Boletín N° 10.204-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Guillier, señora Pérez San Martín y señores Horvath, Ossandón y Walker, don Patricio, con el que modifican la ley Nº 20.393, extendiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas a ciertos delitos tributarios y estableciendo nuevas penas.

I. Antecedentes Generales del Proyecto de Ley.

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE permiten identificar objetivos y servir como referencias a las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales, como manifestación de los poderes del Estado, para el examen y desarrollo de marcos legales y reglamentarios que reflejen un adecuado entorno económico, social, legal y cultural para los diversos agentes del mercado, y al público en general.

La situación actual ha puesto en evidencia una importante deficiencia legislativa en orden a proteger, penalmente, el interés público que subyace en la actividad específica en que se desenvuelven las empresas, particularmente cuando ésta se enmarca dentro de los diversos regímenes de contratación pública y de concesiones que establece la Ley. Y es así como la impunidad que se observa actualmente ante determinadas conductas ilícitas y ausentes de ética implementadas en el seno de un núcleo reducido de Empresas, genera nuestra más absoluta indignación y rechazo.

Así por ejemplo, la justificación constitucional del régimen concesional considera necesariamente el cumplimiento de su función social, más aún advirtiendo que la titularidad de las concesiones importa la explotación de riquezas y recursos cuya propiedad es, en definitiva, del Estado. Por esta circunstancia, el régimen de amparo establecido para cada una de estas concesiones, es insuficiente al momento de enfrentarse a situaciones fraudulentas o ilícitas.

Toda autorización o licencia que entrega el Estado, debe entenderse otorgada, entonces, en miras al interés de la comunidad nacional, en cumpliendo así del mandato constitucional establecido en el artículo 1° de la Carta Fundamental. Por tanto, se verifica un "carácter público en la relación que existe entre el Estado dueño de la riqueza mineral y el particular que adquiere un derecho de propiedad privada sobre un yacimiento específico en virtud del reconocimiento que aquél le hace (...Y precisamente este) es el ejercicio de uno de sus más importantes deberes; impulsar el desarrollo económico de la Nación (…). Si este propósito se desvirtúa, a causa de un régimen ineficiente, nada debe impedir que el Estado, velando por los intereses generales, procure su sustitución." (BRUNA VARGAS, Augusto; Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, pág. 49).

Por su parte, se constata que la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas no sanciona delitos tributarios ni tampoco establece penas asociadas a la prohibición de adquirir concesiones, o de usarlas y gozarlas, por un

tiempo determinado o a perpetuidad, así como tampoco contempla la pena de caducidad de las concesiones vigentes. No se observa, asimismo, una estructura de penas que impida a la persona jurídica responsable contratar con el Estado. El motivo de esta insuficiencia se pone en evidencia al examinar la génesis de esta ley: uno de los propósitos principales –no sustantivos- tenidos en consideración para la aprobación de la misma fue, en su momento, cumplir con las obligaciones necesarias para que Chile ingresara a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), sin perjuicio de la conveniencia de cumplir con las demás obligaciones internacionales contraídas por Chile.

Lo anterior, si bien permitió dar un primer paso a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sancionando delitos como lo son el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo, y el soborno o cohecho activo a empleados públicos nacionales y extranjeros, circunscribe el tratamiento relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas a un catálogo extraordinariamente restringido de tipos penales, ante la evidencia tangible de existencia de una serie de delitos de mayor transcendencia práctica relacionados con la actividad empresarial.

Se hace necesario entonces, la sanción de nuevos ilícitos penales aplicables a las personas jurídicas, atendida la relevancia de los bienes jurídicos a proteger. En este sentido, en el Derecho Comparado también se constata la existencia de naciones que han ido ampliando paulatinamente el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por su parte, “el Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE ha incluido la temática del lavado de activos como parte de su preocupación por los delitos tributarios, considerando que el Grupo de Acción Financiera FATF/GAFI los categorizó en 2012 como delitos base de blanqueo de fondos. En octubre de 2010 fue constituida una Fuerza de Tarea sobre Delitos Tributarios y Otros Delitos, dependiente del CAF. Su propósito es mejorar la cooperación entre las administraciones tributarias y las Unidades de Inteligencia Financiera, a fin de hacer más efectivo el combate al lavado de activos. Un ejemplo de ello es la elaboración del Manual sobre Lavado de Dinero para Fiscalizadores Tributarios.” (Unidad de Análisis Financiero, http://www.uaf.cl/asuntos/ocde.aspx, visto el 22 de junio de 2015).

