

## Resumen ejecutivo

### La constitucionalidad del Cargo FET

El Ministerio de Energía me ha solicitado un análisis de constitucionalidad en relación con el proyecto de ley Boletín N° 7.064-08, que busca ampliar la cobertura del subsidio eléctrico. Para financiar esta ampliación, el proyecto propone (entre otras medidas) el llamado “Cargo FET”, un gravamen que impactaría a los Pequeños Medios de Generación Distribuida (PMGD).

El análisis muestra que los reparos de constitucionalidad que se han esgrimido en su contra (que corresponden a tres grupos de argumentos) resultan injustificados:

1. **Prohibición de afectación de tributos.** Podría argumentarse que el Cargo FET contravendría el artículo 19 N° 20 de la Constitución, que impide que los tributos estén destinados a fines específicos. Sin embargo, el informe concluye que el Cargo FET no corresponde a un tributo en sentido estricto, pues importa una redistribución intrasistémica de recursos en el sector eléctrico. Además, aun si se calificara como “tributo”, la aplicación de la regla no se justifica, pues el Cargo FET no pone en riesgo los objetivos resguardados por la prohibición constitucional de afectación.
2. **Cambio del statu quo.** Dos series de alegaciones podrían presentarse en relación con las modificaciones que el Cargo FET produce en el statu quo de la regulación aplicable a los PMGD. El informe concluye que el Cargo FET no vulnera el derecho de propiedad en ningún sentido, pues los PMGD no cuentan con derechos adquiridos vinculados a la estabilización de precios. Además, tras un análisis fino del principio de confianza legítima a la luz de sus exigencias teóricas, se puede concluir que esta máxima jurídica tampoco se ve afectada.
3. **Principio de proporcionalidad.** Finalmente, respecto a lo que se ha esgrimido sobre que el Cargo FET es una medida desproporcionada, la alegación no se verifica a la luz de los *test* de la proporcionalidad, ni de las exigencias de igualdad ante las cargas públicas.

En suma, el Cargo FET no contradice ningún principio ni norma constitucional.

**Informe en derecho**  
**La constitucionalidad del Cargo FET**

El Ministerio de Energía de Chile me ha solicitado informar en derecho en relación con los reparos de constitucionalidad recaídos en el proyecto de ley, Boletín N° 17.064-08, que amplía la cobertura del subsidio eléctrico (el “Proyecto”). En concreto, se ha cuestionado la regularidad constitucional de uno de los medios de financiamiento de este subsidio, el “Cargo FET”, un gravamen que afectaría a los Pequeños Medios de Generación Distribuida de energía eléctrica (“PMGD”).

La supuesta inconstitucionalidad del Cargo FET se ha pretendido fundar en tres grupos de argumentos. Primero, en la eventual contravención de la “prohibición de afectación” de los tributos, prevista en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República (“Constitución”). Segundo, en una supuesta vulneración de derechos adquiridos o expectativas legítimas, amparados, respectivamente, en el derecho de propiedad y el principio de confianza legítima. Tercero, en la conjeturada afectación del principio de proporcionalidad y la igualdad ante las cargas públicas.

El informe se dividirá en tres secciones. En primer lugar, se expondrá el marco regulatorio en el que se inserta el “Cargo FET”, delineando asimismo sus principales características (I). En segundo lugar, se explorarán de forma específica los argumentos de inconstitucionalidad (II). Se finalizará con algunas conclusiones (III).

**I. Marco regulatorio**

**A. Los PMGD y el precio estabilizado**

- 1. La regulación eléctrica.** El mercado eléctrico chileno es un sector altamente regulado, tanto por su relevancia social (la electricidad es un insumo esencial para el desarrollo de la vida contemporánea), como por sus particularidades físicas y mercantiles. La configuración de un sistema eléctrico requiere infraestructura de gran envergadura para su producción, transporte y manejo, así como recursos

humanos preparados para enfrentar su complejidad regulatoria y su relativa peligrosidad.

En Chile, la regulación eléctrica se encauza a través de tres grandes segmentos, asociados a las etapas industriales necesarias para el suministro de la electricidad: la generación, la transmisión y la distribución. El primero consiste en la producción de la electricidad, sea mediante medios convencionales, como la energía térmica, o mediante energías renovables. El segundo dice relación con el transporte de energía a altos voltajes a través del país, constituyendo una “vertebra central” de transporte eléctrico. El tercero se refiere al transporte de energía a bajos voltajes de cara a su consumo, ya sea a grandes industrias o “clientes libres”, o a grandes centros poblacionales, o “clientes regulados”

Dadas las diferencias infraestructurales entre cada sector, su regulación difiere, para atender a sus características y necesidades. Lo explica con mucha claridad el Coordinador Eléctrico Nacional (“Coordinador”):

*“En el primero [generación] existe libre entrada, siempre que se cumpla con la normativa vigente, mientras que la transmisión es planificada por el regulador y el segmento de distribución está constituido como un monopolio natural en su zona de concesión, con tarifas reguladas en los dos últimos casos<sup>1</sup>”.*

- 2. La generación eléctrica.** El ámbito de la generación, vale decir, de la producción de electricidad, es particularmente relevante. En contraste con la transmisión y distribución, la generación está abierta al mercado bajo un régimen de competencia. No es un ámbito en que el regulador cuente con competencias de planificación. La figura de la concesión, si bien existente, no es condición necesaria para ejercer esta actividad. En definitiva, la generación opera como un genuino mercado competitivo.

En el marco de esta libertad de empresa, la retribución económica de las generadoras se encauza en tres grandes alternativas, sometidas a regulaciones más o menos

---

<sup>1</sup> Coordinador Eléctrico Nacional, “Informe Monitoreo de la Competencia en el Mercado Eléctrico 2023”, disponible en: <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2024/04/Informe-Monitoreo-2023.pdf> [acceso: 5 de noviembre de 2024].

intensas. Dos posibilidades involucran la suscripción de contratos de largo plazo. La primera de ellas, estrictamente regulada, es que vendan energía a distribuidoras (destinada a los “clientes regulados”) previa licitación convocada por la Comisión Nacional de Energía (“CNE”); en tal caso, el precio será el fijado en el marco de la respectiva licitación. Una segunda alternativa es que comprometan su producción libremente con clientes de gran tamaño, denominados “clientes libres”, mediante los acuerdos que estimen convenientes.

Sin embargo, la forma más común de obtener recursos consiste en la simple “inyección” de energía, introduciendo la electricidad generada al sistema eléctrico (considerado como un conjunto). En tal caso, el precio asignado a esa energía se calcula conforme a una fórmula que, aunque objetiva y consistente con condiciones mercantiles, es definida por el propio sistema: el llamado “precio spot”<sup>2-3</sup>, determinado por el costo marginal de la generación, el cual es calculado con periodicidad horaria (de donde resulta su carácter “instantáneo”), que lo expone a volatilidades climáticas, económicas, ecológicas y mercantiles. Así, bajo esta opción y salvo excepciones puntuales, el sistema legal valoriza en ese precio las transferencias de energía, con prescindencia de las estimaciones que cada generadora estime más óptima.

- 3. Las limitaciones de la generación.** Este régimen de comercialización no ha sido equitativamente beneficioso para todas las generadoras. El catálogo de opciones se puede ver restringido por una serie de barreras de entrada, que afectan particularmente a generadoras de menor tamaño. En particular, la capacidad de acceder a contratos de largo plazo con clientes finales se ve condicionada según el tamaño de generadora, de manera que las empresas pequeñas usualmente se ven obligadas a inyectar energía y exponerse al precio spot y su volatilidad.

---

<sup>2</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recomendación Normativa, Rol ERN-27-2021.

<sup>3</sup> En el mercado eléctrico el precio spot consiste en el costo de suministrar un kilowatt hora adicional al sistema eléctrico. Iryna Sikora, Juan Antonio Campos y Javier Bustos, “Determinantes del precio spot eléctrico en el sistema interconectado central de Chile”, *Revista de Análisis Económico*, vol. 32, N° 2, 2017.

La relevancia de esta desigualdad se hizo notar con el aumento de interés en las energías renovables. A inicios de siglo buena parte de la generación mediante energías renovables pertenecía a empresas de menor tamaño, que resultaban afectadas por estas barreras de entrada. A ello se suman problemáticas derivadas de su diseño: algunos medios renovables (particularmente solares o eólicos) dependen de recursos naturales cuya disponibilidad puede variar según diferencias climáticas. Esto llevó a hacer aún más volátil el precio spot al que podían vender su energía, pudiendo presentar, incluso, grandes diferencias de un día a otro.

Esta situación condujo a que el 2005, dentro de una política general para incentivar el uso de energías renovables<sup>4</sup>, se dictara el Decreto Supremo N°244, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (“Decreto 244”). Su objeto fue establecer nuevas reglas para brindar apoyo a las generadoras pequeñas que usaran medios de generación renovables: las PMG (pequeños medios de generación) y PMGD<sup>5</sup>, protegiéndolas de la volatilidad del mercado<sup>6</sup>.

- 4. El precio estabilizado.** El mecanismo previsto por el Decreto 244 consistía en establecer una fórmula especial de cálculo del precio a cambio del cual podían inyectar energía los PMGD. Por supuesto, los PMGD mantienen la posibilidad de

---

<sup>4</sup> “El estado de Chile, desde el 2004, ha reconocido promover la entrada de centrales de energía renovables mediante distintas políticas, incluyendo leyes que fijan cuotas para la generación de energía renovable no convencional” (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recomendación Normativa, Rol ERN-27-2021, p. 26)

<sup>5</sup> El DS N°244 las definió en su art. 1 letra a) como “Medios de generación cuyos excedentes de potencia sean menores o iguales a 9.000 kilowatts, conectados a instalaciones de una empresa concesionaria de distribución, o a instalaciones de una empresa que posea líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público”.

<sup>6</sup> La Fiscalía Nacional Económica en el año 2021 lo resume del siguiente modo: “El mecanismo de estabilización de precios para PMG se concibió en la Ley N° 19.940 o Ley Corta I con el objetivo de entregar un incentivo o fomento a la entrada de centrales de generación de menor tamaño, las que enfrentaban barreras y obstáculos para su mayor penetración. Más concretamente, la intención del referido mecanismo fue asegurar ciertos niveles de estabilidad en los ingresos futuros que permitieran facilitar el acceso a financiamiento externo e inversiones en ese tipo de tecnología, supliendo así sus dificultades estructurales para acceder al otro mecanismo de estabilización de ingresos por excelencia en el mercado de la generación, como son los contratos de suministro”. Escrito de Aporte de Antecedentes en ERN 27-2021 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“vender su energía al sistema a costo marginal instantáneo (precio spot)”<sup>7</sup>, pero se les otorga la opción (bajo requisitos formales<sup>8</sup>) de acogerse a un régimen especial, conocido como “precio estabilizado”.

Este régimen especial equipara el “precio estabilizado” a un precio regulado ya existente: el llamado “precio nudo de corto plazo”<sup>9</sup> (“PNCP”), valor fijado semestralmente por la CNE, bajo ciertas premisas normativas<sup>10</sup>. Así, los PMGD reciben, a cambio de sus inyecciones, ese PNCP, menos volátil que el precio spot.

Ahora bien, no obstante su mayor estabilidad, el PNCP no es necesariamente más beneficioso para los PMGD, pues puede ser mayor o menor que el precio spot, de acuerdo a una serie de condiciones fácticas variables (climáticas, económicas, etc.). El sentido regulatorio del precio estabilizado no era remunerar a los PMGD por sobre el precio spot, sino otorgarles estabilidad en los flujos de ingresos.

En cualquier caso, la evaluación de los distintos precios e inyecciones no se realiza de forma automática, ni se reciben inmediatamente sus precios. Depende de la acción del Coordinador, quien realiza balances económicos del mercado (LGSE, art. 72-3). Es en esta etapa cuando se sabe si el PNCP resultará o no beneficioso para los PMGD: solo se beneficiarán si es que empresas reciben precios mayores al llamado “costo marginal instantáneo”, en la medida que el PNCP resulte más alto que el precio spot. En ese caso, todas las generadoras que retiren energía del sistema

---

<sup>7</sup> Véanse, art. 39 del DS N°244, art. 162 de la LGSE y Resolución Exenta N°641, de 2016, de la Comisión Nacional de Energía.

<sup>8</sup> Esta opción debía comunicarse –entonces, al respectivo CDEC– con 6 meses de anticipación; una vez incorporados, debían mantenerse en tal régimen sin cambiarse al precio spot, por un periodo de 4 años (Art. 39 DS N°244).

<sup>9</sup> Art. 41 del DS N°244.

<sup>10</sup> Explicadas en la Resolución Exenta N° 641, de 3 de septiembre de 2016, de la Comisión Nacional de Energía.

eléctrico deben compensar a los PMGD por un monto adicional, a prorrata de sus retiros<sup>11</sup> (mediante lo que se conoce como “pagos laterales”<sup>12</sup>).

