

El Tribunal Constitucional como agente económico: Análisis de la sentencia sobre exoneración tributaria a favor de la empresa de transportes Flores¹

Julio Avellaneda Rojas
Consortio Justicia Viva

Después del desastre financiero producido en Estados Unidos, ahora comienzan a parecer mucho más sugestivas las posiciones que otorgan un papel más activo del Estado en la economía. El mercado, finalmente, está lleno de fallas y problemas, como los monopolios naturales, los acuerdos entre comerciantes para restringir la competencia, o, en el caso de la primera economía del mundo, la especulación desmesurada, que ha desembocado en una catástrofe financiera, que ni 700 mil millones de dólares parecen poder restablecer. Libertad de mercado sí, pero libertad regulada. Ya Sunstein nos decía en un excelente artículo sobre el tema, que ser paternalista y liberal, al mismo tiempo, no es un oximorón, es decir, no es una contradicción en sí misma². Aunque, como el mismo acepta, saber el nivel de intensidad de la regulación, a fin de que no llegue a sofocar la libertad, es un asunto peliagudo; se mezclan cuestiones económicas, jurídicas, y cómo no, también filosóficas; al punto es poco común llegar a consensos sobre la materia.

Es un asunto de esta naturaleza el que nos llama a la reflexión esta vez. El Tribunal Constitucional (TC) ha expedido una sentencia que, sobre la base de la protección de derechos constitucionales, tiene incidencia en el mercado. El asunto es sencillo: la empresa de transportes Flores Hermanos S.A. (en adelante, la empresa Flores) solicita que se le aplique una exoneración tributaria establecida tiempo atrás para el transporte aéreo y marítimo, para lo cual reclama a su favor el respeto de sus derechos a la igualdad, propiedad y al trabajo. El TC declara fundada la demanda, es decir, establece que debe exonerarse del pago de dichos tributos a la empresa Flores.

Partiendo de esa sentencia, nuestra reflexión, aborda dos cuestiones que intentaremos responder. La primera, un tanto más teórica, se pregunta por la legitimidad que tiene el Tribunal Constitucional para establecer, vía un proceso de amparo, una medida -de corte tributario- que afecta el mercado. La segunda, más concreta, es: ¿fue razonable la decisión?

I. El TC como regulador de la economía

¹ Algunas de las ideas presentadas en el presente trabajo, recogen argumentos expuestos en la tesis que realicé junto con Oscar Sumar, denominada "Paradojas en la Regulación: Análisis Económico del Derecho Publicitario".

² SUNSTEIN, Cass. "El paternalismo libertario no es un oximorón". En: Derecho & Sociedad 27. 2006.

Para que un mercado, como asignador de recursos en la sociedad, funcione, es necesario que se respeten ciertos derechos. Imaginemos sino, lo que pasaría si es que, después de haber sembrado durante meses, un agricultor ve que el fruto de su cosecha es apropiado por otra persona, sin que pueda reclamar al respecto. Ese agricultor no sembraría en el futuro, y no sólo él pierde, sino la sociedad en su conjunto. De ahí que, el respeto por el derecho a la propiedad sea fundamental para que se generen incentivos para la producción. Ahora imaginemos que, luego de pactado un trueque entre dos comerciantes, por el cual el primero se compromete a suministrar leche de sus vacas, a cambio de obtener el trigo del segundo, tiene lugar una sequía que acaba con el sembrío del cereal, de modo que el agricultor, quien ahora ve muy oneroso el acuerdo, decide no cumplir con su parte. Si no existiera algo como un derecho a que se respeten los contratos, el comerciante de las vacas vería muy riesgoso hacer trueques, y quizá decida no hacerlo más, con lo cual, de nuevo, con su decisión no sólo pierde él, pierde la sociedad.

Los derechos -como la propiedad y la autonomía privada- son imprescindibles para que los mercados funcionen. Y no sólo los mercados, decimos en realidad que la sociedad democrática no es posible sin esas libertades. Una sociedad sin propietarios, y sin que dichos propietarios puedan obligarse entre sí, sería una sociedad cuya única viabilidad es el escenario hipotético -y nada prometedor- de que el Estado fuera dueño de todas las decisiones, sobre el qué, cuándo, cuánto, y cómo producir. Ese Estado tendría que ser una supercomputadora que, sin riesgo de equivocación, tome decisiones mercantiles todo el tiempo, y sobre todas las materias. Los experimentos en la historia sobre este tipo de aparatos de poder omniscientes, y sus resultados -autoritarismos y totalitarismos- son una muestra clara de que dicha vía parece no ser la más adecuada.

