

## ACTUACIONES DISCRECIONALES DEL SII

- El Servicio de Impuestos Internos notificó a diversas empresas vinculadas a supuestos financiamientos irregulares de campañas políticas para que se presentaran ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros con el objeto de presentar sus descargos o allanarse al cobro de multas por infracciones tributarias, criterio comúnmente utilizado por el SII, y que sin mayor justificación fue modificado al de la vía penal por el actual Gobierno.
- Es necesario modernizar el Servicio para evitar capturas políticas futuras y garantizar su independencia. Una forma sería poniendo a la cabeza del SII a un órgano colegiado que propenda a una administración técnica, enfocada en los objetivos de fiscalización y recaudación.

El 21 de abril de 2017, la Contraloría General de la República emitió un pronunciamiento respecto de una solicitud presentada por dos particulares para que se revisara la legalidad de las actuaciones del Servicio de Impuestos Internos (SII) en materia de recopilación de antecedentes y ejercicio de las facultades que permiten al Director del Servicio optar frente a una infracción tributaria que pudiera ser sancionada con multa o pena privativa de libertad, entre la presentación de una denuncia o querrela, o bien la aplicación de multas.

Coincidentemente, pocos días antes del dictamen de Contraloría, se supo que el SII se encontraba llevando a cabo un proceso de notificación a diversas empresas vinculadas a supuestos financiamientos irregulares de campañas políticas para que se presentaran ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros con el objeto de presentar sus descargos o allanarse al cobro de multas por infracciones tributarias. Lo anterior marcó la decisión del Servicio de utilizar la vía pecuniaria por sobre la penal<sup>i</sup>, volviendo al criterio comúnmente utilizado por el Servicio de Impuestos Internos, y que sin mayor justificación, fue modificado temporalmente a partir del inicio del actual Gobierno.

### PRONUNCIAMIENTO DE LA CONTRALORÍA

La Contraloría, basándose en la ley orgánica del Servicio, señaló que corresponde al SII la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga

interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por ley a una autoridad diferente. Luego indicó que, según el mismo cuerpo legal, le compete al SII la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias.

El artículo 162 del Código Tributario establece que la acción penal para los delitos tributarios recae exclusivamente en el Servicio de impuestos Internos al establecer en el inciso primero del artículo que “Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad solo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director”<sup>ii</sup>.

Al analizar el artículo 16, la Contraloría concluye que “ante una infracción tributaria que puede ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el ordenamiento jurídico entrega al Director del SII la posibilidad de optar por la aplicación de ambas sanciones en el marco de un proceso penal, presentando la pertinente denuncia o querrela, o bien por remitir los antecedentes al Director Regional que corresponda, a fin de que solo se persiga la imposición de la multa respectiva mediante el procedimiento que regula el artículo 161 del Código Tributario”<sup>iii</sup>. Agrega además que es al Director del Servicio a quien le corresponde decidir discrecionalmente cuál mecanismo de persecución utilizar, con el objeto que quienes participaron de ilícitos tributarios reciban la sanción que corresponda por realizar conductas que atentan contra el patrimonio estatal.

Luego, y tomando como base un anterior dictamen del propio órgano contralor<sup>iv</sup>, se señala que si bien la facultad que posee el Director del SII es discrecional, es indispensable que las decisiones que se tomen en virtud del artículo 162, tengan un fundamento racional debido a que en virtud del principio de juridicidad las decisiones deben de obedecer a criterios objetivos que le otorguen legitimidad y no a meros caprichos de la autoridad. Asimismo, agrega que lo resuelto debe de tener un sustento en los antecedentes recabados durante el proceso llevado a cabo que concluye con la decisión del Director.

La Contraloría recuerda que los funcionarios del SII, al igual que todos los funcionarios públicos, tienen la obligación legal de observar el principio de imparcialidad consagrado en la Ley 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado; y por el cual tanto en la sustanciación de los procedimientos como en las resoluciones, los funcionarios deben de actuar con responsabilidad y respetar el principio de probidad administrativa.

En este punto, el dictamen concluye que el SII debe adoptar todas las medidas necesarias para ajustar sus actuaciones a lo prescrito en las normas señaladas y a lo manifestado en el pronunciamiento.

### **ACTUACIÓN DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS**

Es importante recordar que el Servicio de Impuestos Internos es un órgano dependiente del Ministerio de Hacienda, y su Director es un funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República que es nombrado según las reglas de Alta Dirección Pública (ADP). Es el propio Director quien tiene la facultad para nombrar a los subdirectores, directores regionales, contralor y, en general, cualquier otra jefatura y cargo del servicio, además de nombrar y despedir al personal de la institución en cualquier momento.

Como es posible apreciar, es el Director de Impuestos Internos, un funcionario de confianza del Gobierno de turno, en quien recae la facultad discrecional de optar entre la vía pecuniaria o la penal en los casos de infracciones tributarias.

Hasta antes de este Gobierno, el Servicio de Impuestos Internos destacaba por ser una institución de gran profesionalismo y rigor técnico en el desarrollo de su labor, reputación que puntualmente ha sido cuestionada por diversos sectores en los casos de financiamiento irregular de la política debido a las presiones políticas recibidas desde La Moneda para influir en sus decisiones, lo cual fue reconocido expresamente por el propio ex Director Michel Jorrat<sup>v</sup> <sup>vi</sup>.

