



**“SISTEMA DE DECLARACIÓN VOLUNTARIA Y EXTRAORDINARIA DE RENTAS
AFECTAS A IMPUESTO ÚNICO Y SUSTITUTIVO, PARA LA DECLARACIÓN Y/O
DECLARACIÓN Y REPATRIACIÓN DE RENTAS Y BIENES NO DECLARADOS
OPORTUNAMENTE, DERECHOS, BENEFICIOS Y RIESGOS PARA LOS
CONTRIBUYENTE”**

Parte I

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN**

**Alumno: Juan José Contreras González
Profesor Guía: Miguel Ojeda Díaz**

Santiago, enero 2016

INDICE

| | |
|---|-----|
| Agradecimientos..... | 2 |
| 1.- Introducción..... | 3 |
| 2.- Aspectos Metodológicos..... | 7 |
| A.- Hipótesis de trabajo..... | 7 |
| B.- Metodología de la Investigación..... | 8 |
| C.- Discusión Bibliográfica..... | 8 |
| D.- Objetivos..... | 9 |
| E.- Detección del Problema y Preguntas de Investigación..... | 10 |
| 3.- Desarrollo de la tesis..... | 11 |
| A.- Antecedentes legales, contables y tributarios..... | 11 |
| a.1.- Antecedentes legales..... | 11 |
| a.2.- Antecedentes Contables y Tributarios..... | 13 |
| a.2.1.- Presentación..... | 13 |
| a.2.2.- Origen de los bienes y su respectiva declaración..... | 14 |
| a.2.3.- Pago de la tasa del 8%..... | 15 |
| a.2.4.- Contabilización de los bienes y rentas..... | 16 |
| B.- Antecedentes formales del procedimiento administrativo..... | 18 |
| b.1.- Descripción..... | 18 |
| b.1.1.- Contribuyentes que pueden acogerse..... | 18 |
| b.1.2.- Contribuyentes que no pueden acogerse..... | 19 |
| b.1.3.- Bienes, divisas y rentas..... | 20 |
| b.1.4.- Lugar y forma de presentación de la declaración..... | 20 |
| b.1.5.- Documentos que deben adjuntar a la declaración..... | 20 |
| b.1.6.- Plazo para presentar la declaración..... | 21 |
| b.1.7.- Instrucciones específicas sobre la declaración..... | 21 |
| b.1.7.a.- Identificación del declarante..... | 21 |
| C.- Antecedentes de fondo, análisis de los aspectos relevantes..... | 22 |
| c.1.- Presentación..... | 22 |
| c.2.- El Secreto Bancario..... | 23 |
| c.2.1.- El Secreto Bancario en el artículo 24° transitorio..... | 27 |
| c.3.- La Trazabilidad de las Rentas o Bienes objeto del beneficio..... | 32 |
| c.4.- Renuncia a la Prescripción..... | 36 |
| c.4.1.- La Prescripción en el Código Tributario..... | 37 |
| c.4.2.- La Prescripción en el artículo 24° transitorio..... | 39 |
| c.5.- Uso de la información entregada por los contribuyentes..... | 43 |
| c.6.- Algunas cuestiones legales sobre el artículo 24° transitorio..... | 49 |
| 4.- Conclusiones..... | 50 |
| 5.- Anexos..... | 52 |
| 6.- Bibliografía..... | 128 |
| 7.- Índice..... | 130 |

1.- INTRODUCCIÓN.

La Ley n° 20.780¹ de fecha 29 de septiembre del 2014, junto con implementar grandes y significativas reformas a nuestro sistema de tributación, introdujo a través del artículo 24° transitorio, un sistema voluntario y extraordinario de declaración de bienes o rentas, que se encuentren o hayan obtenido en el extranjero, por contribuyentes domiciliados, residentes, establecidos o constituidos en Chile y que estando afectas a impuestos, no se hayan declarado y/o gravadas con los tributos correspondientes. Para el legislador, este beneficio otorgado a los “contribuyentes” o sea por aplicación del artículo 8° numeral 5° del Código Tributario, comprende a las personas naturales y jurídicas o los administradores y tenedores de bienes afectados por impuestos, siempre que tengan domicilio o residencia en nuestro país, o establecidos o constituidos en Chile, antes del 1° de enero del 2014.

Con este antecedente material, decidimos emprender la aventura de investigar sobre este mecanismo, cuyo norte fue determinar si lo ventajoso de este mecanismo voluntario y extraordinario, con una tasa de impuesto extremadamente baja, provocaría o significaría un enorme incentivo para los beneficiados y con ello contribuir al fin recaudatorio que la norma tenía, o por el contrario, los riesgos que la misma norma comprendía, implicarían, desincentivar a los contribuyentes a acogerse a este mecanismo de saneamiento tributario.

La aparición de dicho mecanismo de declaración voluntario y extraordinario, que fija un impuesto con carácter de único y sustitutivo, con tasa del 8%, no dejó de sorprender a los analistas, expertos y estudiosos, esto por cuanto no estaba comprendido en el proyecto original enviado por el ejecutivo al Congreso Nacional, pero si bien fue finalmente promulgado como ley de la República, careció de toda discusión parlamentaria.

Sobre los resultados del beneficio, si bien al principio el ente fiscalizador fue cauto sobre los mismos, en edición del Diario Financiero de junio del presente, haciendo referencia a información obtenida de ese servicio (SII²), a esa fecha existiría una recaudación de US\$ 5 millones, en tanto el objetivo de hacienda estaría por llegar a los US\$ 130 millones de dólares, pero mostraban su optimismo en superar esa cifra a fines del presente año. Finalmente los resultados superan ampliamente las primeras expectativas, es así como la página institucional al día 10 de diciembre del presente, señala que a la fecha, los contribuyentes que han

¹ Ley 20.780, sobre Reforma Tributaria, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre del 2014.

² Diario Financiero edición día 22 de junio del 2015, por Sebastián Valdenegro.

efectuado la declaración, alcanza la cifra de 2.682 contribuyentes, los que han permitido lograr una recaudación fiscal de US\$623 millones de la moneda americana.

En un principio los contribuyentes y sus principales formas de agrupación y representación, estuvieron cautelosamente frente al éxito y conveniencia de la utilización de este sistema, por cuanto la falta de discusión y los innumerables vacíos del texto legal hacían desconfiar sobre la institución. El paso del tiempo y las posiciones del servicio que comenzaron a aclarar sobre las dudas que el sistema creaba, acompañada de nuevos pronunciamientos que fueron flexibilizando sus posiciones, fue dando confianza a los contribuyentes.

Al respecto el SII para su implementación, creo una orgánica especial ha cargo de la Subdivisión de Fiscalización, así como dicto la circular n° 8³ del 16 de enero del 2015 y dicto la Resolución Exenta n° 1⁴ del 02 de enero del mismo año, aunque esta última solo fija el formato e instrucciones para la correcta utilización del formulario 1920. Con posterioridad y como forma de traer tranquilidad a los usuarios, se dictó el Oficio Ordinario n° 1.934⁵ de fecha 27 de julio del presente, que más que traer certidumbre sobre el desarrollo de la institución, solo vino a precisar algunas cosas, en tanto otras pese a que las planteó bajo la fórmula de preguntas, más bien no las contestó consistentemente.

Sobre la Circular n° 8, está junto con reiterar lo señalado en el referido artículo 24° transitorio de la Ley n° 20.780, el cual reiteramos careció de todo discusión parlamentario, solo aparece en la historia de la ley⁶ como producto de la enmienda parlamentario, indicación n° 273, aprobada por la unanimidad de los 5 legisladores participantes de la comisión.

La perplejidad que mostraron los contribuyentes para acogerse al sistema de declaración voluntaria y extraordinaria en un principio, con pago de impuesto único sobre las rentas y bienes no declarados oportunamente, estaba la grave afectación a que podían verse enfrentados, por cuanto en un principio apareció que al acogerse al sistema implicaba la renuncia de prerrogativas y derechos fundamentales de los contribuyentes, en los cuales se ven afectados beneficios como el secreto bancario, la acción o excepción de prescripción, la renuncia al derecho a no auto-imputarse,

³ Circular N° 8, de fecha 16 de enero del 2015, sitio institucional del Servicio de Impuestos Internos.

⁴ Resolución Exenta N° 1, de fecha 2 de enero del 2015, sitio institucional del Servicio de Impuestos Internos.

⁵ Oficio Ordinario N° 1,934, de fecha 27 de julio del 2015, sitio institucional del Servicio de Impuestos Internos.

⁶ Historia de la Ley 20.780, Reforma Tributaria que modifica el Sistema de Tributación de la Renta e introduce diversos ajustes en el Sistema Tributario, Biblioteca del Congreso Nacional.

así como el uso que se pueda hacer de la información, la afectación a las normas y derechos del debido proceso en materia penal, el carácter expropiatorio que pueda llegar a significar el acogerse al mecanismo y que posteriormente el mismo sea rechazado, así como otros que se develaran en el presente trabajo.

Abordar este tema con profundidad es lo que nos inspira, para ello nos hemos planteado hacer un análisis más acabado de los riesgos implícitos en el sistema creado, todo con el fin académico de analizar el texto legal, sus implicancias, sus riesgos y poder mostrar nuestra posición a la luz del estudio, para así poder manifestar nuestra opinión desde las letras.

Los riesgos implícitos para los contribuyentes son partes fundamental de nuestra preocupación, así como las brizas de incertidumbre sobre la posibilidad que quienes no se acojan al mecanismo, se verán enfrentados a un panorama incierto y riesgoso, especialmente cuando se enfatiza sobre el avance en el intercambio de información financiera entre los estados, todo para generar un panorama nada de atractivo para los contribuyentes que pudiendo acogerse al mecanismo, no han tomado la decisión de realizarlo. A partir del 2017, se darán los primeros pasos hacia la cooperación internacional en contra de la evasión fiscal, en la cual se encuentran actualmente comprometidos la OCDE y los países del G20, lo cual fue acordado en un foro mundial realizado en la ciudad de Paris, en el año 2014⁷.

Finalmente no podemos dejar de referirnos en estas últimas líneas introductorias a los fines de la institución. Su aparición como parte de la ley finalmente aprobada, sin presencia en el proyecto de ley, nos llama poderosamente la atención. Si conocemos de intentos promovidos anteriormente por algunos legisladores para su establecimiento. Su objeto principal, parece inspirado en fines meramente recaudatorios, por cuanto se estableció la facultad de declarar, eventualmente pagar los impuestos que procediere, pero sin necesidad de repatriación de esos capitales, por lo cual claramente la llamada cocina tributaria no se inspiró en la inversión y la producción al momento de establecer éste sistema.

No todos los sectores se mostraron favorables a su instauración, la cual ya había sido promovida en dos oportunidades anteriores por el Senador Juan Pablo Letelier, quien aseguró que no lo inspiraron beneficios personales, sino por el contrario, ha señalado que más allá de los reparos éticos que pueda producir, es mayor el beneficio para el país. Lo anterior si debemos reconocer que no fue una discusión pacífica, incluso dio lugar a que muchos denostaran públicamente el

⁷ OCDE, Paris 29 de octubre del 2014.

mecanismo, sea vía reparos de carácter ético morales, incluso muchos se refirieron a ella como la “Condonación Premium”⁸.

2.- ASPECTOS METODOLÓGICOS.

A.- Hipótesis de trabajo.

Cualquier trabajo de investigación referente a una norma legal o institución, debiera considerar un amplio estudio de la misma, desde su proyecto original enviado por el ejecutivo, como ocurre en materia tributaria, la cual es de exclusiva iniciativa del ejecutivo, luego el ingreso al Congreso Nacional, pasando si ello ocurre por las comisiones, formulación de indicaciones, la discusión del artículo en particular, con revisión de los incisos que lo componen. Como ya fue señalado, no hay historia de la ley, por lo cual la formulación de hipótesis de trabajo carece de uno de los elementos vitales en una correcta y oportuna formulación de hipótesis de trabajo investigativos.

Nuestro norte investigativo, se centra principalmente a partir del conocimiento de los derechos que poseen los contribuyentes, establecidos en la Constitución Política del Estado, el Código Tributario y demás normas pertinentes, y como estos pueden verse afectado a partir de la dictación del artículo 24° transitorio de la ley 20.780. Este riesgo de los derechos fundamentales, también podría implicar discutir respecto a la constitucionalidad de la norma, lo cual no es parte del objeto investigativo, pero claramente será revisado por la importancia de la misma para los contribuyentes.

Las hipótesis de trabajo que orientarán la presente investigación, son las que se señalan a continuación:

- a.-** Que el sistema creado por el artículo 24° transitorio de la ley 20.780, para la declaración y/o declaración y repatriación de rentas y bienes obtenidos en el extranjero, junto con establecer un beneficio único y limitado para los contribuyentes, vulnera seriamente derechos y garantías de los contribuyentes.

⁸ Diario La Tercera, edición Domingo 21 de septiembre del 2014, Cuerpo Reportaje, artículo “La zona gris de la reforma.

b.- Que el sistema creado por el artículo 24° transitorio de la ley 20.780, para la declaración y/o declaración y repatriación de rentas y bienes obtenidos en el extranjero, implica grandes riesgos para los contribuyentes, lo que lo convierte en un sistema poco atractivo para los contribuyentes.

c.- El beneficio otorgado por el artículo 24° transitorio de la Ley 20.780, pese a los riesgos implícitos de acogerse al mismo, sigue siendo un buen instrumento para regularizar bienes y rentas en el extranjero, lo que le asegura un éxito su implementación.

B.- Metodología de la investigación.

Desde el punto de vista metodológico, recurriremos a dos formas de organizar el estudio sobre la materia.

