



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

Norma General Antielusión en Chile: Un estudio jurisprudencial comparado

Alejandro Saavedra Bastía
Memoria para optar al Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: Juan Manuel Baraona Sainz
Santiago, 2019

A mi madre, por su enorme generosidad y crianza mediante el ejemplo.

A mi padre, por mostrarme la simpleza de la vida.

A mis abuelos Ruperto y Dora, que desde arriba siguen orgullosos mis pequeños logros.

INDICE

RESUMEN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	19
CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO NACIONAL	19
1.- <i>Impuestos como la principal fuente de financiamiento.</i>	19
2.- <i>¿Chile cumple sus deberes tributarios de Renta e IVA?</i>	21
2.1.- Índices de Evasión según el profesor Michel Jorrat	21
2.2.- Índices de Evasión según el Servicio de Impuestos Internos.	24
2.2.1.- Índices de Evasión en el Impuesto de Primera Categoría	24
2.2.2.- Índices de Evasión en el Impuesto a las Ventas y Servicios.	25
CAPÍTULO II	29
REVISIÓN DE IMPORTANTES CONCEPTOS PARA LA COMPRENSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	29
1.- <i>Revisión de conceptos a objeto de la investigación y análisis de legalidad respecto a los mismos</i>	29
1.1.- Evasión Tributaria.....	29
1.2.- Elusión Tributaria.	31
1.2.1.- Elusión Tributaria previo a la entrada en vigencia de la Ley 20.780..	32
1.2.2.- La Elusión Tributaria posterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.780	35
1.3.- Planificación Tributaria o Economía de Opción.	37
2.- <i>Importancia de estos conceptos para el análisis de las NGA</i>	39
CAPÍTULO III	43
EXPERIENCIA INTERNACIONAL SEGÚN DISTINTAS TRADICIONES JURÍDICAS	43
1.- <i>Cómo se enfrentan otros países a los problemas relativos a elusión fiscal y cumplimiento de la ley tributaria. ¿Todos tienen sus propias GAAR's?</i>	43
I. El caso de Alemania	43
II. El caso de España	47
III. El caso de Estados Unidos	55
III.1. Interpretación de la legislación tributaria en Estados Unidos.	56
III.1.1. Textualismo. Filosofía del Ministro de la Corte Suprema estadounidense Antonin Scalia.	56
III.1.2. Doctrinas del Fondo sobre la Forma en Estados Unidos.....	58
1.- Economic Substance	58
2.- Substance over form	59
3.- Step Transaction	60
4.- Business Purpose	61
5.- Sham Transaction	61
III.2.- Introducción de una GAAR a la legislación estadounidense.....	62
III.3.- Conclusión	64
IV. El caso de Reino Unido	64
IV.1. Introducción de la General Anti-Abuse Rule a la legislación británica. ...	65
CAPÍTULO IV	69
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA	69

1.-	<i>ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA</i>	69
1.1.-	Gregory vs Helvering (1935)	69
1.1.1.-	Situación de la contribuyente y normativa aplicable	69
1.1.2.	¿Por qué el plan de los asesores tributarios funcionaría? Los hechos.	71
1.1.3.	Explicación de la asesoría efectuada a la señora Gregory. Trasfondo jurídico y económico.	72
1.1.3.	Análisis Judicial	73
1.1.3.1.	Court of Appeals of Second Circuit.	73
1.1.3.2.	Supreme Court.	76
1.1.4.	Importancia del caso Gregory v. Helvering. ¿Fondo sobre forma?	77
1.2.	Knetsch v. United States (1960)	82
1.2.1.	Introducción	82
1.2.2.	Hechos del caso y estatutos aplicables	82
1.2.2.1.	Primer año: 1953.....	82
1.2.2.2.	Segundo año: 1954.....	83
1.2.3.	Análisis económico	85
1.2.3.1.	Primer año, 1953	85
1.2.3.2.	Segundo año, 1954	86
1.2.4.	Sentencia de la Supreme Court of Justice.	87
1.2.5.	Conclusiones del caso. Similitud total con el razonamiento en “Gregory v. Helvering”.....	89
1.3.	Cottage Savings Association v. Commisioner (1991)	93
1.3.1.	Introducción	93
1.3.2.	Hechos del caso y estatutos aplicables.....	93
1.3.3.	Fallo de la Court of Appeals of Sixth Circuit.	96
1.3.4.	Fallo de la Supreme Court of Justice.	99
1.3.5.	Conclusiones del caso Cottage Savings Association v. Commisioner. ...	103
1.4.	ACM Partnership (1999)	104
1.4.1.	Introducción	105
1.4.2.	Hechos del caso.	105
1.4.3.	Resumen de consecuencias tributarias:.....	108
1.4.4.	Normativa aplicable	109
1.4.4.	Sentencia de la Court of Appeals of Third Circuit (23 de octubre de 1998) 110	
1.4.4.1.	Economic Substance Analysis.	110
1.4.4.2.	Actuales pérdidas económicas sufridas por ACM.	111
1.4.5.	Sentencia de la Supreme Court of Justice (1999)	112
1.4.6.	Conclusiones sobre el caso.	114
1.5.	Coltec v. United States (2007)	116
1.5.1.	Introducción.	116
1.5.2.	Hechos del caso.....	117
1.5.3.	Normativa aplicable.	119
1.5.4.	Fallo de la Corte de Apelaciones del Circuito Federal.....	120
1.5.4.1.	Desacuerdo con el fallo de primera instancia. La aplicación de la sección 358 (d) corresponde.....	121
1.5.4.2.	La excepción de la sección 357 (c) (3).....	121
1.5.4.3.	La contra excepción de la sección 357 (b) (1): Propósito elusivo o falta de propósito de negocios <i>bona fide</i>	123
1.5.4.4.	Doctrina del fondo económico.....	124

1.5.4.5. Aplicación de las doctrinas del fondo económico al caso particular.	129
1.5.5.- Corte Suprema de Justicia	131
1.5.6. Conclusiones	133
1.6. Myria Holdings v. Iowa Department of Revenue (2017)	135
1.6.1. Introducción	135
1.6.2. Hechos del caso	136
1.6.3. Normativa aplicable.	137
1.6.4. Análisis de la Corte Suprema de Iowa.	138
1.6.4.1. Interpretación de la sección 422.34 (A)	138
1.6.4.2. Argumentos del Grupo Empresarial	139
1.6.5. Conclusiones	141
1.7.- Conclusiones respecto a la jurisprudencia estadounidense	141
2.- <i>REINO UNIDO</i>	145
2.1. Duke of Westminster v. Commissioners of Inland Revenue (1935)	145
2.1.1. Introducción	145
2.1.2. Hechos del caso	145
2.1.3. Sentencia de la House of Lords (7 de mayo de 1935)	146
2.1.3.1. Voto del Justice Sr. Finlay y Lord Atkin.	146
2.1.3.2. Lords Hanworth, Slesser, Romer, Tomlin, Russell of Killowen, Macmillan, Wright	149
2.1.4. Conclusiones	156
2.2. W.T. Ramsay v. IRC (1981)	157
2.2.1. Introducción	157
2.2.2. Hechos del caso.	158
2.2.3. Análisis económico de la planificación llevada a cabo por W.T. Ramsay analizada paso a paso.	161
2.2.4. Normativa aplicable al caso	163
2.2.5. Sentencia de la House of Lords (1981)	163
2.2.6. Conclusiones	167
2.3. Furniss v. Dawson (1984)	169
2.3.1. Introducción	170
2.3.2. Hechos del caso	170
2.3.3. Normas aplicables al caso	171
2.3.4. Sentencia de la House of Lords (1984)	172
2.3.4.1. Argumentación de Lord Brightman	173
2.3.5. Conclusión	176
2.4. Barclays Mercantile Business Finance Limited v. Mawson (2004)	178
2.4.1. Introducción	178
2.4.2. Hechos del caso	178
2.4.2.1. La operación.	179
2.4.2.2. ¿El problema? Barclays Bank.	180
2.4.3. Normativa aplicable.	182
2.4.4. Fallo del Special Commissioners y Corte de Apelaciones.	182
2.4.5. Fallo de la House of Lords	184
2.4.6. Conclusión	187
2.5. Commissioners of Inland Revenue v. Scottish Provident Institution (2004)	190
2.5.1. Introducción.	190
2.5.2. Hechos del caso	190

2.5.2.1. El esquema: Contrato de Opciones y <i>gilts</i> .	191
2.5.2.2. Implementación de la planificación tributaria y su objeto: creación de pérdidas deducibles.	192
2.5.3. Normativa aplicable.	194
2.5.4. Fallo de la House of Lords.	194
2.5.6. Conclusiones y análisis del principio Ramsay.	198
2.6. Rangers Football Club Plc v. Advocate General for Scotland (2017)	202
2.6.1. Introducción	202
2.6.2. Los hechos.	202
2.6.3. Normativa aplicable.	205
2.6.4. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Escocia.	206
2.6.4.1. Interpretación de la legislación.	208
2.6.4.2. Aplicación de la legislación a los hechos.	210
2.6.5. Conclusión.	211
2.7.- Primera aplicación en la historia de la GAAR británica (18 julio de 2017)	213
2.7.1.- Introducción	213
2.7.2.- Hechos del caso.	214
2.7.3.- GAAR Advisory Panel	215
2.7.3.1.- ¿Por qué la planificación funcionaría?	215
2.7.3.2.- Razonamiento del GAAR Advisory Panel	216
2.7.4.- Conclusión	217
2.8. Conclusiones respecto a Reino Unido y su relación con casos de elusión tributaria.	219
3.- ESPAÑA	221
3.1.- Compra y venta de acciones (6 de mayo de 1988, STS 3331/1988)	221
3.1.1. Introducción	221
3.1.2. Hechos del caso.	221
3.1.3.- Fundamentación de derecho	222
3.1.3.1.- Eguaras S.A.	222
3.1.3.2.- Comunidad Foral de Navarra	223
3.1.4.- Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Contencioso.	224
3.1.5.- Conclusión.	226
3.2.- Traspaso de acciones entre familiares (26 de marzo de 1998, STS 2017/1998)	227
3.2.1.- Introducción	227
3.2.2.- Hechos del caso.	228
3.2.3.- Argumentación Jurídica del caso	229
3.2.3.1.- Contribuyente	229
3.2.3.2.- Tribunal Supremo de España.	230
3.2.4.- Conclusión	233
3.3.- Caso “Chocolates Hueso” (STS 2059/2008)	234
3.3.1.- Introducción	234
3.3.2.- Hechos del caso	234
3.3.3.- Explicación económica de las operaciones llevadas a cabo.	235
3.3.4.- Sentencia del Tribunal Supremo Español.	238
3.3.5.- Conclusiones	241
3.4.- Barcelona y los derechos de imagen de sus jugadores (STS 4189/2008)	243
3.4.1.- Introducción	243
3.4.2.- Hechos del caso.	244

3.4.2.1.- Conceptos contractuales por los que Barcelona remunera a sus jugadores/cuerpo técnico.....	244
3.4.2.2.- Operativa contractual de los Derechos de Imagen.....	246
3.4.3.- Reglamentación aplicable al caso.....	247
3.4.4.- Razonamiento del Tribunal Supremo de España.	250
3.4.5.- Conclusiones.....	256
3.5.- Colgate Palmolive Holding (20 de mayo de 2016, STS 2203/2016).....	258
3.5.1.- Introducción.....	258
3.5.2.- Hechos del caso.....	258
3.5.2.1.- Sociedades participantes de la operación.....	258
3.5.2.2.- Adquisición de sucursal en Grecia.....	259
3.5.3.- ¿Cuál fue el problema en la reorganización empresarial de Colgate?	260
3.5.4.- Actuación ante el Tribunal Supremo Español.....	263
3.5.4.1.- Descargos de Colgate Palmolive Holding.....	263
3.5.4.2.- Razonamiento del Tribunal Supremo Español.	265
3.5.6.- Conclusiones.....	267
3.6.- Conclusiones respecto a la jurisprudencia estudiada en España.	269
4.- <i>Panorama general de la elusión acorde a la jurisprudencia de los países analizados.</i>	271
CAPÍTULO V	275
LA NORMA GENERAL ANTIELUSIÓN CHILENA.....	275
1.- <i>Introducción de la Norma General Antielusión en la legislación nacional.....</i>	<i>275</i>
2.- <i>Norma Antielusiva Chilena. Artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario.</i>	<i>276</i>
2.1.- Norma central: Artículo 4 bis del Código Tributario.....	276
2.1.1.- Nacimiento y exigibilidad de las obligaciones tributarias.....	276
2.1.2.- Buena fe tributaria.....	279
2.1.3.- Principio de Especialidad.	281
2.1.4.- Carga de la prueba y procedimiento especial.	282
2.2.- Artículo 4 ter del CT.	283
2.2.1.- Primera parte del artículo.	283
2.2.2.- Concepto de Abuso de las Formas Jurídicas.	284
2.2.3.- Fines distintos al mero ahorro tributario.....	285
2.2.4.- No todo ahorro tributario es elusivo.....	287
2.2.4.1.- Requisitos de la planificación tributaria.....	288
2.2.5.- Exigibilidad de la obligación tributaria que emana del hecho imponible.	290
2.3.- Artículo 4 quáter. Simulación Tributaria.	290
2.3.1.- Redacción del artículo.	290
2.3.2.- Análisis de su relación con el artículo 97 N° 4 inciso tercero del Código Tributario.	291
2.4.- Artículo 4 quinquies. Solicitud de declaración de abuso o simulación y sus requisitos.....	293
2.5.- Artículo 160 bis del CT. Procedimiento de declaración de abuso o simulación.	294
2.6.- Artículo 100 bis del CT. Sanción a los asesores tributarios.	296
2.6.1.- El texto legal.....	296
2.6.2.- A quien va dirigida la norma sancionatoria.	297

2.6.3.- Naturaleza de la responsabilidad	297
2.6.3.1.- Principio de legalidad y tipicidad.	298
2.6.3.2.- Presunción de Inocencia.....	299
2.6.4.- Conducta sancionada: Diseño y Planificación.....	300
2.6.5.- Responsabilidad infraccional de la persona jurídica. Directores o Representantes Legales.....	301
2.6.6.- Conclusión sobre el artículo 100 bis CT.	301
3.- <i>Problemas de la norma antielusiva chilena.</i>	303
3.1.- Principios del derecho afectados por la norma general antielusiva. Principio de legalidad, tipicidad, irretroactividad y certeza jurídica.....	304
3.2.- Dificultades procedimentales de la norma general antielusiva.	306
4.- <i>Posibles modificaciones a la norma antielusiva general. “Proyecto de Modernización Tributaria”.</i>	309
4.1.- Interpretación de la legislación tributaria.....	310
4.2.- Naturaleza de la obligación tributaria.	310
4.3.- Obligatoriedad en la utilización de este procedimiento para que el SII desconozca la forma de los actos jurídicos.	311
4.4.- ¿Mayor aplicabilidad de la NGA?	312
4.5.- Norma especial antielusión.....	313
4.6.- Artificialidad notoria.	314
4.7.- Exclusión de la Simulación	315
4.8.- Conclusión.....	315
5.- <i>Tratamiento de la elusión en Chile. Sentencias destacadas.</i>	316
5.1.- Caso Inmobiliaria Bahía S.A. (28 de enero de 2003)	316
5.2.- Coca Cola Embonor S.A. (3 de abril de 2012 fallo del TTA; 6 de junio de 2012 fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica; 23 de julio de 2013 fallo de la Excma. Corte Suprema).	318
5.2.1.- Hechos del caso	318
5.2.2.- Sentencia del TTA de Arica y Parinacota.....	320
5.2.3.- Fallo de la Corte de Apelaciones.	325
5.2.4.- Corte Suprema de Chile	328
5.3.- Caso Flota Hualpén (1 de septiembre de 2014, primera instancia; 12 de agosto de 2015 Corte de Apelaciones de Concepción, 10 noviembre de 2016 Corte Suprema)	331
5.3.1.- Hechos del caso.....	331
5.3.2.- Argumentos del contribuyente.....	332
5.3.3.- Contra argumentación del SII.....	332
5.3.4.- Análisis de la sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero del Biobío. 333	
5.3.5.- Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción	335
5.3.6.- Fallo de la Corte Suprema de Justicia.	336
5.3.7.- Conclusión	338
5.4.- Hermanos Muñoz (27 de julio de 2015)	340
5.4.1.- Hechos del caso.....	340
5.4.2.- Argumentos de las partes.....	341
5.4.3.- Considerandos sobre la elusión tributaria.....	343
5.4.4.- Conclusión.	344
CONCLUSIONES	347
BIBLIOGRAFÍA	351

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como base un aspecto tanto novedoso como controversial que introduce la reforma tributaria chilena (Ley N° 20.780 y Ley N° 20.899) como lo es nuestra primera Norma General Antielusión (en adelante, también, “NGA”). Dado que este tipo de cláusula es nueva en la legislación chilena, es menester analizarla desde un punto de vista comparado, de modo tal de poder conocer la institución, entender cómo ha funcionado en otros países y si ha sido una buena herramienta para poder reforzar el cumplimiento tributario. Este trabajo tiene como pretensión, entonces, poder conocer la institución de la NGA en sí y su aplicabilidad a través de un análisis de jurisprudencia comparada y posterior revisión de la legislación nacional, de manera de poder determinar si podría convertirse en una herramienta útil para hacer frente a la elusión tributaria. Aquello implica adentrarse en su vinculación con conceptos como elusión, evasión y planificación tributaria, conocer cómo se han implementado en otros países cláusulas de este tipo, tanto de tradición de Common Law como de Derecho Continental, y cómo ha sido aplicada por los Tribunales de Justicia de esos países. Esto nos permitirá entender la institución de la NGA de acuerdo a sus fines y propósitos, permitiéndonos determinar si su incorporación al derecho chileno será beneficiosa en cuanto herramienta antielusiva de acuerdo a la aplicación de la misma en el extranjero.

INTRODUCCIÓN

Los Estados, como cualquier persona jurídica, necesitan un modo de financiarse para poder cumplir sus obligaciones, en este caso, con sus ciudadanos. Como señala el profesor Carlos María Giuliani Fonrouge¹, los medios a través de los cuales el Estado obtiene sus recursos son: recursos provenientes de bienes y actividades del Estado (principalmente, ingresos tanto de empresas como de servicios públicos) y recursos provenientes del ejercicio de poderes inherentes a la soberanía o al poder de imperio (refiriéndose al crédito público, sanciones fiscales y a los tributos, los que a su vez se subdividen en impuestos, tasas y contribuciones). El principal modo de financiamiento del Estado es a través de la recaudación vía tributos, razón por la cual es el principal foco de interés al momento de discutir las respectivas leyes de presupuesto².

El Estado se financia para cumplir su rol social para con sus ciudadanos, esto es, proveerlos de acceso a salud, educación y servicios básicos, entre otros. También podría cumplir otras funciones, más secundarias, como desincentivar cierto tipo de comportamiento (v.gr. compraventa de alcohol o cigarrillos), incentivar algún área o mercado que le sea de interés (v.gr. impuestos aduaneros, pensando en la industria nacional), o redistribución del ingreso (v.gr. impuesto progresivo a la renta). Lo importante es que el Estado necesita este financiamiento, porque un Estado que no se puede financiar a sí mismo termina perdiendo su autonomía y con ello, su soberanía, entendida como la capacidad de autorregularse. En consecuencia, **el primer capítulo** de esta investigación versará sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los ciudadanos en Chile, de manera de determinar si el país experimenta el tipo de problema que una NGA pretende resolver: erosión fiscal producto de comportamientos elusivos.

¹ Giuliani Fonrouge, Carlos María. *Derecho Financiero*. Editorial Buenos Aires. 9ª Edición, año 2011. Páginas 194 a 197.

² Ley de Presupuestos del Sector Público año 2017. En su artículo 1 señala que los ingresos totales estimados durante 2017 serán de \$45.373.705.271, de los cuales los ingresos por impuestos serían \$30.845.500.779, vale decir, el 67,98% de los ingresos que se estima Chile percibirá durante el año comercial 2017 serán impuestos, pudiendo concluirse de un modo pacífico que los impuestos son el principal medio de financiamiento del Estado.

Hecho el énfasis en la importancia para un Estado de poder financiarse, y el hecho de que su fuente primera de ingresos es a través de su potestad tributaria, cabe señalar que el Estado busca proteger dicha fuente de ingresos. Los particulares, sujetos pasivos de la obligación tributaria, podrían tener comportamientos que impliquen infracción a sus deberes impositivos, a través de los cuales impedir el nacimiento y exigibilidad de la obligación de tributar, o existiendo esta obligación, disminuirla o simplemente no cumplirla. Estos comportamientos podrían tener un carácter evasivo, elusivo o de planificación tributaria, siendo de primera necesidad establecer diferencias entre los mismos.