En este contexto, y en relación al pronunciamiento de Contraloría sobre la manera de actuar del SII, el dictamen recuerda normas que son válidas y exigibles no solo para las actuaciones futuras, sino también para todas las ya realizadas. Por esto, resulta esencial que se den a conocer los fundamentos que existieron al momento de presentar querellas por supuesto financiamiento irregular de la política contra algunas empresas y políticos, y del mismo modo explicitar cuáles fueron los fundamentos que se tuvieron en muchos otros casos para desechar la vía penal y utilizar los otros mecanismos administrativos que contempla la ley. Solo de esta forma será posible contrastar si se utilizó el mismo criterio en todos los casos y si verdaderamente el SII obró de manera imparcial y sin discriminaciones arbitrarias durante los últimos años. Al respecto, cabe recordar lo señalado por Olga Feliú, quien aseguró que “la fundamentación de la actuación del SII debe centrarse en el comportamiento tributario y estar absolutamente marginada de todo afán o consideración de carácter político del acto de que se trate”<sup>vii</sup>.

En este sentido, sería clarificador que el Servicio demostrara que al momento de modificar el criterio comúnmente utilizado y optar por la vía penal en determinados casos relacionados con el financiamiento de la política, se respetaron los criterios de objetividad, uniformidad, imparcialidad, igualdad ante la ley y probidad que deben regir las actuaciones de los órganos de la administración pública y que son necesarios para la existencia de un Estado de Derecho. De no haberse seguido los presupuestos antes mencionados, el Servicio de Impuestos Internos debiera subsanar y corregir estas arbitrariedades, ya sea mediante la realización de sumarios internos, invalidación o corrección de actos administrativos o el desistimiento en querellas, aun cuando el efecto práctico de esto último sea discutible.

#### **EXCLUSIVIDAD DE LA ACCIÓN PENAL**

A raíz de estos episodios, algunos actores como el Ministerio Público, la Corte Suprema y Fiscales de manera particular, han cuestionado la figura existente en el Código Tributario que otorga la exclusividad de la acción penal. Lo cierto es que la exclusividad no es una novedad en nuestra legislación, encontrándose presente en otras áreas como la libre competencia, aduanas o materias electorales. Tanto la libre competencia como el derecho tributario versan sobre materias de carácter específico y técnico que competen a órganos especiales existentes para ello, los cuales tienen fines particulares y bien definidos, por lo cual la mencionada exclusividad se encontraría justificada. La existencia de limitaciones o exclusividad en la presentación de acción penal debe de entenderse en ese contexto, ya que la existencia de una acción penal pública podría afectar la fiscalización y recaudación tributaria en el caso del SII.

En materia de libre competencia, la Ley 20.945 otorga al Fiscal Nacional Económico (FNE) la exclusividad de presentar querellas contra quienes cometan actos colusorios pero, a diferencia de lo que ocurre con el SII, junto con entregarle una facultad discrecional, le establece ciertos controles o requisitos que limitan dicha facultad. Es así como la FNE debe siempre ejercer la acción penal en caso que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia y debe, asimismo, fundamentar públicamente sus razones en caso de no ejercerla. Estas obligaciones limitan la existencia de discriminaciones arbitrarias, resguardan la imparcialidad, e impiden la utilización antojadiza y sesgada de la acción penal.

Asimismo, el Fiscal Nacional Económico cuenta con mayores grados de autonomía e independencia política del Gobierno de turno que el Director del Servicio de

Impuestos Internos, puesto que su remoción solo puede responder a causales específicas establecidas en la ley, calificadas por el pleno de la Corte Suprema.

## CONCLUSIONES

Parece correcto que como principio general se vuelva a utilizar el criterio histórico, en el cual se privilegiaba la vía pecuniaria por sobre la penal, mecanismo que es acorde a los fines propios del SII. Pero es necesario que por razones de racionalidad e imparcialidad el Servicio se haga cargo de aquellos casos en los que existiendo situaciones con circunstancias fácticas similares, se actuó de forma desigual, lo que afectó principalmente a personas vinculadas con un sector político específico. Es esencial que los órganos de la administración pública se sujeten en todas sus actuaciones a principios básicos como objetividad, uniformidad e igualdad ante la ley y que, tal como señalara la Contraloría, tanto las autoridades como los funcionarios del SII observen el principio de imparcialidad al momento de tomar sus decisiones. Apartarse de esos principios representa, para nuestro Estado de Derecho, un peligro tanto o aún mayor que el que representan las conductas presentes en el financiamiento irregular de la política, pues significarían el uso del aparato del Estado para perseguir a los adversarios políticos.

En orden a resguardar la igualdad ante la ley y el Estado de Derecho es indispensable que se den a conocer los criterios que sustentan las querellas y actuaciones llevadas adelante en el último período. Finalmente, parece necesario avanzar en un proceso de modernización del Servicio que evite capturas políticas futuras y garantice la independencia de las decisiones que se tomen, las cuales deben ser técnicas y propias del Servicio, no imposiciones externas. Una buena forma de ir en esta línea sería modificar su gobierno corporativo, poniendo a la cabeza del SII a un órgano colegiado que propenda a una administración técnica, enfocada en los objetivos de fiscalización y recaudación.

---

<sup>i</sup> Reportajes de La Tercera, páginas 10 y 11, 16 de abril de 2017

<sup>ii</sup> Código Tributario, inciso primero artículo 162

<sup>iii</sup> Contraloría General de la República, dictamen 014000N17 de 21 de abril de 2017

<sup>iv</sup> Contraloría General de la República, dictamen 6.190 de 2014

<sup>v</sup> <http://www.latercera.com/noticia/jorratt-insiste-presiones-penailillo-no-investigar-sqm/>

<sup>vi</sup> <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/08/21/vargas-dispara-con-ventilador-confirma-presiones-a-jorratt-y-su-disposicion-a-ceder-para-frenar-investigacion-por-platas-politicas/>

<sup>vii</sup> <https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/olga-feliu/el-contralor-y-las-facultades-discrecionales-del-director-del-sii/2017-04-28/201925.html>