II. Fundamentos de la moción.

La lamentable evidencia acerca de una serie de hechos ilícitos que, beneficiando a las empresas, han contribuido a generar un ambiente de inestabilidad política y económica, así como la insuficiente regulación legislativa concerniente a la responsabilidad de las personas jurídicas, deben ser considerados como fundamentos de la presente moción.

Asimismo, la titularidad de las empresas sobre las concesiones y derechos que recaen sobre las mismas, no solo debe estar sujeta al cumplimiento de la normativa que regla dicha materia, sino que también a la observancia de los estándares básicos que reglan el actuar de los cuerpos intermedios. En efecto, estas verdaderas licencias, permisos, regalías que confiere el Estado a un particular le impone una carga aún mayor al

ejercicio de la actividad económica de la empresa beneficiada: debe cumplir con la función social que ameritó la entrega de la concesión o la titularidad de un derecho.

En este sentido, a modo ilustrativo, el vocablo concesión significa, conforme lo establece el Diccionario de la Real Academia Española (23° edición), en su acepción primera, la "(a)cción y efecto de conceder"; y en su acepción tercera como "(n)egocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones."

En la literatura nacional se ha dicho que "(l)a concesión es , en primer término, un acto de la Administración, en cuya virtud el Estado crea a favor de un particular derechos y le impone obligaciones." (EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio; SEEGER CAROLS, María Carolina; Derecho Eléctrico, editorial Lexis Nexis, Santiago, año 2006, pág. 31).

Esta cesión de facultades o creación de derechos se genera, por lo general, en forma gratuita, sin perjuicio de que el concesionario contrae ciertas obligaciones, más o menos onerosas según el caso, como lo sería la construcción de una obra, como en el caso de las concesiones de obras públicas, o el pago de una patente que ampara la concesión, como en el caso de las concesiones mineras.

Las concesiones otorgan cierta exclusividad a su titular para desarrollar cierta actividad, prestar determinados servicios o extraer ciertos bienes, excluyendo a otras personas de la posibilidad de desarrollar tales actos en el marco de la concesión. Por tanto, las concesiones, si bien generan ciertas obligaciones para su titular, son, por regla general, un verdadero privilegio para el concesionario, a quien se le confiere la exclusividad para explotar un negocio cuya oferta es limitada por la propia naturaleza del mismo.

Es así como el Estado de Chile tiene el deber de regular la participación de las personas en el desarrollo del país con el objeto de contribuir al bien común. Cuando determinados entes de la sociedad traicionan gravemente la confianza con la que el Estado les ha agraciado al conferirles las concesiones y derechos que otorga dentro de su competencia, se hace necesario establecer mecanismos sancionatorios que les impidan a tales personas jurídicas, incluyendo las empresas del Estado, continuar beneficiándose de bienes y actividades tan exclusivas.

A su vez, se hace necesaria la extensión de la aplicación de la Ley N° 20.393 a delitos no contemplados en la misma, particularmente delitos tributarios. Lo anterior, toda vez que los mismos se encuentran en una parte del núcleo normativo que la sociedad considera esencial establecer y respetar, para efectos de resguardar el interés público inherente a la correcta recaudación de los tributos, los cuales permiten al Estado cumplir sus fines específicos contribuyendo al bienestar de la población.

Esta medida tiene por objeto reprimir, precisamente, la vulneración grave y dolosa a las normas que reglan dicha actividad, y que contribuyen a la desestabilización del ordenamiento público y económico de nuestra sociedad.

