TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1633 - 2
28 de marzo de 2024
ISSN 0717-1528

CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS: EL CONTRIBUYENTE SE PRESUME CULPABLE

- Aún sin respetar el plazo constitucional para el inicio de su discusión, el Gobierno ingresó a trámite el 29 de enero de 2024 el proyecto de ley que "Dicta normas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias dentro del Pacto por el Crecimiento Económico, el Progreso Social y la Responsabilidad Fiscal".
- Dicho proyecto, que abarca numerosas materias, tiene una preocupante arista respecto de las normas anti-elusión y secreto bancario: analizadas en conjunto, todas aquellas normas tienen por nota definitoria configurar una presunción de culpabilidad hacia el contribuyente.
- Cierto es que resulta necesario fomentar medidas que permitan el cumplimiento tributario, pero las medidas del Gobierno se apartan de las mejores prácticas en materia de políticas públicas y se transforma, innecesariamente, en un proyecto que contraviene el derecho fundamental a una investigación y un procedimiento racional y justo.

El proyecto de ley denominado "cumplimiento de obligaciones tributarias" que se discute en la Cámara de Diputados considera una serie de herramientas: incorpora nuevas facultades para la defensoría del contribuyente, aborda el fortalecimiento de organismos fiscalizadores y resguardo de la probidad, mejora los sistemas de regularización de obligaciones tributarias, moderniza la administración tributaria y aduanera, busca controlar la informalidad, aborda la persecución de delitos tributarios y la regulación de la planificación tributaria agresiva. De todas estas medidas, sin embargo, dos resultan especialmente gravosas: la forma en que aborda el secreto bancario y el tratamiento de las normas anti-elusión.

SECRETO BANCARIO: UN CASO DE "PRUEBA DIABÓLICA"

El secreto bancario es una institución propia de la Ley General de Bancos y constituye tanto un derecho para sus clientes como una obligación para la institución bancaria. La regulación distingue las operaciones sujetas al secreto bancario de aquellas sujetas a reserva bancaria: las primeras comprenden las operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos, las cuales solo pueden darse a conocer al titular o personas autorizadas por él, quedando su infracción sancionada con una pena de presidio menor en grado mínimo a medio (61 días a 3

ISSN 0717-1528

años). Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y solo pueden darse a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente.

Con algunas excepciones, la regla general es que la información protegida por el secreto o la reserva bancaria (en adelante, indistintamente, "secreto bancario") solo puede ser entregada a un tercero en virtud de una orden judicial. Ello encuentra su razón tanto en la protección de la privacidad para la persona como en la relevancia de la información para la empresa. En materia tributaria, esquemáticamente, el procedimiento para acceder a información protegida por el secreto bancario está recogida en el artículo 62 del Código Tributario:

- La Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos (SII) requiere al banco respectivo para acceder a la información en el contexto de un procedimiento de fiscalización;
- Una vez notificado, el banco debe comunicar el requerimiento del SII al cliente;
- El cliente puede autorizar la solicitud (o haberlo hecho previamente), no responder o negarse. El banco debe comunicar al SII resultado de la consulta;
- Si el resultado del requerimiento es negativo para el SII, este puede recurrir ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros (TTA) para acceder a la información.

El nuevo procedimiento propuesto en el proyecto de ley, sin embargo, deja en una situación desmejorada al contribuyente en relación al SII:

- El SII comienza notificando al contribuyente de la fiscalización y el requerimiento al banco. Este último deberá comunicar al cliente el requerimiento;
- Se suprime el silencio negativo del contribuyente;
- Por defecto, la solicitud del SII se entiende aceptada salvo que el contribuyente se oponga mediante recurso ante los TTA y debe informar de ello al banco y éste al SII;
- Si el SII no ha tomado conocimiento de reclamo del contribuyente dentro de plazo, procede a solicitar certificación al TTA de la ausencia del reclamo, debiendo oficiar al banco para la entrega de la información.

La modificación al proceso viene a generar una suerte de *nudge*[1] en favor del SII, toda vez que los reclamos ante los TTA requieren de la intervención de un abogado,

[1] Un *nudge* consiste en "ciertas intervenciones o medidas, públicas o privadas, que se apoyan en las ciencias conductuales, para influir en el comportamiento de las personas -dándoles un empujoncito- en un determinado sentido, pero preservando su libertad de elección. En otras palabras, dichas intervenciones o medidas no reposan en la coacción y, por ende, no mandan ni prohíben. Ellas más bien inciden en el modo en que se

ISSN 0717-1528

aumentando el costo en tiempo y recursos de este recurso, por lo cual los incentivos están puestos en que los contribuyentes cedan ante los requerimientos del SII, toda vez que oponerse tendrá un costo y el silencio del contribuyente es positivo para la solicitud del SII.

