

DERECHOS Y TARIFAS QUE COBRA LA ADMINISTRACIÓN POR SUS ACTUACIONES Y PRINCIPIO DE GRATUIDAD¹

Mauricio Viñuela Hojas²

RESUMEN: Un fenómeno creciente en la realidad administrativa chilena consiste en la imposición de tarifas que pretenden que los particulares retribuyan los costos de aquellas actividades de la administración que los han beneficiado directamente.

Tal realidad supondría, en principio, una contradicción al principio de gratuidad de la actividad administrativa, desde antiguo sustentado por la jurisprudencia de Contraloría General de la República, actualmente ratificado por el artículo 6° de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, y exige la necesidad de un esfuerzo por acercar los saberes de la ciencia económica en materia de finanzas y costos, con las categorías jurídicas del orden público económico y del ejercicio de la potestad impositiva del Estado.

De dicho acercamiento, así como de un necesario refinamiento de conceptos jurídicos fundamentales, debe surgir la necesaria línea divisoria entre la efectiva determinación de tarifas que, previa autorización legal, puedan ser aplicadas a los ciudadanos, para diferenciarlas de un ejercicio encubierto e inconstitucional, por vía meramente reglamentaria, de la potestad impositiva del Estado, lo que constituye un peligroso mecanismo de vulneración de la legalidad tributaria y de los principios constitucionales del orden público económico.

I. ALGUNAS IDEAS PREVIAS.

Si bien en contextos bastante diversos, según se expondrá en este trabajo, un mismo hilo conductor relaciona entre sí a los siguientes hechos y pronunciamientos judiciales:

Por sentencia del 14 de octubre de 1996, el Excmo. Tribunal Constitucional chileno acogió el requerimiento de inconstitucionalidad deducido por un grupo de senadores en contra del artículo 6° del proyecto de ley de modernización del Servicio Nacional de Aduanas, que incorporaba una tarifa por las certificaciones y legalizaciones que debe practicar este ser-

vicio en cumplimiento de las funciones que la ley le encomienda, tarifa que se aplicaría al procesamiento de cada declaración de importación, declaración de pago simultáneo, declaración de exportación u otros documentos que la reemplacen, así como también por cada pasajero de vuelo nacional e internacional sujeto a control aduanero.

Al acoger tal requerimiento, la mayoría del tribunal declaró que la sola circunstancia de que el proyecto de ley haya designado tal cobro con el nombre de tarifa, no se compadece con el hecho de que se trata de un cobro por una actividad de la cual el pagador no tiene

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago de Chile, 2005.

2 Doctor en Derecho (Universidad de Navarra, España), profesor de Derecho Administrativo y del Medio Ambiente, Universidad de los Andes.

una real alternativa de sustraerse, a menos que opte por no llevar a cabo la actividad que genera el cobro, opción que supondría por su parte una privación del ejercicio de derechos explícitamente asegurados por la Constitución Política³, lo que hace inadmisibles la calificación de tarifa al cobro que se impone, supuesto que no existe una prestación solicitada voluntariamente por el obligado al pago, resultando entonces que dicha tarifa realmente encubre un auténtico tributo⁴.

Pocos años antes, la Excm. Corte Suprema ya había declarado la inaplicabilidad, por inconstitucionalidad, del artículo 43 del decreto ley N° 3.063, Ley de Rentas Municipales⁵, estableciendo que dicho precepto desconocía doblemente el principio de legalidad en materia tributaria⁶, puesto que no sólo omite la proporcionalidad de rigor en materia de establecimiento de impuestos, sino que en el mismo se hace una suerte de delegación de facultades, de aquellas que la Constitución prohíbe, al entregar a la autoridad administrativa la determinación discrecional de la proporción del tributo, aspecto sustancial del mismo que sólo corresponde determinar al propio legislador.

En el tiempo más cercano, cabe referir que mediante sendos decretos exentos números 108 y 109, del Ministerio de Agricultura, de 22 de febrero de 2005⁷, se fijaron las tarifas que deben abonar al Servicio Agrícola y Ganadero aquellos productores pecuarios y forestales que deseen comercializar sus productos al

exterior, como contraprestación por la realización de los procedimientos de certificación para la exportación que dicha autoridad administrativa conduce.

