

La inconstitucionalidad de la invariabilidad tributaria del artículo 33 del proyecto de "Reconstrucción Nacional": el legislador "muerto" amarra a los legisladores vivos



Domingo Lovera



Diego Pardo

"...Compromete así el ejercicio futuro de esa competencia en favor de actores privados específicos. La distinción es constitucionalmente decisiva. El Estado asume la obligación principal de mantener invariable el régimen tributario respecto de contribuyentes elegidos por el Ejecutivo. Esa obligación pesaría sobre el actual, así como cinco legisladores futuros, que enfrentarán, de aprobarse la ley, una prohibición contractual de ejercer una competencia que la Constitución les confiere..."

El artículo 33 del proyecto de ley de Reconstrucción Nacional pretende introducir un mecanismo que invariabilidad tributaria para inversiones iguales o superiores a US\$ 50 millones. El precepto les garantiza la invariabilidad durante 25 años del impuesto de primera categoría, el IVA, el royalty minero y los aranceles de importación de bienes de capital. Esa invariabilidad —de aprobarse la ley— se formalizará mediante contratos suscritos por el Ejecutivo sin intervención parlamentaria en la etapa de contratación individual. A diferencia del DL N° 600 —su antecedente histórico, derogado en 2016—, el artículo 33 extiende el beneficio a inversionistas nacionales y delega en el Ejecutivo la definición del órgano suscriptor y del procedimiento aplicable. Un argumento recurrente a favor de su constitucionalidad es precisamente que el artículo 33 no haría sino reintroducir la figura del DL N° 600, que no fue impugnada constitucionalmente en cuatro décadas. Aun constatando el copiar/pegar de parte de sus disposiciones —por de pronto, el monto de US\$ 50 millones, sin actualizar siquiera por inflación—, el argumento tiene menos peso del que aparenta. El DL N° 600 fue dictado en 1974, en dictadura, sin control constitucional (menos político). Por una razón muy simple, además, no fue examinado por el Tribunal Constitucional: hubiera requerido procedimentalmente que sus propios beneficiados lo hubieran objetado. Fue derogado en 2016 mediante una ley ordinaria para habilitar el ius tributandi constitucional. La práctica prolongada no sana vicios constitucionales; solo pospone su examen. El problema de fondo es de otra naturaleza. El artículo 33 no regula tributos —que es la competencia constitucional que el art. 65 N° 1, por vía del art. 63 N° 14 CPR, atribuye al legislador ordinario—, el art 33 regula, en rigor, límites a la propia competencia para legislar sobre tributos

—límites de ambas disposiciones constitucionales—. Compromete así el ejercicio futuro de esa competencia en favor de actores privados específicos. La distinción es constitucionalmente decisiva. El Estado asume la obligación principal de mantener invariable el régimen tributario respecto de contribuyentes elegidos por el Ejecutivo. Esa obligación pesaría sobre el actual, así como cinco colegisladores futuros, que enfrentarán, de aprobarse la ley, una prohibición contractual de ejercer una competencia que la Constitución les confiere. Una restricción de esa naturaleza sobre la potestad tributaria del legislador futuro no puede ser introducida por ley ordinaria. La invariabilidad legislativa —sea tributaria o en otra materia— constituye una decisión de una legislatura actual a ser impuesta sobre sí misma y sobre legislaturas futuras. Ello se encuentra precluido por el principio constitucional de la democracia y de la soberanía. No hace falta citar la autoridad del BVerfG —y sus decisiones sobre Identitätskontrolle y Haushaltautonomie— ni de la Corte Suprema de los Estados Unidos —en el caso Stone— ni el principio de la soberanía parlamentaria inglesa —que de acuerdo a Blackstone y Dicey prohíbe que un parlamento vincule a sus sucesores—. No hace falta pues este principio democrático se encuentra recogido también en el sistema constitucional chileno. En efecto, los artículos 65 N° 1 y 63 N° 14 protegen la competencia tributaria no solo del colegislador presente, sino de todos los presidentes y congresos que la ejerzan en el futuro; el artículo 4° garantiza que la república democrática no quede gobernada, en materias de reserva constitucional, por los compromisos de legislaturas anteriores con actores privados; el artículo 5° inciso 1° establece que la soberanía reside en la nación y se ejerce por las autoridades que la Constitución establece, sin que ninguna colegislatura pueda enajenarla para períodos futuros a favor de privados. El artículo 7° inciso 2° impide atribuirse una autoridad distinta a la expresamente establecida en la CPR, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias: un colegislador no cuenta con la autoridad para vincular el ius tributandi futuro; menos el Ejecutivo a enajenarlo por sí y ante sí mediante contratos. De hecho, el estatuto de invariabilidad del artículo 33 no dispone de límite alguno que deba observar el Ejecutivo al contratar los acuerdos de invariabilidad en concreto. Esto, que el mismo Tribunal Constitucional ha observado críticamente ante delegaciones de la potestad tributaria a la reglamentaria, debiera revisarse con mayor estrictez si su concreción normativa y delegación son (simplemente) contractuales. Introducir la invariabilidad tributaria por ley ordinaria implica eludir deliberadamente los controles que la Constitución establece para actos de esa naturaleza. La reforma constitucional exige quorums reforzados y deliberación pública precisamente para que compromisos de esta envergadura no puedan ser adoptados por mayorías circunstanciales (por cierto, ni en este caso se disipa el problema inherente a que una generación viva pueda, sin más, atar a una futura). La aprobación de tratados exige intervención parlamentaria plena precisamente para que el Ejecutivo no pueda comprometer la soberanía legislativa mediante contratos individuales sustraídos al escrutinio del Congreso. Conspicuos juristas cuestionaron en el pasado limitar la soberanía en pos de organismos internacionales con legitimidad democrática; con mayor fuerza habrán de reaccionar, puede presumirse, ante una limitación de la soberanía por contrato ejecutivo a favor de inversionistas privados. El constitucionalista Jorge Correa Sutil ha formulado con precisión el problema político constitucional que un proyecto de este tipo acarrea: los congresos muertos no pueden dejar amarrados a los congresos vivos. El diputado Jaime Mulet, a su turno, levantó agudamente el mismo punto: no se puede cercenar la facultad de los próximos presidentes ni impedir que el próximo Congreso legisle en materia tributaria. Estas preocupaciones no son exageradas, eso es exactamente lo que el artículo 33 ha pretendido hacer, durante un cuarto de siglo, respecto de las decisiones tributarias más relevantes de la política económica nacional. Las normas de distribución de competencias, que acá rápidamente hemos repasado, si se toman en serio, les dan la razón. * Domingo Lovera Parmo es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales y Diego Pardo Álvarez es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Adolfo Ibáñez.