El comportamiento evasivo consiste en conductas ilícitas que se llevan a cabo una vez nació la obligación tributaria, producto de haberse cumplido con el presupuesto fáctico del “hecho gravado”, por tanto, hay un incumplimiento consciente de la obligación de pagar impuestos. El comportamiento elusivo, en cambio, suele tratar de evitar el nacimiento de la obligación tributaria, diferirla en el tiempo o aminorarla de acuerdo con la ley tributaria, razón por la cual el fundamento final del actuar del contribuyente es la misma normativa legal, volviendo la persecución de este tipo de comportamiento, aunque necesaria por sus efectos en la base fiscal, más compleja. Los comportamientos evasivos y elusivos³ terminan erosionando la base fiscal del Estado, esto es, disminuyendo el ingreso que éste percibe por su fuente de financiamiento más importante, lo que ha llevado a que se tomen medidas al respecto. El combate del comportamiento evasivo, en términos generales, nunca ha generado mayor debate pues se entiende que el quebrantamiento directo de la norma legal debe ser sancionado, pero no es así cuando la discusión versa sobre la elusión tributaria, puesto que la doctrina ha sostenido razonablemente la legalidad de la misma. La planificación tributaria, en cambio, sería el comportamiento por el cual el contribuyente, en base a la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y el principio de legalidad, ordena sus asuntos de manera de disminuir sus obligaciones fiscales utilizando beneficios claramente establecidos en la legislación tributaria. Como puede apreciarse, la diferencia entre un actuar elusivo y la planificación tributaria pareciera ser exclusivamente de grado, aspecto que será profundizado en el **segundo capítulo** de esta investigación, el cual se enfocará en la discusión de estos importantes conceptos que implica la revisión de una NGA.

³ Mi concepto es que la planificación tributaria no erosiona la base fiscal porque se trata de un beneficio que la ley claramente concede y donde los contribuyentes son libres de acogerse a ellos, razón por la cual, se trata de una situación en que la ley tributaria “beneficia a quien quería beneficiar”.

Debido a que los comportamientos evasivos y elusivos erosionan la base fiscal es que el Estado debió reaccionar, primeramente, a través de la creación de variadas normas específicas antielusión que pretendían evitar que los contribuyentes se aprovecharan de redacciones erráticas de la ley para obtener beneficios legales que no habrían sido pensados para ellos⁴. Sin embargo, aunque estas normas específicas tienen la ventaja de que respecto de ellas existe cierta seguridad sobre qué situaciones son las que regulan, no necesariamente logran cumplir sus fines. La razón radica en que, con el tiempo, el contribuyente podría encontrar un modo de operar que no lo haga cumplir plenamente el tipo tributario que establece la norma, evitando que la misma se le aplique, entre otras situaciones. La Ley N° 20.780 quiso zanjar esta problemática estableciendo un tipo de norma, la NGA, que tiene una lógica distinta a las normas especiales antielusión. Las NGA, en términos simples, consisten en normas antielusivas redactadas genéricamente cuya pretensión es aplicar la tributación correspondiente a la situación que “realmente” ocurrió, privilegiando un análisis de fondo económico por sobre el cumplimiento formal de las leyes. En otros países, de tradición jurídica tanto de Common Law como Civil Continental, también se han enfrentado a los problemas propios de la erosión fiscal y el combate de la elusión, sin embargo, no todos han optado por la incorporación de una “general antiavoidance rule” (o “GAAR”, por sus siglas en inglés) o por lo menos, no inmediatamente. Al respecto, en el **tercer capítulo** de esta investigación se revisará cómo, de acuerdo a sus respectivas tradiciones jurídicas, importantes países han abordado el combate de la elusión, si es que han introducido una NGA a su ordenamiento jurídico y cómo sus tribunales han reaccionado ante casos de elusión tributaria.

El **cuarto capítulo** de esta investigación se enfocará en revisar la experiencia internacional relativa sentencias judiciales que abordan las GAAR, de manera que procederemos a comentar jurisprudencia comparada, analizando cómo reacciona cada país ante el incumplimiento tributario. Se abordarán famosos casos de la tradición del Common Law, a título ejemplar, en Estados Unidos revisaremos el caso que inició el desarrollo judicial de doctrinas sobre la elusión tributaria, “Gregory v. Helvering” de 1935, para pasar por, entre otros, la compleja reorganización empresarial llevada a cabo en “ACM Partnership” en 1997

⁴ Cómo determinar cuando un beneficio fue “pensado para quienes lo aprovecharon” es, por supuesto, un tema sujeto de discusión.

y finalizar con el reciente “Myria Holdings” de 2017. En Reino Unido se revisarán, entre varios, el famoso caso “Duke of Westminster”⁵ (1935), el disruptivo “W.T. Ramsay” (1981), para finalizar con la planificación de “Rangers Football Club” en 2017. En España se revisarán, entre otros, los casos “Chocolates Hueso” y la planificación del “F.C. Barcelona” para reducir su tributación por derechos de imagen, ambas sentencias del Tribunal Supremo Español dictadas en 2008.

En el **quinto capítulo** corresponderá aterrizar brevemente la experiencia internacional a la realidad nacional, por lo que se revisará la NGA introducida a nuestra legislación en los nuevos artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario (en adelante, también, “CT”), dejando un espacio para analizar la redacción de los mismos y la aplicabilidad tanto de la NGA en sí misma como de la sanción del artículo 100 bis del CT. En concordancia con lo señalado, se vuelve necesario abordar un tema muy importante relativo a la NGA chilena, que son sus problemas a nivel legal y constitucional, principalmente por certeza jurídica y principio de legalidad, razón por la cual se revisarán también estos aspectos en dicho capítulo. Finalmente, debido a que la NGA nacional no ha visto la aplicación práctica que se habría esperado, es que el Mensaje N° 107 – 366, actualmente en el Congreso, evalúa modificarla de manera de combatir de mejor modo la elusión, razón por la cual, estas eventuales modificaciones también serán revisadas y se ofrecerá una conclusión respecto a si ayudará a mejorar la aplicación de la NGA.

En el capítulo sexto y último, se revisarán brevemente casos nacionales sobre elusión tributaria y cómo los ha resuelto la Excma. Corte Suprema. Dichos casos serán, entre otros, el famoso “Inmobiliaria Bahía” (2003), la compleja reorganización empresarial de “Coca Cola Embonor” (2013) y la venta de acciones de la “Familia Muñoz” (2015). El objeto de esta revisión es captar el enfoque de la Corte Suprema ante casos de elusión previos a que entrase en vigor la NGA nacional, para analizar si dicho enfoque se condice con la cláusula que se introdujo con la reforma tributaria.

Finalmente, se ofrecerá una conclusión con toda la información recopilada y los análisis que se lleven a cabo. El objetivo es determinar si la nueva NGA podrá transformarse en una

⁵ Mundialmente famoso por la aseveración de Lord Tomlin: “Toda persona tiene el derecho a ordenar sus asuntos de modo que la tributación que legalmente se le pueda exigir sea la menor posible”

eficaz herramienta ante el incumplimiento tributario, basándose en la experiencia internacional y relacionándola con el modo en que la Corte Suprema nacional ha enfocado su análisis en las causas tributarias.

CAPÍTULO I

CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO NACIONAL

1.- Impuestos como la principal fuente de financiamiento.

Como se hizo referencia en la introducción de este trabajo de investigación, para el correcto funcionamiento y mantenimiento de un país, es vital que pueda financiarse a sí mismo. Un país que no puede financiar sus propias necesidades es un país que está en riesgo de perder su autonomía, por lo que la determinación del presupuesto anual que necesitará para ello, y el cómo conseguirlo, es sumamente importante. En el caso de nuestro país, los impuestos juegan un papel fundamental puesto que son la principal fuente de financiamiento de país. Se tomarán como referencia las últimas dos leyes sobre presupuesto nacional, conocidas como “Ley de Presupuestos del Sector Público año 2017⁶” y “Ley de Presupuestos del Sector Público año 2018⁷”.

El artículo 1 de la Ley de Presupuestos del Sector Público año 2017 señaló que los Ingresos⁸ del Presupuesto de la Nación en moneda nacional para el año 2017 serían de \$47.846.548.781, donde destacaron los Impuestos (\$30.845.500.779). Puede apreciarse que **los ingresos por concepto de impuestos equivalen al 64,47% del total de ingresos que el Fisco esperaba percibir para el año 2017**. Por tanto, entre las otras 11 partidas se configuró el 35,53% restante de los ingresos previstos para 2017.

El artículo 2 de la Ley de Presupuestos para el Sector Público año 2017 dispuso que se aprobarían “los Ingresos Generales de la Nación⁹ (...) para el año 2017, donde la sumatoria de estas partidas dio un resultado de \$40.832.184.424 pero destacaron los impuestos con \$30.845.500.779, lo que nos permite sostener que **los impuestos equivalían al 75,54% de los mismos**.

⁶ Ley N° 20.981, publicada con fecha 15 de diciembre de 2016.

⁷ Ley N° 21.053, publicada con fecha 27 de diciembre de 2017.

⁸ Todas las cifras en “miles de \$”, como lo dispone el cuadro ilustrativo del artículo 1 de la Ley de Presupuestos para el Sector Público año 2017.

⁹ Todas las cifras en “miles de \$”, como lo dispone el cuadro ilustrativo del artículo 2 de la Ley de Presupuestos para el Sector Público año 2017

Similares fueron los datos que entregó la Ley 21.053 sobre Presupuestos del Sector Público año 2018, donde se señaló cuáles serían los Ingresos estimados por partidas, los Gastos por partidas, Ingresos generales de la Nación y el Aporte Fiscal. En base al artículo 1 de dicha Ley, los Ingresos del Presupuesto de la Nación¹⁰ serían de \$50.827.319.943, dentro de los cuales la partida “Impuestos” ascendía a la cifra de \$34.758.236.115, siendo la partida que generaría el mayor ingreso para el país conforme a la Ley de Presupuestos del Sector Público año 2018. Los impuestos destacan tanto que se puede decir que **esta partida constituyó el 68,38% del total de ingresos que esperaba percibir el Fisco para el año 2018**, o lo que es lo mismo, entre todas las partidas de esta ley excepto la de impuestos, llegaron a la cifra de 31,62% de los ingresos para el año 2018.

El artículo 2 de la Ley de Presupuestos para el Sector Público año 2018 disponía que se aprobarán “los Ingresos Generales de la Nación¹¹ (...) para el año 2018, a las Partidas que se indican”, donde el total de Ingresos Generales de la Nación que se estimó fue de \$43.346.318.621, mientras los Impuestos se anotaron con \$34.758.236.115. Es notable el hecho de **que la partida “Impuestos” configuró el 80,17% de estos Ingresos para el año 2018**, por lo que cabría sostener que los Impuestos constituyeron sobre las tres cuartas partes de los Ingresos Generales de la Nación para el año 2018.

Acorde a las cifras expuestas, es indiscutible que los impuestos son el principal modo que tiene el país para financiar el gasto social en que debe incurrir para cumplir con los fines propios de todo Estado, por lo que es razonable que Chile sea celoso al momento de exigir que los contribuyentes declaren correctamente sus impuestos y los paguen, pues como se ha visto según las Leyes de Presupuestos para el Sector Público de los últimos dos años, los mismos constituyen aproximadamente dos terceras partes de los ingresos que percibe el país, y si se consideran exclusivamente los Ingresos Generales de la Nación, dicho porcentaje asciende a aproximadamente las tres cuartas partes de estos Ingresos.

¹⁰ Todas las cifras en “miles de \$”, como lo dispone el cuadro ilustrativo del artículo 1 de la Ley de Presupuestos para el Sector Público año 2018.

¹¹ Todas las cifras en “miles de \$”, como lo dispone el cuadro ilustrativo del artículo 2 de la Ley de Presupuestos para el Sector Público año 2018.

2.- ¿Chile cumple sus deberes tributarios de Renta e IVA?

2.1.- Índices de Evasión según el profesor Michel Jorrat

En base a lo expuesto, es manifiesta la importancia de los impuestos para las Finanzas Públicas, por lo que se vuelve necesario para un país que sus contribuyentes cumplan con las correspondientes obligaciones tributarias que contraen, ante lo cual convendría preguntarse si los contribuyentes chilenos cumplen con la obligación de declarar correctamente sus impuestos y pagarlos. Al respecto, el profesor Michel Jorrat efectuó un estudio¹² a partir del cual concluyó que en Chile existiría una tendencia a subdeclarar impuestos, principalmente respecto al Impuesto a la Renta. En dicho estudio¹³ señaló que la evasión es una de las principales fuentes de inequidad presentes en los distintos sistemas tributarios, donde Chile no es la excepción. El profesor Jorrat utilizó una metodología desarrollada por él mismo y el profesor Serra en el año 1999 para efectuar una estimación de la evasión en el Impuesto a la Renta de las empresas en Chile, entendiendo por la misma toda diferencia entre la base imponible teórica con la efectivamente declarada.

El profesor Jorrat, luego de aplicar su fórmula de trabajo para estimar la tasa de evasión al Impuesto a la Renta de las empresas, terminó concluyendo lo siguiente¹⁴ para los años 2003, 2004, 2005 y 2006 en base al Indicador 1¹⁵.

1.- Año 2003	
Base Imponible Efectiva:	\$8.338.156
Base Imponible Teórica:	\$15.525.002
Diferencia:	\$7.186.846
Tasa de Evasión:	46%
2.- Año 2004	

¹² Jorrat, Michel. *La tributación directa en Chile: Equidad y Desafíos*. División de Desarrollo Económico, CEPAL GTZ. Santiago de Chile, septiembre de 2009.

¹³ Todas las cifras relativas al estudio del profesor Michel Jorrat se expondrán en miles de millones de pesos chilenos.

¹⁴ Todas las cifras se ofrecerán en millones de pesos de cada año.

¹⁵ El Primer Indicador corresponde a la diferencia entre las bases imponibles teórica y efectiva, dividida por la teórica, como lo señala el profesor Jorrat en la página 15 de su estudio.

Base Imponible Efectiva:	\$13.212.743
Base Imponible Teórica:	\$18.337.952
Diferencia:	\$5.125.208
Tasa de Evasión:	28%
3.- Año 2005	
Base Imponible Efectiva:	\$16.736.106
Base Imponible Teórica:	\$23.670.045
Diferencia:	\$6.933.939
Tasa de Evasión:	29%
4.- Año 2006	
Base Imponible Efectiva:	\$26.404.591
Base Imponible Teórica:	\$36.282.534
Diferencia:	\$9.877.943
Tasa de Evasión:	27%

Al efectuarse los cálculos de evasión de impuestos en base al Indicador 2¹⁶, los resultados que el profesor Jorrat obtuvo fueron los siguientes:

1.- Año 2003	
Base Imponible Efectiva:	\$8.338.156
+ Pérdidas Ejercicios Anteriores:	\$26.141.290
-Pérdidas del Ejercicio:	\$27.452.354
Resultado Tributario Efectivo:	\$7.027.091
Resultado Tributario Teórico:	\$14.213.937
Diferencia:	\$7.186.846
Tasa de Evasión:	51%

¹⁶ Este Segundo Indicador se define como la diferencia entre los resultados tributarios teórico y efectivo (antes del ajuste por pérdidas), dividida por el resultado tributario teórico.

2.- Año 2004	
Base Imponible Efectiva:	\$13.212.743
+ Pérdidas Ejercicios Anteriores:	\$25.798.048
-Pérdidas del Ejercicio:	\$27.514.538
Resultado Tributario Efectivo:	\$11.496.253
Resultado Tributario Teórico:	\$16.621.462
Diferencia:	\$5.125.208
Tasa de Evasión:	31%

3.- Año 2005	
Base Imponible Efectiva:	\$16.736.106
+ Pérdidas Ejercicios Anteriores:	\$28.354.509
-Pérdidas del Ejercicio:	\$30.547.120
Resultado Tributario Efectivo:	\$14.543.495
Resultado Tributario Teórico:	\$21.477.434
Diferencia:	\$6.933.939
Tasa de Evasión:	32%

4.- Año 2006	
Base Imponible Efectiva:	\$26.404.591
+ Pérdidas Ejercicios Anteriores:	\$19.259.982
-Pérdidas del Ejercicio:	\$22.286.570
Resultado Tributario Efectivo:	\$23.378.003
Resultado Tributario Teórico:	\$33.255.946
Diferencia:	\$9.877.943
Tasa de Evasión:	30%

Como puede observarse, hay algunas diferencias entre las tasas de evasión calculadas dependiendo del Indicador utilizado, si es que fue el Indicador N° 1 (diferencia entre las bases imponibles teórica y efectiva, que posteriormente se divide por la base imponible teórica) o el Indicador N° 2 (diferencia entre el resultado tributario teórico y efectivo, que luego se divide por el resultado tributario teórico). Podemos decir que, en base al Indicador N° 1, el promedio de la tasa de evasión de Impuesto de Primera Categoría fue de 32,5%, existiendo una diferencia promedio¹⁷ de \$7.280.984¹⁸. Si consideramos las estadísticas según el Indicador N° 2, el promedio¹⁹ de la tasa de evasión de Impuesto de Primera Categoría fue de 36%, pero manteniéndose exacta la diferencia promedio de \$7.280.984²⁰.

2.2.- Índices de Evasión según el Servicio de Impuestos Internos.

2.2.1.- Índices de Evasión en el Impuesto de Primera Categoría

El Servicio de Impuestos Internos (en adelante, también, “el SII” o “el Servicio”), sumándose a los esfuerzos académicos del profesor Jorrat, ha publicado sus propios estudios relativos a evasión, gastos tributarios e ingresos no percibidos por parte del Fisco. En febrero de 2012, la Subdirección de Estudios del Servicio de Impuestos Internos publicó un estudio titulado “Estimación de la evasión en el Impuesto a la Renta de las Empresas. Serie 2003 – 2009”. En dicho estudio²¹, el SII calculó aproximadamente las tasas de evasión en el Impuesto a la Renta, específicamente relativo al Impuesto de Primera Categoría, donde obtuvo las siguientes cifras por el período 2003 – 2009:

¹⁷ Entre la base imponible teórica y la base imponible declarada para el Impuesto de Primera Categoría.

¹⁸ Cifra en “millones de pesos”.

¹⁹ Entre la base imponible teórica y la base imponible declarada para el Impuesto de Primera Categoría

²⁰ Cifra en “millones de pesos”.

²¹ El estudio del SII - titulado “Estimación de la evasión en el Impuesto a la Renta de las Empresas. Serie 2003 – 2009” - utiliza la misma metodología del estudio de Jorrat y Serra (1999).

Cuadro N°2
Cifras de Evasión en el Impuesto a la Renta de 1ª Categoría

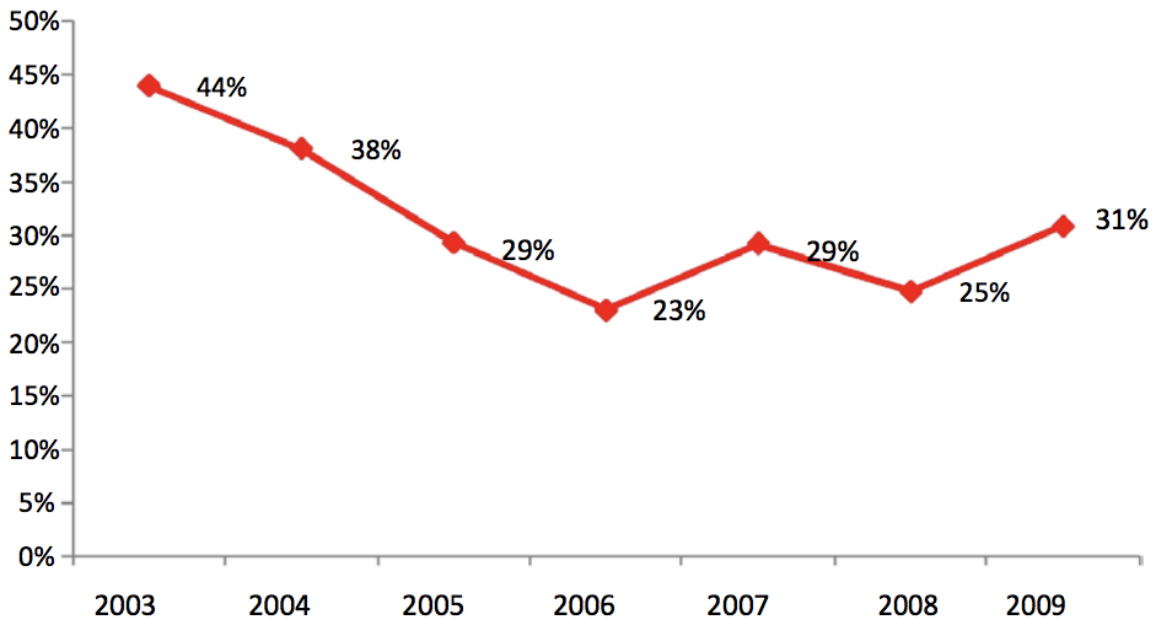
Año Comercial	Recaudación Teórica (MM\$)	Recaudación Efectiva (MM\$)	Evasión (MM\$)	Tasa de Evasión
2003	2.639.094	1.478.952	1.160.142	44%
2004	3.488.302	2.158.679	1.329.622	38%
2005	3.862.198	2.729.329	1.132.869	29%
2006	5.410.763	4.162.987	1.247.775	23%
2007	5.614.167	3.970.189	1.643.978	29%
2008	5.190.071	3.902.594	1.287.477	25%
2009	4.771.988	3.299.442	1.472.545	31%

Fuente: Elaborado por la Subdirección de Estudios del SII.