Más recientemente⁸, el Presidente de la República anunció que su Gobierno dispondría, antes de fin de año, un alza en las tasas de embarque para vuelos internacionales⁹, con el fin de destinar la mitad de ese incremento a aportar nuevos recursos para el desarrollo del turismo en Chile y, la mitad restante, para cumplir los compromisos adquiridos por su gobierno ante las Naciones Unidas para contribuir al Fondo para la Lucha contra la Pobreza en América Latina.

El denominador común que tienen los antecedentes referidos radica en una misma cuestión jurídica elemental, cual es, determinar el deslinde entre el ejercicio de una mera potestad administrativa consistente en fijar contraprestaciones pecuniarias por aquellos servicios realizados por algún ente público en el beneficio específico de un particular, que técnicamente representa el contenido de una tarifa, de aquel ejercicio impropio, por parte de la misma autoridad administrativa, de aquella potestad impositiva constitucionalmente reservada al poder legislativo, natural representante de los gobernados, como una de las más antiguas garantías del Estado de derecho.

La distinción entre una y otra cuestión es mucho más que una pura discusión semántica, supuesto el régimen constitucional de límites y garantías previsto para el ejercicio de la

3 STC Rol N° 247, 14.10.1996, considerando 11°.

4 STC Rol N° 247, considerandos 12°, 13°, 14° y 15°.

5 Excm. Corte Suprema, 28.01.1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t.89, año 1992, parte 2ª sec. 5ª, pp. 4 - 15.

6 Cfr. ídem, considerando 11°.

7 Publicados en el Diario Oficial del 28 de febrero de 2005.

8 Cfr. *El Mercurio*, 30 de agosto de 2005.

9 El anuncio hace referencia a un incremento por valor de US\$ 4 (dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), que se repartiría por mitades entre el Servicio Nacional de Turismo (Sernatur) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Pobreza en América Latina.

potestad impositiva del Estado, construido sobre la base del principio de reserva de ley¹⁰, de justicia tributaria y de proscripción de los tributos de afectación¹¹, cuyo respeto sólo resulta posible si se generan los controles adecuados para impedir que por la vía de un ejercicio aparente de la potestad administrativa de fijar tarifas se dispongan auténticos tributos, incluso muchas veces auténticos tributos de afectación, evitándose la autoridad gubernamental las restricciones procesales que la Constitución ha previsto al efecto.

II. DE LAS TARIFAS APLICADAS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Cuando se habla de tarifas en general, sin especificar a qué prestación o actuación corresponden, casi naturalmente la imaginación se dirige a aquellos precios fijados por la autoridad con cuyo pago los usuarios retribuyen a los prestadores de los servicios públicos recibidos de ellos, a veces el mismo Estado, y otras, alguna empresa concesionaria que actúa a nombre de aquél.

Bajo esta perspectiva el profesor Ariño ha dicho:

“La tarifa de un servicio público es el precio o contraprestación que los diferentes usuarios pagan por el servicio que reciben. No es una tasa, ni un impuesto, sino un precio, aunque éste sea un precio público, administrativamente fijado. Quiere salirse al paso con ello de una vieja tesis, que concebía los servicios públicos como prestaciones a la comuni-

dad que el Estado garantiza a los ciudadanos y que éstos abonan mediante tasas fijadas en función de la capacidad del usuario y al margen de cual sea su coste”¹².

La doctrina administrativa se ha ocupado desde antiguo del tratamiento de estas materias, tanto desde la perspectiva de los derechos de los usuarios¹³ y de la pervivencia de los derechos al acceso general y universal a los servicios que sólo una tarifa justa y adecuada hace posible, como también desde la perspectiva de la empresa contratista, de cara a establecer las condiciones económicas que le aseguren el equilibrio financiero del contrato, introduciendo las necesarias adecuaciones tarifarias que dicho equilibrio exija durante la ejecución del contrato.

Dicha realidad contrasta, en cambio, con la menor preocupación que la misma doctrina y también la jurisprudencia, al menos la chilena, han asignado al análisis de un fenómeno creciente en la actual realidad de la administración del Estado, que se traduce en la imposición de pagos de derechos especiales que, probablemente, sin mayor propiedad, también son denominados “tarifas”, y mediante los cuales se procura que aquellos ciudadanos que han sido directamente beneficiados por el ejercicio de una potestad exclusiva y monopólica de la administración, retribuyan a ella los costos asociados a dicha actuación.

