económica en un sistema de precios libres, que no podrían calificarse en rigor de tributos”²⁹*. Señala también que *“si la carga pública impone la obligación de dar dinero, existirá evidentemente plena identidad entre esa clase de carga y el tributo”³⁰*.

No obstante este carácter genérico del término, el Tribunal Constitucional consideró, en una sentencia de 2008, que era necesario diferenciar las tasas de los tributos y dar a aquellas un tratamiento constitucional parcialmente distinto a éstos. La sentencia interesa especialmente por haber dado un concepto de tributo, definiendo que *“(…) los tributos, impuestos o contribuciones son prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por la ley a quienes incurran en los hechos o situaciones que ésta grava, con miras a subvenir al funcionamiento del Estado en su conjunto, sin que vayan acompañadas de una*

²⁷ SCS, de 28 de enero de 1992, causa rol 16.293, RDJ segunda parte, sección quinta, pp. 4-14. La Municipalidad mediante una ordenanza cobró casi 80 millones al requirente por concepto de ocupación de vía pública con mantención de escombros y materiales de construcción.

En idénticos términos define el vocablo tributo, la sentencia de la Corte Suprema de 21 de enero de 2004, causa rol N° 3260-2004, considerando 5°.

²⁸ Fermandois, A., Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad, Tomo II, Ediciones UC, 2010, p. 197.

²⁹ Fermandois, A., Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad, Tomo II, Ediciones UC, 2010, pp. 129-130.

³⁰ Fermandois, A., Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad, Tomo II, Ediciones UC, 2010, p. 130.

contraprestación directa y específica en beneficio del contribuyente (...)". Por su parte, entendió por derechos o tasas las "prestaciones pecuniarias exigidas al administrado para contribuir a solventar, siquiera parcialmente, el costo que para la Administración Pública representa la prestación de un servicio que le proporciona al erogante o, bien, los gastos en que incurrirá para franquear el uso público de un bien de esa naturaleza cuando el mismo se vea obstaculizado o entorpecido por el disfrute particular de ese bien entregado a un particular por vía de concesión o permiso". En el mismo considerando, el TC afirma que esta diferencia es fundamental para distinguir entre un ingreso público y otro. Así, consideró que "los tributos son de exigencia general a toda la colectividad, en la medida en que se incurra en los hechos gravados, los derechos lo son sólo para quienes demanden de la autoridad administrativa una prestación directa y específica en su beneficio, o dicho en otros términos, a quienes son usuarios de un servicio público divisible o fragmentable en unidades de prestación, lo que no sucede con los tributos, que están destinados a financiar la prestación de servicios públicos indivisibles por naturaleza, como lo son la defensa nacional, la justicia o la seguridad pública, entre otros"³¹.

2. ¿Es el "cargo" contenido en el Proyecto un tributo"?

El cargo contenido en el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley participa de todas las características con que la jurisprudencia y la doctrina que hemos reseñado se sirve para definir lo que es un tributo. Veamos:

a) El cargo es una carga patrimonial obligatoria.

Cualquiera sea el lenguaje de los varios que registramos en el apartado anterior, este requisito se encuentra presente en el caso del cargo cuya constitucionalidad nos ocupa. Como vimos, el cargo es una exacción, una merma en el precio que se debe a ciertas generadoras. Sea que definamos los tributos como cargas patrimoniales (Navarro), sea que los expliquemos como prestaciones que los particulares están obligados a satisfacer (CENC), sea que los conceptualicemos como exacción pecuniaria (Fermendois) o que los aludamos como carga patrimonial o exacción pecuniaria, cualquiera de estos sinónimos que empleemos, el cargo es exactamente eso.

³¹ STC de 7 de octubre de 2008, en causa Rol 1034.

b) El cargo es una exacción forzosa. Al igual que los tributos, el particular es obligado, al margen de su voluntad, a la pérdida patrimonial. Basta su condición de ser una pequeña generadora eléctrica y estar inyectando energía o estar autorizada para hacerlo desde una cierta fecha para verse obligado a padecer el cargo.

c) El cargo se encuentra establecido por ley. Este requisito se cumple, en el supuesto el Proyecto se aprueba.

d) El cargo tiene por objeto satisfacer una necesidad pública. Como quedó demostrado al analizar el cargo, este tiene por objeto financiar la ampliación de un subsidio de las cuentas domiciliarias de electricidad de los sectores más carenciados. Esa finalidad coincide perfectamente con una de bien común, como lo ha exigido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, o que tiene por *objeto financiar [...] otros fines de bien común*. Este requisito se encuentra cumplido.

e) El cargo es en beneficio directo del Estado, aunque no va a las arcas fiscales, a las cuentas generales de la Nación. Como hemos dejado anotado, todas las fuentes consultadas coinciden en que el tributo es una exacción patrimonial en beneficio público. Algunos frasean esto como beneficio del Estado, otros como beneficio fiscal. Lo que no cabe duda es que, como ya hemos visto, el cargo es impuesto coactivamente desde el Estado y tiene por objeto satisfacer una necesidad pública.

No es requisito de un tributo que éste sea determinado por el Servicio de Impuestos Internos. Basta que lo sea por una autoridad pública, y, en este caso, el cargo queda determinado por un ente público, creado por ley, por una persona jurídica de derecho público, como es el Coordinador del Sistema Eléctrico.

Lo que el cargo no cumple es el requisito de estar destinado a las arcas fiscales, a integrarse a las cuentas fiscales, para ser destinado, por la Ley de Presupuestos, a los fines que ésta determine y priorice. Esta exacción patrimonial obligatoria tiene una finalidad específica, determinada en el propio Proyecto de Ley, cual es el de financiar el aumento de una subvención. ¿Debemos entender que igualmente este es un impuesto, aunque con una característica atípica o si se quiere anómala o no debemos concebirlo como un impuesto en atención a su destino?

La respuesta es que, igualmente, debemos entender que estamos ante un impuesto. Desde luego, debemos concluir así si estamos al concepto

amplio de tributos que está en el origen de la Carta del 80. Recordemos que, en esa Comisión se tuvo en consideración que el concepto era tan genérico, que incluía cualquier impuesto, contribución, arancel, derecho o tasa, es decir, cualquiera prestación que los particulares tengan que satisfacer al Estado. Conforme a ello, el estar destinado a cuentas generales de la Nación sería una característica propia de los impuestos, pero no de las otras clases de tributos, como, por ejemplo, de las tasas, que cobran servicios públicos por contraprestaciones o beneficios y que engrosan los patrimonios de éstos.

Con todo, y como veremos, actuaciones posteriores de órganos públicos han distinguido el concepto de tasa del de tributo, y no han exigido a aquellas los requisitos constitucionales de éstos.

Hay una segunda razón y más poderosa para sostener que el cargo si es un tributo, aunque no vaya a rentas generales. Hay tributos que tampoco se integran a cuentas generales de la Nación. El ejemplo más típico es el del impuesto territorial que grava a los bienes raíces, que se destinan a las arcas municipales, aunque la ley dispone alguna forma de distribución entre ellas.³²

Hay una tercera razón para concluir que, indudablemente, un tributo afecto a una finalidad determinada, como lo es el cargo, no deja por ello de ser tributo. El inciso tercero del numeral 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental establece que “[l]os tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.” Como veremos más adelante, esa norma tiene excepciones. No importa ahora, lo que interesa es que es la misma Constitución la que establece que los tributos no podrán estar afectos a un destino determinado; lo que deja inequívoco que la Constitución sigue considerando tributos a aquellos que no ingresan al patrimonio de la Nación y quedan afectos a un destino determinado. No se trata tan sólo de una cuestión semántica. Si un tributo, que reúne todas las características para ser tal, salvo el de quedar afecto a un destino determinado dejara, por esta sola circunstancia, de ser tributo, entonces

³² En la sentencia Rol 253, de 15 de abril de 1997, el TC validó la obligación impuesta a los propietarios que pedían permiso para urbanizar, de ceder una porción de su terreno para vialidad y espacios comunitarios. En la oportunidad no definió si tal gravamen era una carga pública, una tasa o alguna otra especie. El debate giró más bien en torno al principio de legalidad en materia de limitaciones al dominio.

la regla sería enteramente inoficiosa e inútil. Los tributos quedan sujetos a la prohibición de afectación especial; si, por tal afectación dejaran de ser tributos, la prohibición constitucional jamás podría aplicarse.

Por último, y como analizaremos, porque el legislador puede excepcionar a los tributos de cumplir con este deber, como dispone el inciso cuarto del número 20° del artículo 19 constitucional.³³ Esos tributos de afectación autorizados por la Carta Fundamental, no pierden su carácter de tales. Ya veremos si el Proyecto de Ley puede entenderse comprendido en estos casos de excepción.

Debemos concluir entonces, al margen de toda duda razonable, que el cargo que establece el inciso cuarto del artículo tercero del Proyecto de Ley en examen es un tributo. Comparte todos los caracteres que definen a los impuestos, con la única salvedad que lo recaudado no va a integrarse a los fondos generales de la Nación, sino que se encuentra afecto a un fin específico. Esa diferencia no permite, por las razones vistas, sostener que no estamos frente a un tributo.

Por lo demás, el propio Ministro de Energía reconoció que estábamos ante un tributo. Preguntado por los cuestionamientos que esta política había debido enfrentar el “Chile Day”, respondió:

*“Siempre es esperable cierta preocupación por parte de un sector de la industria cuando uno **incorpora un cargo nuevo, digamos una sobretasa de impuesto como en este caso.** Es normal que el sector de la industria que le toca meterse la mano al bolsillo tenga observaciones, preocupaciones.”*³⁴ (Énfasis añadido).

³³ El precepto referido dispone: “Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”.

³⁴ En T 13Radio, 12 de septiembre de 2024.
<https://www.youtube.com/watch?v=bML8sLTZuAA>

C. ¿ESTAMOS ANTE UN GRAVAMEN ESPECIAL?

En esta letra C, seguiremos el mismo método de los casos anteriores. Primero daremos una noción de lo que es un gravamen especial, para luego responder la pregunta de si el “cargo” contenido en el Proyecto pertenece a este género.

1. ¿Qué es un gravamen especial?

El inciso primero del numeral 22º del artículo 19 constitucional asegura a todas las personas la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. A reglón seguido, el inciso segundo establece una excepción, que puede ser beneficiosa o gravosa para algún sector, actividad o zona geográfica. Allí quedan consagrados los gravámenes especiales. Sus términos son los siguientes:

“Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;”

Los gravámenes especiales son entonces medidas gravosas que la ley dispone para algún sector, actividad o zona geográfica.

El TC, en sentencia de 6 de octubre de 2009, examinó la constitucionalidad de disposiciones de un Decreto Ley que impone el financiamiento obligatorio de las compañías de seguro a los Bomberos. Validó esa medida razonando que estábamos ante un gravamen especial que debían sufragar esas compañías, por el beneficio que recibían de la actividad de Bomberos. En lo que interesa, definió lo que era un gravamen especial como *“cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar todo particular que se desenvuelve en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización. Comprende cualquier limitación al dominio, y no se limita sólo a las cargas públicas reales o a los tributos. Así, puede consistir en un arancel compensatorio, pero también en controles preventivos de la administración, en prohibiciones, etc. Lo importante es que dicha medida sea una obligación que deban soportar todos los sujetos que operan en un determinado sector, actividad o territorio, siendo por tanto general, aunque no implique transferencias de recursos; que esa medida se*

*establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial. Con este último calificativo se resalta, de un lado, la necesidad de que se configure con detalle por el legislador, es decir, que no sea una medida genérica; y, del otro, que tenga cierto grado de singularidad” (c. 91°).*³⁵

Veamos ahora si un gravamen especial puede, a su vez, ser un tributo. En el caso de la erogación obligatoria de las compañías de seguro al Cuerpo de Bomberos, el TC rechazó que estuviéramos ante un tributo, pero lo hizo fundamentalmente en atención a que, en ese caso, el destinatario de la contribución no era el Estado (rasgo distintivo de los tributos), sino los Bomberos; también porque, en ese caso, no existía una relación de derecho público entre el contribuyente y el Estado y también porque el erogante, las compañías de seguro, recibían una contraprestación, como era el atender los incendios, cuyos daños las compañías debían cubrir como siniestros de su cargo.³⁶

³⁵ Causa Rol 1295. En el considerando 92, la misma sentencia razona que, “con la expresión “sector” se alude a una parte de la actividad productiva o económica del país. Ejemplo, los agricultores, los acuicultores. Con la voz “actividad” se refiere la Constitución a emprendimientos determinados, con características operativas específicas; por ejemplo: los productores lecheros. [...]” (c. 92).

³⁶ La argumentación del Tribunal Constitucional es la siguiente:
“Que también debe rechazarse la pretensión de que estemos frente a un tributo en los términos del artículo 19 N° 20.
Desde luego, el carácter de tributo, como se establece por ley, no debiera ser un asunto de interpretación. El legislador debe expresar con claridad cuándo una determinada prestación pecuniaria tiene este carácter. En algunos casos, lo hace expresamente; en otros, establece elementos indiciarios inequívocos, al configurar sus elementos, o sea el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravado y el objeto de la obligación. En este caso, en cambio, resulta difícil detectar esas variables. De hecho, aparte del presente alegato de inconstitucionalidad, los beneficios del DL 1757 han sido considerados por las Compañías como gasto para calcular el impuesto a la renta.
Enseguida, no basta que exista una obligación legal de pagar algo en dinero a favor del Estado, para que estemos frente a un tributo. Por ejemplo, una deuda legal que beneficia al Fisco, no es un tributo; tampoco lo es una multa. Es necesaria la concurrencia de otros elementos. Así, debe existir beneficio fiscal. Los tributos financian el cumplimiento de las funciones del Estado (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 469; Verdugo, P. y N.; ob. cit., pág. 224). Ello no implica que el Estado no pueda dar a los tributos otra finalidad que la recaudatoria; por ejemplo, puede ser utilizado como instrumento de una política económica destinada a motivar o desincentivar el desarrollo de una actividad, a corregir distorsiones en el mercado, estabilizar la economía, redistribuir ingresos, etc. En todo caso, siempre los tributos están dirigidos a enriquecer o beneficiar al Estado. En este caso, en cambio, la Superintendencia de Valores y Seguros sólo recauda para pagar los beneficios a favor de los bomberos, pero no incorpora a rentas generales de la nación lo recaudado. Es decir, es una mera intermediaria.

En postura contraria al fallo de bomberos, el profesor Jaime Arancibia sostiene que la obligación discutida es un tributo especial de afectación, y como tal, debe cumplir con todos los requisitos constitucionales de los tributos. Especialmente, menciona que esta categoría exige, además, que el sujeto gravado y el beneficiado debe ser específico e importante, "se trata de una carga pública acotada o bien definida en cuanto al sujeto deudor"³⁷, y una discriminación razonable en favor del beneficiado.