Nota: Las cifras podrían experimentar cambios dadas las modificaciones que el Banco Central ha anunciado¹⁰ en la metodología de cálculo de Cuentas Nacionales.

Estas mismas cifras fueron también expresadas en el siguiente gráfico:

Gráfico N°1
Tasa de Evasión en el Impuesto a la Renta de 1ª Categoría



Fuente: Elaborado por la Subdirección de Estudios del SII.

2.2.2.- Índices de Evasión en el Impuesto a las Ventas y Servicios.

Asimismo, la Subdirección de Gestión Estratégica y Estudios Tributarios del SII publicó un estudio que lleva por título “Serie de Evasión de IVA 2003 – 2015” donde pretende calcular

el porcentaje de evasión en el Impuesto al Valor Agregado durante los años 2003 a 2015. En dicho estudio²², el SII definió “evasión” como “la diferencia existente entre la recaudación teórica y la recaudación efectiva²³, expresada en un porcentaje de la recaudación teórica”. Sin pretender profundizar en la metodología ocupada por el SII en este estudio²⁴, podemos exponer que los resultados a los que llegó el SII son los siguientes:

Serie de evasión anual de IVA (2003 – 2015) estimada con base Matriz Insumo Producto (MIP) 2008:

Año	Tasa Evasión	Monto (MM\$*)	Monto (MM US**)
2003	18,0%	895.050	1.294,3
2004	18,1%	1.013.521	1.663,0
2005	16,7%	1.063.592	1.899,7
2006	15,9%	1.115.231	2.103,2
2007	14,8%	1.172.019	2.242,3
2008	22,5%	2.047.620	3.924,2
2009	20,2%	1.814.860	3.242,7
2010	22,2%	2.300.862	4.508,1
2011	23,6%	2.793.576	5.779,5
2012	24,8%	3.241.982	6.660,5
2013	24,5%	3.478.129	7.026,5
2014 ^p	22,8%	3.433.881	6.024,2
2015 ^p	20,3%	3.217.847	4.918,4

p: cifras provisionales

** Montos en millones de pesos nominales*

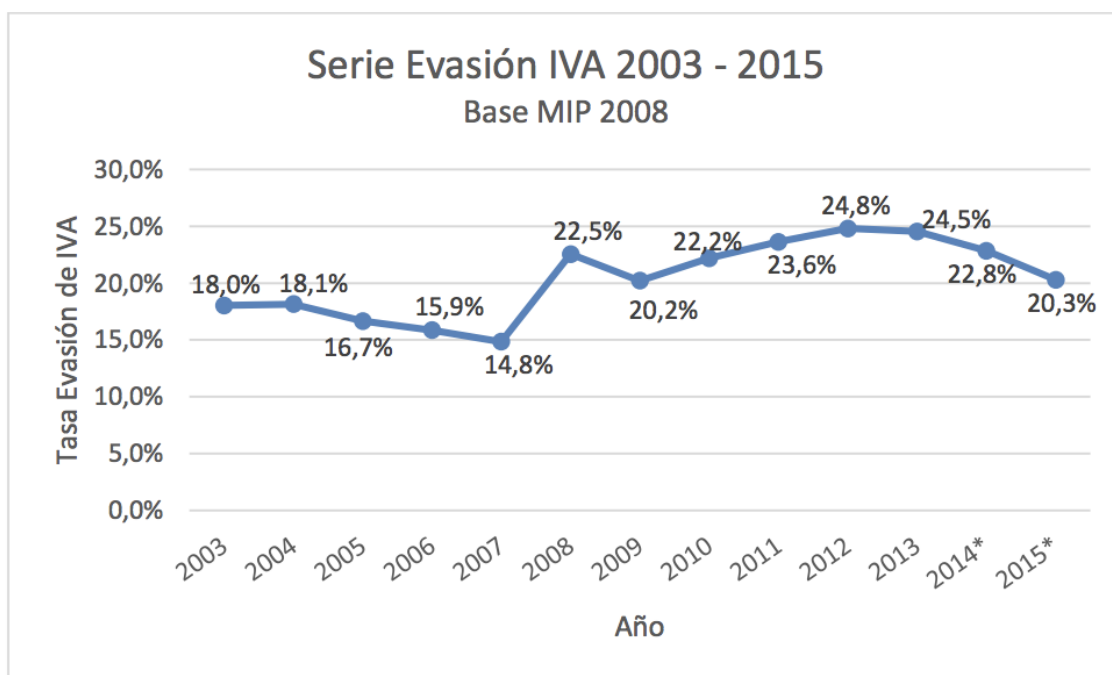
***Usando tipo de cambio observado promedio de cada año*

Estos resultados se pueden apreciar más claramente en el siguiente gráfico:

²² “Serie de Evasión de IVA 2003 – 2015”, Subdirección de Gestión Estratégica y Estudios Tributarios del SII.

²³ Recaudación Teórica: Aquella que se obtendría si todos cumplieren con sus obligaciones tributarias; Recaudación efectiva: Aquella que efectivamente percibe el Fisco.

²⁴ La metodología utilizada se conoce como “la del IVA no deducible” y que, a través de agregados macroeconómicos, pretende estimar el monto de las transacciones que generan IVA, que no da derecho a crédito fiscal, dentro de la cadena de valor.



Como se puede observar, según el estudio del SII relativo a la evasión en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes sobre IVA, la evasión al comienzo del estudio (año 2003) se calculó en 18%, mientras que al final del estudio (año 2015) la evasión llegaba al 20,3%, teniendo su punto más bajo en el año 2007, con una evasión calculada en 14,8%, mientras que el peak de la misma habría sido en el año 2012 cuando la evasión llegó al 24,8%. En cuanto a los montos, se puede decir que en el año 2007 la evasión alcanzó el monto de \$1.172.019²⁵, mientras que en el año 2012 la evasión alcanzó la cifra de \$3.241.982²⁶.

Resulta complejo establecer una tendencia de aumento o disminución de la evasión en el IVA, puesto que el estudio del SII cubrió 12 años de análisis en el cual pueden observarse fluctuaciones importantes en cuanto al cumplimiento tributario de los contribuyentes, aunque puede señalarse que entre el comienzo y final del estudio hay un aumento de 2,3% en la evasión del IVA haciendo la salvedad de que no es un porcentaje que marque una tendencia clara en algún sentido. Lo que sí se puede aseverar categóricamente es que la evasión en el IVA es inferior a la evasión existente en el Impuesto a la Renta, puesto que si bien la evasión en el IVA²⁷ se mueve entre el 18% y el 20,2%, teniendo como mínimo el

²⁵ Cifra en millones de pesos.

²⁶ Cifra en millones de pesos.

²⁷ Durante los años 2003 a 2009.

14,8% (en el año 2007) y como tope el 22,5% (en el año 2008), la evasión en el Impuesto de Primera Categoría²⁸ fluctuó entre el 44% (en 2003) y 31% (2009), teniendo su punto más bajo (23%) en el 2006 y el tope en el 2003 (44%). Si seguimos los números obtenidos por el profesor Jorrat, podemos determinar como promedio que el índice de evasión en el Impuesto a la Renta es de 32,5%²⁹ o 36%³⁰. En ambos casos, sustancialmente superior a los índices de evasión en el Impuesto al Valor Agregado.

No es el propósito de esta investigación llevar a cabo un estudio pormenorizado de la erosión fiscal al día de hoy, pero lo que sí debe importar es que los estudios analizados son coherentes en sostener que efectivamente en Chile existiría un cumplimiento poco óptimo por parte de los contribuyentes respecto a sus obligaciones tributarias, de manera que sí existiría el problema que una NGA pretende neutralizar, esto es, la erosión fiscal³¹.

²⁸ Durante los años 2003 a 2009, según el estudio del mismo SII.

²⁹ Si se utiliza el Indicador N° 1

³⁰ Si se utiliza el Indicador N° 2

³¹ Hay que tener presente que la NGA, si bien vela por la correcta interpretación de la ley tributaria, es en esencia una norma recaudadora.

CAPÍTULO II

REVISIÓN DE IMPORTANTES CONCEPTOS PARA LA COMPRENSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Como se propuso en la introducción de esta tesis, es menester llevar a cabo la revisión de ciertos conceptos que son fundamentales para comprender los alcances de esta investigación. Dichos conceptos son los de evasión, elusión, y planificación tributaria, los cuales se revisarán según doctrina tanto nacional como internacional.

1.- Revisión de conceptos a objeto de la investigación y análisis de legalidad respecto a los mismos

Los conceptos que se analizarán, como paso previo a la revisión de la NGA, son los de evasión tributaria, elusión tributaria y planificación tributaria o economía de opción.

1.1.- Evasión Tributaria.

Los destacados profesores Rodrigo Ugalde y Jaime García exponen que la evasión tributaria “consiste en el incumplimiento doloso de las obligaciones tributarias, generalmente acompañado de maniobras engañosas que buscan impedir que sea detectado el nacimiento o el monto de la obligación tributaria incumplida³²”. En opinión del profesor de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, don José Yáñez Henríquez, “la evasión tributaria es una actividad ilegal por medio de la cual los contribuyentes reducen el monto del impuesto, que al proceder de forma correcta, les habría correspondido pagar³³”. A su vez, el profesor Alejandro Dumay Peña conceptualiza la evasión tributaria como “aquella conducta que consiste en una burla maliciosa e intencionada de la ley, con el propósito de liberarse en todo o en parte de la carga tributaria a que legalmente se está obligado³⁴”.

³² Ugalde, Rodrigo y García, Jaime. *“Elusión, Planificación y Evasión Tributaria”*. Legal Publishing, Cuarta Edición Actualizada. Año 2010, página 109.

³³ Yáñez Henríquez, José. *“Evasión Tributaria: Atentado a la Equidad”*. Centro de Estudios Tributarios. Investigación académica. Revista de Estudios Tributarios, N° 13, 2015, página 173.

³⁴ Dumay Peña, Alejandro. *“El Delito Tributario”*, Ediciones Samver, Santiago, año 1969, página 2.

Finalmente, y en la misma línea, el profesor Marcelo Matus Fuentes, de la Universidad de Talca, señala que “cuando se habla de evasión fiscal se supone que el hecho gravado se ha verificado, devengándose la obligación de pagar el impuesto, pero el contribuyente lo oculta para evitar el cumplimiento de la obligación tributaria. Se trata de un incumplimiento voluntario, esto es, con la intención precisa de no pagar (...) constituyendo, en consecuencia, la evasión una conducta sin lugar a dudas ilícita y antijurídica³⁵”.

Acorde a la opinión de los destacados juristas citados, puede apreciarse que hay ciertas ideas centrales que se repiten cuando se trata de conceptualizar la evasión tributaria. Estas ideas serían las de ilegalidad, conducta antijurídica *ex post* e incumplimiento de una obligación. Podría, por tanto, señalarse que la evasión consiste en una o varias conductas antijurídicas a través de las cuales el contribuyente busca sustraerse del cumplimiento de una obligación tributaria ya existente. En los casos de evasión tributaria no se discute que la obligación exista o el monto de la misma, sino que el punto de conflicto radica en el incumplimiento de la obligación impositiva por parte del contribuyente. Producto de que hay una obligación existente que se incumple, es que se considera pacífico el punto de que la evasión sea una conducta reñida con la legalidad y que por ende merezca el reproche de nuestro ordenamiento jurídico.

Entonces, un primer aspecto en común que se puede desprender de los conceptos revisados es que la evasión tributaria tiene un **carácter ilícito**, puesto que nos encontramos en presencia de una conducta por parte del contribuyente que cumple con el hecho gravado establecido en la ley y por ende genera una obligación tributaria la cual se incumple. La obligación existe y el respectivo monto también, por lo que el franco incumplimiento de la misma atenta contra el ordenamiento jurídico. Una situación de este tipo ocurría, por ejemplo, si un contribuyente alterase las facturas que emite con objeto de disminuir el importe de su obligación tributaria.

En segundo lugar, podemos señalar que la evasión tributaria tendría un carácter **ex post**, o sea, tiene lugar después de que se ha incurrido en el hecho gravado, y por lo tanto, después

³⁵ Matus Fuentes, Marcelo. “La elusión tributaria y su sanción en la Ley N° 20.780. Hacia un concepto de negocio jurídico elusivo”. Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 1, 2017, página 69.

de que ha nacido la obligación tributaria del contribuyente de enterar en arcas fiscales los correspondientes impuestos. Al respecto, el profesor Boetsch³⁶ sostiene:

“Si bien existen varias definiciones de este concepto, en general se sostiene que en la evasión ‘hay un comportamiento ilegal del contribuyente tendiente a la no satisfacción del tributo ya debido, por haberse verificado el hecho imponible’. De ello se sigue que existe una diferencia fundamental, marcada por el nacimiento de la obligación tributaria, entre la planificación y la evasión: en la primera se sigue un camino, contemplado por la ley, destinado a imposibilitar que se verifique el hecho imponible; en cambio, *en la evasión el hecho imponible ya se ha verificado y, por tanto, la obligación tributaria ya ha nacido*³⁷; con todo, el contribuyente no la cumple total o parcialmente”.

Este carácter ex post se encuentra muy relacionado con el punto anterior, precisamente por tratarse de un incumplimiento en que la obligación jurídico-tributaria ya existe es que se sostiene la ilicitud de este actuar.

Una tercera característica en común de la evasión es que precisamente después de que nace la obligación tributaria del contribuyente, la reacción del sujeto pasivo es la de **no pagar** los impuestos correspondientes, la que es una actitud de índole negativa (de “no hacer”). El incumplimiento de la obligación de pagar, en el acto evasivo, se considera un acto doloso, o sea, el contribuyente intencionadamente no pagó lo que sabe que debe. Sin embargo puede ocurrir también que por descuido, negligencia o entendimiento poco preciso de la normativa tributaria el contribuyente no entere en arcas fiscales la cifra pertinente por concepto de impuestos, lo que no obsta a que se considere un actuar evasivo.

1.2.- Elusión Tributaria.

La elusión tributaria merece un análisis específico puesto que es el principal concepto sobre el que versará este trabajo y porque experimentó importantes modificaciones con la entrada

³⁶ Boetsch Gillet, Cristián. “La Norma General Anti Elusión: Análisis desde la perspectiva del derecho privado”. Editorial Ediciones UC, primera edición agosto de 2016, página 5.

³⁷ El énfasis es mío.

en vigencia de la Ley 20.780 sobre Reforma Tributaria. En consecuencia, se analizará el concepto doctrinario y legal de la elusión tributaria tanto antes como después de la Ley 20.780.

1.2.1.- Elusión Tributaria previo a la entrada en vigencia de la Ley 20.780

En el ámbito doctrinario, el destacado académico don Carlos María Giuliani Fonrouge³⁸ expresó que “existe elusión cuando las acciones u omisiones tendientes a evitar o disminuir el hecho generador se realizan por medios lícitos, sin infringir la ley”. Para los profesores Ugalde y García³⁹, la elusión tributaria “consiste en evitar por medios lícitos que un determinado hecho imponible se realice, mediante el empleo de formas o figuras jurídicas aceptadas por el Derecho – aún cuando alguna de ellas sea infrecuente o atípica – y que no se encuentran tipificadas expresamente como hecho imponible por la ley tributaria”. Los mismos académicos citan la opinión en la materia del profesor Klaus Tipke⁴⁰, para quien “la elusión fiscal consciente y planificada es una modalidad legal de resistencia fiscal. No es inmoral. Esto se reconoce probablemente en todos los Estados de Derecho que respetan la libertad”.

En la misma línea de opinión, el profesor Cristián Boetsch⁴¹ arguye que “en términos muy generales, es posible indicar que la elusión consiste en emplear uno o más mecanismos destinados a impedir que se verifique el hecho imponible y, por tanto, evitando que nazca la obligación tributaria, o bien para obtener un ahorro tributario por la vía de reducir los impuestos a pagar, o bien para diferir su pago”. Al respecto, el profesor Marcelo Matus⁴² expone su punto de vista señalando que “aparece con antigua data el concepto de elusión asociado al verbo o acción de eludir con astucia la carga fiscal, sea evitando o postergando el perfeccionamiento del hecho gravado, sea disminuyendo la base imponible de impuestos

³⁸ Giuliani Fonrouge, Carlos María. “*Derecho Financiero*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1965, página 695.

³⁹ Ugalde, Rodrigo y García, Jaime. “*Elusión, Planificación y Evasión Tributaria*”. Legal Publishing, Cuarta Edición Actualizada. Año 2010, página 83.

⁴⁰ Ibid., página 83.

⁴¹ Boetsch Gillet, Cristián. “*La Norma General Anti Elusión: Análisis desde la perspectiva del derecho privado*”. Editorial Ediciones UC, primera edición agosto de 2016, página 8.

⁴² Matus Fuentes, Marcelo. “*La elusión tributaria y su sanción en la Ley N° 20.780. Hacia un concepto de negocio jurídico elusivo*”. Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 1, 2017, página 69.

devengados”. Para el profesor José Yáñez Henríquez⁴³ “la elusión tributaria es el uso legal del régimen tributario para reducir la cantidad de impuesto a pagar por medios que están dentro de la ley”. El mismo académico sostiene también que la elusión podría dividirse entre “elusión aceptada” y “elusión no aceptada”, aseverando lo siguiente: “La *Elusión Aceptada* sería el uso legítimo o lícito de beneficios tributarios (canalizados a través de gastos tributarios) para reducir la carga impositiva del contribuyente; La *Elusión No Aceptada* sería el menor pago de impuesto producido por el uso abusivo de la legislación, cuando no se respeta el espíritu de la ley. En este caso la elusión termina siendo evasión, pues el contribuyente ha distorsionado las reglas del sistema tributario para ganar una ventaja tributaria que la autoridad nunca intentó dar⁴⁴”.

Finalmente y revisadas las definiciones anteriores, se puede entender por elusión tributaria “*el conjunto de acciones o conductas que lleva a cabo un contribuyente para, en base al sistema tributario vigente, evitar la configuración del hecho gravado, disminuir o posponer su tributación*”.

Ya expuestos los conceptos de destacados académicos del ramo y posterior a ofrecer una humilde definición personal, procederemos a buscar aspectos en común en lo que a elusión se refiere.

Primero, se puede señalar que la elusión tributaria trata básicamente de una acción u omisión **previas** a la verificación del hecho gravado. Famosa es la sentencia de la Excma. Corte Suprema⁴⁵ en que expone “el Servicio confunde dos conceptos jurídicos: el de evasión tributaria (ilícita), con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega herramientas al contribuyente para pagar menos impuestos legítimamente”. La “astucia” que menciona la Corte Suprema se emplea de modo previo a que se incurra en el hecho gravado, no cuando el hecho ya fue consumado, pues desconocer e incumplir una obligación tributaria que ya nació nos mueve al escenario de la evasión tributaria, ya comentada. Lo que se pretende con la elusión es, principalmente, evitar caer en el hecho gravado establecido por

⁴³ Yáñez Henríquez, José. “*Evasión Tributaria: Atentado a la Equidad*”. Centro de Estudios Tributarios. Investigación académica. Revista de Estudios Tributarios, N° 13, 2015, página 175.

⁴⁴ Yáñez. Op. Cit. Páginas 175 y 176.

⁴⁵ Corte Suprema, Rol 4038 – 01

ley, lo que implica llevar a cabo actos o contratos previos a que se configure el hecho gravado que se pretende evitar. Este carácter previo del actuar del contribuyente aplica también cuando lo que se pretende es disminuir, aminorar o posponer la obligación tributaria.

Aquí se toca una segunda característica, y es el hecho de que la elusión tributaria tiene una **noción negativa**, en el sentido de que su intención es que este hecho gravado no se configure. Como el derecho tributario tiene conexión con el derecho penal, comparten principios inspiradores, como por ejemplo el de legalidad y tipicidad, razón por la cual si el “tipo” establecido en la regla (sea tributaria o penal) no se cumple íntegramente, entonces lo preceptuado en aquella regla no obliga a la parte a su cumplimiento. La intención tras la elusión entonces, es que la acción que lleva a cabo el contribuyente no sea posible de encuadrar dentro de los hechos gravados establecidos por ley y por ende el pago del tributo no sea considerado obligatorio⁴⁶.

Una tercera característica sería su **licitud**⁴⁷. Ya se han visto las definiciones de varios autores e incluso jurisprudencia de la Corte Suprema en ese aspecto, y aunque no es un elemento que genere consenso total, sí genera uno mayoritario. El argumento principal a favor de considerar lícitas las actuaciones que pretenden eludir impuestos es que precisamente es la ley la que otorga las herramientas que utilizan luego los asesores de los contribuyentes para que éstos puedan disminuir sus cargas fiscales. Sería absolutamente impropio hablar de estafa, engaño o falseamiento de documentos en la elusión, simplemente se están usando reglas impositivas establecidas en la legislación tributaria para disminuir la obligación tributaria que en un principio correspondería. Aquello difícilmente se podría señalar como “reprochable” pero mucho menos aún como “ilícito”. Esta eventual reprochabilidad se puede cuestionar aún más cuando un ex Director Nacional del mismo Servicio de Impuestos Internos (don Ricardo Escobar Calderón⁴⁸) opinó que:

⁴⁶ O que la conducta que lleva a cabo el contribuyente no calce con el tipo tributario que obligue a tributar de modo más oneroso.