Con todo, los Estados, o mejor dicho los funcionarios que trabajan en él, siempre han querido mantener cierto poder sobre las decisiones mercantiles. Y es así porque el monopolio de la regulación se traduce en un gran poder. Los estados mercantilistas, por ejemplo, donde el dueño de la legislación podía establecer monopolios legales sobre una determinada industria a favor de una persona, son la expresión de esta situación. De ahí que los derechos, más que concesiones del poder, han sido prerrogativas ganadas por la población a fuerza de muchas batallas. Esto explica además que haya un gran interés en colocar dichas libertades en la Constitución. Dado su carácter de norma primigenia -que establece las reglas de actuación entre los particulares, y entre el Estado y los particulares- no hay norma que ubicada debajo en la jerarquía, puede contradecirla, lo cual garantiza en cierto nivel el respeto. Por otro lado, la Carta Magna representa el contrato social con vocación de permanencia de una sociedad, es decir, garantiza que los derechos reconocidos en ella, no sean fácilmente derogados en el tiempo, asegurando la predictibilidad de las decisiones económicas.

Su reconocimiento, como derechos inalienables del hombre, no debe leerse sin embargo, como una muestra clara de que dichas facultades se vienen ejerciendo de forma plena. La brecha entre los derechos reconocidos y la realidad de su cumplimiento es muchas veces gigantesca. Pero además, hay otra razón por la cual es difícil para el operador del derecho fijar una línea clara de protección de las libertades: la Constitución, como programa político, contempla una lista de derechos, que, siendo igual de vinculantes, muchas veces colisionan entre sí, siendo difícil de arribar a una decisión que deje satisfechos a todos. Es clara, por ejemplo, la relación de mutua restricción entre igualdad y libertad. Así la libertad contractual de una empresa minera para celebrar transacciones extrajudiciales con pobladores de una zona que han sido perjudicados por los daños que dicha empresa ha causado en su ambiente, pueden entrar en colisión con el derecho a la igualdad, que se manifiesta en la diferencia de armas que afecta a dichos pobladores a la hora de defender sus intereses en el seno de la negociación de dichos acuerdos extrajudiciales. En este caso, las decisiones que tome el Congreso, un Ministerio, o cualquiera entidad con competencia sobre la materia, van a significar el sacrificio de un derecho por la optimización del otro; la forma final de dicha decisión pública, será entonces, una norma que -en principio- representa un intento de armonización entre la libertad, por un lado, y otros derechos, como la igualdad, siendo difícil de determinar, a priori, cuál es la decisión más justa, sin haber hecho precisamente esa labor de ponderación

En esa actividad que es definir constantemente, de armonizar los intereses (entre ellos las libertades económicas) plasmados en la Constitución, los tribunales tienen un interesantísimo papel. Su diseño, que incluye la garantía de la independencia para tomar decisiones sin más parámetro que la Constitución y la legalidad, los diferencia en principio de otros poderes, y los habilita para defender derechos que de otro modo podrían resultar perjudicados, como los de ciertos grupos de interés sin mayor influencia en el juego político. El lector atento podría decir que los Congresistas y los funcionarios del gobierno también se deben a la Constitución y a la legalidad. Es cierto. Pero estos últimos incorporan un criterio amplio de discrecionalidad y oportunidad del que los jueces en principio carecen³. Los límites entre política y derechos siempre serán harto difusos, aunque no debe evitarse tratar de establecer una línea que las diferencie. Así, por ejemplo Ordoñez señala que:

El segundo elemento que permite distinguir las decisiones políticas de las jurídicas, principalmente desde un enfoque jurídico, se refiere al margen de la decisión. En el caso de la decisión política el margen de que dispone

³ Dicha carencia puede verse como una desventaja, y en cierto sentido lo es; pero también ahí también radica su importancia: los jueces, representan la garantía del resguardo último de los derechos constitucionales; son como una piedra sólida, que en tanto son tributarios del Ordenamiento Jurídico, en principio son menos permeables a los avatares de la historia, y de los cambios políticos; en suma los juegos de poder que podrían desembocar en abusos de los derechos más importantes para la persona. El caso analizado, como se verá, es uno que plantea esta problemática, pues ha implicado la ponderación entre intereses de los pasajeros, en confrontación con otros bienes constitucionales (como la potestad tributaria), entre otros.