Comenzando con la aplicación del **método analítico**, con el fin de estudiar a cabalidad el artículo 24° transitorio de la ley 20.780, que crea el mecanismo de declaración voluntaria para rentas y bienes no declarados oportunamente.

Siendo fieles a esta metodología, intentaremos desmembrar la norma, rescatando de ella aquellos elementos que puedan llevar a afectar los derechos de los contribuyentes y como esos elementos pueden implicar riesgos futuros una vez acogidos los contribuyentes al mecanismo.

Detectados los derechos y garantías que los contribuyentes pueden ver afectados por acogerse al mecanismo, intentaremos adentrarnos en la legalidad del mismo. Por ejemplo, si un contribuyente se acoge al mecanismo y declara voluntariamente y luego es rechazado. Pueden el Servicio ocupar esos mismo antecedentes en contra del contribuyente, afectando con esto, entre otros derechos, el de no auto-imputarse.

Finalmente utilizar como técnica de la investigación, el **método dogmático**, para llegar a establecer lo que el legislador debiese haber establecido para tenerlo como un genuino mecanismo de regularización de rentas y bienes no declarados oportunamente.

C.- Discusión Bibliográfica.

Dada la falta de experiencia en el ámbito nacional en la implementación de un mecanismo como el que se estudia, básicamente centrarse en el estudio del texto legal y los pronunciamientos que el SII haya generado, para luego analizar las implicancias de los mismos sobre la materia, pero siempre desde la óptica de los derechos y garantías de los contribuyentes que estos cuerpos normativos puedan afectar.

D.- Objetivos.

Objetivo General: Estudiar y analizar el Sistema Único y Sustitutivo de Declaración Voluntaria y Extraordinaria de rentas, establecido en el artículo 24° transitorio de la Ley 20.780, estableciendo los riesgos y oportunidades para los contribuyentes, que impliquen un incentivo o se desincentive el acogerse al mecanismo.

Objetivo Específico: Determinar cuál fue el ánimo del legislador al establecer el mecanismo y si este se mantiene o se ha desnaturalizado por parte del ente fiscalizador.

Objetivo Específico: Cuantificar los escenarios de acogerse al beneficio y salir airoso del mismo, versus otro de no acogerse o habiéndose acogido, sea rechazado su solicitud.

Objetivo Específico: Estudiar los otros organismo que puedan intervenir en acogerse al sistema, como son El Banco Central de Chile en adelante BCC, La Unidad de Análisis Financiero, en Adelante UAF.

Objetivo Específico: Determinar cuáles son las rentas que se deberían declarar, esto a la luz de los artículos 12 y 41 G de la Ley de la Renta.

Objetivo Específico: Exposición y análisis de los riesgos del mecanismo (prescripción, renuncia la secreto bancario, activos que no se pueden acoger a esta norma, información para futuras fiscalizaciones, etc.)

Objetivo Específico: Exposición y análisis de las fortalezas del mecanismo (tasa rebajada, gran número de declarantes (menos posibilidad de fiscalización, plazo acotada post-fiscalización, etc.)

E.- Detección del problema y Preguntas de Investigación.

Toda formulación de preguntas de investigación, pasa necesariamente por la detección del problema, cuya identificación, orienta el desarrollo de la misma. Etimológicamente investigar es seguir la huella de un problema.

¿Antecedentes legales, contables y tributarios del artículo transitorio 24° de la Ley 20.780?

¿Tipo de contribuyentes que pueden beneficiarse del artículo 24° transitorio de la Ley 20.780?

¿Origen de las rentas que se acogerán al beneficio?

¿Tipo de rentas y bienes sujetos a declarar y oportunidad para su declaración?

¿Derechos de los contribuyentes y grados de afectación por el artículo 24° transitorio de la Ley 20.780?

¿Derecho al secreto bancario de los contribuyentes y renuncia al mismo por aplicación del artículo 24° transitorio de la Ley 20.780?

¿Declaración de rentas y bienes y trazabilidad de los mismos?

¿Acción o excepción de prescripción y su renuncia por efecto de acogerse al mecanismo voluntario establecido en el artículo 24° transitorio de la Ley 20.780?

¿Información entregada por los contribuyentes acogidos al sistema de declaración voluntaria y su utilización posterior por parte del SII?

¿Derecho a la no auto-imputación, y el mecanismo de declaración voluntario del artículo 24° transitorio de la Ley 20.780?

¿Alternativas existentes al sistema de declaración voluntaria y extraordinaria al que puedan acogerse los contribuyentes?

¿Declaración y repatriación de bienes y rentas vía sistema de rectificación de formularios 22?

¿Riesgos detectados para los contribuyentes versus beneficios que pueden obtener los contribuyentes al acogerse al mecanismo?

3.- DESARROLLO DE LA TESIS.

A.- Antecedentes legales contables y tributarios.

a.1. Antecedentes legales.

Como ya fue señalado anteriormente, el artículo 24° transitorio de la Ley 20.780, en estudio, no cuenta con antecedentes legislativos, por cuanto este sistema no estaba contemplado en la iniciativa presidencial.

Dado lo anterior, tampoco hay antecedentes legislativos de discusión en comisión o en sala, sino su promulgación fue una sorpresa venida desde la llamada cocina legislativa.

Si podemos señalar, solo a modo de antecedentes, intentos anteriores de establecimientos de un mecanismo anterior de declaración y repatriación de rentas y bienes, ambas promovidas por el senador Juan Pablo Letelier, pero ambas no llegaron a convertirse en ley de la República. Dichas iniciativas fueron levantadas por el honorable primitivamente el año 2010 y que casi se convirtieron en ley en el año 2011 durante el gobierno de Sebastián Piñera. Esta iniciativa durante ese gobierno, se dio en el contexto de medidas para combatir los efectos del terremoto del año 2010, viendo en esta medida, un mecanismo extra de financiamiento de las obras de reconstrucción⁹.

Esta ya antigua iniciativa legal promovida por el legislador, contó con el acuerdo de otros 23 senadores, con lo cual contó con el acuerdo del gobierno para llegar a convertirse finalmente ley de la República.

Según noticias de prensa, para el ejecutivo esta era la oportunidad de muchas empresas de poder trasparentaran el verdadero destino de sus Fondos de Utilidades Tributables Históricas, que el ejecutivo estimaba a julio del presente año en US\$200 mil millones de los cuales solo el 20% se encontraba en las empresas, en tanto el resto se encontraría en el extranjero invertido.

Para el Diario de la Universidad de Chile, del día 6 de septiembre del presente año, la creación de este mecanismo de repatriación de capitales, uno de los puntos clave para que la Alianza firmara el Protocolo de Acuerdo suscrito entre el Senado y el Gobierno que finalmente se convirtió en Reforma Tributaria.

Una pregunta natural que surge al adentrarse en el estudio del mecanismo, es cuál es la naturaleza jurídica del pago del 8% que se hace al acogerse al sistema

⁹ Diario la Segunda, del fecha 16 de julio del 2015.

voluntario y extraordinario de declaración de bienes y rentas que se encuentran en el extranjero y que por lo mismo no pagaron los impuestos que correspondía realizar.

Creemos que reúne los elementos necesarios para tenerlo como un impuesto. El hecho gravado está dado por las rentas y bienes tenidas en el extranjero que no se hubieren declarado oportunamente. La base imponible está dada naturalmente que la integridad de esas rentas o bienes no declarados. La tasa es el 8% de la base ya indicada. Los contribuyentes a los que afecta, son aquellos domiciliados, residentes, establecidos o constituidos en Chile, con anterioridad al 1º de enero del año 2014.

Respecto a la naturaleza jurídica del sistema creado por el artículo 24º transitorio de la Ley 20.780, claramente nos atrevemos a descartar que estemos en presencia de una ley de fomento o de una franquicia tributaria. Respecto a la primera, esto es la de ser una ley de fomento, por tener esta como fin promover una actividad cuya presencia o práctica es favorable para los fines del estado, tales como el deporte, la cultura, la educación, la inversión, el ahorro, la lectura, etc. Tampoco constituye una franquicia tributaria, por ser esta última, una exención del pago de impuestos a un agente económico o una actividad o bien rebaja de las cargas o bases imponibles tributarias.

La importancia de la determinación anterior, radica en cuanto a que producido el pago por el contribuyente que se acogió a ella, y producido en rechazo del SII de mantener el beneficio, procede discutir que ocurre con ese pago, el cual parece que no procede su restitución, lo cual enfrentaremos más adelante con mayor profundidad, pero que dado lo anterior, descarta utilizar como mecanismo de restitución de ese pago, la figura contemplada en el artículo 126 numeral 3º del Código Tributario.

Otra cuestión importante la constituye el hecho que estando en presencia de todos los elementos como para que un contribuyente pueda acogerse al mecanismo en estudio, puede ocurrir que por aplicación del artículo 12 de la Ley de la Renta, estemos en presencia que hay rentas que estando en el extranjero, no procedió nunca su declaración como renta objeto de impuesto, por cuanto solo tributan con impuesto a la renta aquellas rentas líquidas provenientes del extranjero, que se hayan percibido, excluyéndose por el mismo artículo aquellas que no se hayan podido disponer de ellas por caso fortuito, fuerza mayor o disposiciones legales o reglamentarias del país de origen.

La misma Ley 20.780 modificó el referido artículo 12 de la Ley de la Renta, creando el artículo 41 G de la misma ley, referente a las llamadas patrimonios de afectación, cuya vigencia opera a partir de 1º de enero del año 2016, la cual viene a alterar la regla anterior, esto en cuanto a que a partir de la fecha señalada las rentas desde el extranjero serán percibidas o devengadas, en la medida que las mismas sean de las llamadas rentas pasivas, que son aquellas que contribuyentes residentes, domiciliados o constituidos en Chile, controlen directa o indirectamente

entidades sin domicilio o residencia en el país, que generen las llamadas rentas pasivas, cuya determinación la encontramos en el mismo artículo, letra C.

La ley define y establece dentro de su procedimiento y así lo demuestran los formularios creados al efecto, que puede ocurrir que la declaración lo realice la empresa, pero la misma reconozca como beneficiario final de las rentas o bienes en el extranjero, una persona natural, por lo cual no hay necesariamente esta relación de propiedad de las rentas o bienes, respecto del contribuyentes que finalmente las declara o debió declararlas.

a.2 Antecedentes Contables y Tributarios.

a.2.1 Presentación.

Al abordar el artículo 24^o transitorio de la Ley 20.780, desde el aspecto contable de la misma, creemos que dicho tratamiento debe ser enfocado desde tres puntos de vistas, el primero desde quien declara, haciendo la distinción si la misma la declara una empresa o una persona natural, según sea el origen de las rentas o bienes. La existencia de una persona natural, que ejerza una actividad comercial como empresa individual, lo consideramos como empresa para los fines de este enfoque.

Luego de abordar el enfoque anterior, hay que centrar la mirada desde el punto de vista contable, en quien paga el 8%, el que tal como hemos señalado anteriormente, lo consideramos un impuesto. Este valor naturalmente que debe ser contabilizado, cuestión que trataremos posteriormente.

Para finalmente terminar esta mirada contable de la institución, el cómo se debería contabilizar los bienes o valores que se generaron en el extranjero y que no fueron oportunamente declarados y naturalmente no pagaron sus respectivos impuestos. O bien si por el contrario, no procede tal hecho, la contabilización de los mismos.

a.2.2 Origen de los bienes y su respectiva declaración.

Es complejo poder referirse al origen de las rentas y bienes que no fueron oportunamente declarados, pero en el caso de las empresas creemos que el origen de las mismas, está básicamente determinados por el fut histórico que fue sacado de las mismas y llevado al extranjero a fin de ser invertido, lo que ya fue brevemente referenciado.

También la experiencia nos indica que muchas veces esas mismas empresas registran en sus contabilidades bajo diversas nomenclaturas de inversiones o

instrumentos financieros que los mismos fueron sacados al extranjero, rentas que luego fueron invertidas allá y cuyas utilidades no aparecen hoy contabilizadas.

También nos parece que muchos de los bienes y rentas en el extranjero son producto de diversos pagos que las empresas reciben en el extranjero y que luego no han declarado, sea pagos por comisiones por representación, o por servicios prestados en el país o en el extranjero y cuyo pago efectivo se efectuó en el extranjero y el mismo nunca se repatrió y menos se contabilizó, por lo cual tributariamente nunca fue declarado y pagado sus impuestos respectivos. Acá también juega un papel importante, lo ocurrido con muchos empresarios, que vendieron sus participaciones societarias, sean en derechos sociales o acciones y cuyos valores de venta fueron pagados solo parcialmente en Chile, bajo la figura de un menor valor y que los saldos de precios reales fueron completados con pagos en el extranjero.

En el caso de personas naturales, caso en el cual muchos de ellos son accionistas o socios de empresas chilenas, la mayor parte del origen de esas rentas que luego pudieron dar lugar a bienes u otras rentas, creemos que el origen mayoritaria de las mismas está determinadas por retiro de utilidades en Chile, que luego fueron invertidas en el extranjero y cuyo resultado favorable, no fueron debidamente informadas, así como tampoco fueron cumplidas las normas cambiarias nacionales. Muchas de estas rentas incluso dio lugar a la constitución de entidades, las que luego procedieron a la adquisición de propiedades en el extranjero, por cuanto la crisis subprime, bajo considerablemente el valor de los inmuebles en lugares donde muchos compatriotas les pareció interesante invertir, especialmente en Europa y Estados Unidos, bienes que incluso se destinaron al arrendamiento, cuyas rentas debieron ser declaradas.

Otra fuente por la cual muchas personas con domicilio o residencia en nuestro país tiene bienes y rentas en el extranjero y no han pagado sus rentas, la encontramos en bienes y rentas adquiridas mediante la sucesión por causa de muerte, cuya declaración no las consideró y por lo mismo no acrecentaron la masa hereditaria y por lo mismo no pagaron el impuesto a la herencia y donaciones.