Pero puede suceder lo contrario: que el PNCP sea menor al costo marginal instantáneo. En ese caso, serán los PMGD los que deban compensar a las generadoras que realicen retiros. De ahí que se hable de un mecanismo “bidireccional”: ambas clases de empresas pueden ganar o perder, de acuerdo a condiciones volátiles.

El TDLC lo ha explicado con claridad: “la metodología del Mecanismo de Estabilización de Precios se establece dentro del marco de los balances de transferencias económicas de energía y potencia entre las empresas generadoras que inyectan y retiran energía del sistema, administrado por el Coordinador, y ese balance permite que los déficits que surgen cuando el precio estabilizado supera el costo marginal instantáneo del sistema, sean cubiertos por las generadoras que efectúan retiros, a prorrata de estos<sup>13</sup>”. El TDLC agrega que “el Mecanismo es de carácter bidireccional, pues cuando ocurre lo contrario –es decir, el costo marginal supera al precio estabilizado– las MGPE siguen obteniendo el monto de su energía valorizado a precio estabilizado, por lo que el superávit en ese caso se dirige en favor de las generadoras que efectúan retiros del sistema”. Así, “por construcción, el Mecanismo de Estabilización de Precios no corresponde a una medida que, a través de un sesgo en el precio, beneficie estructuralmente a ciertas centrales de generación en perjuicio de otras”<sup>14</sup>.

- 5. Cambios normativos.** El año 2019 se dictó el Decreto Supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía (“DS 88”), que derogó el DS 244 e implementó una nueva

---

<sup>11</sup> En este sentido, el art. 41 inc. 4 DS N°244 estableció que “la diferencia entre la valorización de las inyecciones del PMGD a precio estabilizado, y el costo marginal horario correspondiente, será asignado por el CDEC respectivo a prorrata de los retiros de energía del sistema correspondiente, entre todos quienes efectúen retiros.”

<sup>12</sup> Art. 1 N°29, Norma Técnica de Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional, 2021.

<sup>13</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recomendación Normativa, Rol ERN-27-2021, p. 31.

<sup>14</sup> Ídem.

fórmula de cálculo del precio estabilizado. El objetivo era separarlo del PNCP e incorporar una serie de consideraciones adicionales para eliminar desbalances<sup>15</sup>.

No obstante, en su artículo 2° transitorio, el DS 88 estableció un mecanismo de *grandfathering*, permitiendo a los PMGD acoplados al PNCP mantenerse en ese mecanismo. Las empresas acogidas con anterioridad al mecanismo de estabilización calculado en base al PNCP podrán continuar en él (satisfaciendo ciertas condiciones<sup>16</sup>) por un periodo de 165 meses, hasta el año 2034.

- 6. Evolución y críticas.** La persistencia de este régimen fue objeto de cuestionamientos, por una serie de actores del mercado de la generación. Se ha alegado que el precio estabilizado opera como un genuino subsidio para los PMGD, a costa del resto del sector<sup>17</sup>. Dichos cuestionamientos se emplazaron en un contexto particular, que se ha potenciado en los últimos años: un auge del PNCP por sobre el costo marginal y un aumento significativo del número de PMGD sometidas al régimen de precio estabilizado<sup>18</sup>.

Aunque se ha descartado la anticompetitividad de este mecanismo, sobre la base fundamental de su intrínseca bidireccionalidad<sup>19</sup>, algunas críticas persisten. De

---

<sup>15</sup>Art. 17 DS N°88. También, “uno de los objetivos que se tuvo a la vista con el D.S. N°88 fue la reducción de desbalances ocasionados principalmente por las distintas condiciones de oferta y demanda del sistema en distintos intervalos temporales”. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recomendación Normativa, Rol ERN-27-2021, p. 41.

<sup>16</sup> Art. 2 transitorio letra a: “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 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”.

<sup>17</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recomendación Normativa, Rol ERN-27-2021, p. 4.

<sup>18</sup> Según aportes de la Fiscalía Nacional Económica, el 2018 hubo 240 centrales sometidas a régimen de precio estabilizado, mientras que el 2020 incrementó a 393, un incremento de 64%. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recomendación Normativa, Rol ERN-27-2021, pp. 29-30.

<sup>19</sup> “El Mecanismo es de carácter bidireccional, pues cuando ocurre lo contrario – es decir el costo marginal supera el precio estabilizado- las MGPE siguen obteniendo el monto de su energía

hecho, algunas han sido formuladas por el propio Coordinador: el mecanismo, a su juicio, deriva en “una sobreinversión de centrales solares PMGD y a un aumento significativo de los pagos por compensaciones de precio estabilizado, al haberse transformado básicamente en un subsidio más que un mecanismo de estabilización”<sup>20</sup>.

No obstante, debe reiterarse que los beneficios monetarios que han obtenido los PMGD a partir del régimen estabilizado de precios no pueden comprenderse como estables o ciertos. Nada obsta a que cambios en el panorama económico nacional o extranjero, o factores climáticos impacten el sector de generación, causando que el PNCP caiga bajo el precio spot. En otras palabras: nada asegura que los PMGD mantengan, para siempre, su actual situación.

## **B. El Cargo FET**

- 7. Generalidades.** El Proyecto prevé en su artículo tercero transitorio, como uno de los medios de financiamiento del subsidio eléctrico, al discutido “Cargo FET”.

Se trata de un gravamen temporal, previsto para ser cargado “[d]urante los años 2025, 2026 y 2027”. Su objeto legal y único es “financiar el subsidio eléctrico que regula el artículo sexto transitorio de la ley N° 21.667”.

- 8. El mecanismo del Cargo FET.** Pese a que el Cargo FET grava, en definitiva, a los PMGD acoplados al régimen de “precio estabilizado”, el mecanismo utilizado para estos efectos reviste importantes diferencias con los usuales medios de financiamiento de necesidades públicas.

El gravamen posee un monto fijo (aunque reajutable), avaluado en “1,8 pesos por kWh”. Ahora bien, ese monto no se cobra directamente a los sujetos obligados al

---

valorizado a precio estabilizado, por lo que el superávit en ese caso se dirige en favor de las generadoras que efectúan retiros del sistema”. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recomendación Normativa, Rol ERN-27-2021, p. 31.

<sup>20</sup> Coordinador Eléctrico Nacional, Informe Unidad Monitoreo Competencia 2023, p.102

pago, ni se desprende de su patrimonio, sino que se aplica a los “retiros que realicen las empresas generadoras” de mayor tamaño (con capacidad instalada sobre 200 MW), sin discriminar entre ellas.

El gravamen se aplicará a los PMGD solo indirectamente, mediante un sistema de “retención”. Como se ha explicado con anterioridad, las ganancias obtenidas por las empresas que participan del sistema eléctrico no se obtienen directamente del mercado, sino que dependen de un conjunto de actos autoritativos, sobre todo de los balances sistémicos realizados por el Coordinador Eléctrico Nacional. Al hacer estos balances, el Coordinador determina las “compensaciones” a que tiene derecho cada una de las empresas. Estas compensaciones incluyen los llamados “pagos laterales”, que distribuyen ganancias entre los PMGD (sujetas a “precio estabilizado”) y las generadoras de mayor tamaño, que reciben ingresos en base al precio spot. Como se ha visto, dependiendo de ciertas circunstancias, el “precio estabilizado” puede ser superior o inferior al costo marginal; de ser superior, estos “pagos laterales” terminan beneficiando a los PMGD.

Es en esta última etapa donde interviene el Cargo FET. De los montos (siempre indeterminados y sujetos a contingencias) que podría haber obtenido un PMGD gracias a este balance de compensaciones, el Cargo FET “retiene” 1,8 pesos por kWh. No se le extirpa o impone algún monto de dinero, calculado sobre su patrimonio, ganancia o alguna transacción, sino que se le reduce la cuantía de aquello que podría haber recibido a la luz del beneficio sistémico al que puede llegar a conducir el precio estabilizado. El proyecto de ley lo explica en términos técnicos: el cálculo se realiza en base a 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”.

- 9. La recaudación del Cargo FET.** Pese a estar destinados a cubrir una necesidad pública (aliviar las finanzas de los clientes finales mediante una reducción del alza de las tarifas eléctricas), los dineros adquiridos por medio del Cargo FET no se transfieren al presupuesto nacional u a otro medio de distribución impositiva. Su

forma de recaudación es radicalmente distinta: se reconducen dentro del mismo sistema (o mercado) eléctrico.

Según el proyecto, el Cargo FET “será recaudado mensualmente por el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional...y traspasado para estos efectos al Fondo de Estabilización de Tarifas”. Este fondo es autónomo, estrictamente regulado<sup>21</sup>, auditado externamente, y con un objeto exclusivamente regulatorio-eléctrico. Como señala la ley, su único destino posible es “la estabilización de las tarifas eléctricas para clientes regulados y el pago de... saldos” específicamente eléctricos (LGSE, art. 212-14).

En una primera etapa, la recaudación y redirección de los fondos iba a ser realizado por la Tesorería General de la República, circunstancia que pudo haber generado dudas sobre su naturaleza tributaria. Sin embargo, las indicaciones introducidas por el gobierno suprimen por completo esta confusión: se propone su recaudación por el Coordinador<sup>22</sup>, lo que da cuenta de su naturaleza plenamente sectorial.

## II. La constitucionalidad del Cargo FET

### A. La afectación del Cargo FET

**10. La regla constitucional.** El artículo 19 N° 20 inciso 3 de la Constitución dispone:

*“Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado”.*

---

<sup>21</sup> Fundamentalmente por el Decreto Supremo N° 49, de 2023, del Ministerio de Hacienda, que aprueba reglamento que establece las normas que regulan la operación del Fondo de Estabilización de Tarifas de la Ley N° 21.472.

<sup>22</sup> “El Cargo FET... será recaudado mensualmente por el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional... 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”.

La disposición constitucional posee la estructura de una norma general<sup>23</sup>, y se estructura en tres partes.

En primer lugar, establece un concepto marco: los “tributos”. La regla no se aplica a cualquier institución, acto o acción, sino solo a aquello que pueda conceptualizarse como un “tributo”, “cualquiera sea su naturaleza”.

En segundo lugar, prevé una regla importante: los tributos “ingresarán al patrimonio de la nación”. Excluye —sin perjuicio de las propias excepciones constitucionales— la posibilidad de que existan múltiples centros, estatales o privados, de captación de tributos. Los tributos se centralizan, es decir, ingresan al patrimonio general.

En tercer lugar, se prescribe la llamada “prohibición de afectación”. No basta con que los tributos se centralicen: deben, además, estar dedicados o “afectados” también de forma general sin que pueda asignárseles un fin o destino concreto. Su utilización se debe decidir centralizadamente, a través de la distribución del presupuesto de la nación.

No obstante, estas reglas no son absolutas. A continuación (inc. 4), la norma constitucional prevé la posibilidad de que tributos “puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional” o que sean destinados a “las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”. Asimismo, el artículo sexto transitorio permite la subsistencia de tributos de afectación específica surgidos con anterioridad a la dictación de la Constitución: “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del número 20º del artículo 19, mantendrán su vigencia las disposiciones legales que hayan establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas”.

---

<sup>23</sup> Como se observa en la teoría del del derecho, a lo menos desde Kelsen. Véase Hans Kelsen, *Teoría general de las normas*, Madrid: Marcial Pons, 2018.

**11. Estructura del análisis.** ¿Es aplicable esta última regla al “Cargo FET”? ¿Puede estimarse este gravamen, analizado en el caso, como un “tributo” que incurra en “afectación específica”?

La respuesta a esta pregunta exige un análisis doble, de orden conceptual. Primero: ¿es el Cargo FET un “tributo”? (i). Segundo: ¿es el “Cargo FET” un tributo limitado por la prohibición de afectación? (ii).

**i. El concepto de tributo**

**12. Generalidades.** La literatura especializada está lejos de haber arribado a un concepto unívoco de “tributo”. Heredero de una larga y cambiante tradición histórica<sup>24</sup>, en la actualidad es difícil descifrar con exactitud qué es un tributo y, *a contrario sensu*, qué es lo que se encuentra fuera de su significado conceptual.

Esta indeterminación puede ser problemática de cara a la solución de asuntos jurídicos que reposan sobre el concepto de tributo, pero está lejos de ser una dificultad irresoluble. La indefinición relativa del concepto puede paliarse a través de notas descriptivas más concretas, así como mediante un examen de su historia y su funcionalidad. Esa es la tarea que se emprenderá en esta sección.

**13. Tributos y cargas públicas.** El análisis puede iniciarse con una constatación de cierta obviedad: los tributos son cargas públicas. Los tributos se incluyen dentro de la categoría de los gravámenes obligatorios que sirven como forma “de contribución de los individuos a la supervivencia y al cumplimiento de los fines de la organización política”<sup>25</sup>; son cargas que deben asumir los individuos y que sirven a la satisfacción del interés general.

---

<sup>24</sup> Véase César García, *El concepto de tributo*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

<sup>25</sup> Viviana Ponce de León, “La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, 2018, p. 843.