Tal realidad supone, en principio, una directa contradicción al principio general de gratuidad de la actividad administrativa, desde antiguo sustentado por la jurisprudencia de Contraloría General de la República, hoy en día, positivamente ratificado en el artículo 6°

10 Cfr. artículos 63 N° 14 y 65 inc. 4° N° 1, de la Constitución Política de Chile, según la nueva numeración contenida en el texto refundido fijado por el Decreto N° 100/2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, D.O. 22.09.2005.

11 Cfr. artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de Chile.

12 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Economía y Estado”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 410.

13 Sobre el particular vid. PÉREZ SÁNCHEZ, Luis, “Servicio Público. Técnica de protección al usuario”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

de la ley N° 19.880, de bases de los procedimientos administrativos.

En efecto, tratándose de aquellos organismos integrantes de la Administración del Estado y, por tanto, sujetos a las disposiciones de la ley N° 19.880, les será aplicable el principio de gratuidad de la función pública, que establecen los artículos 4° y 6° de la ley N° 19.880 y una abundante jurisprudencia del ente contralor¹⁴.

Conforme a dicho principio “en el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario”. Como corolario de lo anterior se desprende que las funciones que la ley encomienda a los servicios públicos deben ser financiadas con recursos de su presupuesto, para lo cual la Constitución y la ley han configurado un completo sistema al efecto¹⁵.

Un ejemplo de la aludida excepción legal al principio de gratuidad, lo constituye la Ley 18.196, que dispuso en su artículo 7° que “sin perjuicio de las tarifas cuyo cobro autoriza el capítulo IX de la ley N° 16.640 y el decreto N° 44 de 1968, del Ministerio de Agri-

cultura, el Servicio Agrícola y Ganadero podrá cobrar por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización que practique a solicitud de terceros en cumplimiento de las funciones o atribuciones que la ley le encomienda o confiere, las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que deberá llevar además la firma del Ministro de Agricultura¹⁶.

Por otra parte, la realidad constatada de la imposición de estos cobros a los administrados, supone también la necesidad de un arduo esfuerzo por avanzar en el acercamiento de los saberes específicos de la ciencia económica en materia de finanzas y costos, con las categorías jurídicas, incluso políticas, del orden público económico y del ejercicio de la potestad impositiva del Estado.

De dicho acercamiento, así como de un necesario refinamiento de conceptos jurídicos fundamentales, surgirá la necesaria línea divisoria entre la efectiva determinación de derechos y tarifas que, previa autorización legal, puedan ser aplicados a los ciudadanos por aquellas actividades administrativas realizadas en su beneficio directo, para diferenciarlos de un ejercicio encubierto e inconstitucional, por vía

14 Entre otros, en los dictámenes 14.302 de 1992; 23.612 de 1999; y 32.271 de 2004.

15 A nivel constitucional (según texto refundido contenido en Decreto N° 100/2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, ya citado), en los artículos 19 N° 22, 32 N° 20, 65 y 93; a nivel legal, en la Ley de Presupuestos del Sector Público anual que corresponda.

16 Complementa esta disposición relativa al Servicio Agrícola y Ganadero, el artículo 3° letra o) de la ley N° 18.755, que lo faculta para cobrar tarifas y derechos, en tanto que el artículo 7° letra ñ) del mismo texto encarga a su Director Nacional la atribución de “proponer las tarifas o derechos que deban cobrarse por las prestaciones y controles que efectúe el servicio”, todo ello por medio de decreto supremo del Ministerio de Agricultura, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

Dicho artículo 7° letra ñ) contiene la pauta básica en materia de fijación de tarifas y derechos por parte del Servicio Agrícola y Ganadero, al disponer que éstos “deberán ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado”, con la agravante, que en no pocas de sus actividades el SAG realiza un servicio monopólico, atendida la reserva para el Estado de ciertas funciones que dicho servicio realiza, como son la función de certificación de aptitud para el consumo humano de estos productos alimenticios, ya sea, por el art. 3 letra m) de la ley N° 18.755, tratándose de productos destinados a la exportación, o por el art. 110 inciso 2° del Código Sanitario, tratándose de productos destinados al mercado nacional.

