

# Desprotección constitucional frente a los derechos municipales<sup>1</sup>

Fallo del Tribunal Constitucional Rol 1034-08

COMENTARIO:

**José Manuel Díaz de Valdés J.**

Director de Investigación de la Facultad de Derecho

Profesor de Derecho Constitucional

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

Profesor de Derecho Constitucional

Magíster en Derecho Público

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE**

Máster en Derecho

**UNIVERSIDAD DE HARVARD, UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE**

## I. Introducción

Los tributos y su regulación han sido una de las materias tradicionalmente fundamentales para el derecho constitucional. Ya en la Antigüedad, y posteriormente desde la Carta Magna, los pueblos han comprendido que una de las formas más importantes de limitar el poder del Estado es a través de la regulación de sus ingresos y gastos. Del mismo modo, la participación de los ciudadanos en la definición de tales ingresos a través de sus representantes ha constituido una exigencia mínima para evitar la opresión de los gobiernos. Baste recordar a este respecto la importancia que la máxima *no tax without representation*<sup>2</sup> tuvo para la Independencia de los Estados Unidos.

Las ideas anteriores se han traducido en lo que conocemos como principio de reserva legal en materia tributaria. En virtud de aquel, sólo el legislador puede establecer las exacciones que el Estado coactivamente impone a sus ciudadanos. El progresivo fortalecimiento de este principio, por tanto, se vincula directamente al constitucionalismo (en cuanto sujeción del poder al derecho), a la democracia representativa y al respeto de las libertades fundamentales.

<sup>1</sup> Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mi ayudante, la señorita Paulina Lobos Herrera, cuya trabajo ha sido determinante para la preparación de este comentario.

<sup>2</sup> Una traducción aproximada sería la siguiente: *sólo se acatarán los tributos establecidos por un órgano en que los destinatarios de los tributos estén representados*. En el caso de los colonos norteamericanos, aquellos debían sufrir los impuestos establecidos por el Parlamento inglés, en circunstancias que aquellos no podían enviar sus representantes a éste.

Posteriormente, y en consonancia con el auge de los derechos fundamentales, el principio de reserva legal en materia tributaria fue complementado por otras protecciones afines, tales como las exigencias de tributos justos, proporcionados, no discriminatorios, no confiscatorios y no afectados a un fin particular. Nuestra Constitución Política (CP) recoge el resultado de este proceso en su artículo 19 N° 20, consagrando los principios mencionados como verdaderos derechos de las personas frente al Estado en materia tributaria.

En este contexto, el Tribunal Constitucional (TC) ha dictado recientemente un fallo que revisa la aplicación del precepto constitucional mencionado a los derechos municipales. Abandonando su jurisprudencia anterior, así como la postura doctrinaria y jurisprudencial dominante, el TC opta por excluir a los derechos municipales del sistema de protección consagrado en el artículo 19 N° 20 de la CP. De esta forma, nuestra Justicia Constitucional incurre en un verdadero retroceso, socavando la vigencia de los venerables principios constitucionales antes mencionados.

El presente comentario tiene por objeto analizar brevemente la sentencia constitucional en cuestión, destacando críticamente algunos de sus aciertos, desaciertos y consecuencias relevantes.

## II. Síntesis del fallo

Con fecha siete de octubre de 2008, el TC dictó el fallo Rol 1034 -08 (el "Fallo"), por el cual se rechazó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A. ("Esva") en contra del artículo 42 del Decreto Ley N° 3.063 sobre Rentas Municipales (la "Ley de Rentas Municipales").

El recurso de inaplicabilidad antes señalado (el "Recurso") fue presentado en el contexto de un juicio sumario que se encontraba en apelación ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el cual la Ilustre Municipalidad de Limache (la "Municipalidad") demandaba a Esva el pago de derechos municipales devengados por la rotura de pavimentos y el acopio de escombros en la vía pública durante aproximadamente dos años. Estas situaciones se produjeron a consecuencia de la realización de obras sanitarias de emergencia y de la ejecución de programas de instalación de infraestructura sanitaria.

En lo medular de su presentación, Esva señaló que los derechos municipales que se le cobraban estaban contemplados en una ordenanza municipal, la cual regulaba la materia en virtud de una delegación inconstitucional de potestad legislativa contenida en el artículo 42 de la Ley de Rentas Municipales (el "Artículo 42"). El precepto mencionado dispone lo siguiente:

*“Los derechos correspondientes a servicios, concesiones o permisos cuyas tasas no estén fijadas en la ley o que no se encuentren considerados específicamente en el artículo anterior o relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades, se determinarán mediante ordenanzas locales”.*

Esvál asumió como piedra angular de su razonamiento que los derechos municipales en cuestión cabían dentro del concepto constitucional de tributo. En consecuencia, tales derechos quedaban sujetos a la reserva legal establecida por la CP en materia tributaria (artículos 19 N° 20 y 63 N°s 2 y 14 de la CP). Si bien el fundamento último de los derechos cuestionados era el artículo 42, aquel no establecía los criterios de mínimos para la definición de los derechos municipales que autorizaba, dejando el hecho gravado, la tasa o proporción, sus exenciones, etc., a la completa libertad de la ordenanza municipal respectiva. De esta forma, era esta ordenanza la que en realidad establecía el tributo, no el artículo 42, vulnerándose de esta forma el principio de reserva legal.

Adicionalmente, Esvál alegó que el establecimiento de tributos mediante una ordenanza municipal vulneraba las normas constitucionales que establecían la iniciativa exclusiva presidencial en materia tributaria (artículo 65 de la CP), así como la exigencia constitucional de que la Cámara de Diputados fuese la cámara de origen de las iniciativas de ley tributarias (artículo 65 de la CP).