Lo que no parece sujeto a discusión es que los gravámenes especiales sean una carga pública. Así los trata Cea Egaña: "*Tales cargas públicas reales pueden recaer sobre los sectores de la población, actividades*

Por otra parte, el tributo es un ingreso público; por lo mismo, es de su esencia que se pueda definir su destino por parte de la Administración. Los tributos ingresan a rentas generales de la nación, financiando el presupuesto público. Desde ahí cubren los distintos egresos del Estado y de sus organismos. Aquí, en cambio, hay un pago que hacen las Compañías por ciertos beneficios a favor de los bomberos, es decir, está predefinido en su destino; pero en vez de hacer dicho pago directamente a los hospitales, médicos, funerarias, se emplea a la Superintendencia. No es un ingreso que entre en el presupuesto de dicho organismo fiscalizador; no es un ingreso propio de éste.

Por otra parte, para que una obligación tenga el carácter de un tributo, es necesario que exista una relación de derecho público entre el contribuyente y el Estado (Meza Encina, Bárbara, e I.M., D.; El Principio Constitucional de la Legalidad en Materia Tributaria; Edición Tribunal Constitucional; Santiago, 2007, pág. 59; A.C., M., y M.B., F.; Derecho Tributario. Parte General; Editorial LexisNexis; Santiago, 2006, págs. 44-45). Sin embargo, dicho elemento aquí no se da. Es cierto que si la Compañía no paga, la Superintendencia puede sancionarla; pero eso es producto de su relación de sujeción a dicho organismo de control por realizar una actividad intensamente regulada como los seguros. Se la sanciona por incumplimiento de sus obligaciones, no por ser contribuyente. La relación entre los acreedores de los beneficios, es decir, la o las personas que dieron la prestación al bombero, y la Superintendencia es de derecho privado. El hecho generador de la obligación de pago no está regulado. Lo que se regula es el beneficio y sus montos. Qué prestaciones médicas, qué medicamentos, qué doctores intervienen, no es algo que la ley establezca.

A continuación, en un tributo, siempre hay un hecho propio o con el cual existe un vínculo directo, que desata la obligación tributaria: la compra de un bien, la generación de un ingreso, la obtención de una renta, la posesión o dominio de una propiedad. Pero, aquí, son hechos de terceros con los que no hay vínculo jurídico, los que generan la obligación: el accidente o enfermedad del bombero y la prestación médica, hospitalaria o fúnebre. También es un pago que se hace a prorrata, entre todas las Compañías.

Asimismo, en un tributo, no hay una obligación de contraprestación. El contribuyente no recibe directamente algo a cambio de lo que paga (STC rol 1034/08). En la situación que regula el DL 1757, en cambio, la Compañía paga por un accidente o enfermedad que se contrajo en actividades vinculadas a su giro (por ejemplo, incendios, accidentes de tránsito protagonizados por vehículos, etc.);" (c. 94°). Énfasis agregado Causa rol 1295.

³⁷ Arancibia Mattar, Jaime, Constitucionalidad de los tributos especiales de afectación, Sentencias Destacadas, 2009, pp. 140-143.

económicas o zonas geográficas, en los términos ya explicados. Son la contrapartida, fundada en la igualdad inherente al bien común, de los subsidios y franquicias”³⁸. Agrega este autor que los gravámenes especiales “[d]eben ser impuestos por ley, la cual puede ser común; y tienen que ser razonables, proporcionados o justificados, en ligamen con las causas que los originan y las finalidades que buscan cumplir”³⁹.

2. ¿Es el “cargo” contenido en el Proyecto un gravamen especial?

A no dudarlo, el cargo que pretende establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley es un gravamen especial, pues reúne todos los elementos que definen a esa categoría. En efecto:

a) Se trata de una medida gravosa; desde que conlleva una pérdida o disminución patrimonial.

b) Se encuentra establecida por ley. Lo será, en caso de aprobarse el Proyecto.

c) Sólo afecta a una actividad o sector. En este caso, sólo a las pequeñas generadoras eléctricas (PMG y PMGD) que cumplan con los demás requisitos que detalla el propio Proyecto de Ley.

Cabe preguntarse, por último, si este carácter de gravamen especial es compatible con haber concluido que se trata de un tributo. No vemos ninguna razón para que no pueda decirse que el cargo es ambas cosas a la vez, por las siguientes razones:

i. El hecho de afectar tan sólo a un sector o actividad no es impropio de los tributos. En efecto, hay impuestos, como aquel que se aplica a las bebidas alcohólicas o a los cigarrillos, que sólo gravan a un sector o actividad.

ii. Si bien hay gravámenes especiales, como aquel que obliga a las compañías de seguros a hacer aportes a Bomberos, en que el aporte no se hace al Estado, esa ausencia de beneficio estatal no es

³⁸ Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, T. II, Ediciones UC, 2º ed. (2012), página 552.

³⁹ Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, T. II, Ediciones UC, 2º ed. (2012), página 552.

un requisito constitutivo de los gravámenes especiales. En la especie, quien debe recolectar (deducir) el cargo es un ente público, el Coordinador del Sistema Eléctrico. El destino del cargo es una subvención que concede el Estado, para beneficio de hogares vulnerables. El mayor porcentaje de los tributos también tienen como destinatario a los privados. Ese destino final no es contrario sino consustancial a la idea de tributos.

iii. El hecho que el TC haya considerado que el aporte que, por ley, deben hacer las compañías de seguro a Bomberos no era un tributo en nada obsta a lo concluido. Esa sentencia no sostiene que los gravámenes especiales nunca pueden ser tributos; sólo sostuvo que ese particular aporte no lo era. Y sostuvo que no era un tributo por razones que, en el caso del cargo no están presentes. En el caso que nos ocupa, entre el obligado a contribuir y el acreedor del gravamen existe una relación de derecho público y no de derecho privado, como lo era en el caso de Bomberos, lo que fue decisivo para que el TC sostuviera que no se trataba de un tributo.

iv. Es más, en la sentencia del caso Bomberos, el TC afirmó positivamente que los tributos especiales sí eran, a la vez gravámenes especiales. En efecto, recordemos que el considerando 91º de esa sentencia consideró que la expresión gravamen especial "*Comprende cualquier limitación al dominio, y **no se limita sólo a las cargas públicas reales o a los tributos.** Así, puede consistir en un arancel compensatorio, pero también en controles preventivos de la administración, en prohibiciones, etc.*" (Énfasis añadido). De ese modo, el TC expresó con toda claridad que podía haber gravámenes especiales que fueran y otros que no fueran tributos. Si el tributo, como es el caso del cargo que nos ocupa, reúne todos los caracteres de un gravamen especial, nada impide predicar que es ambas cosas a la vez.

D. Conclusiones del Capítulo II.

Fluye con claridad de lo que hemos expuesto en las letras A, B y C, que anteceden, que el cargo que pretende establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley es una carga pública, un tributo y un gravamen especial. Hemos demostrado también que nada impide predicar que es las tres cosas a la vez.

III. POSIBLES VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Habiendo ya concluido que el cargo que nos ocupa, establecido en el Proyecto de Ley es un tributo, un gravamen especial y una carga pública, corresponde ahora examinar si el presenta o no vicios de inconstitucionalidad.

Para hacerlo, dividiremos el presente capítulo en dos grandes apartados. El primero (A) describirá los requisitos que la Constitución prescribe para poder establecer tributos, gravámenes especiales y cargas públicas, distinguiendo entre aquellos que son comunes a las tres categorías, o particulares de una o dos de ellas. El siguiente apartado (B) revisará si el cargo que nos ocupa, cumple o no con los requisitos constitucionales descritos en la letra (A). Ello determinará la posible existencia de vicios de inconstitucionalidad.

A. Requisitos constitucionales para poder establecer cargas públicas, tributos y gravámenes especiales.

1. Legalidad.

Las cargas públicas, los tributos y los gravámenes especiales sólo pueden ser establecidos, modificados y suprimidos por ley. Partiremos por justificar este aserto, para luego analizar su alcance, particularmente en el caso de los tributos, que es donde más lo ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina.

a) Exigencia constitucional de legalidad.

Es el texto expreso de la Constitución el que, inequívocamente dispone que tributos y gravámenes especiales sólo pueden ser establecidos, modificados o suprimidos por una ley. En el caso de las cargas públicas, la exigencia constitucional se infiere del texto.

i. La exigencia constitucional de legalidad de los tributos

En el caso de los tributos, la exigencia constitucional de legalidad se encuentra consagrada en dos órdenes de preceptos. En primer lugar, el artículo 65 N° 1 de la Constitución dispone que el Presidente de la República tiene la iniciativa exclusiva para

“Imponer, suprimir, reducir, o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión”.

Por su parte, el numeral 14) de su artículo 63 establece que *“sólo son materia de ley”* aquellas que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

En segundo lugar, el inciso primero del numeral 20 del artículo 19, asegura a todas las personas

*“[I]a igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma **que fije la ley**, y la igual repartición de las demás cargas públicas”.*

El inciso segundo del mismo numeral citado dispone

*“[e]n ningún caso **la ley** podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”* (Énfasis añadido en ambas citas).

ii. La exigencia constitucional de que sólo puedan establecerse gravámenes especiales por ley

Como ya se ha consignado, el numeral 22 del artículo 19 constitucional asegura a todas las personas *“la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”*. A reglón seguido, el inciso segundo dispone que *“**[s]ólo en virtud de una ley**, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrá (...) establecer gravámenes especiales (...)”*. (Énfasis añadido).

iii. El principio de legalidad también rige para las cargas públicas

En el caso de las cargas públicas no existe, como en los dos casos anteriores, uno o más preceptos constitucionales que establezcan expresamente la exigencia de que sólo la ley pueda establecerlas. Sin embargo, como destaca bien Arturo Fermandois,⁴⁰ en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el profesor Enrique Evans y Silva Bascuñán observaron que una redacción que se les proponía podría

⁴⁰ Fermandois, A., Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad, Tomo II, Ediciones UC, 2010, pp. 184-185. El autor cita la discusión verificada en la sesión 110, de 11 de marzo de 1975, de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Sin embargo, al contrastar la información en Ley Chile, la sesión que trató el tema fue la número 105, de 11 de marzo de 1975.

producir el efecto de entender que la legalidad no era exigible a las cargas públicas; por lo cual, se optó por eliminar el punto y coma y reemplazarlo por una coma entre la frase *“forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”*. De manera tal, que la intención del constituyente fue hacer aplicable el principio de reserva legal a las cargas públicas.⁴¹

El antecedente que citamos no extrae su fuerza de la voluntad primigenia de quienes propusieron el texto constitucional. Lo que resulta más decidor es que la historia da cuenta también de un argumento de texto: El hecho que la norma disponga que la Constitución asegure a todas

⁴¹ Los constituyentes analizaron la siguiente redacción del artículo:

*“La igual repartición de los impuestos y contribuciones (...) progresión o forma que fije la ley; y la igual repartición de las demás cargas públicas.
(...)”*.

El señor Evans manifestó la siguiente preocupación: *“como en principio está aprobada la indicación del señor Silva Bascuñán [solo mantener el inciso primero y eliminar el resto de los incisos], le asalta una duda de carácter gramatical, cual es la existencia de punto y coma en el inciso primero, después de los términos “la ley”, pues cree que estando en seguida la conjunción “y” no procede ese punto y coma y, en consecuencia, sugiere dejar el precepto con su misma redacción, suprimiendo dicho punto y coma”*.

El señor Ovalle propone reemplazar el punto y coma a que se ha referido el señor Evans por una coma. La Propuesta fue aprobada por la Comisión.

Adicionalmente, el señor Silva Bascuñán *“señala que existe una duda que quizás se podría aclarar respecto de la redacción del precepto aprobado. Expresa que pareciera no hallarse establecido en el actual texto constitucional que la repartición de las demás cargas públicas debe ser materia de ley, porque el punto y coma las separa absolutamente del concepto que precede, que somete a la dictación de la ley la igual repartición de los impuestos y contribuciones, pero la igual repartición de las demás cargas públicas no se halla estrictamente vinculada a la dictación previa de una ley. Estima que se debería manejar la redacción en forma que se incorporara esa exigencia, que le parece puede corresponder a la interpretación que siempre se ha dado y que la Comisión desearía mantener, cual es, que no se pueden imponer cargas públicas sino que por medio de una ley”*.

El señor Ovalle estimó que *“lo expresado por el señor Silva Bascuñán se contradice con la razón por la cual ha sido apoyada su propia proposición, es decir, que las materias de ley van a estar debidamente ordenadas en la nueva Constitución. Considera que si, por otra parte, se está pensando en tratar más adelante, específicamente, las cargas públicas, su naturaleza y su establecimiento, constituye una reiteración innecesaria formular la exigencia en esta parte declarativa de derechos y protectora de los mismos, cuando lo único que interesa a la Comisión es que la ley, al establecer las cargas públicas, considere su igual repartición, materia que se estudiará en el Capítulo correspondiente. Cree que, por lo demás, el único efecto que tiene la referencia a la ley en la primera parte del precepto aprobado es el de que la ley debe establecer la proporción o progresión, porque, de algún modo, ésta debe determinarse”*.

Por tanto, el artículo 17 N° 5 fue aprobado en los siguientes términos: *“La igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”*.

las personas “[l]a igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas” deja de manifiesto que la obligación de ser fijados por ley no sólo alcanza a los tributos, sino también a las demás cargas públicas. La continuación de la frase, con la sola intercalación de una coma, da cuenta que lo que se prescribe para los tributos, obliga también para las demás cargas públicas.

Hay un tercer argumento para sostener que la reserva legal alcanza también las cargas públicas, al menos a cualquiera de ellas que regule, complemente o limite una garantía constitucional. Ello se sigue necesariamente de lo dispuesto en el numeral 26° del artículo 19° constitucional, en cuanto asegura a todas las personas:

*“La seguridad de que **los preceptos legales** que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”* (Énfasis añadido).

Es pacífico en la jurisprudencia y la doctrina que los términos que hemos ennegrecido constituyen una prohibición a que las demás fuentes del derecho regulen o limiten los derechos constitucionales.

Sólo en virtud de una ley se puede entonces establecer una carga pública que regule o limite el ejercicio de un derecho constitucional.

Es tal la claridad de estos preceptos constitucionales, que nos parece innecesario citar jurisprudencia y autores que así lo han reconocido y hacen poco más que reproducir esas normas tan claras. Concluimos entonces, más allá de cualquier duda razonable, que, por mandato constitucional expreso e inequívoco, los gravámenes especiales sólo pueden establecerse en virtud de una ley y que, sólo en virtud de una ley (de iniciativa exclusiva del Presidente de la República) se pueden imponer, suprimir, reducir, o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión. El caso de las cargas públicas podría ser más discutible, pero hay buenos argumentos para sostener que toda carga pública necesita ser establecida por ley y que resulta indudable que sólo por ley puede establecerse una carga que limite el ejercicio de un derecho constitucional.

b) Alcance de la reserva legal.

Según hemos demostrado, tributos, gravámenes especiales y cargas públicas (al menos las que limitan el ejercicio de un derecho constitucional), sólo pueden ser establecidas mediante una ley. Sin embargo, demostrar que una determinada regulación se encuentra bajo el dominio legal, o que la Constitución regula su establecimiento y regulación por ley, no determina qué o más bien cuánto de esa regulación sólo puede hacerse mediante una ley.

