

Extraordinario 7.864, de la misma fecha, fue el Servicio Municipal de Orientación, Mediación y Conciliación en Materia Inmobiliaria, y no del defensor del inquilino, no obstante nos encontramos a su disposición para cualquier pronunciamiento que sobre el particular se requiera.

Conclusiones

Conforme a lo esbozado, podemos concluir entonces que:

1. El Alcalde es titular de la potestad organizativa de la Alcaldía y en este sentido podrá crear, modificar y suprimir órganos, dependencias y demás unidades administrativas, previo cumplimiento de los trámites y procedimientos establecidos en la Ley.
2. El Defensor del Vecino se creó como una instancia dentro del Ejecutivo del Municipio Chacao que no tiene la naturaleza de órgano.
3. Corresponde al Concejo Municipal la aprobación de la escala de sueldos y salarios de los trabajadores del Municipio.

REFERENCIA: Criterio sentado por la Sindicatura Municipal en dictamen No. SM/000 823, de fecha 19 de agosto de 2011.

9

DEL ESQUEMA TARIFARIO DEL SERVICIO DE ASEO URBANO Y DOMICILIARIO EN CHACAO

1. Antecedentes

En fecha 19 de agosto de 2011, este órgano asesor dio respuesta al Oficio N° 1.684 de fecha 20 de mayo de 2011 emanado del Concejo Municipal, mediante el cual solicitó pronunciamiento respecto al Decreto 014-10, de fecha 13 de noviembre de 2010, publicado en la *Gaceta Municipal* N° 7.900 de fecha 15 de noviembre de 2010, donde se estableció el esquema tarifario del servicio de aseo urbano y domiciliario a ser aplicado a los usuarios de la jurisdicción del Municipio Chacao; ello en virtud de la entrada en vigencia de la Ley

de Gestión Integral de la Basura publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.017 de fecha 30 de diciembre de 2010.

En dicho dictamen, esta Sindicatura Municipal concluyó lo siguiente:

- «1. Esta Sindicatura Municipal considera que el órgano competente para la actividad relacionada con la cuantificación de las tarifas correspondientes a la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, está atribuida al Ejecutivo Municipal, ello visto que el servicio de aseo urbano no se presta de manera directa por el Municipio, y que a nivel nacional el financiamiento de diversos servicios (agua potable y servicio eléctrico), es fijado mediante Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional.
2. La referida competencia se reafirma con lo dispuesto en el artículo 9 de la vigente Ley de Gestión Integral de la Basura, por cuanto la mencionada norma atribuyó expresamente al Poder Ejecutivo Municipal la facultad para regular las tarifas, calculada sobre la base de sus costos reales. No obstante ciertamente existe una incoherencia en dicha norma, por cuanto estableció que el instrumento jurídico a utilizar para la aprobación de las tarifas es la Ordenanza. Incoherencia ésta que debe ser resuelta mediante el ejercicio de las acciones pertinentes ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por ser éste el único facultado para anular o interpretar leyes.
3. El Decreto 014-10, a juicio de ésta Sindicatura Municipal, tiene plena validez ya que fue dictado por el órgano competente y a través del instrumento jurídico adecuado, conforme a las normas y procedimientos insertos en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y la Ordenanzas Sobre Instrumentos Jurídicos del Municipio Chacao».

Ahora bien, en Sesión de Cámara de fecha 1° de septiembre de 2011, el Concejo Municipal solicitó una extensión del dictamen mencionado anteriormente.

En este orden de ideas, para un mejor tratamiento del tema sometido a la revisión y examen de este órgano asesor, los puntos a considerar en el presente dictamen seguirán el esquema que se indica a continuación:

1. Consideraciones generales sobre el servicio de aseo urbano
 2. De los esquemas de gestión y financiamiento del servicio
 3. De la distinción entre tasa y tarifa (precio público)
 - 3.1 Distinción según la doctrina
 - 3.2 Distinción según la jurisprudencia patria
 4. Régimen económico de algunos servicios públicos a nivel nacional
 - 4.1 Ley Orgánica del Servicio Eléctrico
 - 4.2. Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento
Ley Orgánica de Telecomunicaciones
 5. Una referencia al Derecho Comparado. Caso: Colombia
 6. Alcance de la opinión de Sindicatura.
2. **Consideraciones generales sobre el servicio público de aseo urbano**

A modo de introducción, comenzaremos por precisar qué se entiende por «servicio público» y las especiales consideraciones que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico en torno al servicio de aseo urbano.

En este orden de ideas, encontramos que el profesor Lares Martínez, señala en su obra «Manual de Derecho Administrativo» que por la expresión «servicio público» debe entenderse toda aquella actividad que necesariamente debe ser **asumida o asegurada** por una

persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general³⁸.

En tal sentido, se dice que debe ser **asumida o asegurada** por una persona pública, por cuanto, no todo «servicio público» es una actividad que debe ser directa y efectivamente prestada por el Estado, sino que existe la posibilidad de que algunos servicios públicos sean prestados por un particular, bien sea mediante concesión o cualquier otra forma de gestión, quedando al Estado sólo la obligación de asegurar o garantizar que la prestación se realice bajo las condiciones establecidas en la Ley.

Expuesto lo anterior, resulta pertinente señalar que la Constitución vigente³⁹ le otorga al servicio de aseo urbano, el carácter de «servicio público», y en consecuencia, dicha actividad debe ser **asumida o asegurada** por una persona pública territorial, en este caso, el Municipio.

Asimismo, el literal «d» del artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establece que es competencia del Municipio: «La protección del ambiente y la cooperación en el saneamiento ambiental; la protección civil y de bomberos; y el aseo urbano y domiciliario, incluidos los servicios de limpieza, recolección y tratamiento de residuos».

Sobre el modo en que puede llevarse a cabo la prestación del servicio, el artículo 69 *ejusdem* es claro al señalar que «los municipios tienen la potestad para elegir el modo de gestión que consideren más conveniente para el gobierno y administración de sus competencias».

De acuerdo al mismo artículo, los Municipios podrán gestionar sus competencias por sí mismos o por medio de organismos que dependan jerárquicamente de ellos, como pueden hacerlo también mediante formas de descentralización funcional o de servicios o mediante la creación de empresas públicas municipales de economía ex-

38 LARES MARTÍNEZ, Eloy. **Manual de Derecho Administrativo**. 11ª edición. p. 232.

39 Artículo 178 de la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**.

clusiva o de economía mixta. Finalmente, señala expresamente el artículo 69 en comentario, que los Municipios podrán también contratar con los particulares la gestión de servicios y obras públicas.

Así las cosas, de dicho artículo debemos resaltar que si bien la prestación del servicio público de aseo urbano y domiciliario es competencia del Municipio, el mismo puede ser prestado directamente por éste o a través de un particular, caso en el cual se tratará de un modo de gestión indirecta.

De la normativa y doctrina anterior, se puede concluir que la actividad de aseo urbano, es un *servicio público* competencia de los Municipios, que puede ser prestado directamente por éste o a través de terceros, en virtud de no ser la prestación del mismo inherente a la soberanía del Estado y de no encontrarse -por Ley- reservado al mismo; siendo que la forma de gestión del servicio, será aquella que se considere más conveniente al gobierno y administración de las competencias de cada Municipio. Cabe aclarar desde el inicio, que aun cuando el servicio de aseo urbano es competencia del Municipio, como se verá más adelante, la Ley de Gestión integral de la Basura⁴⁰ del año 2010, estableció en esta materia competencias concurrentes entre los distintos niveles del Poder Ejecutivo (Nacional, Estadal y Municipal).

3. De los esquemas de gestión y financiamiento del servicio

Como hemos visto anteriormente, según la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, los municipios tienen la potestad para *elegir el modo de gestión que consideren más conveniente* para el gobierno y administración de sus competencias.

Pues bien, este órgano asesor con el ánimo de contribuir a ilustrar a ese honorable Cuerpo Edilicio sobre los diversos modos de gestión del servicio de aseo urbano domiciliario existentes en Latinoamérica, examinó algunos estudios que se han realizado sobre este tema con especial atención en América Latina y el Caribe.

40 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.017 Extraordinaria de fecha 30 de diciembre de 2010.

Entre tales estudios destaca, uno publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización Panamericana de la Salud, acerca de la situación del manejo de residuos sólidos municipales en América Latina y el Caribe. En este sentido, señalan los autores que *«[e]n los últimos 20 años, y sobre todo en el presente decenio, el cambio más espectacular que ha ocurrido en los servicios de residuos sólidos ha sido el proceso de privatización de los sistemas operativos como consecuencia de las tendencias políticas...»*⁴¹.

Por su parte, de la información contenida en dicho estudio, los procedimientos más usuales para la recolección, barrido de calles y disposición de residuos sólidos urbanos en América Latina, pueden agruparse en:

- a) **Operación Municipal Directa**⁴²: Bajo esta modalidad, el servicio es prestado en su totalidad por el municipio o empresa municipal. En estos casos, los sistemas operativos, de administración, comerciales, financiero y de planeación son totalmente municipales, y el cobro del servicio se realiza mediante una tasa sobre el valor de la propiedad predial o una tarifa asociada a las facturas de agua potable o electricidad.
- b) **Empresa autónoma municipal**⁴³: Este sistema es aplicado para evitar restricciones administrativas, tales como la estructura salarial del municipio y actúa como una corporación pública o mixta. En esta modalidad, para el pago por el servicio, o la recuperación de costos, se aplica el mismo mecanismo de la operación municipal directa, sin embargo,

41 **Diagnóstico de la situación del manejo de residuos sólidos municipales en América Latina y el Caribe**, por: Guido Acurio, Antonio Rossin, Paulo Fernando Teixeira, y Francisco Zepeda. Pág. 31. Publicación conjunta del Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización Panamericana de la Salud. Disponible en: <http://www.bvsde.ops-oms.org/acrobat/diagnost.pdf> [Consultado el 1° de octubre de 2011].

42 Así operan Asunción, México, D.F., Panamá, San José y Managua.

43 Este sistema se desarrolla en Río de Janeiro, Brasilia, Belo Horizonte, y Porto Alegre en Brasil; Quito en Ecuador; Cali y Medellín en Colombia; Barbados, Trinidad y Tobago en el Caribe, Monterrey en México; y, Cochabamba, Sucre y Tarija en Bolivia.

los sistemas de planeación, administración y finanzas, los maneja la propia empresa.