Esvál también invocó el Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1989 del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Servicios Sanitarios (“Ley de Servicios Sanitarios”). Esta norma establece que los titulares de concesiones reguladas por dicha ley (cual sería el caso de Esvál), tienen derecho a usar gratuitamente bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria (artículo 9° bis de la Ley de Servicios Sanitarios). En consecuencia, la ordenanza municipal que estableció los derechos municipales por los que se demandó a Esvál era contraria a la legislación vigente.

Finalmente, Esvál alegó que la ordenanza local que estableció los derechos municipales controvertidos no se adecuaba a la proporcionalidad exigida por el inciso final del artículo 19 N° 20 de la CP, produciendo en el caso un cobro desmesurado.

La Municipalidad contestó señalando que los derechos municipales no son tributos. Ello por cuanto los primeros son voluntarios y sólo deben pagarse por quienes solicitan una determinada contraprestación de la Autoridad. Los tributos, en cambio, son obligatorios para quienes incurren en el hecho gravado y no suponen una contraprestación del Estado.

Hecha la distinción anterior, la Municipalidad afirmó que los derechos municipales en cuestión eran sólo una expresión de la competencia legal de las muni-

cipalidades de administrar y reglamentar el uso y goce de los bienes nacionales de uso público (su ocupación exclusiva por un particular debía generar un pago a su administrador). Invocó también la autonomía municipal para administrar sus finanzas (artículo 122 de la CP y artículo 14 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en adelante "LOC de Municipalidades) y las facultades municipales "para establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen en relación a la vías públicas", las que se deducirían de la LOC de Municipalidades.

Finalmente, la Municipalidad advirtió que las obras realizadas por Esva, así como las consecuencias derivadas de ellas, no podían considerarse dentro de la excepción de cobro establecida por la Ley de Servicios Sanitarios.

El TC decidió rechazar el Recurso, acogiendo la tesis de que los derechos municipales, si bien son ingresos públicos, no son tributos. Las principales diferencias serían las siguientes:

- i) los derechos municipales no exigen contraprestación directa, los tributos sí;
- ii) los derechos municipales sólo se aplican a quienes demanden un servicio o beneficio específico de la Administración, los tributos son de exigencia general, y
- iii) los derechos municipales pueden estar afectos, y normalmente lo están, en beneficio de quien presta el servicio (su razón de ser es "contribuir a solventar, siquiera parcialmente" los costos en que incurre la Administración Pública por el servicio en cuestión), en cambio los tributos no están sujetos a un fin determinado.

Adicionalmente, el TC afirmó que la diferencia entre tributos y derechos municipales habría sido recogida por la CP. Ella reconocería los tributos de afectación municipal en el artículo 19 N° 20, mientras que los derechos municipales estarían implícitamente reconocidos en el artículo 122, al contemplar ingresos municipales conferidos directamente por ley. A mayor abundamiento, la diferencia en cuestión estaría también consagrada en la LOC de Municipalidades y la Ley de Rentas Municipales, quienes mencionan y regulan separadamente, en diversas ocasiones, los derechos municipales y los tributos municipales.

Afirmado lo anterior, el TC señaló que los derechos municipales igualmente están sujetos a reserva legal por exigencia del artículo 122 de la CP, el cual requiere que los ingresos municipales estén establecidos por ley. Esta reserva legal no es la misma que la tributaria, ya que la rigidez de esta última afectaría

la autonomía municipal y haría la norma inoperante en la práctica. En consecuencia, el Artículo 42 sí constituiría, en este contexto más flexible del artículo 122, sustento legal suficiente para la ordenanza municipal que establece los derechos municipales controvertidos.

Agrega que no obstante que los derechos municipales no son tributos, igualmente están sujetos a criterios generales de proporcionalidad y ecuanimidad. Para ello debe recordarse que la justificación final de tales derechos es "recuperar parte o todo el costo que a la autoridad le irroga la prestación del servicio correspondiente". La aplicación de estos criterios, sin embargo, debe realizarse por la justicia ordinaria y no por el TC.

Finalmente, el TC no se pronuncia sobre el supuesto conflicto entre el Artículo 42 y las disposiciones de la Ley de Servicios Sanitarios. Ello por cuanto se trata de una cuestión de legalidad ajena a la competencia del TC.

### **III. Comentarios**

#### **1. Algunas observaciones formales y procedimentales**

La sentencia en estudio se trata de un texto de fácil lectura, ordenado y más bien breve según los estándares actuales de los fallos del TC. Llama sí poderosamente la atención la aguda división que la materia en discusión produce al interior del TC. Ello no sólo se refleja en que se trata de una decisión adoptada por 5 votos contra 4, sino en la diametral oposición de ambas facciones sobre el punto central del fallo, vale decir, si los derechos municipales son o no tributos. Más aún, la metodología y los estilos varían enormemente. Mientras el voto de mayoría es relativamente simple, sin mayores referencias ni aclaraciones, el voto de minoría es extremadamente contundente y sintético. En él abundan las referencias y la argumentación aparece estrictamente concatenada. En definitiva, la opinión minoritaria parece haberse esmerado más en su exposición argumentativa, cuestión que de alguna forma resta autoridad a la decisión de la mayoría.

En el ámbito meramente procedimental, cabe destacar que el TC se atribuyó la facultad de determinar qué parte del Artículo 42 era objeto del Recurso. En efecto, ante el silencio del recurrente, el TC decide que sólo el inciso primero del Artículo 42 estaba cuestionado. Los criterios utilizados por el TC para esta decisión fueron dos:

- i) que sólo aquel inciso podía ser de aplicación decisiva en la resolución de la cuestión pendiente, y

- ii) que dicho inciso era susceptible de los reproches de constitucionalidad que formulaban en el Recurso.