III. Contenido del Proyecto de Ley.

El Proyecto de Ley pretende hacer extensiva la aplicación de ciertos y graves delitos tributarios a las personas jurídicas, así como agregar la pena de prohibición de adquirir y gozar de concesiones de toda índole en forma temporal o perpetua, y de contratar con el Estado, o conservar la relación. En el evento en que concesiones mineras, y contratos que confieran derechos de uso y goce de las mismas, se encontraren vigentes, caducarán de pleno derecho.

Se ha evitado declarar la caducidad de otro tipo de concesiones, como las eléctricas, de gas y de aguas, con el objeto de no perjudicar el abastecimiento de la población, no obstante lo cual, el concesionario condenado no podrá adquirir nuevas concesiones, en forma temporal o perpetua, según la sentencia que se le dictare en su contra.

PROYECTO DE LEY.

“Artículo único. Modifíquese la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, en el siguiente sentido:

1.- Incorpórese en el Artículo 1°, entre las alocuciones “ley N° 18.314” y la siguiente conjunción “y”, la siguiente frase precedida por una coma (,):

‘en los numerales 4., 5. y 24. del artículo 97 del Código Tributario, en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 20.544’

2.- Incorpórese al final del Artículo 8° un nuevo numeral 6) con el siguiente enunciado:

‘La prohibición temporal o perpetua de adquirir, usar y gozar, a cualquier título, de toda clase de concesiones mineras, marítimas, portuarias, de acuicultura, sanitarias, eléctricas, de gas, de obras públicas, de casinos de juego, de telecomunicaciones, y de toda otra índole.’

3.- Incorpórese el siguiente nuevo Artículo 13 bis:

‘Prohibición temporal o perpetua de adquirir, usar y gozar, a cualquier título, de toda clase de concesiones mineras, marítimas, portuarias, de acuicultura, sanitarias, eléctricas, de gas, de obras públicas, de casinos de juego, de telecomunicaciones, y de toda otra índole. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a ser titular de concesiones del Estado para hacer uso de un derecho de explotación de servicios o bienes.

Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

1) Prohibición perpetua de adquirir, usar y gozar, a cualquier título, de toda clase de concesiones.

2) Prohibición temporal de adquirir, usar y gozar, a cualquier título, de toda clase de concesiones. Su duración se graduará del siguiente modo:
a) En su grado mínimo: de dos a tres años.
b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.
c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada.

Esta sanción no afectará en modo alguno las concesiones que se encontraren vigentes a la fecha en que la sentencia condenatoria se encontrare ejecutoriada, sin perjuicio de la excepción establecida en el inciso siguiente.

Si a la fecha en que la sentencia condenatoria se encontrare ejecutoriada la persona jurídica sancionada fuese titular de una o más concesiones mineras, o de algún derecho de uso o goce respecto de éstas, caducarán de pleno derecho tales concesiones o derechos, siendo responsable la referida persona jurídica, en este último caso, de todos los perjuicios que causare a el o los contratantes que les hubieren conferido tales derechos. La sentencia que declare la caducidad de una concesión ordenará la cancelación de las respectivas inscripciones en los registros del Conservador de Minas que corresponda.’

4.- Incorpórese en el Artículo 14 numeral 1.-, un nuevo literal e), con el siguiente texto:

‘Prohibición temporal o perpetua de adquirir, usar y gozar, a cualquier título, de toda clase de concesiones mineras, marítimas, portuarias, de acuicultura, sanitarias, eléctricas, de gas, de obras públicas, de casinos de juego, de telecomunicaciones, y de toda otra índole en su grado máximo a perpetuo.’

5.- Incorpórese en el Artículo 14 numeral 2.-, un nuevo literal d), con el siguiente texto:

‘Prohibición temporal o perpetua de adquirir, usar y gozar, a cualquier título, de toda clase de concesiones mineras, marítimas, portuarias, de acuicultura, sanitarias, eléctricas, de gas, de obras públicas, de casinos de juego, de telecomunicaciones, y de toda otra índole en su grado mínimo a medio.’

6.- Incorpórese en el Artículo 15, entre las alocuciones “Código Penal,” y la siguiente conjunción “y”, la siguiente frase:

‘en los numerales 4., 5. y 24. del artículo 97 del Código Tributario, en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 20.544,’