Es evidente que, ausente la ley, ningún otro acto de autoridad podría establecer o regular lo que la Carta Fundamental reserva sólo al legislador. Ello constituye un pilar de la democracia, pues es un resguardo del principio democrático de deliberación y de participación de las minorías. El problema surge cuando la ley regula, pero hasta cierto punto o no detalladamente, la materia que la Constitución reserva a la ley. Se ha fallado innumerables veces por el Tribunal Constitucional que el hecho que la Constitución reserve una materia a la ley no significa que la potestad reglamentaria no pueda detallar lo que la ley ya ha regulado.⁴² Al mismo tiempo, el mismo Tribunal ha establecido, también en innumerables sentencias, que no basta con que el legislador haga una delegación vacía de contenido a la potestad reglamentaria.⁴³ Son muchas también las

⁴² En la sentencia de 25 de noviembre de 2003, causa rol 388, el TC decidió que *"quedando en evidencia, por cierto, que no es la norma reglamentaria cuestionada la que, en forma autónoma y sin respaldo legal, faculta la restricción de determinados derechos o garantías, como lo exigen los números 8, 21, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución, sino que es la propia ley habilitante la que autoriza a la potestad reglamentaria para pormenorizar tales restricciones, en aras del interés social superior, tal como lo requiere la Carta Fundamental, de manera que en la especie tales garantías no han podido ser vulneradas"* (c. 18). El TC concluyó que *"el precepto impugnado cumple el requisito de la habilitación legal previa y suficiente, que la Carta Fundamental requiere en sus artículos 32, N° 8, y 60 para que la potestad reglamentaria subordinada de ejecución pueda ser ejercida respetando el principio de reserva legal"* (c. 19).

En la sentencia de 7 de junio de 2006, causa rol 480, el TC estableció claramente que *"afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia. La potestad reglamentaria de ejecución de las leyes le está expresamente conferida al Presidente de la República en el artículo 32 N° 6 de la Constitución. El ámbito de regulación de la potestad reglamentaria de ejecución coincide con aquel que la propia Constitución reserva al dominio legal (...)"* (c. 13).

⁴³ En la sentencia de 9 de abril de 2003, causa rol 370, el Tribunal Constitucional expone *"el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación*

sentencias que exigen que el legislador debe regular, por sí mismo, "con suficiente determinación y especificidad", las materias que la Constitución le ha reservado.

No es fácil discernir cuando debe estimarse que la ley cumple y cuando incumple con el estándar de la suficiente determinación y especificidad. La jurisprudencia del TC ha sido, en esta materia, más bien casuística y elástica. Más allá de reiterar estos conceptos y concluir, el TC se ha limitado a exponer algunos sinónimos, igualmente graduables, como que la regla requiere que el legislador al menos establezca el núcleo esencial de la limitación al derecho, dejando a las normas infra legales su desarrollo.⁴⁴ Con todo, y varias veces, el TC ha establecido que el derecho administrativo se presta especialmente para la colaboración sustantiva de las normas infra legales en la regulación de los derechos fundamentales.

Un buen ejemplo de un caso en que el TC aplicó el estándar con severidad lo constituye la sentencia de 9 de abril de 2003, dictada en la causa Rol 370. A solicitud de un grupo de senadores, el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que modifica la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción. Las modificaciones tuvieron por objeto exigir un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano en proyectos residenciales y no residenciales con destino único y a aquellos con destino mixto cuando no superen los umbrales que en él se contemplan. Los senadores alegaron que los aspectos que regula el D.S. eran materia de ley. Por lo que, en lo pertinente, estimaron que el D.S. vulneraba el artículo 19 N° 26 en relación con los artículos 32 N°8 y 60, 19 N°s 24, todos de la Constitución.

a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica;" (c. 19). En un sentido similar la STC de 3 de septiembre de 2015, causa rol 2666, c. 25.

⁴⁴ El TC ha razonado que el precepto de rango legal debe tener la suficiente "densidad normativa" o "describir de manera suficiente 'el núcleo esencial' de la conducta debida", de manera que los obligados "tomen noticia al menos del núcleo esencial de la conducta que les resulta obligatoria, bajo apercibimiento de sanción", (c. 22°, causa Rol N°480).

El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento argumentando que la habilitación legal necesaria para la dictación del decreto es inexistente o, a lo menos, insuficiente. He aquí algunos párrafos del razonamiento contenido en esa sentencia:

“No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica” (c. 19).

Expuso también en esa sentencia que la potestad reglamentaria *“(...) puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción y carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”* (c. 23).⁴⁵

En otras sentencias, sin embargo, el TC, validando la norma legal impugnada, ha establecido estándares más laxos acerca del grado de determinación y especificidad que debe alcanzar una ley que limite o reglamente el ejercicio de un derecho, concluyendo que ella es válida si regula los aspectos medulares o esenciales de la obligación o limitación.

⁴⁵ En esa misma sentencia, el TC fundó su decisión de declarar inconstitucional el Decreto Supremo en examen razonando que *“(..) establecer, crear o instituir una obligación que afecte el dominio presupone, lógica e ineludiblemente, que el legislador no se limite a ello sino que, además, la configure en sus aspectos y elementos definitorios o característicos, trazando, con adecuada densidad normativa, en qué consiste el deber que impone, cuál es el motivo de función social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla, cuál es la autoridad competente para llevar a efecto y controlarla, a quiénes y por qué motivo se les exime de ella, etc.”* (c. 31).

Más adelante, consideró que al legislador *“(...) le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se imponen al dominio con motivo de la función social que ha de servir”* (c. 34).

Un ejemplo de ello puede encontrarse en la sentencia de 19 de octubre de 2013, causa rol 2264, en que, citando precedentes razonó que el hecho que *“una actividad se regule por ley, no excluye la colaboración reglamentaria (STC 480/2006). Ello, [...] por la naturaleza general y abstracta de la ley y por la división de funciones que reconoce nuestro sistema. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades (STC 480/2006).”*⁴⁶

Este criterio más laxo ha sido especialmente aplicado cuando se trata de determinar el monto y causales de sanciones administrativas de multa por incumplimiento de deberes de entes especialmente sometidos a regulación estatal.⁴⁷

Afortunadamente para nuestro propósito, el alcance que debe tener la legalidad en materia tributaria ha alcanzado estándares mucho más precisos que el graduable rasero de la “determinación y especificidad”. Los describimos en lo que sigue.

c) Estándar de exigibilidad de la legalidad en materia tributaria.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema y de la Contraloría General de la República, al igual que la doctrina,⁴⁸ afirman y

⁴⁶ En esa sentencia, el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15, inciso primero, de la Ley N° 18.410, que dispone la aplicación de sanciones a las entidades sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Electricidad y Combustible. La requirente alegó, en lo pertinente, que la norma contravenía la reserva legal establecida en el artículo 19, N°s 21°, 24° y 26°, de la Constitución, tesis que fue rechazada por el Tribunal.

⁴⁷ Por ejemplo, en sentencia de 5 de noviembre de 2019, en causa rol 6250, el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 18.410 que clasifica las infracciones administrativas que cometan las empresas, entidades o personas sujetas a la fiscalización o supervisión de las Superintendencia. El requirente, en lo pertinente, alega que se infringe el principio de tipicidad. El TC afirma que *“descripción de la conducta, a través de la pormenorización de los contornos de la infracción, y del castigo, mediante la expresión de la medida sancionadora aplicable, de sus marcos y parámetros de graduación, deben, en todo caso, estar expresadas completamente en una norma de rango legal”* (c. 8). Sin embargo, sobre el monto de la multa, expone que *“la contundencia del importe de la multa no condiciona el rigor con que debe ser aplicado el principio de tipicidad (ni algún otro)”* (c. 9).

⁴⁸ Navarro B., Enrique. Notas sobre Principios de Derecho Constitucional Tributario, Revista de Derecho Público, Vol. 70, p. 81- 82.

reiteran, de manera unánime y uniforme, que las leyes que establecen tributos deben contener, en sí mismas, ciertos parámetros mínimos tales como: el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía del tributo a aplicar.

El Tribunal Constitucional ha sido particularmente exigente en la densidad normativa que deben poseer las leyes tributarias, prohibiendo que éstas deleguen en la potestad reglamentaria la forma de determinar el monto de los tributos. Así, por ejemplo, en la sentencia Rol 247⁴⁹, del año 1996, el Tribunal razonó, en su considerando 19, que:

"(...) resulta oportuno recordar que la Constitución Política, respetuosa de los derechos esenciales que van a la naturaleza humana, ha sido extremadamente cuidadosa en cuanto a la regulación de los tributos, requiriendo no sólo que los elementos esenciales de una obligación tributaria queden comprendidos en la ley misma, sino también que ésta se genere de acuerdo con las exigencias de la misma Constitución puntualiza (...)".

En el considerando siguiente, el Tribunal razonó acerca de los límites de la delegación a la potestad reglamentaria en materia tributaria:

"el proyecto de ley, en su artículo 6° fija el monto máximo de los tributos que, bajo la denominación de tarifas, establece, pero deja entregado al Reglamento la determinación de "las condiciones, plazos, tramos y demás modalidades" que se aplicarían a su pago.

⁴⁹ En 1996, un grupo de senadores requirieron al TC para que declarara la inconstitucionalidad del artículo 6° del proyecto de ley que moderniza el Servicio Nacional de Aduanas que, entre otras cosas, facultaba a este Servicio a cobrar una tarifa que gravaría las declaraciones de importación, los pasajes aéreos y el transporte de pasajeros por pasos aduaneros. El proyecto de ley se limitó a fijar el tope máximo de estas tarifas, delegando el resto a la potestad reglamentaria, al disponer que *"El reglamento establecerá las condiciones, plazos, tramos y demás modalidades para el pago de las tarifas a que se refiere este artículo (..)"*.

Los senadores requirentes sostenían, entre otras cosas, que la tarifa era un tributo, y que esa delegación de la ley en el Reglamento infringía el principio de legalidad tributaria; esto es, que los impuestos sólo pueden ser fijados por ley. El Presidente de la República defendió el proyecto, alegando que estábamos frente a una tasa y no a un tributo.

El TC concluyó que la tarifa era un impuesto y no una tasa y que la remisión al reglamento para que éste estableciera "las condiciones, plazos, tramos y demás modalidades para el pago de las tarifas", sin otro límite ni especificación en la ley que un tope máximo, era contrario al principio de legalidad tributaria exigido por la Constitución.

Tal remisión al ámbito del Reglamento permite que a través de éste se pueda regular las forma que garanticen la igual repartición de los tributos establecidos, materia que, como se ha dicho, la Constitución exige que sea señalada por el legislador. Debe agregarse que, en el caso de que se trata la ley se ha limitado a señalar solo el monto máximo del tributo, con lo cual, por medio de la precisión de condiciones, plazos y modalidades, sería el Reglamento el que entraría eventualmente a proporcionar aquella garantía de igualdad, cuyo resguardo corresponde en este caso, de acuerdo con la Constitución, en forma específica a la ley. Debe, asimismo, señalarse que en este caso el legislador no ha especificado, debida y suficientemente, las normas conforme a las cuales pudiera dictarse un Reglamento de ejecución. Por el contrario, la amplitud del término "condiciones", "plazos" y "modalidades" que emplea habilitarían para una amplia regulación e incluso, aun cuando fue meramente hipotético, establecer elementos diferenciadores y fuentes de desigualdades" (c. 20).

Más de una década después, en la causa Rol 718, de 2007, el TC volvió a hacer suya y citó la sentencia referida, razonando luego en párrafos que también es necesario reproducir:

"de este modo, esta Magistratura ha sostenido que los elementos esenciales de la obligación tributaria deben quedar fijados suficientemente en la ley no pudiendo efectuarse revisiones vagas y genéricas a la potestad reglamentaria de ejecución (...)" (c. 18).

"De modo que, a la luz de los principios de legalidad tributaria, los elementos esenciales de la obligación tributaria deben encontrarse suficientemente señalados y precisados en la ley. Ello dice relación con el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el procedimiento para determinar la base imponible, de la tasa, las situaciones de exención y las infracciones" (c. 19).

Más adelante, precisó:

"Que, como puede apreciarse, le corresponde a la ley, emanada del Congreso Nacional, indicar con suficiente precisión todos los elementos esenciales de la obligación tributaria, esto es, el sujeto pasivo obligado, el hecho gravado, la base imponible, la tasa imponible y las situaciones de exención" (c. 22).

En el mismo fallo, el TC no niega la posibilidad que el legislador delegue aspectos menores o de detalle de la obligación tributaria a la

potestad reglamentaria, afirmando que ello debe aceptarse solo en caso que la ley establezca las condiciones esenciales de la obligación tributaria:

“es la ley la encargada de precisar los elementos esenciales de la obligación tributaria, pudiendo la potestad reglamentaria de ejecución sólo desarrollar aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza, el legislador no puede regular, pero que éste debe delimitar con suficiente claridad y determinación” (c. 25).

Reiteró más adelante que *“este propio Tribunal Constitucional ha permitido la remisión normativa en la medida que la ley establezca los parámetros de carácter general, de modo que “por medio de simples cálculos regulados por la misma ley, se llegare a una precisa determinación, respetándose de esta manera el requerimiento constitucional de que sea la voluntad del legislador y no la de otros la que conduzca a establecer la exacción de que se trate” (Rol N° 183, 17 de mayo de 1994)” (c. 29).*

De ese modo, concluyó que *“resulta contraria a la Constitución Política de la República la circunstancia de que la ley otorgue a la autoridad administrativa facultades discrecionales o genéricas para la regulación de los elementos esenciales de la obligación tributaria. De modo que si el tributo no se encuentra completamente determinado en la ley -por las características propias de toda obligación tributaria- debe a lo menos ser determinable, sobre la base de los criterios claros y precisos fijados al efecto por el propio legislador, cumpliéndose así el mandato constitucional en cuanto a que sólo le compete a aquél el establecimiento de tributos, como asimismo su modificación o supresión” (c. 33).*

En sentencia de 3 de noviembre de 2007, en causa Rol 822, el Tribunal Constitucional debió pronunciarse acerca de la constitucionalidad de un proyecto de ley en materia de impuesto territorial. Los requirentes alegaban que determinados artículos de ese Proyecto infringían el principio de reserva legal de los tributos, al no precisar los aspectos medulares del impuesto territorial. El TC desestimó la acción, considerando que, en el caso concreto, sí se cumplían con los requisitos descritos, pues *“la Ley N° 17.235 determina tanto el hecho gravado (el dominio de un bien raíz), la base imponible, constituida por el avalúo del mismo (para cuya cuantificación y actualización periódica es la propia ley la que imparte criterios objetivos de actuación), como también el sujeto obligado y la tasa aplicable” (c. 6).*

Antes de concluir así, y esto es lo que interesa, razonó explícitamente en qué consistía el principio de reserva legal en materia tributaria, en los siguientes términos:

"consiste en que la ley es la norma jurídica llamada a determinar los elementos esenciales que configuran la obligación tributaria, cuales son el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía del tributo a aplicar sobre la base imponible. La garantía fundamental que entraña para toda persona la consagración constitucional de esta reserva legal se satisface si el legislador es quien directamente determina cada uno de esos elementos, si bien la precisión cuantitativa de la base imponible puede quedar entregada a la autoridad de aplicación del impuesto, como ocurre en todos los tributos ad valorem, en que el establecimiento de la base de cálculo para la aplicación de la tasa es efectuado por la administración tributaria, observando rigurosamente los procedimientos y criterios de valuación o determinación contemplados por la ley. En tal sentido, la labor de la autoridad administrativa se asemeja al proceso intelectual que caracteriza la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, mismo que es establecido con carácter abstracto por la norma legal, pero cuya concreción corresponde efectuar al órgano de aplicación con sujeción a pautas prefijadas por el legislador, sin que en ello pueda intervenir discrecionalidad alguna por parte del ente administrativo" (c. 5).