- c) **Operación municipal contratada**⁴⁴: En esta modalidad de prestación del servicio público de aseo urbano, el municipio contrata la operación total o parcial a una empresa privada, la cual opera bajo el control y supervisión municipal. Todos los sistemas organizacionales los maneja el municipio o la empresa municipal, incluido el sistema comercial de cobro de tarifas a los usuarios del servicio; sin embargo, en algunos casos se contrata el servicio de cobro y la supervisión del servicio a la empresa privada.
- d) **Operación privada** (concesiones): Bajo esta modalidad, los servicios de recolección, barrido, transferencia, etc., los realiza una empresa concesionaria, usualmente bajo un sistema de franquicia; en estos casos, el municipio ejerce el control y supervisión sobre los servicios, y corresponde a la empresa privada la comercialización del mismo, es decir el cobro por el servicio.

Según el estudio sobre la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario ya citado, éste tipo de provisión de servicios no es común en América Latina y el Caribe⁴⁵.

- e) **Operación comunitaria y microempresas**: En este caso, el manejo de los residuos es operado por miembros de la comunidad, a través de organizaciones, cooperativas o microempresas con la coordinación o no del gobierno local.

Las microempresas son organizaciones totalmente privadas que prestan servicios o pueden actuar como contratistas de

44 São Paulo y Buenos Aires han utilizado este procedimiento durante casi 20 años para la recolección, transferencia, tratamiento y disposición final de los desechos sólidos. Otras ciudades que aplican este procedimiento son: Bogotá, Caracas, Cali, Porto Alegre, Curitiba, Belo Horizonte, Santiago, Montevideo, Santo Domingo, Monterrey, Guayaquil, y La Paz.

45 Sin embargo, como un ejemplo de este sistema, se pueden citar las ciudades de Guatemala, y Fernando de la Mora, (Paraguay), en la cual una empresa privada tiene la concesión de recolectar los residuos sólidos y cobra directamente las facturas a los usuarios.

los municipios, o como subcontratistas de empresas privadas, se caracterizan por tener pocos empleados, hacen énfasis en el uso de la mano de obra, y mantienen bajos costos por utilizar tecnología sencilla.

- f) **Operación de mercado libre:** En este caso, los proveedores de servicios contratan libre y directamente a los generadores de residuos sólidos, su manejo, transporte y disposición final, sin intervención del sector público, pero sí con su regulación.
- g) **Operación mixta:** La operación mixta involucra la participación de dos o más de los procedimientos anteriormente indicados, y pueden asumir distintas formas, por ejemplo, la autoridad municipal brinda el equipo y las empresas privadas aportan el personal, como sucede en Santa Cruz, en Bolivia; las empresas aportan los vehículos de recolección con el chofer, y el municipio aporta los obreros.

Visto lo anterior, vemos que la tendencia actual en América Latina y el Caribe, así como en nuestro país, se orienta cada vez más a incluir al sector privado en la gestión del servicio, por un sinnúmero de razones técnicas, económicas, y de mejor organización y obtención de resultados.

Ahora bien, de acuerdo a la normativa contenida en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, sería posible afirmar que, en Venezuela, casi todas las alternativas comentadas serían admisibles para la gestión del servicio de aseo urbano domiciliario, siempre atendiendo a los principios de eficiencia y eficacia administrativa, entre otros.

Sobre el esquema de financiamiento del servicio de aseo urbano, hay que apuntar que de acuerdo al artículo 76 de la Ley de Gestión Integral de la Basura⁴⁶ (2010), el régimen económico en esta materia *«estará conformado por las tarifas y tasas que se cobren por la prestación del servicio de manejo integral de residuos y desechos sólidos; así como los subsidios, donaciones y demás recursos materiales, económicos y financieros*

46 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.017 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2010.

aportados por los órganos y entes de la Administración Pública en todos sus niveles y cualquier otro que ingrese por concepto de manejo especial de residuos y desechos sólidos».

Como se observa, la mencionada Ley –que derogó la Ley sobre Residuos y Desechos Sólidos de fecha 21 de octubre de 2004⁴⁷–, admite varios esquemas posibles de financiamiento del servicio, lo cual debe leerse, en criterio de este órgano asesor, de manera concordada con el artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al que nos hemos referido en párrafos precedentes y que recordando –nuevamente– señala que «los municipios tienen la potestad para elegir el modo de gestión que consideren más conveniente para el gobierno y administración de sus competencias».

Este abanico de alternativas para financiar el servicio, obedece al hecho de que existan diversos modos de gestionarlo, como vimos al principio de este acápite.

Ahora bien, la Ley de Gestión Integral de la Basura (2010) en el mismo capítulo referido al régimen económico, hace mención a la figura de la «tasa» así como de la «tarifa», como mecanismos de contraprestación a cargo de los usuarios, por la prestación del servicio de aseo urbano y en tal sentido, establece en sus artículos 77 y 78 lo que se transcribe a continuación:

«Artículo 77.–Tasa

La prestación de los servicios de manejo integral de residuos y desechos sólidos, así como la transferencia y la disposición final de los desechos sólidos, realizada en forma directa o delegada por las autoridades competentes, tendrá como contrapartida obligatoria el pago de la tasa que corresponda, en función de las tarifas vigentes para el tipo, características y cuantía de los residuos y desechos cuya operación involucre.

Quienes generen residuos y desechos sólidos que requieran un servicio de manejo especial, deberán pagar adicionalmente la tasa fijada para el servicio requerido».

47 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.068 de fecha 18 de noviembre de 2004.

Artículo 78.-Tarifas

Las tarifas y forma de pago por el costo de los servicios especiales prestados serán aprobadas anualmente, en función de los costos reales para cada tipo de servicio, atendiendo al principio de equidad».

En criterio de este Despacho, el legislador nacional descuidó asignar a los vocablos «tasa» y «tarifa» su adecuada significación técnica e incluso, parece tratar en algunos casos la «tasa» y la «tarifa» como si fueran sinónimos, lo que comporta añadir algo más de complejidad a este tema ya que como afirma Pugliese –citado por PLAZAS VEGA⁴⁸– *«pocos son los campos de la ciencia de la hacienda, del derecho financiero y del derecho administrativo, en los que estén presentes disidencias e incertidumbres más vivas que en el ámbito de las tasas».*

La imprecisión que acusamos, se observa desde los primeros artículos de la Ley. Así en el artículo 7, por ejemplo, se lee que corresponde al Ejecutivo Nacional (...) *«fijar criterios para el establecimiento de tasas sobre la materia».* A pesar de las diferencias que se consiguen en la doctrina que trata de explicar los caracteres esenciales de la «tasa», hay un punto en el que toda la doctrina sí está de acuerdo, a saber: que la «tasa» es una categoría tributaria, es decir, se trata de un tributo y como tal, es de estricta reserva legal.

Pues bien, de acuerdo a lo comentado anteriormente, si la tasa es por definición un tributo, es un contrasentido que el Ejecutivo fije criterios para el establecimiento de tasas sobre la materia, habida cuenta que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 del Código Orgánico Tributario *«sólo a las leyes* corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias: 1.-Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible; fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo». (Destacado y cursivas nuestras).

En otras palabras, quien debió en todo caso, establecer criterios para armonizar o coordinar la definición de principios, parámetros y

48 PLAZAS VEGA, Mauricio. A. (2005). **Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario**. Tomo II. 2da. Edición. Bogotá: Editorial Temis. p. 183.

limitaciones de las tasas que podían establecer los Municipios en esta materia, era el legislador nacional, precisamente en la Ley de Gestión Integral de la Basura, en virtud de lo establecido en el numeral 13 del artículo 156 de la Constitución vigente, el cual es del siguiente tenor:

«**Artículo 156.**—Es de la competencia del Poder Público Nacional:
...(omissis)...

13. ***La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos o alícuotas de los tributos estatales y municipales; así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad territorial***» (Destacado y cursivas nuestro).

Así pues, esta circunstancia que describimos, en la cual, la Ley de Gestión Integral de la Basura ha puesto en manos del Ejecutivo Nacional la fijación de los criterios para establecer las tasas, se conoce como «deslegalización». El *quid* del asunto es, que no se puede «deslegalizar» una materia que como dijimos anteriormente, es de estricta reserva legal.

En todo caso, lo que queremos poner de relieve, es que con lo anterior, no sólo queda en evidencia que se viola la disposición constitucional contenida en el artículo 156.13, sino que también se puede concluir que el concepto de «tasa» en el contexto del artículo 7 de la Ley de Gestión Integral de la Basura, no está delimitado ni es utilizado correctamente, al menos en su acepción técnica de «tributo» como categoría tributaria.

Otra imprecisión terminológica se observa cuando el artículo 76 de la Ley de Gestión Integral de la Basura establece que el «*régimen económico estará conformado por las tarifas y tasas que se cobren por la prestación del servicio de manejo integral de residuos y desechos sólidos*».

Para poner en evidencia la imprecisión que acusamos ahora, tenemos que hacer mención al contenido del artículo 5 de la Ley de Gestión Integral de la Basura, el cual a la letra expresa lo siguiente:

«Artículo 5.-Gestión y manejo

La gestión integral de los residuos y desechos sólidos comprende las políticas, recursos, acciones, procesos y operaciones que se aplican en todas las fases del manejo.

El manejo integral de residuos y desechos sólidos comprende desde la generación de los residuos hasta la disposición final de los desechos. (Destacado nuestro).

Ahora bien, si de acuerdo a este artículo *«el manejo integral de residuos y desechos sólidos comprende desde la generación de los residuos hasta la disposición final de los desechos»* y si conforme al encabezado del artículo 76 *ejusdem* el *«régimen económico estará conformado por las tarifas y tasas que se cobren por la prestación del servicio de manejo integral de residuos y desechos sólidos»*, entonces, la consecuencia lógica y normativa que se desprende de concatenar estos dos artículos, es que es posible establecer una «tarifa» o una «tasa» para cobrar a los usuarios la prestación del servicio de aseo urbano, el cual comprende el manejo integral de residuos y desechos sólidos.

La imprecisión se pone de manifiesto cuando en el artículo 77 *ejusdem* se denomina «tasa», a la *contraprestación* que debe cubrir el usuario independientemente del modo de gestión que se utilice para gestionar el servicio de aseo urbano, esto es, si el servicio es realizado de forma directa o delegada (entendiendo que la expresión «delegada» se refiere a un modo de gestión indirecto) por las autoridades competentes. Como se verá más adelante, en la jurisprudencia patria y en un sector autorizado de la doctrina, si la prestación del servicio es realizada directamente por el ente público, entonces lo procedente es considerarlo como «tasa». En cambio, si la prestación del servicio se hace mediante un modo de gestión indirecta se considera que se está frente a una «tarifa» o «precio público». Nuevamente se pone de relieve el descuido técnico del legislador nacional en cuanto al alcance y significación de los términos «tasa» y «tarifa».

