



Agosto 2022



Ricardo Escobar
Socio fundador de Bofill Escobar Silva Abogados

La reforma tributaria en curso va a ser una fábrica de nuevos conflictos

Ricardo Escobar tiene una larga trayectoria ligada a la política tributaria y es un reconocido líder de opinión en estas materias. En su mirada, la conjunción de una nueva reforma tributaria y un cambio en las normas judiciales propuesto por la nueva Constitución generan un aumento de la incertidumbre empresarial y auguran múltiples conflictos futuros. Ex Director del Servicio de Impuestos Internos, Escobar explica en esta entrevista la labor que se realiza en BES Abogados y expone su visión sobre los cambios propuestos.

Entrevista

¿Cuál es su estilo de aproximación a un conflicto tributario de un cliente?

Nuestra mirada está marcada por una visión del negocio. Muchas veces, los conflictos de tipo tributario nublan las estrategias de negocios. Por ello, dedicamos mucho tiempo a discutir la estrategia con los ejecutivos o controladores de la empresa, teniendo presente no solo el conflicto tributario, sino el objetivo general de la empresa y cómo el tema fiscal se inserta en él.

Desde nuestra óptica, el conflicto siempre es el resultado de un problema. Nos enfocamos en buscar una solución al problema, sin dejar de mirar el litigio. En ocasiones proponemos transar parte de los objetivos tributarios para no afectar las políticas comerciales o de crecimiento de la empresa. Lo que nos suele distinguir es que vemos las disputas, tributarias u otras, con una mirada amplia.

¿Se diseñan también estrategias tributarias para empresas que no están en un litigio?

Una segunda línea de negocios de nuestra oficina es que damos asesoría estratégica a las personas y empresas para anticipar y prevenir que ocurran conflictos, considerando la variable tributaria. Nos sumamos a sus equipos de abogados y asesores para elaborar una estrategia con una mirada de mediano y largo plazo. Es decir, no pretendemos reemplazar a los asesores permanentes de un cliente, pues ellos tienen conocimientos importantes, acumulados durante su experiencia con él.

Dada la frecuencia de los cambios tributarios en Chile y la incertidumbre judicial, ayudamos a las empresas a diseñar una estrategia tributaria para el futuro, pensando en sus proyectos de crecimiento, expansión o diversificación. Generamos un mapa de riesgos y opciones para resolver con la más alta dirección de la empresa. La estrategia tributaria debe estar en el corazón del diseño del negocio y ser compatible con la estrategia general de crecimiento. No se puede buscar una buena reputación de marca y al mismo tiempo ser descuidado o agresivo en la estrategia tributaria.

En los últimos tres gobiernos ha habido reformas tributarias. ¿Qué efectos genera esto en las empresas y cuál es la estrategia que debieran seguir para enfrentar esta situación?

El aprendizaje central para los controladores de las empresas es que los impuestos pasaron a ser no solo un costo en la actividad de la compañía, sino un costo incierto.

Esa incertidumbre viene dada tanto por la frecuencia de los cambios como por la calidad e interpretación de las normas mismas.

Más allá de los cambios normativos, que se deben estudiar en cada caso, lamentablemente se puede prever que seguiremos con reformas tributarias en el futuro. En otras palabras, no solo se trata del cambio de una norma, sino que esa misma norma va a volver a cambiar en dos o tres años.

“Se habla mucho más de la evasión de las grandes empresas, pero las empresas suelen no evadir. Lo que ocurre en las empresas son fórmulas para que, dentro de la ley, se busque la manera de pagar menos impuestos, tal como lo hacen las personas.”

Hemos tenido cuatro reformas tributarias en 12 años (2010, en 2014-2016, en 2017-18, y en los comienzos de 2022 para eliminar ciertas exenciones), más la que está proponiendo el Presidente Gabriel Boric. Lo más probable es que esta reforma, si se aprueba en la forma propuesta, no logre sus objetivos de recaudación en los tiempos previstos y que, además, genere problemas en la economía. Por lo tanto, seguramente vamos a tener más reformas.

El resultado de esta acumulación de cambios es que, para las empresas, el proceso de simplemente cumplir con los impuestos tiene un nivel de costo y de sofisticación alto y creciente. Se requieren profesionales con experiencia, conocimiento y paciencia para ir adaptando la compañía y la valorización del costo tributario interno a un cambio casi permanente. Esa es la incertidumbre política derivada de los reiterados cambios legislativos.