En una sentencia más reciente, de noviembre de 2020, el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley de Rentas Municipales⁵⁰ que establecen el pago de patente municipal por actividades

⁵⁰ Los artículos impugnados establecen:

"Artículo 23.- El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley."

(...)

"Artículo 24.- (...) El valor por doce meses de la patente será de un monto equivalente entre el dos y medio por mil y el cinco por mil del capital propio de cada contribuyente, la que no podrá ser inferior a una unidad tributaria mensual ni superior a ocho mil unidades tributarias mensuales. Sin perjuicio del ejercicio de la facultad municipal, se considerará la tasa máxima legal para efectos de calcular el aporte al Fondo Común Municipal, que corresponda realizar a las municipalidades aportantes a dicho Fondo por concepto de las patentes a que se refiere el artículo precedente. Al efecto, el alcalde, con acuerdo del concejo, podrá, dentro del rango

lucrativas y la forma de fijar la tasa de la patente. La sociedad requirente alegó, en lo pertinente, que las normas afectaban el principio de legalidad tributaria porque no le corresponde al Alcalde cobrar una tasa dentro de un rango determinado arbitrariamente. Siguiendo el criterio que hemos expuesto, el Tribunal reitera que *“hay algunos elementos esenciales que forman parte de la determinación del contenido fundamental del tributo. Ellos son la obligación tributaria, los sujetos de la obligación –tanto activo como pasivo-, el hecho gravado, el objeto de la obligación, la base imponible, la tasa y, en general, otros elementos específicos, dependiendo de la naturaleza del tributo;”* (c. 12). El Tribunal fundó su dictamen reiterando su jurisprudencia asentada que establece la colaboración de la potestad reglamentaria en materia tributaria, citando la sentencia de la causa rol 718 ya expuesta⁵¹, y otras en el mismo sentido⁵².

señalado, fijar indistintamente una tasa única de la patente para todo el territorio comunal, como asimismo tasas diferenciadas al interior de la comuna, en aquellas zonas definidas en el respectivo instrumento de planificación urbana, mediante la dictación del correspondiente decreto alcaldicio, el cual deberá publicitarse debidamente al interior de la comuna.

Para los efectos de este artículo se entenderá por capital propio el inicial declarado por el contribuyente si se tratare de actividades nuevas, o el registrado en el balance terminado el 31 de Diciembre inmediatamente anterior a la fecha en que deba prestarse la declaración, considerándose los reajustes, aumentos y disminuciones que deben practicarse de acuerdo con las normas del artículo 41 y siguientes de la ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el decreto ley N° 824 de 1974”.

⁵¹ Diversas sentencias del TC posteriores a los fallos roles 718 y 822 citan sus considerandos. Por ejemplo, el 9 de julio de 2020, en la causa rol 7784-19, el TC rechazó por motivos formales un requerimiento de inaplicabilidad que impugnaba una norma de la Ley de Impuesto a la Renta que gravaba con IVA a empresas de diversión y esparcimiento. Sin perjuicio del motivo del rechazo, igualmente el TC se pronunció sobre la afectación al principio de legalidad alegado por la requirente, en los considerandos 10 y 11 reiteró pasajes de la sentencia rol 718. Otros ejemplos, STC de 28 de mayo de 2019, causa rol 4041-17, c. 3; STC de 5 de abril de 2018, causa rol 3361-17, c. 8; STC de 31 de enero de 2013, causa rol 2038-11, cc. 17, 18, 19; STC de 7 julio de 2009, causa rol 1234, c. 21.

⁵² STC de 12 de noviembre de 2020, en causa rol 8.865-20. Los considerandos 19, 20 y 22 reflejan lo expuesto:

“Que esta Magistratura ha reconocido el principio de colaboración reglamentaria en materia impositiva, afirmando que “es la ley la encargada de precisar los elementos esenciales de la obligación tributaria, pudiendo la potestad reglamentaria de ejecución sólo desarrollar aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza, el legislador no puede regular, pero que éste debe delimitar con suficiente claridad y determinación” (STC Rol N° 759, considerando 25°).”

La Corte Suprema tiene, por su parte, una jurisprudencia análoga a la del TC. Es de interés volver a citar una sentencia suya de 1992,⁵³ pues en ella aplicó estos criterios a tasas municipales. Como señalamos, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 43 de la Ley de Rentas, que facultaba a las municipalidades a establecer unilateralmente tasas de contribuciones de servicios no fijados en la ley, la sentencia determinó que era inconstitucional toda remisión normativa que permitiera a una municipalidad establecer tributos o determinar sus elementos propios. Al efecto, razonó así:

"En la situación en examen el propio artículo 43 se coloca en la eventualidad de que existan tipos de servicios, concesiones o permisos 'cuyas tasas no estén fijadas en la ley o no se encuentren considerados especialmente en el artículo anterior' o se trate de nuevos servicios que se creen por las municipalidades, en cuyo caso otorga autorización para que dichos derechos o gabelas o cargas, que no existen o cuyas tasas no están fijadas legalmente puedan establecerse mediante ordenanzas locales, con la única condición de que se deberá informar al intendente regional respectivo.

"Que "el ejercicio de la facultad reglamentaria debe limitarse a la aplicación de la ley, restringiendo las facultades discrecionales, de manera que siempre exista sólo una solución jurídicamente procedente. En consecuencia, el ámbito del ejercicio de esta facultad se limita a desarrollar aspectos técnicos que la ley no puede determinar, siempre al fijar los contornos claramente definidos por el legislador. La ley debe, al menos, hacer determinable el tributo" (STC roles N°s 718, 759 y 773, entre otras)".

"El rol de la normativa administrativa es, sin embargo, concebido para regular cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Las características de la ley (generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador) deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad, adaptabilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria (STC 370/2003)".

⁵³ SCS, de 28 de enero de 1992, causa rol 16.293, RDJ segunda parte, sección quinta, pp. 4-14. La Municipalidad mediante una ordenanza cobró casi 80 millones al requirente por concepto de ocupación de vía pública con mantención de escombros y materiales de construcción.

El inciso primero del artículo 43 impugnado, establecía: "Los derechos correspondientes a los servicios, concesiones o permisos cuyas tasas no estén fijadas en la ley o que no se encuentren considerados especialmente en el artículo anterior o relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades se determinarán mediante ordenanzas locales que deberán informar al Intendente Regional Respectivo".

En esos términos, la ley deja sin precisar, la forma, proporcionalidad o progresión que deben guardar los tributos que se pueden imponer mediante esas ordenanzas locales dejando en la total indeterminación tales especificaciones.” (c. 7).

La Corte Suprema por su parte, acogió un recurso de casación en el fondo interpuesto por una ejecutada en proceso de juicio ejecutivo de cobro de patente municipal. La ejecutada afirmó que su objeto social no comprende ninguna de las materias que tributa conforme la Ley de Rentas Municipales, por tratarse de una sociedad de inversión pasiva. La Corte, razonando sobre la inversión privada y el hecho gravado (argumentos que no son del caso exponer), se pronunció brevemente sobre el principio de legalidad tributaria.⁵⁴

“En este sentido es preciso destacar que conforme al principio constitucional de reserva legal en materia tributaria, corresponde interpretar con carácter estricto los elementos que configuran la relación jurídica que se analiza en el basamento fáctico y los elementos que la conforman -sujeto, hecho gravado, tasa, base imponible-, sin que el desarrollo reglamentario de dichos elementos pueda llegar a ampliar o extender el hecho gravado más allá del límite y de los lineamientos determinados por el legislador, ni siquiera por la vía de extender su interpretación por vía complementaria” (c. 9).

La Contraloría General de la República ha resuelto en un sentido concordante con la jurisprudencia que hemos citado. Así, por ejemplo, consideró que no se ajustaba a derecho una Resolución Exenta de la

⁵⁴ SCS de 6 de diciembre de 2019, rol 29.663-2018, caratulado “I. Municipalidad Lo Barnechea con Inversiones Santa Pamela Limitada (E)”.

La CS consideró que “la sociedad recurrente en tanto no presta servicios a terceros, no ejerce una actividad terciaria gravada, de manera que no le corresponde al sentenciador hacer una interpretación extensiva del hecho gravado para aplicarle el tributo. Razonar de un modo diferente importa vulnerar el principio de legalidad o de reserva legal que rige en materia tributaria” (c. 11).

En un caso análogo, lo discutido también era si las sociedades pasivas de inversión están sujeta a tributo municipal, seis meses después, la CS reiteró la relación restrictiva entre la ley y la potestad reglamentaria en materia tributaria.

“Recordemos que, conforme al principio constitucional de reserva legal, la interpretación de elementos tales como el sujeto, el hecho gravado, la tasa y la base imponible, debe realizarse con carácter estricto, sin que el desarrollo reglamentario pueda llegar a ampliar o extender el hecho gravado más allá del límite y lineamientos que fueron fijados por el legislador, ni siquiera por la vía de extender su interpretación por vía complementaria” (c. 11).

Dirección de Vialidad que exigía un cobro por la ocupación de caminos públicos.⁵⁵ Al efecto, argumentó que:

“Los ‘tributos’ (...) que incluyen los impuestos, tasas, contribuciones y demás derechos y cargas semejantes, es decir, cualquier obligación pecuniaria impuesta por ley a las personas para los fines propios del Estado, debiendo someterse al principio de legalidad tributaria del art/19 num/20 de la Carta Fundamental. Asimismo, será la ley la que singularice el tributo, regulándolo en sus aspectos sustanciales, precisando su forma, proporcionalidad o progresión, siendo insuficiente una expresión genérica o indeterminada”.

En el 2010⁵⁶, la Contraloría confirmó una interpretación reglamentaria restrictiva a los elementos que conforman el tributo, dictaminando:

⁵⁵ Dictamen 49.487, de 23 de diciembre de 1999. Lo resuelto fue objeto de reconsideración, la cual fue desestimada por el órgano contralor en el Dictamen 15.089, de 2 de mayo de 2000.

Igual criterio es reiterado en el Dictamen 14.489, de 18 de abril de 2001. La CGR resuelve que la municipalidad no está facultada para fijar tasas anuales progresivas para el cobro de patentes.

“Al respecto, es necesario tener presente el principio de legalidad tributaria consagrado en el artículo 19, N° 20 de la Constitución Política, en virtud del cual la imposición de tributos de cualquier clase o naturaleza corresponde a la ley común, como también su singularización, regulándolo en sus aspectos sustanciales y precisando su forma, proporcionalidad o progresión, siendo insuficiente una expresión genérica o indeterminada. (Aplica criterio del Dictamen N° 49.487, de 1999)”.

⁵⁶ Dictamen 27.677, de 25 de mayo de 2010. Una asociación gremial solicitó el pronunciamiento de la CGR sobre el cobro de patente municipal a las sociedades de inversión pasiva que no desarrollan actividad lucrativa en los términos que exige la Ley de Rentas Municipales. La entidad contralora dictaminó que:

“En consecuencia, la inversión pasiva, que, en general, consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, por no involucrar la producción de bienes, ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23 del mencionado decreto ley N° 3.063, de 1979”.

La CGR confirmó el Dictamen, rechazando la solicitud de reconsideración interpuesta por la Asociación Chilena de Municipalidades y Alcaldes de distintas comunas.

En su reconsideración, el órgano contralor citó jurisprudencia del TC, al exponer:

“Por otro lado, (...) la garantía de reserva legal en materia de establecimiento de tributos consiste en que los elementos de la obligación tributaria deben quedar suficientemente fijados y determinados en la ley, lo que en definitiva dice relación con el hecho gravado, los sujetos obligados al pago, el procedimiento para

“Así pues, y de acuerdo al principio de reserva legal en materia tributaria, corresponde interpretar con carácter estricto los elementos que configuran la relación jurídica en análisis –sujeto, hecho gravado, tasa, base imponible–, sin que el desarrollo reglamentario de tales elementos pueda extender el hecho gravado que ha configurado rigurosamente el legislador, de forma tal que la definición de actividad terciaria que establece el citado artículo 2º, letra c), del decreto N° 484, de 1980, debe interpretarse en términos que comprende únicamente el comercio y distribución de bienes y la prestación de servicios de todo tipo”.

La doctrina enseña los mismos criterios jurisprudenciales. Así, por ejemplo, Enrique Evans y Arturo Fermandois han reiterado el criterio jurisprudencial expuesto: los elementos del tributo deben estar contenidos en la ley, correspondiéndole a la potestad reglamentaria solo definir elementos técnicos. Así, el primero de los mencionados escribió:

“Corresponde al legislador no sólo crear el tributo, sino que establecer la totalidad de los elementos de la relación tributaria entre el Estado y el contribuyente, de modo que la obligación quede determinada en todos sus aspectos y pueda cumplirse sin necesidad de otros antecedentes. Un criterio reductor lleva el riesgo de la discrecionalidad administrativa y podría afectar garantías constitucionales con la igualdad ante la ley y la libertad de trabajo y empresarial.”⁵⁷

Fermandois, por su parte, hace ver que la Administración, a través de la potestad reglamentaria, solo podría *“pormenorizar aspectos accesorios de un impuesto, o para ofrecer normas precisas para ejecutarlo o*

determinar la base imponible, la tasa, las situaciones de exención y las infracciones (sentencias rol N° 247, de 1996; rol N° 822-07-INA; y rol N° 1.234-08- INA).

Precisa dicha Magistratura que sobre la posibilidad de remisión a la potestad reglamentaria de ejecución de algunos aspectos normativos no esenciales o de detalle, el principio de legalidad supone que las condiciones esenciales de la obligación tributaria deben ser al menos determinables según la ley, al punto de excluir toda discrecionalidad de la autoridad administrativa para su configuración. Así, sólo cabe a la potestad reglamentaria de ejecución desarrollar los aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza, el legislador no puede regular, pero que sí debe delimitar con suficiente claridad y determinación (sentencia rol N° 1.234-08-INA, considerando 22º)”. Dictamen 6.512, de 1 de febrero de 2012.

⁵⁷ Evans de la Cuadra, Enrique, Los tributos ante la Constitución, Santiago, 1997, p. 51. Citado en Navarro B., Enrique. Notas sobre Principios de Derecho Constitucional Tributario, Revista de Derecho Público, Vol. 70, p. 82.