Por su parte, el D.F.L. N° 294 de 1960 (Agricultura), sobre las funciones y estructura del Ministerio de Agricultura, señala en su artículo 6° “Facúltase a los servicios dependientes del Ministerio de Agricultura para cobrar las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo, por las inspecciones, desinfecciones, análisis, certificaciones y demás trabajos, informes y estudios que sus Departamentos Técnicos hagan a pedido de otros Servicios Públicos o de particulares. Dicho decreto supremo llevará también la firma del Ministro de Hacienda”.

meramente reglamentaria, de la potestad impositiva, suponiendo dicha posibilidad un peligroso, e ingenioso a la vez, mecanismo de vulneración de la legalidad tributaria y de los principios constitucionales del orden público económico.

En efecto, si bien en cuanto a su naturaleza jurídica, parece claro que una tarifa siempre es, y debe ser, un precio, esto es, la contraprestación por un servicio recibido de la Administración¹⁷, como bien se expresa en el artículo 7° de la ley N° 18.196, ya citado, donde se aprueba que por vía de decreto se fijen tarifas por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización que practique el SAG a solicitud de terceros en cumplimiento de las funciones o atribuciones que la ley le encomienda o confiere, es posible que por una maña técnica en la identificación y la determinación de los costos asociados al servicio, una tarifa deje de ser el precio de un servicio y se convierta en una exacción o tributo ilegal.

Supuesta la naturaleza de precio que posee la tarifa, es importante precisar qué puede comprender dicho precio, considerando que en su determinación deben considerarse a lo menos los siguientes dos límites que encuadran la legitimidad y licitud de la tarifa:

1) de un lado, la pervivencia del principio de gratuidad de la función pública, que impide que la administración pretenda lucrar con el ejercicio de sus funciones (con la sola excepción de su actividad empresarial, con las autorizaciones especiales que prevé nuestra Constitución¹⁸);

2) de otro lado, que la tarifa que se aplique sólo puede procurar obtener una compensación de los costos marginales que le origina a la administración la prestación del servicio sujeto a dicho pago, atendido el hecho fundamental de que el funcionamiento ordinario de la Administración y los gastos que ello requiere deben ser cubiertos por la ley general de presupuestos de la Nación y con cargo a la recaudación tributaria aprobada por el legislador.

Es preciso, entonces, abordar los factores de la ecuación jurídico-económica que configura una tarifa por la prestación de un servicio por parte de la Administración, para efectos de asegurar que aquellas tarifas que fije la administración como contraprestaciones a los servicios que ella realiza a favor de personas determinadas, cumplan efectivamente con la finalidad retributiva que las legitima, y no se conviertan, previa justificación casuística de la autoridad que las disponga, bajo el alero de toda clase de fines, en un mecanismo que autorice exacciones y cobros ilegales, en contradicción con la regla elemental de todo Estado de derecho, que mantiene bajo reserva de aprobación de los representantes políticos el ejercicio de la potestad tributaria del Estado.

En dicha ecuación jurídico-económica, como nuevamente hace ver Ariño¹⁹, radica el corazón o la clave de todo proceso de fijación de tarifas, que se refleja en la exigencia de que la tarifa debe reflejar el costo real del servicio, para cuya determinación es fundamental que el legislador defina cuáles son los elementos que integran tal costo y cómo debe ser éste calculado. Añade:

17 Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar (n. 10), p. 410.

18 Recordar que el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política impone como doble restricción para que el Estado y sus organismos desarrollen o participen en actividades empresariales, la necesidad de autorización por ley de quórum calificado, y la sujeción de tales actividades a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivo justificado, establezca una ley también de quórum calificado.

19 Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar (n. 10), p. 413.

“Aquí es donde radica esencialmente el problema legal. Si queremos avanzar y ofrecer seguridad jurídica a las empresas y a los ciudadanos, resulta completamente necesario determinar con exactitud en el texto de una ley –que se impone y vincula al Gobierno– los criterios, principios y bases en que debe asentarse el cálculo de una tarifa; en segundo lugar, resulta igualmente necesario establecer a nivel reglamentario las normas detalladas y los criterios técnicos en base a los cuales se fije los coeficientes, índices, valores o fórmulas que permitan determinar, si es posible, matemáticamente los aumentos de tarifas”²⁰.