Con relación al artículo 78 que se refiere a las tarifas, este Despacho debe reparar en lo siguiente: Pareciera que las tarifas, van a limitarse a cubrir el costo de servicios especiales, lo cual contradice la conclusión que deriva de concatenar los artículos 5 y 76 de la Ley

de Gestión Integral de la Basura, a saber: que es posible establecer una «tarifa» o una «tasa» para cobrar a los usuarios por la prestación del servicio de manejo integral de residuos y desechos sólidos.

Por otra parte, la característica de que las tarifas deban aprobarse en función de los costos reales –como si las tasas no debieran hacerlo– constituye también un equívoco, pues cualquiera sea la forma de financiar el servicio, lo menos que debe procurarse si se utilizan «tasas» o «tarifas» es cubrir el costo real del servicio.

Empero, si el modo de gestión utilizado por el Municipio es indirecto y supone, por ejemplo, la contratación de un tercero (empresa privada) para prestarlo, entonces, el problema no consistirá solamente cubrir el costo real del servicio, sino que el particular obtenga para sí un margen razonable de ganancia, pues de otro modo, difícilmente algún particular se mostrará interesado en contratar con el Municipio, si no puede obtener para sí un margen razonable de utilidad. En palabras del profesor colombiano Mauricio Plazas Vega⁴⁹ «*mal puede pretenderse que los particulares estén dispuestos a comprometerse con el ejercicio de actividades públicas, de manera permanente, a pérdida o al costo*».

Con todo esto, lo que quiere este Despacho destacar, es que en el texto de la Ley de Gestión Integral de la Basura, los vocablos «tasa» y «tarifa» lamentablemente no están técnicamente bien delimitados o no se encuentran correctamente definidos por lo que el mencionado instrumento legal, no nos sirve para delimitar o distinguir –al menos conceptualmente– las diferencias que la jurisprudencia y la doctrina han apuntado.

Por tal motivo, estimamos conveniente revisar la noción de «tasa» y de «precio público», para tratar de **aproximarnos** a una delimitación de los conceptos en comentarios, con el ánimo de contribuir a precisar el alcance jurídico del esquema tarifario establecido por el Ejecutivo Municipal, no sin antes advertir que este tema ha sido objeto de calurosos debates, por lo que no pretendemos de ninguna manera resolver o zanjar un problema que hoy día sigue siendo objeto de

49 PLAZAS VEGA, Mauricio A. Op. cit *supra*. p. 191.

estudio de ilustres académicos y autorizada doctrina científica en el campo de las ciencias de las finanzas públicas.

4. De la distinción entre tasa y tarifa (precio público)

En el foro tributario, no son pocas las veces en las cuales a la figura de las tasas se le confunde con la de precios públicos.

Sin embargo, un sector importante de la doctrina que ha tratado esta materia ha buscado diferenciar las «tasas» de los denominados «precios públicos».

Antes de examinar la distinción de las figuras de tasa y precio público que se encuentran en la doctrina, resulta menester precisar que a los fines del presente acápite y para todos los efectos del presente dictamen entenderemos la expresión «tarifa» como sinónima de «precio público».

4.1. Distinción según la doctrina

Un sector de la doctrina afirma, que los precios públicos se diferencian de la tasa, ya que en esta última se presupone que la solicitud o recepción del servicio o actividad administrativa debe ser obligatoria para el obligado a satisfacerla y el servicio o actividad que se presta **sólo puede ser prestado por el Estado**. En nuestro ordenamiento jurídico, esto aplica por cuanto a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Orgánico Tributario «*es sujeto activo de la obligación tributaria el ente público acreedor del tributo*» y ciertamente conforme al artículo 179 ordinal 2° del Texto Fundamental, los Municipios tienen potestad tributaria para crear y recaudar las tasas por el uso de sus bienes o servicios. En otras palabras, no podría ser sujeto activo de un tributo, esto es, acreedor de la obligación tributaria, una persona de derecho privado.

Por su parte, en los precios públicos, el servicio o actividad es susceptible de ser prestado por el sector privado o bien en su solicitud no existe obligatoriedad, además de que la relación que presupone es contractual.

En todo caso, algunos autores deducen de lo anterior que si esos servicios o actividades son prestados o realizados efectivamente por el sector privado, no estaremos hablando de tasa sino de precio público. En otras palabras, para estar ante la tasa tiene que cumplirse que únicamente el sector público pueda prestar⁵⁰ tales servicios sin que quepa la posibilidad de que el servicio pueda ser prestado concurrentemente entre el sector público y el sector privado⁵¹. En tal sentido, SAÍNZ DE BUJANDA resume esquemáticamente las diferencias entre precio público y tasa, señalando al respecto que:

1. La tasa se rige por la ley; el precio público por el contrato.
2. La tasa no es una contraprestación; el precio público tiene la calificación legal de contraprestación.
3. La tasa debe «tener en cuenta» el principio de capacidad económica; en el precio, dominará el criterio de utilidad o beneficio para el obligado al pago del servicio recibido.
4. Las fuentes normativas de las tasas serán las propias del tributo; en el precio se aplicarán las fuentes propias del tipo de contrato que corresponda.

Otras diferencias que se han expuesto para distinguir la «tasa» del «precio público» son las siguientes:

5. La tasa cubre el costo del servicio, mientras que el precio público deja un margen de utilidad.
6. La tasa es un monopolio del Estado y el precio público se presta en condición de libre competencia.
7. La tasa es divisible, esto es, puede fragmentarse en unidades de uso y de consumo para de esta manera individualizarse, y el precio público no.

50 MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, CARMELO; CASADO OLLERO, GABRIEL y TEJERIZO LÓPEZ, José M. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. Editorial Tecnos. Undécima Edición. Págs. 86 y ss.

51 SAÍNZ DE BUJANDA, Fernando. **Lecciones de Derecho Financiero**. Universidad Complutense de Madrid. Décima Edición.

A este respecto, se encontrará que cualquier autor que se consulte, ha formulado sobre las diferencias apuntadas, críticas y reparos, para destacar la preeminencia de alguna característica sobre otra a los fines de lograr la distinción entre ambas figuras. Por eso, conviene advertir nuevamente que en todo caso, esas diferencias deben servir –insistimos– a título de referencia y de guía, pues si tratamos de identificarlas en un caso concreto, posiblemente alguna característica se presente en un menor o mayor grado si se compara con una situación diferente, o simplemente alguna no aparezca.

Para ilustrar lo dicho, examinaremos los comentarios de algunos autores sobre este particular.

El profesor español Ferreiro Lapatza⁵², afirma lo siguiente:

«Jurídicamente, tasa y precio son dos instituciones distintas, dos moldes de relaciones sociales perfectamente diferenciados: la una incorpora una obligación *ex lege* de Derecho público, la otra, una obligación *ex contractu*, normalmente de Derecho privado.

Pero fijémonos bien, no se trata de decir que tasa y precio, en términos jurídicos, sólo se pueden diferenciar a *posteriori* una vez examinado el régimen jurídico a que está sometido el pago que en cada ocasión se analice.

Se trata, precisamente, de lo contrario. Tasa y precio son dos figuras jurídicas, dos técnicas, dos instituciones que incorporan un régimen jurídico diferente. El legislador, a la hora de elegir entre tasa y precio, debe tener presente el régimen jurídico que tal elección predetermina. En virtud del régimen jurídico de la obligación *ex lege* o *ex contractu* que desee establecer y, fundamentalmente, de los condicionamientos constitucionales a que esté sometido el establecimiento de un tributo.

En términos jurídicos pues, la diferencia entre tasa y precio es clara.

Una tasa es un tributo, es decir, es una obligación *ex lege* de Derecho público. Un precio es una cantidad que ha de pagarse en cumpli-

52 FERREIRO LAPATZA, Juan. «Tasas y Precios: los precios públicos (1991)». **Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español**. Madrid: Marcial Pons. págs. 40-41.

miento de una obligación, normalmente de Derecho privado, derivada de un contrato.

La tasa es, pues, un tributo –concluimos así este epígrafe– cuyo hecho imponible consiste en la prestación de un servicio o la realización de actividades que afecten o beneficien en modo particular al sujeto pasivo».

Veamos ahora lo que dice el profesor argentino Giuliani Fonrouge:

«Si bien la tasa se vincula con la realización de una actividad administrativa, esto no significa que cualquier actividad sea retribuable mediante tasas, algunas remuneraciones, en efecto, asumen, la condición de obligaciones del derecho privado, difíciles de caracterizar.

El problema es tan complejo, que ha llegado a expresarse que “no hay un elemento material de diferenciación, al que pueda atribuirse influencia decisiva y constante sobre el carácter jurídico de las relaciones en cuestión”, ello no obstante, se han formulado diversos criterios, que veremos en sus aspectos más destacados y que permiten soluciones aproximativas».⁵³

Apunta el mismo autor, después de referirse a varios criterios utilizados para distinguir la tasa del precio, lo siguiente:

«Preferible es decidirse por el criterio del otro Giannini, [refiriéndose al autor Achille Donato Giannini] que finca la distinción en la naturaleza de la relación jurídica: tratándose de una relación contractual basada en la libertad de las partes, habría ingreso de derecho privado; en cambio, si aquella nace en virtud de la ley, con prescindencia del particular (a lo sumo, en ciertos casos, éste pondría en acción el mecanismo legal), entonces nos hallaríamos frente a la tasa. Pero lo que es fácil establecer en teoría, no siempre puede apreciarse en la práctica...»⁵⁴.

53 GIULIANI FONROUGE, Carlos (1993). **Derecho Financiero**. (5ta. Edición. Vol. II). Argentina: Ediciones: De Palma. p. 991.

54 GIULIANI FONROUGE, Carlos. Op. cit *supra*. p. 992.

Termina Giuliani por afirmar que:

«Prudente es decir, entonces, que debe examinarse en cada caso el motivo determinante de la institución del servicio estatal y el interés tutelado por la norma, así como la naturaleza, contractual o no, de la relación creada, sin omitir el análisis del desarrollo histórico de la situación»⁵⁵.