Otras rentas y bienes en el extranjero, de origen lícito, y que por tanto debió haberse declarado oportunamente, está radicada en diversos servicios prestados en el extranjero y cuyo pago se percibió en el extranjero y que nunca fue declarado, permaneciendo fuera de las fronteras nacionales, mediante diversas inversiones o bien con los mismos, fueron adquiridos bienes, cuyas rentabilidades permanecieron ocultas, como son el origen de los bienes que le dieron vida.

Otro caso de personas naturales que pueden llegar a utilizar este sistema, está dado por aquellos extranjeros que se han acercado en el territorio nacional, los cuales por aplicación del artículo 3 de la LIR, según el cual toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de origen esté situada dentro o fuera de Chile, rentas a las cuales naturalmente hay que excluir, aquellas que no hayan sido percibidas, puestas

a disposición o giradas a esas personas, o aquellas que por razones de caso fortuito o fuerza mayor no hayan sido percibidas, esto por aplicación del artículo 12 del mismo cuerpo normativo.

La venta de derechos y acciones en el exterior ha sido otro mecanismo mediante el cual rentas y bienes en el extranjero, no han sido declarados y pagados sus impuestos.

Finalmente nos encontramos con otras rentas y bienes existentes en el extranjero y cuya fuente de origen está dada por la salida de dineros durante los albores del gobierno de Salvador Allende, cuya presencia en el gobierno de Chile, creó temor y recelo, lo que originó una salida masiva de rentas del país y llevadas al extranjero, de las cuales nunca retornaron y tampoco fueron declaradas.

a.2.3 Pago de la tasa del 8 %.

Una primera cuestión es señalar que este impuesto debe ser contabilizado, si procede, por el beneficiario efectivo de los bienes o rentas obtenidas en el extranjero, que no fueron oportunamente declaradas y que no pagaron sus impuestos respectivos.

Presentada la declaración por el declarante, persona jurídica o natural, efectuado el giro por parte del SII, y pagado el 8%, que para nosotros es un impuesto, hay que determinar los efectos contables para el contribuyente.

Si quien declara es una persona natural, que no tiene contabilidad, la verdad que el pago del 8% queda comprendido como un gasto que no tiene ninguna implicancia contable. Dentro de esta situación encontramos al contribuyente, cuyo origen de las rentas son producto de actividades comprendidas exclusivamente dentro del artículo 42 n° 1 de la LIR, el que no está obligado a llevar contabilidad.

Una situación diversa puede ocurrir con el contribuyente que ejecute actividades comprendidas en las rentas del artículo 42 n°2 de la LIR, por cuanto hay una situación diversa si quien ejerce esa actividad es una persona que la ejerce en forma individual o través de una sociedad de servicios o una sociedad de profesionales.

Si las actividades las ejerce en forma individual, hay que determinar si las rentas las va a declarar, como rentas efectivas o en base a los ingresos brutos anuales. Si las declara en base a los ingresos brutos anuales, no está obligado a llevar contabilidad, por lo cual este pago del 8% no tiene incidencia contable. Si por el contrario, declara sobre renta efectiva, deberá llevar contabilidad, por aplicación del artículo 50 inciso primero de la LIR, caso en el cual el pago del 8%, es un gasto, no afecto al artículo 21 de la LIR, por lo cual sin efecto en la determinación de la

renta líquida, o sea sin efecto en la base para el pago del impuesto de primera categoría.

También nos podemos encontrar en el caso de contribuyentes, personas naturales, cuyas rentas sean obtenidas por actividades del ejercicio del n° 2 del artículo 20 de la LIR, que por aplicación del artículo 68 del mismo cuerpo normativo, no llevan contabilidades, por tanto la declaración de bienes o rentas obtenidas en el extranjero y que no fueron oportunamente declaradas y pagados los impuestos, el pago del 8%, no se contabilizan.

Respecto a las empresas, situación que comprende a las personas naturales que ejercen una actividad comercial, que tiene contabilidad, la situación es similar, en el sentido que el pago del impuesto es un gasto no aceptado, no afecto al artículo 21 de la LIR, que no tiene efecto en cuanto a reducir la renta líquida imponible, por lo tanto no tiene efecto en cuanto a reducir la base del impuesto de primera categoría.

a.2.4 Contabilización de los bienes y rentas que no fueron oportunamente declarados.

La situación desde el punto de vista contable para las rentas o bienes que no fueron oportunamente declarados y pagados los impuestos y que ahora se acogen al sistema especial, es diversa, según sea el beneficiario de las mismas, luego según el tipo de bienes o rentas que comprenda la declaración y finalmente si las mismas han sido o no repatriadas.

Si quien declara las rentas es una persona natural, declara rentas y las mismas han sido repatriadas, las mismas no se contabilizan, por lo cual se pueden destinar a consumo o inversiones. Si las mismas se invierten, para los años venideros deberán ser considerados las rentabilidades que las mismas produzcan para ser declaradas en el futuro. Si dichas rentas no se invierten y se mantienen, solo deberá cumplir las normas establecidas para tal efecto y manejadas por el Banco Central.

Si dicha declaración sean bienes, como títulos de crédito, acciones o derechos sociales, en el futuro las rentabilidades o producciones serán objeto de declaración, aunque si las mismas permanecen en el extranjero, quedarán sujetas a declararse en la medida de cumplirse con los términos del artículo 3 y 12 de la LIR, en orden a que deben estar percibidas, esto sin perjuicio con las nuevas normas del artículo 41G de la LIR, referente a los patrimonios de afectación que comienzan su vigencia a partir del 01 de enero del 2016. Si esta persona solo maneja inversiones del artículo 20 n° 2 de la LIR, el contribuyente no está obligado a llevar contabilidad, pero las rentabilidades que las mismas produzcan deberán ser declarados y pagados los impuestos y si estos valores se repatrian, cumplir con las normas cambiarias. O sea contablemente no tiene efecto en este último caso.

Si puede ocurrir el caso que un contribuyente declare bienes y rentas a través de sociedades u otros encargos fiduciarios, que en el evento de terminarse los mismos, esas rentas y bienes, que permanecían en dichas instituciones, se radiquen en el patrimonio de los contribuyentes como activos subyacentes, caso en el cual podría dar lugar a imponer al contribuyente el contabilizarlos, pero siempre en el futuro las rentabilidades o aumentos patrimoniales que las mismas produzcan, deberán ser declaradas para el pago de los impuestos a las rentas y serán parte de la masa hereditarias para efectos de determinación de pago de impuestos a la herencia y donaciones. Sin perjuicio de no ser objeto de este trabajo, también entendemos que las fecha de adquisición de esos bienes, son aquellas en que las sociedades e instituciones que se disolvieron, produjeron la radicación en el patrimonio como bienes subyacentes, como podría ser el caso de acciones cuyos valores de venta podría implicar un ingreso no renta, como las acciones adquiridas antes del año 1984, caso que dicha sociedad, tenga acciones en Chile.

En el caso de personas jurídicas, situación en la cual comprendemos las personas naturales que son empresas individuales, la situación es distinta, por cuanto estas luego de haber declarado las rentas y bienes, están deberán ser contabilizadas en sus diversas instituciones.

B.- Antecedentes formales del procedimiento administrativo.

b.1 Descripción.

A continuación haremos una breve descripción de los principales aspectos del procedimiento administrativo creado a la luz del artículo 24° transitorio de la Ley 20.780, para lo cual el SII dictó la Circular n° 8 de fecha 16 de enero del 2015 y la Resolución Exenta n° 1 de fecha 2 de enero del 2015 y posteriormente el Oficio Ordinario n° 1.934 del mes de julio del 2015. Para esto también consideraremos otros instrumentos legales y administrativos dictados por El Banco Central, la Unidad de Análisis Financiero, y otras instituciones que puedan ver afectadas o comprendidas.

Para esto se creó un formulario especial, el n° 1920, cuyas instrucciones de llenado se encuentran en la Resolución Exenta n° 1 del 2015.

b.1.1 Contribuyentes que pueden acogerse.

Esta Declaración Jurada debe ser presentada por contribuyentes, sean personas naturales o jurídicas, domiciliados, residentes, establecidos o constituidos en Chile con anterioridad al 1° de enero de 2014, que deseen voluntariamente declarar bienes, divisas y/o rentas, cuando habiendo estado afectos a impuestos en

el país, no hayan sido oportunamente declarados y/o gravados con los tributos correspondientes en Chile. Cabe señalar que el contribuyente puede realizar su declaración directamente o puede optar por presentarla a través de su representante o mandatario especialmente designado para estos efectos.

Una cuestión no señalada en la norma legal, ni en las instrucciones dadas por el Servicio a través de sus pronunciamientos, pero que surge de la lectura del Código Tributario, al estudiar el artículo 8º número 5, al definir contribuyente, señala que se trata de personas jurídicas o naturales que se ven afectados por impuestos. Pero la misma definición también indica que para los efectos del código, como de las demás normas legales, también se entiende por contribuyente a *los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos*.

Por interpretación armónica de la norma legal, creemos que en este caso, este administrador de bienes ajenos también podría verse beneficiado por el sistema, en la medida que los bienes ajenos administrados, estén en el extranjero, pero su declaración solo abarca las primas, comisiones o cualquier otra forma de retribución por la administración de esos bienes no la haya declarado oportunamente. Si los bienes administrados por este contribuyentes, pese a estar en el extranjero, pertenecen a un contribuyente con residencia o domicilio en Chile, las utilidades o retribuciones, deben ser declaradas para acogerse al beneficio, por el propietario, esto por cuanto la propia ley e instrucciones, señalan expresamente que la declaración debe comprender bienes o rentas propias y no ajenas.

b.1.2 Contribuyentes que no pueden acogerse:

De acuerdo al N° 11 del artículo vigesimocuarto transitorio de la Ley N° 20.780, las personas naturales y jurídicas, según corresponda, que al 29 de Septiembre de 2014,- fecha de publicación de la señalada ley- se encontraban en alguna de las situaciones que se explicitan a continuación, no podrán acogerse al sistema de declaración voluntaria que establece la citada norma transitoria:

a) Condenados, formalizados o sometidos a proceso por alguno de los delitos señalados en las letras a) o b) del artículo 27 de la Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero; o quienes hayan sido juzgados y condenados en el extranjero por el delito de lavado de dinero o delitos base o precedente;

b) Condenados, formalizados o sometidos a proceso por delito tributario;

c) Condenados, formalizados o sometidos a proceso por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho en los términos previstos en la ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas;

d) Condenados, formalizados o sometidos a proceso por alguno de los delitos establecidos en los artículos 59 y 64 de la Ley Orgánica Constitucional que rige al Banco Central de Chile;

e) Citados, liquidados, reliquidados o notificados de giro por parte del Servicio de Impuestos Internos, que diga relación con los bienes o rentas que se pretenda incluir en la declaración respectiva.

Nos parece necesario el mencionar que sobre esta exclusión en particular, la citación, liquidación o reliquidación del SII, debe ser fundada, esto es que los actos administrativos mencionados, expresamente se refieran a los bienes o rentas que se intenta declarar para acogerse al presente beneficio.

Al respecto no podemos abstraernos de las exclusiones que el legislador determinó y que son reproducidas por la Circular 8 en comento, por cuanto excluye a los formalizados, vulnerando con el hecho el mandato constitucional de la presunción de inocencia, tema que será abordado con mayor profundidad en el apartado siguiente, llamado Antecedentes de Fondo, de este mismo capítulo. Esta norma por este tema podría verse inhabilitada por parte del Tribunal Constitucional si algunos de los interesados recurrieran a él, intentando excluir la aplicación de dicha norma respecto a su persona,

b.1.3. Bienes, divisas y rentas.

Podrán ser objeto de la declaración los bienes, divisas o rentas señalados en el numeral 3.3 del artículo vigesimocuarto transitorio de la Ley N° 20.780, en conformidad a las instrucciones emitidas por el Servicio sobre la materia.

b.1.4. Lugar y forma de presentación de la declaración.

El Formulario N° 1920 creado por el SII para este fin, se compone de dos partes, la declaración propiamente tal y el anexo Inventario donde el contribuyente deberá detallar los bienes, divisas y/o rentas que comprende la declaración, adjuntando un anexo por cada bien, divisa o renta que declare.

La presentación del Formulario N° 1920 deberá efectuarse, en dos ejemplares en papel debidamente firmados en todas sus hojas, exclusivamente en la Subdirección de Fiscalización del Servicio de Impuestos Internos, ubicada en Teatinos N° 120, piso 3°, Santiago, adjuntando la documentación de respaldo.

b.1.5 Documentos que se deben adjuntar a la declaración.

La presentación de los ejemplares en papel del Formulario N° 1920, se deberá efectuar junto con todos los antecedentes en que se funde la declaración, de los cuales debe desprenderse el cumplimiento de los requisitos del sistema, conforme a lo señalado en el N°4 del artículo vigesimocuarto transitorio de la Ley N° 20.780. Entre otros, los contribuyentes deberán acompañar los antecedentes necesarios para acreditar su dominio, derecho a los beneficios o cualquier derecho o título fiduciario sobre los bienes o rentas declarados y su fecha de adquisición, conforme a lo señalado en la ley y en las instrucciones del Servicio sobre la materia.

b.1.6 Plazo para presentar la declaración:

El plazo para presentar la declaración se inició el 1° de enero de 2015 y vence el 31 de diciembre de 2015.

b.1.7 Instrucciones específicas sobre la declaración.

b.1.7.a Identificación del declarante.

En esta sección se señala los datos de identificación y de contacto que faciliten la interacción entre el Servicio de Impuestos Internos y el contribuyente, o su representante o mandatario si corresponde.