Al aludir a la seguridad jurídica, tal vez Ariño pone el acento en el tema central de toda la cuestión tarifaria, seguridad que se construye bajo el imperio de la ley que debe determinar qué elementos configuran los costos y el cálculo de los mismos que se expresarán en la tarifa. Desde este punto de vista, cabe indicar que si la fijación tarifaria puede ser hecha directamente por el administrador, aligerando con ello la exigencia constitucional de ley prevista para los impuestos, ello no debe traducirse en que el establecimiento de tarifas puede ser hecho de cualquier modo y sin ciertos elementales resguardos que, por razón de seguridad jurídica y de limitación a la arbitrariedad de la Administración, corresponde disponer al legislador.

III. DESLINDE ENTRE TARIFA Y TRIBUTO: LA CUESTIÓN SUSTANTIVA Y EL CORRELATO PROCESAL

A) EL TEMA SUSTANTIVO

La cuestión fundamental que distingue a una tarifa de un tributo, como ha quedado plasmado en la STC 247 de 1996, no depende

de la nomenclatura con que la autoridad pública lo designe.

En efecto, según advierte con total lucidez nuestro Tribunal Constitucional, lo propio y definitorio de una tarifa, a riesgo de convertirla en un impuesto, junto con el hecho de existir una prestación pública que sirva de causa al pago, es que la obtención de dicha prestación debe ser voluntaria para su beneficiario, en términos tales de que no quepa entender que el pago que pretende obtener la administración sea establecido como una condición ineludible para que el particular ejerza alguno de los derechos que la Constitución le asegura, circunstancia que, en caso de faltar, bastaría por sí sola para concluir que no se está en presencia de una tarifa sino de un auténtico tributo encubierto bajo el disfraz de tarifa.

Ante esta situación, la cuestión sustantiva acerca de qué es y, en consecuencia, qué debe comprender una tarifa, resulta prioritaria a la hora de calificar la legitimidad del acto que la establece, prioridad que se enfrenta con el evidente interés que tendrá la administración, por la ventaja procesal que de ello se desprende, de poder encubrir impuestos bajo la apariencia de tarifas, a sabiendas que ello la libera de la necesidad de obtener la aprobación parlamentaria para dictar la ley tributaria que corresponda.

Como hemos dicho anteriormente, la tarifa es esencialmente un precio por la prestación de un servicio público que, si bien es administrativamente fijado, no por ello deja de ser un precio y, como tal, debe reflejar el costo del servicio o actividad que el mismo remunera.

En cuanto a los tributos, si partimos de los conceptos usuales que nos aporta la doctrina, encontramos que se los define como:

“Las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines.”²¹

20 Ídem.

21 VILLEGAS, HÉCTOR, “Curso de finanzas, derecho financiero y tributario”, 5ª ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 67. Esta definición se inscribe en la que propone el Código Modelo Tributario para América Latina, en su artículo 13, según expone ZAVALA ORTIZ, José Luis, “Manual de Derecho Tributario”, Edit. Jurídica ConoSur, Santiago, 1998, p. 9.

Desde este punto de vista doctrinal, es claro que la diferencia básica del tributo con la tarifa radica en el carácter forzoso del primero frente a la libertad y voluntariedad de la segunda, pero eso no lo responde todo.

Es preciso encontrar otras respuestas que impidan que la habilitación legal a la administración del Estado para fijar y cobrar tarifas, se convierta, a falta de recursos públicos suficientes asignados en la ley de presupuesto, en el camino fácil para procurarse dicho financiamiento de espaldas a la intervención del órgano legislador.

Además de que el cobro de tarifas es en sí mismo una excepción a la regla general de la gratuidad de la actividad administrativa, según ya ha quedado dicho, lo que impide usar tal mecanismo como una fuente ordinaria para financiar la actividad de la Administración, resulta que, supuesta la habilitación legal para el cobro de las mismas, es preciso poner un delimitador claro entre la parte del servicio que presta la Administración y que puede sujetarse al abono de una tarifa, de aquella otra parte de su misión que, resultando intrínsecamente unida a la razón de la creación del servicio público por la ley, debe ser financiada, igual que todos los organismos del Estado, con cargo a la ley de presupuestos del sector público.

Superada la distinción sustantiva entre lo que constituye una tarifa de un tributo, conforme lo antes señalado, es preciso referir que existe otra cuestión también sustantiva que constituye un peligro de traspasar la barrera de lo que puede imponerse por una tarifa y lo que podría, en cambio, ser constitutivo de un tributo, cuestión que conduce a la necesidad de delimitar cuáles son los costos que componen una tarifa, separándolos de aquellos otros que constituyen gastos generales y permanentes de la administración a los que, como tales, debe

proveer la ley general de presupuestos de la Nación, por la vía de la recaudación tributaria.

