

## El FES es un tributo

Comencemos reconociendo una realidad: los incentivos políticos y constitucionales para inventar figuras, nombres creativos y mecanismos de recaudación fiscal a fin de no llamarlos tributos, son inmensos.

ARTURO FERNANDOIS

Constitucionalista, Profesor Derecho UC

¿Es el Financiamiento para la Educación Superior (FES) un impuesto? Ante la permanente discusión doctrinaria sobre qué es

un tributo, hace 15 años, escribimos en un libro: “tributo es toda obligación de dar, hacer o no hacer, apreciable económicamente, impuesta forzosamente por el Estado a los particulares, sea o no en dinero y tenga o no una contraprestación por parte del Estado”. Y agregamos: “será tributo también toda obligación que el Estado exija a los particulares como requisito para acceder a una condición, estado o prestación de la cual no puedan sustraerse sin grave lesión de sus derechos fundamentales” (Derecho Constitucional Económico, Tomo II, 2010, p. 197). Bajo este criterio constitucional, el FES —cuyo proyecto se discute en la Cámara— es irrefutablemente un tributo y debe ser tratado como tal.

Comencemos reconociendo una realidad: los incentivos políticos y constitucionales para inventar figuras, nombres creativos y mecanismos de recaudación fiscal a fin de no llamarlos tributos, son inmensos. Desde la Carta Magna y la revolución norteamericana hasta nuestras recientes discusiones en Chile sobre el *royalty* minero, la historia está plagada de casos y agitados debates. ¿Por qué importa tanto distinguir si se trata o no de un tributo?

El primer y más elemental incentivo para sustraerse a la noción constitucional de tributo es evadir al Congreso y crearlo directamente por acto administrativo (decreto supremo, resolución, circular u otro). El Ejecutivo le atribuye otra naturaleza, le asigna un nuevo nombre (por



ejemplo tasa, contribución, derecho, arancel u otro) y así puede —indebidamente— evitar su discusión parlamentaria, lesionando naturalmente el centenario principio constitucional de legalidad tributaria, la separación de poderes, etc. Este no es el caso del FES, porque se envió el respectivo proyecto a la Cámara, pero ¿qué otros atractivos tiene promover pagos privados forzosos al Estado sin llamarlos impuestos? ¿Por qué el FES detona intenso debate?

Los hay, y varios. Escapando del carácter impositivo, el mecanismo se podría eximir de varias exigencias precisas que impone la Carta Fundamental. Además de la iniciativa exclusiva del Presidente para proyectos de tributos —no caben mociones parlamentarias— y el deber de iniciarse su discusión en la Cámara, el proyecto de impuestos está sometido a dos prohibiciones específicas: de justicia y de ordenamiento presupuestario.

En aplicación de la primera, ningún tributo puede ser “manifiestamente desproporcionado o injusto”, y por la segunda su recaudación no puede estar afectada a un fin determinado, debiendo ingresar al “patrimonio general de la Nación” (Art. 19, N° 20, inc. 2 y 3 de la Constitución). Aquí ya tenemos un problema: esta última prohibición, que materializa el principio de no afectación tributaria —crucial para la ordenación presupuestaria y fiscal—, en rigor impide que la autoridad promueva nuevos impuestos anunciando que se destinarán permanentemente a financiar tal o cual necesidad específica (ciencia e innovación, educación superior u otra). Tal promesa se hace reiteradamente en el Mensaje presidencial del proyecto FES para “la sostenibilidad del sistema de educación superior” (pp. 8 y 9, por ejemplo). Pero no es posible de cumplir, porque aun si se aprueba el proyecto, la nueva recaudación —si la hu-

biera— se gastará según lo disponga anualmente la ley de presupuestos.

Vamos ahora al FES: ¿es o no un tributo?

En este debate se han invocado dos elementos jurídicos clásicos, típicamente aludidos, para sugerir que no se trataría de tal: voluntariedad y contraprestación. Se dice que es voluntario porque los pagos que realizará el egresado para pagar su carrera según el FES habrían sido aceptados por él y no aplicados forzosamente por el Estado. Y, además, se agrega, ese estudiante ha recibido servicios de educación superior, en una contraprestación que no sería propia de los tributos.

Discrepamos. Aun con voluntariedad y contraprestación, el pago al Estado puede tener carácter impositivo, como se deduce de la definición que ofrecemos. El Tribunal Constitucional, ya en el señero caso “Aduanas” (1996, rol 247), resolvió que, si para una persona la única forma de sustraerse a un cobro estatal determinado y su contraprestación es dejar de ejercer un derecho constitucional, un derecho esencial, ese pago no es voluntario. Se convierte en un simple tributo. Si lo afirmó para un pago por declaraciones de importación y exportación (y el derecho a desarrollar actividades económicas) cuánto más aplicable es este criterio para ejercer derecho a la educación, cuando además el proyecto FES propone eliminar el CAE y todas las becas y demás fuentes de financiamiento estudiantil.

Pero hay más: para ciertos estudiantes los pagos al Estado que deberán hacer por el FES serán sustantivamente superiores al valor efectivo de sus carreras (con tope de 3,5 veces según últimas indicaciones del Ejecutivo). Respecto de esta parte ni siquiera hubo contraprestación, emergiendo con toda su crudeza y fuera de toda duda un impuesto sectorial más en Chile, aunque creativamente se le bautice con el inocente rótulo de “financiamiento autocontenido”.