La pertenencia del tributo a la categoría de las “cargas públicas” no debe hacer pensar que toda carga pública puede conceptualizarse como un tributo. El concepto de carga pública es amplio y complejo, posee diversas variaciones y especificaciones, muchas de ellas alejadas del concepto de tributo. Así parece reafirmarlo la propia Constitución, al disponer “la igual repartición de los tributos” y, separadamente, de “las demás cargas públicas”. El Tribunal Constitucional lo ha expresado con mucha claridad: “no toda obligación legal de pagar algo en dinero a favor del Estado, convierte a ésta en un tributo” (Tribunal Constitucional, Rol N° 1295-2008).

Un ejemplo puede ayudar a comprender esta relación género-especie. Entre las cargas públicas se encuentran las “cargas públicas personales”, que suponen la realización de alguna acción o servicio personal en favor de la colectividad<sup>26</sup> (por ejemplo, el servicio militar). Es evidente que los tributos se diferencian de este tipo de cargas: son cargas relacionadas a bienes y no a servicios, y en concreto “cargas pecuniarias”, valuadas en dinero.

Ahora bien, tampoco parece razonable que toda carga pública pecuniaria sea calificada como un tributo. La noción de tributo posee una serie de notas definitorias, así como una funcionalidad específica, que no equivale a la de todas las cargas públicas. Se observarán a continuación algunas de sus características especiales.

**14. Las notas definitorias de los tributos.** A los tributos se les han atribuido, tanto por la doctrina como por el derecho comparado, una serie de notas definitorias.

Una de estas características se muestra especialmente importante: su carácter obligatorio o imperativo (consistente, por lo demás, con su naturaleza de carga pública). Los tributos no son simples erogaciones voluntarias, a cuyo desembolso se pueda optar, sino deberes imperativos, generadores de “obligaciones tributarias”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 855.

<sup>27</sup> Patricio Masbernat, “Una tesis sobre la naturaleza y las características de la obligación tributaria”, *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, vol. 26, N° 2, 2017.

Otra mención clásica refiere el “objetivo recaudatorio” de los tributos. Los tributos tienen como fin la recaudación de ingresos para el “sostenimiento de los gastos públicos”<sup>28</sup>. Poseen, así, un “fundamento contributivo”, que los diferenciaría de otras exacciones obligatorias<sup>29</sup>. Por supuesto, no es necesario que el fin contributivo sea exclusivo (pueden sumarse otros, como el incentivo de conductas<sup>30</sup>), pero debe siempre ser el objetivo principal<sup>31</sup>.

En seguida, la literatura ocupa como base del concepto de tributo el acaecimiento de un supuesto de hecho que la ley vincule a una obligación tributaria. Los tributos no nacen por la sola decisión arbitraria de una autoridad, sino por el cumplimiento de un supuesto previsto en una norma general<sup>32</sup> (que, de acuerdo al principio de legalidad tributaria, debe tener fuente legislativa<sup>33</sup>).

A su vez, para que posea naturaleza tributaria, este supuesto de hecho debe también revestir algunas características típicas. Debe tratarse de un hecho “lícito”, lo que descarta el carácter tributario de las multas. También —y aunque se observa con especial claridad en el caso de los “impuestos”, clase arquetípica de tributo— se debe tratar de un hecho que demuestre, en algún sentido, “la capacidad económica del sujeto”<sup>34</sup>; ya sea en referencia al patrimonio, el ingreso o la herencia, estos deben vincularse con alguna expresión de riqueza.

---

<sup>28</sup> André Alves, “Prestaciones patrimoniales de carácter público. Las prestaciones pecuniarias coactivas no-tributarias”, *Dereito*, vol. 11, N° 1, 2002, p. 13.

<sup>29</sup> Juan Ramallo, “Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)”, *Revista Española de Derecho Financiero*, N° 90, 1996, p. 261.

<sup>30</sup> Por ejemplo, incentivos para el cuidado del medio ambiente. Véase Rodolfo Salassa, “Cuestiones elementales sobre los tributos ambientales”, *Revista de Derecho Universidad Centroamericana*, N° 16, 2013.

<sup>31</sup> La Ley General Tributaria Española lo dispone muy claramente: su “fin primordial” es “obtener los ingresos para el sostenimiento de los gastos públicos” (art. 1).

<sup>32</sup> Así lo señala la Ley General Tributaria española, según la cual los tributos surgen “como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir” (art. 1).

<sup>33</sup> Véase Bárbara Meza y David Ibaceta, *El principio constitucional de legalidad en materia tributaria*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 37, 2007.

<sup>34</sup> Alves, 2002, *op. cit.*, p. 15

Estas notas definitorias permiten hacer un primer despeje conceptual. Para que una carga pública sea conceptualizable como tributo debe, a lo menos, preverse de forma obligatoria, con un objetivo recaudatorio y sobre la base de un hecho imponible vinculado a alguna expresión de riqueza. Aunque todas estas ideas se basan en conceptos abstractos e indeterminados, es posible que ayuden a descartar la naturaleza tributaria de algunas cargas públicas.

- 15. El tributo como género.** Más allá de estos conceptos generales, es usual que los tributos sean entendidos como un género o figura genérica que aglutina otra serie de instituciones. La noción de tributo, se sostiene, se disgrega en otras tres figuras: el impuesto, la tasa y la contribución<sup>35</sup>.

La inclusión de los impuestos a esta categoría es lógica: se trata del modelo arquetípico del tributo. Cumplen todas sus características con exactitud: son obligatorios, poseen un fin recaudatorio, se fundan en un supuesto de hecho (al que, precisamente, se denomina “hecho imponible”<sup>36</sup>) lícito y vinculado siempre a la riqueza, y se dirige de modo general a alimentar las finanzas públicas. Más allá de estas características, su singularidad recae, como ha explicado el Servicio de Impuestos Internos, en que “no están sujetos a una contraprestación directa”<sup>37</sup>. Se trata de una carga difusa, no condicionada a una retribución ni a un beneficio o servicio concreto.

Las contribuciones y tasas, por el contrario, suponen alguna suerte de beneficio o retribución.

Las contribuciones dicen relación con las prestaciones debidas “en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras

---

<sup>35</sup> Algunos autores son más generosos. Para Evans, por ejemplo, la expresión tributo “engloba toda exacción patrimonial impuesta por la ley a las personas en beneficio de la nación”. Enrique Evans y Eugenio Evans, *Los tributos ante la constitución*, Santiago, Editorial Jurídica, 1997, p. 283

<sup>36</sup> Para el análisis del hecho imponible, véase Dino Jarach, *El hecho imponible*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.

<sup>37</sup> Servicio de Impuestos Internos, “Diccionario Tributario”. Disponible en: [https://www.sii.cl/diccionario\\_tributario/dicc\\_i.htm#:~:text=Impuestos%3A%20Pagos%20obligatorios%20de%20dinero,y%20servicios%20de%20carácter%20público](https://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_i.htm#:~:text=Impuestos%3A%20Pagos%20obligatorios%20de%20dinero,y%20servicios%20de%20carácter%20público) [acceso: 17 de octubre de 2024]

públicas o de especiales actividades del Estado”<sup>38</sup>. No se discute su adscripción general a la noción de “tributo”, aunque algunas figuras anexas, como las “contribuciones parafiscales” (cargas ligadas a beneficios que operan externamente al patrimonio fiscal), parecen quedar excluidas del concepto tradicional de tributo<sup>39</sup>.

Las tasas, por su parte, son cargas que se exigen a los ciudadanos por el uso del dominio público, la realización de actividades públicas o la prestación de servicios públicos<sup>40</sup>. La contraprestación, en este caso, es directa: el servicio o actividad beneficia “de modo particular”<sup>41</sup> al obligado. Aunque generalmente tratadas en conjunto, la inclusión de las tasas al concepto de “tributo” ha sido más polémica.

Su inclusión general parece difícil de contradecir. La jurisprudencia tiende a reconocerlo<sup>42</sup>. No obstante, no puede negarse que la tasa es una “figura limítrofe”<sup>43</sup>, muy cercana a otras instituciones distintas cuyo carácter tributario ha sido descartado. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, recalcando el carácter no tributario de algunas tasas, como las impuestas para el control fitosanitario realizado por el Servicio Agrícola y Ganadero en las aduanas:

*“[L]os dineros que cobra el SAG no lo son en virtud de la potestad tributaria del Estado, no existe a su respecto una actividad coercitiva del Servicio, sino que constituyen el precio de un servicio. Así, tampoco son estos cobros de carácter general y aplicables a toda la comunidad, como lo serían los tributos, sino que sólo son aplicables a los exportadores que han solicitado el respectivo servicio, dentro del ejercicio de su actividad económica”* (Tribunal Constitucional, Rol N° 1405-2010)<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> Enrique Navarro, “Notas sobre Principios de Derecho Constitucional Tributario”, *Revista de Derecho Público*, vol. 70, 2008, pp. 77-78.

<sup>39</sup> José Luis Carrión, *Los tributos parafiscales en la comunidad andina*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.

<sup>40</sup> Ley General Tributaria española, art. 2.2

<sup>41</sup> Ley General Tributaria española, art. 2.2

<sup>42</sup> Por ejemplo, Corte Suprema, Rol N° 16.293, de 28 de enero de 1992. RDJ 89, 1992, secc. 5, p. 11.

<sup>43</sup> Masbernat, 2017, *op. cit.*, p. 869.

<sup>44</sup> Una opinión similar en el voto de minoría de Tribunal Constitucional, Rol N° 2332-2014: “que para estos Ministros no puede asimilarse las tasas a los tributos. Ellas son ingresos de derecho público

**16. La conceptualización funcional del tributo.** De las conceptualizaciones previas se desprenden dos grandes conclusiones. Primero, la noción de tributo posee ciertos márgenes conceptuales, fuera de los cuales es posible detectar algunas figuras que no parece posible definir como tributos. Segundo, tales márgenes están delimitados por nociones indeterminadas.

Esta indeterminación no es necesariamente problemática. Como señala la literatura más sofisticada, ningún concepto jurídico es una realidad estática<sup>45</sup>. Los conceptos jurídicos son, en su esencia, figuras instrumentales, útiles para abstraer y estabilizar el material jurídico<sup>46</sup>, de manera de volverlo operativo. Por eso, es natural que los conceptos jurídicos cambien o se vuelvan difusos a lo largo del tiempo, pues el propio material jurídico al que obedecen (que, a su vez, depende de cambios sociales) también se transforma.

Así, pese a su identificación con ciertas características, el concepto de tributo no puede interpretarse como una noción jurídica inamovible. El concepto de tributo está sometido, no solo a todo un desarrollo dogmático y legal (presidido por la rama de “derecho tributario”) sino a un trasfondo económico del que no puede desligarse. La evolución de la economía, y las reacciones del derecho frente a esa evolución, evidentemente inciden en su conceptualización.

Parece más útil entender al concepto de tributo en el sentido esgrimido por Masbernat. El tributo se trataría no de un término rígido, sino de una “categoría compleja y nuclear que identifica determinada clase o tipo de relaciones jurídicas”<sup>47</sup>, en este caso, las “relaciones jurídicas tributarias”. El concepto de tributo engloba los efectos jurídicos que surgen en el marco de las relaciones que pueden ser concebidas como “tributarias”<sup>48</sup>.

---

distintos, que no pueden estar sujetos a un mismo estatuto que los tributos. Desde luego, porque tienen elementos configurativos distintos: voluntariedad, contraprestación, no afectación”.

<sup>45</sup> Véase, en general, Silvia Díez, “La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 31, 2015.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>47</sup> Masbernat, 2017, *op. cit.*, p. 867.

<sup>48</sup> *Ídem.*

**17. La complejización de la recaudación.** El principal fenómeno jurídico-económico al que está anclado el concepto de tributo es, precisamente, la evolución de los medios de recaudación de recursos públicos. Esta evolución es esencial para comprender las relaciones jurídicas tributarias en la actualidad.

El tributo ha sido pensado históricamente como un medio de contribución de los súbditos a los gobernantes, o a las potencias invasoras, siempre al servicio de la financiación de algún aparato o función gubernativa. La identificación del territorio nacional con el Estado, bajo la modernidad, termina por potenciar esta lógica, centralizando la recaudación: los ciudadanos se ven llamados a contribuir al aparato estatal a través de tributos<sup>49</sup>.

Esta lógica se extendió durante siglos, y se ha visto fortalecida por la modernización de los sistemas de recaudación y administración de los tributos. Los Estados modernos, y también Chile (sobre todo, desde la creación del Servicio de Impuestos Internos en 1902), cuentan con complejas orgánicas y extensas normativas dirigidas a regular la recaudación tributaria.

Este proceso de complejización ha seguido su curso progresivo, a la luz de los cambios sociales y políticos. Uno de ellos, de mucha relevancia en este ámbito, es la pérdida paulatina de la unidad original del sistema estatal, en pos de la creación de instituciones y sistemas paralelos vinculados a disciplinas y mercados regidos por cánones funcionales (técnicos, científicos, etc.). En distintas partes del mundo, la especialización de ámbitos como la energía, el agua, la sanidad o el medio ambiente han propiciado la creación de verdaderos subsistemas estatales y administrativos<sup>50</sup>, con la pretensión de adaptarse a sus lógicas internas para regularlos adecuada y

---

<sup>49</sup> Cuestión esencial para la consolidación de los Estados, que aúnan en un centro único los beneficios antes obtenidos por múltiples actores (señores feudales, corporaciones, etc.).