⁴⁷ Este examen es previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.780.

⁴⁸ Revista del Colegio de Abogados, N° 38. Noviembre de 2006, página 25. Al tiempo de la entrevista, don Ricardo Escobar Calderón era Director Nacional en ejercicio del Servicio de Impuestos Internos de Chile.

“Mi impresión es que dentro de lo que la ley permite, nadie está obligado a usar el camino que le resulte en el mayor pago de impuestos”.

En relación a la falta de reprochabilidad de la actitud del contribuyente de querer disminuir su carga tributaria, se puede citar nuevamente la opinión del profesor alemán Klaus Tipke quien señala que “la elusión fiscal consciente y planificada es una modalidad legal de resistencia fiscal. *No es inmoral*⁴⁹. Esto se reconoce probablemente en todos los Estados de Derecho que respetan la libertad⁵⁰”.

Como punto final puede citarse también la opinión de Denis Healey⁵¹, ex Canciller del Tesoro Británico, quien señaló: “The difference between tax avoidance and tax evasion is the thickness of a prison wall”, para remarcar el hecho de que la elusión tributaria tiene un carácter de legal, a diferencia de la evasión que sería un comportamiento delictivo sancionado con pena privativa de libertad.

1.2.2.- La Elusión Tributaria posterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.780

Como se ha expuesto en los párrafos precedentes, el concepto de elusión tributaria respecto del cual el consenso era totalmente mayoritario hacía referencia a un comportamiento lícito por parte del contribuyente que tenía por objeto evitar la configuración de determinado hecho imponible (o que se configurase un hecho imponible de menor carga fiscal que aquel que se quería evitar), reducir su tributación o posponer la exigibilidad de su carga tributaria.

La nueva Ley 20.780 sobre Reforma Tributaria (en adelante, también, “la Reforma Tributaria”) introdujo, entre otros, el artículo 4 bis al Código Tributario, el cual dispone en su inciso tercero:

“No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imposables establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. *Se entenderá que existe elusión de los hechos*

⁴⁹ El énfasis es personal.

⁵⁰ Tipke, Klaus. “*Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*”. Editorial Marcel Pons, Madrid, año 2002.

⁵¹ <http://monevator.com/tax-avoidance-versus-tax-evasion/>

*imponibles en los casos de abuso o simulación*⁵² establecidos en los artículos 4 ter y 4 quáter, respectivamente”.

Si bien la Reforma Tributaria no concede una definición legal completa de lo que sería elusión, sino que se limita a señalar en qué situaciones nos encontraremos frente a un actuar elusivo, sí hace presente una línea de pensamiento que es diametralmente opuesta a lo que se entendía por elusión previo a esta ley, puesto que parte de la base que el actuar elusivo del contribuyente ahora debe ser considerado un comportamiento antijurídico e ilícito que merece el reproche de nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, el Servicio de Impuestos Internos en su Circular N° 65 del 23 de julio del año 2015 (en adelante, también, “la Circular N° 65”) sí entregó una definición de elusión tributaria⁵³, la cual sería: “Aquella conducta que busca dejar sin aplicación la ley tributaria a través del abuso de las formas jurídicas o la simulación”.

En la misma Circular N° 65 el SII explica por qué considera a la elusión tributaria un tipo de comportamiento reñido con la ley⁵⁴, señalando al respecto que:

“El diagnóstico común es que la elusión tributaria es negativa porque:

- a) Viola los principios de equidad tributaria al desplazar la carga tributaria hacia los contribuyentes que actúan correctamente.
- b) Afecta la libre competencia, en cuanto el elusor obtiene ventajas económicas frente al no elusor.
- c) Incrementa los costos de la administración y fiscalización de los tributos, en cuanto reduce la predisposición de los buenos contribuyentes a declarar correctamente.
- d) Afecta la recaudación tributaria, privando al Estado de los recursos que, conforme al procedimiento democrático de formación de ley, le corresponden”.

A pesar de las críticas que se pueden hacer al diagnóstico efectuado por el SII, principalmente el hecho de que pareciera que se partió de la base que la elusión es negativa

⁵² El énfasis es mío.

⁵³ Circular N° 65 del 23 de julio de 2015, Servicio de Impuestos Internos de Chile, página 2.

⁵⁴ Op. Cit. Página 2.

para luego proceder a calificarla de ilícita, siendo que era la negatividad de la misma la que había que demostrar, no obstó a que en la Reforma Tributaria se incluyera el nuevo artículo 4 bis ya transcrito que menciona que existirá elusión en los casos de abuso de las formas jurídicas y simulación.

Al respecto, el profesor Gonzalo Vergara⁵⁵ ensaya una definición de elusión posterior a la entrada en vigencia de la Reforma Tributaria, catalogándola como una “violación indirecta de la ley tributaria, es decir, una infracción a sus propósitos pero no de su letra”. Es pacífico el hecho de que, en la actualidad, la elusión debe ser considerada un comportamiento ilícito en Chile debido a la nueva regulación vigente en la materia, haciendo la salvedad de que sólo existirá elusión en los casos de abuso de las formas y simulación, donde además así sea declarado por el juez tributario competente. El abuso de las formas y la simulación tributaria serán abordadas posteriormente, cuando se revise la legislación vigente respecto a la NGA.

1.3.- Planificación Tributaria o Economía de Opción.

Los profesores Rodrigo Ugalde y Jaime García sostienen en su obra académica que la economía de opción “consiste en la facultad de elegir entre varias alternativas lícitas de organización de los negocios o actividades económicas del contribuyente, o incluso de renunciar a la realización de negocios o actividades, todo con el fin de obtener un ahorro tributario”. A su vez, el profesor Alberto Tarsitano⁵⁶ opina que “la economía de opción, o planificación fiscal, conlleva la evitación del hecho imponible mediante uso de formas jurídicas que generan un resultado económico que el legislador tributario intentó alcanzar. Las personas actúan en el ámbito de la libertad contractual que la ley les otorga. No se produce tensión alguna entre la conducta del sujeto y el fin de la ley tributaria”. El catedrático de derecho tributario de la Universidad de Barcelona, profesor José Juan Ferreiro Lapatza⁵⁷, señala (al respecto de la Economía de Opción) “es una expresión que ni es inocua ni es inútil, sino que señala precisamente la elección entre dos hechos que tienen consecuencias fiscales diferentes y resultados equivalentes con el ánimo – con el motivo

⁵⁵ Vergara. Op. Cit. Página 17.

⁵⁶ Tarsitano, Alberto. “*La cláusula antiabuso en el derecho tributario argentino. ¿El fin de la elusión?*”. Revista de Derecho Fiscal. Marzo/Abril 2007, Número 1, página 28 – 29.

⁵⁷ Ferreiro Lapatza, José Juan. “Economía de Opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal”. Revista Técnica Tributaria N° 52, año 2001. Página 34.

único o fundamental – de ahorrar impuestos, o si ello es posible, de no pagar impuestos”. En la misma línea, el profesor Ferreiro Lapatza ahonda: “todo el mundo es libre para realizar o no los distintos hechos imponibles dibujados por las leyes fiscales o para escoger entre la realización de uno u otro aunque tal opción se ejercite pensando “únicamente” en no pagar impuestos o en pagar menos impuestos”.

El profesor Cristián Boetsch⁵⁸ explica que “la planificación tributaria (denominada por algunos ‘ahorro tributario’, y por otros ‘economía de opción’), entendida como la conducta de los contribuyentes realizada a fin de acogerse a los mecanismos que la ley prevé para obtener un mayor ahorro tributario, encuentra su fundamento en la naturaleza misma del ser humano -o a lo menos de la generalidad de la población-, en cuanto, obrando de buena fe y acorde la normativa aplicable, lícitamente buscará alivianar las cargas literalmente impuestas por el Estado”. Finalmente, el profesor Marcelo Matus señala que “la planificación fiscal o economía de opción, como normalmente se le dice, permite al contribuyente optar por las distintas formas de configuración jurídica que proporciona la ley para desarrollar su actividad económica. Lo lógico o esperable será optar por aquellas formas de organización empresarial o por aquellos negocios jurídicos que, cumpliendo los efectos económicos deseados, tengan la carga fiscal más óptima o eficiente. De esta manera, sólo se configuran los hechos gravados necesarios para los fines económicos buscados, evitando una carga fiscal innecesaria o evitable racionalmente”.

En base a lo expuesto, podría entenderse por “planificación tributaria o economía de opción” la conducta o conjunto de conductas lícitas que lleva a cabo un contribuyente, a través de las cuales logra disminuir o posponer el nacimiento de la obligación tributaria, lo cual va acorde no solo a la letra sino que también con los propósitos de la ley de impuestos.

Características de la planificación tributaria o economía de opción serían la de su licitud, la de respetar el espíritu de la legislación tributaria, de buscar una aminoración de la obligación tributaria para el sujeto pasivo. Respecto de su **licitud**, la doctrina es bastante pacífica puesto que se trata de un comportamiento (1) con base en la ley; (2) promovido por la ley, de manera que malamente podría considerarse reñido con la legalidad.

⁵⁸ Boetsch. Op. Cit. Páginas 2-3.

Otra característica de la economía de opción es que **respeto el espíritu de la legislación tributaria**, vale decir, el beneficio tributario obtenido por el contribuyente es una consecuencia prevista y promovida por la legislación, de manera que la obtención del beneficio no es más que la materialización del espíritu de la ley tributaria que quería incentivar o beneficiar determinado comportamiento por parte del contribuyente.

Finalmente, lo que persigue este tipo de conductas del contribuyente es aminorar de algún modo su carga tributaria, ya sea disminuyendo la cantidad de impuesto a pagar o logrando se posponga la exigibilidad de los mismos.

2.- Importancia de estos conceptos para el análisis de las NGA

Ya abordados estos conceptos, cuyo examen previo era importante para la correcta interpretación de este trabajo de investigación, se procederá a exponer la importancia de los mismos a objeto de analizar las NGA. Las NGA, como su nombre sugiere, son un mecanismo ideado para combatir los efectos nocivos de la elusión. Esto nos lleva a la conclusión de que no se trata de normas pensadas para combatir casos de evasión (consideradas delito tributario y que a su respecto hacen aplicable el derecho penal tributario) ni tampoco de planificación tributaria (que como se ha analizado, consisten en conductas que en nada atentan contra el ordenamiento jurídico, sino que el foco es específicamente la elusión).

En el Mensaje Presidencial⁵⁹ del 1 de abril de 2014 se aprecian las motivaciones de esta nueva legislación, las que se centran en los siguientes puntos que para nuestro objetivo importan:

“La necesidad de resolver las brechas de desigualdad que hoy existen nos exige realizar cambios profundos y estructurales (...)

A medida que se desarrollan los países la ciudadanía demanda más bienes y servicios públicos. Como muestra la historia de los países desarrollados, para hacer

⁵⁹ Historia de la Ley 20.780. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje Presidencial del 1 de abril de 2014, Sesión N° 7, Legislatura 362. Mensaje N° 24 – 362.

frente a estas demandas de forma exitosa, sostenible y responsable en términos fiscales, *los países deben aumentar su carga tributaria (...)*

Si queremos aumentar nuestra recaudación total y tomamos como modelo la estructura tributaria de los países de mayor desarrollo, entonces *debemos subir la carga tributaria* a las rentas del capital y aumentar los impuestos ligados al cuidado del medio ambiente (...)

La recaudación tributaria también se ve fuertemente afectada por la evasión y elusión. En los últimos años, el Servicio de Impuestos Internos (SII) ha sufrido un estancamiento en su proceso modernizador e incluso un retroceso en áreas claves, como la fiscalización y la inversión tecnológica. El resultado de esto ha sido un incremento de la tasa de evasión, a niveles superiores al 26% en el caso del IVA. Existe un creciente consenso en torno a que nuestro sistema tributario y sus normas de fiscalización permiten obtener ventajas mediante planificaciones tributarias elusivas. Nuestro sistema tiene dificultades para sancionar las planificaciones que tienen el sólo propósito de sacar ventajas tributarias en la realización de una operación o conjunto de operaciones relacionadas entre sí. *La elusión y la evasión hacen que nuestro sistema tributario sea inequitativo y que quienes tienen los recursos para financiar planificaciones tributarias terminen pagando menos impuestos de lo que corresponde (...)*

La reforma tributaria que hoy presentamos al Honorable Congreso Nacional tiene cuatro grandes objetivos: *1. Aumentar la carga tributaria* para financiar, con ingresos permanentes, los gastos permanentes de la reforma educacional que emprenderemos, otras políticas del ámbito de la protección social y el actual déficit estructural en las cuentas fiscales; *2. Avanzar en equidad tributaria*, mejorando la distribución del ingreso. Los que ganan más aportarán más, y los ingresos del trabajo y del capital deben tener tratamientos similares.; *3. Introducir nuevos y más eficientes mecanismos de incentivos al ahorro e inversión.*; *4. Velar porque se pague lo que corresponda de acuerdo a las leyes, avanzando en medidas que disminuyan la evasión y la elusión.*

(En lo relativo a medidas que pretende adoptar el Gobierno para aumentar la recaudación y la función de redistribución de los impuestos⁶⁰) 7. Reducción de la Evasión y Elusión: En los últimos años, el SII ha sufrido un estancamiento en su proceso modernizador e incluso un retroceso en áreas claves, como la fiscalización y la inversión tecnológica. Como consecuencia de lo anterior se ha incrementado la tasa de evasión, a 26% en el caso del IVA (...)

Dentro de las principales innovaciones que hemos considerado se destacan: a. La incorporación en el Código Tributario de una Norma General Anti-elusión, que permitirá al SII rechazar las ventajas tributarias obtenidas mediante planificaciones elusivas y sancionar a los contribuyentes y asesores tributarios que hayan participado en su diseño; b. Facultar al SII para acceder a la información necesaria para cumplir su misión fiscalizadora (...)

Puede apreciarse que la intención en la Reforma Tributaria era la de aumentar la recaudación a través de impuestos en primer lugar, mientras que en segundo lugar era de alto interés mejorar la función de redistribución de ingresos que cumplen los impuestos. Cabe preguntarse si podrían conseguirse estos objetivos efectuando cambios como la introducción de la norma general antielusión chilena, puesto que la misma se dedicará a combatir específicamente la elusión, la cual posterior a la entrada en vigencia de la ley, es vista como un actuar antijurídico producto de caerse en comportamientos de abuso de las formas jurídicas o simulación.

Es menester hacer la diferencia en que si bien otros países también tienen normas generales antielusión, no suelen compartir la definición que actualmente existe en Chile, pues la elusión tiende a clasificarse como un actuar lícito, mientras que lo que las GAARs extranjeras combaten es más bien la planificación tributaria agresiva, como se desprende del estudio “Base Erosion and Profit Shifting⁶¹” efectuado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (también “OCDE”), que puede traducirse como “Erosión de la Base Fiscal y el Traslado de Utilidades”.

⁶⁰ Contextualización de este investigador.

⁶¹ OECD: Base Erosion and Profit Shifting, 2013

CAPÍTULO III

EXPERIENCIA INTERNACIONAL SEGÚN DISTINTAS TRADICIONES JURÍDICAS

1.- Cómo se enfrentan otros países a los problemas relativos a elusión fiscal y cumplimiento de la ley tributaria. ¿Todos tienen sus propias GAAR`s?

Todos los países del mundo deben enfrentarse a ciertos problemas comunes, y la erosión de sus bases fiscales no es la excepción. En consecuencia, países con distinta tradición jurídica han debido hacer frente a la erosión fiscal, pero cada uno utilizando las respectivas herramientas que les confieren sus ordenamientos jurídicos. Al respecto, se revisarán los casos de Alemania, España, Estados Unidos y Reino Unido, haciendo énfasis en que son de distintas tradiciones jurídicas (los primeros son de la tradición del Derecho Civil Continental, mientras que los anglosajones son de tradición del Common Law) y teniendo como propósito determinar cómo enfrentan sus problemas de erosión fiscal y elusión, si tienen NGA en sus ordenamientos jurídicos y si efectivamente la utilizan.

I. El caso de Alemania

Alemania creó su primera Norma General Antielusión en 1919 cuando entró en vigencia el párrafo 5 de su Reichsabgabenordnung, norma que disponía lo siguiente⁶²:

“El débito tributario no puede ser eludido o disminuido mediante el abuso de formas o posibilidades de configuración en el derecho civil. Existe abuso en el sentido del párrafo primero cuando: (1) en aquellos casos en que la ley somete al impuesto actos, hechos y relaciones bajo la forma jurídica adecuada a ellos, o eligen formas jurídicas o se realizan negocios no adecuados o inusuales, con el fin de eludir el impuesto, y (2) en vista de las relaciones existentes y con arreglo a la manera en que se actuará o deberá actuarse, se obtendrá por las partes en lo fundamental el mismo resultado económico que se habría obtenido si se hubiera

⁶² Traducción de don Palao Taboada, Carlos. “*La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*”. Editorial Lex Nova, año 2009. Página 176.

elegido una configuración adecuada a los actos, hechos o relaciones, y además (3) las desventajas jurídicas que, en su caso, lleve consigo la vía [elegida] no tienen de hecho importancia o la tienen sólo escasa”.

Luego de una serie de modificaciones legales, Alemania terminó dictando el párrafo 42.1 de la Ordenanza Tributaria Alemana en 1977, actualmente vigente, y que establece:

“La ley tributaria no podrá ser eludida mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica que ofrece el derecho. En caso de abuso nacerá el crédito tributario tal como hubiera nacido con arreglo a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos”.

En base a dicha Norma General Antielusión, puede sostenerse que para que la misma se pueda aplicar deben concurrir los siguientes requisitos⁶³:

- 1.- El empleo de una forma jurídica inadecuada, vale decir, extraña, inusual o artificiosa;
- 2.- La finalidad del actuar del contribuyente debe ser la de obtener una ventaja tributaria.

Puede apreciarse que los requisitos establecidos en la legislación alemana hacen dificultosa la aplicación de esta norma, puesto que necesariamente se genera un debate respecto a qué ha de considerarse “forma jurídica inadecuada”, sugiriéndose que serán aquellas formas jurídicas extrañas, inusuales o artificiosas. Es patente que no puede considerarse como “forma jurídica inadecuada” aquel camino inusual por el que optó el contribuyente, por el sólo hecho de que el mismo no sea el utilizado en la generalidad de los casos, por lo que el énfasis debe estar en qué es lo que se consideraría “artificioso”, lo cual forzosamente nos lleva a preguntarnos “inadecuado o artificioso ¿respecto a qué?”. En Alemania surgió el criterio de “tercero racional” (*Verständiger Dritte*⁶⁴) como parámetro de comparación y así

⁶³ Boetsch. Op. Cit. Páginas 21 a 23.

⁶⁴ Ruiz Almendral, Violeta. “*Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?*”. *International Tax Review*, Volume 33, Issue 12, página 563. La profesora Ruiz señaló expresamente lo siguiente: “Another criterion can be the ‘third rational person (*Verständiger Dritte*), which is equivalent to saying that the form does not make much sense

poder calificar determinado comportamiento como inadecuado o artificioso. Lo que este criterio busca establecer es que las formas jurídicas utilizadas por el contribuyente no tienen mayor valor en sí mismas, sino que cuando se relacionan con la obtención de una ventaja tributaria. Por lo tanto, no se cumplirá el estándar de tercero racional en caso de falta de coherencia firme entre los actos que se llevan a cabo y la realidad económica subyacente a los mismos, de manera que el comportamiento del contribuyente sugiera que la única razón por la que llevó a cabo determinados actos o contratos fue para reducir sus cargas fiscales. Al no cumplirse el estándar del tercero racional, estaremos en presencia de formas jurídicas “inadecuadas o artificiosas”.

Sobre el segundo requisito, lo esencial es que la ventaja tributaria se obtenga como consecuencia directa del esquema legal utilizado al respecto. Si bien la legislación tributaria alemana no señala esta idea expresamente, sí utiliza la terminología “*umgangen*”⁶⁵ que contiene la idea de *bypassear*, *franquear* la legislación tributaria utilizando el abuso de las formas jurídicas.