Sin embargo, más grave aún resulta la inversión de la carga de la prueba hacia el contribuyente. La regla general en materia de prueba, en toda materia, es que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta", según dispone el artículo 1698 del Código Civil. Dicha regla es coherente con normas tributarias tales como los incisos segundo y quinto, ambos del art. 4 bis del Código Tributario que, respectivamente, reconocen la buena fe del contribuyente y que la prueba del abuso o simulación como formas de elusión deben ser acreditadas por el SII. Si el Servicio, a pesar de la oposición del contribuyente, desea perseverar en su requerimiento de acceder a información que se encuentra bajo secreto bancario, la ley le impone probar que dicha medida **es indispensable para determinar las obligaciones tributarias del contribuyente requerido**. Esto como hemos visto, es coherente con la regla general de la prueba y, más aún, con la lógica jurídica que está detrás: dado el carácter extraordinario del secreto bancario, quien alega que debe levantarse es quien debe probar que hay un motivo justificado para ello.

Sin embargo, el proyecto altera las reglas generales, **proponiendo que se invierta la carga de la prueba, siendo de cargo del contribuyente probar que la solicitud de acceso a la información bajo secreto bancario es improcedente**. Ello implica que el contribuyente deberá probar un hecho negativo, pues deberá demostrar que el SII, por ejemplo, puede lograr determinar las obligaciones tributarias mediante otros medios o que no se han agotado todas las vías antes de requerir la más gravosa por afectar el secreto bancario. Sin embargo, es excesivamente complejo para el contribuyente probar la improcedencia del requerimiento del SII. A la situación en que una parte debe probar hechos negativos, la doctrina procesal la ha llamado "*probatio diabólica*" o "prueba diabólica", pues resulta casi imposible probar mediante pruebas directas que algo no es. Nuevamente, se advierte cómo se manipula la arquitectura de la decisión mediante un *nudge*: ¿tiene sentido oponerse

organiza y presenta el contexto en el cual las personas toman sus decisiones o, en los términos empleados en la literatura especializada sobre el tópico, en la "arquitectura de decisiones". En consecuencia, el *nudge* se puede definir como "cualquier aspecto de la arquitectura de decisiones que altera el comportamiento de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar significativamente sus consecuencias económicas"." Ponce de León Solís, Viviana. (2019). El nudge, su aplicación en el derecho chileno y sus potenciales problemas de constitucionalidad. *Revista chilena de derecho*, *46* (2), 346. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000200345.

ISSN 0717-1528

al requerimiento del SII si finalmente será oneroso por los costos legales y dificultoso por la carga probatoria?

NORMA GENERAL ANTI-ELUSIÓN: CONTRIBUYENTE SE PRESUME CULPABLE

A partir de la reforma tributaria de 2014, la elusión fue una materia cuya declaración se radicó en los TTA, buscando generar un adecuado equilibrio entre contribuyentes y administración tributaria. Dicho esquema en la propuesta del proyecto de ley, nuevamente, se reemplaza por su opuesta: la declaración de elusión pasa a ser una prerrogativa del SII, con diversas reglas y presuntos controles, siendo el más relevante de ellos la creación del Comité Anti-Elusión, que estará integrado por el Director Nacional del SII y los subdirectores de Fiscalización, Jurídico y Normativo y cuya función será realizar las declaraciones de elusión. Adicionalmente, otras modificaciones en esta materia comprenden la ausencia de bilateralidad, pues no hay recursos contra las decisiones del SII y solo proceden reclamos ante los TTA.

Si bien el proyecto de ley considera la creación de un órgano asesor, denominado "Consejo Asesor Consultivo", este no es un contrapeso suficiente al poder que se entrega al SII.

El Gobierno ha indicado que, en modelos comparados, esta clase de consejos entrega una visión independiente y técnica. Sin embargo, la institucionalidad propuesta es débil, tanto por su forma de nombramiento como por sus atribuciones. El Consejo estaría liderado por un coordinador, designado por el Director del SII, previo concurso público y estará integrado por consejeros que serán designados por el Director del SII, previo concurso y a propuesta en terna del Coordinador. Estos consejeros, a diferencia del Coordinador, no son remunerados ni de dedicación exclusiva, abriendo amplios espacios para conflictos de interés y posible deslegitimización. En cuanto a su relación con el SII, la consulta al Consejo es facultativa por parte del Comité Anti-Elusión; si es consultado, su opinión no es vinculante; y, por último, en caso de existir discrepancias entre el Consejo y el Comité, el proyecto solo exige dejar constancia al Comité de sus fundamentos para no seguir la recomendación.

Finalmente, las modificaciones concluyen con la supresión de la obligación del SII de probar la existencia de abuso o simulación, pasando a ser una materia que, tal como con el secreto bancario, el proyecto dispone que el SII simplemente declara la existencia de abuso o simulación como formas elusivas y donde corresponde al contribuyente probar que no realizó infracción alguna. Todo ello, en un procedimiento administrativo sin posibilidades de apelar y quedando solamente la

ISSN 0717-1528

reclamación al TTA respectivo, con todos los costos para el contribuyente que ello significa.