La segunda, es técnica, tiene que ver con las propias normas. Dada la premura y complejidad de cada una de estas reformas, la legislación es de una técnica muy defectuosa y sus normas quedan sujetas a una incierta interpretación de los funcionarios a cargo de los distintos órganos de su aplicación. La comprensión normal de buena fe de estas normas por los contribuyentes con frecuencia no coincide con la interpretación que luego hace un fiscalizador un par de años después.

Los procesos normativos requieren un tiempo para asentarse, al menos dos o tres años, desde que se aprueba una ley hasta que se emitan las debidas circulares interpretativas, que se entiendan sus normas, que haya profesores que las enseñen y que se escriban los textos que permiten entenderlas y aplicarlas. Y resulta que aún no se alcanza a cumplir este ciclo cuando ya aparece otra reforma tributaria y todos volvemos a ser ignorantes ante la nueva reforma.

El problema de fondo es que no tenemos una política tributaria sino “parches tributarios” que aplica cada gobierno e incluso a veces varios dentro de cada gobierno. Esto se traduce en una incapacidad de generar un entendimiento común acerca de qué dicen las normas y cómo aplicarlas. Cuando eso ocurre, lo que sigue son una infinidad de conflictos, con un costo enorme e innecesario para las empresas y para el Estado.

A su juicio, ¿qué es lo que está motivando esta inestabilidad tributaria después de un largo periodo de normas tributarias estables en Chile?

Como dije, no hay una Política Fiscal con mayúsculas, es decir, un acuerdo compartido acerca de cuánto es lo que entra al Estado y cuánto es lo que sale.

Las demandas sociales de mejor salud, educación, seguridad, etc. se pueden enfrentar de dos maneras: aumentando la eficiencia de las políticas públicas – lo cual es más difícil y políticamente más complejo y desagradable- o directamente aumentando el gasto.

Cuando no hay acuerdo sobre cómo hacer más eficiente el gasto, ni en las políticas de largo plazo, se tiende a aumentar el gasto haciendo más de lo mismo. Esto genera presiones hacia la fórmula más ineficiente que es cobrar más impuestos. Ese es un problema estructural.

Respecto al ingreso, se ignora lo que indica la experiencia: las reformas no recaudan más en la práctica. Llevamos 15 años de reformas tributarias que se supone que aumentarían el ingreso fiscal y lo que dice la experiencia es que terminamos recaudando más o menos lo mismo.

Aumentar los impuestos implica que algunos contribuyentes desaparecen y otros se adaptan a una tributación que les permita sobrevivir. La suma neta sigue siendo la misma.

“Si la lógica (de la reforma) es que las empresas deben organizarse de manera que obligatoriamente deban pagar el máximo impuesto posible, el efecto neto es que aquellos negocios que están en el margen van a desaparecer o van estar permanentemente discutiendo con el SII.”

Se suele justificar las reformas para controlar la evasión y la elusión. ¿Es una buena razón?

En general, creo que el SII hace un buen trabajo en torno a su misión de recaudar.

El control de la evasión es un problema serio y caro: hay áreas de la economía que operan completamente al margen de la ley, como son, por ejemplo, la venta de madera robada o la producción de verduras y hortalizas que se venden sin IVA. Son industrias importantes, no menores. La economía informal es una parte importante de la actividad en Chile, aunque menor que el de otros países de América Latina. Ese foco de evasión es complejo y normalmente no se aborda.

Se habla mucho más de la evasión de las grandes empresas, pero las empresas suelen no evadir. Lo que ocurre en las empresas son fórmulas para que, dentro de la ley, se busque la manera de pagar menos impuestos, tal como lo hacen las personas. Si organizar legalmente los negocios de distintas maneras tiene diferentes efectos tributarios, nadie está obligado a elegir la forma más costosa.

El margen de interpretación de qué es lo razonable para reducir el gasto en impuestos es una discusión de grises, no es blanco y negro, sino sobre distintas maneras de cumplir con la ley.

Esta área se ha hecho más incierta con las sucesivas reformas. Como consecuencia, lo que hemos visto es que han aumentado las fiscalizaciones agresivas, en que se intenta obligar a los contribuyentes a elegir la forma más alta de pago de tributos, sobre la base de argumentos como que la persona actuó al margen de la ley.

Había una mala legislación en esta materia y la que se propone ahora es peor, porque no va a redundar en mayor recaudación, sino en más incertidumbre. Va a ser una fábrica de nuevos conflictos.