Al respecto, el término “ventaja tributaria” es notoriamente amplio, pues hace referencia “a cualquier resultado que implique la no tributación, su diferimiento o la aplicación de una norma tributaria más beneficiosa (exención, deducción, etc.). Así, quien actúa en fraude puede pretender reducir la deuda tributaria eludiendo total o parcialmente la realización formal del hecho imponible (*Tatbestandsvermeidung*), o atraer la aplicación indebida de una norma tributaria de exención o sencillamente más beneficiosa (*Tatbestandserschleichung o Rechtsfolgenererschleichung*)⁶⁶”. En vista de esta amplitud, se trata de un requisito sencillo de cumplir para hacer aplicable la norma alemana, por lo que la dificultad probatoria radica en el aspecto de que la ventaja tributaria obtenida sea una consecuencia directa de la estrategia

by itself, unless we connect it with the obtaining of a tax benefit. This way of arguing requires the establishment of an ideal standard which serves as a comparison point, in order to establish a relationship between the economic objective and the legal means. In this regard, the term ‘artificial’, meaning a lack of logical and coherent correspondence of the arrangement and the underlying economic reality is more precise, and it’s most used by GAAR’s”

⁶⁵ El artículo 42.2 de la Abgabenordnung (legislación tributaria alemana), en su idioma original, es el siguiente: “Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht **umgangen** werden. Liegt ein Missbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht”.

⁶⁶ Ruiz Almendral, Violeta; Seitz, Georg. “El fraude a la ley tributaria: Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana”. Estudios Financieros Núm. 257-258. Páginas 41 y 42.

fiscal adoptada por el contribuyente, pero principalmente en torno al primer requisito de calificar determinadas formas jurídicas como “inadecuadas o artificiosas”.

Actualmente, Alemania incorporó una conceptualización de abuso de las normas tributarias en su NGA – en la Annual Tax Act 2008 (*Jahressteuergesetz 2008*) –, la cual reza del siguiente modo⁶⁷:

“An abuse shall be deemed to exist where an inappropriate legal option is selected which, in comparison with an appropriate option, leads to tax advantages unintended by law for the taxpayer or a third party. This shall not apply where the taxpayer provides evidence of nontax reasons for the selected option which are relevant when viewed from an overall perspective”

Puede apreciarse que la legislación alemana hace referencia a conceptos como “medio legal inapropiado” y “ventajas tributarias no pretendidas por la ley”, así como señala que el contribuyente puede probar que tuvo otras razones “relevantes”, distintas a las meramente fiscales, para actuar del modo en que lo hizo. Si bien se entiende que Alemania, respetando lo que es una NGA, ha tenido que referirse a estas situaciones con importante amplitud, no es menos cierto que la consecuencia ha sido que la NGA ha devenido en irrelevante⁶⁸ debido a su compleja aplicación y prueba, puesto que como país de tradición continental, le da mucha importancia al cumplimiento de la letra de la ley y principio de legalidad⁶⁹.

En consecuencia, un país de tradición jurídica Civil Continental como Alemania ha hecho frente a la elusión a través de la incorporación de una NGA desde 1919, pasando por un

⁶⁷ Palm, Ulrich. “*A comparative look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*”. Edited by Karen B. Brown. *Ius Gentium. Comparative Perspectives on Law and Justice*, Volume 12. Pág. 168. El trabajo completo fue editado por la profesora Dra. Karen Brown, sin embargo, el capítulo específico referido a Alemania estuvo a cargo del profesor Dr. Ulrich Palm.

⁶⁸ Palm, Ulrich. Op. Cit. Págs. 177 a 178.

⁶⁹ Palm, Ulrich. Op. Cit. “Taxation is strictly based on the principle of legality. Neither, the financial administration nor the financial courts may alter the legal consequences of the tax act. They are both interpreters of the statute which determines tax avoidance. Due to the principle of equality, the financial administration is fundamentally not entitled to take discretionary decisions in the field of taxation. **For that reason, the range of statutory interpretation which is determined by the principle of legal certainty and clarity (Bestimmtheitsgrundsatz) and the prohibition of analogy limits the scope of the financial administration and the courts**”. Pág. 174.

cambio de redacción de la misma en 1977 y luego en 2008, a objeto de que claramente su ámbito de aplicación sean los casos en que contribuyentes han obtenido beneficios fiscales que la ley no había previsto para ellos. Sin embargo, precisamente determinar cuándo la ley tributaria ha previsto un beneficio para determinado tipo de contribuyente (lo que implica una interpretación de su espíritu) es una tarea de compleja realización, junto con el hecho que la Administración tributaria tenga el deber de probar que las formas jurídicas utilizadas fueron “inadecuadas o artificiosas”, lo que equivale a señalar primeramente qué es lo que sería “forma jurídica adecuada”. Consecuentemente, se trata de normas respecto de las cuales la Corte Suprema de Justicia Alemana⁷⁰ se ha pronunciado muy escasamente⁷¹, dado que la misma Administración alemana es reacia a utilizar estos artículos debido a las dificultades probatorias que representa.

II. El caso de España

España se caracterizó por tener una de las NGA más criticadas, en la forma del antiguo art. 24 de la Ley General Tributaria (en adelante, también, “LGT”) de 1963. Dicho artículo rezaba:

“1. Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se de audiencia al interesado.

⁷⁰ Palm, Ulrich. Op. Cit. Págs. 167 a 168. “The interpretation of the GAAR by the court was regarded as restrictive. The case law of the *Bundesfinanzhof* varied from one senate to another. The 5th Senate rejected any subjective element, whereas the 1st and the 3rd Senate held that not only a deliberate attempt, but also the intent to avoid taxes must be proved”. Consecuentemente, debido a que los Tribunales tuvieron que llenar el vacío de la ley, **encontramos poca y contradictoria jurisprudencia incluso respecto a los asuntos más relevantes, como qué es lo que habría que probar.**

⁷¹ Palm, Ulrich. Op. Cit. Págs. 177 a 180.

2. Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones”.

Puede apreciarse que inmediatamente la norma merece ciertos reparos. Al sostener que se aplicaría la norma eludida respecto de “hechos, actos o negocios que produzcan un resultado equivalente al hecho imponible”, pareciera claro que la norma consagra una aplicación analógica de la norma tributaria, lo que fue extensamente criticado por la doctrina española⁷². En segundo lugar, la norma hace una referencia a la “finalidad” de las normas, donde la doctrina española entendió que sólo podría referirse a la finalidad civil o comercial de la norma, dado que la finalidad tributaria era siempre establecer una obligación de pago de impuestos. Esta interpretación criticaba fuertemente a la norma en comento, porque aquello significaría que la Administración podría entrar a preguntar por los motivos más íntimos de una persona respecto a suscribir o no determinados actos o contratos⁷³. En tercer lugar, se le criticaba ampliamente el hecho de que la misma norma hacía referencia a que emanaría una liquidación de un expediente especial donde se declarararía el fraude de ley, pero la Administración del Estado “de manera absolutamente desleal⁷⁴” suprimió mediante el Real Decreto 803 de 1993, de manera que hubo que enfocarse en establecer un procedimiento especial de declaración del fraude de ley. ¿El problema? Si no hay un procedimiento específico (como se establecía en dicho decreto) debería utilizarse el ordinario, el cual se llevaba a cabo ante la misma Administración, quien era el primer interesado en que se declarase el fraude de ley. El último, pero no menor, problema de la norma en comento es que como lo sancionado era el “fraude de ley”, la normativa penal era aplicable y se exigiría un ánimo de defraudar al Fisco, en consecuencia, la Administración del Estado enfrentaba un problema mayor al tener que probar este ánimo por parte del

⁷² García Novoa, César. “*La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT*”. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2004. Páginas 278 – 284.

⁷³ García. Op. Cit. Pág 284 – 286.

⁷⁴ García. Op. Cit. 286.

contribuyente y tener que superar el estándar probatorio penal, siempre más elevado que el civil.

Debido a los problemas estructurales de la NGA de 1963, España incorporó una nueva Norma General Antielusión a su ordenamiento jurídico (“LGT 58 de 2003”), la cual vendría a reemplazar la previa GAAR contenida en el artículo 24 de la Ley General Tributaria del año 1963. La actual Norma General Antielusión española señala lo siguiente:

“Artículo 13. Calificación.

Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar su validez.

Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:
 - a. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
 - b. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.
2. Para que la administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.
3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora”.

Como se aprecia, para la aplicación de la Norma General Antielusiva del artículo 15 de la Ley General Tributaria española es necesario que concurren los siguientes requisitos de modo copulativo:

- a) Actos o negocios que fuesen notoriamente artificiosos o impropios
- b) Obtención de un ahorro fiscal
- c) Ausencia de otro efecto jurídico o económico relevante

Sobre el primer requisito, esto es, que se trate de actos o negocios notoriamente artificiosos o impropios, salta a la vista que el problema principal – tal cual en la legislación alemana – radica en determinar qué ha de entenderse por notoriamente artificioso o impropio, y si se trata de un juicio comparativo, la segunda interrogante vendría a ser “notoriamente artificioso o impropio ¿respecto a qué?”. En la legislación española, como puede preverse, no hay respuesta unánime. En opinión del destacado profesor César García Novoa⁷⁵, la norma de conflicto española debe tener una aplicación restringida por el hecho de contener la palabra “notoriamente”. Al respecto:

“El adverbio *notoriamente* introduce un elemento valorativo en el negocio artificioso que parece limitar los supuestos que pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula (...) Lo que viene a suponer que el recurso a la cláusula de conflicto prevista en el artículo 15 de la LGT de 2003 debe reservarse a los supuestos más graves e impedir su aplicación indiscriminada a cualquier conducta negocial del particular presumiblemente *artificiosa*⁷⁶”.

El profesor Boetsch cita en su estudio la opinión del académico Ignacio Calatayud, quien respecto al requisito de actos notoriamente artificiosos expone:

“La cláusula del artículo 15 de la Ley General Tributaria Española de 2003, al afirmar que puede haber actos o negocios impropios para el resultado que persiguen, presupone, pues no podía ser de otro modo, que los actos o negocios persiguen la consecución de un resultado adecuado a su forma, idea esta que

⁷⁵ García. Op. Cit. Página 372.

⁷⁶ Los destacados son del profesor García Novoa, los cuales este tesista comparte.

enlaza directamente con el concepto de causa; pues esta no es otra cosa que el fin abstracto y típico perseguido en cada hipótesis negocial. Por tanto, al emplear el término ‘negocio impropio’, la Ley 58/2003 está admitiendo que, para la producción de determinados efectos jurídicos económicos, el ordenamiento establece unos **negocios jurídicos estándar y típicos**⁷⁷. Ello supone elevar a elemento esencial del negocio el control jurídico que la causa típica imprime sobre la validez de los fines a los que se destina cada concreto acto o negocio”.

Lo central de la opinión del profesor Calatayud es la conclusión de que entonces el requisito de que los actos jurídicos celebrados fuesen “adecuados” sólo podría exigirse respecto de los actos jurídicos típicos o nominados. El razonamiento del profesor es que la legislación española parte de la base que los actos que se celebran tienen asociado un *fin intrínseco* (por eso su referencia al concepto de causa), de manera que si lo que pretendo es el traspaso a título oneroso de la propiedad del bien comerciable Z donde A vende y B adquiere, debo utilizar el contrato típico que me permite lograr estos efectos jurídicos, el cual sería el contrato de compraventa entre A y B. Si utilizo el contrato de compraventa sobre Z entre A y B, el ordenamiento jurídico determina previamente los efectos de la celebración de este contrato, de manera que la forma jurídica utilizada será “propia y adecuada” si lo que yo pretendía era el traspaso de la propiedad del bien Z, a título oneroso, donde A entrega el bien y B se obliga a pagar un determinado precio. A contrario sensu, si la finalidad económica de los actos celebrados no era traspasar la propiedad Z a título oneroso de A a B, pero de todos modos se celebró el contrato de compraventa, habría que considerar dicho acto como “impropio o artificioso” pues:

- a) Se celebró un acto jurídico con fines determinados previamente por la ley;
- b) El objetivo perseguido no era aquel que la misma ley señalaba que ocurrirían;
- c) Es aceptable pensar que un “tercero racional imparcial” no habría celebrado dicho contrato, pues no se querían obtener los resultados que la misma ley dispone ocurrirán.

¿Pero y en el caso de los contratos atípicos? Producto de tratarse de actos o contratos que no tienen regulación legal, los efectos de los mismos dependerán del contrato típico al que más

⁷⁷ El destacado es mío.

se parezcan (si se trata de un contrato al que las partes llegaron ejerciendo en plenitud su libertad contractual) o de acuerdo a los tipos de contratos involucrados (en los casos de contratos atípicos que consisten en varios contratos típicos, como por ejemplo el de hotelería, que es una mezcla de arrendamiento de parte de un recinto con goce del mismo, más prestación de servicios y depósito). Sea cual fuere el caso, no hay un efecto per sé determinado por ley, de manera que no podría sostenerse que la ley ha establecido previamente la consecuencia jurídica de la realización de estos actos o contratos, por lo que en opinión del profesor Calatayud **no podría calificarse un contrato atípico como “impropio o inadecuado”** y, en consecuencia, dicho requisito sólo podría exigirse en contratos típicos.

En la materia, el profesor García Novoa es un poco más precavido pues no cierra totalmente la puerta a que un contrato atípico no pueda calificarse de impropio o inadecuado, pero sostiene que debe cumplirse un estándar muy exigente para que aquella calificación sea procedente. El profesor sostiene⁷⁸:

“Dada la libertad de configuración de fórmulas negociales, sólo las situaciones extremas de manifiesta inadecuación de la forma escogida con el fin económico pretendido podrían justificar la habilitación de una cláusula antielusoria. Esas situaciones son difíciles de fijar *a priori* pero cabría poner algunos ejemplos que no agotarían la infinidad de posibilidades: así, cuando falten en una sociedad los requisitos esenciales de aportación de bienes y dinero para obtener un lucro partible o cuando un aparente contrato de seguro carezca de “riesgo actuarial” (...) Todas ellas se reconducen a situaciones que, en un ordenamiento ‘causalista’ como el nuestro y a partir de un concepto de ‘causa’ deslindada de los ‘motivos’, suponen una ausencia o falsedad de la causa en el negocio al que se acude, pudiendo decirse que, en términos generales, se simula la causa, aunque no el negocio, porque no hay falseamiento de la realidad. La referencia al carácter notorio del negocio artificioso es, en suma, una expresión que vendría a darle a esta cláusula unas ‘connotaciones muy peculiares e inequívocamente restrictivas’”.

⁷⁸ García. Op. Cit. Página 374.

De este modo puede entenderse, entonces, que si el contrato celebrado es típico, el mismo “podría” ser artificioso o inadecuado si los fines económicos perseguidos con su celebración no calzan con los efectos que dicho contrato hará nacer, conforme a la ley. Pero si estamos en presencia de contratos considerados atípicos, la doctrina se divide entre que serán siempre “adecuados” para los fines que se persiguen, y entre quienes sostienen que el único modo para poder considerarlos “artificiosos” es que sean manifiestamente inconducentes para los fines que se persiguen, por lo que tendríamos que estar en una situación relativamente extrema, como el ejemplo del profesor García sobre la sociedad que carece del aporte de los socios. Sea la posición que se adopte, el resultado es que **la consideración de los contratos atípicos como artificiosos es altamente restrictiva** y, en consecuencia, lo es también la aplicación de la norma sobre conflicto española.

Sobre el segundo requisito, el mismo establece que debe obtenerse un ahorro fiscal. Puede apreciarse que el mismo es bastante amplio, pues como señala la cita del profesor Boetsch⁷⁹, “hace referencia a cualquier resultado que implique la no tributación, su diferimiento o la aplicación de una norma tributaria más beneficiosa (exención, deducción, etc)”. De esta manera, es un requisito sencillo de probar puesto que en los casos que se estudien por posible fraude tributario, precisamente la razón por la que se encuentran bajo la sospecha de la Administración de Impuestos Española será por haber obtenido alguna ventaja tributaria de modo indebido, de modo que esta ventaja tributaria obtenida debe considerarse como el “desde”.

Finalmente, respecto al tercer requisito establecido por la legislación española relativo a la ausencia de otro efecto económico o jurídico relevante, puede sostenerse que el mismo está íntimamente emparentado con el primer requisito de la ley española, relativo a las formas “notoriamente inadecuadas o artificiosas” puesto que lo que precisamente se analiza para determinar que las formas son inadecuadas es la ausencia de otros efectos que se obtengan con la operación, distintos de los meramente fiscales. Al respecto, la profesora Ruiz nos señala:

“La crítica que se ha realizado a este elemento es que no es independiente del elemento de la inadecuación de la forma, de manera que difícilmente podrá un

⁷⁹ Boetsch. Op. Cit. Página 36 a 37.

determinado negocio o conjunto de negocios ser inadecuado al fin propuesto y *a la vez* estar justificado por otras razones. Esto en realidad no es más que la prueba de que son dos maneras de contemplar el mismo problema, o dos razonamientos que a menudo conducen a la misma conclusión (...) En suma, el análisis de otros motivos es esencial precisamente para determinar si la forma es o no adecuada, pues ésta será adecuada también en relación con la finalidad económica perseguida que no son más que los ‘otros motivos económicamente válidos’”

En consecuencia, tanto el requisito de forma jurídica notoriamente artificiosa o inadecuada con la falta de otro efecto económico o jurídico relevante se encuentran fuertemente relacionados, de manera que no podría analizarse el uno sin recurrir al otro. Esto quiere decir que nuevamente se hace compleja la concurrencia de este requisito, puesto que sobretodo en los contratos atípicos, la calificación de los mismos como “notoriamente inadecuados o artificiosos” es altamente restrictiva, no solo por el vocablo “notoriamente” sino que también porque hay parte de la doctrina que sostiene que no pueden calificarse de artificiosos, mientras que otra parte entiende que sí pueden, pero bajo estándares sumamente restrictivos en que se trate de figuras jurídicas manifiestamente inconducentes para los fines que se persiguen.

Entendiendo entonces que las formas inadecuadas están relacionadas con los efectos económicos o jurídicos relevantes distintos de los meramente fiscales, ¿cuándo se haría aplicable la norma de conflicto española desde la perspectiva de los efectos relevantes distintos a los tributarios? El profesor García⁸⁰ sostiene que:

“Una interpretación razonable de la misma, acorde con su naturaleza, debe llevar a entender que se excluye, no toda aquella conducta que persiga un ahorro fiscal, sino aquella ‘operación cuyo único fin o motivo es la elusión impositiva’”.

En el mismo sentido, la profesora Ruiz⁸¹ termina concluyendo: “Si eliminamos la ventaja, la operación ya no es en sí interesante, por lo que se concluye que el propósito dominante es el ahorro tributario”. En consecuencia, el requisito del efecto económico distinto del fiscal

⁸⁰ García. Op. Cit. Página 391.

⁸¹ Ruiz; Seitz. Op. Cit. Página 43.

dice relación con que no sólo debe tratarse de formas jurídicas adecuadas, sino que además podrá decirse que la operación carece de otros efectos jurídicos o económicos relevantes cuando la motivación principal para llevarlos a cabo haya sido la tributaria. Atingente es citar en la materia la opinión de Michael Graetz⁸², profesor de Tax Law e International Tax Law en la Universidad de Columbia y Yale, al definir tax shelter⁸³ como “*a deal done by very smart people that, absent tax considerations, would be very stupid*”⁸⁴”.

Respecto a la prueba, la concurrencia de los requisitos para aplicar la Cláusula General Antielusión española corresponderá probarla a la Administración tributaria competente, quien necesitará previamente un informe favorable de la Comisión consultiva respectiva para catalogar determinados actos como “notoriamente inadecuados o artificiosos”, que permiten obtener una ventaja fiscal y que no se habrían llevado a cabo sin las consecuencias tributarias pertinentes. De esta manera, puede colegirse que la aplicación de la norma de conflicto española es más bien restrictiva, por lo que sus efectos como norma antielusiva lo son también.

III. El caso de Estados Unidos

En la legislación estadounidense, producto de la tradición de Common Law propia de su sistema jurídico, es que el modo que tiene de enfrentarse a los problemas relativos a la tributación de sus contribuyentes es principalmente a través de interpretaciones doctrinarias que ven la luz en las sentencias de los principales tribunales de Estados Unidos. Son variadas las doctrinas judiciales que han existido en dicho país, sin embargo, tienen en común que hacen referencia a la idea de “substance over form” o a que “el fondo de los actos y contratos que se celebran debe prevalecer por sobre la forma de los mismos”. Si bien el primer caso resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos que tiene importante conexión con la “substance over form doctrine” es “Gregory v. Helvering” en 1935, no fue la primera vez que se hizo mención a dichos principios, puesto que en 1924 en el caso “Weiss v. Stern” la Corte Suprema estadounidense señaló lo siguiente:

⁸² Graetz, Michael J. “100 Million Unnecessary Returns. A Simple, Fair, and Competitive Tax Plan for the United States”. Integrated Publishing Solutions, Michigan. Año 2008, página 116.

⁸³ “Vacío en la norma tributaria”. Traducción de este tesista.

⁸⁴ “Un negocio celebrado por gente muy inteligente que, sin consideraciones tributarias, sería muy estúpido”. Traducción de este tesista.

“Las preguntas sobre tributación deben ser determinadas sobre **qué es lo que realmente se efectuó en vez de los propósitos declarados por las partes (...)** Al aplicar la ley tributaria, debemos considerar asuntos de fondo y no solo de mera forma⁸⁵”.

III.1. Interpretación de la legislación tributaria en Estados Unidos.