Si bien nos parece una decisión razonable, cabe hacer presente que levanta una bandera de alerta respecto del extensivo uso que el TC puede otorgar al requisito de admisibilidad involucrado, consistente en que se trate de un precepto legal que pueda resultar decisivo en la resolución del asunto. En efecto, dicho presupuesto de admisibilidad abre grandes espacios a la discrecionalidad del TC, fenómeno que puede producir dificultades importantes, especialmente dada la ausencia de recursos en contra de la decisión de admisibilidad de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Adicionalmente, consideramos relevante destacar que el TC no dejó de conocer el fondo del caso a pesar de existir un argumento que le hubiera permitido declararse incompetente. Es así como, más allá de las formas involucradas, la norma que en definitiva causa directamente el perjuicio a Esvál no es el Artículo 42, sino la ordenanza municipal que estableció los derechos municipales que se le estaban aplicando. Si bien el Artículo 42 es la norma fundante de la ordenanza respectiva, el TC pudo haber señalado que el conflicto en cuestión versaba sobre la impugnación de una disposición de carácter infralegal, y que por tanto quedaba fuera de la competencia del TC. Dada su actual carga de trabajo, y la existencia de ciertos antecedentes en este sentido, resulta meritorio que el TC no haya optado por esta salida fácil pero extraordinariamente pobre desde la perspectiva jurídica.

Finalmente, cabe recordar que el TC ha señalado repetida y consistentemente<sup>3</sup> que el recurso de inaplicabilidad supone un examen concreto de constitucionalidad, lo que se traduce en la relevancia que se atribuye a las circunstancias específicas del caso en cuestión. Dicho examen ha sido difícil de observar a través de los fallos del TC. Al parecer, la misma estructura y el formato de las sentencias no es capaz de trasuntar a cabalidad esta dimensión del proceso analítico del TC. El Fallo no es la excepción en esta materia, y cuesta descubrir en él pistas o luces relevantes acerca de la importancia y consideración que el TC atribuye a los hechos del caso. No obstante lo anterior, queda la impresión de que no fue irrelevante para el TC que Esvál hubiese mantenido la ocupación de los bienes nacionales de uso público involucrados por tanto tiempo (dos años), ni que no hubiese notificado o pedido autorización a la Municipalidad durante todo ese período. Tampoco parece haber sido inocuo el alto monto de los derechos exigidos a Esvál. Tales circunstancias podrían haber impactado en un criterio o sentido de equidad básico de los miembros del TC.

<sup>3</sup> Véase en esta materia el estudio de NUÑEZ (2008) pp. 126 y ss.

## 2. Tributos y derechos municipales

El Fallo se aparta de la postura, sino unánime,<sup>4</sup> al menos dominante entre la doctrina y la jurisprudencia, respecto del contenido amplio que debe otorgarse a la voz tributo que utiliza la CP. Ello es particularmente aplicable al artículo 19 N° 20, el cual establece una serie de derechos fundamentales en materia tributaria. Bajo esa tesis mayoritaria, los derechos municipales ciertamente se entienden incluidos en el concepto de tributo, y sujetos por tanto a la disposición constitucional mencionada.

Sólo a modo ejemplar, podemos señalar que la Corte Suprema ha afirmado: "Que es oportuno recordar que el vocablo "tributo" fue incorporado en nuestra actual Constitución, en reemplazo de la voz contribuciones o impuestos, de modo que ha de entenderse que comprende, además, las tasas y los demás derechos o cargas semejantes", incluyendo "servicios, concesiones o permisos a que se refiere el artículo 43 en cuestión [de la Ley de Rentas Municipales] (...), y así se dejó constancia también en la discusión respectiva en el seno de la Comisión Constituyente, sesión 398, en el sentido de que el vocablo tributo significaba 'obligaciones pecuniarias que la ley impone a las personas para el cumplimiento de los fines de bien común propios del Estado', recalándose que comprendía precisamente los impuestos, las contribuciones, las tasas y los derechos".<sup>5</sup> Otros fallos de la misma Corte reafirman esta visión.<sup>6</sup>

Por su parte, la doctrina ha afirmado que la voz tributos "engloba toda exacción patrimonial impuesta por la ley a las personas en beneficio de la Nación, representada por el Estado"<sup>7</sup> y que "resulta comprensiva de todas las prestaciones que los particulares se encuentran obligados a efectuar a favor del Estado, en virtud de la potestad impositiva que la Carta Fundamental y la ley le confieren, con la finalidad de cubrir el gasto público".<sup>8</sup>

Cabe también destacar que el punto se discutió expresamente en el seno de la Comisión de Estudios del Anteproyecto de Nueva Constitución ("Comisión Ortúzar"). En ella se señaló lo siguiente: "tributo es un término genérico que comprende cualquier impuesto, contribución, arancel, derecho o tasa, es decir,

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ RICHARDS (2003).

<sup>5</sup> *Rol 16293-1992* (1992), considerando 15.

<sup>6</sup> *Rol 3260-2003* (2004), considerandos 4° y 5°; *Sociedad Hotelera Saden Ltda. con Municipalidad de la Florida* (2002), considerando 4°, e *Ilustre Municipalidad de Arica con Patricia del Carmen Ramírez Barbieri* (2004), considerando 6°. Véase también el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago *Chilectra S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia* (1996), considerando 7°.