Si la lógica es que las empresas deben organizarse de manera que obligatoriamente deban pagar el máximo impuesto posible, el efecto neto es que aquellos negocios que están en el margen van a desaparecer o van estar permanentemente discutiendo con el SII. En países como el nuestro, cuando la legislación se hace poco razonable en esta materia, el resultado es que disminuyen los negocios porque no pueden absorber el costo y cierran o bien pasan a la informalidad. Creo que lamentablemente esa es la realidad que veremos si se aprueba la actual reforma.

La reforma constitucional le agrega más incertidumbre al sistema, ya que propone cambios en las normas de resolución de conflictos. ¿Cómo debieran lidiar desde las empresas ante esta realidad?

La incertidumbre adicional que introduce la propuesta constitucional es que borra el Poder Judicial independiente. En su lugar, deja a la judicatura frente a un conflicto de interés entre ejercer de manera independiente o complacer a quienes los evalúan. El trabajo de los jueces ya no será evaluado por otros jueces, que están entrenados en la misma técnica, en leer la ley de un modo compartido. En el nuevo Sistema Judicial estarán vigilados por un cuerpo colegiado, controlado fundamentalmente por poderes políticos. La experiencia indica que en esos casos el interés político pasará a ser una fuerza nueva y decisiva. Eso puede inducir a los jueces a no fallar de manera independiente sino de manera política. Cuando pasa eso, se acabó el Estado de Derecho. Eso es extraordinariamente grave.

¿Qué va a pasar con un juez de un tribunal tributario el día en que ministerio de Interior o de Hacienda perciban que sus fallos no se están acomodando a lo que espera Impuestos Internos o al “interés del pueblo”? Ahí vamos a tener un problema serio, porque los jueces van a estar tironeados entre su leal saber jurídico o complacer a la autoridad de turno de la que dependen. Esa es la débil línea que distingue un país democrático con instituciones que permiten su desarrollo y uno que no las tiene.

Delitos informáticos y prevención delictiva empresarial

Por César Ramos



Opinión

El fenómeno de la ciberdelincuencia ha cobrado un creciente protagonismo en el contexto de la expansión de la informática. A medida que las comunicaciones y los procesos económicos han sido redefinidos por la tecnología, la informática se ha transformado en un espacio de innovación donde los nuevos desarrollos conviven con renovados fenómenos delictivos, que han provocado riesgos para bienes jurídicos clásicos, como la privacidad, el patrimonio y el secreto empresarial.

La Ley N°19.223 enfrentó tempranamente el fenómeno de la ciberdelincuencia el año 1993, sancionando el “sabotaje informático” y el “espionaje informático”. Esa regulación estaba orientada preferentemente a la protección del sistema informático y de la información contenida en él, pero era un instrumento insuficiente ante el uso de la tecnología con fines engañosos, para favorecer, por ejemplo, un enriquecimiento ilícito, como ocurre en el caso del phishing. Esta actividad ilícita dudosamente podría ser comprendida en la figura de estafa, en tanto este delito requiere de una disposición patrimonial del sujeto engañado, la que, por definición, no existe cuando lo entregado son las claves de acceso.

Las cifras de ciberdelincuencia, por su parte, mostraron un incremento significativo en los últimos años. Según datos de la Policía de Investigaciones, el año 2021 existió un aumento de entre 30% (en el caso de estafas) y 45% (en el caso de sabotajes informáticos), manteniendo la tendencia al alza que se había observado desde la implementación de políticas de confinamiento sanitario desde marzo de 2020.

En ese contexto, la reciente publicación de la Ley N°21.459, el 20 de junio de 2022, constituye una innovación importante. En efecto, dicha ley, que derogó la anterior Ley N° 19.223, adecuando nuestra legislación al Convenio de Budapest, reguló diversas conductas agrupadas bajo el nombre de “delitos informáticos”. Tal definición comprende no sólo conductas que, en alguna medida, eran próximas a las ya reguladas -como los ataques a la integridad de un sistema informático (artículo 1°) o a los datos contenidos en él (artículo 4°), los accesos ilícitos al sistema, sean o no realizados con el ánimo de apoderamiento o uso de la información (artículo 2°) y la divulgación de la información a la que se accedió de manera lícita

La ley no sólo innova y perfecciona la descripción de las conductas incriminadas, sino que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la ciberdelincuencia. En efecto, el artículo 21 de la Ley N° 21.459, introduce modificaciones a la Ley N° 20.393, incorporando los “delitos informáticos” al catálogo de infracciones que originan esa responsabilidad.

Esta modificación introduce un cambio sustancial en las prácticas corporativas, en el marco de la implementación de políticas efectivas de compliance empresarial. En este contexto, existen dos temas que resultan claves para anticipar cambios en la materia.