<sup>50</sup> Véase, en general, Eberhard Schmidt-Assman, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

eficientemente<sup>51</sup>, dando origen a un nuevo modelo estatal conocido como “Estado regulador”<sup>52</sup>.

Esta atomización regulatoria ha permeado en el aparato de recaudación de ingresos, excepcionando sus formas tradicionales. Los tributos, a lo menos desde la consolidación del Estado moderno, se construyeron en torno a una cierta mecánica, que podría entenderse como de ida y retorno: los ingresos son recaudados por órganos estatales y luego remitidos a una fuente única, los fondos fiscales, desde donde se distribuían nuevamente a los distintos sectores de actividad e interés públicos, por medio de las “leyes de presupuesto”. Esto explica que la regla constitucional bajo análisis señale, a través de una frase pacífica, que los tributos “ingresarán al patrimonio de la nación”: es ese su objeto general, la forma en que tradicionalmente operan.

Por supuesto, para todo Estado contemporáneo esa lógica operativa es fundamental, e incluso preponderante. La disciplina del “derecho tributario” reposa sobre esa mecánica: estudia la forma en que los órganos de recaudación tributaria calculan y extraen tributos, y las opciones de que disponen los privados para enfrentar esa recaudación. No obstante, se observan con cada vez más frecuencia mecanismos estatales de recaudación diferenciados, vinculados precisamente con estos subsistemas.

**18. Ejemplos de recaudación extratributaria.** Estos modelos alternativos de recaudación, de uso extensivo a nivel comparado, pueden ilustrarse con dos ejemplos conocidos en Chile.

Un caso clásico dice relación con las llamadas “cotizaciones” de seguridad social, ya sea previsionales o de salud. Pese a la subsistencia en el mundo de modelos

---

<sup>51</sup> Gaspar Ariño y Juan Miguel de la Cuétara, “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, N° 9, 2000.

<sup>52</sup> Laura Baamonde, “Estado regulador”, *Eunomía*, N° 17, 2019.

plenamente impositivos<sup>53</sup> (y, por tanto, tributarios), tanto en Chile como en el extranjero ha sido usual la creación de fondos especiales, a los cuales se dirigen estas cotizaciones, cuyo objeto es financiar servicios de seguridad social. La intermediación del presupuesto fiscal, clásica de los tributos, se observa innecesaria: el fondo permite captar y reconducir los ingresos dentro de un mismo subsistema, evitando la ineficiencia e inestabilidad que podría producir la discusión política de la ley de presupuestos. Así, las cotizaciones funcionan por fuera del sistema tributario; son ingresos estatales que no funcionan con la mecánica general de los tributos.

En el caso de Chile, el ejemplo del Fondo Nacional de Salud (“FONASA”) es muy elocuente. El FONASA es el órgano público descentralizado encargado de “financiar, en todo o en parte... las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios de su régimen”, para lo cual está llamado a “[r]ecaudar, administrar y distribuir” cotizaciones de salud (DFL, art. 50). Estas cotizaciones no pasan por el presupuesto estatal: se dirigen directamente a FONASA, que luego las utiliza para el financiamiento de las funciones sanitarias. En consecuencia, no funciona como un tributo, sino precisamente como un “fondo”, que recauda y financia sin transitar por el centro fiscal.

Otro ejemplo se observa en la regulación de mercados complejos. Los modelos regulatorios se han vuelto incrementalmente autónomos, incorporando reglas y lógicas especiales, a la luz del desarrollo técnico y económico de cada mercado. Por supuesto, la regulación exige la intermediación de instituciones reguladoras, la compensación de eventuales consecuencias negativas, y la consecución de determinados fines, a los que un sistema está llamado a conducir. ¿Cómo se financian estas instituciones? ¿cómo propiciar la realización de esos objetivos? Nuevamente, la opción “tributaria” (y, luego, presupuestaria) parece ineficaz y riesgosa. Es por eso que se han explorado alternativas (utilizando como ejemplo sistemas de autorregulación) consistentes en encapsular las consecuencias de

---

<sup>53</sup> Como el caso español, en que “cada persona aporta impuestos en función de su capacidad económica y recibe servicios sanitarios en función de sus necesidades de salud”. Véase Ministerio de Sanidad de España, “Financiación”, disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/docs/financiacion08.pdf> [acceso: 8 de noviembre de 2024].

operación del sistema, utilizando los recursos generados en su interior, para financiarlo. El funcionamiento del sistema reporta una serie de ingresos (avaluados en precios, tarifas, compensaciones u otras figuras), que pueden redirigirse para financiar el funcionamiento del propio sistema o sus objetivos.

El mercado eléctrico, estudiado para este caso, constituye un ejemplo ilustrativo de este tipo de cargas. Basado en un sofisticado sistema de generación de precios, compensaciones y preferencias, muchos de ellos creados o determinados por los propios órganos regulatorios, el mercado eléctrico necesita de una orgánica regulatoria capaz de disciplinar su funcionamiento. El Coordinador es, en este contexto, un ente fundamental, que se encarga de definir parte de esos precios y preferencias. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 212°-13 de la LGSE<sup>54</sup>, su financiamiento se realiza, pues, en el marco del propio sistema, a través del denominado “cargo por servicio público”, que es una carga pecuniaria incluida en la cuantía de determinadas operaciones (imputada, finalmente, a las tarifas), destinada a cubrir los costos de su funcionamiento<sup>55</sup>.

**19. Hacia un concepto de tributo acorde a su funcionalidad.** Estas nuevas modalidades de recaudación de recursos para fines (*lato sensu*) públicos impactan sobre la conceptualización de los tributos. Una concepción amplia y sobreinclusiva de la noción de tributo, como la que se observa en alguna literatura clásica, parece poco coherente con estas nuevas modalidades de recaudación, ajenas a la mecánica habitual de los tributos y a algunas de sus notas definitorias.

El concepto de tributo adquiere, así, cierta especificidad. Es una categoría amplia pero no indefinida, que aglutina las relaciones jurídicas conceptualizables como “tributarias” (estudiadas, naturalmente, por el *derecho tributario*).

---

<sup>54</sup> “El presupuesto del Coordinador, del Panel de Expertos y el estudio de franja que establece el artículo 93, será financiado por la totalidad de usuarios finales, libres y sujetos a fijación de precios, a través de un cargo por servicio público”.

<sup>55</sup> Establecidos en la Resolución Exenta N° 379, de 26 de julio de 2017, de la Comisión Nacional de Energía, y sus modificaciones posteriores.

Por supuesto, los “impuestos” se incluyen en esta categoría. Los impuestos son el principal objeto de estudio del derecho tributario, al punto tal que la noción de impuesto se tiende a confundir con la palabra “tributo”. En la literatura y regulación anglosajona, este solapamiento es aún más claro: los conceptos de “tributo” e “impuesto” son indiferenciables, pues ambos se traducen como “*tax*”.

Las “tasas” y las “contribuciones” parecen también quedar incluidas en la noción de tributo, a lo menos en sus modalidades tradicionales. Se trata, sin embargo, de “categoría[s] limítrofe[s]”, cuyo carácter tributario debe ser estudiado caso a caso, y a la luz de las peculiaridades de cada sistema.

Así las cosas, el concepto de “tributo”, parece haber ido definiendo sus contornos, a la luz del desarrollo histórico de las modalidades de recaudación de recursos públicos. Esta conceptualización, aunque todavía generosa, lleva necesariamente a excluir algunas figuras, engendradas por la atomización funcional del Estado contemporáneo y difícilmente susceptibles de incluirse en el concepto de tributo.

**20. ¿Es el Cargo FET un tributo?** Pese a que un análisis muy generalista podría mostrar cierta coincidencia conceptual entre la noción de tributo y el Cargo FET, un análisis más profundo, acorde con los términos que se han deslizado en los últimos párrafos, muestra buenas razones para descartar esta asimilación.

(a) Ante todo, el Cargo FET no es un tributo porque no se adapta a ninguna de las categorías cubiertas por el género “tributo”.

No cumple, en primer lugar, las exigencias para poder ser conceptualizado como un “impuesto”. Los impuestos se definen por calcularse sobre la base de un “hecho imponible”, delimitado legalmente, vinculado a la “capacidad económica del sujeto obligado al pago”<sup>56</sup>. Esta capacidad económica puede derivar de distintos medios, como el patrimonio, una herencia o una ganancia, pero es necesario siempre que se vincule a ella. Como explica Jarach, la

---

<sup>56</sup> El Diccionario panhispánico del español jurídico define “impuesto”, como “Tributo exigido sin contraprestación en virtud de la capacidad económica puesta de manifiesto por el contribuyente”.

“capacidad contributiva” es la “causa” de las obligaciones tributarias, “la única razón que explica” que diversas obligaciones puedan ser consideradas impuestos<sup>57</sup>.

En contraste, el Cargo FET no se vincula en ningún grado a la “capacidad contributiva” del sujeto gravado. Como se ha explicado, se trata de un cargo imputado a una serie de compensaciones, cuyo monto es calculado sobre la base de los retiros realizados, no por la propia empresa gravada, sino por otra: una empresa generadora de gran tamaño. Nada tiene que ver en su cálculo la capacidad contributiva del sujeto gravado.

Tampoco cumple las exigencias para ser tratada como una “tasa” o una “contribución”. Ambas figuras exigen algún grado de contraprestación directa, que en el caso del Cargo FET no se observa<sup>58</sup>.

- (b) En seguida, el Cargo FET no puede conceptualizarse como un tributo, pues su mecánica de operación se diferencia de aquella que caracteriza a las figuras tributarias. Como se ha visto, el concepto de tributo descansa en la mecánica tradicional de la recaudación de recursos públicos, caracterizada por un proceso de dos pasos: primero, la extracción de recursos y su ingreso al patrimonio fiscal y, luego, su distribución entre las distintas necesidades públicas disponibles mediante el presupuesto.

El Cargo FET es un ejemplo, por el contrario, de nuevas modalidades de recaudación, ajenas a esta mecánica. El Cargo FET reconduce dentro del mismo sistema los recursos obtenidos en el mercado eléctrico, calculados en función de un conjunto de operaciones que se desarrollan al interior de él. La autoridad realizará un cálculo (la diferencia entre un precio fijado por la autoridad y el

---

<sup>57</sup> Jarach, 1982, *op. cit.*, p. 102

<sup>58</sup> Solo muy indirectamente, el Cargo FET podría vincularse a las “contribuciones”, en el sentido de que, tal como sucede con ellas, el sujeto gravado recibe un tipo de ventaja económica, derivada del régimen económico de “precio estabilizado” al que elige pertenecer. Sin embargo, curiosamente, se trataría de una de aquellas contribuciones “límitrofes” o que en el derecho comparado se excepcionan de la aplicación de reglas de no afectación.

costo marginal de la energía) que, en lugar de quedar en manos de un PMGD, se trasladarán a corregir un objetivo esencial del sistema eléctrico, como es la economicidad de las prestaciones y la garantía de su pago (LGSE, arts. 72-1 y 72-11). Ese traslado se realizará por intermedio de un fondo interno, incluido dentro del sistema, y estrictamente dedicado a tales fines.

En términos sencillos: el Cargo FET disminuye eventuales beneficios derivados de un precio creado artificialmente con el fin de asegurar que esa conjunción de precios artificiales (a la que se llama “sistema”) se redirija hacia objetivos que ceden en beneficio del propio mercado eléctrico. Esta dinámica regulatoria, compleja y artificialmente creada, nada tiene que ver con la lógica de los tributos.

- (c) En suma, el Cargo FET no es más que una redirección de pagos intrasistema, aplicada a un mecanismo de compensación reglado y operativizado por autoridades regulatorias, y calculado sobre la base de precios institucionalmente creados. No se verifica ningún genuino “hecho imponible” vinculado a la capacidad económica del gravado, ni una mecánica asimilable a la que suelen practicar los tributos.

## ii. La no afectación

**21. Generalidades.** Como se ha visto, el Cargo FET es difícilmente conceptualizable como un tributo. Esta dificultad incide, pues, sobre la pretendida aplicación de la “prohibición de afectación”, que impide destinar *tributos* a fines determinados. Otras cargas públicas no tributarias, como sería el Cargo FET, podrían entonces afectarse a fines concretos.

Ahora bien, más allá de esta premisa, la aplicación de la propia prohibición de afectación debe analizarse de forma independiente. Sin perjuicio de los conceptos jurídicos que la conforman, no puede aplicarse una prohibición de esta naturaleza a hechos o circunstancias inconsistentes con su sentido o funcionalidad. De lo contrario, incurrirían en lo que la teoría del derecho llama “impropiedad

normativa”, que se produce cuando el pensamiento de la ley o su propósito original<sup>59</sup>, se muestra ajeno al contenido que adquiere con su aplicación.