El autor, –también argentino– Héctor Villegas, nos comenta sobre el problema que examinamos, lo siguiente:

«Este difícil problema ha originado diversas teorías. Entre ellas mencionamos:

- a) Algunos teóricos sostienen que hay precio cuando la prestación del servicio deja margen de utilidad, y tasas cuando el producto se limita a cubrir el costo del servicio (Einaudi y Cammeo).
- b) Otro criterio sostiene que cuando el Estado presta el servicio en condiciones de libre competencia, nos hallamos ante un precio, y que, cuando lo hace en condiciones monopólicas debemos hablar de tasas (Duverger).
- c) Según otra posición, el carácter de tasa o de precio debe deducirse esencialmente del modo en que la relación aparezca legalmente disciplinada, teniendo en cuenta sobre todo su desenvolvimiento histórico. Se sostiene que, según el régimen jurídico que se haya adoptado para regular determinada relación, se desprenderá si ésta ha sido configurada con arreglo al esquema de contrato (precio) o de una obligación emanada no de la voluntad de las partes sino directamente de la ley (tasas). En esta posición se hallan Giannini, Giuliani Fonrouge y Ataliba, entre otros.
- d) Una última posición diferencia tasa de precio, afirmando que la ejecución de actividades inherentes a la soberanía sólo puede dar lugar a las tasas, y que todos los otros montos que el Estado exija como contraprestación de un bien, la concesión en uso o goce, la ejecución de una obra o la pres-

55 GIULIANI FONROUGE, Carlos. Op. cit *supra*. p. 992.

tación de un servicio no inherente, da lugar a un precio, que podrá ser un precio público, pero que no es tasa»⁵⁶.

Como se observa, no existe unanimidad en la doctrina sobre los *caracteres esenciales o determinantes* para distinguir las «tasas» de los «precios públicos». No obstante, aunque no hay acuerdo sobre los elementos esenciales para lograr una nítida distinción, a *grosso modo*, se pueden anotar y enunciar de modo más o menos general, las características sobre las cuales han tratado de hacerse las distinciones, estando la diferencia de los autores, en el mayor o menor peso de alguna característica frente a otra, como se apuntó más arriba.

En otro orden de ideas, merece la pena señalar la definición de tasa que acogió el modelo de Código Orgánico para la América Latina. Plazas Vega⁵⁷ apunta que dicho modelo se refiere al ingreso público en comentario en los siguientes términos: «es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente». Y agrega que «su producto no puede tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación». Así mismo, establece que «no es tasa la contraprestación de servicios no inherentes al Estado».

Este modelo de Código Orgánico Tributario, ha inspirado la codificación tributaria de muchos de los países del continente americano. No obstante, dicha definición nos sirve sólo como referencia, habida cuenta de que nuestro Código Orgánico Tributario se decantó por no adoptar una definición de las categorías tributarias de impuesto, tasa o contribución especial, siendo ésta la clásica clasificación tripartita del género tributo.

A modo de cierre del presente acápite, estimamos pertinente citar las conclusiones contenidas en la ponencia del trabajo que sobre esta materia presentara el profesor español Juan Ferreiro Lapatza⁵⁸ y que hemos citado parcialmente en líneas anteriores, al tratar el tema de las tasas y los precios públicos con relación al ordenamiento jurídico de su país:

56 VILLEGAS, Héctor. (2002). **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 8va. Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. p. 185-186.

57 PLAZAS VEGA, Mauricio A. Op. cit *supra*. p. 191.

58 FERREIRO LAPATZA, Juan. Op. cit *supra*. p 52-53.

«De lo expuesto en el cuerpo de esta ponencia cabe arrancar, a nuestro juicio, las siguientes conclusiones:

Primera: El establecimiento de una tasa o precio para la financiación de un servicio público no está condicionado por criterios apriorísticos (si éstos no vienen impuestos por una norma constitucional) basados en pretendidas diferencias sustantivas de los servicios que con ellas se han de financiar.

Segunda: La diferencia tasa-precio es una diferencia de régimen jurídico: la tasa es un tributo; el precio la contraprestación debida en un contrato.

Tercera: La elección entre tasa y precio es una elección política que ha de basarse en consideraciones prejurídicas de todo tipo: económicas, políticas, características del servicio, etc.

Cuarta: La elección del tributo implica privilegios para la Administración y, como contrapartida, la intervención del legislativo en su establecimiento y los controles propios de los tributos en su aplicación.

Quinta: La elección del precio proporciona una mayor libertad de acción, pero no comporta para la Administración los privilegios propios del tributo.

Sexta: La elección, no puede, sin embargo, tratar de conseguir la libertad de acción del precio con los privilegios del tributo. Todo intento en este sentido, mediante regímenes legales híbridos o atípicos, no puede sino ser entendido como un intento de eludir las normas que en todas las comunidades democráticas garantizan el ejercicio de un poder tributario ejercido sobre ciudadanos libres y no sobre súbditos de un Estado no democrático».

Con todo lo expuesto, y en el contexto de las consideraciones de naturaleza académica que hemos expuesto de manera sucinta sobre las diferencias entre «tasa» y «tarifa» lo que resulta importante destacar es que cualquiera de los dos regímenes es admisible como esquema de financiamiento del servicio de aseo urbano, para lo cual, como afirma el profesor Ferreiro Lapatza resultará conveniente examinar otras circunstancias, entre ellas, económicas, técnicas, etc., al momento de adoptar uno u otro.

4.2. Distinción según la jurisprudencia patria

Con ocasión del tema que estamos tratando, conviene traer a colación el criterio sentado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 01002, de fecha 5 de agosto de 2004 (Caso: DHL Fletes Aéreos, C.A.), en relación a la diferenciación entre tasa como tributo y el precio público. En efecto, el fallo expresa lo siguiente:

«La doctrina diferencia en torno al pago que hacen los particulares a quien preste un servicio público no inherente a la soberanía del Estado –como lo sería el de correo, por ser éste susceptible de ser concedido a particulares–, entre las figuras del *precio público* y el *precio privado*, para diferenciarlo de la tasa o contribución que se paga por el servicio prestado directamente por el Estado en virtud de su potestad tributaria. En este mismo sentido se pronuncia el profesor PEÑA SOLÍS al señalar que **«En general se admite que la tarifa carece de naturaleza tributaria, motivo por el cual no puede ser conceptuada ni como un impuesto, ni como una tasa, sino como un precio, que generalmente es denominado público, atendiendo a los mecanismos de su fijación»**. (PEÑA SOLÍS, José «La Actividad Administrativa de Servicio Público...». Ob. Cit. Pág. 464). (Énfasis añadido).

Así, estima esta Sala Político Administrativa Accidental que las prestaciones que realizan los particulares en retribución de un servicio tienen siempre la naturaleza jurídica de un precio, ya sea que el servicio se preste por un particular o por el Estado en régimen de libre competencia. Lo que el Estado percibe como contraprestación del bien que suministra en su calidad de prestador de un servicio no puede tener jurídicamente otra naturaleza que la del precio, idéntica a la de los precios que el consumidor paga a un productor de servicios privado.

Este criterio ayuda a distinguir y distanciar los conceptos de tasa y precio. Para la doctrina uruguaya la fuente de creación de cada una de ellas basta para separar una figura de la otra, señalándose que la ley crea la tasa mientras que el acuerdo de voluntades hace nacer el precio (Ramón VALDÉS COSTA. «Curso de Derecho Tributario». Ediciones Depalma. Marcial Pons. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1996. Pág. 141). Así, tasa vendría a ser el tributo cuyo presupuesto de hecho o generador se caracteriza por una actividad jurídica específica del Estado hacia el contribuyente y cuyo resultado se destina a las necesidades del servicio correspondiente,

determinadas de acuerdo a los fines perseguidos con su establecimiento. Las tasas corresponden a aquellos servicios inherentes al Estado que no se conciben prestados por los particulares, dada su íntima vinculación con la noción de soberanía que rige en cada lugar y tiempo. Sin embargo, no es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicio no inherente al Estado. Es decir, no se considera tasa la obligación de pagar el porte postal en la distribución de correspondencia por empresas privadas en las que no hay ninguna prestación estatal.

En el caso de autos, la pretendida denominación que esgrimen las recurrentes al atribuirle carácter de tributo, específicamente de tasa, a las tarifas de los servicios públicos de tributos, es indebida. En los servicios públicos inherentes al Estado siempre se está frente a servicios de naturaleza jurídica, inseparables del Estado y por lo tanto en principio gratuitos, salvo que una ley los grave con un tributo. **En cambio, en estos otros servicios de carácter económico, en los que rige el principio de la onerosidad, su remuneración puede ser fijada por un acto administrativo. En efecto, la Administración Pública tiene la competencia de determinar la tarifa de la prestación de un servicio público. Tanto es así, que las leyes venezolanas más novedosas en materia de prestación y regulación de servicios públicos establecen un régimen tarifario donde la Administración define el modelo de tarifa.** (Véase Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento en sus artículos 82 y sig.; Ley Orgánica de Servicio Eléctrico en sus artículos 79 y 80; Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Eléctrico en el artículo 88, y; Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos en el artículo 46). Igualmente, el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, establece lo que para esa normativa debe entenderse como tarifa, y que a juicio de esta Sala resulta ilustrativo a los efectos de explicar el concepto de tarifa.

Artículo 2.—*A los efectos de la interpretación y aplicación del presente Reglamento, las definiciones que se indican a continuación tendrán el significado siguiente:*

(...)

Tarifas: Montos que determina la autoridad en contraprestación por el gas recibido y por los servicios contemplados en la Ley. (Énfasis añadido).

Así, la tarifa viene a ser la retribución por el beneficio obtenido por la prestación del servicio público y esa tarifa podrá ser fijada de manera directa y unilateral por la Administración como parte de la actividad administrativa de la regulación económica. Utilizando de nuevo el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, de manera análoga puede verificarse que el artículo 46 *eiusdem* establece que el Ejecutivo Nacional mediante el órgano competente por medio de Resoluciones, determinará *las metodologías para el cálculo de los precios de los Hidrocarburos gaseosos en el mercado interno y fijará los referidos precios en los centros de despacho*.

En efecto, *cuando la actividad es prestada directamente por la propia Administración* y se trata de servicios públicos inherentes a la soberanía estatal se está frente a tasas, es decir, obligaciones pecuniarias de conformidad con la ley, en virtud de la prestación de un servicio público individualizado en el contribuyente. Así, se estaría frente a un ingreso público tributario, regido por las normas que regulan la materia en la Constitución y el Código Orgánico Tributario por lo que esas tasas, como todo tributo, deben regirse por el principio de la legalidad tributaria. Pero se insiste, esto se configura ante la prestación de servicios públicos inherentes a la soberanía estatal.

Ahora bien, cuando se trata de un servicio no esencial a la soberanía misma del Estado pero que es prestado directamente por éste, se está frente a un “precio público”, el cual a pesar de constituir un ingreso público no tiene carácter tributario y en consecuencia no estaría regido por el principio de la legalidad tributaria. Luego, si el servicio público es prestado por un concesionario **mediante cualquier forma de gestión indirecta se está en presencia de una tarifa o “precio privado”**, el cual es el pago realizado por el usuario del servicio público al concesionario por la utilización y prestación de dicho servicio.

