

## INVARIABILIDAD TRIBUTARIA, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

- El proyecto de Reconstrucción propone un régimen de invariabilidad tributaria para proyectos de inversión sobre los US\$ 50 millones. Tal como en otras leyes anteriores, el régimen considera que los inversores puedan celebrar un contrato de inversión con el Estado, en virtud del cual se respeta por determinado tiempo la tasa impositiva.
- Un grupo de senadores presentó un requerimiento al Tribunal Constitucional sobre dicho régimen. Se alega por parte de los parlamentarios que afectaría la democracia, al imposibilitar al futuro legislador establecer modificaciones de dichas normas legales.
- Los argumentos esgrimidos por los senadores requirentes parecen confundir la ley aprobada del posterior contrato de inversión extranjera que se debe celebrar, además de no considerar los múltiples antecedentes legales vigentes en Chile sobre invariabilidad.

Tras la aprobación en el Congreso de un régimen de invariabilidad tributaria para proyectos de inversión extranjera sobre los US\$ 50 millones, como parte del proyecto de Ley de Reconstrucción<sup>1</sup>, 21 senadores de oposición decidieron impugnar la norma mediante un requerimiento al Tribunal Constitucional.

Se alega por parte de los senadores que impugnan la invariabilidad, que dicha propuesta inhibiría al futuro legislador a establecer modificaciones de dicho régimen tributaria mientras se mantenga el plazo de invariabilidad que propone el proyecto de ley y, por lo tanto, atentaría contra el constitucionalismo, y su sustento político que es la democracia<sup>2</sup>.

En este documento se analizan las razones por las que el régimen de invariabilidad tributaria es coherente con nuestra constitución y por qué son errados los argumentos planteados para acudir al Tribunal Constitucional.

---

<sup>1</sup> Boletín 18.216-05

<sup>2</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Senadoras y H. Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto de los artículos 29 y 38 del proyecto de ley para la reconstrucción nacional y el desarrollo económico y social, correspondiente al Boletín N° 18216-05." Rol 17.828-26 CPT.

## **LA PROPUESTA APROBADA POR EL CONGRESO**

A fin de un correcto análisis, en primer lugar, hay que definir en qué consiste la norma de invariabilidad tributaria aprobada por el Congreso.

Conforme al artículo 29 del proyecto de ley, aquellos proyectos de inversión superiores a los US\$ 50 millones, podrán solicitar la celebración de un contrato de inversión con el Estado para establecer el régimen de invariabilidad, en los siguientes términos:

- Proyectos de inversión superior a US\$ 50 millones e inferior a US\$ 100 millones, invariabilidad de 10 años.
- Proyectos de inversión superior a US\$ 100 millones e inferior a US\$ 350 millones, invariabilidad de 15 años.
- Proyectos de inversión superior a US\$ 350 millones, invariabilidad de 20 años.

Los derechos adquiridos por los inversionistas y, por tanto, las obligaciones que contrae el Estado por los plazos señalados, dicen relación con mantener las normas relativas a la tasa impositiva, la base imponible y demás elementos de todos los impuestos vigentes a la fecha del contrato.

Se establece, además, un incremento de la tasa de impuesto de primera categoría de 1,5%, entendido como el precio por acceder a esta la invariabilidad.

En el caso de los inversionistas con domicilio en Chile, estos también podrán solicitar acogerse a estos contratos de invariabilidad. Sin embargo, en esos casos la invariabilidad no aplica al impuesto global complementario.

## **ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LA OPOSICIÓN**

A fin de analizar si efectivamente un régimen de invariabilidad tributaria temporal como el que se plantea por parte del proyecto de ley de Reconstrucción es constitucional, se deben tener presentes dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, hay que distinguir entre dos cuerpos normativos distintos: la ley que establece el régimen tributario y los contratos de inversión que celebra el Estado con el particular. Dicha distinción demuestra que no existe imposibilidad alguna para que el legislador amplíe, restrinja o elimine el régimen impositivo a través de cambios legales.

Por otra parte, resulta pertinente considerar las ocasiones en que el legislador, posterior a 1990, ha decidido perfeccionar el régimen de invariabilidad tributaria establecida en el Decreto Ley N°600 (DL 600), o bien, ha establecido nuevas normas tributarias de carácter invariable.

#### **A. Distinción entre la ley y el contrato.**

Se han tendido a confundir estos dos instrumentos. Tal como se ha mencionado, para que el régimen de invariabilidad opere respecto a un proyecto de inversión, es necesario que además de la ley, sea formalizado mediante un contrato que celebra el Estado con el inversor.

En otras palabras, no existe un régimen automático de invariabilidad, y obviar la distinción entre la ley y el contrato, y sus alcances y efectos diversos, conduce a un planteamiento equivocado bajo el cual se arriba a una conclusión igualmente problemática.

La ley, conforme a la Constitución vigente y a las consideraciones de política pública que el legislador efectúa, determina la tasa impositiva y los elementos esenciales del tributo<sup>3</sup>.

El contrato de inversión sólo genera la obligación del Estado de mantener dicha tasa impositiva durante un periodo determinado, pero siempre respecto de dicho proyecto de inversión en particular, y en la medida en que el inversor cumpla con las obligaciones por él adquiridas.

Lo anterior no obsta a que el legislador, sobre la base de las mismas consideraciones, pueda modificar, extender, limitar o derogar este régimen hacia el futuro, sin que ello implique desconocer las obligaciones que el Estado haya asumido en contratos previamente celebrados al amparo de la ley. El régimen de invariabilidad aprobado por el Congreso no impide, en lo absoluto, el ejercicio de dicha potestad en lo sucesivo.