**22. Fundamentos de la prohibición de afectación en el derecho comparado.** Los fundamentos de la prohibición de afectación no son completamente nítidos. Por supuesto, no es un principio de origen nacional. Hay ejemplos comparados que reconocen el principio de no afectación como base del derecho tributario.

Es extraño, sin embargo, que se le reconozca a nivel constitucional<sup>60</sup>. En Argentina, por ejemplo, el principio se reconoce como parte de una máxima general, que se ha denominado “unidad presupuestaria”<sup>61</sup>, cuyo reconocimiento es legal<sup>62</sup> y admite múltiples excepciones<sup>63</sup>.

En sentido similar, el derecho español prevé el principio de no afectación como corolario lógico del principio de “unidad de caja”, reconocido por la Ley General Presupuestaria<sup>64</sup>, según el cual los ingresos y gastos deban centralizarse en una tesorería única a la que corresponde la gestión de todos los caudales públicos<sup>65</sup>.

El sentido que le otorgan a este principio se relaciona, así, con la centralización presupuestaria. El fundamento general se desprende con claridad: que los entes

---

<sup>59</sup> Fernando Atria, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 117.

<sup>60</sup> El derecho peruano es una excepción. La Constitución peruana de 1993 dispone en el inciso segundo de su artículo 79 que “el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados”. En seguida, introduce una excepción al principio de no afectación, a saber, que los tributos de afectación específica sean solicitados por el Poder Ejecutivo.

<sup>61</sup> La condición de que los gastos del Estado sean atendidos, indiscriminadamente, con el conjunto de los fondos del erario público. Adolfo Atchabahian, *Régimen Jurídico de la Gestión y del Control en la Hacienda Pública*, 3ª Ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 1996.

<sup>62</sup> La Ley N° 24.156, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, en su artículo 23 consagra el principio de no afectación al establecer que “no se podrá destinar el producto de ningún rubro de ingresos con el fin de atender específicamente el pago de determinados gastos”.

<sup>63</sup> Estas excepciones legales son los productos provenientes de (i) operaciones de crédito público; (ii) donaciones, herencias o legados a favor del Estado nacional, con destino específico; y (iii) los que por leyes especiales tengan afectación específica.

<sup>64</sup> El artículo 27.3 de la Ley española 47/2003, de 26 de noviembre.

<sup>65</sup> Amable Corcuera, *Los principios presupuestarios*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, 2012, p. 15

públicos puedan decidir libremente sobre las necesidades públicas a satisfacer, pudiendo disponer de la totalidad de los ingresos<sup>66</sup>.

**23. Fundamentos de la prohibición de afectación en Chile.** Un sentido similar parece haber inspirado al constituyente chileno. Como explica la doctrina, el principio pretende “conceder libertad al poder ejecutivo para la asignación de recursos”, a la luz del “principio de universalidad de los ingresos públicos en virtud del cual todos y cada uno de los ingresos debe ser conducido al fondo común del Fisco”<sup>67</sup>.

Ahora bien, la relevancia del principio excede lo meramente dogmático: su consagración constitucional descansa en razones pragmáticas y contingentes, de especial importancia en la época de dictación de la Constitución. En tal entonces subsistía un temor, probablemente justificado en los eventos de mediados del siglo XX, a la cooptación corporativista de los ingresos nacionales, que se buscaba evitar con esta regla.

En efecto, Ibaceta justifica el principio en la prevención del “ejercicio de presiones sobre el cuerpo del Congreso Nacional, orientadas a conseguir que ciertos tributos sean destinados a áreas especiales de inversión o gasto fiscal”<sup>68</sup>. Zúñiga relata este origen con claridad histórica: el principio de no afectación “surge a raíz de que históricamente los parlamentarios presionaban para establecer tributos locales y de esa forma financiar ciertas obras o exigencias de la clientela política. Esto se compagina con una visión centralista del manejo de la hacienda pública”<sup>69</sup>.

La no afectación descansa, así, en una pretensión de evitar el clientelismo, la cooptación de los ingresos públicos por parte de grupos de interés. Es el Estado central el que debe definir el destino de los tributos, que no pueden quedar anclados a este tipo de intereses.

---

<sup>66</sup> Ídem.

<sup>67</sup> Ibaceta, *op. cit.*, p. 196.

<sup>68</sup> Ibaceta, *op. cit.*, p. 196.

<sup>69</sup> Francisco Zúñiga, *Lecciones de derecho constitucional*, T. II., Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 57.

El sentido de las (pocas) excepciones a este principio reflejan también su sentido contingente. Fuerzas militares (entonces gobernantes) y regiones o municipios (en pleno proceso de auge de la descentralización) no se consideraban, en la lógica de la época, grupos de interés respecto de los cuales fuere necesario evitar la coaptación de ingresos.

Así las cosas, la prohibición de afectación parece haber sido constituida con un objeto concreto: impedir que el patrimonio general del Estado quedase “amarrado” en favor de instituciones públicas o colectivos sociales determinados. Así se entendían suficientemente cauteladas las prerrogativas distributivas del legislador presupuestario frente a los afanes clientelistas de instituciones públicas o eventuales grupos de interés. Sus excepciones también dan cuenta de este sentido: los órganos locales o regionales y las fuerzas armadas aparecen, ante la filosofía originaria de la Constitución de 1980, como organismos que merecerían un tratamiento preferencial.

- 24. ¿Se aplica la prohibición de afectación al Cargo FET?** La afectación específica del Cargo FET no arriesga transformarse en ningún tipo de desviación de recursos públicos o privilegio de grupos de interés. Por el contrario, el subsidio eléctrico beneficia a todos los ciudadanos. Su sentido es completamente ajeno al que motiva a la prohibición de afectación.

En efecto, la prohibición surge de un riesgo de que los impuestos y contribuciones (y, quizá, tasas) que se tenían en mente en la época fueran destinadas a instituciones administrativas específicas para dedicarlas a fines concretos. No obstante, es insensato que se extienda esta prohibición a otras modalidades de recaudación, no previstas en los tiempos de redacción de la Constitución o cuya relevancia parece haber sido descartada.

Así sucede con las (ya analizadas) cotizaciones de salud del FONASA. La disposición no pudo entenderse prevista para negar o evitar la afectación específica de estas cargas, cuyo nacimiento es prácticamente paralelo a la dictación de la Constitución de 1980, sin que se haya discutido nunca su afectación específica. Lo lógico es asumir que el constituyente no las consideraba tributos. Pero, incluso si se las considerara

como tales, la regla resultaría inaplicable: es evidente que no estaba pensando en ellas.

Pues bien, lo mismo puede decirse respecto del Cargo FET. El Cargo FET implica la redirección de recursos dentro del mismo sistema eléctrico, conforme a una serie de pasos reglados. Se trata de un medio intrasistémico de recaudación de recursos, modalidad moderna de financiamiento no prevista en la época de dictación de la Constitución. No parece posible inferir que la regla prohíba gravámenes de este tipo. En efecto, su racionalidad no le resulta extensible: no se trata de un ingreso fiscal asignado a un grupo específico, o que arriesgue transformarse en tal, sino una simple reconducción de recursos pensada para el bienestar general de los consumidores, que no alcanza siquiera a transitar por el presupuesto fiscal.

Así, con prescindencia de que se trate o no de un tributo, la prohibición de afectación no puede entenderse concebida para gravámenes de la naturaleza de Cargo FET. Se trata de un modelo de recaudación pública ajeno a aquellos que la norma tenía en consideración, y que no arriesga incurrir en las desviaciones que la norma se proponía evitar.

De tal forma, una eventual aplicación de la regla (si es que se estimase aplicable) incurriría en todo caso en impropiedad normativa.

## **B. El Cargo FET ante los cuestionamientos contra la modificación del régimen normativo.**

**25. Objeto y estructura de la sección.** Un segundo grupo de cuestionamientos a la constitucionalidad del proyecto tiene por eje la modificación del *statu quo* vigente aplicable a los PMGD. El alegato es el siguiente: el importe que se incorpora al marco normativo del sector eléctrico, al reducir las ventajas ofrecidas por el sistema legal a los PMGD, resultaría inconstitucional.

En principio, toda ley importa una modificación del régimen jurídico anterior. Aunque las leyes están hechas para durar (en general, indefinidamente), un

presupuesto fundamental del régimen republicano y característico del derecho moderno consiste en que el pueblo, por medio de sus representantes, puede darse a sí mismo las reglas que estime más convenientes. De esta premisa resulta que el “poder legislativo” siempre puede cambiar las leyes anteriores.

En sus propios términos, el argumento de la alteración del *statu quo* es una constatación trivial del dinamismo del derecho moderno. De ahí que su cuestionamiento aparezca, *a priori*, como inaceptable, porque importa consolidar de modo definitivo el sistema legal, vedando a las generaciones futuras de la posibilidad de hacerlo evolucionar en función de los consensos societales.

Ahora bien, no obstante su inadmisibilidad de principio, la misma idea suele presentarse bajo el ropaje de planteamientos de orden constitucional. Por una parte, suele alegarse que las leyes que inciden en posiciones jurídicas surgidas en amparo del derecho anterior afectarían el derecho de propiedad, o bien, las legítimas expectativas que ese derecho anterior haya podido hacer surgir en sus destinatarios, de un modo contrario a las exigencias de la seguridad jurídica. En los párrafos que siguen se analizan estos dos planteamientos en detalle.

#### **i. El Cargo FET ante el derecho de propiedad**

**26. Protección constitucional de la propiedad.** El bien conocido artículo 19 número 24 de la Constitución reconoce el derecho de propiedad en términos amplios. En lo que interesa, la regla dispone:

*“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de*

*interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.*

La norma citada se refiere en general al derecho de propiedad, que corresponde en sentido propio al señorío que se ejerce sobre una cosa (raíz o mueble), pero que extensivamente incluye al que quepa sobre “bienes incorporales”. De este modo, una interpretación bien arraigada en la práctica legal chilena asume que tanto los derechos reales (en los que cabe tradicionalmente el derecho de dominio sobre cosas corporales), como la titularidad de los derechos personales o de crédito –que son prerrogativas de una persona para con otra, en términos de dar, hacer o no hacer algo– caen bajo el imperio del derecho de propiedad. En el extremo, toda titularidad jurídica sería, desde esta perspectiva, objeto del derecho constitucional de propiedad.

**27. Cambios normativos y afectación del derecho de propiedad.** Es relativamente común que, frente a cuerpos normativos que inciden en el régimen legal de determinadas ventajas conferidas a las personas por el ordenamiento anterior, los interesados esgriman la afectación de “derechos adquiridos”, con el fin de cuestionar la constitucionalidad de las innovaciones legislativas a la luz del derecho de propiedad.

La noción de derechos adquiridos es relativamente imprecisa. Aunque tiene raíces antiguas<sup>70</sup>, se suele invocar en el derecho moderno frente a la aplicación retroactiva de las leyes. En este plano, aparecen como derechos incorporados al patrimonio con arreglo al derecho vigente, en principio llamados a resistir a los cambios

---

<sup>70</sup> Los *iura quaesita* aparecían en la doctrina iusnaturalista clásica como figura opuesta a los *iura connata* (derechos innatos, provenientes de la naturaleza del hombre), concebidos como derechos nacidos únicamente a partir de una actividad particular del hombre, y susceptibles de actos propios del comercio jurídico (renuncia, modificación, etc.). Constantin Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, París, LGDJ, 1997, p. 3.

normativos<sup>71</sup>. El argumento es más o menos sencillo: si la ley nueva pasa a llevar derechos adquiridos bajo el imperio del derecho anterior, entonces la ley nueva se considera retroactiva. El argumento es funcional a planteamientos específicos del derecho transitorio, en el entendido de que por regla general la ley sólo rige hacia el futuro, de modo que la afectación de derechos adquiridos transgrede el sistema legal.

Aunque el principio de irretroactividad de la ley no tiene reconocimiento constitucional (salvo, por excepción, en materia penal), una solución análoga a aquella a que conduce la teoría antes esbozada se conseguiría por medio de calificar los derechos adquiridos como especies de propiedad. Dado que los derechos se adquieren, sobre ellos ejerce una especie de propiedad. En consecuencia, la supresión de esos derechos sólo podría efectuarse por medio de una ley expropiatoria, que abone el justo precio a sus titulares. Una modificación legal que conduzca a destruir o perder el valor de los derechos adquiridos no podría imponerse gratuitamente.

El planteamiento recién referido es objeto de críticas importantes. Ante todo, porque al pretender consolidar definitivamente un determinado ámbito del derecho en asuntos de interés social, desconoce las competencias normativas de legislador. No obstante, antes de referirse a esta cuestión, conviene descartar desde un principio que en la materia existan derechos adquiridos, dignos de semejante protección constitucional.

**28. No hay derechos adquiridos en la materia.** Ante todo, debe admitirse la dificultad de apreciar un genuino derecho (adquirido o no) en la materia.