1) Razón social o apellido paterno; apellido materno; nombres; rut del declarante.

2) Nombre de fantasía de la empresa, cuando corresponda.

3) Profesión, ocupación, oficio o giro. Para persona natural o, en los demás casos, indique el giro o actividad.

4) Nacionalidad, para persona natural.

5) Número de pasaporte, para persona extranjera indique su número de pasaporte o, en su defecto, el número de la cédula de identidad.

6) Dirección en el país de origen, si la tuviera, señale la dirección del domicilio en el país de origen o de residencia del declarante, en caso que mantuviere alguno fuera de Chile.

7) Domicilio para efectos de notificación; teléfono de contacto; dirección de correo electrónico del declarante, y

8) Nombre del representante o mandatario para efectos de esta presentación; rut representante o mandatario; dirección de correo electrónico del representante legal o mandatario.

C.- Antecedentes de fondo, análisis de los aspectos relevantes.

c.1 Presentación.

El sistema voluntario y extraordinario de declaración de bienes o rentas que se encuentren en el extranjero y que no han pagado los impuestos, si bien constituye a primera vista un gran incentivo para los contribuyentes para regularizar, a un bajo costo financiero, esas rentas o bienes que estando en el extranjero no se han declarado y eventualmente pagado los impuestos. Mejora la institución el hecho que la declaración y pago no obliga a la repatriación de los mismos, así el que comprende a bienes que incluso pueden haber estado o están en Chile, pero tenidos por alguna de figura jurídica que se encuentre en el extranjero.

Este sistema, que a primera vista aparece como un gran beneficio, que incluso lleva a una no menor parte de la opinión pública a cuestionar la institución, por cuanto con ello se beneficia a los que debiendo declarar y pagar impuestos por esas rentas y bienes no lo realizaron, donde aparentemente se encuentran las personas con ingresos superiores a la media del país.

Dicha institución como objeto de estudio, deseamos enfrentar una mirada distinta a la cuantificación del pago, o al cumplimiento de las metas recaudatorias, sino enfrentarla desde los riesgos que el contribuyente se puede ver expuesto al acogerse al beneficio.

Para esto, nos centramos en cuatro aspectos que detectamos como relevantes y que todo contribuyente antes de tomar la decisión para acogerse al mismo, debe considerar. El análisis no termina en el riesgo de los cuatro aspectos, sino que incluso vamos más allá, abordando una mirada que abarca la legalidad de la institución y como este sistema al ser establecido por el legislador, a instancia del ejecutivo, raya en la ilegalidad, vulnerando derechos fundamentales de los

contribuyentes, cuestiones que firmemente creemos que deberán y serán zanjadas por el Tribunal Constitucional.

Estos cuatro aspectos críticos, nos referimos a la renuncia del secreto bancario, la exigencia de acreditar la trazabilidad de las rentas y bienes declarados, la renuncia a la institución de la prescripción y finalmente la utilización de aquella información entregada por el declarante al momento de hacer su presentación.

Finalizamos esta mirada, también poniendo algunas luces respecto a otros temas que a nuestro entender implicarían actos claramente ilegales y que podrían redundar en graves atentados a los derechos fundamentales de los contribuyentes, los cuales podrían ser perfectamente atacados vía recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Pese a lo anterior, el alto número de contribuyentes que se han acogido al mecanismo, nos indica claramente que los contribuyentes han valorado positivamente el mecanismo, pese a los riesgos que el mismo conlleva.

c.2 El Secreto Bancario.

Es oportuno establecer que nuestra legislación, lo que será explicado posteriormente, reconoce dos instituciones referente al tratamiento, conocimiento y divulgación de la información y operaciones bancarias, el secreto y la reserva bancaria.

El secreto bancario¹⁰, es aquella facultad que tiene las entidades financieras, llamadas bancos, de no revelar los datos e información de sus clientes, frente a los requerimientos de la administración pública o fiscal.

El sustento legal de esto lo encontramos en la Ley General de Bancos, título XVI, del Secreto Bancario y otras normas.¹¹ La misma establece en su artículo 154, al señalar, que *“Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”*.

En tanto en el inciso segundo, estableció la reserva bancaria, en virtud de la cual, *“Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente*

¹⁰ Mayor profundidad sobre el tema, ver El Secreto Bancario, Alejandro Vergara Blanco, editorial Jurídica de Chile, primera edición 1990.

¹¹ Ley General de Bancos, título XVI, Secreto Bancario y otras Normas.

podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos”.

Lo anterior debe ser complementado con el artículo 1° del DFL n° 707, del Ministerio de Justicia, que fija el texto refundido y sistematizado sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que establece en su artículo 1°, el que los bancos deben mantener en estricta reserva, respecto a terceros, los movimientos de la cuenta corriente y sus saldos, pudiendo solo otorgar esa información al librador o a quien éste haya facultado expresamente.¹² La anterior constituye la máxima que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, encontrándola el sustento jurídico la Constitución Política del Estado, la que en el artículo 19, reconoce en el numeral 4°, el que la constitución asegura a todas las personas, “*El respeto y la protección a la vida privada... de la persona y su familia*”, pero fundamentalmente por el derecho de propiedad establecida en el numeral 24°, que reconoce el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, con lo cual nadie puede ser privado de ella, así como de los atributos o de facultades de la misma, sino en virtud de una ley general o especial que la autorice.¹³

Con anterioridad al establecimientos de la protección de la vida privada y el derecho de propiedad por la constitución del año 1980, la misma mirada del secreto bancario, ya fue reconocido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras mediante circular n° 93 de fecha 10 de abril del año 1929, emitida en conjunto por dicha institución y el Servicio de Impuestos Internos, pero lo establecieron no como un derecho fundamental de las personas, sino como una forma de secreto profesional¹⁴, concepto impuesto por la escuela francesa.

En la actualidad perdura la regla del secreto bancario como regla de orden general, que solo admite determinadas excepciones, que sin ser el objeto del presente trabajo, nos referiremos a sus principales características que dicen relación con la actividad del organismo fiscalizador. Dicha limitación y sus principales características las encontramos en el artículo 61 del Código Tributario. Para dicha norma, la del secreto bancario, el referido código, no modifican las normas vigentes

¹² DFL n° 707, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

¹³ Constitución Política de la República de Chile, Capítulo III De Los Derechos y Deberes Constitucionales, artículo 19 números 4 y 20.

¹⁴ Superintendencia de Bancos e instituciones Financieras, circular conjunta, n° 1695 para los bancos y n°181 Financieras, de fecha 23 de julio de 1980.

sobre reserva de las cuentas corrientes bancarias y demás operaciones que la ley dé carácter confidencial.

La regla general comentada para nuestro interés, conoce de las excepciones sobre el secreto bancario en el artículo 62 del Código Tributario, el que establece que la Justicia Ordinaria, podrá autorizar el examen de información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, pero la que deberá comprender toda aquella sometida a secreto o sujeta a reserva, pero en los casos por procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias, facultad que se reproduce respecto del juez tributario, cuando conozcan sobre sanciones aplicadas en virtud del artículo 161 del mismo cuerpo normativo.

El mismo artículo también conoce de la potestad del SII para solicitar información bancaria, cuando en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, pero para el solo hecho de confirmar la *veracidad e integridad* de las declaraciones de impuestos. Para el SII, entiende la expresión “*veracidad*”, como aquella requerida para examinar o comprobar que las declaraciones se ajustan a la verdad, es decir, que su contenido se conforma a la realidad y lo que en ellas se indica,¹⁵ y por *integridad*, el hecho material, que la información de las operaciones bancarias sea necesaria para comprobar que las declaraciones de impuestos están completas y que no se ha omitido alguna parte o antecedentes que incidan en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.¹⁶ Asimismo por interpretación administrativa de esta misma circular, también se comprende la *falta* de declaración, por lo cual se supera la veracidad e integridad de una declaración físicamente materializada, sino también queda comprendida la falta o carencia de declaración de impuestos.

Misma facultad que también se repite en el caso que la misma información sea requerida por administraciones tributarias extranjeras, pero dicho solicitud se encuentre respaldado sobre un convenio internacional de intercambio de información suscrito por Chile y ratificado por el Congreso Nacional, así como las solicitudes originadas en el intercambio de información con las autoridades de los estados contratantes en conformidad a la pactado en convenios vigentes para evitar la doble tributación, también suscrito por Chile y ratificados por el Congreso Nacional¹⁷.

Respecto al tenor mismo de la circular 46 del año 2010, dictada el día 06 de agosto del mismo año, dictada con ocasión a las modificaciones introducidas por la Ley 20.406, relativas al acceso a la información bancaria de determinadas personas, por parte de la autoridad tributaria.

Dicha circular junto con reiterar el tenor del cuerpo normativo a saber, ley 20.406, aclara sobre la interpretación que se deben dar a los artículos 62 del Código

¹⁵ Circular 46/2010, dictada con fecha 06 de agosto del año 2010.

¹⁶ Circular 46/2012 Op. citada

¹⁷ Más información, ver Circular 46/2010, vigente desde el 01 de enero del año 2010.

Tributario y al nuevo artículo 62 bis que regula la fórmula como debe requerirse la información bancaria.

En primer término la información bancaria puede ser requerida a cualquier persona que sea identificada, sea que sus actuaciones sean realizadas personalmente o representada, incluyendo incluso aquellos que actúan en virtud de algún contrato de administración de bienes ajenos, que sean objeto de impuestos.

Para SII, según lo señala la circular en comento, no es importante que las operaciones califiquen de sujetas a secreto o reserva, en tanto se pidan en los casos y forma que señalan los artículos 62 y 62 bis del Código Tributario.

La regla de secreto y la reserva bancaria no se vieron alteradas por la Ley N° 19.913, del Ministerio de Hacienda, que creó la Unidad de Análisis Financiero, pero si modificó diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.¹⁸

Ese cuerpo normativo en su artículo 1°, señala que se crea la Unidad, con el objeto de prevenir e impedir la utilización del Sistema Financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de los delitos que el propio artículo señala, pero determinando el mismo cuerpo normativo, que en caso alguno la UAF podrá ejercer competencias propias de Ministerio Público o de los Tribunales de Justicia, sino solo tiene facultades para imponer sanciones de multas, pero sí de los antecedentes surgen indicios de delito en los términos del artículo 8° de la Ley 18.314¹⁹, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, información que deberá ser remitida, junto a todos los antecedentes al Ministerio Público.

Esta ley si modifica las reglas de secreto y reserva bancario, al señalar que tanto las personas naturales como jurídicas, estarán obligadas a informar, en tanto existan *operaciones sospechosas*, definiendo las mismas, en inciso segundo del artículo 3°, como todos los actos, operaciones o transacciones que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, pudiera constituir algunas de las conductas terroristas. Conocida alguna operación sospechosa por el banco o alguna otra institución financiera, deberá informar a la UAF.

¹⁸ Ley N° 19.913 que Crea La Unidad De Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones En Materia De Lavado Y Blanqueo De Activos, promulgada el día 12 de diciembre del año 2003 y publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre del mismo año.

¹⁹ Ley 18.314 Determina Conductas Terroristas y Fija Su Penalidad. Ley promulgada el día 16 de mayo de 1984 y publicada el día 17 de mayo del mismo año.

c.2.1 El secreto bancario en el artículo 24° transitorio de la Ley N° 20.780.

El artículo 24° transitorio de la Ley N° 20.780, establece la figura del acceso a la información bancaria, en el n° 1 del referido artículo, sobre los contribuyentes que pueden acoger. El texto en lo pertinente señala: *“Con la presentación de esta declaración, se entenderá que los contribuyentes autorizan al Servicio de Impuestos Internos, a la Unidad de Análisis Financiero y cualquier otra institución u órgano del Estado que pudiera tener injerencia en lo que respecta a la declaración e ingreso de los bienes y rentas materia de este artículo, para requerir a los bancos información específica sobre las rentas o bienes que se haya incluido en ella, quienes deberán entregarla sin más trámite que la solicitud de la respectiva institución, acompañada de copia de la citada declaración, como asimismo para que entre todas las instituciones mencionadas puedan intercambiar entre sí, de la misma forma, dicha información para los fines de lo dispuesto en este artículo. Lo anterior, es sin perjuicio de las facultades del Banco Central de Chile para requerir los antecedentes de operaciones de cambios internacionales de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional que lo rige, como asimismo para hacer entrega de información sujeta a reserva conforme al procedimiento que señala el artículo 66 de ese mismo cuerpo legal”.*²⁰

Por lo tanto, si bien el cuerpo normativo no lo señala expresamente, en el sentido que existe renuncia del secreto bancario, la aplicación que el propio cuerpo normativo hace, nos lleva en los hechos a que existe una renuncia al secreto bancario, por cuanto el SII, la Unidad de Análisis Financiero y cualquier otra institución u órgano del Estado, que pueda tener injerencia en lo que respecta a dicha declaración, podrá requerir información al banco, respecto de las rentas o bienes, incluidas en la declaración, institución bancaria que deberá entregarla sin más trámite.

Fuera del marco normativo del artículo 24° transitorio de la Ley n° 20.780, los artículos 62 y 62 bis del Código Tributario, ya referenciados, regula ésta materia en lo pertinente. El primero contempla la posibilidad que el SII puede solicitar la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, pero que sean indispensables para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o de de la falta de ellas. Lo anterior se sustenta en las facultades fiscalizadoras que son entregadas al organismo por parte del legislador.

