

Frente a frente



Domingo Lovera
Codirector Programa de Derecho Público UDP

Invariabilidad e inconstitucionalidad

El artículo 33 del proyecto de ley denominado “megarreforma” establece un régimen de invariabilidad tributaria para determinados inversionistas. Dicho régimen se formalizaría mediante contratos suscritos por el Ejecutivo, sin intervención del Congreso, impidiendo que las próximas cinco legislaturas revisen ese estatuto tributario.

¿Puede el Poder Legislativo amarrar de esta forma a las futuras legislaturas? La pregunta que debe responderse no es si la invariabilidad tributaria es una medida razonable o eficaz para atraer mayor inversión, la pregunta disciplinar en este caso es si acaso el legislador puede contradecir atribuciones expresamente conferidas en la Constitución. De ser aprobado en estos términos, ese estatuto infringe la Constitución. La razón es obvia: la atribución del Poder Legislativo para aprobar las leyes, para revisarlas y derogarlas, si lo estima conveniente, se encuentra establecida a nivel constitucional. Una ley ordinaria, por tanto – fuente normativa bajo la Constitución – no puede contrariar las regulaciones fundamentales.

Un argumento recurrente que se ha dejado escuchar a favor de su constitucionalidad, es que el artículo 33 no hace más que reiterar la figura que toma del derogado DL N°600, que entonces no fue cuestionada. El argumento es débil, como hemos sostenido con el profesor Diego Pardo (UAI). i) El decreto en cuestión fue dictado en 1974, en dictadura, sin control constitucional. ii) Tampoco fue examinado por el Tribunal Constitucional (TC) una vez rigiendo, por una razón muy obvia: hubiera requerido procedimentalmente que sus propios beneficiados lo hubieran objetado. iii) Que no se haya objetado su constitucionalidad, además, no sana sus vicios. Si alguien quisiera reponer la distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio por cierto que sería inconstitucional, aunque el régimen de filiación no haya sido cuestionado en su constitucionalidad en 150 años.

El problema de fondo, entonces, es que el artículo 33 no regula tributos, competencia que se encuentra alojada en el Poder Legislativo. Lo que el artículo 33 pretende hacer, en verdad, es establecer límites a la propia competencia para legislar sobre tributos, comprometiendo, de esta manera, el ejercicio futuro de esa competencia en favor de actores privados. De aprobarse el régimen de invariabilidad tributaria, debiera ser declarado contrario a la Constitución si se lo presenta al TC. Y debe ser declarado inconstitucional sin alcances interpretativos, pues se trata de una contravención expresa.

Por otro lado, el proyecto también infringiría la Constitución si es del caso que, aun cuando no pretendiera afectar atribuciones constitucionalmente establecidas de modo expreso, buscara rodear el ejercicio de la potestad legislativa de condiciones especialmente gravosas. Ello ocurriría si, por ejemplo, en vez de invariabilidad estableciera intensas indemnizaciones a todo evento frente al cambio legislativo, lo que importaría una enajenación implícita de la soberanía legislativa.

Por supuesto que el examen de constitucionalidad debe deferencia al legislador no por capricho o sin sentido. Se la debe para preservar las atribuciones legislativas. En este caso el principio reclama la declaración de inconstitucionalidad de modo que el Poder Legislativo no se vea atado de manos a futuro. Resolverlo de otra manera debilitaría el principio democrático y permitiría que una ley ordinaria excediera los límites que la Constitución establece.



Felipe Bravo
Académico Derecho Universidad Finis Terrae
Especialista en Derecho Constitucional
Derecho del Consumo, Libre Competencia

Invariabilidad tributaria: un debate para el Congreso, no para el TC

Los críticos del régimen de invariabilidad tributaria que contempla el proyecto de ley de Reconstrucción Nacional sostienen que la medida vulnera los artículos 4 y 5 de la Constitución, al amarrar la potestad legislativa para modificar el régimen y, con ello, limitar inconstitucionalmente el ejercicio de la soberanía de gobiernos y congresos futuros.

Este reproche esconde un error conceptual sobre la naturaleza del Estado. La soberanía es el poder de autodeterminación del Estado, y su mayor demostración reside en la capacidad de autolimitarse; es decir, de asegurar estatutos y reglas que permanezcan inmutables o requiere un consenso reforzado para su modificación. Al comprometer la invariabilidad, el legislador ejerce su potestad en nombre del Estado, incluyéndose, para obligarse y asumir compromisos vinculantes hacia el futuro, sea con inversionistas, jubilados o niños, a través del mecanismo democrático por excelencia, como es la ley.

Superada esta objeción aparece el debate que importa, pero que pertenece a la política y no al Tribunal Constitucional, como es el de mérito y diseño de la norma. En este punto, la prudencia obliga a matizar el entusiasmo sobre los beneficios de una invariabilidad tributaria a secas. La evidencia comparada confirma que la incertidumbre tributaria desalienta la inversión, sobre todo en proyectos intensivos en capital, irreversibles y de larga ejecución; pero de ello no se sigue que congelar el sistema tributario por décadas sea la única respuesta. De hecho, la literatura muestra que la principal incertidumbre que afecta a la inversión es la falta de certeza y estabilidad en la interpretación de la ley tributaria, y el proyecto se hace cargo de ese punto, haciendo extensiva la invariabilidad a la normativa administrativa del SII.

Por otra parte, una invariabilidad amplia, anclada en un umbral bajo de inversión y extendida por décadas puede correr el riesgo de beneficiar a proyectos que igualmente se habrían ejecutado, efecto que se acrecienta porque la norma no establece una invariabilidad únicamente para extranjeros, sino que también para inversiones chilenas. En ese caso la garantía no genera inversión nueva, sino que solo transfiere rentas. Mal diseñada, la herramienta puede pasar de destruir proyectos a convertirse en un subsidio implícito a grandes contribuyentes nacionales y una restricción innecesaria para la política fiscal futura. Asimismo, el “congelamiento” de la interpretación administrativa del SII, aunque apunta en la dirección correcta, puede ser complejo de diseñar y ejecutar, pero no se trata en sí misma de una norma inconstitucional.

Como todo proyecto de ley, se trata de normas técnicamente perfectibles por el Congreso Nacional, ya que son elementos de mérito que no corresponden su revisión en el plano constitucional. La demostración más clara de ello es el acuerdo entre distintos partidos políticos y el gobierno que se ha anunciado los últimos días, destinado a perfeccionar técnicamente la propuesta. En cambio, ocultar una discrepancia sobre ese diseño con el ropaje de la inconstitucionalidad empobrece el debate y quizás, busca deslizar una expectativa de triunfo político no contando votos en el Congreso, sino en el Tribunal Constitucional.

¿Vulnera la invariabilidad tributaria que considera el proyecto de Reconstrucción la Constitución?

La llamada “megarreforma”, que en este momento se discute en el Senado, considera la invariabilidad tributaria como uno de los mecanismos para atraer inversión, fórmula que sin embargo ha estado en el debate en relación a la posible vulneración de principios constitucionales, materia que es abordada en sus análisis por los especialistas.