Así expresamente lo ha determinado la Sala Político Administrativa, mediante sentencia n° 01219 del 26 de junio de 2001:

“...siendo la concesión un mecanismo por el cual la autoridad pública otorga a una concesionaria, entre otras, la misión de gestionar un servicio público, el cumplimiento de esta función tiene lugar a cambio de una remuneración que en la mayoría de los casos consiste en la tarifa que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio”. (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de

Justicia de 26 de junio de 2001, número 01291. Ponente magistrado Levis Ignacio Zerpa). (Énfasis añadido).

Estos tipos de precios, públicos y privados, no pueden entenderse como tributos, ya que simplemente son pagos por el servicio que se está prestando y nunca una obligación tributaria.

En este sentido, se ha señalado que “las tarifas (o precios) de los servicios públicos no son un medio indiscriminado de obtención de ingresos sino justamente lo contrario, el mecanismo de proporcionar al prestador del servicio la adecuada retribución, lo que implica una inevitable correlación entre servicio y tarifa”. (José ARAUJO JUÁREZ. “Manual de Derecho de los Servicios Públicos”. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2003. Pág. 188).

En conclusión, la tasa es una especie de contribución y el precio viene a ser el *quantum* o tope para dicho pago del servicio público, diferenciándose de forma determinante la figura de la tasa con la de los precios de los servicios públicos.

Ahora bien, por lo que se refiere al precio privado acude al régimen jurídico de las prestaciones, porque si el servicio es gestionado en forma privada el precio no puede tener la consideración de ingreso de Derecho público. Tal consideración puede y debe hacerse también en cuanto al caso del precio público, en razón de que ese precio está relacionado con la categoría de servicios públicos «industriales o comerciales» y la Administración cobra el precio como retribución por el servicio prestado, cuestión que no es de la finalidad ni de la naturaleza de los tributos...» (Destacados y cursivas nuestros).

Cabe destacar que esta doctrina judicial ha sido reproducida y ratificada posteriormente en los siguientes fallos:

- **INSTITUTO AUTÓNOMO AEROPUERTO INTERNACIONAL DE MAIQUETÍA vs. AEROPOSTAL ALAS DE VENEZUELA, S.A.** Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini. Expediente N° 2007-0403. Publicada el 20 de febrero de 2008, bajo el N° 00214.
- **MINISTERIO DEL AMBIENTE Y DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES (HOY MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA EL AMBIENTE) vs. ALMACENES Y DEPÓSITOS INTEGRALES**

PORTUARIOS, C.A. (DEPORCA). Magistrado Ponente: Emiro García Rosas. Expediente N° 1999-15800. Publicada el 27 de junio de 2007, bajo el N° 01129.

Ahora bien, del fallo parcialmente citado, estima pertinente este órgano asesor rescatar algunas ideas que, al menos de acuerdo a nuestro Máximo Tribunal, suponen la adopción de una postura o posición respecto al controversial tema de las tasas y las tarifas, expresión ésta última que dijimos entenderemos como sinónimo de precio público a efectos de la presente opinión.

En primer lugar, hay que destacar que para la Sala *«las prestaciones que realizan los particulares en retribución de un servicio tienen siempre la naturaleza jurídica de un precio, ya sea que el servicio se preste por un particular o por el Estado en régimen de libre competencia»*.

Aun cuando dicha afirmación es expresada por la Sala con rígida vehemencia y sin admitir la posibilidad de excepciones, creemos sin necesidad de interpretar esas palabras, que la postura adoptada es muy clara: si el servicio [público] lo presta un particular o el Estado en régimen de libre competencia, las prestaciones o pago que hacen los usuarios **tiene la naturaleza de un precio**.

Por otra parte, afirma el fallo en comentarios que *«en estos otros servicios de carácter económico, en los que rige el principio de la onerosidad, su remuneración puede ser fijada por un acto administrativo. En efecto, la Administración Pública tiene la competencia de determinar la tarifa de la prestación de un servicio público. Tanto es así, que las leyes venezolanas más novedosas en materia de prestación y regulación de servicios públicos establecen un régimen tarifario donde la Administración define el modelo de tarifa»*.

De modo que, la Sala admite y declara que en los servicios donde rige el principio de onerosidad la **remuneración puede ser fijada mediante acto administrativo**.

Ahora bien, para tratar de determinar si en una determinada relación jurídica rige o no el principio de onerosidad debe acudir necesariamente, al análisis del esquema de operación o modo de prestación del servicio. En nuestro criterio, en la contratación exis-

tente entre el Municipio y la empresa prestadora del servicio de aseo urbano, está presente el principio de onerosidad, habida cuenta que –como señala la sentencia– **«las tarifas (o precios) de los servicios públicos no son un medio indiscriminado de obtención de ingresos sino justamente lo contrario, el mecanismo de proporcionar al prestador del servicio la adecuada retribución, lo que implica una inevitable correlación entre servicio y tarifa».**

No puede haber duda, de que cualquier contratación que celebra el Municipio con una empresa privada o en sentido más amplio, con un particular, para prestar un servicio público, como el de aseo urbano, **hace explícito el principio de onerosidad con la fijación o el establecimiento de un precio**, dado que, –ya lo hemos dicho utilizando palabras del autor colombiano Plazas Vega– ningún particular estará dispuesto a prestar el servicio al costo y mucho menos a pérdida. Esta contratación (que tiene reviste particulares características como contrato de derecho administrativo) justifica ajustes en el precio cuando se rompe de alguna manera el equilibrio económico-financiero del contrato, lo cual quiere decir simplemente que si motivado por determinados factores el contratista ve significativamente mermados sus beneficios entonces tiene derecho a que se revise y se establezcan ajustes en el precio para lograr una nueva situación de equilibrio económico-financiero.

Por otro lado, no puede soslayarse la afirmación de la Sala respecto al hecho de que *«la tarifa viene a ser la retribución por el beneficio obtenido por la prestación del servicio público y esa tarifa podrá ser fijada de manera directa y unilateral por la Administración como parte de la actividad administrativa de la regulación económica».* Así, se deja palmariaamente sentado por un lado, que **la tarifa retribuye el beneficio que obtienen [los usuarios] por el servicio que reciben**, y por el otro, **el carácter directo y unilateral para que la Administración fije las tarifas**, en estos casos, por considerarlo parte de la actividad administrativa de regulación.

Asimismo, dice la Sala que cuando la actividad es prestada directamente por la propia Administración y se trata de servicios públicos inherentes a la soberanía estatal se está frente a tasas, es decir, obligaciones pecuniarias de conformidad con la ley, en virtud de la prestación de un servicio público individualizado en el contribuyente.

Esta afirmación de la Sala resulta sumamente importante, por las siguientes razones:

Ciertamente, son tres las características que deben concurrir para que según la Sala estemos frente a una tasa. En primer lugar, debe tratarse de una actividad directamente prestada por la Administración. En segundo lugar, debe tratarse de una actividad inherente a la soberanía estatal, caso en el cual, según apuntaba Sainz de Bujanda (citado *supra*), no puede admitirse la intervención o actuación de un particular, pues de otro modo la actividad no sería de la *soberanía estatal* (entendiendo la expresión como prestación de servicio exclusiva y excluyente por parte del Estado). Y en tercer lugar, el servicio debe individualizarse en el contribuyente, circunstancia ésta última que según examinaremos más adelante, no se presenta –a nuestro juicio– en el caso del aseo urbano.

Establecido lo anterior, a juicio de esta Sindicatura, a pesar de las diferencias anotadas por la doctrina sobre el tema de la distinción entre tasas y precios públicos según vimos en el punto 3.1., hay un importante antecedente en la jurisprudencia que nos servirá de guía y orientación en este dictamen, pues nos permite delimitar de alguna manera cuáles son los caracteres o características que nuestro Máximo Tribunal ha tenido en cuenta para distinguir una figura de la otra, lo cual no significa que el problema se ha resuelto, pero significa que sí se ha adoptado una postura o posición al respecto.

Finalmente, dado que la Sala estimó que «*las leyes venezolanas más novedosas en materia de prestación y regulación de servicios públicos establecen un régimen tarifario donde la Administración define el modelo de tarifa*», resulta pertinente referirnos aunque sea de manera sucinta, al régimen económico establecido en algunas de ellas.

5. Régimen económico de algunos servicios públicos a nivel nacional

Examinemos brevemente, el régimen económico establecido por el Legislador Nacional sobre algunos servicios públicos de incuestionable importancia para la colectividad, como por ejemplo, el servicio eléctrico, el servicio de telecomunicaciones y el servicio de agua potable.

5.1. *Ley Orgánica del Servicio Eléctrico*

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico⁵⁹ es del tenor siguiente:

«Artículo 85.-Las tarifas que las empresas distribuidoras podrán aplicar a sus usuarios serán establecidas por el Ejecutivo Nacional, por órgano de los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, tomando en cuenta los siguientes elementos:

1. Los costos por concepto de compras y contrataciones realizadas en el Mercado Mayorista de Electricidad;
2. Los costos por la transmisión que reflejen su ubicación dentro del Sistema Eléctrico Nacional;
3. Los costos por la gestión del Sistema Eléctrico Nacional;
4. Los costos por la distribución en condiciones de máxima eficiencia;
5. Los costos por la gestión comercial;
6. Los costos de funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Parágrafo Primero: En la facturación a los usuarios se podrán incluir los intereses de mora calculados de acuerdo al Reglamento de esta Ley, y, de ser el caso, deberán ser incluidos los créditos por penalizaciones a las empresas eléctricas debidas a deficiencias en la calidad del servicio prestado y los reintegros a los usuarios. Dichos créditos quedarán establecidos en los contratos de servicio, cuyos modelos deberán ser aprobados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Parágrafo Segundo: La facturación al usuario deberá desglosarse para indicar al menos los elementos de costos citados, así como los montos correspondientes a los tributos que graven el servicio de electricidad.

59 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.568 Extraordinario de fecha 31 de diciembre de 2001.

Parágrafo Tercero: Las donaciones o aportes efectuados por la República, los Estados, los Municipios o el sector privado para realizar extensiones o mejoras de las actividades del servicio eléctrico, no podrán tomarse en cuenta a los fines de la determinación de las tarifas».

«**Artículo 86.**—Las tarifas por el uso de las redes de transmisión y distribución, así como las correspondientes a la gestión del Sistema Eléctrico Nacional, serán establecidas por el Ejecutivo Nacional, por órgano de los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios». (Destacado nuestro).

