

ABOGADO PROVINCIAL DE TESORERIA: ROL Y COMPETENCIAS.

Autor: Claudio Alberto Morales Borquez.

En el contexto del procedimiento de cobro de obligaciones tributarias en dinero regulado en los artículos 168 y siguientes del Código Tributario existe una figura de enorme interés: el abogado provincial.

El Abogado Provincial junto con el Tesorero/Juez Sustanciador conforma lo que la Tesorería General¹ ha venido en llamar reiteradamente un tribunal especial.

El abogado provincial resulta ser una verdadera paradoja en este proceso por dos razones. La primera, pese a lo que se acostumbra a sostener, el abogado provincial no es un abogado de cobranza y sin embargo es ese el rol que se le ha asignado. La segunda, es que el abogado provincial tiene más potestades que el mismo Juez sustanciador e incluso sobre él.

La inercia funcional y cultural mantiene al abogado provincial bajo el rótulo de “abogado de cobranza” que poseía hasta el año 1968 cuando el proceso ejecutivo de cobro de impuestos estaba a cargo del Departamento de Cobranza del Consejo de Defensa del Estado. Sin embargo, con la reforma del DFL 2 de Hacienda del año 1968 su denominación y funciones fueron modificadas transformándose en un abogado cuya principal obligación es velar por la legalidad del proceso a falta de un juez letrado en la etapa administrativa del proceso.

Si se revisa el texto vigente del Título V del libro Tercero del código tributario y la historia del procedimiento de cobro de obligaciones tributarias en dinero se puede concluir que el abogado provincial es el funcionario que detenta mayores potestades en este procedimiento.

El abogado provincial es desde ya el llamado por ley constituirse como el guardián de la legalidad del proceso.

Sus potestades no solo superan a las del Tesorero/Juez, sino que tiene facultades para fiscalizar el actuar del juez sustanciador y dictar resoluciones obligatorias para el juez y los demás funcionarios.

¹ Digo solo la Tesorería ya que mientras el Servicio Público ha defendido la tesis de ser un tribunal especial las Cortes Superiores de Justicia no han utilizado esa nomenclatura haciendo solo referencia al ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte del Juez Tesorero. Aún es notable apreciar que hay casos en que la propia Tesorería ha rechazado la denominación de Tribunal especial.

Sin embargo, en la práctica tales potestades son baladíes debido al diseño orgánico y funcional que rodea su actividad y que le impiden ejercerlas con autonomía, imparcialidad e independencia.

La ley convierte al abogado provincial en el guardián de la legalidad, del orden de los procesos y de la conducta funcionaria. Así, por ejemplo dice el Código Tributario que el abogado debe velar por la estricta observancia de los preceptos de este título y por la corrección y legalidad de los procedimientos empleados por las autoridades administrativas (artículos 179 inciso 2 y 193 del Código Tributario)², resultando de tal magnitud las potestades del abogado que puede incluso adoptar resoluciones obligatorias para poner fin a faltas o abusos cometidos por el juez sustanciador durante el juicio, debiendo el abogado informar al Tesorero Provincial para la adopción de las medidas administrativas y aplicación de sanciones.

Como se aprecia a primera vista, esta última atribución es un arma sin municiones si se considera que el juez sustanciador, cuya conducta el abogado debe corregir y sancionar, es el mismo Tesorero quien es a la vez el superior jerárquico del abogado.

Parafraseando al profesor Fernando Atria³, si respecto del tesorero/juez sustanciador pudiera afirmarse su improbabilidad de jurisdicción, del abogado provincial habría que sostener derechamente su imposibilidad de jurisdicción. Y es que el abogado provincial no solo tiene una duración efímera en el cargo sino que además no cuenta con **garantía de inamovilidad ni garantías contra presiones internas ni externas.**

La improbabilidad de jurisdicción no es por cierto un reproche al funcionario sino que al diseño del sistema toda vez que es **el Estado el obligado a asegurar** a los operadores de justicia de garantías reforzadas.