Por un lado, la amplia diversidad de conductas incriminadas, en un contexto en que la información empresarial se transmite y resguarda en medios tecnológicos, orienta la configuración de los modelos de prevención hacia la exclusión o reducción de riesgos punitivos asociados al registro, resguardo y uso de la información dentro de la organización. En ese sentido, tanto el acceso a sistemas informáticos externos, como un adecuado control de los datos, emanen o no de la organización, constituyen aspectos esenciales que los modelos de prevención deberán considerar y evaluar entre sus riesgos punitivos, a efectos de prevenir eficazmente la comisión de delitos.

Por otra parte, respecto de futuras investigaciones al amparo de la nueva ley, resulta imprescindible el establecimiento de sistemas de control y acceso a la información, a efectos de mostrar que los sistemas de supervigilancia son idóneos para prevenir los delitos y, en caso de que ellos se hayan cometido, la empresa pueda adoptar medidas *ex post facto* que contribuyan a la investigación y al juzgamiento de los responsables, excluyendo el beneficio de la persona jurídica, adoptando las medidas que

(artículo 2°), sino que también castiga conductas cuya relevancia penal constituye una novedad, si se compara con la ley precedente, tales como la falsificación de datos informáticos (artículo 5°), la recepción de datos informáticos, entendiendo por tal la comercialización, transferencia o almacenamiento de ellos, cuando provengan de accesos interceptados o falsificaciones informáticas (artículo 6°), el fraude informático, es decir, el perjuicio patrimonial causado mediante la manipulación de un sistema informático (artículo 7°) y el abuso de dispositivos para la perpetración de delitos informáticos (artículo 8°).

sean necesarias para el reconocimiento de circunstancias atenuantes por cooperación con la investigación o la exoneración de la responsabilidad penal, en razón de ajustes al modelo que incidan en su eficacia preventiva.

En consecuencia, la reforma legal de los delitos informáticos tendrá un impacto irreversible en las políticas de compliance corporativo. El desafío no sólo vincula a fiscales y policías encargados de la persecución penal, sino que serán principalmente las empresas quienes deberán implementar nuevas políticas de supervigilancia y control, adaptando sus procesos a la nueva regulación, desde la perspectiva de la ciberseguridad.



Corte de Apelaciones de Santiago reitera estándar en materia de colaboración sustancial

Por Bárbara Yévenes

La Corte de Apelaciones de Santiago^[1], en su reciente sentencia de 7 de junio de 2022, ha reiterado el estándar que ha exigido para el reconocimiento de la atenuante de "colaboración sustancial" contemplada en el artículo 11 N°9 del CP, negando la suficiencia de un mero reconocimiento de los hechos, pues la exigencia de un aporte sustancial requeriría que sea "considerable" para la "aclaramiento del delito".

En el caso, se rechazó un recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que condenó al autor de un delito de tráfico de ilícitos de estupefacientes a ocho años de presidio mayor en su grado mínimo. El recurso invocó, entre otras, la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra d) del CPP, por no haberse considerado la atenuante del art. 11 N°9 del CP.

A juicio de la Corte, "no basta que el acusado, por la vía de un reconocimiento, haya colaborado al esclarecimiento de los hechos, pues no cualquier ayuda es apta para producir el efecto morigerador, desde que la norma predica que la misma debe ser sustancial, es decir que, de modo considerable aporte a la aclaración de un delito".

Esta exigencia es comparativamente distinta al criterio que siguen otras reglas que crean incentivos a la colaboración en procesos criminales. Así, por ejemplo, estableciendo una rebaja en un grado de penalidad, la recientemente publicada Ley N° 21.459, sobre delitos informáticos, establece en su artículo 9° la atenuante de cooperación eficaz, la que exige que la colaboración (i) conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados; (ii) o permita la identificación de sus responsables; (iii) o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en dicha ley.

La ley no sólo innova y perfecciona la descripción de las conductas incriminadas, sino que introduce la responsabilidad penal de las personas

Asimismo, se define en su inciso segundo lo que debe entenderse por cooperación eficaz, entendiendo por tal, el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan "necesariamente" a los fines anteriormente señalados.

Una rebaja aún más intensa establecen los artículos 22 de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; 260 quáter del CP respecto de delitos funcionarios, y 17 C de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, reglas que, orientadas a la consecución de las mismas finalidades del referido artículo 9° de la ley de delitos informáticos, permiten una rebaja de la pena de hasta dos grados.

Considerando este tratamiento privilegiado que otorga la legislación especial a la colaboración del imputado, definida como el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que, en lo pertinente, contribuya necesariamente al esclarecimiento de los hechos, la exigencia requerida por la Corte en su jurisprudencia constante resulta ambigua.