Conforme al mecanismo especial de precio estabilizado, ¿cuál es el derecho de los PMGD? Como se ha puesto en evidencia en los párrafos que anteceden, este

---

<sup>71</sup> Según una definición atribuida a Carlo Francesco Gabba, por derecho adquirido se entiende “todo derecho que entró a formar parte del patrimonio de alguno a consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de una ley del tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de la ley nueva relativa al mismo”. Cit. por Concepción Barrero, “El respeto a los derechos adquiridos”, *Documentación Administrativa* 2002, N° 263-264, p. 137 y ss.

mecanismo importa la definición de una excepción a las reglas generales sobre valorización de las transferencias de energía entre generadoras, que, a diferencia del costo marginal definido con periodicidad horaria, se traduce en un precio determinado en forma estable en el tiempo<sup>72</sup>. En otros términos, el mecanismo consiste en la definición legal de un componente económico de las relaciones que se forman en virtud de las transferencias de energía entre generadoras (una de las cuales, al menos, debe ser un PMGD). Para acceder a este mecanismo, el PMG o PMGD debe manifestar formalmente su opción en tal sentido ante el Coordinador; el régimen así descrito tiene una duración mínima de cuatro años.

En este dispositivo legal no hay nada que se asemeje propiamente a un derecho adquirido. Desde luego, no está en juego ningún derecho real (salvo el de cada empresa sobre su infraestructura productiva, que sólo guarda una relación indirecta con la materia en estudio). Tampoco se aprecia un derecho personal o de crédito con respecto al precio estabilizado, considerado en sí mismo.

Esta última conclusión requiere una explicación más detallada. En las transferencias de energía, la empresa que “inyecta” energía al sistema tiene derecho al precio que deba pagarse por la empresa que la “retira” (para efectos de venderla, a su vez, a clientes libres o a empresas de distribución, con el fin de destinarla a clientes regulados).

Ahora bien, ese derecho al precio sólo nace (o se adquiere) con ocasión de cada acto concreto de inyección de energía, y no antes. En el plano abstracto, el generador no tiene un derecho adquirido al contenido específico de precio<sup>73</sup>, porque es definido

---

<sup>72</sup> ACESOL, gremio que reúne a varias PMGD señaló “En efecto, las grandes generadoras también en períodos de alto costo marginal prefieren vender spot y en períodos de bajo costo marginal privilegian contratar. Sin embargo, no pueden saber exactamente cuál de las dos decisiones será la beneficiosa; asumen un riesgo, exactamente igual que las PMG(D) respecto del precio estabilizado”. (Página 38 del escrito presentado por ACESOL ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ERN Rol: 27-2021)

<sup>73</sup> Los propios gremios de PMGD han negado la calidad de subsidio señalando expresamente que: “El mecanismo anterior consiste simplemente en una metodología que permite cuadrar los flujos monetarios correspondientes a las respectivas inyecciones y retiros de energía entre las empresas generadoras coordinadas y no representa un subsidio a favor o en contra de alguno de ellos”.

por una norma reglamentaria y calculado periódicamente por un organismo público (la Comisión Nacional de Energía), de modo que el PMGD no está en ninguna situación que pueda concebirse como consolidada *vis à vis* del poder normativo del Estado. Así parece haberse reconocido —a propósito de la solicitud de recomendación normativa ante el TDLC respecto del precio estabilizado durante el 2021— por los gremios que las agrupan, al señalar que “no representa un subsidio a favor o en contra de alguno de ellos [generadores]”, o que “[las grandes generadoras] asumen un riesgo, exactamente igual que las PMG(D) respecto del precio estabilizado”<sup>74</sup>.

**29. Situación legal y reglamentaria del precio estabilizado.** La posición jurídica de los PMGD frente al precio estabilizado puede calificarse como *estatutaria*.

Por medio de la opción de acogerse al precio estabilizado, el PMGD queda en situación de verse expuesto a la aplicación del régimen de estabilización de precios, definidos —conforme al artículo 149 inciso quinto del DFL N°4 o Ley General de Servicio Eléctricos— por medio de un reglamento.

En términos estructurales, esta posición jurídica está determinada por la confluencia de dos operaciones jurídicas: por una parte, el reglamento para medios de generación de pequeña escala, que incorpora el mecanismo del precio estabilizado y, por otra, el acto de opción, que importa adscripción a ese régimen. Siguiendo una teorización clásica, formulada por la escuela del servicio público<sup>75</sup>, junto con un “acto-regla”, que determina el régimen legal aplicable a una categoría de personas o de situaciones, aparece también un “acto-condición”, que concretiza la condición particular de una persona o situación, en tanto permite identificarla como parte de aquella categoría. Este método es típico de las situaciones estatutarias, como las que

---

Respuesta de ACERA a oficio enviado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, folio 64, Rol 27-2021, p. 5.

<sup>74</sup> ACESOL señaló: “En efecto, las grandes generadoras también en períodos de alto costo marginal prefieren vender spot y en períodos de bajo costo marginal privilegian contratar. Sin embargo, no pueden saber exactamente cuál de las dos decisiones será la beneficiosa; asumen un riesgo, exactamente igual que las PMG(D) respecto del precio estabilizado”. (Página 38 del escrito presentado por ACESOL ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ERN Rol 27-2021)

<sup>75</sup> Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I. *La règle de droit – Le problème de l’Etat*, París, Fontemoing, 3ª ed., 1927, p. 325 y ss. (a propósito de los distintos tipos de actos jurídicos).

caracterizan a los funcionarios públicos: el acto de nombramiento (seguido de aceptación o de asunción de funciones) importa adscripción de una persona a la calidad de funcionario, la que a su vez está determinada por un conjunto de disposiciones de rango o jerarquía legales.

Ahora bien, una de las principales virtudes o ventajas de este mecanismo consiste en aportar una explicación gráfica a la permanencia de alguien en una determinada categoría, no obstante la mutación de las reglas aplicables a esta categoría. Las leyes estatutarias pueden cambiar, sin que el funcionario pierda su calidad de tal, y sin “congelar” de modo indefinido la evolución de las reglas pertinentes.

Lo mismo existe con respecto a los PMGD sujetos al régimen de estabilización de precios, que de hecho ya ha experimentado reformas: el primer reglamento (DS 244) fue cambiado por otro (DS 88), sin que la situación jurídica preexistente fuese un obstáculo jurídico a esta operación.

**30. No existen derechos adquiridos a la preservación del ordenamiento.** El análisis que antecede es de la mayor importancia, porque da cuenta de que los PMGD no tienen derechos adquiridos intrínsecamente involucrados en el régimen excepcional de estabilización de precios.

Este régimen es, en sus propios términos, una pura creación del derecho objetivo, es decir, un entramado normativo. Como tal, su evolución sigue las reglas generales determinadas por las competencias normativas de las autoridades del Estado: el legislador puede volver sobre sus actos y modificar o derogar las leyes antiguas; las autoridades administrativas dotadas de potestad reglamentaria (en primer lugar, el Presidente de la República) también puede volver sobre sus actos y modificar o derogar los reglamentos antiguos. En esta evolución normativa no hay más límites que los que deriven de las reglas de jerarquía superior a las que se debe fidelidad, pero no operan limitaciones derivadas de las posiciones jurídicas configuradas con anterioridad para los distintos actores del sistema.

En una fórmula consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “sobre el régimen jurídico que crea el legislador en ejercicio de sus potestades

constitucionales, los beneficiarios no tienen derechos adquiridos". En esas condiciones, "no puede existir ningún derecho adquirido, ni menos, un supuesto derecho a la 'estabilidad' o 'inmutabilidad' [de las condiciones legales de ejercicio de una actividad económica], pues ellas tienen carácter normativo; son, por lo mismo, indisponibles para los particulares"<sup>76</sup>. En suma, no hay derecho adquirido a la continuidad del ordenamiento jurídico.

**31. Impacto regulatorio y no expropiatorio del proyecto de ley.** Más allá de estas consideraciones de orden general que deben tomarse en cuenta a partir de la posición estructural de los PMGD frente al precio estabilizado, un análisis enfocado específicamente en el objeto regulativo del Cargo FET en proyecto también permite desarticular potenciales cuestionamientos a la luz del derecho de propiedad.

El proyecto de ley instituye un "Cargo FET" concebido como una suma de dinero que debe ser pagada por las generadoras que efectúen retiros desde el sistema eléctrico. Luego, el Cargo FET aparece como una obligación pecuniaria gatillada por la venta de energía. Esta obligación grava primariamente a las generadoras que retiren (por lo común, entonces, estarán obligadas a pagarlo las generadoras "grandes", que cuentan con contratos de suministro en función de los cuales retiran energía). Ahora bien, el proyecto considera que estos cargos se imputarán a los pagos laterales por concepto de precio estabilizado; así, son los PMGD quienes, en el contexto actual de los pagos por compensaciones, soportarán en definitiva el peso de esta obligación dineraria.

No obstante la relativa complejidad de este esquema, a fin de cuentas, el Cargo FET es una obligación pecuniaria nueva. El proyecto no destruye el modelo normativo en que consiste el precio estabilizado, el cual sigue vigente. Hay que insistir: se trata de una obligación pecuniaria cuyo impacto jurídico sólo puede tener por efecto reducir los beneficios económicos que resulten del ejercicio de su actividad económica por parte de los PMGD.

---

<sup>76</sup> Tribunal Constitucional, Rol 1361-2009, de 13 de mayo de 2009. Idéntico planteamiento se ha reiterado, entre otras, en las sentencias roles 1986, 2069, 8614, entre otras.

En consecuencia, mirando las cosas siempre desde el ángulo del derecho de propiedad, el Cargo FET cuenta con reconocimiento constitucional a la luz de “las limitaciones y obligaciones que deriven de [la] función social” de la propiedad. Por lo demás, esta situación se asemeja mucho a la de otros cargos pecuniarios accesorios a pagos de diversa índole; por ejemplo, pagos por concepto de ventas o salarios, como ocurre con el IVA o con las cotizaciones por leyes sociales, que nadie seriamente calificaría como expropiatorias.

Es relativamente común que algunos autores consideren, por motivos más ideológicos que jurídicos, que toda “regulación” (en que caben *lato sensu* limitaciones y obligaciones a la propiedad) importe privación de algún aspecto de la propiedad y, luego, pueda analizarse como una expropiación encubierta. Incluso la misma jurisprudencia ha recogido este planteamiento, pero para desbaratarlo: “toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta”<sup>77</sup>.

Ocurre que la Constitución analiza separadamente limitaciones y obligaciones (*regulación*) frente a la privación del dominio (*expropiación*). De aquí resulta que estas dos figuras no pueden confundirse: las limitaciones a la propiedad no son equivalentes a una expropiación; mientras la expropiación no es legítima sin el pago del justo precio de la cosa expropiada, las regulaciones de industrias siempre pueden disponerse por el legislador sin tener que compensar a los interesados (es decir, sin necesidad de mantener el *statu quo* que, precisamente, se trata de reformar).

En consecuencia, no hay en la instauración del cargo FET ninguna inconstitucionalidad desde la perspectiva del derecho de propiedad.

---

<sup>77</sup> Tribunal Constitucional, Rol 505-2006 6 de marzo de 2007, (Empresa Eléctrica Panguipulli S.A.). En todo caso, esta sentencia concluye que la magnitud de una limitación al dominio puede ser un factor relevante para efectos de esta distinción, de modo que una limitación de gran intensidad pueda entenderse equivalente a una privación (que justifique, en consecuencia, una expropiación en regla).

**ii. El Cargo FET ante el principio de protección de la confianza legítima.**

**32. El principio de confianza legítima.** Especialistas del derecho público comparado plantean que, como un derivado de la exigencia más elemental de seguridad jurídica, el principio de protección de confianza legítima supondría que el sistema jurídico ampara, frente al ejercicio de potestades públicas normativas o de otro orden que hacen posible implementar cambios de criterio, a quienes han depositado su confianza en el mantenimiento de un cierto estado de cosas. Así, concretamente con respecto a las potestades normativas, su ejercicio se vería dificultado en presencia de tal confianza, con el efecto de impedir la eficacia inmediata de los cambios de régimen jurídico, sea mediante el establecimiento de plazos de adaptación a las nuevas reglas, o por medio de compensaciones de otro orden (incluso pecuniarias).

El principio fue reconocido en el derecho alemán a partir de una evolución jurisprudencial significativa y, desde ahí, atendido a aclimatarse en otros campos, incluso en el derecho internacional de la protección de las inversiones<sup>78</sup>.

En el silencio de los textos, la doctrina intenta deducir este principio a partir de diversos componentes de la noción de Estado de derecho. Sin embargo, en la mayor parte de los regímenes, el principio no cuenta con reconocimiento positivo, entonces, más allá de aquellas construcciones teóricas surge la cuestión sobre la coherencia entre esa idea y los principios basales del sistema republicano.