El abogado provincial está sujeto jerárquicamente al tesorero de quien depende su renovación de contrata y quien lo calificará teniendo presente su obediencia y el

² Hasta antes de la reforma del DFL 2 de 1968 existía la posibilidad de alegar nulidades y de interponer recursos de apelación (artículo 180 inciso 4; 190 y 183 del Código Tributario previo al DFL 1 del Ministerio de Hacienda 1968). El Código Tributario reformado por el DFL 2 de 1968 dejó en manos del tesorero/juez sustanciador y del abogado provincial la potestad de corregir los vicios y velar por la legalidad del procedimiento.

³ Atria (2007), Ob. cit. La improbabilidad de la Jurisdicción. Fernando Atria. en 114 en foco, 5-10, disponible en http://www.expansivaudp.cl/media/en_foco/documentos/14112007100957.pdf.

cumplimiento de las metas de desempeño. Así, en la práctica el abogado se verá obligado a consultar en forma previa de toda resolución con su superior jerárquico el cual aprobará, rechazará o corregirá el proyecto de resolución, aun cuando se traten de potestades exclusivas del abogado.

Es difícil imaginar más que esterilidad en lo referido al cumplimiento efectivo y asertivo de su deber de velar por la legalidad del proceso y no es razonable esperar independencia o imparcialidad en el ejercicio que el ejercicio de sus potestades. Así por ejemplo se puede constatar que pese a que las Cortes superiores de justicia no dudan en declarar procedente el recurso de apelación y el abandono de procedimiento en etapa administrativa los abogados provinciales sin excepción siguen rechazándolos toda vez que aquella es la posición institucional.

En el eventual caso de existir voluntad de tomar el manto de custodia de la legalidad las posibilidades de sobrevivencia serán mínimas por la situación fáctica y el rol asignado dentro del proceso.

Sería tal vez aconsejable esperar que el abogado provincial (e incluso el Tesorero) resuelva como lo haría un buen acreedor y no como lo haría un buen juez, ya que es en esa dirección en la que están dados los incentivos y estructurado el diseño del proceso.

En cuanto al acento de las funciones del abogado en un paralelo con las del juez sustanciador se observa que sobre el juez sustanciador recae la gestión del proceso en la primera etapa y sobre el abogado la de resolver los nudos que se presenten en el avance del proceso tales como las defensas, alegaciones, excepciones y en general las cuestiones de legalidad. Así por ejemplo el Tesorero/Juez dicta el mandamiento de ejecución y embargo, habilita domicilios y ordena ampliar el embargo y el abogado debe resolver las alegaciones y defensas que se presenten.

Solo en la segunda etapa del proceso el abogado se hace cargo del avance y gestión del proceso, pero no en calidad ni con las potestades de resolutor, sino que actúa como "parte del proceso" por lo cual deberá solicitar al juez civil ordinario las gestiones para que avance el proceso. Este tránsito de resolutor a parte en un mismo proceso debe desde ya llamar la atención.

En cuanto a sus potestades en la primera etapa el abogado detenta competencias para resolver excepciones y alegaciones y posee el monopolio del rechazo de las excepciones, alegaciones y defensas por lo cual sus potestades superan a las del mismo tesorero/juez, el cual nunca podrá rechazar excepciones, alegaciones y defensas.

En concreto las competencias del abogado provincial.