<sup>7</sup> EVANS (1999) p. 283.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ (2000) p. 357. En la misma línea se pronuncian ASTÉ (2002) p. 80; CEA (2004) Tomo II, pp. 469 y 470, y NAVARRO (2005) p.15.

cualquiera prestación que los particulares tengan que satisfacer al Estado”.<sup>9</sup> Sin embargo, el único Ministro del TC en funciones que perteneció a la Comisión Ortúzar votó junto a la mayoría en el Fallo. Cabe cuestionarse, por tanto, si estamos entendiendo adecuadamente las actas de la Comisión Ortúzar en esta materia, o si más bien se trata de un legítimo cambio de opinión. En ambos casos surgen dudas acerca de la fortaleza del argumento histórico en análisis.

En la misma línea, la Contraloría General de la República ha señalado en repetidas ocasiones que el concepto constitucional de tributo es amplio, comprendiendo “cualquier obligación pecuniaria impuesta por la ley a las personas para los fines propios del Estado”.<sup>10</sup> En forma aun más precisa para nuestro tópico, el órgano en cuestión ha señalado que la voz tributo es “comprensiva de los derechos, impuestos y contribuciones municipales en general”.<sup>11</sup> Y para eliminar toda duda que pudiese subsistir, la Contraloría General de la República ha resuelto específicamente que “los derechos municipales del DL 3063/79 [Ley de Rentas Municipales] (...) tienen la naturaleza de tributos”.<sup>12-13</sup>

Por su parte, el Modelo de Código Tributario para Latinoamérica adhiere a esta visión amplia del concepto tributo, señalando en su artículo 9° que:

*“Tributos son las prestaciones en dinero que el Estado exige, en razón de una determinada manifestación de capacidad económica, mediante el ejercicio de su poder de imperio, con el objeto de obtener recursos para financiar el gasto público o para el cumplimiento de otros fines de interés general”.*

A mayor abundamiento, y tal como destaca el voto de minoría, el propio TC se había sumado a la opinión mayoritaria en esta materia.<sup>14</sup>

En definitiva, resulta evidente que la posición dominante en el derecho chileno es que el concepto tributo es amplio, y que comprende cualquier exacción patrimonial impuesta por el Estado, tanto por parte de la Administración centralizada como de la descentralizada.<sup>15</sup> Evidentemente, tal concepto engloba los impuestos, las contribuciones, las tasas, y ciertamente los derechos mu-

<sup>9</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN, Sesión N° 389, celebrada el 11 de julio de 1978, p. 3115.

<sup>10</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 5230 de 2000.

<sup>11</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 13188 de 1995.

<sup>12</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7858 de 1991.

<sup>13</sup> Existen diversos dictámenes de la Contraloría General de la República que confirman las tesis antes expuestas. En muchos de ellos el órgano contralor se refiere expresamente a los derechos municipales como tributos. A modo ejemplar, revísense los Dictámenes N°s 29598 de 2002; 19083 de 2001; 20126 de 2000; 15089 de 2000; 49487 de 1999; 31851 de 1999; 19884 de 1999; 14379 de 1999; 17533 de 1984, y 22623 de 1981.

<sup>14</sup> Rol 247-1996 (1996), considerando 10 y Rol 718-2007 (2007), considerando 36.

<sup>15</sup> Véase en esta materia NAVARRO (2005) pp. 1 y ss.

nicipales, sea que éstos se consideren una tasa propiamente tal o no, ya que todos ellos responden a la idea de prestación obligatoria exigida en virtud del imperio estatal.

La mayoría del TC decide en el Fallo, sin embargo, abandonar la tesis mayoritaria antes señalada. Para ello, identifica los tres factores diferenciadores entre tributos y derechos municipales previamente transcritos: existencia o no de una contraprestación directa; exigibilidad general o voluntariedad (requiere demandar un servicio); y existencia o no de una afectación específica a un fin determinado.

Más allá de la calidad técnica del test elaborado por el Tribunal Constitucional, sostenemos que aquel se aplica erróneamente al caso en cuestión por dos razones fundamentales. En primer lugar, asume que en el caso de los derechos municipales, el particular solicita un beneficio a la Administración por el cual paga un precio. Tal sería la situación de las concesiones o permisos. En el caso en estudio, sin embargo, estamos frente a circunstancias diferentes: el particular simplemente hizo uso de bienes nacionales de uso público sin autorización municipal alguna. Por tanto, y tal y como señala el voto de minoría basándose en el artículo 40 de la Ley de Rentas Municipales,<sup>16</sup> no existe un acto administrativo municipal que contenga una concesión, permiso o servicio que autorice a cobrar derechos municipales. En razón de lo anterior, nos parece que lo que la Municipalidad hace al cobrarle las sumas demandadas es imponer una verdadera multa, entendida como una sanción pecuniaria por el incumplimiento de un deber jurídico.<sup>17</sup> En otras palabras, aquí se intenta disfrazar la potestad sancionatoria del Estado bajo una apariencia de potestad tributaria.

La mayoría del TC intenta salvar el inconveniente antes enunciado creando una definición ad hoc de derechos municipales, entendiendo por los mismos:

*“prestaciones pecuniarias exigidas del 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”* (Considerando 8º, el destacado es nuestro).

<sup>16</sup> El artículo 40 de la Ley de Rentas Municipales dispone lo siguiente: “Llámanse derechos municipales las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo exención contemplada en un texto legal expreso”.

<sup>17</sup> Cf. ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC (1990) pp. 21, 28 y 29. Véase también WILLIAMS (1999) p. 123, y HUBNER (1984) pp. 391 y 392.

Como se puede observar, la definición del TC es altamente sospechosa, toda vez que agrega una segunda parte (destacado) que no tiene asidero en el test que él mismo diseñó para identificar a los derechos municipales, y que se asemeja con excesiva precisión a los hechos del caso en cuestión. No obstante lo anterior, creemos que esta definición tampoco es suficiente para calificar los cobros del caso en estudio como derechos municipales, toda vez que aquella exige que el bien haya sido entregado por medio de una concesión o permiso, vale decir, a través de un acto administrativo que, como ya vimos, no existe. Por el contrario, estamos frente a una simple situación de hecho antijurídica, la cual es sancionada por la Municipalidad mediante la imposición de una multa.