Este ejercicio es particularmente problemático en el caso chileno, en que ni aún la noción de seguridad jurídica cuenta con reconocimiento constitucional. La Constitución Política de la República regula competencias y procedimientos legislativos, supeditando la tarea de legislar a los límites sustantivos que derivan de los derechos fundamentales y otros objetivos de valor constitucional. Entre esos límites –huelga insistir– no se contempla de modo fácilmente identificable el principio de seguridad jurídica, ni más específicamente el de confianza legítima, que

---

<sup>78</sup> Aunque ahí bajo la construcción de un estándar de protección particular (el llamado “trato justo y equitativo”) sujeto a otros alcances y consideraciones.

supone –de un modo más blando que la teoría de los derechos adquiridos– una cierta intangibilidad de las posiciones jurídicas labradas al amparo del régimen jurídico anterior<sup>79</sup>.

Sin pretender entrar en esta discusión, y sólo para efectos de análisis, en lo sucesivo se razonará como si el principio estuviese vigente en el derecho chileno, como una exigencia que legislador debe observar.

**33. Elementos de la protección de la confianza legítima.** En términos generales, la operatividad del principio de protección de la confianza legítima supone la concurrencia de tres elementos<sup>80</sup>. Ante todo, ella se funda en una base de la confianza, vale decir, en actuaciones o comportamientos que induzcan a obrar en determinado sentido, y en los cuales el particular haya podido efectivamente confiar. En segundo lugar, el principio opera cuando esa confianza ha sido defraudada por una actuación de la administración. Por último, la fuerza efectiva del principio pasa por mecanismos de protección, que están sujetos a límites.

**34. La “base de la confianza”.** La operatividad del principio de la confianza legítima requiere, en primer lugar, de una *base*, esto es, “un signo externo producido por la autoridad que induzca, en forma concluyente, la expectativa de encontrarse en una determinada posición jurídica”<sup>81</sup>. Este signo debe ser objetivo y transmitido de manera precisa y razonable<sup>82</sup>. La confianza legítima no constituye un mero estado psicológico de los sujetos, sino que se tiene que fundar en comportamientos administrativos dotados de manifestaciones externas. Como señala una autora,

---

<sup>79</sup> Cf., para una visión especialmente crítica, Viviana Ponce de León, “La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa”, *Estudios Constitucionales*, 2014, vol. 12, Nº 1, pp. 429-471.

<sup>80</sup> Requisitos de esta índole son afirmados, entre otros, en: Jaime Phillips, *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; Soren Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 8-9 y, sobre todo, Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, tesis U. París II, Panthéon-Assas, 2000 (versión publicada París: Dalloz, 2001),

<sup>81</sup> Phillips *op. cit.*, p. 219.

<sup>82</sup> Silvia Díez, *El precedente administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 384.

*“No se trata de determinar en qué medida el particular creía fervientemente en la obtención de un beneficio, sino en la medida en que la Administración pudo dar a entender al administrado que iba a actuar de una forma concreta”<sup>83</sup>.*

En el caso, no puede ignorarse que la posición jurídica de los PMGD ha sido cimentada sobre la base de diversos cuerpos normativos que han intervenido en varios momentos en el tiempo. Desde luego, la normativa reconoció el régimen de estabilización de precios. Ahora bien, mirando las cosas en profundidad, no cabe pasar por alto que es la fórmula legislativa en la materia, en cuanto se limita a referir únicamente “mecanismos de estabilización de precios aplicables a la energía inyectada por [ciertos] medios de generación o sistemas de almacenamiento”, es necesariamente dependiente de su concreción reglamentaria, es decir, de una operación normativa conducida de modo flexible por las autoridades gubernamentales. En otros términos, la pieza central que hace operativa esta regulación es el reglamento, que se adoptó en Chile por medio de decretos presidenciales que pueden ser modificados discrecionalmente por el jefe de Estado. De hecho, la fórmula reglamentaria inicial (DS 244) debió ser cambiada por medio de otras (DS 88).

**35. Confianza en la base.** Además de *una base de la confianza*, la doctrina sostiene que el destinatario de la confianza debe tener una *confianza en aquella base*<sup>84</sup>. En otras palabras, es necesario que el sujeto haya podido efectivamente confiar en aquellos actos que configuran la base de la confianza, de modo de contar con la estabilidad de su situación jurídica o el cumplimiento de las representaciones que se le hubieren hecho. En este sentido, como postula un autor, la defraudación de la confianza debe ser imprevisible (*unforeseeable*) para la persona que busca su protección<sup>85</sup>.

Diversos elementos pueden tomarse en consideración a la hora de aquilatar la potencial confianza legítima de los PMGD en el mantenimiento de su régimen excepcional de precios.

---

<sup>83</sup> Díez *op. cit.*, p. 385.

<sup>84</sup> Calmes *op. cit.*, p. 449.

<sup>85</sup> Schønberg *op. cit.*, p. 126.

Ante todo, el carácter excepcional de este régimen. El despacho de las unidades de generación eléctrica descansa en el principio marginalista, vale decir, que las centrales inyectaban su energía al sistema en función de los menores costos de generación; así como es del todo coherente que el costo marginal aparezca como el precio natural del sistema eléctrico. El precio estabilizado es, desde este punto de vista, una solución artificial, ajena a la lógica del sistema, que consagra un régimen privilegiado a favor de un grupo determinado. ¿Cuánta confianza cabe depositar en un régimen de estas características?

En segundo lugar, la regulación –según se acaba de ver– se plasma en instrumentos reglamentarios, cuya modificación es posible y sencilla. De hecho, en el pasado ya ha sufrido modificaciones. ¿Cuán legítimo es depositar la confianza en que un régimen reglamentario se mantendrá estable permanentemente? Es verdad que, tratándose de aquellos PMGD sujetos al precio estabilizado conforme al primer reglamento, el segundo reglamento dispuso –con carácter transitorio, es decir, sujeto a un plazo– un régimen de relativa continuidad. Por cierto, ese régimen se entiende, entre otros aspectos, concebido en función de los intereses materiales de un grupo de generadoras. No obstante, con la reforma reglamentaria se hizo evidente la fragilidad del régimen hacia el futuro: el diseño de una política regulatoria puede echar mano de la posición (excepcional y sustentada en actos puramente reglamentarios) de los PMGD.

Ahora bien, más allá de esta construcción puramente teórica, la confianza de los sujetos debe manifestarse en actos positivos que la reflejen, cuya demostración incumbe a los interesados.

**36. Defraudación de la confianza legítima.** En el supuesto de que se admita la existencia de una *base de la confianza*, es necesario igualmente que la confianza sea *defraudada* mediante una actuación posterior de la administración.

En parte, para determinar esta defraudación se exige apreciar la consistencia de la confianza, pues si el sujeto que le invoca esperaba o podía esperar un cambio de

conducta por parte del Estado, ninguna confianza se ve propiamente defraudada. Nuevamente, hay que atender la solidez de las actuaciones que pudieron propiciar el surgimiento de esta confianza. Como se acaba de ver, los elementos presentes en el caso muestran cierta fragilidad de estos antecedentes.

No obstante, la idea misma de defraudación corresponde a una calificación del cambio de conducta del Estado, con efecto de destruir la base de la confianza de los interesados. Sobre este punto, la doctrina comparada es muy exigente. Dado que en sí mismo el cambio de conducta o de opinión es legítimo, lo que lo hace ilegítimo es su modo de intervención. Debe tratarse de un cambio “a tal punto brutal, que [el juez] no puede tolerarlo en nombre de la idea que se hace de la corrección que debe regir las relaciones” entre el ciudadano y los poderes públicos<sup>86</sup>. Por eso, en muchos casos el establecimiento de reglas transitorias (que permiten adaptarse al nuevo régimen) es visto como una medida que satisface suficientemente las exigencias de este principio.

El cambio de conducta debe producir un impacto relevante en el sujeto que invoca la confianza. Aunque algunas tentativas de definición de este efecto defraudatorio llegan a disolverlo en la simple noción de “perjuicio”. En general se estima que el cambio de generar un impacto profundo e irreversible, que no se confunda con los riesgos económicos inherentes a las actividades de qué se trata. Por eso mismo, “un cambio de comportamiento público mínimo, como, por ejemplo, el aumento moderado de un impuesto, no debe ser, tomado en cuenta” en el contexto de esta teoría<sup>87</sup>.

Llegados a este punto, resurge la pregunta estructural del caso. En circunstancias que el mecanismo de precio estabilizado no se ve afectado en sí mismo por esta iniciativa legislativa, que se limita a imponer una carga pecuniaria moderada respecto de los retiros de energía, sin eliminar ni alterar significativamente el régimen del precio estabilizado ¿cómo puede pretenderse defraudada la confianza

---

<sup>86</sup> Francis Hubeau, “Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes”, cit. por Calmes, *op.cit.*, p. 496.

<sup>87</sup> Calmes *op.cit.* 498

de los beneficiarios de este régimen? Todo indica que la invocación de este principio se mostraría como una reacción desmesurada que se opone a cualquier modificación del statu quo normativo (o reglamentario, en sentido estricto).

**37. Mecanismos de protección de la confianza legítima.** Por último, los mecanismos de protección de la confianza legítima suelen ser de dos órdenes: plazos de adaptación a las nuevas reglas o situaciones (usualmente mediante normas transitorias) y compensaciones (pecuniarias o de otro orden). En el caso, se han incluido indicaciones destinadas a minimizar el impacto del Cargo FET mediante el reconocimiento de las sumas pagadas como un “crédito” que se puedan ejercer en ejercicios futuros<sup>88</sup>. Parte del impacto que puede representar el Cargo FET puede ser mitigado por obra de esta regla.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, aunque concurren todos los requisitos que dan lugar a la confianza legítima, no siempre será posible que el derecho active mecanismos para protegerla. En su tratamiento comparado el principio de confianza legítima tiene límites, que impiden brindarle protección a todo evento. Más allá de los casos de comportamiento oportunista o contrario a la buena fe del sujeto que invoca la confianza, debe advertirse que la protección de la confianza legítima está sujeta a una ponderación de los intereses privados (identificables con la confianza) y públicos que podrían colisionar en cada caso.

En algunas hipótesis, el interés público puede permitir a la autoridad “retractarse de una expectativa que ha generado”<sup>89</sup>; las necesidades de la comunidad pueden sobreponerse a los intereses privados tutelados por el principio de confianza legítima. Ello se da de manera evidente en casos urgentes<sup>90</sup>, pero también puede

---

<sup>88</sup> La sumatoria de todos los montos asignados en función del cargo establecido en el inciso precedente, se considerará como un crédito en favor de aquellas empresas que debieron soportarlo, el cual podrán deducir de los montos que le correspondieren abonar mensualmente por compensación por precio estabilizado, a contar del 1° de enero de 2028 hasta la completa extinción de aquel crédito o hasta el término de la vigencia del mecanismo de estabilización de precios definido en el artículo segundo transitorio del DS 88/2019, lo que ocurra primero”.

<sup>89</sup> P. P. Craig, “Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, *Cambridge Law Journal*, vol. 55, N° 2, p. 301.

<sup>90</sup> Calmes *op. cit.*, pp. 527 y ss.

producirse fuera de toda emergencia. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desechado las alegaciones de comerciantes que sostenían poseer una legítima expectativa a recibir una cuota productiva mayor cuando la regulación impuso una cuota menor, sobreponiendo a la confianza “un interés público superior”<sup>91</sup>.

Por eso, en presencia de un interés superior apremiante, como el que representa la continuidad del subsidio a las tarifas eléctricas destinado a favorecer preferentemente los consumos domiciliarios, no resulta ilegítimo sacrificar el interés de los PMGD.

**38. Síntesis.** En suma, desde la perspectiva del principio de protección de confianza legítima no se advierten razones para cuestionar el proyecto de ley en cuanto concierne al Cargo FET. Aunque pudiera asumirse alguna expectativa de parte de los PMGD hacia la mantención del sistema, esta no puede entenderse como una garantía frente a todo tipo de medida regulativa, como la que importa un gravamen pecuniario relativamente modesto y que parcialmente se ve compensado por las indicaciones anunciadas por el ejecutivo recientemente.

### iii. El Cargo FET y la proporcionalidad

**39. Generalidades.** Los tributos están constitucionalmente llamados a ser “proporcionados”. La Constitución señala expresamente que deben disponerse “en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley” (art. 19 N° 20), norma tradicionalmente conocida como “principio de proporcionalidad tributaria”<sup>92</sup>.

Esta fórmula no es más que una aplicación *ad hoc* del clásico “principio de proporcionalidad” para el ámbito de los tributos. Los tributos, como se ha visto, se calculan sobre la base de alguna manifestación de riqueza: ese es el supuesto de

---

<sup>91</sup> Craig *op. cit.*, p. 309.

<sup>92</sup> Miguel Ángel Fernández, “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 2.

hecho en el cual se basan. Pero todas las riquezas no son idénticas, sino que se avalúan cuantitativamente. Tiene todo el sentido, en este contexto, que el monto de los tributos se correlacione con la cuantía de tales “bases impositivas”.