*fiscalizarlo (...). El rol fundamental de la potestad reglamentaria es la implementación del tributo. No son admisibles por ende las técnicas de remisión reglamentaria, esto es, los llamados de la ley a la potestad reglamentaria para crear o determinar los elementos esenciales de un tributo. El tributo debe ser creado por ley y no en virtud de una ley”.*⁵⁸

De ese modo, es la misma Constitución la que asegura que sólo el legislador puede establecer tributos, cargas públicas y gravámenes especiales. En el caso de los primeros, la misma Constitución reserva también a la ley fijar su proporcionalidad, progresión o forma. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de la Contraloría, así como la doctrina, coinciden en que, en el caso de los tributos, eso significa que sólo la ley puede establecer al sujeto obligado, el hecho gravado, la tasa, la base imponible y las situaciones de exención. Y que corresponde a la ley hacerlo con suficiente precisión y no en base a conceptos genéricos o indeterminados. Así, si bien no excluyen que la potestad reglamentaria pueda colaborar en la determinación del impuesto, exigen que esta complementación se limite a aspectos técnicos para su precisión cuantitativa. Los preceptos de rango legal deben ser suficientes para que las características propias de toda obligación tributaria sean al menos determinables, sobre la base de los criterios claros y precisos fijados al efecto por el propio legislador.

2. Igualdad

Repitiendo el método seguido en el numeral anterior, veremos primero la consagración constitucional del principio de igualdad, para luego decir algo sobre sus alcances en materia tributaria

a) Exigencia constitucional de igualdad

En el numeral 2º de su artículo 19, la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, estableciendo que, ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias.

⁵⁸ Fermandois, A., Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad, Tomo II, Ediciones UC, 2010, p. 161.

Como veremos, el principio de igualdad resulta especialmente reforzado en materia de tributos, cargas públicas y gravámenes especiales.

i. La especial exigencia de igualdad de los tributos

El inciso primero del numeral 20 del artículo 19 asegura a todas las personas:

"La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley (...)".

ii. La exigencia de igualdad de las cargas públicas

El mismo numeral 20 del artículo 19 asegura *"la igual repartición de las demás cargas públicas"*.

iii. La exigencia de igualdad de los gravámenes especiales

El artículo 19 N° 22, por su parte asegura a todas las personas:

"La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica."

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras".

De ese modo, no necesitamos citar otras fuentes para concluir que nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas, la igual repartición de los tributos y las cargas públicas y prohíbe especialmente la discriminación arbitraria al establecer gravámenes especiales.

b) Alcance del principio de igualdad

Veamos ahora el alcance de la igualdad y de la prohibición de discriminación en materia tributaria.

En diciembre de 1995, el Tribunal Constitucional estimó que infringía el principio de igualdad ante las cargas públicas el proyecto de ley que imponía a los medios de comunicación social la obligación de publicar o divulgar hechos de referencia (hechos que no han sido objeto de noticia),

cada vez que terceros, consideraran que tuvieran importancia o trascendencia social.⁵⁹ Argumentó así su decisión:

“por cuanto grava a los medios de comunicación social con una carga que, de una parte, no se impone a los demás, sino sólo a ellos, y de otra parte, aparece como arbitraria desde que carece de razonabilidad pues no se sustenta en el bien común, finalidad del Estado que, como lo dispone la Carta Fundamental, éste ha de promover “con pleno respeto” de los derechos de las personas (artículo 1º, inciso cuarto)” (c. 37).

En un fallo de 20 octubre de 1998, causa rol 280, el Tribunal Constitucional examinó la constitucionalidad de un proyecto de ley que aumentaba el impuesto a las gasolinas y al tabaco. El Tribunal declaró constitucional las disposiciones impugnadas, rechazando que se tratara de una discriminación arbitraria, pero dejó a salvo la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de alzas que afectaran el núcleo esencial de los derechos⁶⁰. Sobre el principio de igualdad, parece importante destacar la manera en que justificó se pudieran aplicar sólo a un sector o industria (en este caso gasolinas y tabaco), pero exigiendo que se aplicara por igual a todos quienes se encontraban en la misma situación:

“La ley, no cabe duda, puede establecer gravámenes distintos para una determinada categoría de ciudadanos, según sea la industria o trabajo que realicen, pero dentro de cada categoría es preciso que exista una norma igual para todos quienes se encuentran en idénticas condiciones” (c. 21).

⁵⁹ En sentencia de 30 de octubre de 1995, causa rol 226, el TC examina la constitucionalidad de diversas normas de un proyecto de ley sobre libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo.

⁶⁰ El TC estableció que el límite a las alzas del impuesto era el núcleo esencial de los derechos, en dicho caso, éstas vulnerarían la Constitución.

“(…) este Tribunal considera que existe discriminación en la tributación a que están afectos el tabaco y los combustibles, pero que ella, en los montos que se proponen, no implican una discriminación arbitraria en el trato del Estado con las respectivas empresas, toda vez que la proposición aparece como razonable por lo expuesto y por la situación actual de la economía, que constituye un hecho público y notorio;” (c. 27).

“cabe considerar que si las alzas llegaren a ser de tal envergadura que el legítimo derecho de los afectados se convirtiera en algo utópico o ilusorio, ellas serían inconstitucionales por vulneración de las disposiciones que se analizan en este fallo y, en especial, la contenida en el artículo 19, Nº 26, de la Carta Fundamental;” (c. 30).

En el fallo de bomberos, relatado anteriormente, causa rol 1295, el Tribunal Constitucional también expuso lo que debía entenderse por discriminación arbitraria en materia de gravámenes especiales:

“El inciso segundo del artículo 19 N° 22 parte de la base de que el Estado discrimina, pues cuando concede un beneficio o impone un gravamen establece categorías o grupos. A unos les toca o afecta esa medida favorable o desfavorable, y a otros no. Eso es parte de la lógica con la que opera la política económica o de fomento que se quiere implementar. Lo relevante es que esa discriminación no sea arbitraria. Por lo tanto, hay que buscar la justificación, el motivo que explica y funda la medida. No se trata con ello de que exista una razón que convenza o persuada a todos. Lo relevante es que esa razón exista, sea suficiente y coherente con la decisión, y no sea ilegítima; se trata de justificar no de obligar a creer en esas razones” (c. 96).

La Corte Suprema⁶¹ en el fallo de 1992, declaró inaplicable un artículo de la Ley de Renta Municipales, por estimar que infringía la igual repartición de los tributos, tantas veces comentado. Debe subrayarse que, en este caso, la diferencia no la hacía directamente el legislador, sino que permitía que la hiciera la autoridad edilicia. Argumentó así:

“(…) el principio de proporcionalidad asegura la debida confianza de que el tributo o gabela que se imponga a los servicios, concesiones o permisos que es la materia que ahora interesa, guarde la debida relación equitativa, con tales servicios, concesiones o permisos, sobre la base de pautas permanentes e inequívocas, como una forma de respetar el principio básico de igualdad ante la ley e igual repartición de los tributos, tal como este último principio aparece concebido en el artículo 19 inciso primero, manteniendo dentro de ciertos márgenes relativos, el equilibrio necesario para tratar de que en situaciones iguales, las cargas o el sacrificio tributario sean también semejantes” (c. 8).

“Que en cambio, la redacción que le ha dado al artículo 43 que se impugna, prescinde de dicho marco legal, puesto que sin señalar márgenes o tasas de ninguna especie deja al albedrío de la autoridad edilicia, la implantación de derechos municipales, abriendo paso a la

⁶¹ SCS, de 28 de enero de 1992, causa rol 16.293, RDJ segunda parte, sección quinta, pp. 4-14.

arbitrariedad desde el momento en que dichos tributos pueden resultar inconsecuente con la índole, importancia, magnitud o cuantía de la obra o actividad sobre que pueden recaer o trascendencia del servicio que se pretende, es decir, desproporcionados y abusivos y resultar inconciliables con una contingencia determinada, con los que se han aplicado en otra u otras situaciones semejantes y respecto de tributarios en parecidas condiciones y circunstancias” (c. 9).

La doctrina ha señalado posibles fuentes de establecimiento de diferencias tributarias, tales como la capacidad contributiva o capacidad de pago; el origen de las rentas, es decir, si provienen de rentas de capital o trabajo; o incluso, el beneficio de los contribuyentes.⁶²

Como puede apreciarse, y en lo que interesa a este informe, el principio de igualdad de tributos, cargas públicas y gravámenes especiales no prohíbe que éstos graven únicamente a una determinada industria. Sin embargo, exige al legislador que tal diferencia cuente con una justificación, que invoque razonabilidad en la diferencia; que sus parámetros estén en la propia ley y no delegados a una autoridad o inferior, de tal manera que se ella la que pueda hacer la diferencia. Por último, y como veremos a continuación, la magnitud del gravamen no puede ser manifiestamente desproporcionado o injusto.

3. Principio de no confiscatoriedad

El inciso segundo del numeral 20 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas que,

“En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”.

En sentencia de 6 de diciembre de 1994, el TC rechazó un requerimiento de inconstitucionalidad de un proyecto de ley que aumentaba en cuatro veces el tope máximo a pagar por concepto de patente municipal. Los requirentes estimaban que vulneraba el principio de no confiscatoriedad. El Tribunal rechazó el requerimiento, considerando que el solo hecho de aumento del límite del tributo no significa que éste fuera desproporcionado o injusto. Razonó al efecto que:

⁶² Figueroa, Juan Eduardo. Las garantías constitucionales del contribuyente de la Constitución de 1980, Santiago, 1985, p. 164.

"la disposición del artículo 19, N° 20, inciso segundo, de la Constitución Política, fue aprobada en la sesión N° 398, de julio de 1978, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, de cuya lectura se desprende que la intención de los comisionados fue establecer una norma que impidiera que se pudieran imponer tributos de carácter expropiatorios o confiscatorios o que impidieran el ejercicio de una actividad" (c. 8).⁶³

En julio de 1995, en la causa rol 219, el Tribunal Constitucional⁶⁴ analizó la constitucionalidad de los artículos 1, 2, 6 y 13 de un proyecto de ley que, con el objeto de reajustar las pensiones, aumentaba el impuesto al tabaco y la gasolina para cubrir así el mayor gasto fiscal.

En esa oportunidad, los Senadores requirentes alegaron, en lo pertinente *"...que un tributo es manifiestamente desproporcionado o injusto cuando incurre entre otras en las siguientes infracciones constitucionales: afecta en su esencia el derecho de propiedad u otra garantía constitucional; impide el desarrollo de una actividad empresarial lícita, torna ineficiente llevarla a cabo o la desincentiva y estorba o vuelve económicamente aventurada por la drástica reducción de los márgenes de utilidad legítima".*

En relación al principio de justicia tributaria el Tribunal razonó que

"la disposición constitucional del inciso segundo del N° 20 del artículo 19 tuvo por objeto, según se desprende de los debates suscitados en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, conforme este Tribunal tuvo oportunidad de señalarlo en el considerando 8° de la sentencia de 6 de diciembre de 1994, evitar que el legislador aprobara tributos que tuviesen un carácter confiscatorio o expropiatorio o que afectase en su esencia o impidiesen el derecho de desarrollar una actividad económica lícita".

En el considerando 7°, el Tribunal expuso que

"esencialmente reúnen el carácter de impuestos confiscatorios o expropiatorios aquellos que por su monto afectan el patrimonio o la

⁶³ En sentencia de 6 de diciembre de 1994, en causa rol 203, el TC afirmó que *"las prohibiciones constitucionales deben ser siempre interpretadas con un criterio restrictivo y no es posible al respecto que se aplique un criterio amplio o extensivo para entender prohibiciones de rango fundamental"* (c. 10).

⁶⁴ STC de 31 de julio de 1995, en causa rol 219.

renta de una persona y así lo sostuvieron los comisionados cuando trataron la materia (...). En ningún caso, el constituyente en el inciso segundo del numeral 20 del artículo 19 de la Constitución, fijó un monto o rango para este tipo de gravámenes, pero sí señaló al legislador un límite conceptual que le impide desproporciones injustificables o irracionales y ellas se producen, cuando son manifiestas, esto es, al tenor de la definición del Diccionario de la Lengua Española, cuando son descubiertas, patentes, claras” (c. 7)

Sin embargo, el TC salvaguardo que “*que un impuesto indirecto podría, entre otras situaciones, ser manifiestamente desproporcionado o injusto si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto*”. El TC consideró, por las razones recién expuestas que el aumento del tributo no tenía un carácter confiscatorio o expropiatorio, ni irracionales.

Tres años más tarde, en 1998, en la causa rol 280, nuevamente el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad de un proyecto que ley que aumentaba el impuesto al tabaco y las gasolinas (comentado en el alcance del principio de igualdad). El Tribunal interpretó restrictivamente el significado de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. En el considerando 19, sostuvo:

“el Constituyente se guardó de restringir en exceso la autonomía del legislador, y le impuso un límite que sólo impide las desproporciones o injusticias “manifiestas”, esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables. Las restricciones al legislador en esta materia son, entonces, particularmente excepcionales. Ello implica que la defensa de la supremacía constitucional en este ámbito, ha de circunscribirse a evitar las desproporciones o injusticias tributarias que traspasen todos los límites de lo razonable y prudente”.

En este mismo caso, el TC sin admitir las tesis sobre la distinción entre impuestos directos e indirectos y su efecto en los principios constitucionales, estimó que el concepto de desproporcionalidad es mucho más relativo tratándose de impuestos indirectos. Por ello consideró que al evaluar la desproporcionalidad o irracionalidad del impuesto “[t]ambién debe tenerse en cuenta que este gravamen es trasladado al público consumidor y que, en la medida que éste siga adquiriendo los productos en que incide, no se produce, en principio, perjuicio a la

empresa productora o distribuidora. Ello confirma la opinión de muchos autores en torno a que el artículo 19, N° 20, de la Constitución, se refiere sólo a impuestos directos” (c. 19).

De ese modo, debemos entender que la prohibición de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos deja un margen al legislador para decidir el alza de algunos. Una vez más, el límite es que debe encontrarse una razón que lo justifique. Un segundo límite es el que explicita el Tribunal Constitucional: No es posible al legislador establecer impuestos cuya imposición o monto impida del todo o restrinja de tal manera una actividad económica que haga imposible su libre ejercicio.

4. Principio de no afectación de los tributos.

El inciso tercero del numeral 20° del artículo 19 de la Carta Fundamental dispone que los tributos que se recauden, cualquiera sea su naturaleza, deben ingresar patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. El inciso cuarto permite dos excepciones:

“Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.”

Una tercera excepción son aquellos tributos de afectación establecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución conforme lo dispone su disposición sexta transitoria⁶⁵.

El constituyente consideró que el principio de no afectación de los tributos significa que éstos *“no tengan un fin específico”, “cualquiera que sea su naturaleza, las contribuciones que se perciban ingresarán al*

⁶⁵ *“SEXTA.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del número 20° del artículo 19, mantendrán su vigencia las disposiciones legales que hayan establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas”.*

patrimonio general de la Nación y no podrán jamás estar afectos a un destino determinado"⁶⁶.