Cuando estas se realizan a la luz del la facultad fiscalizadora, regulada en el artículo 62, dicha actuación debe ser desarrollada en la forma que determina el propio artículo, el que lo fija la de siguiente forma: *“Salvo los casos especialmente regulados en otras disposiciones legales, los requerimientos de información bancaria*

²⁰ Artículo 24° Transitorio de la Ley n° 20.780, n°1 sobre Contribuyentes que pueden acogerse.

sometida a secreto o reserva que formule el Director de conformidad con el inciso anterior, se sujetarán al siguiente procedimiento:

1) El Servicio, a través de su Dirección Nacional, notificará al banco, requiriéndole para que entregue la información dentro del plazo que ahí se fije, el que no podrá ser inferior a cuarenta y cinco días contados desde la fecha de la notificación respectiva. El requerimiento deberá cumplir, a lo menos, con los siguientes requisitos:

a) Contener la individualización del titular de la información bancaria que se solicita;

b) Especificar las operaciones o productos bancarios, o tipos de operaciones bancarias, respecto de los cuales se solicita información;

c) Señalar los períodos comprendidos en la solicitud, y

d) Expresar si la información se solicita para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos del contribuyente o la falta de ellas, en su caso, o bien para dar cumplimiento a un requerimiento de información de los indicados en el inciso anterior, identificando la entidad requirente y los antecedentes de la solicitud.

2) Dentro de los cinco días siguientes de notificado, el banco deberá comunicar al titular la información requerida, la existencia de la solicitud del Servicio y su alcance. La comunicación deberá efectuarse por carta certificada enviada al domicilio que tenga registrado en el banco o bien por correo electrónico, cuando así estuviera convenido o autorizado expresamente. Toda cuestión que se suscite entre el banco y el titular de la información requerida relativa a las deficiencias en la referida comunicación, o incluso a la falta de la misma, no afectarán el transcurso del plazo a que se refiere el numeral precedente. La falta de comunicación por parte del banco lo hará responsable de los perjuicios que de ello puedan seguirse para el titular de la información.

3) El titular podrá responder el requerimiento al banco dentro del plazo de 15 días contado a partir del tercer día desde del envío de la notificación por carta certificada o correo electrónico a que se refiere el número 2) de este inciso. Si en su respuesta el titular de la información autoriza al banco a entregar información al Servicio, éste deberá dar cumplimiento al requerimiento sin más trámite, dentro del plazo conferido.

Del mismo modo procederá el banco en aquellos casos en que el contribuyente le hubiese autorizado anticipadamente a entregar al Servicio información sometida a secreto o reserva, cuando éste lo solicite en conformidad a este artículo. Esta autorización deberá otorgarse expresamente y en un documento exclusivamente destinado al efecto. En tal caso, el banco estará liberado de aplicar el procedimiento previsto en el número 2) de este inciso. El contribuyente siempre

podrá revocar, por escrito, la autorización concedida al banco, lo que producirá efectos a contar de la fecha en que la revocación sea recibida por el banco.

A falta de autorización, el banco no podrá dar cumplimiento al requerimiento ni el Servicio exigirlo, a menos que este último le notifique una resolución judicial que así lo autorice de conformidad a lo establecido en el artículo siguiente.

4) Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que venza el plazo previsto para la respuesta del titular de la información, el banco deberá informar por escrito al Servicio respecto de si ésta se ha producido o no, así como de su contenido. En dicha comunicación el banco deberá señalar el domicilio registrado en él por el titular de la información, así como su correo electrónico, en caso de contar con este último antecedente. Además, de ser el caso, se deberá señalar si el titular de la información ha dejado de ser cliente del banco.

5) Acogida la pretensión del Servicio por sentencia judicial firme, éste notificará al banco acompañando copia autorizada de la resolución del tribunal. La entidad bancaria dispondrá de un plazo de diez días para la entrega de la información solicitada.

6) El retardo u omisión total o parcial en la entrega de la información por parte del banco será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del número 1° del artículo 97.

La información bancaria sometida a secreto o sujeta a reserva, obtenida por el Servicio bajo este procedimiento, tendrá el carácter de reservada de conformidad a lo establecido en el artículo 35 y sólo podrá ser utilizada por éste para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o la falta de ellas, en su caso, para el cobro de los impuestos adeudados y para la aplicación de las sanciones que procedan. El Servicio adoptará las medidas de organización interna necesarias para garantizar su reserva y controlar su uso adecuado. La información así recabada que no dé lugar a una gestión de fiscalización o cobro posterior, deberá ser eliminada, no pudiendo permanecer en las bases de datos del Servicio.

Las autoridades o funcionarios del Servicio que tomen conocimiento de la información bancaria secreta o reservada estarán obligados a la más estricta y completa reserva respecto de ella y, salvo los casos señalados en el inciso segundo, no podrán cederla o comunicarla a terceros. La infracción a esta obligación se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales. Asimismo, dicha infracción dará lugar a responsabilidad administrativa y se sancionará con destitución.”²¹

Una primera mirada nos podría indicar que quizás el establecimiento de la renuncia al secreto bancario, sea de la información secreta propiamente tal o reservada, no implica un gran riesgo para el contribuyente, toda vez que el SII

²¹ Código Tributario, artículo 62.

cuenta con facultades fiscalizadoras, que lo habilitan al acceso a la información bancaria, tal como es señalado en el artículo 62 del Código Tributario, con lo cual puede requerir esa información, en post de las facultades fiscalizadoras con las que se encuentra embestido.

Aún dicho lo anterior, persistimos que el sistema en la forma creado por el artículo 24° transitorio en estudio, persiste una situación de riesgo para el contribuyente, por cuanto efectivamente el ente fiscalizador puede acceder a esa información, pero el mecanismo de obtención de la misma es la que crea una situación de peligro para el contribuyente. Por ambas vías, artículo 62 del Código Tributario y por facultades especiales creadas a la luz del artículo 24° transitorio de la Ley n° 20.780 se puede acceder a ella, pero el artículo 62 referenciado, tiene mecanismos de control respecto de la forma como el requerimiento que se hace a la institución crediticia tiene primero que ser específica y claramente delimitada. Para esto el procedimiento del artículo 62 del CT, numeral 1, establece claramente un plazo, para la entrega de la información, que nunca puede ser inferior a 45 días desde que se notifique a la entidad y dicha solicitud debe cumplir con los 5 requisitos que se señalan, los cuales no son contemplados por el artículo 24° transitorio en estudio.

Asimismo el procedimiento establece el requisito que el requerimiento sea notificado al contribuyente, el que contará con un plazo de 15 días para señalar su parecer, el que incluso puede llegar a judicializarse respecto a la legalidad del mismo, en caso de oposición.

El artículo 24° transitorio no hace alusión a mecanismo de discusión respecto a la legalidad de la petición de información secreta o reservada de carácter bancario, sino por el contrario, da lugar a ella y más aún contempla que la misma pueda ser conocida por la UAF, incluso por otros entes del estado.

La discusión respecto a la jerarquía legal de ambas normas, esto es artículo 62 del CT y 24° transitorio de la ley N° 20.780, podría llevarnos a la conclusión que prima está última, por dos razones, primero por el principio de la especialidad contemplado en el artículo 13 del Código Civil, según el cual “Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”²². También refuerza esta interpretación, por aplicación respecto a la jerarquía de la ley, toda vez que el artículo 62 del CT, es parte del Decreto Ley n° 830 prorrogado y publicado en el periodo de legislación especial, durante la dictadura del gobierno militar, año 1974. En cambio la Ley n° 20.780, es una ley de carácter general, aunque viene a incorporarse al mismo Decreto Ley referenciado.

Entonces el riesgo para los contribuyentes que se hayan acogido al beneficio

²² Código Civil, artículo 13, Libro I.

de artículo 24° transitorio en estudio, viene principalmente por dos lados, primero la imposibilidad del contribuyente de discutir respecto a la legalidad de la solicitud, primero manifestando su oposición a la entidad bancaria y luego pudiendo discutir ante la legalidad de la medida, ante los Juzgados Tributarios y Aduaneros, que en definitiva lo contempla el artículo 62 bis del CT, judicialización en que el sujeto activo es el SII que requiere dicha información.

La segunda situación de riesgo para el contribuyente, la observamos por el lado que el artículo 24° transitorio contempla la posibilidad que esa información sea entregada a la UAF y a otros organismos del estado, como podría ocurrir con la Tesorería General de la República, algunas municipalidades, seremías, superintendencias, etc. Lo anterior claramente se contrapone con lo señalado en el propio artículo en estudio y enfatizado por las resoluciones administrativas, en orden a que la información es de carácter confidencial, prohibiéndose el uso para fines diversos que los que contempla el artículo en estudio. Por ejemplo, perfectamente una municipalidad podría cobrar diferencias por patente municipal, al determinar que el capital propio tributario de una persona era mayor al declarado.

Asimismo creo que la fórmula contemplada en los artículo 62 y 62 Bis del CT, dan certeza jurídica, por cuanto la solicitud de información requerida por el SII a los bancos, deben ser motivadas y en el marco legal, cuestión que puede ser conocida y discutida ante el TTA, mediante una acción de nulidad de derecho público, cuya competencia para ese tribunal ya está absolutamente ratificada. Esta acción entendemos se pierde en los términos que la establece el artículo 24° transitorio en estudio.

c.3 La Trazabilidad de los Rentas o Bienes objeto del beneficio.

La expresión trazabilidad, que la Real Academia Española de la Lengua,²³ define en su primera acepción como *“Posibilidad de identificar el origen y las diferentes etapas de un proceso de producción y distribución de bienes de consumo”*, nos permite primero comentar que la trazabilidad es un ejercicio más propio de la empresa productiva y alimentaria, que busca rescatar y controlar el origen de los alimentos y de los procesos productivos. Respecto al origen de la importancia de la acción de *“trazabilidad es un término que apareció en 1996, respondiendo a las exigencias de los consumidores, quienes se implicaron fuertemente a raíz de las crisis sanitarias que ocurrieron en Europa y del descubrimiento e impacto de las Vacas Locas en los distintos países”*.²⁴ El SII solo ha referenciado a él, además de la Ley n° 20.780, en circular que trata tema referente a la factura electrónica.

²³ Real Academia de la Lengua Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=trazabilidad>.

²⁴ Mayor Información <http://www.monografias.com/trabajos81/trazabilidad/trazabilidad.shtml#ixzz3msms0nv6>.

En lo concerniente al artículo 24° transitorio en estudio, la Resolución Exenta n° 1 de fecha 02 de enero del 2015, numeral 3, párrafo segundo, de sección resolutive, nos indica el espíritu y objetivo de su establecimiento, por cuanto nos indica expresamente que *“los contribuyentes deberán acompañar la documentación que dé cuenta del origen y trazabilidad de los bienes y rentas que se acojan a este sistema voluntario de declaración, de la fecha y forma en que fueron adquiridos, como también de cualquier cambio o variación que haya tenido lugar en relación a su propiedad o titularidad desde la fecha de su adquisición por el declarante. Dicha información debe ser suficientemente precisa para poder obtener la trazabilidad de los fondos durante el período anterior a la declaración”*.

Por lo tanto a partir de lo indicado, podemos señalar que hay dos hechos materiales que debe acreditar el contribuyente. Primero el origen de los bienes o rentas, cuyo objetivo principal esta dado por evitar la legalización de bienes procedentes de la comisión de delitos. Esto es enfrentado directamente por el numeral 17 del artículo 24° transitorio en estudio. Esta norma nos indica que sin perjuicio de lo señalado en la reforma tributaria, esto no nos excluye de cumplir con la Ley n° 19.913, ley que creó la Unidad de Análisis Financiero, así como vino a fijar normas en materia de lavado y blanqueo de activo, y fijar como su principal objetivo la *“de prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, todo para la comisión de alguno de los delitos descritos en el artículo 19 de esta ley”*²⁵. Dicho artículo sanciona en la letra a) al que ocultare o disimule bienes que tienen su origen en los ilícitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de conductas terroristas, sobre el control de armas, sobre mercado de valores, Ley General de Bancos y algunas figuras del código penal referente a delitos cometidos por empleados públicos, delitos cometidos por particulares que afectan derechos garantizados por la constitución y finalmente delitos de carácter sexual. En tanto la letra b) del mismo artículo, sanciona al que posea, tenga o use los referidos bienes, conociendo el origen ilícito de los mismos.

Por lo anterior, claramente el objetivo mismo dice relación con acreditar el origen de los bienes y rentas a ser declarados, esto para evitar que tengan su origen en las acciones delictivas que se han señalado, luego que sobre las mismas existe dominio sobre las mismas o derechos a los beneficios que las mismas produzcan o cualquier otro título fiduciario y finalmente la trazabilidad de las mismas, para establecer que esas se han mantenido sobre el dominio o el derecho al beneficio del contribuyente que se acoge al mecanismo. El Oficio Ordinario n° 1934²⁶ apartado A n° 1, párrafo 6 señala textualmente *“que el origen de los bienes y rentas, aun cuando dan cuenta de un incumplimiento tributario, no provengan de actividades ilícitas de la mayor gravedad que, de acuerdo al estatuto legal analizado, se refieren a delitos de lavados de activos”*.

²⁵ Ley N°19.913, artículo 1°

²⁶ Op. Citado

Para acreditar el origen de los bienes el propio artículo 24° transitorio nos indica algunos lineamientos al respecto, tratados en el punto 3.3, que llama Prueba del Dominio de los Bienes. Parte fijando como una regla de carácter general, según la cual el propio SII, determinara los antecedentes necesarios que ese organismo solicite y determine, con el fin de acreditar el dominio de los bienes, derecho a los beneficios o cualquier otro derecho o título fiduciario, sobre los bienes y rentas objetos del beneficio y la fecha de adquisición.

Para la materialización de este requisito o más bien facultad del servicio, este deberá tener en consideración las instrucciones que la UAF y demás instituciones u órganos del Estado emitan al respecto.