En efecto, la Corte requiere para una circunstancia atenuante -que ni siquiera permite una rebaja de pena por sí sola, salvo que se estime como muy calificada- un resultado o incidencia en la investigación exigente y próximo a la "contribución necesaria" requerida en las leyes especiales mencionadas, las que rebajan la pena autónomamente y, a lo menos, en un grado de pena. Si eso es así, pareciera que el camino que sigue la Corte es problemático a la luz de esos estatutos más definidos y comparativamente más favorables para el imputado colaborador con la investigación.

Un problema adicional es que la legislación especial trate cooperaciones a la investigación que son idénticas, con efectos distintos en la rebaja en la pena. Aun cuando se podría argumentar en base a una decisión de política criminal, lo cierto es que existe una diferencia manifiesta, sin justificación clara, que podría incluso ser cuestionada en tanto afectación de la igualdad ante la ley.

[1] ROL 1695-2022 de ICA Santiago. Fallos en el mismo sentido ROL 35.557-2021, Corte Suprema; ROL 3155-2021, ICA San Miguel; ROL 1234-2021 ICA San Miguel; ROL 1129, ICA Santiago.

Webinar de BES Abogados y The Legal 500 sobre el proceso constituyente

Bofill Escobar Silva Abogados y The Legal 500 realizaron el jueves 21 de julio un encuentro virtual de tipo webinar para analizar los escenarios de riesgo ante el proceso de nueva Constitución.



El evento comenzó con una intervención de Jorge Bofill, socio de Bofill Escobar Silva Abogados, quien expresó su convicción de que "cualquiera sea el resultado del plebiscito el 4 de septiembre estará lejos de constituir el punto final de esta evolución". Dijo que incluso si gana el "apruedo" la discusión política y jurídica continuará, ya que "la aprobación de la propuesta de la Convención Constituyente exigirá la discusión de decenas de proyectos de ley en materias extraordinariamente complejas". Puso como ejemplo la existencia de doce sistemas jurídicos diferentes, correspondientes a las naciones indígenas que se reconocen. "Se trata no sólo de sistemas judiciales, sino "sistemas jurídicos", es decir, que incluyen no solo la forma de resolver conflictos de cada uno de ellos, sino también sus normas sustantivas", expresó.

Luego fue el turno del economista y consultor internacional Sebastián Edwards, quien resumió en tres pilares los principales cambios introducidos por la nueva Constitución desde el punto de vista de las empresas y las inversiones: los derechos sociales, el nuevo estándar medio ambiental y la plurinacionalidad. A su juicio, la incorporación de nuevos derechos sociales en la propuesta chilena es muy extensa y generará roces entre entidades estatales e inversionistas privados por la provisión de esos derechos, lo que se verá intensificado por las nuevas regulaciones ambientales y la introducción del consentimiento indígena.

A su turno, el ex diputado y especialista electoral Pepe Auth recordó que la propuesta de nueva Constitución surgió de una Convención elegida en un momento especial y con normas electorales atípicas, por lo que su resultado refleja las demandas de ese momento del país y se aleja de los requerimientos de mayor orden, crecimiento y seguridad que parecen dominar el momento actual. Por ello, dijo, lo más probable es que se termine rechazando un texto que es "una agregación de demandas minoritarias" que no logran constituir una mayoría en el país.

Por último, la abogada Nicole Duclos, abogada chilena socia de Covington & Burling LLP, puso especial énfasis en la tendencia de inversionistas internacionales a establecer de manera explícita en los contratos de inversión en países de América Latina cuáles serán los convenios y tratados de resolución de conflictos en caso de aparecer discrepancias derivadas de nuevas normas regulatorias. También, en el caso de Chile, dijo que está creciendo la tendencia a tomar pólizas de riesgos políticos, tales como interferencia estatal, expropiaciones, situaciones políticas o variaciones en la tasa de cambio entre otras.

El evento desarrollado de manera virtual tuvo una alta concurrencia y fue moderado por la socia de BES Abogados Loreto Silva, quien agradeció las miradas legales, económicas y políticas expuestas en el webinar, "las que nos permiten tomar mejores decisiones frente a un momento de incertidumbre".



Proud contributors to the White-Collar Crime 2021 Guide
practiceguides.chambers.com



Edificio Patio Foster, Av. Apoquindo 3472, piso 19.

Las Condes | Santiago | Chile

CP 7550105

+56 21 2 483 9000

estudio@bofillabogados.cl



Edición y diseño por Imagination