En la causa rol 219, referida en la sección anterior a propósito del principio de no confiscatoriedad, que antecede, en que examinó el aumento del impuesto al tabaco y la gasolina, destinados expresamente a financiar un aumento de las pensiones, los requirentes, en lo pertinente, alegaron que los artículos 1 y 2 del proyecto infringían el principio de no afectación consagrado en la Constitución. Señalaron que el destino específico de los ingresos está confirmado por el Mensaje del proyecto, y solo se trataría de un acatamiento formal si se contraargumenta que los recursos irían a las rentas generales de la Nación⁶⁷. En su sentencia, el TC rechazó el requerimiento por considerar que "(...) *no existe afectación de los impuestos de los artículos 1º y 2º del proyecto a un fin determinado, pues éstos constituyen fuentes de recursos de gastos que se pretenden financiar, todo lo que cual cumple necesariamente con la disposición constitucional del inciso tercero del numeral 20 del artículo 19 de la Constitución*" (c. 4º). Razonó al efecto:

"(...) lo que se señala y se desprende de una interpretación armónica de la norma, y es lo que el constituyente ha querido, es que no haya una relación absoluta dependiente y directa entre lo que se recauda por concepto de impuestos y el destino que se da a lo recaudado. Así, el constituyente quiere evitar un vínculo directo y subordinado de un tributo a un gasto determinado" (c. 2)⁶⁸.

⁶⁶ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 393, 4 de julio de 1978.

⁶⁷ Los Senadores sostienen que el artículo 1 y el inciso primero del artículo 12 del proyecto de ley, infringen el principio de no afectación específica "*si se tiene presente los términos abiertos y directos con que se plantea su destinación en el mensaje de la iniciativa y la coincidencia absoluta entre la fecha de vigencia de los beneficios y la de los tributos, expresada clara y reiteradamente en el articulado del proyecto de ley*".

⁶⁸ El artículo 1 del proyecto de ley impugnado que modifica el Decreto Ley que regula el sistema impositivo para el tabaco, establece: "*En el artículo 4º, del decreto ley N° 828, de 1974 sustitúyese el guarismo 42,5% por 45,4%*".

El artículo 2 del proyecto de ley, establece: "*En el inciso quinto del artículo 6º de la ley N° 18.502, sustitúyase el guarismo 3,4893 por 4,4084*".

El artículo 13 inciso primero establece: "*El mayor gasto fiscal que demande durante el presente año la aplicación de esta ley, incrementará la suma del valor neto de los montos a que se refiere el inciso primero del artículo 4º de la ley N° 19.356, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1995. Dicho incremento en el valor neto referido se financiará con cargo a los mayores ingresos provenientes de la recaudación tributaria por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1 a 5 de esta ley*".

Cabe consignar que dicho proyecto no estableció en su articulado un destino al que el impuesto quedará afecto, aunque sí disponía que el mayor gasto que iba a generar se financiaría con los mayores ingresos de la recaudación tributaria. De ahí que, el Tribunal consideró que el vínculo entre los ingresos y gastos no consistía en una afectación directa y dependiente entre el impuesto y el monto de las pensiones a otorgar, sino que el cumplimiento de la norma presupuestaria constitucional⁶⁹.

En el fallo de bomberos, que también hemos citado varias veces, el Tribunal utilizó el mismo argumento para descartar que se tratara de un gravamen especial excesivo, razonando que quienes pagan finalmente son los asegurados mediante el aumento de la prima que hace la compañía de seguro:

El Mensaje del proyecto de ley, señaló:

"En usos de mis facultades constitucionales, someto a vuestra consideración un proyecto de ley que tiene por objeto otorgar un reajuste extraordinario de un 10% a las pensiones inferiores a 100 mil pesos mensuales, incluidas las pensiones mínimas y las asistenciales (...).

(...)

Al mismo tiempo, al establecerse en este proyecto las fuentes de financiamiento necesarias, se resguardan los objetivos de crecimiento, estabilidad económica y las metas de reducción de la inflación. Se propone, al respecto, que el financiamiento de tales mejoramientos provenga de la contribución moderada de los usuarios de automóviles y de los consumidores de cigarrillos, así como de medidas de mayor fiscalización y racionalización tributarias. De esta manera, no se distorsiona la asignación de recursos, se gravan consumos que tienen efectos colaterales negativos y la contribución se obtiene mayoritariamente de los sectores más pudientes de nuestra sociedad.

El reajuste general del 10%, beneficiará aproximadamente a un millón de pensiones inferiores a cien mil pesos mensuales (...)".

⁶⁹ Concluyó el Tribunal que, en ese caso:

"no existe una afectación directa y dependiente entre el impuesto que señalan los artículos 1° y 2° y el monto del reajuste de pensiones a otorgar (...). Su asociación o consideración en el mismo proyecto, además de una racionalidad y celeridad legislativa necesarias, tiene por objeto dar cumplimiento a las normas presupuestarias que establece el artículo 64 de la Constitución, que en su inciso cuarto señala:

"No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto".

Las fuentes de recursos a que se refiere la norma transcrita, indudablemente incluye entre otros y principalmente a los impuestos y contribuciones de cualquier naturaleza, fuentes principalísimas de los ingresos del Estado que le permiten cumplir su función" (c. 3).

"En quinto lugar, el costo que significa para las Compañías no lo asumen con cargo a sus utilidades, pues es transferido a primas que deben ser pagadas por los asegurados. En el expediente del presente recurso, consta cómo las Compañías han solicitado a la autoridad que en la prima del seguro de incendios se individualice el costo de la cobertura de los accidentes o enfermedades de los bomberos, como un ítem aparte. Asimismo, este costo es trasladado al momento de determinar el pago del impuesto a la renta, como un gasto. Además, como se señaló en estrados, el Estado, o sea, todos los ciudadanos, sólo por vía de la Ley de Presupuestos -o sea sin considerar los beneficios tributarios-, entrega a bomberos anualmente nueve veces más de lo que transfieren las Compañías; los beneficios son proyectables; el costo es sólo del 5% de los beneficios que las Compañías reciben por la labor de bomberos; eventualmente, cabe el reaseguro; y todas las Compañías que requieren en el presente caso, entraron al negocio después de la dictación el DL 1757; sabían, por tanto, que existía este costo en la actividad" (c. 102).

5. La no afectación de un derecho en su esencia y la proporcionalidad.

Por último, consignemos una última limitación establecida por la Constitución a cualquier tributo, carga pública o gravamen especial. El numeral 26° de su artículo 19° garantiza a todas las personas:

"26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."

Ya hemos visto cómo la prohibición de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos juega con el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, respetando las normas legales que la regulan, asegurada en el numeral 21° del artículo 19 constitucional.⁷⁰

⁷⁰ "La Constitución asegura a todas las personas: (...)

21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

Por cierto que no resulta obvio determinar lo que sea la esencia de un derecho, que la Constitución impide afectar. Una larga tradición jurisprudencial, tomada de la jurisprudencia del TC alemán, ha venido a traducir este “límite de los límites” en la exigencia de que las restricciones al ejercicio de los derechos sean razonables, y entendido que lo son cuando satisfacen el llamado principio de proporcionalidad.

Resultaría largo de explicar en qué consiste el principio de proporcionalidad, lo que precisamente exige su cumplimiento y los muchos debates que existen acerca de sus específicos contornos.

Con cierta libertad y dejando de lado sutilezas, precisiones y asuntos debatidos, digamos que se trata de la exigencia de sopesar los beneficios que se siguen de la específica restricción al derecho, contenida en una norma infra constitucional, con el daño que esa norma produce al legítimo ejercicio del derecho consagrado en la Constitución. Si los beneficios que se obtienen de la regulación legal son más que los costos para el legítimo ejercicio del derecho fundamental, entonces la regulación pasará el test de proporcionalidad. En caso contrario, la norma en examen deberá ser declarada inconstitucional.

Típicamente se sostiene que el test tiene tres componentes: El primero es el de la legitimidad del fin perseguido por la norma que restringe el ejercicio del derecho fundamental y su idoneidad para alcanzar el fin proclamado, que justifica su dictación. Si la norma infra constitucional no persigue un fin legítimo o proclama ser dictada en aras de uno que lo es, pero no establece un mecanismo idóneo para alcanzarlo, no pasará el test de proporcionalidad y deberá ser declarada inconstitucional. El segundo es el test de necesidad. En su versión más estricta, se predica que la restricción no pasa el test si existe alguna alternativa a la norma legal que sea menos gravosa para el ejercicio del derecho fundamental, que resulte igualmente apta para alcanzar el fin perseguido. En su versión menos estricta, este componente se satisface si la fórmula legal no entraña daños innecesarios e injustificables al legítimo ejercicio del derecho. El tercer test se denomina el de proporcionalidad en sentido estricto y consiste en sopesar los beneficios que conlleva la aplicación de la norma legal con el menoscabo que sufre el ejercicio del derecho fundamental.

Valga subrayar que este test no es abstracto, sino concreto. No se trata de sopesar los valores de la norma legal con el derecho fundamental, sino los beneficios y costos en un caso concreto.

B. ¿Presenta vicios de inconstitucionalidad el "cargo"?

Recordemos que, en el capítulo anterior, concluimos que el cargo, cuya constitucionalidad debemos examinar, es un tributo, un gravamen especial y una carga pública. En la letra A que antecede, hemos examinado los requisitos constitucionales para poder establecer cargas públicas, tributos y gravámenes especiales.

Contamos entonces con todos los elementos para poder concluir si el cargo que nos ocupa, establecido en el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley, incurre o no en uno o más vicios de inconstitucionalidad, considerando las exigencias que la Carta Fundamental establece para estas tres categorías, conforme ya las hemos expuesto.

Comenzaremos, en el numeral 1, con la pregunta si el cargo infringe o no el principio de no afectación de los tributos. En el numeral 2 examinaremos la legalidad del cargo. En el numeral 3 analizaremos si el cargo puede o no resultar inconstitucional en razón de afectar algún derecho en su esencia o por su falta de proporcionalidad. En el número 4 habremos de examinar si el cargo cumple con el requisito constitucional de la igualdad. Por último, en el numeral 5, abordaremos, de manera muy breve, la cuestión de si el cargo infringe la seguridad jurídica y si puede considerarse como una regulación expropiatoria.

1. ¿Infringe el cargo el principio de no afectación de los tributos?

La respuesta a esta pregunta es categórica: Sí, lo infringe. Estamos ante un vicio de inconstitucionalidad patente en el Proyecto de Ley. Concluimos, en el Cap. II, que el cargo es inequívocamente un tributo. En el Cap. I, demostramos que este cargo o tributo no ingresa al patrimonio de la Nación, sino que está afecto a un destino determinado, cual es el de aumentar la cobertura de un subsidio al pago de los consumos eléctricos domiciliarios de los sectores más pobres. Como hemos visto, ese destino no es simplemente un propósito declarado al consignar los propósitos del Proyecto en el Mensaje, sino que se establece clara y perentoriamente, como una regla, en el inciso segundo del mismo artículo tercero

transitorio.⁷¹ El producto de los cargos no ingresarán al patrimonio de la Nación, como lo exige, con solo dos casos de excepción, la Carta Fundamental.

Hemos visto que la Constitución permite afectar tributos a fines propios de la defensa nacional o, en el caso de tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local, a ser aplicados, dentro de marcos legales, por autoridades regionales o locales.⁷² El cargo que pretende establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto ciertamente no reúne estas condiciones, desde que su destino consiste en aumentar un subsidio nacional a las cuentas de electricidad de hogares vulnerables.

De ese modo, más allá de cualquier duda, el cargo que nos ocupa y que grava a las PMG y a las PMGD infringe el inciso tercero del numeral 20° del artículo 19° constitucional.

Es del caso consignar que el Ministro de Energía ha justificado la imposición de este cargo como medio para aumentar la subvención eléctrica por medio de la noción de “autocontención”. En una entrevista concedida al periodista Iván Valenzuela el 12 de septiembre pasado,⁷³ ante una pregunta por la legitimidad de la medida el Ministro respondió:

“Sí está bien. El punto es si queremos acompañar el proceso de estabilización con un subsidio más extenso, el dinero tiene que salir de algún lugar. El principio de autocontención básicamente lo que dice es que, como Gobierno, nuestra visión política, es que esa expansión de ese subsidio no puede significar un menor gasto en seguridad pública, que es la prioridad número uno de los chilenos, ni tampoco retroceder a la recuperación de enseñanza después de la pandemia, ni tampoco retroceder en la velocidad de recuperación de las listas de espera, ni en los otros gastos que son prioritarios para el Gobierno. Entonces, obviamente el principio de autocontención no necesariamente le va a gustar a la industria eléctrica, es entendible, pero precisamente su fundamentación tiene que ver con que no hay

⁷¹ En rigor, lo establece para el cargo FET; pero, como hemos visto, este cargo es sólo una retención que es pagada por las PMG y las PMGD.

⁷² También valida los vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución.

⁷³ Entrevista realizada por Iván Valenzuela al Ministro Diego Pardow en T 13Radio, el 12 de septiembre de 2024. Disponible en:
<https://www.youtube.com/watch?v=bML8sLTZuAA>

fondos fiscales y no estamos dispuestos como Gobierno a sacrificar otro tipo de gasto social."

Más adelante volvió sobre el concepto de autocontención, en los siguientes términos:

"cuando surge la idea de que necesitamos acompañar el proceso de estabilización con un subsidio más extenso obviamente si no hay holguras fiscales, si la pequeña parte de la reforma tributaria en la que hemos podido avanzar ya tiene asignada el destino de esos fondos hay dos formas de hacerlo: o lo hacemos de una manera autocontenida, que es la convicción del gobierno, o lo hacemos reduciendo gastos en salud, educación pública o seguridad".

El concepto de autocontención no está consagrado en nuestra Constitución, ni en parte alguna de nuestro ordenamiento. Anotemos entonces que él no puede ser empleado como una razón que justifique constitucionalmente una ley, máxime cuando ella infringe abiertamente una prohibición expresa contenida en la Carta Fundamental.

Veamos ahora lo que puede entenderse por el concepto de autocontención, limitándonos al significado que el Ministro le da en esa entrevista.⁷⁴ Conforme a sus palabras, ya transcritas, el principio de autocontención sería un método para obtener recursos del sector privado cuando no están disponibles en las cuentas generales de la Nación, los que se extraerían de una industria vinculada al beneficio que se quiere otorgar. En la especie, los recursos para financiar un subsidio eléctrico se obtendrían de la propia industria eléctrica, con lo cual no disminuirían los recursos que se destinan a otras necesidades sociales, como seguridad o salud.

No es del caso debatir aquí las bondades y defectos, las ventajas y riesgos de financiar así el gasto público. Nuestro examen no es político, sino constitucional y, desde este último punto de vista no podemos sino concluir que la autocontención con la que el Ministro pretende justificar su política no hace sino reafirmar que se estamos frente a un tributo de afectación; uno que extrae recursos de una industria y los destina, no al "*patrimonio de la Nación*", como lo ordena perentoriamente el inciso tercero del numeral 20° del artículo 19 constitucional, sino que los afecta a un fin especial, como lo es el subsidio eléctrico, lo que prohíbe, en

⁷⁴ En una columna de Fernanda García, investigadora de Faro UDD, publicada en Diario Financiero el 23 de septiembre de 2024, ella atribuye el origen del concepto a autores como Reichmann y Lowy, de la Escuela Ecosocialista

términos igualmente claros y perentorio, la misma disposición constitucional.

En consecuencia, volvemos a reiterar: El cargo con que el Proyecto pretende gravar a las PMG y PMGD es un tributo de afectación, lo que constituye un vicio de constitucionalidad evidente. La pretensión de justificarlo en el concepto de autocontención, lejos de legitimarlo constitucionalmente, reafirma que estamos ante un tributo de afectación prohibido por nuestra Carta Fundamental.

2. ¿Respeto el cargo la reserva de legalidad?