El caso del servicio eléctrico constituye una referencia relevante, en lo atinente al esquema de financiamiento que utiliza. En efecto, cabe recordar que este sector fue nacionalizado mediante el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico⁶⁰. De modo que, la prestación del servicio corre por cuenta del Estado, quien optó por crear una compañía anónima, —la Corporación Eléctrica Nacional S.A., adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo—, para encargarse de la realización de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica.

Así, se observa que aun cuando la prestación del servicio eléctrico es competencia del Estado, al optar por un esquema de gestión indirecta (pues se presta por medio de un ente descentralizado funcionalmente *con forma de derecho privado*, a saber: una empresa del Estado), se prefiere y se adopta en consecuencia el uso de un esquema de tarifas que es establecido por el Ejecutivo Nacional, el cual debe atender —como se desprende del texto de los artículos citados— a unos parámetros establecidos por el legislador.

5.2. *Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*

En esta oportunidad, pasamos revista a algunas de las normas que regulan el régimen económico financiero en el caso de la Ley

60 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.736 de fecha 31 de julio de 2007.

Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento⁶¹. Veamos:

«Competencias de los municipios y distritos metropolitanos

Artículo 11.—Corresponde a los municipios y distritos metropolitanos, la prestación y el control de los servicios de agua potable y de saneamiento. En particular, deberán:

- i. *aprobar la tarifa calculada por el prestador de servicios con base en el Modelo Tarifario elaborado por la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento y a los procedimientos establecidos en esta Ley y su Reglamento;*» (Destacado y cursivas nuestro).

«DEL RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO»

«Principios del Régimen Económico Financiero

Artículo 80.—El régimen económico-financiero para la prestación de los servicios de Agua Potable y de Saneamiento, está basado en los siguientes principios:

- a. Eficiencia económica, que impida el traslado de ineficiencias a los suscriptores y promueva un uso eficiente de los recursos necesarios para la prestación de los servicios;
- b. *Equilibrio económico, que posibilite la recuperación del total de los costos de operación, mantenimiento, reposición y expansión, así como la obtención de una rentabilidad justa y razonable;*
- c. Igualdad, que asegure a los suscriptores el derecho a tener el mismo tratamiento que cualquier otro suscriptor de la misma categoría;
- d. Solidaridad, a través de instrumentos que garanticen el acceso a los servicios de los suscriptores de menores ingresos o baja capacidad de pago;
- e. Equidad, que permita la redistribución de los costos, de modo tal que la tarifa y los subsidios tengan en cuenta la capacidad de pago de los suscriptores;

61 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.568 Extraordinario de fecha 31 de diciembre de 2001.

- f. Transparencia, que haga que el régimen económico financiero sea explícito y del conocimiento público para las partes involucradas en la prestación de los servicios;
- g. Simplicidad, que permita que el régimen tarifario se elabore de manera que sea de fácil comprensión, aplicación y control.

Parágrafo Único: *Los prestadores de los servicios tendrán derecho, en condiciones de operación eficiente de la prestación, a una rentabilidad justa y razonable por la actividad que realicen acorde con el riesgo de actividades similares en el país, y con la magnitud de los capitales propios destinados a inversión*». (Destacado y cursivas nuestro).

«Capítulo I

Del Régimen Tarifario

Artículo 82.—El régimen tarifario de los servicios de Agua Potable y de Saneamiento estará integrado por:

- a. La Política Tarifaria establecida en esta Ley;
- b. El Modelo Tarifario que comprende las bases tarifarias, la metodología y la estructura tarifaria de los servicios, de la manera definida por esta Ley y su Reglamento;
- c. Las Tarifas que resulten de la aplicación del Modelo Tarifario».

«El modelo tarifario

Artículo 83.—Las tarifas referidas en este título tendrán el carácter de precios máximos asociados a los costos eficientes en que incurran los prestadores de los servicios para alcanzar determinados niveles de cobertura y calidad del servicio. *Las tarifas serán calculadas por los prestadores de los servicios aplicando el Modelo Tarifario definido por la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento y sometidas a la aprobación de las autoridades municipales*. Los prestadores de los servicios deberán informar a la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento el resultado del cálculo, pudiendo esta última objetar, en el caso que no se haya aplicado correctamente el Modelo Tarifario, de acuerdo con lo establecido en la

presente Ley, su Reglamento y la Normativa respectiva. La Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento velará por la correcta aplicación del régimen establecido.

Parágrafo Único: *Las autoridades municipales sólo podrán improbar las tarifas presentadas por los prestadores de los servicios cuando las mismas no se ajusten al Modelo Tarifario establecido por la Superintendencia Nacional para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*». (Destacado y cursivas nuestro).

Procedimiento para la fijación de las tarifas

Artículo 90.–*Para la fijación de las tarifas, los municipios, distritos metropolitanos y los prestadores de los servicios deberán someterse a la regulación tarifaria que ejercerá la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.*

La Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento definirá el procedimiento para la fijación de tarifas el cual podrá ser revisado quinquenalmente. En todo caso dicho procedimiento deberá definir, entre otros, los siguientes aspectos:

- a. El Modelo Tarifario para el cálculo de las tarifas asociados a determinados niveles de cobertura y de calidad de los servicios;
- b. El tiempo de respuesta de las autoridades públicas con el fin de garantizar la sustentabilidad del servicio;
- c. Los procedimientos de arbitraje para la resolución de disputas entre los prestadores de los servicios, las autoridades municipales y entre éstos y la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.

(...omissis...)» (Destacado y subrayado nuestro).

En el caso del servicio de agua potable, nótese que aun cuando corresponde a los municipios y distritos metropolitanos, la prestación y el control de los servicios de agua potable y de saneamiento, el esquema de tarifas se construye sobre la base de un modelo tarifario que elabora la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, que es un órgano administrativo.

Asimismo, no se puede soslayar el hecho de que las autoridades municipales sólo pueden improbar las tarifas presentadas por los prestadores de los servicios cuando las mismas no se ajusten al Modelo Tarifario establecido por la Superintendencia Nacional para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.

Al igual que en el caso del aseo urbano, el servicio de agua potable es un servicio público de carácter domiciliario, para el cual se observa también que se adopta un modelo tarifario que elabora un órgano de la Administración, pero de nuevo, bajo unos principios y parámetros que han sido establecidos por el legislador, como se observa en el artículo 80 *ejusdem*.

5.3. Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Para terminar de ilustrar las tendencias de la nueva legislación en materia de prestación de servicios públicos, que como señalaba el Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de fecha 5 de agosto de 2004, caso: DHL Fletes Aéreos, C.A. *supra* citada **establecen un régimen tarifario donde la Administración define el modelo de tarifa**, hacemos referencia a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁶², la cual señala en sus artículos 144 y 145 lo siguiente:

«TÍTULO X

DE LOS PRECIOS Y LAS TARIFAS

Artículo 144.—Los prestadores de servicios de telecomunicaciones fijarán sus precios, *salvo por lo que respecta a los servicios de telefonía básica, aquellos prestados en función de una obligación de servicio universal o aquéllos que determine el órgano rector de conformidad con lo previsto en el presente artículo, cuyas tarifas serán fijadas por el órgano rector, oída la opinión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, y entrarán en vigencia una vez publicadas en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*.

62 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.610 de fecha 7 de febrero de 2011.

A los efectos del presente artículo, se entenderá por servicios de telefonía básica los servicios de telefonía local y telefonía de larga distancia, prestados a través de redes públicas de telecomunicaciones.

En todo caso, el órgano rector, oída la opinión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, podrá fijar las tarifas de los servicios de telecomunicaciones, cuando lo considere necesario por razones de interés público». (Destacado y resaltado nuestro).

6. Una referencia al Derecho Comparado. Caso Colombia

A mayor abundamiento, estima este Despacho pertinente traer a colación un caso del Derecho Comparado, referido especialmente a la legislación Colombiana en torno al tema del servicio de aseo urbano, y la posibilidad de la libre competencia para la prestación del mismo, ya que a nuestro modo de ver, la justificación de ese esquema sería perfectamente aplicable a nuestro país por las razones que señalaremos *infra*.

En este sentido, la Ley 142 de 1994 conocida como Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios expresa en su Exposición de Motivos, que es deber de las autoridades organizar la prestación de los servicios públicos en la forma que más convenga al usuario, garantizando la cobertura, eficiencia del servicio traducido en los menores costos y las menores tarifas.

Dicha Ley 142 propone para lograr los mencionados objetivos, la utilización de los siguientes instrumentos: libertad de entrada a quienes quieran prestar servicios públicos, competencia entre quienes los presten cuando la competencia sea posible, control sobre quienes presten servicios en condiciones de monopolio para evitar abusos en la posición dominante, etc.

La visión de la prestación de los servicios públicos propuesta en dicha Ley 142, persigue que las tarifas reflejen los costos de prestación del servicio y que los subsidios y sobre-precios sean limitados⁶³,

63 AMADOR CABRA, Luis Eduardo y PUBIANO P. Néstor. «Un Análisis de microeconomía aplicada al servicio urbano de aseo ¿monopolio o libre competencia?» *Revista de Derecho y Economía* N° 20, Colombia, octubre de 2004,

de manera que el legislador colombiano le ha dado prioridad a los principios de eficiencia y suficiencia financiera previstos en su Constitución.

En este orden de ideas, la eficiencia se entiende como que el régimen de tarifas se aproxime a los precios de un mercado competitivo⁶⁴. Por su parte, la suficiencia financiera «(...) es definida por la Ley como el conjunto de fórmulas tarifarias que garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; que permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y que permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios»⁶⁵.

Así las cosas, la mencionada Ley 142 establece en su artículo 87, ordinal 1 que, para fijar el monto de la tarifa se debe tomar en consideración los precios de un mercado competitivo y que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no sólo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo. ***En este sentido, es claro que la legislación colombiana ha considerado que la tarifa del servicio de aseo urbano es un precio público y no un tributo, motivo por el cual el valor de la misma se rige por las reglas del mercado.***

El notable jurista y hacendista colombiano Mauricio Plazas Vega, en su «Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario» confirma los anteriores señalamientos cuando afirma -no sin antes formular algunas objeciones al respecto- que «la ley 142 de 1994 adoptó un régimen general de precios, sometidos a control a través de las comisiones de regulación»⁶⁶. Este mismo autor, líneas más adelante concluye que «la retribución de servicios públicos domiciliarios en Colombia, [en

p. 44. Disponible también en: http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UEexternado/pdf/5_revistaContexto/Contexto/Archivo/Contenido20EE/AmadoryRubiano.pdf [Consultada el 1º de octubre de 2011].