En segundo lugar, nos parece que el TC atribuye consecuencias excesivas a la aplicación de este test. En efecto, aun aceptando que se pueda diferenciar tributos de derechos municipales, eso no es suficiente para afirmar sin más que toda la protección constitucional en materia tributaria no se aplica a estos. Recordemos que el Fallo exime a los derechos municipales de la esfera de protección establecida en artículo 19 N° 20, si bien reconoce que aquellos quedan sujetos a una reserva legal más suave (artículo 122 de la CP) y a un principio general de proporcionalidad y ecuanimidad. Consideramos que esta es una conclusión apresurada, toda vez que olvida uno de los fundamentos de la interpretación constitucional, cual es el criterio teleológico. La aplicación de tal criterio nos obliga a preguntarnos acerca de las finalidades que tuvo el constituyente al configurar el sistema de derechos fundamentales frente a la potestad tributaria del Estado. En nuestra opinión, tales razones son de antigua data, y son compartidas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. En síntesis, aquellas se traducen en la necesidad de evitar excesos en el ejercicio por parte del Estado de su facultad de extraer recursos de sus ciudadanos, cuestión que se logra primeramente a través de la participación directa y determinante de los representantes del pueblo en la fijación precisa de tales exacciones. Tal preocupación, presente ya en la Carta Magna y en la Revolución Americana, se aplica en forma genérica a toda forma de exacción estatal de recursos. No importa mayormente si quien recauda los mismos es la Administración centralizada o las municipalidades. En definitiva, al eximir a los derechos municipales de una reserva legal rigurosa, al debilitar el fundamento constitucional de la proporcionalidad y de la justicia tributaria que le son aplicables, el TC está dando la espalda a las finalidades más profundas de protección de las personas que el constituyente tuvo en mente al consagrar el artículo 19 N° 20.

Finalmente, no podemos dejar de criticar las referencias normativas a que acude el TC en apoyo de su tesis de diferenciación entre derechos municipales

y tributos. Aquellas son tres: los artículos 19 N° 20 y 122 de la CP; la Ley de Rentas Municipales y la LOC de Municipalidades.

En relación a la primera, el TC señala que los tributos municipales aparecerían consagrados en el artículo 19 N° 20 de la CP, mientras que los derechos municipales estarían implícitamente considerados en el artículo 122, cuando aquel se refiere a los “ingresos que directamente se les confieran [a las municipalidades] por ley”. Al respecto, podemos señalar que es más que discutible levantar una diferenciación como la expuesta en base a una consagración implícita. En otras palabras, si la mayoría de la comunidad jurídica nacional sostiene que el concepto tributo comprende a los derechos municipales, justificar la disidencia en un argumento textual que no consagra expresamente la “nueva categoría”, carece de sentido. Se trata más bien de una argumentación tautológica, ya que para “ver” esa “categoría implícita”, primero hay que creer en ella como un concepto separado de la categoría general de “tributos”.

En cuanto se refiere a la Ley de Rentas Municipales, debemos recordar que la interpretación de normas constitucionales mediante la utilización de preceptos legales no es una técnica particularmente adecuada. La diferente jerarquía, así como las reglas propias de la interpretación constitucional, conspiran a ello. Peor aún, la Ley de Rentas Municipales es anterior a la Constitución de 1980, y por tanto su texto debe ser sujeto a un estricto análisis de constitucionalidad. Puesto de otra forma, si la CP adoptó la voz tributo en un sentido amplio, es inconcebible que la Ley de Rentas Municipales pueda disponer algo distinto. Por el contrario, aquella debe ser interpretada en conformidad a la CP y no viceversa. Si tal interpretación no es posible, los preceptos legales pertinentes deben considerarse inconstitucionales y carentes de valor.

Algo similar puede afirmarse respecto de la LOC de Municipalidades. Si bien aquella es posterior a la CP, nuevamente debemos cuestionar la interpretación constitucional que se realiza por medio de textos legales. El principio debe ser el inverso.

En definitiva, nos parece que los argumentos a los que recurre el TC en el Fallo no gozan de fuerza suficiente para justificar el abandono de la tesis mayoritaria. Menos aún en cuanto ello se puede traducir en una verdadera desprotección del ciudadano frente a la auténtica “potestad tributaria municipal” que reconoce el Fallo. Volveremos a este punto más adelante.

### 3. El Principio o criterio de la proporcionalidad

Uno de los elementos más llamativos del Fallo es la utilización del criterio o principio de la proporcionalidad. Al respecto, consideramos un avance muy positivo el hecho de que el TC esté reconociendo cada vez más explícitamente su aplicación al derecho nacional,<sup>18</sup> siguiendo de esa forma las tendencias de la experiencia constitucional comparada. No obstante lo anterior, nos parece conveniente formular algunas observaciones al uso y aplicación que hace el Fallo de este criterio.