Una cuestión distinta es sostener que el Estado ve afectada su condición democrática por el hecho de tener que cumplir con las obligaciones que ha asumido contractualmente. Por su propia naturaleza, los contratos generan derechos y obligaciones para ambas partes, los que deben ser respetados y

---

<sup>3</sup> STC Rol 1452-09, C°20.

cumplidos de buena fe. Ello no solo no afecta el carácter democrático del Estado, sino que constituye una manifestación del Estado de Derecho y del principio de juridicidad.

Resulta paradójico que, bajo una invocación al constitucionalismo —cuyo fundamento radica precisamente en la limitación del poder estatal frente a las personas—, se pretenda sostener que el Estado podría sustraerse del cumplimiento de las obligaciones que ha asumido válidamente frente a ellas. Una interpretación de ese tipo no solo desnaturalizaría el principio de juridicidad, sino que también desconocería la fuerza vinculante de los contratos celebrados por el Estado en el ejercicio de sus competencias.

En ese sentido, Lowenstein sostiene: “limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder”<sup>4</sup>. Pereira-Menaut confirma lo anterior, agregando: “el fin de la Constitución es el freno o limitación del poder y la correlativa defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos”<sup>5</sup>. Si, como sostienen estos autores, el constitucionalismo busca limitar el poder estatal y proteger los derechos de las personas, resulta difícil conciliar dichos principios con la consecuencia que se parece perseguir: que el Estado pueda desconocer las obligaciones que ha contraído legítimamente en virtud de contratos celebrados al amparo de una ley.

## **B. Leyes vigentes que establecen regímenes de invariabilidad.**

Tal como se mencionó, la invariabilidad tributaria ha sido una política fiscal ampliamente ejercida desde 1990 a la fecha, tanto en el marco del DL 600, pero también al margen de éste.

Así, por ejemplo, la Ley N° 19.207, de 1993, durante el Gobierno de Aylwin, redujo la tasa de invariabilidad tributaria del 49,5% al 42% y permitiendo que los inversionistas con contratos vigentes pudieran acogerse, por el plazo que les restare, al nuevo régimen, para lo que debían renunciar expresamente a la aplicación de la tasa anterior y modificar el contrato suscrito con el Estado, conforme a las nuevas disposiciones.

---

<sup>4</sup> Loewenstein, K. (1976). Teoría de la Constitución (A. Gallego Anabitarte, Trad.; 2ª ed.). Ariel. (Obra original publicada en 1957).

<sup>5</sup> Pereira Menaut, A. C. (2006). Teoría constitucional (2ª ed.). LexisNexis.

En 2005, en la administración del Presidente Lagos, con ocasión del establecimiento del impuesto específico a la actividad minera “royalty” (Ley N° 20.026), el legislador democrático creó un nuevo régimen de invariabilidad tributaria para los inversionistas acogidos al DL 600.

Posteriormente, el primer Gobierno del Presidente Piñera, con la Ley N° 20.469 de 2010, el Congreso Nacional volvió a modificar dicho régimen, nuevamente respetando los contratos vigentes y ofreciendo a los inversionistas la opción de acogerse voluntariamente a un nuevo esquema de invariabilidad, con una carga tributaria distinta y un período adicional de estabilidad tributaria.

Por otra parte, al margen del DL 600, también existen antecedentes legislativos que deben ser considerados.

En 1992 se promulgó la Ley N° 19.149, bajo el Gobierno del Presidente Aylwin, introduciendo diversas normas tributarias y franquicias para dinamizar sectores productivos en las comunas de Porvenir y Primavera, en la región de Magallanes. Por el plazo de 44 años, se estableció un régimen preferencial aduanero y tributario para las empresas que desarrollasen ciertas actividades industriales en estas comunas, cuyos contratos aún se encuentran vigentes.

En 1995, durante el Gobierno de Frei, se promulgó la Ley N° 19.420, orientada a consagrar franquicias y estímulos tributarios y aduaneros para la zona extrema norte del país, específicamente en la Región de Arica y Parinacota.

También en la administración Frei, se promulgó la Ley N° 19.606, diseñada para conceder un régimen de incentivos tributarios extraordinarios (principalmente un crédito contra el Impuesto de Primera Categoría) a las inversiones en activos fijos realizadas en las regiones de Aysén, Magallanes y en la provincia de Palena.

## REFLEXIONES FINALES

Los regímenes de invariabilidad tributaria han sido una política fiscal ampliamente ejercida en Chile para atraer inversión. El proyecto de ley de Reconstrucción se ha propuesto desde un inicio atraer inversión, por lo que es razonable optar por un instrumento de estas características.

Los criterios en virtud de los cuales se debiese determinar la conveniencia o no de un régimen de invariabilidad tributaria debiesen limitarse a aspectos de política pública,

ya que, desde el punto de vista constitucional, nada obsta a que se haya optado por este mecanismo, como de hecho, se ha hecho en Chile amplia y reiteradamente desde el año 1990 en adelante.

Cuesta entender que se cuestione su carácter democrático, a la luz de las múltiples veces que Chile lo ha utilizado, lo que demuestra la constitucionalidad de dicha política, más aún, cuando las consecuencias de declarar la inconstitucionalidad de una medida de este tipo implicarían que el país deba desconocer obligaciones contraídas y todavía vigentes.