Pero esta lógica no es fácilmente extensible a otras cargas públicas que no constituyen tributos. Al no calcularse sobre la base de una expresión de riqueza, sino sobre otros fundamentos, no es posible establecer la proporcionalidad en un sentido idéntico. No tiene sentido hacer una estructura progresiva para la imposición de cargas que no se funde en alguna expresión de la “capacidad contributiva” de los gravados.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad puede en todo caso ser relevante. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, las cargas públicas, como toda actuación gravosa del Estado, no pueden repartirse inequitativamente, y tampoco resultar excesivamente gravosas, a la luz de los fines que les son propios<sup>93</sup>. Parece aplicable, en consecuencia, el principio de proporcionalidad en sentido general.

Asimismo, las cargas públicas están sometidas a un principio de “igualdad”, que exige que estas cargas sean distribuidas “entre todos los ciudadanos según sus posibilidades”<sup>94</sup>.

**40. Los test de proporcionalidad.** Para analizar esta materia con alguna objetividad, puede ser útil acudir a los clásicos *test* de proporcionalidad, sistematizados por Robert Alexy<sup>95</sup>, de los cuales se suele hacer depender la proporcionalidad o no de medidas públicas. De satisfacerse estos *test*, una carga pública debiera ser considerada proporcionada.

El primer *test* es el de la *idoneidad*, que exige adecuar las medidas al fin al que se dirigen. El segundo *test* es el de la *necesidad*, que requiere la selección del medio menos gravosa para los derechos de los afectados entre aquellos que satisfagan el

---

<sup>93</sup> Tribunal Constitucional, Roles 1254-2009, 1140-2008, 1138-2008 y 755-2007.

<sup>94</sup> Tribunal Constitucional, Rol \*\*Nota pendiente\*\*.

<sup>95</sup> Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, 2011.

mismo fin<sup>96</sup>. Finalmente, en caso de comparar una medida con otra, la comparación debe hacerse a la luz de una ley ponderativa, también llamada “proporcionalidad en sentido estricto”; por su afán comparativo, y ante la falta de una medida alternativa en este caso, este último paso parece innecesario.

**41. El Cargo FET y la proporcionalidad.** El Cargo FET satisface claramente los dos primeros *test* de la proporcionalidad, y en consecuencia se trata de una medida proporcionada.

- (a) En primer lugar, satisface con mucha claridad el test de *idoneidad*. El gravamen contribuye a financiar una medida relevante para la estabilización tarifaria, a través del medio más eficiente: la reconducción de recursos intrasistema hacia el fondo de estabilización tarifaria.
- (b) En segundo lugar, también cumple el test de *necesidad*. El cumplimiento de este *test* se mide dando cuenta de cuál es el fin de una medida como, sobre todo, de cuáles son sus medios. Cabría preguntarse entonces, ¿había otra medida menos gravosa para satisfacer el mismo fin? Diversas consideraciones indican que no.

En primer lugar, que el gravamen que produce el Cargo FET es limitado, tanto temporal como sustantivamente. Se aplica solo por tres años y no afecta, como se ha analizado, ni derechos adquiridos ni expectativas legítimas de los gravados.

En segundo lugar, porque, dentro de las posibilidades de financiamiento del subsidio eléctrico, se eligió una medida que enfrenta un ámbito mercantil muy singular. Se grava una actividad que estaba produciendo ganancias sistémicas elevadas, muy superiores a las originalmente proyectadas, al punto de producir distorsiones advertidas por diversos órganos regulatorios. Ante las posibilidades de recaudación, parece especialmente necesario acudir a una medida que, en adición a su afán recaudatorio, puede ayudar a corregir distorsiones mercantiles.

---

<sup>96</sup> Ibid., pp. 14 y ss.

**42. El Cargo FET y la igualdad ante las cargas públicas.** Se asocia al principio de proporcionalidad una máxima clásica del derecho constitucional contemporáneo: el principio de “igualdad ante las cargas públicas”. La Constitución chilena lo reconoce, al prever “la igual repartición de las demás cargas públicas”, que no constituyan tributos (art. 19 N° 20).

Esta máxima reafirma la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley<sup>97</sup>, garantizando la equidad frente al Estado entre aquellos sujetos que se encuentren en posiciones equivalentes y, a su vez, “la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”<sup>98</sup>. Se impone, así, un cierto deber de razonabilidad al momento de la imposición de cargas: no basta con la aplicación arbitraria de gravámenes por meras razones pragmáticas.

Pues bien, el gravamen que se analiza en este informe descansa en una robusta base de racionalidad: se grava a una categoría específica de sujetos, regidos por un tipo muy concreto de regulación, y que han sido relativamente beneficiados por el contexto de los últimos años.

Es cierto que el hecho de que sean actores de mercado relativamente pequeños podría alertar sobre cierta diferencia con generadores de mayor tamaño. No obstante, las últimas modificaciones propuestas, que excluirían de su imposición a empresas medianas y pequeñas, resuelven por completo estas alegaciones.

Además, para que la igualdad ante las cargas públicas sea afectada la literatura y jurisprudencia comparada establece exigentes requisitos. No basta con cualquier desigualdad en la imposición de cargas, sino que la igualdad debe ser derechamente “rota”, infringiendo a los particulares un perjuicio “anormal y especial”<sup>99</sup>. Debe haberse tratado a un sujeto de una forma “especialmente desfavorable que le haya

---

<sup>97</sup> Tribunal Constitucional, Rol 3063-16, de 21 de junio de 2018.

<sup>98</sup> Tribunal Constitucional, Rol 986-08, de 8 de septiembre de 2008.

<sup>99</sup> Michel Paillet, *La responsabilidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 219.

impuesto sacrificios particulares”<sup>100</sup>, sacrificio que debe ser objetivamente grave o derechamente “chocante”<sup>101</sup>.

Ninguna de estas exigencias se cumple en este caso. Los gravámenes no pueden catalogarse como extremadamente graves (menos aún con las últimas propuestas de reforma), y no se observa una particularidad tal que muestre inequidad entre las PMGD y otros actores del mercado eléctrico.

En cualquier caso, una de las indicaciones introducidas por el gobierno, destinada a excluir a las Pymes de la aplicación del Cargo FET<sup>102</sup>, desactiva cualquier tipo de alegato en este sentido: las empresas con menor caja y capital, que podrían haber sido más impactadas por el Cargo FET, quedan eximidas de su pago.

No se ha roto, en ningún sentido, la igualdad ante las cargas públicas.

### III. Conclusiones

- a. El mercado de la generación eléctrica, aunque sujeto a una fuerte lógica competitiva, es un ámbito estrictamente regulado. Las ganancias que reciben las generadoras de energía dependen de una serie de factores variables, que generan volatilidad.

Estos factores dificultaban la viabilidad económica de los pequeños medios de generación (entre ellos, los PMGD), lo que motivó la instauración de un sistema alternativo, menos volátil, basado en un “precio estabilizado”. Aunque menos sujeto a variaciones diarias, este precio estabilizado se concibió bajo una premisa de “bidireccionalidad”: de cara a los balances realizados por el Coordinador Eléctrico Nacional, pequeñas y grandes generadoras se distribuirían los beneficios sistémicos en función de la evolución de los precios (§§ 3-6).

---

<sup>100</sup> Ibid., p. 221.

<sup>101</sup> Ibid., p. 220.

<sup>102</sup>

- b. De cara al financiamiento del subsidio eléctrico, el Ministerio de Energía ha propuesto el “Cargo FET”, carga pública que se propone intervenir este modelo de financiamiento. El Cargo FET se grava primariamente a generadoras que retiren energía, pero se imputa, a través de una retención, a las PMGD. Tales ingresos son luego reconducidos al fondo de estabilización de tarifas eléctricas (§§ 7-9).
- c. Se ha podido debatir que este “Cargo FET” contraviene el artículo 19 N° 20 de la Constitución, que prohíbe los tributos de afectación específica. Esta alegación es incorrecta, por dos series de razones. Primero, el Cargo FET no se corresponde con las definiciones más sofisticadas del concepto de tributo. Segundo, la afectación específica del Cargo FET no se condice con los objetivos que inspiran el principio de no afectación (§§ 10-11).
- d. Los tributos, especies de cargas públicas, se caracterizan por una serie de notas definitorias, como su carácter imperativo, su objetivo recaudatorio y su vinculación a algún ítem de las ganancias o beneficios privados. Asimismo, es usual observar una subclasificación exhaustiva del concepto de tributo: son tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones, e inversamente, las demás cargas públicas no constituyen tributos (§§ 12-15).
- e. Ante la indeterminación de algunos de estos elementos, es necesario armonizar el concepto de tributo con su funcionalidad. Un tributo no es cualquier carga, sino una categoría que aglutina un conjunto de relaciones jurídicas concebidas como “tributarias”, que están marcadas por una mecánica “de ida y retorno”: los ingresos se recaudan por órganos estatales, se remiten al presupuesto, y luego se distribuyen a los sectores de interés público para financiarlos.

Esta modalidad tradicional se ha visto excepcionada ante la complejización de los medios estatales de financiamiento de políticas públicas. Algunos subsistemas estatales han adquirido autonomía, recaudando y reconduciendo dentro del mismo subsistema algunos ingresos. Así sucede, por ejemplo, con las cotizaciones del

FONASA, con el cargo por servicio público eléctrico y, por analogía, con el Cargo FET (§§ 17-19).

- f. Bajo este esquema, el Cargo FET no es un tributo, sino una carga pública no tributaria. Primero, porque no comparte las notas definitorias de los tributos: no puede definirse bajo las nociones de impuesto, tasa o contribución. Segundo, porque no sigue la mecánica tradicional de los tributos, sino que reconduce ingresos sistémicos hacia el financiamiento del propio sistema eléctrico (§ 20).
- g. En cualquier caso, el fundamento de la prohibición constitucional de afectación es evitar el amarre o captura del presupuesto fiscal en favor de instituciones o grupos de interés determinados. Este riesgo no se presenta en el caso, que no supone ningún tipo de beneficio para un grupo de interés (sino, por el contrario, para la colectividad) y que se genera en un marco estrictamente regulado. Así, aún de calificar el Cargo FET como tributo, no cabría aplicar la prohibición de afectación, por incurrir en impropiedad normativa (§§ 21-24).
- h. También se ha podido debatir que el Cargo FET supone una modificación del *statu quo* vigente que vulnera el derecho de propiedad, por la vía de contravenir derechos adquiridos. Esta alegación es incorrecta. Los PMGD no cuentan con ningún derecho vinculado a la estabilización del sistema. Se trata de un mecanismo regulatorio, especificado en actos administrativos (susceptibles de cambio) que no genera derechos sino hasta el momento en que cada transferencia de energía se concreta. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, no existen derechos adquiridos a la preservación del ordenamiento (§§ 26-31).
- i. En seguida, respecto a la alegación referida a que el cambio del *statu quo* podría verse como una transgresión de la confianza legítima de que gozan las PMGD. Un análisis fino del principio de confianza legítima, a la luz de sus tres elementos conformantes (una “base de confianza”, una “confianza en esa base” y una “defraudación de la confianza”) permite descartar esta alegación (§§ 32-33).

- j. Por “base de la confianza” se entiende un signo externo concluyente de que se preservará cierto estatus jurídico. La consagración del sistema remuneratorio de las PMGD a través de reglamentos y actos administrativos, instrumentos esencialmente cambiantes, niega el establecimiento de una base sólida (§ 34).
- k. Por “confianza en la base” se concibe el hecho de que los particulares hayan podido confiar en esa base de confianza, de modo que los cambios les resulten imprevisibles. En el caso no hay actos positivos que denoten esa confianza, que se ve además debilitada por el carácter puramente artificial y transitorio del sistema del precio estabilizado (§ 35).
- l. Por “defraudación” se entiende el cambio de comportamiento del Estado, que la literatura estima debe ser “brutal” o “impactante”, produciendo un perjuicio para el afectado. En el caso bajo análisis la carga es moderada, y ni siquiera interviene de forma directa en el patrimonio de las PMGD (§ 36).
- m. En todo caso, la activación de mecanismos de protección de la confianza legítima exige la ponderación de intereses públicos y privados. La continuidad del servicio eléctrico, a la que contribuye el subsidio, podría verse como una necesidad apremiante que dificulte la activación de estos mecanismos. En todo caso, debe valorarse en este punto la intención de minimizar el impacto del Cargo FET mediante el reconocimiento de las sumas pagadas como un “crédito” que se puedan ejercer en ejercicios futuros (§ 37).
- n. Finalmente, realizado un análisis de los elementos que componen el principio de proporcionalidad, el Cargo FET se observa como plenamente proporcionado. No se aprecian medidas alternativas que pudieran satisfacer los *test* de la proporcionalidad de mejor forma.

Tampoco se aprecia una afectación de una vertiente específica de la proporcionalidad, como es la igualdad ante las cargas públicas. La afectación de este

principio requiere de algún tipo de desigualdad anormal y especial, que en este caso no se presenta (§§ 39-42).

Este informe ha sido elaborado con la colaboración del abogado y magister en derecho, señor Tomás Izquierdo S.

José Miguel Valdivia O.  
Profesor de derecho administrativo (U. de Chile)  
Doctor en derecho (U. París II)

Santiago, 25 de noviembre de 2024