Como puede apreciarse, la posición del contribuyente, desde ser un sujeto cuyos derechos son amparados por el ordenamiento jurídico, pasa a estar en posición de culpable, debiendo pelear contra todos los recursos del SII para probar su inocencia.

¿QUIÉN DEFIENDE AL CONTRIBUYENTE?

Las reformas que hemos analizado, vistas en conjunto, terminan configurando un sistema de presunciones contra el contribuyente. Tanto en materia de levantamiento del secreto bancario como respecto de la norma general anti-elusión, se releva al SII de probar los hechos que alega y, por el contrario, se pone el peso de la prueba en el contribuyente, quien debe probar que el SII requiere actuaciones de fiscalización improcedentes o simplemente, que no ha incurrido en ningún tipo de acto elusivo.

Generalmente, al abordar este tipo de proyectos se omite, por poner el énfasis en la recaudación, que se trata de una materia que también se encuentra regida por el Derecho Administrativo Sancionador y que, por tanto, en la configuración de las reglas que dan forma al sistema propuesto, deben observarse las garantías constitucionales propias del Derecho Penal[2], especialmente las relativa a que a toda persona en Chile se le garantiza el derecho a un procedimiento y una investigación racionales y justos (art. 19 Nº3 inciso 6 de la Constitución Política de la República), es decir, un debido proceso.

En este sentido, avanzar en mejorar la gobernanza del SII, como pudiera ser por ejemplo, contar con un gobierno corporativo colegiado, semejante al de la Comisión para el Mercado Financiero, reforzar su independencia (por ejemplo, incluyendo a los cargos de segundo nivel jerárquico al régimen de Alta Dirección Pública y limitar la remoción del director del servicio sólo por la falta de confianza política por parte del Presidente de la República) e introducir mayores separaciones explícitas entre las áreas normativas y de fiscalización y sanción son elementos que soslayan el hecho de que hoy, litigar contra el SII es, en la práctica, litigar contra el Gobierno.

[2] Al respecto el Tribunal Constitucional ha resuelto que: "La garantía del debido proceso ha sido contemplada por el constituyente respecto de los órganos que ejercen jurisdicción, concepto que es más amplio que el de tribunales judiciales y comprende, por tanto, a órganos administrativos en la medida en que efectivamente actúen ejerciendo funciones jurisdiccionales. El Tribunal Constitucional se ha manifestado positivamente al respecto, particularmente cuando dichos procedimientos importan ejercicio de jurisdicción o entrañan la materialización de la potestad sancionatoria de la Administración. (STC 513 c. 15) (En el mismo sentido, STC 747 c. 5, STC 783 c. 11, STC 1393 c. 7, STC 6613 c. 4)".

ISSN 0717-1528

Resulta, en consecuencia, cuestionable que la inversión de la carga probatoria contra el contribuyente se enmarque dentro de los límites de dicha garantía, pues, a fin de cuentas, no existe igualdad de armas[3] entre el contribuyente y el SII y en los hechos, termina el primero debiendo probar su inocencia, lo cual es completamente contrario a la garantía más esencial del debido proceso[4]. Asimismo, la limitación de los recursos administrativos apunta, precisamente, a transformar al SII en un ente declarador que solo puede ser controlado por los tribunales, sin poder tener los contribuyentes instancias para la revisión de sus decisiones, alterando con ello el más esencial fundamento que inspiró la dictación de la Ley Nº19.880, sobre bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado, cual fue garantizar los derechos de las personas frente a la Administración, es otra manifestación de procedimientos inspirados por la garantía del debido proceso[5].

[3] Al respecto, el Tribunal Constitucional ha resuelto que: "Las sentencias no sólo deben ser apropiadas, sino también aceptables. Y difícilmente serán aceptadas o percibidas como legítimas aquellas sentencias que derivan de un procedimiento poco equitativo en cuanto a las oportunidades procesales conferidas a las partes de una disputa. (STC 2856 c. 7)".

[4] Al respecto, el Tribunal Constitucional ha resuelto que: "La presunción de inocencia, más que un privilegio específico adicional del imputado (que, por lo mismo, ameritaría una restricción procesal especial) es una exigencia mínima de cualquier proceso penal que sea racional y justo. (STC 4446 c. 6)".

[5] Al respecto, el Tribunal Constitucional ha resuelto que: "Atendido a que los derechos fundamentales no son absolutos y a que existen limitaciones a la procedencia de otras acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental, es constitucionalmente admisible ciertas limitaciones a los recursos. Por lo tanto, la validez constitucional de una restricción legal al acceso al recurso de casación en juicios que se siguen ante los Juzgados de Policía Local, obedece a una razón objetiva y no discriminatoria ni arbitraria como es la naturaleza especial que revisten esos procedimientos –donde rigen principios de celeridad y concentración-. (STC 7464 c. 14)". Con todo, estos principios especiales no aparecen evidentes en el SII tal como ocurre con el resto de la Administración.