Luego hace referencia a la existencia de obligaciones existentes en el extranjero en el sentido que existan en esos lugares donde se hayan invertidos las rentas o adquiridos los bienes, de inscribir los mismos, se deberá acompañar para acreditar, un certificado de la entidad encargada del registro o inscripción, debidamente legalizado, autenticado y traducido al idioma español, toda para hacer constancia de la singularización de los bienes y el hecho material de estar registrados o inscritos a nombre del contribuyente, de una entidad de su propiedad o por encargo fiduciario.

La circular n° 8 del SII de fecha 16 de enero del 2015²⁷, número 8, Prueba del dominio o del carácter de beneficiario de los mismos, ratifica el criterio anterior, en el sentido que el SII solicitará los antecedentes que estime necesarios para acreditar el dominio, derecho o beneficio y su fecha de adquisición, aunque luego si fue morigerado la obligación a que esos antecedentes vengan traducidos.

Luego la circular ahonda en los antecedentes y medios de acreditar, haciendo distinción entre los tipos de bienes y su lugar de ubicación. Para los bienes y rentas que se encuentran en el país, tenidos a través de una sociedad o entidad extranjera, se deberá acompañar los documentos que acrediten en derecho de la sociedad o entidad en esos bienes o rentas y demás documentos que acrediten el derecho del declarante sobre esa sociedad o entidad. En el evento que los bienes o rentas estén a nombre de un mandatario, se deben acompañar los documentos que den cuenta que están a nombre del mandatario y aquellos que den cuenta del carácter de beneficiario del declarante. En el caso que los mismos estén a cargo de una fundación, trust o encargo fiduciario u otra entidad, los documentos de constitución y todos aquellos necesarios para acreditar el derecho que se invoca. Y para el encargo fiduciario, los documentos que den cuenta del encargo o la existencia del mismo.

²⁷ Op citada.

El Oficio Ordinario n° 1.934 de fecha 27 de julio del 2015²⁸ dictado por el Director Subrogante, don Juan Alberto Rojas Barranti, cuyo objetivo pareció ser transmitir tranquilidad a los contribuyentes, por cuanto a esa fecha eran escasos los acogidos al mecanismo, ese documento parece poco aclarador y la verdad que no responde frontalmente las preguntas sobre las que se formuló.

Sobre el origen de los mimos, la circular en comento, enfrenta el tema de la titularidad del dominio o derecho al beneficio, junto con la trazabilidad, señalando como documentos necesarios aquellos que se deberá solicitar al banco o instituciones, los antecedentes que acrediten su titularidad de los bienes o activos, ello con los certificados, cartolas u otros antecedentes que las mismas instituciones entreguen en cumplimiento de las legislaciones del país o territorio en que se encuentren.

Naturalmente que encontramos el gran riesgo para los contribuyentes, toda vez que no se establecen plazo alguno sobre la tenencia o dominio de los bienes o rentas y para los documentos que el SII pueda solicitar. En artículo publicado con Diario La Tercera de fecha 21 de septiembre del 2014, ya citado, este hace referencia que sobre el origen de las rentas, cuando se ha argumentado sobre la necesidad de establecer este mecanismo de regularización de rentas y bienes que están fuera del país, sacados en distintas etapas de la historia de Chile, sean en las gestiones promovidas el año 2010 y 2013. Dicho artículo citando al Senador Letelier este habría señalado *“Hay muchos tipos de orígenes de capitales fuera. Hay personas que recibieron recursos y que los pusieron en depósitos en un paraíso fiscal. Hubo un ex ministro que hizo eso y como él hay muchas personas. Hay otras que son empresas que, tanto en los años 60, 70, tanto cuando salió Allende, gente sacó las platas de Chile. No hay un solo origen, son muchos. Sí se sabe que hay grupos económicos que tienen capitales afuera que pueden tomar la decisión si ingresan sus empresas formalmente o no”*.²⁹ Por lo tanto estamos en presencia que algunas de esas rentas y bienes, pueden estar perfectamente hace 50 ó 60 años, por lo cual los mecanismo de acreditar el origen es más bien complejo, cuando no han estado a la existencia de un registro especial, ni hablar de aquellos bienes o rentas en países que han dejado de existir o se han fusionado, como podría ocurrir con las Alemanas, o las del bloque soviético. Asimismo tampoco se establece un plazo máximo para acreditar el origen, quizás acreditar la tenencia del dominio o derecho a sus beneficios por un plazo prudente, podría ser catalogado como suficiente para acreditar el dominio. Para algunos³⁰, posición a la cual acogemos, vemos en el plazo de 10 años, como suficiente, no solo inspirado en la duración de esa cantidad de años, sino también en los plazos que la propia ley nacional le otorga

²⁸ Op. Citado.

²⁹ Op. Citado

³⁰ Artículo de Roger Matthei, Repatriación de Capitales: Reforma Tributaria, de fecha 30 de agosto del 2015, <http://www.lwyr.cl/opinion/repatriacion-de-capitales-reforma-tributaria/>

a ese plazo como por ejemplo para radicar definitivamente derechos en las personas.

c.4 Renuncia a la Prescripción.

La prescripción, es uno de los 10 modos de extinguir las obligaciones reconocidas por parte del Código Civil, a lo que se le suma la convención o acuerdo de las partes³¹.

Aunque al momento de desarrollar este tema, siguió al modelo francés y trató esta institución como una forma de extinguir las obligaciones, prescripción extintiva, junta con un modo de adquirir el dominio de las cosas, la prescripción adquisitiva. Ambas están tratadas en el Título XLII, del Libro IV, llamado precisamente De La Prescripción³².

Al definir las lo hizo en el artículo 2492³³, como *modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurrido los demás requisitos legales.*

Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción. En materia tributaria adquiere especial importancia solo la prescripción extintiva, aunque no podemos dejar de señalar que compartimos el criterio señalado entre otros por René Abeliuk Manasevich, en su obra Las Obligaciones³⁴, respecto que correctamente se define a la prescripción como un modo de extinguir las acciones y derechos, pero no de las obligaciones, donde fue incorporada, esto por cuanto extingue la acción para exigir el cumplimiento de la obligación, en tanto esta no se extingue, por cuanto conserva su existencia pero como obligación natural.

Esto ha sido reconocido por el SII en circular 73 del año 2001, que ha señalado al respecto, *“materia civil se dice que la prescripción liberatoria no extingue propiamente la obligación, sino que afecta a la acción o derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Este principio, trasladado al campo tributario, significa por ejemplo, que un contribuyente que*

³¹ Artículo 1567 del Código Civil. Libro IV, Título XIV, De los modos de extinguir las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo.

³² Artículos 24°92 al 24°95 del Código Civil.

³³ Artículo 24°92, Op Citado.

³⁴ René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, Tomo II, página 1403, Sexta Edición, Editorial Legal Publishing Chile.

hubiere pagado un impuesto que el Fisco no habría podido cobrar en razón de haber transcurrido el plazo de prescripción pertinente, no podría reclamar posteriormente y solicitar la devolución de lo pagado, alegando haber cumplido una obligación prescrita. En la especie, el contribuyente habría pagado una obligación de las que en Derecho Civil se denominan "obligaciones naturales" y esta clase de obligaciones, de acuerdo con la ley, autorizan al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (Artículo 1.470° del Código Civil)"³⁵.

Respecto a las razones de su establecimiento por el legislador, son principalmente dos las fundamentos respecto a su validación, primero razones de convivencia, otorgando estabilidad a las relaciones jurídicas y por otro lado, para el legislador, el paso del tiempo sin mediar acción del acreedor, presume que la obligación o se ha pagado o extinguido por alguno de los medios que ha establecido la ley³⁶.

c.4.1 La prescripción en el Código Tributario.

En materia tributaria, tal como lo señala Abundio Pérez Rodrigo³⁷, *la prescripción es una forma como se extingue la acción del fisco contra el contribuyente moroso, consistente en el simple transcurso del tiempo.* El Código Tributario reconoce la institución en el artículo 200 y 201 de dicho cuerpo normativo, mas la prescripción para el impuesto que afecta a las asignaciones hereditarias y para las donaciones, abordadas en la Ley n° 16.271.

No siendo para este trabajo el objetivo principal estudiar esta institución en sí, no hacemos referencia alguna respecto a la prescripción de la acción de cobro, la que es llevada a cabo por parte de la Tesorería General de la República. Asimismo omitimos las referencias que puedan hacerse a las instituciones de la interrupción y la suspensión de los plazos, que tiene importancia para el estudio de la figura de la prescripción.

El artículo 200 del CT, señala un primer plazo, que constituye la regla general, según el cual, el SII *"podrá liquidar un impuesto, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que diere lugar, dentro del término de tres años contados desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago"*.

Esta regla de carácter general, es completamente armónica con algunas

³⁵ Circular n° 73 del año 2001, Servicio de Impuestos Internos, emitida el día 11 de octubre del mismo año.

³⁶ Op. Citado, página 1404.

³⁷ Abundio Pérez Rodrigo, Manual de Código Tributario, Novena Edición, Editorial Legal Publishing Chile, página 179.

facultades que el legislador otorgó tanto al SII como a los contribuyentes, como por ejemplo, el artículo 59 del CT, al reglar los procedimientos de fiscalización del servicio, al señalar que éste, dentro de los plazos de prescripción, puede examinar y revisar las declaraciones presentadas por los contribuyentes, la que armoniza con la regla del artículo 17 del mismo cuerpo de normas que señala el deber de conservación de la contabilidad, mientras estén pendiente los plazos de revisión del servicio. Al contribuyente le reconoce en el artículo 126, el derecho a pedir devolución dentro del plazo de tres años, respecto de impuestos pagados indebidamente.

Hasta acá la norma parece clara y precisa y concordante con las facultades y atribuciones del servicio. Lamentablemente esta regla, en el sentido que las facultades del SII para revisar, son racionalmente limitadas, hasta los plazos de prescripción, transformando a los periodos que están más allá de esos plazos, como inamovibles y no fiscalizables. Lamentablemente esto no es así, por cuanto hay interpretaciones del SII y que ha sido ratificada por los Tribunales Superiores, en orden a que las empresas con registren pérdida tributaria, pueden ser fiscalizadas todas y cada uno de los periodos que los registres. Esta interpretación, que escapa a la génesis misma de la institución creada por el legislador, cuando este no distingue entre empresas o contribuyentes con pérdida y los con utilidades.

Para sostener este criterio, se ha señalado erróneamente que sería el contribuyente el que invoca ese resultado negativo, el que luego se proyecta a sus ejercicios futuros, con lo cual estos no prescribirían, por su proyección a los ejercicios futuros, por lo cual su revisión es indispensable, para la validación de los resultados futuros, lo que en definitiva habilita al fiscalizados para ejercer sus facultades de revisión³⁸.

El inciso segundo del señalado artículo 200 del CT, señala que para el “*plazo señalado en el inciso anterior será de seis años para la revisión de impuestos sujetos a declaración, cuando ésta no se hubiere presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa. Para estos efectos constituyen impuestos sujetos a declaración aquellos que deban ser pagados previa declaración del contribuyente o del responsable del impuesto*”.

Por lo tanto, frente a un contribuyente moroso en el pago de sus obligaciones impositivas, trascurrido los plazos de 3 años, o de 6 en el caso de haberse omitido la correspondiente declaración, o la emitida fuese maliciosamente falsa, el SII no tiene acción para efectuar el cobro, mutando la obligación de civil a natural, o sea no puede accionar en contra del contribuyente, para perseguir compulsivamente el cobro de la obligación, pero si este cumple con su pago, el Estado puede retener lo pagado, por ser este pago una forma de extinguir una obligación natural.

³⁸ Reporte Tributario n° 21, Noviembre del 2011, Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile.

c.4.2 La prescripción en el artículo 24° transitorio de la Ley n° 20.780.-

Entre los diversos riesgos que este estudio quiere realizar de las normas del artículo 24° transitorio de la Ley n°20.780, quizás este es lejos la más controversial, primero por la forma poco clara con que fue contemplado y luego con los tratamientos poco esclarecedores que se le dio en la Circular 8 y Oficio Ordinario 1.934 del SII.

Para el artículo en estudio, hace mención a la prescripción en el numeral 7 al tratar las *Reglas para la valoración de los bienes y rentas declarados*. Estas reglas las otorga al contribuyente para que este al momento de declarar los bienes o rentas sujetas al beneficio, las informe a valor comercial o de mercado, a la fecha de la respectiva declaración.

En el evento que el contribuyente no logre acreditar ese valor de los bienes declarados, o sea el valor comercial o de mercado, el SII podrá hacer uso de las facultades de tasación del artículo 64 del CT, con todas y cada una de las facultades de tasar que esa norma les otorga. Asimismo le reconoce al contribuyente la facultad de reclamar de la tasación, conforme a las reglas del procedimiento general de reclamación.

Producida una diferencia, entre lo declarado por el contribuyente y lo tasado por el servicio, que no es reclamado por aquel o que la tasación es ratificada por el tribunal luego de producida la reclamación, esta diferencia será para todos los efectos considerado como un impuesto sujeto a retención y además que esa diferencia será considerada como costo de los respectivos bienes.

Esta diferencia de impuesto podrá ser determinada dentro de los plazos de prescripción que fija el artículo 200 del CT.

Hasta ahí las dudas sobre la aplicación de la institución no parecían ser muchas, pero esta relativa calma se cambió al aparecer la Circular n°8 del fecha 16 de enero del 2015³⁹, por cuanto esta vino a cambiar la interpretación, señalando sobre la misma, al intentar esclarecer las dudas sobre todo el texto legal. Esta vez no se refirió al tratar las diferencias sobre el impuesto único originadas por diferencias entre los valores declarados por el contribuyente y las resultantes de la tasación ejecutada por el servicio. Este vez abordó la prescripción al momento de referirse al origen de los bienes, el que reconoce que ellos pueden ser variados, entre pagos recibidos, saldo de precios, comisiones, herencias, donaciones o legados o bien rentas de capital obtenidos en el extranjero. Cualquiera que sea ese

³⁹ Op. citada

origen de esos bienes o rentas, pueden tener su génesis en años anteriores, incluso estar más allá de los años que el SII puede fiscalizar vía acción fiscalizadora, ni vía las acciones de cobro. O sea todas las rentas que se declaren, y sin importar su origen y año, el servicio podrá fiscalizarlas o cobrarlas aún más allá de los plazos de prescripción.