En el Capítulo II, concluimos, de manera inequívoca, que el cargo que busca establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto es un tributo.

Recordemos también que, en el numeral 1 de la letra A de este mismo Capítulo, consignamos que es la propia Constitución la que asegura que sólo el legislador puede establecer tributos, cargas públicas y gravámenes especiales. En el caso de los primeros, la misma Constitución reserva también a la ley fijar su proporcionalidad, progresión o forma. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de la Contraloría, así como la doctrina, han establecido, desde hace ya largo, y de modo invariable, que eso significa que sólo la ley puede establecer al sujeto obligado, el hecho gravado, la tasa, la base imponible y las situaciones de exención de cualquier tributo. Concluimos también que corresponde a la ley hacerlo con suficiente precisión y no en base a conceptos genéricos o indeterminados. Así, si bien no queda excluido que la potestad reglamentaria pueda colaborar en la determinación del tributo, nuestros tribunales exigen que esta complementación se limite a aspectos técnicos para su precisión cuantitativa. Nuestro sistema jurídico exige también que los preceptos de rango legal deben ser suficientes para que las características propias de toda obligación tributaria sean al menos determinables, sobre la base de los criterios claros y precisos fijados al efecto por el propio legislador.

Consignemos nuevamente lo establecido en el inciso cuarto que pretende establecer el cargo cuya constitucionalidad examinamos, para ver si cumple con la exigencia de legalidad:

"Durante el mismo periodo al que se refiere el inciso primero de este artículo, aquellos medios de generación que se encuentren

adsritos al régimen de precio estabilizado que establece el artículo 2° transitorio del DS 88/2019, estarán sujetos a un cargo que determinará el Coordinador con ocasión de las transferencias económicas a las que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos. El monto agregado de este cargo será equivalente a la retención que se haya imputado a la compensación por precio estabilizado, y se asignará a prorrata de sus respectivas diferencias de valorización de inyecciones dispuestas en el artículo 14 del DS 88/2019.”

Como puede apreciarse, el cargo cumple con la exigencia de quedar establecido en una ley (por ahora Proyecto). El monto agregado que debe recaudar el Coordinador debe ser el “*equivalente a la retención que se haya imputado a la compensación por precio estabilizado*”, conforme reza la disposición recién transcrita.

Una primera duda de constitucionalidad surge cuando se trata de establecer el sujeto obligado con el cargo (tributo), pues la ley remite esa definición a un reglamento, al prescribir que el cargo grava a “*aquellos medios de generación que se encuentren adsritos al régimen de precio estabilizado que establece el artículo 2° transitorio del DS 88/2019.*” No decimos que esa categoría sea indeterminada o imprecisa, pero la precisión no es el único valor que protege la legalidad del tributo. Con la fórmula escogida por el Proyecto de Ley, el Presidente de la República, sin necesidad de una ley, podría hacer variaciones en los sujetos obligados, con sólo modificar la disposición del DS 88 referido. Apreciamos que aquí se verifica un vicio de inconstitucionalidad.

Examinemos ahora la legalidad del monto y la tasa. El inciso primero del artículo tercero transitorio (es decir la misma ley), dispone que el cargo a recaudar será el “*equivalente a 1,8 pesos por kWh, el que se reajustará semestralmente*”. En el inciso segundo del mismo artículo se establece lo que es la retención que se haya imputado a la compensación por precio estabilizado, al prescribir que:

“El monto que las empresas generadoras paguen FET será considerado una retención imputable al pago que efectúe la correspondiente empresa por la diferencia entre la valorización de las inyecciones de los medios de generación de pequeña escala que se encuentren acogidos al régimen de precio estabilizado y la valorización de dichas inyecciones al costo marginal correspondiente, establecida en el artículo 14 del decreto supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía.”

Como puede apreciarse, el monto global del cargo queda establecido en la propia ley, pero el mismo no queda determinado en la misma ley, sino que se determina según la diferencia que exista entre una valorización que se haga de unas inyecciones (las acogidas al régimen de precio estabilizado, establecido también en una ley) **"y la valorización de dichas inyecciones al costo marginal correspondiente, establecida en el artículo 14 del decreto supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía."**

De ese modo, el monto agregado del cargo o tributo a que quedarían sometidas las PMG y PMGD queda establecido por una diferencia entre dos valores, uno de los cuales no lo fija la propia ley, sino un Decreto Supremo. Se hace patente, de ese modo, que la tasa del impuesto no queda determinada por la ley, como exige la Constitución, sino un Decreto Supremo, lo que se traduce en un vicio de inconstitucionalidad.

El Proyecto presenta un tercer y más claro vicio de inconstitucionalidad por infracción al principio de legalidad tributaria. Esta vez no radica en el monto agregado que el Estado espera recaudar, sino en la forma de distribución del gravamen entre todas las PMG y PMGD. Recordemos que el inciso cuarto, tantas veces citado prescribe lo siguiente respecto a la asignación o distribución de este gravamen:

"y se asignará a prorrata de sus respectivas diferencias de valorización de inyecciones dispuestas en el artículo 14 del DS 88/2019."

De ese modo, el aporte que debe realizar cada PMG y PMGD hasta enterar el monto agregado del cargo (un tributo), debe ser asignado por una autoridad pública (el Coordinador del Sistema Eléctrico) a prorrata de unas valorizaciones que no quedan fijadas en la ley sino en un Decreto Supremo (el artículo 14 del DS 88 del Ministerio de Energía de 2019). Una vez más, el vicio no radica en la imprecisión de estos cálculos, sino en el hecho que la ley los delega enteramente a un Decreto Supremo. Reformando este, el Poder Ejecutivo podría alterar sustancialmente el cargo que gravará a cada generadora.

Concluimos entonces, al margen de toda duda, que el monto del tributo que debe aportar cada una de las pequeñas generadoras queda establecido en un Decreto Supremo, lo que infringe clara y abiertamente la reserva legal que la Constitución establece y cuyo alcance ha definido nuestra jurisprudencia y doctrina, en los términos ya reseñados.

3. ¿Afecta el cargo algún derecho en su esencia? **¿Infringe el principio de proporcionalidad?**

Como vimos, en el inciso segundo del numeral 20 de su artículo 19, la Carta Fundamental dispone que *"en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos"*. También consignamos que los límites y regulaciones que el legislador puede hacer a los derechos fundamentales tienen, a su vez, un límite, pues no pueden *"afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*, conforme dispone el numeral 26° del mismo artículo 19, referido.

Analizamos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había tolerado tributos especiales indirectos a ciertos sectores o actividades, pero enunciando que ello era con el límite de *"ser manifiestamente desproporcionado o injusto si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto"*.⁷⁵

Por último, describimos que la regla del "límite a los límites", contenida en el numeral 26° del artículo 19 constitucional se había traducido, en términos operativos, en el llamado test de proporcionalidad.

¿Es el cargo, el tributo del inciso cuarto del artículo tercero transitorio del Proyecto de Ley uno manifiestamente desproporcionado o injusto? ¿Impide totalmente ese cargo o limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de la generación eléctrica a pequeña escala?⁷⁶

No estamos en condiciones de responder estas preguntas. Ellas requieren de análisis económicos ajenos a nuestra especialidad, pues exigen discernir si el impacto del cargo impedirá o no el libre ejercicio de la actividad productiva que grava.

Otro tanto ocurre si aplicamos al cargo el test de proporcionalidad. El gravamen que se proyecta persigue un fin lícito, como es aumentar una

⁷⁵ STC de 31 de julio de 1995, en causa rol 219.

⁷⁶ Cabe mencionar que, entre las indicaciones anunciadas por el Gobierno, se encuentra la exclusión del Cargo FET a las empresas calificadas tributariamente como Pymes, que sean propietarias de PMGDs y posponer el pago del Cargo FET durante los primeros 12 meses de operación de los proyectos PMGD. Conforme entendemos del documento que sirvió de base a la presentación del Ministro de Energía, 16 de octubre de 2024 sobre el Proyecto de ley en estudio, página 8.

subvención destinada a aliviar económicamente a sectores carenciados. Sin embargo, necesitaríamos conocimientos económicos de los que carecemos para saber si es un medio idóneo, esto es, si no existen medidas alternativas menos gravosas para la economía y el medio ambiente que puedan alcanzar igual fin; y, sobre todo, para sopesar el costo que la medida tendrá sobre un sector productivo y sobre el medio ambiente, en relación con los beneficios que tendrá para un grupo de hogares pobres.

En consecuencia, lo que podemos aportar en este punto es dejar establecido el estándar jurídico y suspender todo juicio conclusivo, el que exige de antecedentes y conocimientos ajenos a la disciplina jurídica.

4. ¿Cumple el cargo con el requisito constitucional de la igualdad?

Recordemos que, en materia de igualdad de tributos, el Tribunal Constitucional ha validado impuestos especiales, que se aplican sólo a ciertos sectores o actividad económica, lo que no podría ser de otra manera, pues la propia Carta Fundamental, como también hemos visto, autoriza la imposición de gravámenes especiales.

Recordemos que el límite de tales diferencias consiste en incurrir en discriminaciones arbitrarias, pues ello se encuentra prohibido en los numerales 2º, 20º y 22º, del artículo 19. Vimos asimismo que la jurisprudencia había establecido, de manera uniforme, que deben considerarse arbitrarias las diferencias que carecen de razonabilidad.

En la especie, examinar la razonabilidad de la diferencia entre generadoras que quedan y no quedan gravadas con el cargo requiere, nuevamente, de análisis económicos que nos superan.

Podemos decir que la categoría de los sujetos gravados es objetiva, se encuentra suficientemente precisada, aunque por un Decreto Supremo, lo que infringe la legalidad; pero desde esta perspectiva, no se aprecia una infracción al principio de igualdad.

Hasta donde ha llegado a nuestro conocimiento, la razón que el Ejecutivo ha dado en el debate legislativo para justificar que sólo un grupo de las generadoras (las pequeñas y medianas) queden gravadas, consiste en que ellas y sólo ellas han podido acceder a un precio estabilizado; el que, en el largo plazo, las ha beneficiado. Una vez más, este debate

acerca de la razonabilidad de la distinción que pretende el Proyecto tiene más de económico que de jurídico. Sólo me cabe anotar que esa razón parece justificar que el cargo se haga efectivo en cuanto el precio estabilizado sea superior a la valorización del costo marginal. En esos períodos, las PMG y las PMGD perderán un beneficio del que han gozado y no más. La justificación no parece alcanzar, sin embargo, a los períodos en que el precio estabilizado de la energía sea inferior a su costo marginal, pues la parte final del inciso segundo dispone que

“En caso de que, en un determinado mes, el pago del Cargo FET fuese superior al monto a pagar por compensación por precio estabilizado, el monto de retención equivalente a la diferencia resultante será imputado en el o los meses siguientes, hasta su total extinción, independiente del período de aplicación del Cargo FET.”

De ese modo, el cargo que nos ocupa no equivale tan sólo a la pérdida de un beneficio económico: el gozar de un precio estabilizado y no estar a las fluctuaciones propias del costo marginal y el aprovechar las diferencias favorables que se verifican entre ese precio estabilizado y el valor marginal al que deben estar el resto de las generadoras, lo que podría encontrar justificación en las razones dadas por las autoridades del Ministerio de Energía. Además de perder ese beneficio, el gravamen no les permite imputar las diferencias que puedan ser negativas, en razón de períodos en que el precio estabilizado sea menor que el costo marginal. En tales condiciones, las PMG y las PMGD quedarán sujetas al precio marginal de la energía, como todas las demás, pero cuando el precio estabilizado sea inferior, no podrán imputarlo a las compensaciones que deben hacer al resto de las generadoras. Así, las PMG y las PMGD competirán con las grandes generadoras en términos desventajosos. Nos parece que este gravamen no aparece, hasta la fecha, justificado en el debate que hemos podido atender.

5. Justificación acerca de por qué no abordamos la cuestión de la seguridad jurídica, ni de las regulaciones expropiatorias.

En el debate que este Proyecto ha tenido en los medios de comunicación, algunos han invocado una posible vulneración al principio de la seguridad jurídica, haciendo ver que el legislador no debe hacer varianzas en la regulación de una industria que puedan afectar gravemente legítimas expectativas que ésta ha tenido sobre la base de reglas establecidas por el mismo Estado. Ello apela a la seguridad jurídica.

El valor de la seguridad jurídica ha sido invocado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional para reforzar la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de alguna norma.⁷⁷ Sin embargo, hasta donde apreciamos, tales invocaciones no permiten, hasta la fecha, inteligir un estándar medianamente preciso que pueda servir para determinar si otra regulación (como la que nos ocupa) infringe de un modo inconstitucional ese valor. Ocurre que, en repetidas ocasiones, el mismo Tribunal ha sentenciado que los particulares no tienen un derecho de propiedad sobre las normas que los regulan; que el Estado tiene derecho a variarlas.⁷⁸ No

⁷⁷ En sentencia de 30 de agosto de 2006, causa rol 472-06, el TC consideró que: “En definitiva, y como recuerda el profesor Franck Moderne, la seguridad jurídica, como principio general del derecho público, implica en lo esencial, dos grandes aspectos: “una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas y un acceso correcto al derecho”. (Franck Moderne, “Principios generales del Derecho Público”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 225)

Así, es posible sostener que el respeto a la seguridad jurídica, que supone el cumplimiento estricto del principio de legalidad del tribunal, a través del juzgamiento realizado por el tribunal y por el juez instituidos por la ley, constituye una base fundamental para el pleno imperio del Estado de Derecho.” (c. 22).

En el mismo sentido, STC de 23 de diciembre de 2008, causa rol 1144-08, c. 53; STC de 2 de enero de 2020, causa rol 7181-19, c. 28.

⁷⁸ En sentencia de 14 de noviembre de 2006, el TC decidió que “sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero “derecho de propiedad” sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional en atención a la naturaleza del título de la requirente;” (c. 37).

En sentencia de 13 de mayo de 2009, causa rol 1361, el TC afirmó: “sobre el régimen jurídico que crea el legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales, los beneficiarios no tienen derechos adquiridos” (c. 63). En el mismo sentido STC de 24 de julio de 2012, causa rol 1986-11, c. 30; STC de 31 de julio de 2012, causa rol 2069-11, c. 30; STC de 3 de abril de 2018, causa rol 3208-16, c. 27; entre otras.

nos parece que, entre la facultad que tiene el Estado a cambiar los estatutos jurídicos y el derecho de los particulares a una cierta seguridad jurídica exista una línea que permita argumentar jurídicamente; que esta línea está aún en el campo del debate político y de política económica; esto es de preferencias valóricas acerca del modo en que debe ser tratado un inversionista privado en un área vital para el desarrollo y el cuidado del medio ambiente, como es el de la generación eléctrica. En ese debate deberá ocupar un lugar especial la circunstancia que este mismo Gobierno ampliado el plazo para que pequeñas generadoras se incorporarán al régimen de precio estabilizado, como consignamos en el numeral 4 del capítulo I. Con ello emitió una clara señal de aliento a este tipo de inversiones que el proyecto ahora frustra.