1. Pronunciarse sobre la excepción de pago de la deuda, para rechazarla o acogerla parcialmente (artículo 178 inciso 1 y 3 del Código Tributario).
2. Pronunciarse sobre la excepción de prescripción, para rechazarla o acogerla (artículo 178 inciso 3 del Código Tributario).
3. Pronunciarse sobre la excepción de no empecer el título al ejecutado, para rechazarla o acogerla (artículo 178 inciso 3 del Código Tributario).
4. Pronunciarse sobre las alegaciones o defensas que se fundamenten en errores o vicios manifiestos de que adolezca el cobro, sólo para rechazarlas (artículo 178 inciso 2 y 179 inciso 2 del Código Tributario).
5. Acoger íntegramente la excepción de pago de la deuda, cuando el tesorero/juez sustanciador no se hubiere pronunciado dentro del término de 5 días (artículo 178 inciso 4 del Código Tributario).
6. Acoger las alegaciones o defensas que se fundamenten en errores o vicios manifiestos de que adolezca el cobro, cuando el juez sustanciador no se hubiere pronunciado dentro del término de 5 días (artículo 178 inciso 4 del Código Tributario).
7. Ordenar que se corrija cualquier deficiencia de que pudiere adolecer el proceso (artículo 179 inciso 2 del Código Tributario).
8. Velar por la estricta observancia de los preceptos del libro III, Título V, del Código Tributario y por la corrección y legalidad de los procedimientos empleados por las autoridades administrativas en la sustanciación de estos juicios (artículo 193 inciso 1 del Código Tributario).
9. Resolver los reclamos de los contribuyentes por faltas y abusos cometidos durante el juicio por el juez sustanciador o sus auxiliares, adoptando las resoluciones que tengan por fin poner pronto remedio al mal que motiva la reclamación, las que serán obligatorias para dichos funcionarios, debiendo informar al tesorero provincial que corresponda para que éste adopte las medidas administrativas y aplicación de las sanciones que procedan (artículo 193 inciso 2 del Código Tributario).
10. Realizar un informe con carácter de obligatorio para que el tesorero resuelva las cuestiones que se susciten entre deudores y el Fisco y que no tengan señalado un procedimiento especial (artículo 190 inciso 1 del Código Tributario).

11. Asumir la representación y patrocinio del Fisco en todos aquellos asuntos de carácter judicial que se produzcan o deriven del cobro, pago o extinción de obligaciones tributarias y créditos fiscales (artículo 186 inciso 1 del Código Tributario).

Si se atiende a que el Tesorero/Juez es el superior jerárquico del abogado y éste le debe obediencia a aquél, hay que preguntarse si las potestades resolutorias del abogado tendrán un correlato en la realidad, ya que no parecen existir buenas razones que lo motiven a ejercerlas, resultando este exceso de potestades más bien incómodas. Es difícil, por ejemplo, imaginar al abogado provincial ejerciendo potestades de corrección y sanción sobre el Juez Sustanciador.

¿Resolvería el abogado en contra de los intereses de la Tesorería? ¿Resolvería el abogado en contra de los intereses de su superior jerárquico?

Así, por ejemplo, se puede observar lo que acontece con el artículo 190 del código tributario, el cual dispone que las cuestiones que no tengan señaladas un procedimiento especial se tramitarán de forma incidental sin forma de juicio y se resolverán por el Tesorero previo informe del abogado. Pero bueno, dado que las alegaciones, las defensas y las excepciones ya tienen asignado un procedimiento especial en los artículos 178 y 179 del Código Tributario queda un reducido margen de acción para la aplicación del artículo 190 convirtiéndose en un procedimiento residual. Luego, pese a tener los Abogados Provinciales el monopolio de las potestades para rechazar las alegaciones y las defensas (e incluso para acogerlas si el Tesorero no lo hace dentro de 5 días), en la práctica los abogados las redirigen para ser resueltas por el Tesorero mediante la aplicación del artículo 190 del Código Tributario.

EL ABOGADO PROVINCIAL EN LA HISTORIA DEL PROCESO EJECUTIVO DE COBRO DE IMPUESTOS.

Hasta el año 1967, el cobro de impuestos morosos lo realizaba el Consejo de Defensa del Estado mediante un procedimiento ejecutivo de naturaleza judicial tramitado en su totalidad ante los tribunales ordinarios civiles.