Como podrá apreciarse, no solo es importante conocer las distintas doctrinas judiciales que existen en Estados Unidos sobre interpretación de la legislación tributaria, sino que además es de vital importancia tener en cuenta cómo los máximos tribunales de ese país se refieren a ellas.

Relativo a la legislación tributaria estadounidense, hay dos modos predominantes de cómo interpretarlas: bajo una mirada textualista o formalista, y bajo la óptica de doctrinas de la “substance over form doctrine”. Se entiende que uno de estos modos de interpretación debe imperar sobre el otro porque, en palabras del profesor Allen Madison⁸⁶:

“Textualismo y el fondo sobre la forma son totalmente opuestos. Bajo el textualismo, la ley tributaria debe ser interpretada de acuerdo con lo que el texto dice. Bajo las doctrinas del fondo sobre la forma, las Cortes pueden ignorar o desatender el texto del Código de Ingresos Internos sobre la base de principios económicos, la motivación del contribuyente o ambos”.

III.1.1. Textualismo. Filosofía del Ministro de la Corte Suprema estadounidense Antonin Scalia.

⁸⁵ Donaldson, J. Bruce. “*When substance-over-form argument is available to the taxpayer*”. *Marquette Law Review*, Issue 1, Volume 48, Article 4, año 1964. Página 42. Literalmente señala “Questions of taxation must be determined by viewing what was actually done, rather than the declared purpose of the participants (...) When applying income tax laws, we must regard matters of substance and not mere form”. Traducción de este tesista.

⁸⁶ Madison, Allen. “*The tension between textualism and substance-over-form doctrines in Tax Law*”. *Santa Clara Law Review*, Volume 43, año 2003, página 700 y 701.

En 1986, el conservador Antonin Scalia pasó a formar parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, siendo importante su arribo puesto que debido a su fuerte convencimiento respecto a que el modo correcto de interpretación judicial era respetando la letra de la ley, empezó a inclinar la balanza del Tribunal más importante de Estados Unidos en favor del textualismo, restándole importancia a las doctrinas judiciales del fondo sobre la forma. En base a la teoría de la separación de poderes, el Ministro Scalia sostenía que el Congreso debía dictar las leyes y las Cortes interpretarlas a la luz de la intención expresa del Congreso, de manera que no se debe buscar una interpretación subjetiva o acorde a los tiempos del intérprete de turno, sino que una intención estática establecida en la letra de la ley⁸⁷ al momento de la creación de la misma. Famosas son las siguientes líneas del Ministro Scalia⁸⁸:

“Es el respeto a la letra de la ley lo que convierte a América en un gobierno de leyes, no de hombres (...) Los congresistas pueden discutir y decir lo que quieran, pero es sólo la ley que ellos dictan lo que nos ata”.

Esta opinión sostendría el Ministro en su voto de minoría en el caso “Morrison v. Olson” en el cual, si bien su posición no prosperó, se transformó en un texto clásico de la interpretación judicial estadounidense.

En todo caso, el Ministro no era de la idea de que la interpretación textual debía ser irrestricta, sino que se debía conceder un cierto margen de interpretación. De hecho, Antonin Scalia decía que “la ley debía recibir una razonable interpretación⁸⁹”. También sostuvo el Ministro que “cuando un Juez se pregunta respecto a la ‘real intención de la legislación’, empieza a divagar respecto a lo que la ley quiso decir en vez de lo que la ley realmente dice⁹⁰”, lo que aleja al Juez de su función principal, la cual es la interpretación del texto legal. Como queda de manifiesto, el Ministro Scalia defiende apasionadamente la idea de que la función del Congreso es la de dictar leyes, mientras que la de los Jueces es interpretarla, enfocándose principalmente en el texto de la misma ley, de manera que no

⁸⁷ Madison. Op. Cit. Página 706.

⁸⁸ Voto de Minoría en el caso Morrison v. Olson, año 1988, Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América

⁸⁹ Scalia, Antonin. “*Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*”. The Tanner Lectures on Human Values, Princeton University, año 1995. Página 92.

⁹⁰ Scalia. Op. Cit. Página 93 y 94.

puede recurrirse “al espíritu de la ley” o a la “historia de la ley” para intentar dilucidar qué es lo que quería decir el Congreso al dictar la ley, pero sí es factible llevar a cabo este tipo de investigación si se pretende conocer “lo que el texto realmente dice”. El fundamento último de esta filosofía de interpretación radica en la democracia estadounidense⁹¹, puesto que Scalia considera que **no puede privilegiarse la intención del Congreso en desmedro de la ley que se promulgó y publicó** porque, en base a la democracia estadounidense y sistema jurídico, ellos se obligan por la ley, y la ley es lo que dice que es, no lo que se quiso que la misma dijese.

III.1.2. Doctrinas del Fondo sobre la Forma en Estados Unidos.

Sin ánimo exhaustivo y con el mero ánimo de dar luz respecto a cómo Estados Unidos se enfrenta a sus problemas relativos a tributación y cumplimiento tributario de sus contribuyentes, se puede señalar que las principales doctrinas que han nacido en las sentencias estadounidenses son las siguientes: “Substance over form”, “Step Transaction”, “Business Purpose” y “Sham Transaction”, pudiendo decirse que todas vienen de un principio madre que lleva por nombre “Economic Substance”.

1.- Economic Substance

El principio del “Fondo Económico” tiene como premisa el hecho de que los tribunales podrán denegar beneficios tributarios que se desprendan de determinado negocio si los actos jurídicos celebrados carecen de algún beneficio económico para quien los lleva a cabo, que no sea el mero ahorro fiscal⁹². Puede sostenerse que el espíritu de esta doctrina está

⁹¹ Scalia. Op. Cit. Página 92. “We do not really look for a subjective legislative intent. We look for a sort of ‘objectified’ intent – the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside the remainder of the corpus iuris. As Bishop’s old treatise nicely put it, elaborating upon the usual formulation: “[T]he primary object of all rules for interpreting statutes is to ascertain the legislative intent; or exactly, the meaning which the subject is authorized to understand the legislature intended’. And the reason we adopt this objectified version is, I think, that *it is simple incompatible with democratic government* – or indeed, even with fair government – *to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated*”. El énfasis es de este investigador.

⁹² Lampreave, Patricia. “An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union”. Bulletin of International Taxation, Amsterdam, Volume 66, año 2012. Página 154.

impregnado en todas las otras doctrinas judiciales relativas a analizar el fondo económico de las transacciones que llevan a cabo los contribuyentes, por lo que en mi opinión más que una doctrina independiente debiese considerarse como un principio general que da origen al resto de doctrinas creadas judicialmente, las cuales tienen por objeto limitar el otorgamiento de beneficios a contribuyentes que, para hacerse acreedores de dichos beneficios, llevaron a cabo operaciones sin suficiente justificación económica, aparte del mero ahorro impositivo.

Respecto a las doctrinas de creación judicial en Estados Unidos, el profesor Vergara⁹³ señala que:

“Ellas tienen en común que son sustentadas sobre la real o imaginaria intención del legislador, intentando sus tribunales distinguir entre los beneficios tributarios creados expresamente por la ley para otorgar alguna ventaja (...) y de aquellos beneficios que se pueden obtener de la aplicación literal de las normas tributarias ignorando su propósito. De la anterior distinción surge la posibilidad de desatender la operación realizada por el contribuyente cuando se utilizan normas que están destinadas a medir de manera más precisa la obligación tributaria, para obtener un beneficio, en la medida que la operación respectiva no presente un beneficio o propósito económico, o el beneficio económico obtenido sea marginal en comparación con el beneficio tributario. Por lo mismo, aplicar las doctrinas antes comentadas requiere que se acrediten las circunstancias que justifican hacerlo”.

En consecuencia, se trata de doctrinas que van más allá del texto legal para entrar a preguntarse por lo que el legislador realmente quiso decir y cuales eran sus objetivos, pudiendo incluso no conceder beneficios tributarios otorgados por la letra del texto legal si los tribunales llegan a la convicción de que no era aquella la intención del legislador.

2.- Substance over form

La doctrina del “fondo sobre la forma” sigue la premisa de que es más importante el fenómeno económico que realmente ocurrió por sobre los contratos específicamente

⁹³ Vergara. Op. Cit. Páginas 243 a 244.

celebrados. De esta forma, los tribunales estadounidenses tienen la posibilidad de negar beneficios tributarios, o aumentar la tributación de un contribuyente, en casos en que la forma de los actos celebrados no diga relación con los efectos económicos realmente buscados⁹⁴. Siguiendo a Rachel Anne Tooma, el profesor Vergara⁹⁵ la encuadra como una doctrina que se desprende de la idea del Fondo Económico, señalando que lo que persigue esta doctrina es verificar la existencia de alguna planificación tributaria la cual, soslayando la realidad económica presente, intentase obtener beneficios tributarios en base a operaciones llevadas a cabo que no tienen un significativo motivo económico, aparte de la reducción de obligaciones fiscales.

3.- Step Transaction

La doctrina de las “transacciones paso a paso” tiene como idea básica poder revisar la serie de transacciones que llevó a cabo un contribuyente, de acuerdo con el objetivo económico que perseguía⁹⁶. En caso de que el contribuyente haya podido lograr el mismo objetivo económico pero de un modo más directo y sin recurrir a la celebración de diversos contratos que intentan modificar las relaciones jurídicas existentes entre las partes, los tribunales estadounidenses podrán considerar toda la serie de actuaciones que se llevó a cabo “como una sola transacción”, de manera que les será más fácil determinar la tributación que “realmente corresponde” pagar al contribuyente. En teoría han de aplicarse diversos test⁹⁷ complementariamente para verificar la procedencia de enlazar todos los actos jurídicos celebrados como “una sola transacción”, como los test del resultado final⁹⁸, interdependencia mutua⁹⁹ y compromiso obligatorio¹⁰⁰, aunque en realidad lo que ocurre es que los tribunales aplican un solo test y nunca los tres para hacer aplicable la step transaction doctrine. A título ejemplar se aplicó el test de compromiso obligatorio (binding commitment test) en el caso “Commissioner v. Gordon” (año 1968), se aplicó el test de interdependencia mutua (mutual

⁹⁴ Lampreave. Op. Cit. Página 154.

⁹⁵ Vergara. Op. Cit. Página 245.

⁹⁶ Lampreave. Op. Cit. Página 155.

⁹⁷ Vergara. Op. Cit. Página 244.

⁹⁸ Examina si los actos jurídicos celebrados constituyen pasos preconcebidos para que, una vez enlazados, logren un determinado resultado final.

⁹⁹ Revisa el grado de interdependencia entre los distintos actos jurídicos celebrados, de manera de determinar si, en ausencia de alguno de ellos, el resto carecería de sustento y lógica.

¹⁰⁰ Estudia si, al momento de celebrarse el primer acto jurídico, existe un “compromiso” de celebrar los siguientes, de manera de establecer la cadena de actos por celebrarse.

interdependence test) en el caso “American Bantam Car Co. v. Commissioner” (año 1949) y se aplicó el test del resultado final (end result test) en el caso” Penrod v. Commissioner” (año 1987).

4.- Business Purpose

La doctrina del “propósito de negocios” señala que un Tribunal puede desestimar beneficios tributarios que se desprenden de los actos jurídicos celebrados por un contribuyente si el mismo los llevó a cabo sin un propósito de negocios válido que le sirva de justificación, por lo que se desprendería que la motivación de llevar a cabo estos actos sería puramente fiscal. Cabe hacer presente, en todo caso, que esta doctrina no pretende examinar si se actuó con el propósito de eludir impuestos o reducir la tributación, sino que se enfoca en si los actos jurídicos se celebraron en ausencia de intención real de desarrollar una actividad comercial o económica¹⁰¹.

5.- Sham Transaction

La doctrina de la “transacción ficticia/fingida” descansa en la idea de que un tribunal podrá negar beneficios fiscales en caso de que un contribuyente alegue que determinado beneficio le corresponde por el hecho de celebrar determinados actos jurídicos que, en verdad, nunca llevó a cabo¹⁰². Se entiende que para que se de aplicación a la “Sham Transaction Doctrine” se debe estar en presencia de actos o contratos celebrados sin “fondo económico” y sin “propósito de negocios”. Cabe destacar, en todo caso, que no hay acuerdo respecto a si para configurarse la procedencia de la Sham Transaction Doctrine basta que falte la economic substance o business purpose, o es necesario que falten ambos. A título ejemplar, en el caso “United Parcel Service of America v. Commissioner” (año 2001, Corte de Apelaciones del 11vo Circuito) se consideró que para aplicar la Sham Doctrine era necesario que faltase la economic substance o business purpose. En el caso “Horn v. Commissioner” (Corte de Apelaciones de Washington D.C., 1992), se consideró que debían faltar tanto la economic substance como la business purpose. En “Rice’s Toyota World, Inc. v. Commissioner”

¹⁰¹ Lampreave. Op. Cit. Página 155.

¹⁰² Lampreave. Op. Cit. Páginas 3 y 4.

(Corte de Apelaciones del 4to Circuito, 1985) se estimó que debían faltar ambos requisitos para que se pudiese aplicar la Sham Doctrine.

El profesor Vergara¹⁰³ agrega que, se desprende de esta doctrina, que no se puede cambiar la naturaleza de una transacción solamente modificando su nombre, lo que respeta el principio madre de que el fondo económico es el que debe primar para determinar ante qué tipo de operación uno se encuentra.

III.2.- Introducción de una GAAR a la legislación estadounidense.

A pesar de que Estados Unidos ha combatido sus problemas elusivos mediante doctrinas judiciales de fondo económico, en 2010 introdujo una GAAR a su legislación en la sección 7701 (o) del Internal Revenue Code, la cual reza¹⁰⁴:

“Sección 7701 (o): Clarificación de la doctrina del fondo económico

(1) Aplicación de la doctrina: En el caso la doctrina del fondo económico sea relevante respecto de una transacción, dicha transacción será tratada como si tuviese fondo económico solo si:

(A) La transacción cambia, de un modo relevante (aparte de efectos tributarios), la posición económica del contribuyente.

(B) El contribuyente tiene una motivación relevante (aparte de efectos tributarios) para celebrar dicha transacción.

(5) Definiciones y reglas especiales: Para propósitos de esta subsección:

(A) Doctrina del fondo económico.

El término “doctrina del fondo económico” significa la doctrina del Common Law mediante la cual no se concederán beneficios

¹⁰³ Vergara. Op. Cit. Página 244.

¹⁰⁴ Traducción de este tesista.

tributarios a transacciones que carezcan de fondo económico o de propósito de negocios.

(C) Determinación de casos en que la doctrina no se aplica.

La determinación de cuándo la doctrina del fondo económico sea relevante para la transacción que se celebra se deberá hacer del mismo modo a que si esta subsección nunca se hubiese dictado”

En mi concepto, hay dos aspectos que llaman la atención de la GAAR estadounidense. En primer lugar, la doctrina del fondo económico se aplicará cuando la misma sea relevante a una transacción o serie de transacciones, pero ¿cuándo será relevante? La subsección (5) (A) nos señala que será aplicable cuando las transacciones carezcan de fondo económico o de propósito de negocios, sin embargo, es una regla absolutamente circular sostener que se “aplicará la doctrina del fondo económico cuando las transacciones carezcan de fondo económico”. En consecuencia, no queda claro en qué momento sí debería aplicarse, puesto que cuando un Tribunal tiene un enfoque más formalista en su interpretación, ¿está atendiendo las formas elegidas por el contribuyente porque la doctrina del fondo económico no es aplicable o porque en el caso específico el fondo coincide con la forma? Los Tribunales han quedado llamados a ser muy claros en la justificación de sus interpretaciones. Pero, en segundo lugar, la subsección (5) (C) marca un hecho sustancial que no puede pasar desapercibido, cuando sostiene que para determinar si la doctrina del fondo económico se puede aplicar o no habrá que efectuar dicho análisis como si la GAAR no se hubiese dictado. Mi parecer es que el único modo de dar inteligencia a esta subsección es sostener que Estados Unidos entiende que, en su sistema de Common Law, a través de doctrinas de creación judicial han podido afrontar de buena manera los problemas que acarrea la elusión tributaria, de manera que la escriturización de la actual GAAR no es más que darle valor legal a lo que las Cortes llevan sosteniendo por décadas, esto es, que debe analizarse el fenómeno económico que realmente ocurrió para determinar la tributación específica a que quedó sujeto el contribuyente. Al respecto, expone el profesor Dr. Prebble¹⁰⁵:

¹⁰⁵ Prebble, John. *The US GAAR*. Tax Prof Blog. Año 2010, página 4.

“Puede parecer que en la sección 7701 (o)(1) a (4) hemos otorgado a la Administración del Estado una GAAR. En verdad, no era esa nuestra intención. Todo sigue como antes”

Si bien es una reflexión del profesor, su opinión es que sería un sinsentido y habría que suponer que la GAAR estadounidense operará como el resto de las GAAR en países del Common Law. Mi parecer es que, precisamente porque el legislador estadounidense no quería que la GAAR operase como en otros países, es que se introdujo esta última cláusula que básicamente nos dice que la judicatura siga analizando los casos desde sus doctrinas judiciales en vez de atender el texto legal de la sección 7701, la que en sus pocas líneas tampoco es que brille por la claridad de su redacción.

III.3.- Conclusión

Estados Unidos, como país de tradición jurídica del Common Law, ha enfrentado los problemas de la elusión mediante las doctrinas creadas por sus tribunales superiores, las cuales abogan por privilegiar el fenómeno económico que realmente está ocurriendo por sobre el cumplimiento de requisitos formales de los actos jurídicos elegidos por sus contribuyentes. A pesar de lo expuesto, introdujo una GAAR en su ordenamiento jurídico en 2010, la cual escrituriza las ideas centrales de las doctrinas judiciales del fondo económico por sobre la forma. Al parecer, Estados Unidos estaría conforme con cómo ha enfrentado la elusión tributaria mediante las sentencias de los más altos tribunales del país, puesto que en la GAAR no introdujeron ningún elemento nuevo para el análisis de los casos de elusión y, además, su última regla es una suerte de “aquí no ha pasado nada, que todo siga igual”, razón por la cual pareciera que no se tratará de una norma más eficaz ante la elusión que las doctrinas judiciales cuyos principios dejó por escrito. A la fecha, la Corte Suprema de Justicia estadounidense no se ha pronunciado sobre un caso utilizando la sección 7701 (o), razón por la cual podemos concluir que, si bien Estados Unidos tiene una GAAR, el modo en que hasta el momento enfrenta la elusión tributaria es a través de las doctrinas judiciales sobre el fondo económico de las transacciones.

IV. El caso de Reino Unido

Debido a su tradición jurídica de Common Law, el principal medio por el cual Reino Unido establece reglas generales y obligatorias para sus habitantes es mediante la jurisprudencia, encontrándose la ley en segundo lugar, razón por la cual Reino Unido también ha aplicado doctrinas jurisprudenciales de un modo general y obligatorio, las cuales han tenido distintos énfasis a lo largo del tiempo. Se reservará el análisis respecto a qué énfasis han tenido estas doctrinas al capítulo de revisión de jurisprudencia comparada, pero lo que es importante notar es que, tal cual Estados Unidos, Reino Unido ha reaccionado ante la elusión tributaria principalmente mediante las doctrinas de sus máximos tribunales de justicia. Sin embargo, en un nuevo símil con Estados Unidos, recientemente introdujeron una GAAR a su ordenamiento jurídico, la que pasará a revisarse.

IV.1. Introducción de la General Anti-Abuse Rule a la legislación británica.

En julio de 2013 se implementó la GAAR británica para ayudar a combatir la erosión fiscal que les afecta producto de operaciones elusivas llevadas a cabo por sus contribuyentes. Específicamente, en diciembre de 2010, el Gobierno de Reino Unido encargó a Graham Aaronson¹⁰⁶ que liderara un estudio sobre la conveniencia de incorporar una GAAR al sistema jurídico británico, trabajo del cual emanó una publicación¹⁰⁷ el 11 de noviembre de 2011 donde se recomendó la incorporación de este tipo de norma, destacándose su siguiente conclusión:

“My approach to taxation, tax avoidance and the question of whether a GAAR would be beneficial for the UK is based on the premise that **the levying of tax is the principal means by which the state pays for the services and facilities which it provides for its citizens**. As Mummery LJ expressed it in a very recent Court of Appeal judgment, tax is a contribution “towards the costs of providing community and other benefits for the purposes of life in a civil society”. On this approach it is reasonable to impose some limit on the ability of taxpayers to escape their share of the tax burden by looking for loopholes or weaknesses in the tax rules, and then constructing elaborate schemes designed to exploit them.

¹⁰⁶ Destacado abogado tributario de Reino Unido, asesor de impuestos del Primer Ministro David Cameron.

¹⁰⁷ “GAAR Study. A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system”. Report by Graham Aaronson QC.

To be consistent with the rule of law this limit should be imposed by legislation”.

Como lo señala la publicación de la HMRC¹⁰⁸ donde anuncian al público en general la incorporación de la GAAR, el objetivo de la norma es desalentar a contribuyentes de llevar a cabo operaciones tributarias abusivas y de desalentar a sus asesores de sugerirlas. En caso de que de todos modos un contribuyente incurra en un actuar abusivo de este tipo, la GAAR permitirá ajustar su tributación a lo que la ley manda, lo que es justo y razonable en toda circunstancia, junto con evitar que el contribuyente obtenga beneficios fiscales indebidos.