Naturalmente que esta nueva interpretación vino a cambiar el escenario creado por el artículo 24° en estudio, creemos firmemente que incluso esta interpretación administrativa va más allá de las facultades de interpretación que el CT le otorga al director en el artículo 6° letra A, número 1°, que señala textualmente que le corresponde interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, pero esta interpretación, es sencillamente una modificación a la norma dictada. Lamentablemente y dada la carencia de la historia fidedigna de la ley, por no existir discusión legislativa, no podemos ratificar nuestra opinión, aunque esto sí podría dar pie a una discusión respecto a la inconstitucionalidad de la norma misma.

Para intentar establecer criterios análogos, el servicio dicta el ya referenciado Oficio Ordinario n° 1.934 de fecha 27 de junio del 2015, el que se estructuró sobre algunas de las consultas que los contribuyentes hacían al servicio, quien las agrupó y dictó este documento.

Este ordinario, reitera y profundiza lo señalado en la Circular n°8 comentada, al indicar que “en cuanto al período a que correspondan los bienes o rentas respectivos, el impuesto sustitutivo que establece la disposición legal comentada prescinde de la aplicación de las normas sobre prescripción de las obligaciones tributarias incumplidas que funden la respectiva declaración. En este sentido, el contribuyente puede declarar rentas o bienes cuyos impuestos pudiesen, de acuerdo a las reglas generales, estar prescritos. Sin embargo, si decide excluirlos de esta declaración, quedarán sujetos a las normas generales de fiscalización y, por cierto, a las que reglan la prescripción de las obligaciones tributarias, la que podrá ser oportunamente declarada administrativamente en los procedimientos de fiscalización que pudiese llevar a cabo este Servicio o por los tribunales de justicia en el conocimiento de la respectiva solicitud del contribuyente en que se invoque dicha prescripción. En ningún caso la referida prescripción podrá ser declarada en el marco del procedimiento de declaración voluntaria del artículo 24° Transitorio analizado, atendido que no otorga facultades a este Servicio para tales efectos.

Se hace presente que en caso alguno la presentación de la declaración a que se refiere el artículo 24° Transitorio constituye una renuncia a la prescripción respecto de las obligaciones tributarias sustituidas por el impuesto único que establece. En este sentido, si el contribuyente incumpliera los requisitos que dicha norma legal establece y el Servicio, en ejercicio de sus facultades generales, fiscalice tales bienes o rentas, el contribuyente respectivo podrá invocar dicha prescripción cuando lo estime pertinente.

Asimismo, se debe tener presente que siempre el contribuyente podrá

rectificar sus declaraciones de impuestos, incorporando en ellas los bienes o rentas originalmente omitidos y pagando los impuestos, intereses y multas que sean pertinentes. Sin embargo, esta rectificación tampoco puede llevarse a cabo en el marco de la declaración a que se refiere el artículo 24° Transitorio, dado que, como se ha sostenido reiteradamente, al tratarse de un impuesto sustitutivo, no tienen aplicación las disposiciones legales propias de los impuestos sustituidos, las que sí es necesario aplicar para los fines de rectificar declaraciones previas o incluso presentar aquellas que se haya omitido”⁴⁰.

A partir de lo citado podemos señalar, que pese a que el texto legal no lo indicaba, el servicio se ha pronunciado que en materia del artículo 24° transitorio de la Ley n° 20.780, que crea el sistema voluntario y extraordinario de declaración de bienes o rentas que se encuentren en el extranjero, no comprende la renuncia a la institución de la prescripción, por lo tanto su declaración puede comprender bienes o rentas que a la fecha de la declaración y dado su origen, ya estén fuera de los plazos de fiscalización, que son concordantes con los de la prescripción.

Si estos bienes los excluye, se regirán por las normas generales de fiscalización, por lo cual cada contribuyente podrá invocar los beneficios de dicha institución.

Ahora si acogido a la institución, pero la misma es rechazada, incluso pagado el impuesto, esto en caso alguno significó renunciar a la prescripción, por lo cual puede usarla como defensa. Sobre este tema tenemos alguna discrepancia, no pensando en un acto de mala fe del servicio, sino por el contrario, pensando en técnica legal, por cuanto esto no se encuentra en el texto del artículo 24° transitorio, sino que la misma deriva de una interpretación administrativa, la cual solo tiene poder vinculante para los funcionarios públicos y que la misma tiene vigencia, mientras el servicio no manifieste cambio de criterio. Incluso el mismo texto legal, se reconoce el hecho que la prescripción es renunciable, por lo cual quizás se podría perfectamente señalar que el haber incluido en su declaración bienes o rentas que estaban fuera de los plazos a ser fiscalizados por el servicio, esto es una interrupción a la institución de la prescripción. El propio artículo 201 del CT, señala que los plazos de la prescripción se interrumpen, “1° Desde que intervenga reconocimiento u obligación escrita.”, incluso el mismo artículo nos indica el efecto, al señalar que en el caso en comento, “sucederá la de largo tiempo del artículo 2.515 del Código Civil”⁴¹.

René Abeliuk Manasevich, en su obra Las Obligaciones⁴², nos señala que la interrupción *produce el rompimiento de la inactividad de la relación jurídica por la*

⁴⁰ Op citado.

⁴¹ Op citado

⁴² Op citado. Página 1443, tomo II.

inacción del acreedor para cobrar su crédito o por reconocimiento del deudor de la obligación, y hace perder todo el tiempo corrido de la prescripción. Lo anterior debe ser complementado con las normas pertinentes del mismo Código Civil, artículo 2494, que permite que este beneficio jurídico pueda ser renunciado, en la medida que la renuncia se produzca una vez que está cumplida, o sea estén plenamente cumplidos los plazos del artículo 200 del CT, incluidos sus aumentos y que la renuncie la lleve adelante el beneficio de la misma.

Finalmente la Circular n° 8, reconoce que el contribuyente que no se acoja a este sistema voluntario y sustitutivo, no está privado de la posibilidad de vía rectificación de declaraciones de impuestos anteriores, incorporar los bienes y rentas que pueden ser acogidos al sistema especial, para pagar los impuestos e intereses. Ahora esta rectificación no puede ir dentro del marco de la declaración al amparo del artículo 24° transitorio, por tratarse de un impuesto sustitutivo, al que no se le aplican las disposiciones propias de los impuestos sustitutivos.

Compartimos la opinión en el sentido que este sistema especial y voluntarios requería un tratamiento especial en cuanto a la prescripción⁴³, por cuanto está inspirada en el combate a dineros que puedan provenir de algunos delitos como el lavado de activos o los delitos de los cuales vienen los dineros que se intenta regularizar al cometer los primeros, los que tiene plazos especiales de investigación y sanción establecidos en el Código Penal y otros cuerpos normativos, pero estos también tiene un límite especial consagrado por el principio de la irretroactividad de la ley penal, para lo cual no se podría exigir la acreditación del origen de los bienes y rentas, cuando no había normas referente al delito de lavado de activos.

c.5 Uso de la información entregada por los contribuyentes.

El artículo 24° transitorio en estudio, señala al respecto en el numeral 13, bajo la denominación de *Obligaciones que afectan a los funcionarios públicos*, que “ *El Servicio de Impuestos Internos, el Banco Central de Chile y la Unidad de Análisis Financiero, las demás instituciones u órganos del Estado y bancos, así como el personal que actúe bajo su dependencia, no podrán divulgar en forma alguna la cuantía o fuente de los bienes o rentas, ni otros datos o antecedentes que hayan sido proporcionados por el contribuyente con motivo de la declaración que efectúe conforme a este artículo. Para estos efectos, se aplicará lo dispuesto en los artículos 35 del Código Tributario, 66 de la ley orgánica constitucional del Banco Central de Chile y 13 de la ley N° 19.913, según corresponda. Lo dispuesto en el párrafo precedente, no obsta a la entrega e intercambio de información de las instituciones a que se refiere este artículo respecto de la aplicación de la ley N° 19.913 y al*

⁴³ Broseta, El Proceso Extraordinario de Regularización Voluntaria de Obligaciones Fiscales no Atendidas en Caso de Chile..., de fecha 25 de marzo del 2015. www.broseta.com

*intercambio de información establecido en los numerales 1 y 17 de este artículo*⁴⁴.

Por lo tanto como una primera cosa podemos señalar que ni el SII, Banco Central, la UAF, ni los demás organismos de la administración del estado, como las instituciones privadas, como por ejemplo los bancos pueden divulgar la información recibida, que haya sido proporcionada por el contribuyente con motivo de la declaración que efectúa para acogerse al beneficio en estudio. El legislador señaló con precisión que lo anterior comprende toda la información referente a la *cuantía o fuente de los bienes o rentas, ni otros datos o antecedentes que hayan sido proporcionados por el contribuyente con motivo de la declaración.*

Esto no es una reiteración de un derechos de los contribuyentes, ya reconocidos en el CT, artículo 8° bis, número 7°, esto por cuanto ese señala que las declaraciones impositivas, salvo los casos de excepción, tengan el carácter de reservado, en los términos previstos en ese cuerpo legal. O sea las declaraciones de los contribuyentes tienen en carácter de reserva, salvo las excepciones legales.

El incumplimiento de este deber, deberá ser tratado a la luz del artículo 35 del CT, con lo cual queda claramente refrendado el deber de no divulgar la información recibida y que haya sido proporcionada por el contribuyente o quien presente la declaración por este, deber que impone en el inciso segundo de ese artículo, el que dicha información no sea proporcionada a terceros ajenos que no laboren en el servicio, salvo que se efectúe en el ámbito del cumplimiento de las normas del código.

El inciso tercero del artículo 35 del CT, nos muestra una excepción, de carácter general, la cual consiste en que esa información si puede ser divulgada para que la información entregada sea *examinada por los jueces o... cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto y sobre alimentos; ... la información que soliciten los fiscales del Ministerio Público cuando investiguen hechos constitutivos de delito... y para la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular.* Por aplicación del inciso 5° del referido artículo, esa información *solamente podrá ser usada para los fines propios de la institución que la recepciona.*

Uno de los primeros riesgos para el contribuyente, creemos que está en que una buena forma de de garantizar este cumplimiento la propia ley debió señalar expresamente que el incumplimiento a este deber, se debería sancionar en la forma señalada en el artículo 30° inciso 5° o sea quienes cometan infracción a este deber *será sancionada con reclusión menor en su grado medio y multa de 5 a 100 UTM,* bien direccionado a que en caso de incumplimiento de su deber reserva, esta sería sancionada en la misma forma que se sanciona al incumplimiento a los deberes de reserva o secreto bancario determinado en el inciso final del artículo 62 del CT, pero

⁴⁴ Op citado.

en este caso la pena es de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 10 a 30 UTM, pero en este caso se determina que también hay responsabilidad administrativa, cuyo sanción será sancionada con la destitución.

Para aquietar las inquietudes sobre este tema, junto con otros temas, la Circular 8, latamente referenciada dijo en su apartado V, titulado Obligaciones que afectan a los funcionarios públicos, el cual no profundizó lo señalado en el artículo 24° transitorio señalando que la norma en estudio establece un sistema especial de reserva, según el cual *“el Servicio de Impuestos Internos, el Banco Central de Chile y la Unidad de Análisis Financiero, las demás instituciones u órganos del Estado y bancos, así como el personal que actúe bajo su dependencia, no podrán divulgar en forma alguna la cuantía o fuente de los bienes o rentas, ni otros datos o antecedentes que hayan sido proporcionados por el contribuyente con motivo de la declaración que efectúe conforme a este artículo”*⁴⁵. Cuyo incumplimiento como ya fue comentado sería sancionado al tenor del artículo 35 del Código Tributario, cuando el SII y su personal no cumplan con tal obligación.

El Oficio Ordinario n° 1934 ya referenciado, si crea una situación en su parte final, del apartado señalado con la letra F, titulado Procedimiento del Artículo 24° Transitorio, ya que al formular la pregunta 5, la que se expone en los siguientes términos: *¿Es posible señalar que la información obtenida con motivos del procedimiento voluntario sólo podrá ser utilizada para los fines del propio procedimiento a menos que el interesado se encuentre en alguna de las prohibiciones y exclusiones que el propio artículo 24° Transitorio establece?*. La responde en los siguientes términos: ***Si la declaración cumple los requisitos legales y se paga el impuesto, operarán los efectos que la ley señala en el numeral 12 del artículo 24° Transitorio y la información proporcionada por el declarante únicamente se utilizará para los fines de la misma declaración, salvo el caso que se verifique la existencia de alguna de las prohibiciones del artículo 24° Transitorio, numeral 11, de la Ley N° 20.780.*** O sea si la declaración cumple los requisitos legales del artículo 24° transitorio, se presumirá la buena fe del declarante sobre la declaración y cumplimiento, para finalmente extinguir las responsabilidades civiles, penales, administrativas y de las de cualquier otro tipo. Lo que no ocurre cuando se verifique la existencia de alguna de las prohibiciones del artículo 24° transitorio, numeral 11 de la ley.