64 Idem, p. 45.

65 Idem, p. 45.

66 PLAZAS VEGA, Mauricio A. Op. cit *supra*. p. 190.

los que se incluye el aseo urbano] de acuerdo a lo previsto en la ley 142 de 1994 y las normas que la adicionan y modifican, constituye precio y no tasa, aun a pesar de que el usuario obre en un ámbito de coacción y esté expuesto a la arbitrariedad cuando además de que el servicio sea imprescindible se preste en condiciones de monopolio». (corchetes añadidos).

Pese a lo anterior, aun cuando es admisible la posibilidad teórica y legal de que existan dos o más empresas prestadoras del servicio de aseo urbano en un mismo Municipio, la razón por la cual, esa circunstancia no se observa en realidad, obedece a razones de tipo económico. En efecto, un análisis de microeconomía aplicada al servicio de aseo urbano realizado por unos economistas e investigadores colombianos⁶⁷, explica por qué no sería eficiente que dos o más empresas prestaran el servicio de aseo urbano en un mismo Municipio.

En tal sentido, citamos –por su pertinencia– las conclusiones y recomendaciones de política formuladas por los autores del estudio en comentarios:

«CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE POLÍTICA

1. En condiciones de monopolio, la empresa prestadora del servicio de recolección domiciliaria y transporte de residuos sólidos al sitio de disposición final [RTRS] optimiza completamente sus operaciones, lo cual permite al regulador conocer el costo de eficiencia del servicio. Los costos de transacción se reducen al mínimo: una intervención y gastos de discusión e interpretación de un único contrato. Los costos de información del monopolista consisten en la producción, alimentación y mantenimiento de una base de datos sobre la ciudad. Los consumidores y el municipio tienen plena certeza sobre la responsabilidad del monopolista en las fallas en el servicio.
2. Es absolutamente indispensable explicar al público, en general, que la sociedad no puede darse el lujo de tener dos o más carros recolectores de residuos transitando por las mismas vías y predios, a la espera que el consumidor escoja sólo uno de ellos (el que ofrezca un menor precio). Esta sensación individual de competencia permanente (en el

67 AMADOR CABRA, Luis Eduardo y PUBIANO P. Néstor. Op. cit *supra*.

espacio y el tiempo) sólo es sostenible si el regulador impone un precio tope mayor al de eficiencia, que cubra a los operadores todos los viajes fallidos, como lo demostramos en el aparte II.

Los costos de transacción en esta situación son mayores que en monopolio, pues se requiere contratar más servicios de interventoría. Igual cosa ocurre con el volumen de información sobre los consumidores y sus cambiantes proveedores del servicio.

3. En un escenario de competencia permanente en el espacio y el tiempo (aparte III), con un precio tope de eficiencia técnica-operativa (observado en la situación de monopolio, aparte I) y fijado por el regulador, las empresas competidoras no pueden darse el lujo de acudir a todos y cada uno de los domicilios de la ciudad. Como vimos, ello implicaría un riesgo: perder el costo del viaje o ganar una fracción de ese costo (ya que el regulador impone una tasa de ganancia menor que uno).

Nuestra hipótesis es que las empresas asumirán este riesgo sólo si tienen la perspectiva de conducir a la quiebra a su oponente (vía guerra de precios) en el corto plazo. Luego de ello, la empresa victoriosa impondrá nuevamente el precio máximo permitido por el regulador. El resultado final es un monopolio. Si por el contrario, las empresas competidoras detentan similar poder financiero, como para sostener una prolongada guerra de precios, lo más probable es que terminen confabulándose, de forma explícita o implícita, para repartirse el mercado e imponer el precio tope fijado por el regulador. Resultado más probable: varias zonas de monopolio.

A favor de la anterior hipótesis debemos contar no sólo con la lógica matemática, sino también y lo que es más importante, con la evidencia empírica en varias industrias de Colombia y otros países, en las que se presenta competencia oligopólica. La teoría económica puede afirmar con confianza que la guerra de precios permanente en el espacio y el tiempo (como algunas personas desinformadas creen que funcionan los mercados oligopólicos) es una situación relativamente muy corta en el tiempo, como sucede con todos los climas de un conflicto.

Los problemas para redistribuir el ingreso (vía tarifas) a favor de los grupos más pobres de la población, es otro argumento en contra de la libre competencia espacio-temporal. Como en este escenario las empresas no están obligadas a atender a los usuarios de menores ingresos, existe una alta probabilidad de dejar desatendidas extensas zonas de las ciudades colombianas. Como las gentes no se dejarán morir, los usuarios desatendidos optarán por quemar sus residuos, o arrojarlos a fuentes de agua, lotes baldíos o, sencillamente, a la vía pública. Tarde o temprano el municipio deberá acudir a recogerlos.

Finalmente, además de los normales costos de transacción e información (interventorías, costos de oficinas jurídicas, bases de datos de usuarios), en este escenario las empresas deben ocuparse de obtener información permanente y confiable sobre la situación financiera y técnica-operativa de sus contrincantes, al igual que sobre los precios ofrecidos y efectivamente contratados con todos los clientes de ellas.

4. Fundamentados en las anteriores consideraciones, recomendamos a las alcaldías municipales organizar la prestación del servicio de RTRS otorgando zonas de monopolio por un período de alrededor de cinco años en el servicio de recolección domiciliaria a *usuarios residenciales*, así como en el servicio de barrido y limpieza del espacio público (vías, andenes, alamedas, parques, plazas, etc.).

Lo anterior no significa que el proceso no será competitivo. Habrá competencia *en un momento del tiempo*, pues en los términos de referencia del Concurso o Licitación, la ciudad debería fijar una tarifa media máxima (o tope) para el servicio (que la alcaldía conoce con aceptable grado de confiabilidad) y otorgar la exclusividad a la(s) firma(s) que ofrezca(n) la menor tarifa en cada zona(s), dadas una calidad y una cantidad de servicios, también fijados por la administración municipal». (Destacado y cursivas nuestro).

7. Alcance de la opinión de Sindicatura

Cuando esta Sindicatura fue consultada para opinar sobre la vigencia del esquema tarifario establecido por el Ejecutivo Municipal concluyó lo que se indica al inicio del presente dictamen.

Con base en todas las consideraciones que se han expuesto a lo largo del presente dictamen este órgano asesor estima pertinente ampliar las conclusiones establecidas en su dictamen de fecha 19 de agosto de 2011, en los términos que se indican a continuación:

7.1. La competencia del Ejecutivo Municipal en materia de Aseo Urbano según la Ley de la Gestión Integral de la Basura (2010) y la justificación del esquema tarifario

Una lectura completa de la Ley de Gestión Integral de la Basura, permite observar que el legislador nacional concibió para la prestación del servicio de aseo urbano, un sistema articulado de competencias en el que intervienen los órganos del **Poder Ejecutivo** de los tres niveles político-territoriales que conocemos, a saber: la República, los Estados y los Municipios.

De modo que, cuando esta Sindicatura Municipal considera que el órgano competente para la actividad relacionada con la cuantificación de las tarifas correspondientes a la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, está atribuida al Ejecutivo Municipal, lo hace atendiendo al universo de competencias que establece la Ley de Gestión Integral de la Basura *ex* artículo 9 y con base en lo que parece haber sido la intención del legislador, si se lee de manera concordada los artículos 7, 8 y 9 *ejusdem*, los cuales debemos recordar se enmarcan dentro del Capítulo I del Título II de la Ley que se refiere a la «**Organización Institucional**», organización que no puede ser concebida de otra manera que no sea aquella que la Ley consideró adecuada para alcanzar su objeto.

Así las cosas, definitivamente –a juicio de este órgano asesor– resulta un error *insalvable* del legislador nacional haber establecido como competencia del Ejecutivo Municipal el «*Regular, mediante ordenanzas*» la gestión de los servicios de aseo público y domiciliario, incluyendo las tarifas, tasas o cualquier otra contraprestación por los servicios, calculados sobre la base de sus costos reales (...), habida cuenta de que el Ejecutivo Municipal, sencillamente no dicta ordenanzas.

Sin embargo, se insiste, en que las competencias establecidas en la Ley de Gestión Integral de la Basura a favor del Ejecutivo Muni-

cial se encuentran vertidas en un contexto del cual se deriva y resulta de manera inequívoca la voluntad del legislador de asignar a un sistema articulado por los órganos del Poder Ejecutivo en todos sus niveles, la responsabilidad de gestionar y atender lo atinente a la prestación del servicio de aseo urbano entendiendo que «la gestión integral de los residuos y desechos sólidos comprende las políticas, recursos, acciones, procesos y operaciones que se aplican en todas las fases del manejo» de dicho proceso, como lo establece el artículo 5 *ejusdem*.

Con relación al esquema de financiamiento del servicio, considera asimismo este Despacho que la prestación del servicio de aseo urbano demanda un esquema de tarifas y no un esquema de tasas por las razones que se enuncian a continuación:

La prestación del servicio se lleva a cabo mediante un esquema de gestión indirecta, en el cual la Alcaldía ha contratado con una empresa privada, que resultó ganadora luego de llevarse a cabo un proceso de selección de contratistas, en el que dicha empresa participó junto con otros competidores que se presentaron también como oferentes del servicio, en condiciones de *libre competencia* y *transparencia* –principios rectores del régimen legal de selección de contratistas–.

Con ocasión de esa relación contractual, surge la obligación de pagar el precio al contratista. Ese «precio» revela la existencia del principio de onerosidad a que se refería la Sala Político Administrativa, según vimos más arriba. Así las cosas, ese «precio» que se ha establecido en el contrato, se paga mediante una combinación de recursos que comprende por un lado, las tarifas que se cobran a los usuarios y por el otro, los recursos financieros que son asignados por la vía del presupuesto del Municipio. De modo que, la tarifa que paga cada usuario-beneficiario del servicio, representa apenas una fracción del precio que cobra la empresa y que tiene por objeto cubrir todos los costos asociados a la cobertura del servicio y dejar un margen razonable de ganancia o utilidad para el prestador del mismo. Merece la pena recordar que, de acuerdo al criterio del fallo citado por el Tribunal Supremo de Justicia, en los servicios donde rige el principio de onerosidad la remuneración **puede ser fijada mediante acto administrativo** visto que «la tarifa viene a ser la retribución por el

beneficio obtenido por la prestación del servicio público y **esa tarifa podrá ser fijada de manera directa y unilateral por la Administración como parte de la actividad administrativa de la regulación económica**».