La GAAR de Reino Unido entró en vigencia el 17 de julio de 2013 y está establecida en la sección número 5 de la Finance Act británica, específicamente en el artículo 206 y siguientes. La GAAR británica establece:

“Artículo 206: Regla General Anti-Abuso.

- (1) Esta sección opera con el propósito de contrarrestar beneficios tributarios obtenidos de operaciones tributarias que son abusivas.

Artículo 207: Significado de “Operaciones Tributarias” y “Abusivas”.

- (1) Las operaciones serán “operaciones tributarias” si, habiendo considerado todas las circunstancias, sería razonable concluir que la obtención de un beneficio tributario fue el propósito principal, o uno de los principales propósitos, de dichas operaciones.
- (2) Las operaciones tributarias serán “abusivas” si se trata de operaciones donde comenzarlas o derechamente llevarlas a cabo no podría sensatamente considerarse como un actuar razonable en base a la normativa tributaria, teniendo presente todas las circunstancias incluyendo:
 - a) Si los resultados obtenidos en las operaciones tributarias son consistentes con los principios en los que las normas tributarias se basan (expresa o implícitamente) y los objetivos políticos de esa normativa.

¹⁰⁸ Her Majesty Revenue & Customs General Anti Abuse Rule (GAAR) guidance. Página 5 y 6.

- b) Si los medios por los cuales se obtuvieron dichos resultados involucran uno o más pasos artificiosos o anormales, y;
- c) Si las operaciones tenían la intención de explotar algún resquicio en dichos artículos.

Artículo 208: Significado de “beneficio tributario”.

Un beneficio tributario incluye:

- a) Reducción, o mayor reducción de impuesto
- b) Devolución o mayor devolución de impuesto
- c) Elusión o disminución de su carga tributaria o gravamen tributario
- d) Eludir un posible gravamen tributario
- e) Aplazar el pago de un impuesto o lograr una devolución de impuestos anticipada.
- f) Eludir una obligación de deducir o considerar impuestos.

Puede apreciarse que, si bien la intención de mejorar la recaudación fiscal parecía sumamente razonable, partiendo de la base de que la recaudación de impuestos era la principal forma por la cual el Estado podía proveerse de medios para cumplir con los servicios básicos para con sus ciudadanos, la redacción de esta GAAR presenta notables dificultades en su aplicación. La TUC¹⁰⁹ británica emitió un informe el 26 de agosto de 2013 señalando los problemas de la GAAR que estaba siendo propuesta, siendo los principales: que la General Anti-Abuse Rule era una regla y era mucho mejor pensar en un “principio”; que además era una regla contra el abuso tributario, cuando lo que debía combatirse era la elusión tributaria; finalmente que su aplicación sería solamente anecdótica debido a los requisitos que habría que cumplir además de las dificultades probatorias establecidas en la misma GAAR (¿qué es artificioso? ¿qué es anormal?). Además, como consta en el Corporate Report “Tax avoidance litigation decisions – 2015 to 2016¹¹⁰” actualizado a agosto de 2017, la HMRC señaló que ha ganado 23 de 26 casos judiciales de elusión tributaria ante distintos tribunales de justicia, razón que llevó a la destacada abogada británica Heather Self a preguntarse si en verdad Reino Unido necesitaría de una GAAR, puesto que aún sin ella la

¹⁰⁹ “Trades Union Congress”, es una federación nacida en 1860 que agrupa a distintas asociaciones relacionadas a los trabajadores y a la economía del país.

¹¹⁰ <https://www.taxjournal.com/articles/do-we-still-need-gaar-24082016>

HMRC gana prácticamente todos los juicios sobre elusión de impuestos. Cabe mencionar, en todo caso, que con fecha 18 de julio de 2017, la GAAR fue aplicada por primera vez en Reino Unido. ¿Por el máximo tribunal británico? No. Dentro del proceso de declaración de operaciones como abusivas, existe una instancia en que una comisión especializada compuesta por tres expertos tributarios llamada “GAAR Advisory Panel” da su opinión respecto a las transacciones cuestionadas, respondiendo básicamente si consisten o no en un curso razonable de acción. Por primera vez desde la creación de la GAAR es que este panel fue requerido y emitió una resolución, la cual se comentará pertinentemente en el próximo capítulo relativo a análisis de jurisprudencia comparada debido a que se refieren específicamente a la elusión, pero haciendo la salvedad que en este único caso específico, no es un tribunal el que se está pronunciando sino que un órgano administrativo independiente cuya opinión debe ser tomada en cuenta por el tribunal competente, en caso que el contribuyente decida perseverar en su caso.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA

1.- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1.1.- Gregory vs Helvering (1935)

“Gregory v. Helvering” (en adelante, también, “GvH”) es, sin duda, el caso de elusión tributaria más importante de la historia de Estados Unidos puesto que, se arguye, fue el fallo que posibilitó el nacimiento de distintas doctrinas económicas a nivel jurisprudencial que determinaron la aplicación de numerosas normas tributarias relativas a planificaciones de contribuyentes que tenían el objeto de aminorar su carga tributaria.

Si bien GvH fue fallado por la Corte Suprema de Estados Unidos el 7 de enero de 1935, la decisión más trascendente estuvo en el fallo de diciembre de 1934 dictado por la Second Circuit Court of Appeals, específicamente en la opinión de su juez más preclaro, señor Learned Hand, cuya argumentación es una de las más citadas en los libros de impuestos de Estados Unidos.

1.1.1.- Situación de la contribuyente y normativa aplicable

La situación inicial de la causa fue la siguiente:

La señora Evelyn Gregory (en adelante, también, “la contribuyente”) era la única dueña de “United Mortgage Corporation” (en adelante “UMC”), empresa que en su patrimonio tenía 1.000 acciones de la empresa “Monitor Securities Corporation” (a la que nos referiremos, también, como “Monitor”). El trasfondo económico era simple: la señora Gregory quería vender las acciones que UMC tenía en Monitor pero no quería pagar los impuestos asociados a dicha transacción. Primero, UMC tendría que pagar un impuesto por el mayor valor obtenido en la venta de acciones que tenía en Monitor, y luego habría un segundo impuesto por pagar al momento en que UMC repartiera a la señora Gregory los beneficios obtenidos producto de la venta de acciones.

Para evitar este escenario, los asesores de la señora Gregory aconsejaron llevar a cabo una “reorganización de empresas” acorde a lo establecido en la antigua Sec. 112 g) de los Tax Statutes estadounidenses vigentes en 1928 (año en que se llevaron a cabo las operaciones económicas por parte de la señora Gregory).

La antigua sección 112 g) disponía:

“Reconocimiento de Ganancias o Pérdidas.

- a) Regla General: Sobre la venta o intercambio de propiedad, se reconocerá el monto total de ganancia o pérdida obtenida, determinándose acorde a la sección 111, excepto por las situaciones que se señalan a continuación:
- g) Distribución de capital en una reorganización: Si se distribuye, en prosecución de un plan de reorganización, a un accionista de una empresa una parte de la reorganización, valores o securities en dicha empresa o en otra empresa que sea parte de la reorganización, sin la renuncia por parte de ese accionista de los valores o securities en la empresa, no se reconocerá ninguna ganancia por parte de quien recibe la distribución de valores o securities”

Por tanto, respecto a lo que a Gregory le interesaba, la ley estadounidense señalaba que la regla general es que, al momento de una venta, deberá reconocerse la ganancia obtenida en dicha venta, la cual deberá tributar, excepto si dicho capital ingresaba al patrimonio del contribuyente producto de un plan de reorganización, caso en el cual dicho capital no se reconocería, ergo, no tributaría. Ante esto, los Tax Statutes definían qué debía entenderse por reorganización en la sección 112 (i) B):

“Sec. 112 (i): Definición de Reorganización:

Como se usa en las secciones 113 y 115, el término “reorganización” significa:

B) La transferencia de toda o una parte de los bienes de una empresa a otra, siempre y cuando inmediatamente después de la transferencia, quien transfiere, sus accionistas o ambos, quedan en control de la empresa a quien se le transfieren los bienes”

Al respecto y en la misma línea, la sección 113 de los Tax Statutes señalaba:

“Base para determinar ganancias o pérdidas:

- a) Para propiedad adquirida posterior al 28 de febrero de 1913: La base para determinar la ganancia o pérdida de una venta u otra disposición de propiedad adquirida después del 28 de febrero de 1913 será el costo de dicha propiedad, excepto:

Nº 9: Distribución de ganancias libre de impuestos: Si la propiedad consiste en valores o securities distribuidos después del 31 de diciembre de 1923 a un contribuyente por una transacción descrita en la sección 112 g), la base en el caso de valores distribuidos deberá ser prorrateada bajo las reglas que determine el Comisionado bajo aprobación del Secretario, entre dichos valores y los valores o securities distribuidos”.

Producto de estas reglas y que el deseo de la señora Gregory era vender las acciones en Monitor pagando el menor impuesto posible, sus asesores sugirieron lo siguiente:

Nº 1: Cree otra sociedad.

Nº 2: Que las acciones de Monitor pasen a la sociedad nueva como parte de un proceso de reorganización empresarial. Dicho aporte no tributará.

Nº 3: Liquide la sociedad nueva también dentro de este plan de reorganización, de manera que se le distribuirán las acciones que desea. Esta distribución de acciones por liquidación tendría una tributación mínima especial.

Nº 4: Venda las acciones. Esta venta sí tributará.

1.1.2. ¿Por qué el plan de los asesores tributarios funcionaría? Los hechos.

La respuesta es que el consejo de los asesores se basaba en la definición legal de “reorganización” y en el tratamiento tributario de las ganancias obtenidas dentro de un proceso de reorganización. Entonces, producto de la sugerencia de sus asesores, con fecha 18 de septiembre de 1928, la señora Gregory creó la sociedad “Averill Corporation” (en lo

que viene, también, “Averill”). Con fecha 21 de septiembre del mismo año, UMC aportó las acciones de Monitor a la nueva Averill. El 24 de septiembre de 1928, o sea sólo 6 días después de creada, la señora Gregory disolvió Averill, cuyo patrimonio era las acciones de Monitor, por lo que al liquidarse, las acciones pasaron a propiedad de la señora Gregory quien inmediatamente las vendió a un tercero en un valor de US\$ 133.333, donde declaró como ganancia de capital sólo US\$ 76.008 debido a que US\$ 57.325 los consideró “costos prorrateados de la reorganización”. Esta fue toda la operación llevada a cabo en el caso Gregory v. Helvering y se pensaba que la misma podría ser exitosa **porque las transacciones se llevarían a cabo dentro de un plan de reorganización de empresas acorde a la sección 112 g) de los Tax Statutes.**

1.1.3. Explicación de la asesoría efectuada a la señora Gregory. Trasfondo jurídico y económico.

La señora Gregory creó Averill con el objeto de cumplir con la definición textual de “reorganización” que señalaban los estatutos tributarios, tener más actores con quienes interactuar en su “reorganización” y, al mismo tiempo, mantener a salvo a UMC. Entonces, el traspaso de las acciones de Monitor desde UMC a Averill no tributaría porque se trataba de un aporte llevado a cabo en un contexto de reorganización de empresas acorde a lo dispuesto en la sección 112 (i) B) y sección 112 g) ya transcrita. Se cumplía la “reorganización” porque inmediatamente después de la transacción, quien quedaba en control de Averill era Gregory (accionista y única dueña de UMC, empresa que traspasó las acciones a Averill). Una vez Averill adquirió estas acciones, fue disuelta y liquidada, razón por la cual su patrimonio (las acciones de Monitor) fue distribuido a sus dueños (sólo la señora Gregory). Esta distribución de dividendos vía liquidación tributó de un modo muy aminorado puesto que se consideró era aplicable el antiguo artículo 2115 (c) de los Tax Statutes, el cual trataba preferentemente la distribución de dividendos por liquidación de la sociedad. Finalmente, la venta de las acciones por parte de Gregory a un tercero en US\$ 133.333 sí tributó pero no en su totalidad, porque Gregory reconoció como ganancia de capital sólo US\$ 76.008, debido a que los otros US\$ 57.325 los prorrateó comparando el costo original de las acciones con el costo actual, tal cual se lo permitía la sección 113 a) N° 9 ya transcrita. En consecuencia, esta planificación logró un ahorro total de impuestos en la transacción de acciones de UMC a Averill, luego disminuyó casi totalmente la tributación correspondiente a la distribución del dividendo a Gregory vía liquidación de Averill

(momento en que Gregory pudo disponer del dinero) y finalmente disminuyó la tributación correspondiente a la venta de acciones a un tercero debido al prorrateo de costos que le permitió disminuir la cantidad que se declaraba como ganancia neta en la venta de acciones.

Jurídicamente, estamos en presencia de contratos de constitución de sociedades, cesión de acciones entre empresas de un mismo grupo, compraventa de acciones entre un socio y un tercero, escritura de disolución de una sociedad y su consecuente liquidación, todo esto dentro de un supuesto plan de reorganización de empresas y aprovechando el beneficio tributario de la sección 112 g) y 113 a) N° 9 de los Tax Statutes que permitían a Gregory no reconocer las ganancias obtenidas en las transacciones aquí llevadas a cabo. Pero, económicamente, lo que tenemos es un plan por el cual el contribuyente (Gregory) llevó a cabo operaciones sin mayor sentido, aparte del evidente ahorro tributario, incluso creó una sociedad por el breve lapso de seis días, la cual tenía el único fin de traspasar las acciones a Gregory por un valor mucho menor a si se hacía del modo usual (distribución de dividendos) y sin tocar a UMC, todo esto porque se encontraba en un plan de reorganización. Por tanto, económicamente, hay un traspaso de acciones a Gregory y luego hay una venta de acciones de Gregory a un tercero, todo esto casi exento de impuestos y ahí radicó la disputa judicial entre el Internal Revenue Service (en adelante, también, “IRS”) y el contribuyente: Gregory señaló que recibió las acciones desde Averill como distribución por liquidación, todo en un proceso macro de **reorganización empresarial**, con los consecuentes beneficios tributarios. La IRS señaló que la creación de Averill no tenía ningún propósito de negocios distinto al ahorro tributario, de manera que lo había en verdad era una **distribución de dividendos de UMC a Gregory**, el cual no había tributado como corresponde.

1.1.3. Análisis Judicial

1.1.3.1. Court of Appeals of Second Circuit.

El 6 de diciembre de 1932, la Board of Tax Appeals (en adelante, también, “BTA”), tribunal de primera instancia, conoció del caso Gregory y falló en favor del contribuyente, señalando que la actuación llevada a cabo por ella se encuadraba literalmente en lo que la ley señalaba como “reorganización de empresas”. El Internal Revenue Service de Estados Unidos apeló

dicha sentencia, llegando a conocimiento de la Court of Appeals of Second Circuit liderada por el juez Learned Hand, quien además fue el encargado de la redacción del fallo.

En dicho fallo, el juez Sr. Hand comenzó señalando que estaban de acuerdo con lo expuesto por el tribunal de primera instancia, BTA, en lo que respecta a que una transacción no pierde su validez si su motivación era meramente tributaria, por lo que no correspondería anular las operaciones efectuadas por la señora Gregory en base a la “intención” de su actuar. De hecho, es en este momento en que el juez Learned Hand redactó el, con seguridad, párrafo más citado en la historia de Estados Unidos sobre legislación tributaria. Al respecto, el juez Hand sostuvo:

“Any one may so arrange his affairs that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the Treasury; there is not even a patriotic duty to increase one’s taxes”

Dicho párrafo se traduce en que “toda persona puede ordenar sus asuntos de manera que los impuestos sean lo menor posible; uno no está obligado a optar por el camino que implique una tributación más favorable al Fisco; no hay ni siquiera un deber patriótico de incrementar su obligación tributaria”. Sin embargo, a pesar de este pensamiento, el juez rápidamente dejó en claro que lo que importa es lo que los estatutos pretendían fuesen sus efectos, señalando que si el actuar del contribuyente se encontraba dentro de lo que quería la sección 112 i) B), no tiene ninguna consecuencia que se hayan llevado a cabo con el objeto de minimizar la tributación. Entonces, el juez entra de lleno al asunto que en su opinión era el que determinaba si estábamos ante una conducta aceptable o no por parte del contribuyente y señala que si bien el actuar del contribuyente se ajusta a la letra de la ley, aquello no es suficiente para sostener que actuó como los estatutos pretendían porque “el significado de una frase puede ser mayor que el de sus palabras consideradas por separado, tal como una melodía es más que sus notas separadas¹¹¹”, como elegantemente elaboró el juez.

De esta manera, y dejando claro que había que enfocarse en la intención de la ley por sobre su letra y por sobre la intención del contribuyente, el juez manifestó que el propósito de la

¹¹¹ “(...) the meaning of a sentence may be more than that of the separate words, as a melody is more than the notes”. Sentencia de la Court of Appeals of Second Circuit.

sección 112 de los estatutos tributarios era simple: cualquier empresario puede llevar a cabo modificaciones a su holding y reestructurarse libremente, no estando sujeto a pago de impuestos las “ganancias” que se obtengan en estas transacciones porque el interés colectivo del holding se mantiene, el capital sigue ahí invertido, por lo que dicha sección partía de la base de que una reorganización se llevaba a cabo para continuar con el emprendimiento de un modo más sustentable, pero una reorganización de negocios no era un incidente anecdótico en la vida de un holding, sino que implicaba varios cambios y, principalmente, **que el capital se mantenía dentro del holding para poder continuar con sus respectivos negocios “manteniendo una comunidad de intereses entre las empresas del holding”**.

La historia legislativa demostraba que la intención de la sección 112 de los estatutos radicaba en permitir transacciones dentro del mundo de los negocios, que las empresas se pudiesen adaptar y continuar su funcionamiento, por lo que eventuales ganancias obtenidas dentro del holding empresarial estarían libres de tributación. De este modo, concluye, transacciones meramente anecdóticas que permitían eludir la tributación del accionista ante una distribución de dividendos no se encontraban en lo que los estatutos pretendían clasificar como “reorganización”.

El juez Hand terminó señalando que no compartía totalmente el punto del IRS, puesto que el Sr. Helvering sostuvo que debía anularse la creación de Averill por no cumplir ningún propósito distinto a disminuir la tributación de Gregory, de manera que al sacar a Averill de la ecuación no habría reorganización y, por tanto, simplemente habría una distribución de dividendos por parte de UMC a Gregory, lo cual aumentó el patrimonio de la mujer y no tributó correctamente. Hand sostuvo que Averill fue una empresa real, que participó de una operación real, por lo que no puede desconocerse su existencia. **El asunto de fondo es que el conjunto de estas transacciones no constituía una “reorganización empresarial” conforme a lo establecido en la sección 112, a pesar de cumplir con el tenor literal de los estatutos.** Hand argumentó que para conocer en profundidad lo que un estatuto sostiene no basta la letra del mismo, sino que también la intención del mismo, cuál era su objetivo, momento en que el juez señaló que **el objetivo de la reorganización empresarial establecida en los estatutos (y el por qué de su tratamiento tributario preferente) era que las empresas debían tener un medio poco gravoso de adaptarse a los cambios del mundo de los negocios y que, en el fondo, los movimientos de capital al interior de un holding no tenían mayor importancia porque, finalmente, era capital que se mantenía**

en el mismo holding, por lo que las empresas seguían con intereses comunes de mantener sus respectivos negocios.

En la situación que se le presentó al juez, la existencia de Averill es meramente anecdótica y no modifica ningún tipo de plan de negocios o similar. Si bien la intención de la creación de Averill fue meramente con objetivos tributarios, no es eso lo que imposibilitó a Gregory de utilizar los beneficios tributarios en discusión, sino que la operación llevada a cabo no constituyó una “reorganización empresarial” a la luz de los estatutos tributarios porque no respetaba la intención de los mismos. Si no estábamos en presencia de una reorganización de empresas, entonces la transacción de acciones de UMC a Averill debió tributar y no correspondía llevar a cabo el prorrateo de costos que permitía la sección 113 a) N° 9. En consecuencia, Gregory tenía impuestos impagos en la misma cantidad determinada por la IRS y por tanto la *certiorari*¹¹² interpuesta debía aceptarse, enmendando el fallo de la BTA.

1.1.3.2. Supreme Court.

Producto del revés judicial sufrido, el contribuyente recurrió ante el máximo tribunal de Estados Unidos, la Supreme Court of Justice, la cual se pronunció al respecto el 7 de enero de 1935. Es menester hacer notar que si bien se trata de la sentencia del máximo tribunal de Estados Unidos, no se trata de una sentencia tan famosa como la dictada por el Justice Sr. Hand y la razón es bastante sencilla: el fallo de la Supreme Court expresa los mismos argumentos de la sentencia de la Court of Appeals of Second Circuit, a saber: que no se puede dudar del derecho de los contribuyentes a disminuir, dentro de lo legal, su carga tributaria¹¹³; que el motivo del contribuyente haya sido el de reducir su carga tributaria no tiene importancia en el presente caso, pues no es ni siquiera un factor a considerar; que no corresponde anular la creación de Averill porque es una empresa que tuvo existencia jurídica válida, independiente de los fines para los cuales se constituyó; que lo que importa realmente entonces es si se cumplió con la intención de los estatutos, que la situación que se les presentó no puede considerarse un proceso de reorganización empresarial porque no cumple

¹¹² Recurso interpuesto por la IRS para que la Cour of Appeals of Second Circuit revisara el fallo de la BTA.