En cuanto a qué debe comprender una tarifa o arancel por concepto de la prestación de un servicio público, la Contraloría General de la República ha dictaminado que ella busca reintegrar el costo real que significa la realización de diversas gestiones que corresponden a la Administración (Dictamen 23.612 de 1999). También ha dicho que entre la actividad de fiscalización y el cobro de tarifas por tales conceptos, debe existir una íntima conexión, de modo que el monto que de ellas se fije sólo puede reflejar el costo efectivo que esa actividad implique (Dictamen 3.824 de 1990). Últimamente, la Contraloría ha hecho alusión a que las tarifas tienen que corresponder a los cobros necesarios para cubrir los costos en que incurra el organismo público para cumplir sus tareas, y bajo ese aspecto constituyen una excepción al principio de gratuidad (Dictamen 24.913 de 2005).

En estos pronunciamientos el ente contralor ha hecho mención de tres conceptos que ciertamente apuntan al contenido sustantivo de la tarifa, en cuanto alude a los costos reales, efectivos y necesarios de la actividad administrativa que los ocasiona.

Se trata, tal vez, de conceptos todavía no muy precisos en cuanto a su contenido que, como se verá, admiten aun algunos complementos de la ciencia económica.

Específicamente, como ha quedado dicho en el apartado precedente, aplicar una tarifa por un servicio realizado por la administración en el ejercicio de sus funciones legales, es excepcionalmente posible, en cuanto supone contradecir el principio de gratuidad de la función administrativa²², en la medida que ello cuente con una expresa autorización legal.

Supuesta dicha autorización para cobrar la tarifa, obviamente ello no puede legitimar la

pretensión administrativa de cobrar cualquier tarifa, sino únicamente aquella que cubra el incremento efectivo de los gastos que para el organismo público ocasiona la realización de esa actividad en el beneficio directo de uno o más particulares. Suponer que dicha tarifa podría generar un excedente para las arcas del organismo administrativo significaría no sólo atentar contra el principio de gratuidad antes reseñado, sino, de facto, imponer forzosamente el pago de una suma de dinero, que, desprovista de su necesaria vinculación con el costo efectivo del servicio, resultaría sin más en un mero tributo.

En la teoría general de los ingresos del Estado, la doctrina más autorizada²³ ha resuelto que la admisibilidad del cobro de tasas o tarifas por ciertos servicios públicos, depende, entre otros elementos, de la divisibilidad de los mismos, es decir, “la posibilidad de ser divididos en unidades de consumo o de uso”²⁴.

Desde este punto de vista, cualquier tarifa o derecho que cobre un servicio público por las labores que realice en beneficio de uno o más particulares singularizados, en los casos en que la ley expresamente autoriza dicho cobro, sólo puede corresponder a una “retribución” o “compensación” del costo marginal o incremental que dicha actividad tiene para la administración, pero jamás podrá convertirse en una forma de distribuir gastos existentes con anterioridad a la prestación del servicio, o de acopiar recursos adicionales para el servicio público, tanto para sufragar un porcentaje de los costos generales del mismo, que sólo pueden obtenerse a través de las asignaciones previstas por la ley de presupuesto general del Estado, ni mucho menos para ge-

nerar eventuales excedentes, que no corresponden tratándose de un ente público cuya finalidad no es de carácter lucrativo²⁵. Lo anterior se traduce en un necesario análisis, caso a caso, de aquellos costos institucionales que admiten su posible división y que, por lo mismo, resisten el análisis de marginalidad que hace posible comparar el costo general del funcionamiento del ente público sin prestar ese servicio y suponiendo la prestación del mismo, resultando de dicho análisis que sólo este incremento marginal es el que puede traspasarse a la tarifa.

Un análisis de tal fineza supone un sistema presupuestario muy ordenado y con clasificaciones suficientemente detalladas que permitan dar cuenta de las variaciones que en cada una de ellas produzca la realización de una o más de estas actividades en que el legislador aprueba el cobro de tarifas, orden que facilitará la labor de la propia administración para justificar la legitimidad de la tarifa que pretende, como también la del particular que tiene el derecho a que no se le exija sino el pago de la tarifa justa, permitiéndole impugnar aquellos cobros que no representen el costo real del servicio que se le presta.