el político resulta más amplio, mientras que tratándose de una decisión en el ámbito 'jurídico' el margen es más estrecho o limitado. Y así, por ejemplo, desde la más ortodoxa perspectiva formalista se describe la operatividad de este criterio: 'la distinción entre Derecho y Política, entre actividad jurídica y actividad política, se hace con frecuencia atribuyendo a la primera el carácter de una deducción lógica y a la segunda el de una decisión libre. Desde este punto de vista el poder legislativo y la cúspide del poder ejecutivo hacen política porque no aplican derecho -la Constitución no se 'ejecuta', como hemos visto, sino que sobre todo cauce y límite- mientras que los órganos administrativos y los judiciales no hacen política, sino derecho, porque sus actos están programados en normas"⁴.

Al defender derechos e intereses generales plasmados en la Constitución, los tribunales tienen la capacidad de influenciar en las decisiones económicas. Decimos más: no sólo puede hacerlo, sino que debe hacerlo. Esto sin embargo no quita que dicho poder debe ejercerse con mucha cautela; recordemos que los magistrados no tienen mandato popular, y por lo tanto sus decisiones no pueden estar sólo, ni principalmente, justificadas en juicios de oportunidad, sino en criterios de razonabilidad que estén orientados a la defensa y armonización de los derechos que se prevén en la Constitución y en las leyes. Su fuerza, es entonces, la de la razón fundada en Derecho, que debe verse reflejada en la motivación de la sentencia.

Es verdad entonces, cuando el TC señala en la sentencia que analizamos que,

"(...) el rol del Estado -refiriéndose a los tribunales- en materia económica, no puede ser entendida como una limitada actitud de plena neutralidad política-económica, sin deber ser una guía conveniente para el desarrollo adecuada del país, pues no es posible olvidar que según la misma Norma Fundamental, en su artículo 44: "(...) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"⁵.

Pero también es cierto es que esa intervención debe estar plenamente justificada. De modo que, tanto como a los legisladores, que se les exige razonabilidad para incidir sobre los derechos cuando expiden una ley, a los tribunales, y en especial al Tribunal Constitucional, dada su capacidad para limitar los derechos y a través de ello influir en la economía y el bienestar, debe exigírsele también razonabilidad en sus decisiones. Si el poder de la regulación, como acabamos de ver, está en muchas manos, a todas se les debe exigir, con diferentes particularidades, razón y no fuerza.

⁴ ORDOÑEZ SOLÍS, David. "Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática". Navarra: Aranzadi. 2004. p. 21.

⁵ STC 02210-2007.PA/TC. Voto del magistrado Álvarez Miranda. Fundamento 1.

II. Razonabilidad de la decisión del TC

2.1. Necesidad de motivación

En el mundo de las decisiones que influyen sobre el mercado y el bienestar, sobran los buenos motivos. Ningún grupo de interés, cuya acción esté dirigida a obtener cierto provecho de la normatividad, en provecho suyo, y en detrimento de la población, va a presentarse como tal, sino que al contrario, suele suceder que de cara al público se invoque siempre nobles propósitos, como la propiedad, o la igualdad. En el caso de los negociantes, qué duda cabe que este aserto se aplica.

Los comerciantes entonces estarán interesados en leyes o decisiones que tengan como efecto la restricción de la competencia, en provecho suyo. Un ejemplo entre mil. Las empresas productoras de fórmulas infantiles (sucedáneos de la leche materna), contrario a lo que se puede pensar, estén muy satisfechas con la regulación que prohíbe la publicidad de dichos productos, y para ello señalan que sus intereses se alinean con los del Estado (Ministerio de Salud), en el sentido de que desean promover el consumo de leche materna. Una lectura más atenta a los intereses subyacentes nos revela el verdadero motivo detrás. Sin publicidad, dichas empresas productoras tendrán un mercado cautivo cuyas redes estarán aseguradas a través de los pediatras (a los que invitan a grandes congresos por todo el mundo), mientras que las empresas potencialmente entrantes a dicho mercado de fórmulas infantiles (que pueden ofrecer un mejor precio o mejora en la calidad), difícilmente podrán darse a conocer y hacerse de una clientela, ya que no cuentan con el principal mecanismo de información en los mercados, que es la publicidad. Más allá de la discusión respecto a que si la norma en realidad sirve o no para generar un mejor estado nutricional, a través de la promoción de la leche materna, lo que queremos llamar la atención ahora es que las motivaciones de las empresas no siempre aparecerán claramente.