La Tesorería General solo participaba de este proceso creando el título ejecutivo y remitiéndolo al consejo de defensa del estado.

Este juicio ejecutivo no tenía mayores complejidades y los roles dentro de este proceso estaban claramente distinguidos. Se tramitaba por el Consejo de Defensa del Estado como demandante ante los tribunales civiles ordinarios.

Los controles judiciales de los actos procesales eran básicamente:

a. El derecho de solicitar las nulidades procesales que procedan. (Artículo 180 inciso último, posteriormente artículo 177 código tributario):

b. Recurso de apelación. (Artículo 183 código tributario)

c. La interposición de incidentes y en contra de la resolución recaídos en ellos procedía el recurso de apelación (artículo 190 código tributario)

d. La consulta para las sentencias que negaren lugar a la demanda y que no se apelaren (artículo 191 del código tributario)

La ley asignaba expresamente al abogado del Consejo de Defensa del Estado la denominación de “abogado de cobranza”. No existía ni para el abogado de cobranza, ni para el consejo de defensa del estado el deber de velar por la legalidad de los procesos ni de corregir los errores en el cobro.

Con fecha 31 de enero de 1967 se dicta la ley 16617 la cual en el artículo 151 le entregó dos facultades al Presidente de la Republica:

a. facultó al Presidente de la Republica para dictar un DFL y traspasar las potestades de cobro de impuestos del consejo de defensa del estado a la Tesorería y,

b. facultó al Presidente de la Republica para para reemplazar el procedimiento judicial vigente y crear un procedimiento administrativo.

El Presidente de la Republica en uso de las facultades que le otorgó la ley 16617, dictó el DFL 2 de Hacienda del año 1968 mediante el cual traspasó las facultades de cobro desde el Consejo de Defensa del Estado a la Tesorería General de la Republica modificando el procedimiento ejecutivo de manera de transformarlo en un proceso ejecutivo especial que contaba con dos etapas: una administrativa y otra judicial.

En la etapa administrativa tramitada por y ante la propia Tesorería el Tesorero asumía las funciones de Juez/Sustanciador y al abogado se le entregaban una serie de resolutivas. Esta etapa comenzaba con la creación del título ejecutivo y la dictación del mandamiento de ejecución y embargo y terminaba con la realización del embargo.

La etapa judicial comenzaba con la solicitud que realizaba el abogado provincial al tribunal civil ordinario para la realización de los bienes embargados.

Desaparece (al menos en el texto del código tributario) el derecho de solicitar nulidades procesales e incidentes y se le entrega por primera vez al abogado comunal de la tesorería el rol de guardián de la legalidad del proceso (artículo 193 CT).

ABOGADO PROVINCIAL EN CUANTO FUNCIONARIO PÚBLICO Y DEBER DE LEGALIDAD.

Para entender a cabalidad el rol del abogado provincial de tesorería se debe atender además a la calidad del abogado en cuanto funcionario público perteneciente a un Órgano de la Administración del Estado. En este sentido existen una serie de normas que orientan su función.

El artículo 3 de la Constitución Política del Estado señala que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”.

El artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política del Estado “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y agrega que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

El artículo 6 de la Constitución Política del Estado señala que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

El artículo 8 de la Constitución Política del Estado señala a su vez que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”

El artículo 11 bis de la ley 18575 señala que los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa.

El artículo 54 de la ley 18575 agrega que las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.

El artículo 64 n° 8 de la ley 18575 señala que vulnera el principio de probidad administrativa contravenir con el deber de legalidad en el desempeño de los cargos públicos con grave entorpecimiento del ejercicio de los derechos ciudadanos.

Este deber de legalidad en el desempeño de los cargos públicos que recae en general sobre todos los funcionarios de la administración del estado adopta una forma especial sobre el abogado provincial al cual la ley le exige un rol más activo toda vez que el artículo 193 del código tributario le ordena velar por la estricta observancia de los preceptos de este Título y por la corrección y legalidad de los procedimientos empleados por las autoridades administrativas en la sustanciación de estos juicios.