En primer término, es necesario destacar que el TC se ve obligado a renunciar al sustento constitucional evidente de este principio en la situación en estudio, cual es el artículo 19 N° 20 de la CP. En efecto, dicha disposición prohíbe expresamente el establecimiento de tributos “manifiestamente desproporcionados o injustos”, base textual suficiente para la aplicación del mentado criterio de proporcionalidad en materia tributaria.<sup>19</sup> Sin embargo, como la tesis central del Fallo es que los derechos municipales no son tributos, no le son por tanto aplicables las normas del artículo 19 N° 20 de la CP. En consecuencia, es necesario recurrir a un fundamento constitucional diverso para justificar la aplicación de dicho principio. Sorprendentemente, el TC no identifica tal fundamento, sino que simplemente ordena la observación del criterio de proporcionalidad. La falta de explicación por parte del TC acerca de por qué se está utilizando este principio en el caso en estudio es nefasta, toda vez que hace imposible saber si es aplicable en forma general a nuestro ordenamiento jurídico, o si lo es sólo en algunos contextos, como en el caso en cuestión. En esta última alternativa, la falta de fundamento hace también imposible identificar qué situaciones quedarían afectas al criterio de proporcionalidad. En definitiva, creemos que se desaprovechó una estupenda oportunidad para fundamentar sólidamente la aplicación general del principio en cuestión en nuestro derecho, manteniendo una importante dosis de incertidumbre jurídica al respecto.

En segundo lugar, nos parece fundamental abogar por la necesaria precisión del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC. En otras palabras, no basta con enunciar generalmente este principio o criterio, sino que resulta imprescindible determinar específicamente qué entiende el TC por proporcionalidad. Cabe recordar a este respecto que la versión alemana original de este principio ha sido alterada en su aplicación en otras jurisdicciones. Es así como la

<sup>18</sup> *Rol 790-2007* (2007), considerandos 22 a 27; *Rol 825-2007* (2008), considerandos 21 y 22, y *Rol 755-2007* (2008), considerando 40.

<sup>19</sup> Si bien la llamada “proporcionalidad tributaria” ha tenido un desarrollo anterior y algo paralelo a la recepción en Chile del principio o criterio general de la proporcionalidad, su unificación conceptual pareciera ser una realidad si no consolidada, al menos en estado avanzado. Así se deduce del tratamiento que diversos autores otorgan a la “proporcionalidad tributaria”. Véase, por ejemplo, CEA (2004) Tomo II, pp. 471 y 472, y FERNÁNDEZ (2000) pp. 360 y ss.

Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos, los tribunales ingleses, por nombrar sólo algunos ejemplos, han implementado la proporcionalidad con matices relevantes que producen importantes variaciones para la labor del juez.<sup>20</sup> La misma matriz alemana del principio no es completamente uniforme, y reconoce desarrollos particulares en ciertos ámbitos jurisdiccionales y en relación a determinadas materias. En definitiva, lo que intentamos señalar es que si el TC desea que se utilice la proporcionalidad en nuestro sistema jurídico, debe identificar con especial claridad qué debe entenderse por aquella, cuál es su contenido y finalidades, cuáles son sus elementos metodológicos esenciales, y cómo deben ser aplicados. A este respecto, la jurisprudencia del TC tiene un rol educativo vital que cumplir. Si analizamos el Fallo desde esta perspectiva, descubrimos que el TC no asumió esta labor, sino sólo en forma extraordinariamente escueta al vincular la proporcionalidad al fin o justificación de los derechos municipales. Al decir que aquella es la recuperación parcial o total del costo que implica para la autoridad correspondiente la prestación del servicio respectivo, el TC está entregando un elemento cierto y fundamental del principio de proporcionalidad. Lamentablemente, este solo elemento no es suficiente, ya que la proporcionalidad, aun en su versión más simplificada, exige considerar otros factores.

En tercer término, el Fallo afirma que la aplicación del criterio de proporcionalidad corresponde a los tribunales ordinarios de justicia. Creemos que lo que el TC quiere decir es lo siguiente: en este caso, la aplicación del principio de proporcionalidad corresponde a los tribunales ordinarios, lo que no implica que el TC no pueda aplicar este criterio en otras situaciones. En otras palabras, sostenemos que el Fallo está consagrando la aplicación general del criterio de proporcionalidad en el sistema jurídico nacional (a pesar de la falta de fundamento constitucional expreso antes comentada), lo que impone su utilización a todos los tribunales de la República. Tal afirmación nos parece evidente: ningún país que haya adoptado la proporcionalidad la confina sólo a su Justicia Constitucional. Sin embargo, tal postulado requiere un complemento urgente, y es que el TC debe desarrollar a la brevedad criterios claros y conocidos para determinar cuándo la aplicación del principio de proporcionalidad corresponderá directamente al TC y cuándo a los tribunales ordinarios de justicia. Esta es una gran tarea pendiente, y consideramos que la herramienta adecuada para construir tal dogmática es precisamente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En síntesis, nos parece que la invocación expresa del principio de proporcionalidad es un importante avance que, sin embargo, obliga al TC a enfrentar una serie de dificultades y dar respuesta a un conjunto de interrogantes acerca de su correcta aplicación al sistema jurídico chileno.

<sup>20</sup> CLAYTON (2002).

#### 4. Debilitamiento del principio de reserva legal en materia tributaria

Consideramos que diversas razones permiten afirmar que la gran víctima del Fallo es el principio de reserva legal en materia tributaria. En primer término, se reduce su ámbito a una concepción restringida de tributo y a aquellas exacciones estatales que sin estar comprendidas en dicho concepto, estén sujetas al principio de reserva legal en virtud de una norma constitucional expresa. Este último sería el caso de los derechos municipales, que si bien escapan al concepto de tributo (y por tanto al artículo 19 N° 20 de la CP), están sometidos al principio en análisis por disposición explícita del artículo 122 de la CP. Cabe entonces preguntarse por todas aquellas exacciones estatales que, al alero del Fallo, podrían considerarse como algo distinto a un tributo, y que no cuentan con una norma expresa que los sujete al principio de reserva legal: ¿quedarán eximidos de esta garantía tan esencial? Cabe recordar que el principio de reserva legal en materia tributaria es una constante en los sistemas occidentales, verdadero “pilar fundamental de un Estado de Derecho y de un Régimen Democrático (...) regla vigente en Chile desde los albores de la Independencia”.<sup>21-22</sup>