Lo dicho implica que debe haber una posición de suspicacia inicial, respecto de los pedidos de tutela de los agentes del mercado, como en este caso el de la empresa Flores. No es un mal consejero, tomar con cierto recelo alegaciones de supuestas violaciones de derechos cuando dichas transgresiones tienen lugar en la lucha que representa el mercado. Muchos teóricos, que han estudiado las decisiones en la arena política que afectan al mercado, brindan muchos ejemplos al respecto, que a muchos les pondrían la piel de gallina. Debe probarse, entonces, que la situación que se denuncia, afecta verdaderamente un derecho constitucional.

2.2. Aplicación del test de razonabilidad a la decisión del TC

Teniendo en cuenta ello, las razones que han sido esgrimidas por la empresa Flores, que han sido plenamente apoyadas por el TC, más allá de los motivos que supuestamente las inspiran, deben ser sometidas a un riguroso análisis, y sólo

después de eso, se podrán decir que dichos fundamentos son justos (en el más amplio sentido de la palabra). El test de razonabilidad, en estos casos, se presenta como una herramienta importantísima a la hora de analizar la constitucionalidad y justeza de la decisión del TC.

Si bien, dicho test se aplica a decisiones que imponen límites a los derechos fundamentales, y en este caso, la resolución del TC se inspira en la protección de derechos fundamentales, eso no quita que, como en cualquier norma que afecta el mercado, siempre la decisión tendrá efectos redistributivos, es decir, se quita de un lado para dar a otro; o dicho en términos más estrictos, se prioriza un bien constitucional por sobre otro. De ahí que, un bien constitucional sólo podrá ser limitado si la decisión en virtud de la que se lo hace, es razonable.

Como sabemos el test de razonabilidad, herramienta utilizada desde la década de los 50 por la Corte Suprema de USA, consta de tres pasos: (i) test de adecuación, (ii) test de necesidad, y (iii) test de proporcionalidad. Someteremos entonces la decisión del TC a dicho test.

Test de adecuación

Este paso se compone a su vez de dos pasos. Primero se debe establecer que la medida apunta a conseguir un fin legítimo, consagrado por la Constitución. Y segundo que la medida impuesta sirva para conseguir dicho resultado.

El TC en su decisión indica en buena cuenta que, la exoneración tributaria otorgada a la empresa Flores, servirá como incentivo para que se mejore el servicio público de transporte terrestre que dicha empresa brinda a los consumidores. El fin es legítimo, por lo tanto se cumple con el primer paso del test. Pero sobre el segundo nos quedan muchas dudas. ¿Puede decirse, tan ligeramente como hace el TC, que el dinero que no se está recaudando, y que la empresa Flores mantiene en su poder, será usado para mejorar las condiciones del servicio a los usuarios? ¿Por qué no pensar, como dicta la lectura de los hechos, que dicho dinero será usado de otro modo? Si tomamos en cuenta que dicho dinero se puede utilizar para comprar más buses, y que dichos vehículos saldrán a circular en condiciones que no garantizan la seguridad del público, como se desprende de una lectura menos sesgada del actual caos del transporte público interprovincial, del que la empresa Flores ha sido uno de los principales artífices (ver al respecto el cuadro que se adjunta en el artículo de Juan Carlos Ruiz), vemos entonces que la medida no sólo no es adecuada, por falta de idoneidad, sino hasta peligrosa.

Lo dicho sería suficiente como para detener nuestro análisis de razonabilidad, pues, como se sabe, la estructura del test implica una decisión sólo será analizada en términos de necesidad si es que cumple con ser adecuada, y lo propio con el juicio de proporcionalidad respecto del de necesidad. Sin

embargo, vamos a seguir analizando la decisión del TC, pues creemos que su estudio desnuda en toda su magnitud sus falencias.

Test de necesidad

De acuerdo a este aspecto del test, la medida es justificada si es que no existe otra que, consiguiendo la misma finalidad, lo haga a menor costo.