En este sentido, se observa igualmente, que se trata de una relación jurídica que se rige por un contrato, siendo ésta una de las características anotadas por la doctrina para diferenciar el precio público de la tasa (debiendo recordar que esta última nace de una obligación *ex lege*, es decir, establecida por la Ley).

Tenemos que mencionar otra vez, el fallo del Tribunal Supremo que hemos citado y comentado *supra*, para recordar que si el servicio público es prestado por un concesionario **mediante cualquier forma de gestión indirecta se está en presencia de una tarifa**. En criterio de este órgano asesor, la expresión «concesionario» utilizada en la sentencia, es usada en un sentido amplio, comprendiendo en ella los contratistas que prestan servicios públicos. No se trata de una apreciación arbitraria o caprichosa, ni mucho menos de una interpretación hecha a conveniencia. Es la consecuencia lógica que resulta de analizar la expresión «mediante cualquier forma de gestión indirecta», pues la concesión –en sentido estricto– es tan sólo una de las formas de gestión indirecta de un servicio prevista en la Ley, pero no es la única.

Como corolario de lo afirmado en el párrafo precedente, se identifica con cierta claridad otra diferencia de la tarifa respecto a la tasa, ya que –como se expresó *supra*– nos encontramos frente a una tasa **cuando la actividad es prestada directamente por la propia Administración y se trata de servicios públicos inherentes a la soberanía, en virtud de la prestación de un servicio público individualizado en el contribuyente**. Luego, si el servicio es prestado indirectamente a través de un particular entonces no estamos frente a una «tasa» sino frente a una «tarifa».

Otra característica que abona a la tesis de que en el caso del aseo urbano en Chacao (bajo el actual esquema de operación) nos encontramos ante una tarifa y no ante una tasa, tiene que ver con la denominada «divisibilidad» de la tasa frente a la «indivisibilidad» del precio público. En efecto, la tasa tiene como característica que debe ser divisible, en unidades de uso o de consumo, pues de otro modo,

no puede individualizarse la prestación del servicio en el sujeto beneficiario, que sería en este caso, el contribuyente.

En efecto, cuando se presta el servicio de aseo urbano, la operación de recolección de los desechos supone que los camiones de la empresa prestadora del servicio –por ejemplo–, recogen la basura que han colocado los usuarios en ciertos puntos dispuestos en las calles o avenidas para que pueda, precisamente, ser recogida. Así, en verdad resulta imposible la división (que no tiene que ser una equivalencia matemática exacta por supuesto) en unidades de uso o consumo que sirvan para dimensionar el cálculo del tributo denominado «tasa». En otras palabras, cuando la empresa recoge la basura no se detiene a mirar cuál persona ha pagado la tarifa y cuál otra no. Con la tasa, tendríamos que detenernos a mirar, pues un contribuyente que no paga la tasa (por definición) no podría ser beneficiario del servicio. Ni qué decir sobre los inconvenientes operativos que tendría esto sobre la eficiencia del mismo.

Por eso, la indivisibilidad del precio, supone que la empresa está obligada (en virtud del contrato) a prestar el servicio en condiciones de eficiencia, eficacia y calidad *sin «importar» el hecho de que un determinado sujeto (familia, comerciante, etc.) haya cumplido o no con el pago de su cuota parte del mismo*, el cual se ha establecido sobre la base de ciertos parámetros técnicos propios del sistema tarifario, lo cual, por cierto, no quiere decir que el Municipio no busque los mecanismos para implementar un sistema que le permita mejorar las gestiones de cobranza.

Lo que se quiere decir, es que el Municipio debe garantizar la recolección de los desechos sólidos en todo su territorio y por eso ha contratado a un particular que se encarga de ello, a cambio del precio que recibe como contraprestación. De modo que, de acuerdo a lo expuesto, no se verifica tampoco otra característica inherente a las tasas que es la división en unidades de uso o de consumo para que pueda ser individualizada la prestación del servicio en los contribuyentes.

En otro orden de ideas, pero no por ello menos importante, hay que destacar que el hecho de que el régimen tarifario se haya establecido mediante un Decreto y no mediante una ordenanza no se

opone a los principios de participación ciudadana ni de consulta popular. En tal sentido, debemos recordar que la Ley Orgánica de la Administración Pública establece una grave sanción a las normas que no sean consultadas, siendo dicha sanción la nulidad absoluta del acto normativo.

**«La nulidad como consecuencia de la
aprobación de normas no consultadas y su excepción**

Artículo 140.—*El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.*

En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla».

Finalmente, toda la contratación, legalidad de la operación, así como sinceridad en los gastos y cumplimiento de la normativa correspondiente queda sujeta a los controles de los órganos que conforman el sistema nacional de control fiscal, de modo que el Ejecutivo Municipal debe velar porque la empresa prestadora del servicio cumpla con los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y honestidad en todos los aspectos inherentes a la contratación del servicio de aseo urbano así como en lo atinente a la fijación del esquema de tarifas so pena de quedar eventualmente sujeto al sistema de responsabilidad administrativa establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

7.2. La competencia del Ejecutivo Municipal para establecer el esquema tarifario en materia de aseo urbano no es incompatible con el establecimiento de principios y parámetros por parte de ese honorable Cuerpo Edilicio mediante ordenanza municipal

Hasta ahora, este órgano asesor es del criterio que el modo en que se gestiona actualmente el servicio de aseo urbano, justifica la implementación de un esquema tarifario que, ajustado a ciertos parámetros técnicos y respetando los mecanismos de consulta y participación ciudadana, permita al Ejecutivo Municipal obtener recursos financieros para el financiamiento del servicio, de modo que el mismo sea prestado en condiciones óptimas de eficiencia y calidad.

No obstante lo anterior, considera este Despacho menester señalar que aun cuando el legislador nacional por medio de la Ley de Gestión Integral de la Basura, atribuye la competencia para gestionar el servicio de aseo urbano al Ejecutivo Municipal dentro de un sistema articulado de organización institucional que incluye también al Ejecutivo Nacional y al Ejecutivo Estadal, el Concejo Municipal de Chacao y en general todos los Concejos Municipales, mantienen su competencia legislativa para regular lo atinente al servicio de aseo urbano y domiciliario, el cual comprende los servicios de limpieza, de recolección, y tratamiento de residuos, en virtud de lo establecido en el artículo 178.4 constitucional.

Negar lo anterior, sería tanto como desconocer la autonomía normativa del Municipio para regular las materias de su competencia, claro está, dentro de los límites que imponen la Constitución y las leyes de la República.

Por esa razón, este Despacho opina que ese honorable Cuerpo Edilicio puede y de hecho se encuentra en el deber, de regular lo atinente a la prestación del servicio de aseo urbano, y teniendo en cuenta las consideraciones técnicas, jurídicas, económicas o de otra índole, así como las tendencias de nuestra legislación en la regulación de servicios de similar naturaleza y los criterios apuntados en las sentencias producidas hasta ahora por el Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia, puede adoptar y definir dentro de lo que suele denominarse el «régimen económico» del servicio, los principios y parámetros que deban ser observados -una vez dictada la ordenanza-

de manera obligatoria por el Ejecutivo Municipal, para establecer un esquema tarifario que permita –en sentido amplio– obtener de los usuarios-beneficiarios los recursos financieros para el financiamiento y la mejor cobertura de todos los servicios asociados al aseo urbano.

En este orden de ideas, si se observa detenidamente el régimen económico de los servicios para los cuales el legislador nacional ha adoptado un esquema de tarifas (verbigracia, los casos examinados de agua potable, servicio eléctrico y telecomunicaciones), *todos tienen algo en común*, a saber: que en esos casos, precisamente el legislador, es decir, la Ley, ha establecido un conjunto de principios, parámetros y en algunos casos ha introducido consideraciones de naturaleza técnica bastante precisos, que deben ser observados de manera obligatoria por el Ejecutivo.

Este Despacho, no descarta la posibilidad de establecer una «tasa» para el financiamiento del servicio de aseo urbano, entre otras cosas, porque así sencillamente lo prevé la Ley de Gestión Integral de la Basura. Empero, estimamos necesario, advertir y dejar claramente sentado, con base en todo lo expuesto en los acápites precedentes, que el uso de esta institución o figura propia del derecho tributario **no es compatible** con el actual modo de gestión del servicio.

En todo caso, resulta importante señalar que el establecimiento de una «tasa» o de una «tarifa» como instrumentos, puestos a la orden de lograr la cobertura necesaria de recursos para el financiamiento de un servicio público, no representan en sí mismas una garantía de protección al usuario si no vienen acompañadas de otras garantías que hagan efectivo el derecho de los mismos a recibir un servicio de calidad, eficiente y eficaz.

En tal sentido, ese Concejo Municipal podría, establecer o precisar en la regulación correspondiente, esas medidas que sirvan de protección al usuario, como por ejemplo, el derecho a conocer y a estar informados sobre los parámetros utilizados para la determinación de las tarifas, el derecho de acudir a alguna instancia para denunciar las posibles o eventuales irregularidades imputables al prestador del servicio, a que tales denuncias sean debidamente atendidas y a obtener oportuna respuesta sobre sus reclamos, etc. Asimismo, podría asegurar el establecimiento de normas que garanticen la partici-

pación ciudadana cuando el Ejecutivo proceda a modificar las tarifas o los parámetros de su determinación.

Si bien el esquema de financiamiento del servicio del aseo urbano, supone un aspecto de vital importancia, nada menos que para garantizar la sostenibilidad en el mediano y largo plazo de su prestación, observa este Despacho que en esta materia los intereses del Ejecutivo Municipal y los intereses del Concejo Municipal no son contrapuestos, lejos por el contrario, se encuentran y se armonizan, pues en lo atinente a la regulación de la materia ese honorable Cuerpo Edilicio procurará el establecimiento de una normativa que persiga que el servicio se preste en condiciones de eficiencia y de calidad, asegurando el establecimiento de medidas que sirvan de protección al usuario-beneficiario y el Ejecutivo, por su parte, al estar encargado de la gestión del mismo, procurará exactamente lo mismo, esto es, velar por la eficiencia y calidad en el servicio respetando los derechos de los usuarios.

Conclusión

Por esa razón, este Despacho ratifica las conclusiones emitidas en su oficio signado con el N° SM/822 de fecha 19 de agosto de 2011, pero agrega como conclusión y como alcance o ampliación de esa opinión lo siguiente: **La competencia del Ejecutivo Municipal para establecer el esquema tarifario en materia de aseo urbano no es incompatible con el establecimiento de principios y parámetros por parte de ese honorable Cuerpo Edilicio mediante ordenanza.**

REFERENCIA: Criterio sentado por la Sindicatura Municipal en dictamen No. SM/001029, de fecha 03 de noviembre de 2011.