En segundo lugar, el Fallo crea una distinción en la materia, diferenciando una reserva legal tributaria estricta, aplicable sólo a los tributos en un sentido restringido (artículo 19 N° 20 de la CP), y una reserva legal tributaria atenuada aplicable, a lo menos, a los derechos municipales (artículo 122 de la CP). De esta forma, el TC incorpora los tributos a la ya extremadamente confusa discusión acerca de la existencia de reservas legales distintas en la CP.<sup>23</sup> Hasta la fecha, los tributos en un sentido amplio se consideraron objeto de reserva legal estricta, pero ahora deberemos empezar a distinguir y, peor aún, definir y delimitar las distintas posibilidades: reserva legal estricta-estricta; reserva legal simplemente estricta; reserva legal atenuada o relativa, y reserva legal neutra o ecléctica. En definitiva, el Fallo es fuente de gran incertidumbre jurídica en este punto.

En tercer lugar, la mayoría del TC, al aplicar la reserva legal al caso en comentario, la vacía de contenido, destruyendo su utilidad y haciéndola irrelevante. En efecto, el Fallo señala que la ordenanza municipal que estableció los derechos municipales –objeto del litigio– no vulneraba el principio de reserva legal, por cuanto su competencia emanaba de la delegación concedida por

<sup>21</sup> Voto de minoría del Fallo, considerando 13.

<sup>22</sup> Para una visión panorámica de este principio en nuestra historia constitucional, véase MEZA e IBACETA (2007) pp. 95 y ss.

<sup>23</sup> Para una exposición sintética de las distintas posiciones, véase FERNANDOIS (2006) pp. 157 y ss. Véase también CEA (1998) pp. 37 y ss.

el Artículo 42. Si analizamos esta norma legal (transcrita más arriba), descubriremos que aquella no contiene ni aun los elementos remotamente mínimos de determinación del derecho municipal. No señala la tasa; no establece la proporción o porcentaje; no hay límites; no contempla exenciones; no hay parámetros ni criterios; etc. En definitiva, la norma legal es una simple fachada carente de contenido. Se limita a delegar en la ordenanza municipal, pero sin sujetar dicha delegación al respeto de contenido alguno. Evidentemente, tal delegación no se condice con la esencia misma del principio de legalidad, el cual exige que sea la ley quien regule una materia, y si la delega en normas inferiores, que sea la ley delegatoria la que señale los aspectos fundamentales de la regulación. En materia tributaria el principio ha operado en forma más estricta aún, exigiéndose a la ley delegatoria, a lo menos, la descripción precisa del hecho gravado, la base imponible, el sujeto pasivo y la tasa o proporcionalidad aplicable.<sup>24</sup>

En otras palabras, si el TC estima que el Artículo 42 es suficiente pantalla para que los derechos contemplados en ordenanzas municipales cumplan con el principio de legalidad, entonces este ha perdido toda relevancia jurídica, puesto que resulta inimaginable una situación en la que no se considere satisfecho (salvo la lisa y llana prescindencia de toda forma o sustento legal, aun en su dimensión puramente formal, como es el caso del Artículo 42). De esta forma, el principio de reserva legal pierde toda utilidad, ya que no es capaz de constituir un límite efectivo al ejercicio del poder administrativo en materia tributaria. El constituyente ha sido defraudado y la supremacía constitucional quebrantada. Peor aún, los derechos fundamentales garantizados y protegidos con este principio quedan expuestos a la voracidad de la Administración.

Finalmente, y tal como sutilmente señala el voto de minoría, es necesario considerar que el Artículo 42 es una norma anterior a la CP. En consecuencia, es perfectamente posible que aquella no cumpla con los estándares de reserva legal establecidos en la nueva Carta. De lo que no puede haber duda es del hecho que la CP exige que sea la ley la que establezca tributo (o "ingreso público", para seguir el lenguaje del Fallo), y que tal exigencia se vulnera cuando la ley abdica de esa responsabilidad en favor de normas jurídicas de rango inferior, como sucede en el caso en estudio.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, NAVARRO (2005) p. 8, y MEZA e IBACETA (2007) pp. 134 y ss. Revítese también las sentencias del TC Rol 822-2007 (2007), considerando 5°, y Rol 718-2007 (2007), considerando 18, así como el Dictamen de la Contraloría General de la República N° 49487 de 1999.

#### IV. Conclusiones

1. El Fallo del TC constituye un abandono de la postura mayoritaria nacional, ya que rechaza un concepto amplio del tributo que incluya los derechos municipales. Tal abandono no nos parece debidamente justificado en el texto de la sentencia comentada.
2. El Fallo ha declarado expresamente que el estatuto constitucional de los tributos no se aplica a los derechos municipales. En consecuencia, los derechos fundamentales de las personas en materia tributaria, reconocidos en el artículo 19 N° 20, no pueden invocarse frente a las municipalidades.
3. La principal víctima del fallo es el principio de reserva legal en materia tributaria. Este se ve reducido en su ámbito de aplicación, suavizado en relación a los derechos municipales, y concebido como un principio de intensidad variable (estricto, relativo, etc.), con la confusión que ello supone.
4. Las únicas salvaguardas constitucionales que restan al individuo en esta materia son un principio de reserva legal peligrosamente atenuado, así como criterios genéricos de proporcionalidad y ecuanimidad.
5. El reconocimiento expreso del principio o criterio de proporcionalidad debe ser aplaudido. Sin embargo, el TC debe clarificar y refinar cuidadosamente su utilización de dicho principio para no arriesgar su desnaturalización y la consiguiente incertidumbre jurídica. Resulta imprescindible que el TC desarrolle una doctrina consistente y sistemática acerca del contenido, metodología y formas de aplicación del principio de proporcionalidad. Adicionalmente, se requieren criterios claros acerca de cuándo el empleo de tal principio corresponderá al TC y cuándo a los tribunales ordinarios de justicia.
6. A raíz de todo lo anterior, no queda sino afirmar que el Fallo ha producido una suerte de involución en el derecho nacional, consagrando la desprotección constitucional frente a derechos municipales.