Sucintamente se puede decir que respecto del deber de velar por la legalidad del proceso no es una facultad sino que una potestad y que no se encuentra limitado a una etapa del proceso.

Este control que debe realizar el abogado resulta tan intenso, que puede ordenar al Tesorero a corregir los vicios del proceso e incluso puede el abogado conocer de los reclamos interpuestos por los contribuyentes en contra de faltas o abusos cometidos durante el juicio por el juez sustanciador o sus auxiliares (inciso segundo del artículo 193 del código tributario). Además, y de conformidad al artículo 179 inciso segundo y tercero del código tributario el abogado Provincial previo a pasar los expedientes a segunda etapa debe comprobar que los expediente se encuentren completos y, en su caso, ordenará que se corrijan por la Tesorería Comunal cualquiera deficiencia de que pudiere adolecer.

Los deberes del abogado que emanan de los artículos 179 y 193 del código tributario interpretados de forma armónica requieren un rol activo del abogado en el control de la legalidad durante todo proceso. Estos deberes desde el punto de vista de su intensidad y profundidad, no disminuyen en ninguna parte del proceso.

Lo que si ocurre, es que cambia la forma en que se da cumplimiento a tales deberes. Así, en la primera etapa podrá el abogado corregir dictando directamente las resoluciones o bien ordenando al tesorero que dicte las resoluciones que correspondan, cuestión que el Tesorero deberá obedecer.

En la segunda etapa del procedimiento el abogado en cuanto parte del proceso que conoce esta vez el tribunal civil, deberá arbitrar las medidas poniendo en conocimiento del tribunal civil los eventuales vicios del proceso, bien solicitando la corrección, la nulidad o pidiéndole al tribunal que resuelva conforme a derecho. Así por ejemplo si el

abogado observa un vicio previo a un remate de un bien raíz tendrá la obligación de detener el remate. Una concepción contraria resultaría insostenible.

CONCLUSIÓN.

El abogado provincial es el funcionario con mayores potestades dentro del proceso. Sus potestades abarcan competencias resolutivas, control de legalidad, dirección y gestión del proceso.

El abogado de tesorería no es en ningún caso un abogado de cobranza, sino que es el funcionario encargado de velar por la legalidad del proceso y de que las actuaciones de los funcionarios de tesorería, incluido el propio Juez Sustanciador y del Tesorero⁴, sea realizada con apego a la legalidad.

El abogado debe orientar sus potestades al servicio de la persona humana con respeto y promoción a los derechos garantizados por la Constitución, observando los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, control y probidad.

El rol del abogado no puede considerarse ajustado a derecho por la mera contemplación de una ilegalidad o vicio procesal, aunque su autoría le resulte ajena, aunque sea obra de otro actor o incluso en sede del tribunal civil, se le exige el abogado un rol activo, eficiente y eficaz en el mantenimiento del orden legal.

Sin el adecuado ejercicio del rol del abogado el procedimiento ejecutivo de obligaciones tributarias va a carecer de un adecuado control, derivando en procesos de frágil legalidad.

Finalmente hay que señalar que en el actual contexto orgánico y funcional es sumamente complejo exigirle al abogado provincial, en cuanto operador de justicia, que cumpla a cabalidad su rol en el proceso y ejerza sus potestades que la ley le mandata ya que el Estado no le asegura garantías mínimas⁵ para que pueda ejercer el rol al que esta llamado.

⁴ Existe la posibilidad que las funciones de Tesorero y de Juez Sustanciador son ejercidas respecto a un mismo territorio por funcionarios diferentes.

⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 5 diciembre 2013 se ha pronunciado largamente sobre las garantías mínimas de los operadores de justicia en el texto “garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las américas

su rol con independencia o de la misma forma en que lo haría un tercero ajeno e imparcial.