Otro tanto creemos ocurre con la cuestión de las regulaciones expropiatorias. Si bien algunos fallos del Tribunal Constitucional han referido a esta figura, nos parece que nuestro derecho (a diferencia, por ejemplo, del constitucionalismo de los Estados Unidos de Norte América) aún no ha establecido un estándar objetivo utilizable para trazar una línea divisoria entre la legítima capacidad regulatoria del Estado y la privación de alguno de los atributos esenciales del dominio. En esta materia también, y una vez más, el debate resulta ser más económico que jurídico, pues debe determinarse si el gravamen hace imposible explotar pequeñas generadoras eléctricas o solo las hará menos lucrativas.

IV. CONCLUSIONES.

El presente informe, hecho a petición de la Asociación de Generadoras Pequeñas y Medianas, ha tenido por objeto examinar si presenta vicios de inconstitucionalidad el cargo que propone establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del proyecto de ley cuyo objeto es "Ampliar la Cobertura del Subsidio Eléctrico a qué se Refiere el Artículo Sexto Transitorio de la Ley 21.667 e Introduce Otras Medidas de Perfeccionamiento a la Ley 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustible", proyecto iniciado por Mensaje que se encuentra en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados y Diputadas, con aprobación general en la Comisión de Energía y plazo pendiente para la presentación de indicaciones.

Transcribimos una vez más lo dispuesto en ese artículo tercero transitorio, destacando lo preceptuado en su inciso cuarto, cuyo examen de constitucionalidad ha sido el objeto de este estudio:

"Artículo tercero transitorio.- Durante los años 2025, 2026 y 2027, para efectos del balance económico de energía que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos, se establece un cargo, denominado "Cargo FET", equivalente a 1,8 pesos por kWh, el que se reajustará semestralmente conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor con ocasión de la dictación del decreto a que se refiere el artículo 158 de la Ley General de Servicios Eléctricos, a todos los retiros que realicen las empresas generadoras desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 megawatts a efectos de comercializarla con distribuidoras o clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios. Para estos efectos, no se considerarán los retiros realizados de acuerdo a lo establecido en el artículo primero transitorio de la presente ley.

El Cargo FET tendrá por objeto financiar el subsidio eléctrico que regula el artículo sexto transitorio de la ley N° 21.667, el que será recaudado mensualmente por el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, en adelante "Coordinador", y traspasado para estos efectos al Fondo de Estabilización de Tarifas a que se refiere el artículo 212-14 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

El monto que las empresas generadoras paguen FET será considerado una retención imputable al pago que efectúe la correspondiente empresa por la diferencia entre la valorización de las

inyecciones de los medios de generación de pequeña escala que se encuentren acogidos al régimen de precio estabilizado y la valorización de dichas inyecciones al costo marginal correspondiente, establecida en el artículo 14 del decreto supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía, en adelante "compensación por precio estabilizado". En caso de que, en un determinado mes, el pago del Cargo FET fuese superior al monto a pagar por compensación por precio estabilizado, el monto de retención equivalente a la diferencia resultante será imputado en el o los meses siguientes, hasta su total extinción, independiente del período de aplicación del Cargo FET.

Durante el mismo periodo al que se refiere el inciso primero de este artículo, aquellos medios de generación que se encuentren adscritos al régimen de precio estabilizado que establece el artículo 2° transitorio del DS 88/2019, estarán sujetos a un cargo que determinará el Coordinador con ocasión de las transferencias económicas a las que se refiere el artículo 72°-3 de la Ley General de Servicios Eléctricos. El monto agregado de este cargo será equivalente a la retención que se haya imputado a la compensación por precio estabilizado, y se asignará a prorrata de sus respectivas diferencias de valorización de inyecciones dispuestas en el artículo 14 del DS 88/2019.

Mediante resolución exenta de la Comisión Nacional de Energía se establecerá el procedimiento para la fijación, recaudación y pago del Cargo FET, así como las reglas para la implementación del mecanismo a que se refiere el presente artículo.

El capítulo I expuso, de manera detallada, la forma en que entendimos la disposición recién transcrita, y particularmente su inciso cuarto. Concluimos que el cargo establecido en dicho inciso es el equivalente a un pago que deben hacer las generadoras de pequeña escala (PMG y PMGD), con el objeto que el Estado pueda aumentar un subsidio al consumo eléctrico de los hogares vulnerables. Este pago no se hace directamente por las pequeñas generadoras al Estado, sino que lo retira o extrae una autoridad pública (el Coordinador del Sistema Eléctrico), con ocasión de unas compensaciones que se deben entre las generadoras excedentarias y las deficitarias. Cada vez que las PMG y PMGD sean excedentarias y sean acreedoras de deficitarias, el Coordinador extraerá una suma de esos pagos, el que tendrá como destino final el referido subsidio.

Destacamos también que, si bien las PMG y PMGD gozan de un beneficio, como es el precio estabilizado para la energía que inyectan, ello no podía estimarse como un subsidio, pues la autoridad que fija ese precio estabilizado debe calcular los valores de mercado a futuro de la energía. De ese modo, el cargo que propone el inciso cuarto del artículo tercero transitorio es extraído de compensaciones económicas que deben hacerse entre privados que comparten un mismo mercado. En otras palabras, con ocasión de un dinero que circula entre privados; con ocasión de unas compensaciones que se deben unos a otros, según la energía que cada generadora haya producido y consumido, el proyecto en cuestión dispone que una autoridad pública extraiga parte de esos dineros que circulan y los destine a aumentar un subsidio llamado a aliviar las cuentas eléctricas de hogares vulnerables.

En el Capítulo II concluimos que la exacción o cargo establecido en el inciso cuarto del artículo tercero del proyecto era, en primer lugar, una carga pública, pues es un gravamen patrimonial, establecido por ley, que afecta a un grupo determinado de personas y pretende satisfacer un fin lícito. Al mismo tiempo, y no obstante la anterior clasificación, esa exacción o cargo también debe ser considerada un tributo, pues es una carga patrimonial obligatoria o forzosa, establecida por ley y que tiene por objeto satisfacer una necesidad pública. Explicamos también que el hecho de no estar destinada a las cuentas generales de la Nación no era un obstáculo para considerarlo un tributo, por diversas razones que expusimos, la principal de las cuales consistía en que la tesis contraria; esto es que los tributos con afectación especial dejaban de ser tales, implicaba que perdería todo sentido la prohibición constitucional establecida en el inciso tercero del numeral 20 del artículo 19. Concluimos también que el mismo cargo o exacción en análisis era un gravamen especial, pues se trataba de una medida gravosa, establecida por ley, que sólo afectaba a una actividad o sector.

Expusimos razones de texto constitucional para concluir, al margen de toda duda, que estas tres clasificaciones, la de ser una carga pública, un tributo y un gravamen especial, podían coexistir en una misma figura.

En el Capítulo III, examinamos si el cargo o exacción, contenido en el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del proyecto de ley, adolecía o no de vicios de inconstitucionalidad, analizando algunas de las exigencias que la Constitución establecía para las cargas públicas, los

tributos y los gravámenes. Sus conclusiones pueden resumirse en los siguientes cuatro puntos:

1. Existe una clara infracción a la regla constitucional que prohíbe afectar los tributos a un destino determinado.

Analizamos, desde luego, la exigencia constitucional de no afectación de los tributos, establecido como una prohibición perentoria en el inciso tercero del numeral 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental, la que exige que los tributos que se recauden, cualquiera sea su naturaleza, deben ingresar al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. El inciso cuarto de la misma disposición constitucional permite sólo dos excepciones, autorizando afectar los tributos a fines propios de la defensa nacional y, aquellos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local, que puedan ser aplicados para el financiamiento de obras de desarrollo en el mismo territorio.

Establecido que el cargo del proyecto de ley que nos ha ocupado es un tributo, debe necesariamente concluirse, al margen de cualquier duda razonable, que el precepto es inconstitucional, pues el proyecto afecta la recaudación que se obtenga con el cargo a un destino determinado, cuál es el de aumentar la cobertura de un subsidio al pago de los consumos eléctricos domiciliarios de los sectores más pobres, recaudación que, por consiguiente, no ingresa al patrimonio de la Nación. Demostramos que el tributo establecido en el proyecto no se encuentra en ninguno de los casos de excepción que establece el inciso cuarto del numeral 20 del artículo 19 constitucional.

Consignamos que el discurso ministerial que pretende justificar la medida acudiendo al concepto de autocontención no lo legitima constitucionalmente y reafirma que estamos frente a un tributo de afectación prohibido por la Constitución.

2. El Proyecto es inconstitucional en cuanto establece un tributo, una carga pública y un gravamen que no respeta la reserva legal que rige para cualquiera de estas categorías, pero especialmente para los tributos.

Destinamos un apartado también a examinar la exigencia de reserva legal de los tributos, cargas y gravámenes especiales y su alcance, conforme al texto de la Carta Fundamental y la jurisprudencia que la ha desarrollado. Concluimos que el texto expreso de la Constitución asegura que sólo el legislador puede establecer tributos, cargas públicas y gravámenes especiales. En el caso de los primeros, la misma Constitución reserva también a la ley fijar su proporcionalidad, progresión o forma. El Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Contraloría, en jurisprudencia sostenida e invariable, así como la doctrina, han establecido, de modo coincidente, que, en el caso de los tributos eso significa que sólo la ley puede establecer al sujeto obligado, el hecho gravado, la tasa imponible y las situaciones de exención, y que la ley debe establecerlos con suficiente precisión y no en base a conceptos genéricos o indeterminados.

Aplicando estas normas y los estándares jurisprudenciales al cargo que busca establecer el inciso cuarto del artículo tercero transitorio del proyecto concluimos, de manera indubitada, que, si bien ella cumple con la exigencia de establecer el cargo en una ley, ella infringe el principio de reserva legal en, a lo menos los siguientes tres aspectos:

- a) La determinación del sujeto gravado.** En un acto de muy dudosa constitucionalidad el precepto en examen remite la determinación del sujeto obligado a un Reglamento, pues es éste el que define los medios de generación que se encuentran adscritos al régimen de precio estabilizado. De ese modo, en lo sucesivo, mediante un Reglamento, el Presidente de la República pueda variar a los sujetos obligados.
- b) En la determinación del monto global a recaudar.** El proyecto dispone que el cargo FET será considerado una retención imputable al pago que efectúe la correspondiente empresa por la diferencia entre la valorización de las inyecciones de los medios de generación de pequeña escala y la valorización de dichas inyecciones al costo marginal correspondiente. La determinación de esas cuantías se encuentra establecida en normas infra legales, de modo tal que el monto global del cargo no queda determinado en la misma ley, infringiendo así el principio de reserva legal.

c) En la determinación del monto que debe pagar cada pequeña generadora. Por último, el proyecto presenta un tercer y evidente vicio de inconstitucionalidad por infracción al principio de legalidad tributaria, que radica en la forma de distribución del gravamen entre todas las PMG y PMGD, pues este debe asignarse por el Coordinador, a prorrata de sus respectivas diferencias de valorización de inyecciones dispuestas en un artículo de un Decreto Supremo. De ese modo, el aporte de cada empresa generadora deberá ser determinado por una autoridad pública, a prorrata de unas valorizaciones que no quedan fijadas en la ley sino en un Decreto Supremo, lo que claramente infringe el principio de legalidad, desde que el monto del tributo no queda establecido en la misma ley.

3. La determinación de si existe o no una infracción al principio de igualdad de los tributos exige de antecedentes y conocimientos económicos que exceden la capacidad de este informante.

Analizamos también el principio de igualdad de los tributos, cargas públicas y gravámenes especiales, concluyendo que la Constitución permite al legislador hacer diferencias entre sectores, pero le exige que, para hacerlas, cuente con una justificación que sea razonable, que sus parámetros estén en la propia ley y no delegados a una autoridad inferior y que la magnitud del gravamen especial no sea manifiestamente desproporcionado o injusto.

Aplicando estas reglas y parámetros a la norma cuya constitucionalidad venimos examinando, establecimos que no nos era posible llegar a conclusiones indubitables. Si bien la categoría de los sujetos que quedan gravados es de carácter objetivo y pudiera existir una justificación para distinguir tributariamente a las grandes generadoras de las pequeñas, el debate acerca de la razonabilidad de esa distinción tiene más de económico que de jurídico.

4. La cuestión de si estamos ante un tributo confiscatorio, desproporcionado o que impide el libre ejercicio de una actividad económica lícita exige cuantificar el impacto que él tendrá sobre la actividad, lo que también excede el análisis jurídico.

Examinamos también el principio de no confiscatoriedad de los tributos, contenido en el inciso segundo del numeral 20 del artículo 19 de la Constitución, el que asegura a todas las personas que *"en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos"*. Consignamos que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional esa norma tiene un carácter conceptual, circunscribiéndose a evitar que el legislador establezca desproporciones injustificables, que traspasen los límites de lo razonable y prudente; que el legislador apruebe tributos que tengan un carácter confiscatorio o expropiatorio, o que afecten en su esencia o impidan el libre ejercicio de una actividad económica. Muy vinculado al anterior, revisamos un límite general que la Constitución determina a cualquier ley que regule o limite el ejercicio de un derecho fundamental, cuál es la establecida en el numeral 26 de su artículo 19, en cuanto garantiza a todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten el ejercicio de un derecho fundamental no pueden afectarlos en su esencia, ni imponer condiciones tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Vimos que la exigencia de no afectar los derechos en su esencia había sido traducida por la jurisprudencia como el principio de proporcionalidad. Este se desglosa en tres subcomponentes, cuales son la exigencia de legitimidad del fin perseguido por la norma que restringe el ejercicio del derecho fundamental y la idoneidad para alcanzar dicho fin; la no existencia de otro mecanismo igualmente idóneo para alcanzar el fin que justifica la norma restrictiva del derecho fundamental, pero que sea menos gravosa para el ejercicio de éste, y, por último, el sopesar los beneficios que conlleva la aplicación de la norma legal con el menoscabo que sufre el ejercicio del derecho fundamental.

Aplicados los principios de no confiscatoria y de proporcionalidad al tributo, carga pública y gravamen especial que nos ha ocupado, hemos determinado que no nos es posible concluir de manera clara si existe o no aquí una infracción a estos principios. En primer lugar, por el carácter elástico o graduable que ellos presentan; pero, sobre todo, porque, para determinar si la norma representa o no representa un gravamen desproporcionado o de tal magnitud que impide el libre ejercicio de la actividad económica que consiste en generar energía a través de

pequeñas centrales, se requiere de un análisis económico que excede la especialidad de quien suscribe este informe.

En suma, hemos concluido que la norma que nos ha ocupado presenta dos claras infracciones a la Constitución, en cuanto estatuye un gravamen con un destino determinado, lo que está prohibido por la Carta Fundamental y en cuanto infringe la reserva legal que rige para los tributos y para cualquier límite al ejercicio de un derecho fundamental. Nos parece también que hay otras cuestiones de constitucionalidad que merecen examen, cuales son la posible infracción al principio de igualdad de los tributos, si éste impide el libre ejercicio de una actividad económica lícita y su proporcionalidad. Hemos aportado elementos jurídicos para estos exámenes, pero, para concluir si existen o no estos vicios de inconstitucionalidad, se requiere de unos análisis económicos que no estamos en condiciones de hacer.

Jorge Correa Sutil

Santiago, 13 de noviembre de 2024