El numeral 11 referenciados señala quienes no pueden acogerse a los beneficios de la ley, los que a la fecha de su publicación:

a) hayan sido condenadas, formalizadas o sometidas a proceso por alguno de los delitos señalados en las letras a) o b), del artículo 27 de la ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, según éstos se regulen en dicha ley o sean regulados en cualquier normativa que se dicte a futuro y que amplíe dicho concepto, siempre y cuando dicha ampliación se haya producido con anterioridad a la fecha en

⁴⁵ Op citada.

que el contribuyente se acoja a las disposiciones de este artículo; o quienes hayan sido juzgados y condenados en el extranjero por el delito de lavado de dinero o delitos base o precedente;

b) hayan sido condenadas, formalizadas o sometidas a proceso por delito tributario;

c) hayan sido condenadas, formalizadas o sometidas a proceso por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho en los términos previstos en la ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas;

d) hayan sido condenadas, formalizadas o sometidas a proceso por alguno de los delitos establecidos en los artículos 59 y 64 de la ley orgánica constitucional que rige al Banco Central de Chile, o

e) hayan sido objeto de una citación, liquidación, reliquidación o giro por parte del Servicio de Impuestos Internos, que diga relación con los bienes o rentas que se pretenda incluir en la declaración a que se refiere este artículo.

Por lo tanto en la medida que el declarante, por sí o representado, se encuentre en la situación anterior, no se produce el efecto de extinguir las otras acciones, por lo cual esta información pierde el carácter de confidencial, por lo cual puede ser utilizada por el SII y ser entregada a otros organismos e instituciones, distintas de las que la propia ley excluía.

Lo anterior creemos que también constituye otra situación de peligro para los contribuyentes, toda vez que bastaría que algún contribuyente se encuentre en situación de ser formalizado para que dicha información pierda el carácter de reserva, rompiendo con ello el derecho constitucional de la presunción de inocencia, el cual claramente no se termina con la formalización, sino con una sentencia condenatoria, firme y ejecutoriada.

En el caso del Banco Central, como de la UAF, el incumplimiento del deber de reserva de la información recepcionada, su incumplimiento se tramitará para la primera al tenor del artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional de ese organismo, el que señala *Artículo 66.- Además, el Banco deberá guardar reserva respecto de los antecedentes relativos a las operaciones de crédito de dinero que celebre o las inversiones que efectúe en conformidad a los artículos 34, 36, 37, 38, 54, 55 y 56; de los que provengan de la información que requiera en conformidad a los artículos 40, 42 y 49 en materia de operaciones de cambios internacionales o de atribuciones que le otorgan en esa misma materia otras leyes; y de la información que recabe para el cumplimiento de la función contemplada en el artículo 53; y, no podrá proporcionar información sobre ellos sino a la persona que haya sido parte de las mismas, o a su mandatario o representante legal.*

No regirá lo dispuesto en el inciso anterior en el caso en que los respectivos

antecedentes le sean solicitados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con ocasión de fiscalizaciones que ésta realice a las entidades sujetas a su control o por el Servicio Nacional de Aduanas, si se trata de los documentos previstos en el artículo 45 o por este Servicio, el de Impuestos Internos o el de Tesorerías, en el caso de fiscalizaciones relacionadas con solicitudes de franquicias aduaneras, tributarias o de fomento a las exportaciones o de la Fiscalía Nacional Económica del decreto ley N° 211, de 1973, cuando se trate de asuntos de su competencia y previa aprobación de la Comisión Resolutiva. Tampoco regirá la obligación de guardar reserva respecto de los antecedentes que le soliciten la Unidad de Análisis Financiero o el Ministerio Público, tratándose de las operaciones sospechosas o de los delitos contemplados en la ley que crea la referida Unidad.

Asimismo, la mencionada reserva no será aplicable cuando algún antecedente específico fuere requerido por la justicia ordinaria o militar o por las Comisiones Preventiva o Resolutiva del decreto ley N° 211, de 1973. Por su parte, la citada reserva no se aplicará en caso que el Consejo de Estabilidad Financiera, con el solo objeto de prevenir situaciones que puedan importar riesgo sistémico para la estabilidad del sistema financiero, solicite al Banco contar con antecedentes específicos que requiera para el desempeño de sus competencias legales.

Con todo, el Banco podrá dar a conocer las operaciones en términos globales, no personalizados y sólo para fines estadísticos o de información general.⁴⁶

Para el caso de UAF, los incumplimientos de los deberes por los funcionarios solo podrían dar lugar a una sanción por falta a los deberes funcionarios y de probidad administrativa, aunque estimamos que también podrían verse enfrentados al tipo penal del artículo 247 del Código Penal, que sanciona al empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimos a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Cuando el que no cumple es la institución, creemos que podría acarrear una discusión sobre nulidad de derecho público por infracción al artículo 7° de la Constitución Política del Estado, el que sanciona que *Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley⁴⁷*, pero cuya eficacia está bastante disminuida.

Hay una cuestión de vital importancia que debe ser planteada al momento de revisar respecto al uso de la información por parte de los órganos del estado. El artículo en revisión y análisis sostiene que hay un principio de reserva especial, en el sentido que toda la información entregada por los particulares en el proceso de acogerse a este beneficio, se mantendrá en estricta reserva. Nuestro ordenamiento jurídico establece como uno de los pilares en los que se funda la actuación de los

⁴⁶ Ley 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.

⁴⁷ Artículo 7° Constitución Política del Estado.

órganos del estado es el de la publicidad de los actos y sus resoluciones, que incluso la absoluta transparencia en la forma como fueron tomados, complementado todo lo anterior, en orden a que los mismos tienen que ser fundados.

Por lo tanto, por mandato legal todos actos o resoluciones, sus fundamentos o procedimientos de los órganos del estado deben ser públicos y fundados, reconociendo nuestro sistema jurídico que en el caso de la publicidad, esta podía ser restringida, pero por una ley que así lo establezca, que para alguno solo podría por una ley de rango constitucional, esto es de quórum calificado⁴⁸. Por lo tanto la reserva de la información, para el contribuyente no es total, sino que estamos frente a un tema complejo, que perfectamente puede ser discutida sobre su validez y eficacia y cuya discusión perfectamente podría ser declarada improcedente y que la misma información pueda ser conocida aún para entidades distintas a las que la misma ley y circunstancias determina.

Creemos firmemente que este derecho, a la reserva que establece la ley para los que entregan la información al acogerse a éste sistema, debió ser resguardado mejor vía reconocimiento expreso del derecho del contribuyente a no autoimputarse⁴⁹, en armonía con las corrientes del neo constitucionalismo, que desarrollando las garantías constitucionales en materia del debido proceso y el derecho a no autoincriminarse, podría perfectamente haber señalado que los antecedentes aportados por el contribuyente solo serían ser utilizados para los fines del procedimiento especial, por lo tanto, estos jamás podrían ser utilizados para fines distintos que los señalados, como podría ser perfectamente investigaciones posteriores que impliquen imputaciones para el contribuyente.

Quizás la forma más didáctica de desarrollar este tema, está en el derecho de toda persona a guardar silencio ante una investigación penal, en ese mismo orden, que la información y antecedentes aportados en el proceso, no puedan ser fundantes de una denuncia, querrela, acusación o simple imputación.

c.6 Algunas cuestiones sobre la legalidad del artículo 24° transitorio de la Ley n° 20.780.

Finalmente creemos que hay algunas cuestiones que sin ser objeto de este estudio, si deben ser comentadas en el presente trabajo, para su oportuna divulgación y discusión sobre la legalidad de este sistema especial.

La primera, que está bien tratada y que compartimos plenamente, sobre

⁴⁸ Comisiones Investigadoras y Deber de Reserva de Información de la Superintendencia de Valores y Seguros. Biblioteca del Congreso Nacional. www.camara.cl

⁴⁹ Mayor información sobre este principio, Revista de Estudios Tributarios, n° 10/2014, artículo Derecho del Contribuyente a no Autoinculparse en Sede Administrativa en Chile, Osvaldo Flores Olivarez, página 149.

aplicabilidad e inconstitucionalidad del artículo 24° Transitorio en estudio, tratado en la Revista de Estudios Tributarios n° 12/2015, artículo publicado por el abogado don Marcelo Muñoz Perdiguero, quien de modo simplificado sostiene que la agravante sobre la penalidad de los que no se acojan al mecanismo es inaplicable por la falta de conexión con el hecho punible general, por cuanto el delito principal se cometió con anterioridad a la dictación de la Ley n° 20.780 que agrava la penalidad, lo que atenta contra el principio de la irretroactividad de la ley penal.

Una segunda cuestión que también creemos es del todo atentatorio contra el derecho de propiedad, se produce con el hecho que los que se acojan al mecanismo especial, y paguen el impuesto del 8% y que con posterioridad sea rechazado, este impuesto no se devuelve y tampoco puede ser utilizado como crédito con el impuesto definitivo que esas rentas lleguen a pagar, cuando se le aplique las reglas del régimen general. Creemos que ese pago, en calidad de impuesto sustituto, debería poder ser recuperado por el contribuyente vía artículo 126 n° 2, esto es la solicitud de devoluciones de impuestos pagados indebidamente. Creemos que esa retención, y no devolución, claramente comprende un enriquecimiento sin causa de parte del estado. Lo anterior también pudo ser remediado vía reconocer a ese monto como crédito sobre los impuestos finales que se determinen.

Todo impuesto tiene como elemento esencial, el ser impuesto por ley, que la obligación se satisface con el pago de una suma de dinero y que esos fondos van o ingresan a rentas generales de la nación.

Pero también esto mismo constituye una doble sanción por el mismo hecho, esto es el no haber declarado y eventualmente pagado los impuestos de las rentas y bienes tenidos en el extranjero. La doble sanción, primero se produce por cuanto el 8% pagado se pierde y luego esa suma o base imponible, se aplicará el régimen general, con lo cual tributa en el régimen general, con las sanciones correspondientes y eventualmente incluso perseguida la responsabilidad por los posibles delitos tributarios que se hayan originado.

4.- Conclusión.

La reforma tributaria, establecida en la Ley 20.780, junto con modificar significativamente la estructura impositiva nacional, creo un sistema especial de declaración voluntario y extraordinario, de bienes y rentas, que se encontraban en el extranjero, hasta el día 1° de enero del año 2014 y que no habían sido declarados y pagado sus impuestos. Declaradas las mismas, se regularizan, pagando una tasa del 8%, con el cual resuelven toda su situación tributaria pendiente.

Este mecanismo favorece a los contribuyentes que tengan domicilio o

residencia en Chile, así como los que se haya constituidos o establecido en el país antes del 1° de enero del año 2014, sea tengan el dominio sobre las rentas o bienes, o tengan derechos a sus beneficios o bien tengan cualquier otro título fiduciario sobre los mismos.

El mecanismo en sus orígenes creó incertidumbre y cierto temor, superadas en parte por las aclaraciones que el propio Servicio de Impuestos Internos hizo en sus instrucciones y en la labor de difusión, con el tiempo los mismos se fueron disipando, para lograr superar con creces las primeras expectativas de recaudación fiscal que el organismo se había trazado.

Pero lejos de la incertidumbre original antes señalada, creemos que la baja tasa establecida y el limitado tiempo de fiscalización, fueron mayores alicientes para darle éxito a la institución.

Otra de los alicientes para alentar el acogerse al mecanismo, está dado por los avances que están mostrando los países en intercambiar información financiera en búsqueda de evitar la evasión fiscal. En este camino de las naciones no están solo y es así que ya existe un acuerdo internacional para progresar en ese camino, el cual es alentado por dos importantes órganos internacionales como son la OCDE y los países del G20. Un primer paso es el que se da a partir del 1° de enero del año 2017.

El mecanismo introducido en el artículo 24° transitorio de la Ley 20.780, y analizado en este trabajo, trae naturalmente aparejado ciertos riesgos para los contribuyentes, los que nosotros con un afán meramente pedagógico hemos centrado en 4, como son la renuncia del secreto bancario, la exigencia de acreditar la trazabilidad de las rentas y bienes declarados, la renuncia a la institución de la prescripción y finalmente la utilización de aquella información entregada por el declarante al momento de hacer su presentación.

Sin perjuicio de estos, hay otros aspectos del mecanismo especial, voluntario y extraordinario que creemos que rosan en la ilegalidad, como violar la presunción de inocencia de aquellos que les impide acogerse al mecanismo, estableciendo como un impedimento la simple formalización de cargos, o aquellas que crea un agravante y un aumento de la penalidad, violando *infraganti* el principio del efecto retroactivo de la ley penal.

Si bien estos mecanismos de riesgos detectados y analizados, con el tiempo parecen haberse debilitados, creemos que están más presentes que nunca y serán en las etapas posteriores, cuando el servicio pueda hacer uso del plazo de un año para fiscalizar las declaraciones presentadas por los contribuyentes, cuando estos serán resaltados.

Esperamos que se cumpla el compromiso tomado por el ente fiscalizador, en cuanto al uso de estos mecanismos, especialmente en el uso de la información entregada por los contribuyentes y que la misma no sea manejada en un sentido contrario a lo expresado. Ojalá que los mecanismos de intercambio de información financiera próximo a entrar en operación, no sean el perfecto antifaz para que el servicio pueda hacer mal uso de lo informado por los contribuyentes.

Pese a los riesgos analizados, los resultados actuales de contribuyentes que se han acogido al mecanismo, claramente nos llevan a concluir que el mecanismo fue un éxito, que las arcas fiscales cuentan al 10 de diciembre del presente con unos 2.682 contribuyentes que se han acogido al mecanismo, lo que ha elevado la recaudación fiscal en unos US\$623 millones. Pero el éxito del mecanismo no solo está dado por esta cifra, sino por el contrario, el servicio desde ahora cuenta con la información necesaria para fiscalizar esas mismas rentas en el futuro, especialmente con la nueva modificación del texto legal, que próximamente permitirá la fiscalización de las rentas pasivas con el nuevo artículo la Ley de Impuesto a la Renta.