No creemos que la exoneración dispuesta por el TC sea necesaria pues la misma finalidad -garantizar la seguridad del público a través de la mejora de la calidad del servicio- puede haberse obtenido obligando a las empresas -labor del Ministerio de Transportes y del Parlamento - a contar con determinados estándares de calidad y hacer respetar dichos estándares. Es más, la recaudación tributaria que se deja de percibir podría servir para lograr el nivel de exigencia, que actualmente no existe ahora para hacer que las normas sobre seguridad se cumplan.

Es cierto que a dicha medida hay que restarle los costos de corrupción estatal - para usar el dinero recaudado- y de información -respecto del Estado que tiene que determinar el nivel de calidad sin que se llegue a sacrificar la eficiencia (no olvidemos que ambas fines son muchas veces contradictorias); pero dada la situación, es decir la informalidad reinante en el mercado del transporte terrestre, y el poco o nulo respecto por los derechos de los consumidores que en el tiempo han mostrado los transportistas, la opción recaudatoria parecía más aconsejable. En todo caso dicho análisis, como se ve, es mucho más elaborado y requiere de ser justificado en estudios, que no se han hecho, y que el TC obvia, para en su lugar asumir como un hecho indubitable que la no recaudación se va a traducir en una mejora del servicio

Test de proporcionalidad estricta

De acuerdo a dicho test, la medida se justifica sólo si, una vez determinada que es la menos costosa de entre todas las disponibles, ella, en sí misma, es más beneficiosa que costosa.

Apreciamos que la medida impuesta por el TC no cumple con este paso. Por el lado de los beneficios podemos contar que -aún cuando no hay necesidad entre no recaudación y mejora del servicio-, no se puede negar que cierto dinero puede ser usado con dicho fin de mejora de la calidad. Por otro lado, se está homologando la situación del servicio del transporte terrestre con la del marítimo y del aéreo. Se puede agregar incluso, que se está incentivando el mercado del transporte (en términos de cantidad, no necesariamente de calidad), ya que, como se sabe, a menor precio (el costo del impuesto que ya no existe), mayor producción de un bien, aunque este último puede considerarse como un beneficio difuso. Y ahí paramos de contar.

Por el lado del pasivo, consideramos que la medida tiene los siguientes costos. En primer lugar los costos de falta de recaudación para el Estado, que pueden usarse en mejorar el servicio desde el punto de vista de las decisiones públicas, y ya no privadas (en vista que las decisiones privadas han probado ser ineficientes y atentatorias contra el derecho a la seguridad y vida de la población). Además de ello, contamos el costo de desigualdad respecto de productores de otros bienes: ¿Por qué el transporte terrestre, que como todos, estaba gravado con impuestos, ahora pasa al grupo de los exonerados? Si la razón es que se va a mejorar el servicio, lo mismo podría alegar los productores de otros bienes para solicitar exoneraciones tributarias. Por último, vemos que existe un costo de incertidumbre jurídica, pues la decisión cambia los parámetros de decisión financiera que podrían tomar los empresarios para decidir si invertir en transporte o en otras industrias.

Consideramos que los costos de la medida -más precisos y certeros- superan con creces los beneficios -difusos- de la medida. No negamos que la decisión, bajo un análisis más prolijo y sesudo, pueda resultar razonable, pero eso es precisamente lo que no ha hecho el TC.

Conclusión

Con ello concluimos que, si bien debe ser por todos reconocido que el TC puede, y de hecho tiene, competencia para afectar con sus decisiones la economía, dicha intervención debe estar plenamente justificada, para lo cual, debe mostrarse no sólo meras alegaciones a supuestas mejoras de un bien constitucional -como la seguridad- sino que debe existir un verdadero interés en mostrar que la decisión está justificada y reposa en estudios y análisis previos sobre el sentido en que debe ser la decisión. El TC en varios momentos de la sentencia ha reconocido que no puede permanecer al margen de la realidad social para expedir sus sentencias. Sin embargo, no ha sido consecuente con dicha proclama, pues solo ha tenido a la vista cierto aspecto de la realidad -el más ambiguo del beneficio que generará en la población darle más dinero a la empresa Flores- dejando otros que también hubieran ayudado a que la sentencia sea más sólida, y sobre todo más razonable al momento de defender la Constitución. Esta carencia argumentativa siembra dudas y deslegitima más al máximo intérprete de la Constitución, cosa que debe lamentarse.