Resulta absolutamente justificado que la tarifa incluya el costo marginal, esto es, todos aquellos costos directos e indirectos que se agregan a los ya existentes en el funcionamiento normal del organismo, por el hecho de acudir a la prestación de un servicio específico, en beneficio directo del peticionario.

Es perfectamente admisible que una tarifa contemple costos directos y costos indirectos, pero siempre que unos u otros se originen como consecuencia de la prestación del

23 Vid. VALDÉS COSTA, Ramón, *“Instituciones de Derecho Tributario”*, 1ª ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1992 y *“Curso de Derecho Tributario”*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2001; También en VILLEGAS, Héctor (n. 19).

24 Cfr. VALDÉS COSTA, Ramón, (n. 21), p. 158.

25 Acerca de los servicios públicos y la diferencia que existe entre éstos y las empresas públicas, sostiene SILVA CIMMA que ella reside, precisamente, en la finalidad lucrativa que persiguen las últimas, en notoria oposición a los primeros. Cfr. SILVA CIMMA, Enrique, *“Derecho Administrativo chileno y comparado: el servicio público”*, 1ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 194 - 195.

servicio adicional en cuestión. Por el contrario, una tarifa no puede incluir, aun parcialmente, gastos directos o indirectos, por conceptos o actividades que se deben realizar por la Administración por mandato legal y en el interés general de la comunidad, gastos que necesariamente debe proveer la Ley de Presupuestos.

Tampoco puede incluir gastos directos o indirectos que no sean causados directa y necesariamente por la prestación del servicio sujeto a la tarifa o que corresponden a funciones propias del servicio público que deben financiarse con los recursos previstos para él en la Ley de Presupuestos.

En todo caso, y conforme lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, no ha de perderse de vista que la posibilidad misma de configurar un servicio sujeto al pago de tarifa, incluso para las habilitaciones que pueda disponer el legislador, queda limitada por la circunstancia de que la prestación pública en cuestión debe ser voluntaria para quien la percibe, esto es, que respecto de ella el beneficiario tenga una real alternativa de sustraerse, sin que dicha sustracción lo prive del ejercicio de alguno de los derechos constitucionalmente garantizados.

Como se puede advertir, bajo este supuesto la posibilidad de aplicar tarifas queda muy reducida, resultando de ello que, en general, las pretensiones administrativas de cobrar por aquellos servicios que realiza deberán mayoritariamente reflejarse en tasas aprobadas por el legislador, no bastando el solo ejercicio de la potestad reglamentaria.

B) EL ASPECTO FORMAL-PROCESAL

Efectuado el análisis sustantivo que diferencia una tarifa de un tributo, y para efectos del análisis de legitimidad de una u otro, viene la restricción procesal que impone el artículo 62 inciso 4° N° 2 de nuestra Carta Fundamental, conforme al cual las normas que imponen, suprimen, reducen, condonan tributos de cualquier clase o naturaleza, que establecen exenciones o modifican las existentes, y determinan la forma, proporcionalidad o progresión de los impuestos, son siempre materia de ley, y de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Es más, tratándose de una materia comprendida entre las garantías constitucionales²⁶, no sólo está vedada por el constituyente la posibilidad de innovar en la misma mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria presidencial, sino que incluso está prohibida la delegación de la potestad legislativa por la vía de dictar decretos con fuerza de ley, lo que ratifica la irregularidad de forma en que se incurre al fijar por vía de acto administrativo tarifas que encubren realmente la imposición de tributos.

Pretender financiar costos no divisibles, no marginales, ni asociados directamente con la prestación del servicio que se recibe de la administración, mediante el cobro de "tarifas", desnaturaliza el sentido de éstas, y las convierte, por el objeto a que se destinan, en verdaderos impuestos, y no sólo eso, sino incluso en impuestos de afectación, lo que conlleva severas infracciones a nuestro orden público económico constitucional, básicamente en lo establecido en los artículos 19 N° 20, 63 N° 2 y 14, y 65 inciso 4° N° 1 de la Constitución Política de Chile.

26 Cfr. artículo 19 N° 20 de la Constitución Política en relación al artículo 64.