## Bibliografía

### Libros

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, y VODANOVIC HAKLIXKA, Antonio (1990): *Derecho Civil. Partes Preliminar y General* 5ª Edición (Santiago, Editorial Conosur). Tomos I y II.

ASTÉ MEJÍAS, Christian (2002): *Curso de Código Tributario* (Santiago, Editorial Asté Ltda.) 466 pp.

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). Tomo II.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales*, 2ª Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo II.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico*. 2ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). Tomo I.

HUBNER GALLO, Jorge (1984): *Introducción al Derecho*. 5ª edición (Santiago, Editorial Jurídica). 428 pp.

MEZA ENCINA, Bárbara, e IBACETA MEDINA, David (2007): *El Principio Constitucional de Legalidad en Materia Tributaria*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 37 (Santiago, Tribunal Constitucional). 229 pp.

NUÑEZ, Manuel (2008): "El control de igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en Arturo Fernandois (ed.), *Sentencias Destacadas 2007* (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp. 123-161.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime (1999): *Lecciones de Introducción al Derecho* 3ª edición (Santiago, Fundación de Ciencias Humanas). Tomos I y II.

### Artículos de revista y otros documentos periódicos

CEA EGAÑA, José Luis (1998): "Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena", *Revista de Derecho*, Vol. IX: pp. 65- 104.

CLAYTON, Richard (2002): "Proportionality and the HRA 1998: Implications for Substantive Review", *Judicial Review*, Vol. VII: pp. 124-136.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2000): "Principios Constitucionales de Proporcionalidad y Justicia en Materia Tributaria", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXVII: pp. 357-371.

### Documentos electrónicos

COHEN MARTÍNEZ, Rafael (2008): "Impuestos Desproporcionados o Injustos", [Fecha de Consulta: 1 de diciembre de 2008]. Disponible en: [http://64.233.169.132/search?q=cache:WQ2\\_ue3gjjMj:www.derechoinforma.net/dv/LA%2520PROPORCIONALIDAD%2520DE%2520LOS%2520IMPUESTOS%2520para%2520lsj.doc+impuestos+desproporcionados+injustos&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl](http://64.233.169.132/search?q=cache:WQ2_ue3gjjMj:www.derechoinforma.net/dv/LA%2520PROPORCIONALIDAD%2520DE%2520LOS%2520IMPUESTOS%2520para%2520lsj.doc+impuestos+desproporcionados+injustos&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl).

FERNÁNDEZ RICHARD, José Fernando (2003): "Los Derechos Contemplados en la Ley de Rentas Municipales", *Revista de Derecho (CDE) N° 8* [Fecha de Consulta: 1 de diciembre de 2008]. Disponible en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3/4.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3&CACHEID=b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3&CACHEID=b3bbd2804aebf01bacc5bef9e4d270c3>.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2005): *Derecho Constitucional Tributario* [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2008]. Disponible en: [http://www.u-cursos.cl/derecho/2005/2/DIP101ADM/1/material\\_docente/objeto/82304](http://www.u-cursos.cl/derecho/2005/2/DIP101ADM/1/material_docente/objeto/82304).

### Jurisprudencia jurisdiccional

#### *Tribunal Constitucional*

*Sentencia Rol 755-2007* (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 31 de marzo de 2008 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

*Sentencia Rol 825-2007* (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2008 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

*Sentencia Rol 718-2007* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 26 de noviembre de 2007 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

*Sentencia Rol 822-2007* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 13 de noviembre de 2007 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

*Sentencia Rol 790-2007* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, 25 de mayo de 2007 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

*Sentencia Rol 247-1996 (1996):* Tribunal Constitucional de Chile, 14 de octubre de 1996 (Requerimiento por constitucionalidad de proyecto de ley).

### ***Corte Suprema***

*Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Municipalidad de Pucón (2006):* Corte Suprema, 18 de julio de 2007, Rol 4224-2006 (Reclamo de ilegalidad municipal).

*Ilustre Municipalidad de Arica con Patricia del Carmen Ramírez Barbieri (2004):* Corte Suprema, 9 de diciembre de 2004, Rol 7147-2003 (Juicio ejecutivo).

*Sentencia Rol 3260-2003 (2004):* Corte Suprema de Chile, 21 de enero de 2004 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

*Sociedad Hotelera Saden Ltda. con Municipalidad de la Florida (2002):* Corte Suprema, 26 de abril de 2002, Rol 1594-2002 (Recurso de protección).

*Sentencia Rol 16293-1992 (1992):* Corte Suprema de Chile, 28 de enero de 1992 (Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

### ***Corte de Apelaciones de Santiago***

*Chilectra S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia (1996):* Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de junio de 1996, Rol 779-1995 (Reclamo de ilegalidad municipal).

### **Jurisprudencia administrativa**

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 29598 de 2002.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 19083 de 2001.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 20126 de 2000.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 15089 de 2000.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 5230 de 2000.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 49487 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 31851 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 19884 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14379 de 1999.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 13188 de 1995.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7858 de 1991.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 17533 de 1984.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 22623 de 1981.

### **Otras fuentes**

Comisión de Estudios para la Nueva Constitución.

Modelo de Código Tributario para Latinoamérica.