¹¹³ “The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted”. Fallo de la Supreme Court of Justice, 7 de enero de 1935, redactado por el Justice Sr. Sutherland.

con la intención subsumida en la sección 112 de los estatutos tributarios y, finalmente, que sostener lo contrario (que sí hay reorganización empresarial porque se cumple con la letra de la ley) sería desproveer de toda seriedad a los estatutos tributarios.

Como se puede apreciar, es calcada la argumentación de la Supreme Court of Justice con la desarrollada por el Justice Sr. Hand en la Corte inferior, de manera que el fallo “importante” terminó siendo el del Sr. Hand.

1.1.4. Importancia del caso Gregory v. Helvering. ¿Fondo sobre forma?

Como se ha señalado de modo precedente, es muy probablemente el caso de impuestos más importante de la historia de Estados Unidos porque la redacción del mismo dio paso a la creación de incontables doctrinas jurisprudenciales que privilegian el fondo económico sobre la forma de los actos jurídicos llevados a cabo por los contribuyentes. Se ha señalado que el fallo del Justice Sr. Hand dio nacimiento a la “Sham Doctrine” por el siguiente párrafo:

“All these steps were real, and their only defect was that they were not what the statute means by a “reorganization,” because the transactions were no part of the conduct of the business of either or both companies; so viewed, they were a **sham**, though all the proceedings had their usual effect”.

También se ha sostenido que originó la “Business Purpose Doctrine” pues el fallo de la Supreme Court of Justice señaló:

“Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having **no business or corporate purpose**”.

Independiente de qué doctrina en específico haya creado, el caso GvH se ha citado abundantemente a favor de la escuela que sostiene que el fondo de las operaciones debe imperar por sobre las formas que se llevaron a cabo, puesto que se argumenta que lo que hicieron los tribunales en el caso fue dejar de lado las operaciones en específico que llevó a cabo la señora Gregory para determinar que el actuar del contribuyente en verdad se encontraba gravado.

Posteriormente, ciertos tribunales estadounidenses que han utilizado análisis de fondo económico en sus sentencias, han citado este fallo para dejar de lado las formas utilizadas por los contribuyentes e, incluso, para no aplicar determinados estatutos puesto que, “en el fondo”, lo que realizó el contribuyente fue otra operación y aquella merecía tributar, dado que la llevó a cabo con el único motivo de reducir su tributación.

Es menester hacer presente que se ha citado tan abundantemente este fallo en causas tan distintas entre sí que su espíritu se ha ido diluyendo un poco en el inconsciente colectivo, por lo que pareciera útil recordar los puntos específicos utilizados por los Justice Sr. Hand y Sutherland. Lo primero que hicieron ambos fue dejar claro que los contribuyentes tienen el derecho de aminorar sus cargas tributarias, mientras sus actuaciones se encuadren en la ley. Por tanto, inmediatamente uno puede notar que una motivación de aminorar la tributación no es una cuestión *per sé* sancionable, puesto que este derecho existe y no hay ni siquiera un deber patriótico de aumentar la tributación de uno como ciudadano. También señalaron los jueces, y en mi opinión es sumamente importante, que la intención de disminuir la carga tributaria no tuvo ningún impacto en el desarrollo y fundamentación de las sentencias. Mi opinión es que no tuvo ninguna importancia por dos razones: la primera es que existe el derecho de los contribuyentes de disminuir sus cargas fiscales, como se expresó ya; la segunda, más importante, radica en que **los estatutos aplicables no hacían pertinente analizar motivaciones en las operaciones llevadas a cabo**, en consecuencia, el análisis efectuado por los tribunales fue sumamente formal y los estatutos en ninguna parte hacen referencia a intenciones de alguna naturaleza, de manera que de modo subyacente estos fallos establecen el imperio de los estatutos en la argumentación judicial, siendo muy llamativo entonces que luego hayan sido citados precisamente como un argumento para no aplicarlos “en favor del fondo”.

Los jueces analizaron cuidadosamente si la sección 112 de los estatutos era aplicable a la causa en cuestión y si se cumplía con la definición legal de “reorganización de empresas”, dejando expresamente de lado el asunto sobre la intención de disminuir su carga tributaria, puesto que la consideraron impertinente para la discusión. Esta aseveración quitó un poco el piso a la argumentación del Sr. Helvering (que representaba al IRS), puesto que él señaló que debido a la motivación de disminuir su tributación y a la falta de propósito comercial en la creación de Averill, esta sociedad debía anularse, sacarse del mapa de la reorganización y entender que, en el fondo, lo que había era una distribución de dividendos directa desde

UMC a Gregory. Este punto de vista fue desestimado por ambos tribunales, quienes señalaron la validez de Averill, pero estuvieron de acuerdo en que la contribuyente tenía obligaciones tributarias pendientes.

En consecuencia, no deja de llamar la atención que este fallo haya sido tan citado para analizar el fondo de las actuaciones que diversos contribuyentes llevaron a cabo, cuando en mi concepto, los jueces nunca cayeron en la tentación de demonizar al contribuyente por su aparente intención de disminuir las cargas tributarias que le correspondían. Al respecto, si bien este fallo marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia estadounidense en lo que respecta a que el fondo debe primar por sobre las formas (dando paso a todas las doctrinas jurisprudenciales que se resumen en la “substance over form doctrine”), **mi opinión es que este fallo es totalmente lo contrario, sosteniendo la preferencia de la forma por sobre el fondo**, y las razones son las siguientes:

(1) El análisis de los jueces tuvo como eje principal la ley aplicable al caso, sin importar si la contribuyente quería disminuir su tributación o si la única motivación detrás de las operaciones era la de disminuir las cargas fiscales;

(2) Luego de un análisis exhaustivo de la ley, el enfoque de los tribunales siempre estuvo en si la actuación de la contribuyente era calificable como una “reorganización empresarial”, y para determinarlo se estudió la letra e intención de la ley, descartando consideraciones externas a los estatutos;

(3) Si bien se apeló a la intención de la ley, es menester hacer notar que los jueces fueron lo suficientemente perspicaces para siempre hablar de **la intención de los estatutos y no de los legisladores**, puesto que la fuerza obligatoria radica en la ley y no en la intención de sus redactores. Esto ha de dejarse claro porque, en la consecuente argumentación de los jueces, es manifiesto que entienden que la ley tiene aplicación primordial por sobre cuestiones de fondo y, por tanto, el análisis de los jueces es formal, debido a que se enfocan en la ley y no en asuntos de “fondo económico”;

(4) El fondo económico, esto es, que la creación de Averill fue solo instrumental para lograr una menor tributación de la dueña al percibir los dividendos, no fue nunca un argumento para sostener que debía desestimarse el cumplimiento formal de la letra de la ley y decir que

no hubo reorganización empresarial, sino que una distribución de dividendos encubierta. En consecuencia, el hecho de que “Averill sólo tuvo existencia jurídica por 6 días” no fue un argumento para sostener que el único motivo había sido el de reducir sus impuestos, sino que fue argumento para sostener que no podía existir una reorganización empresarial, como la ley exigía, en esas condiciones.

(5) Los jueces sostuvieron que debido a que la creación de Averill fue anecdótica y no impactó el desarrollo de negocios de la señora Gregory, no podía considerarse que hubo una reorganización empresarial según los estatutos. Al respecto, y es probablemente el punto más importante, la razón por la que estas operaciones no constituyeron una reorganización de empresas fue porque no cumplieron con la ley, puesto que la ley es más que sólo sus palabras, sino que también debe atenderse a su intención¹¹⁴. Como la intención de la sección 112 de los Tax Statutes era otorgar un beneficio tributario a quienes cambiaran la estructura de su holding con el objeto de seguir en el negocio, aquello no se cumplió por parte de Gregory puesto que su intención nunca fue llevar a cabo operaciones con un propósito negocial. Al respecto, **es indiferente que su intención haya sido lograr una distribución de dividendos con tributación fuertemente aminorada, lo que importa es que no cumplió con la intención exigida por la ley: reestructuración empresarial con el objeto de continuar el desarrollo de negocios de su holding.**

Este es el punto más importante por el cual, a mi parecer, Gregory v. Helvering termina siendo un fallo que sostiene la forma por sobre el fondo, debido a que **la razón por la que, en opinión de los jueces del caso, no hay una reestructuración empresarial es porque no se cumplió con la ley, y no se cumplió con la ley porque la misma pide expresamente que se busque un propósito negocial en la reorganización empresarial llevada a cabo (“in pursuance of a plan of reorganization”), y Gregory no pudo argumentar dicho propósito porque los hechos eran sumamente decisivos, al punto que la Corte Suprema estadounidense arguyó que sostener que había reestructuración, a pesar de los hechos expuestos, sería dejar la ley desprovista de toda seriedad.** ¿La intención de disminuir su tributación tuvo algún impacto en la decisión de los jueces? Ninguno. ¿Qué el único motivo de la creación de Averill haya sido disminuir impuestos tuvo impacto en la decisión de los

¹¹⁴ Grewal, Amandeep. *Economic Substance and the Supreme Court*. Tax Analysts, Special Report. 2007, página 986.

jueces? Ninguno. ¿Qué el actuar de la contribuyente se encuadrara en la letra de la sección 112 (i)¹¹⁵ tuvo impacto en la decisión de los jueces? Absolutamente, razón por la cual la argumentación de los jueces radicó en señalar por qué no estaban en presencia de una reorganización empresarial a pesar de que se cumplía con la letra de la sección 112 (i), y la conclusión fue que la sección 112 (g) exigía expresamente un propósito comercial en la reestructuración empresarial, de lo cual se desprendía que la intención de la ley era que luego de la reestructuración, se continuara con el negocio y el capital reinvertido, pero lo que hubo fue un traspaso de acciones a la dueña puesto que las quería vender, lo cual no tiene nada que ver con un propósito de continuidad de negocios que exigía la antigua sección 112 (g) de los estatutos tributarios. Los jueces, entonces, exigieron a Gregory un propósito comercial no porque “el fondo prime sobre la forma” ni porque la actuación de Gregory evidentemente pretendía lograr la obtención de las acciones con la menor tributación posible, **sino porque la ley expresamente lo exigía, razón por la cual es mi opinión que estos fallos lo que resaltaron fue el respeto a los estatutos reguladores del caso, de manera que de ninguna manera se podría señalar (como lo hacen las doctrinas jurisprudenciales del fondo sobre la forma) que un análisis de fondo económico puede, eventualmente, dejar de lado la aplicación de una norma legal al caso particular.**

A pesar de lo expuesto, es de justicia señalar que la opinión mayoritaria en Estados Unidos fue que el fallo sostenía la primacía del fondo sobre las formas jurídicas, dando comienzo a las doctrinas ya comentadas (principalmente la del “business purpose” pero también el resto).

Por tanto y para finalizar, si bien se falló a favor del IRS porque Gregory no pudo probar un “business purpose” en su actuar, las razones de fondo fueron totalmente diferentes: **Según el IRS, porque en el fondo la motivación del contribuyente era disminuir su tributación; según los jueces, porque el actuar del contribuyente no se encuadró con la letra e intención de la ley.** Queda a juicio del lector estar de acuerdo o no con el fallo, pero el punto central es que la argumentación de los jueces tuvo como eje la ley aplicable al caso y no un análisis de fondo económico.

¹¹⁵ Definición legal de reorganización empresarial.

1.2. Knetsch v. United States (1960)

1.2.1. Introducción

Este famoso caso fue resuelto por la Supreme Court of Justice el 14 de noviembre de 1960, afirmando la sentencia de la Court of Appeals of Ninth Circuit, la cual a su vez afirmó la sentencia de la District Court for the Southern District of California. Podrá apreciarse que esta sentencia, 25 años posterior a GvH, efectuó un razonamiento prácticamente idéntico y, en mi opinión, interpretó correctamente a GvH.

1.2.2. Hechos del caso y estatutos aplicables

1.2.2.1. Primer año: 1953.

El 11 de diciembre de 1953, el señor Karl Knetsch (en adelante, y para efectos de la revisión de este caso específico, “el contribuyente” o “Sr. Knetsch”), un hombre de 60 años, compró diez “annuity saving bonds”¹¹⁶ con beneficios a 30 años a la compañía de seguros de vida “Sam Houston Life Insurance Company” (en adelante, también, “la aseguradora”) por la cifra de US\$ 400.000 cada uno, a una tasa de interés del 2,5% anual. El precio que cobró la aseguradora por todos los bonds fue de US\$ 4.004.000, los cuales el contribuyente financió del siguiente modo:

- a) US\$ 4.000 los pagó mediante un cheque a nombre de la aseguradora.
- b) US\$ 4.000.000 los obtuvo al solicitar un préstamo a la misma aseguradora por dicha cifra, con una tasa de interés anual del 3,5%. Este préstamo se llevó a cabo con “non recourse notes”¹¹⁷.

¹¹⁶ Los “**bonds**” son una promesa de pago de dinero en caso de cumplirse un plazo o condición especificada previamente. En este caso, el Sr. Knetsch compró bonds premium que prometían pagar anualmente 2,5% por 30 años, de manera que en el año 1983 los bonds habría pagado al Sr. Knetsch una cifra cercana a los US\$ 8 millones.

¹¹⁷ Las “**non recourse notes**” dicen relación con préstamos en los cuales el prestamista, en caso de incumplimiento, sólo puede pagarse con la garantía que haya quedado pactada, que se llama collateral, no pudiendo perseguir el pago de la deuda en otros bienes del deudor. En nuestro caso, el collateral pactado eran los mismos bonds, de manera que en caso de incumplimiento por parte del Sr. Knetsch, la aseguradora retomarí el control de los bonds vendidos pero no más.

El interés generado al primer año por el préstamo fue de US\$ 140.000, los cuales fueron pagados por adelantado por el Sr. Knetsch. Producto del que el valor de los bonds se incrementaba anualmente por 2,5%, a final de año dichos bonds tenían un valor de US\$ 4.100.000, de manera que el pago de los bonds al Sr. Knetsch al término del primer año corresponderían a US\$ 100.000, pero una parte del contrato de venta celebrado entre el contribuyente y la aseguradora permitía que el Sr. Knetsch pudiese pedir prestado el exceso generado anualmente, sin tener que esperar un año completo¹¹⁸, de manera que sólo cinco días después de firmado el contrato (16 de diciembre de 1953), el Sr. Knetsch pidió prestados US\$ 99.000 por el excedente que generarían anualmente los bonds. Este segundo préstamo tendría también una tasa de interés del 3,5% y pagables por anticipado, de manera que los intereses en este segundo caso serían de US\$ 3.465, dando un total de intereses entre ambos préstamos de **US\$ 143.465, los que fueron deducidos de la renta líquida del contribuyente en su declaración de impuestos.**

1.2.2.2. Segundo año: 1954.

El segundo año del contrato comenzó el 11 de diciembre de 1954. Producto de la deuda de US\$4.099.000 (suma de ambos préstamos) que tenía el contribuyente con la aseguradora, por el segundo año debía pagar US\$ 143.465 de intereses, los que fueron prepagados el 27 de diciembre de 1954. Debido al crecimiento de los bonds de 2,5% anual, el segundo año los bonds estaban en un valor de US\$ 4.204.000¹¹⁹. La diferencia entre su endeudamiento y el valor de los bonds era de US\$ 105.000, de los cuales el Sr. Knetsch solicitó se le adelantaran US\$ 104.000¹²⁰, también a un interés del 3,5%. El 30 de diciembre de 1954 la aseguradora prestó al Sr. Knetsch esta cifra de US\$ 104.000, de manera que debió pagar intereses por US\$ 3.640, dando un total de intereses por el segundo año **de US\$ 147.105, los cuales fueron deducidos de la renta líquida del contribuyente**, tal cual como el primer año.

¹¹⁸ El señor Knetsch podía pedir prestados hasta US\$ 100.000 sin tener que esperar al 11 de diciembre de 1954, fecha en que los bonds generarían este interés.

¹¹⁹ Los US\$ 4.100.000 con un crecimiento anual del 2,5% dan, para el segundo año, una cifra de US\$ 4.205.000, pero debido a que el contribuyente había pedido US\$ 99.000 de los US\$ 100.000 posibles el año pasado, la cifra en rigor fue de US\$ 4.204.000.

¹²⁰ O sea, tal cual el año anterior, el Sr. Knetsch solicitó como adelanto todas las ganancias previstas por el bond, menos US\$ 1.000.

En el caso de autos conviene tener presente lo siguiente:

- 1.- El contribuyente se generó una deuda con la aseguradora, la que fue pagando con préstamos que otorgaba la misma aseguradora, lo que tenía como consecuencia que la cifra que el contribuyente debía por intereses sólo iría en aumento.
- 2.- El dinero, en el fondo, nunca salió de la aseguradora puesto que “el contribuyente utilizaba el préstamo de la aseguradora para pagar la deuda con ella”. Por tanto, no había movimiento de dinero.
- 3.- Pareciera ser un sinsentido adquirir bonds con rentabilidad del 2,5% anual y pagarlos mediante un préstamo con tasa 3,5% anual, pero como nos señaló el ya citado profesor Michael Gratz, en materia tributaria nos solemos encontrar con “*deal(s) done by very smart people that, absent tax considerations, would be very stupid*”.
- 4.- Los bonds tenían una madurez de 30 años, lo que equivale a decir que se trataba de una inversión que generaría sus beneficios más importantes 30 años después, cuando el Sr. Knetsch tuviese 90 años, siendo bastante probable que él no estuviese vivo a la época (porque en la década de los 50’ el Sr. Knetsch ya tenía 60 años).
- 5.- Finalmente, el Sr. Knetsch utilizó este medio para generar intereses sólo por los años 1953, 1954 y 1955, siendo dejado sin efecto el contrato de compraventa de los bonds el 27 de diciembre de 1956, lo que implicó que se canceló su deuda y la aseguradora le pagó US\$ 1.000, que fue la cifra que anualmente fue manteniendo el contribuyente como “utilidad” de los bonds.

La legislación aplicable al caso fue la sección 23 (b) de los Tax Statutes de 1939, la sección 163 (a) de los Tax Statutes de 1954 y, tangencialmente, la sección 264 (a) N° 2 de los Tax Statutes de 1954. Dichos estatutos son los siguientes:

“Sección 23. DEDUCCIONES DE INGRESOS BRUTOS

Al calcular los ingresos netos de los contribuyentes, estarán permitidas como deducciones:

- (a) **INTERESES:** Todo interés pagado o debido pagar dentro del año tributario del endeudamiento (...)

Sección 163. INTERESES

- (a) **Regla General:** Se permitirá la deducción de todos los intereses pagados o debidos pagar dentro del año tributario del endeudamiento.

Sección 264. CIERTOS MONTOS PAGADOS EN RELACIÓN CON CONTRATOS DE SEGUROS

- (a) **Regla General:** No se permitirá la deducción de:
Nº 2: Cualquier monto pagado o debido pagar producto de un endeudamiento incurrido por la compra de un seguro de vida premium, endowment¹²¹ o contrato anual”.

Puede apreciarse, entonces, que los intereses pagados o debidos pagar se pueden deducir de la renta líquida de los contribuyentes siempre que pretendan deducirse de los ingresos obtenidos en el año tribuario en que ocurrió el endeudamiento. Del mismo, para el año 1954, la sección 264 estableció que no se podrán deducir montos pagados o debidos pagar en contratos anuales con compañías de seguro, pero esta norma no alcanzó a cubrir los primeros dos años de la planificación del Sr. Knestch.

1.2.3. Análisis económico

Finalizado el recuento de los hechos y de señalarse la normativa aplicable, ¿qué es lo que hizo el Sr. Knetsch que no le pareció al IRS? Estos son los números:

1.2.3.1. Primer año, 1953

- a) El Sr. Knetsch pagó con un cheque US\$ 4.000, los que eran parte del valor que cobró la aseguradora por los bonds.
- b) El Sr. Knetsch pagó US\$ 140.000 por concepto de intereses por el préstamo de los US\$ 4.000.000

¹²¹ Donación con un fin específico que se efectúa a una institución pública. Ej: Donación para que una universidad pública pueda ofrecer becas.

- c) El Sr. Knetsch recibió US\$ 99.000 en efectivo por parte de la aseguradora, como un adelanto a la ganancia anual que generaría el bond y que podía solicitar el contribuyente.
- d) El Sr. Knetsch pagó US\$ 3.465 por concepto de intereses por el adelanto de los US\$ 99.000.

¿Cuál fue el real flujo de dinero antes de impuestos por el primer año del Sr. Knetsch con la aseguradora? Fue de US\$ 48.465¹²².

1.2.3.2. Segundo año, 1954

- a) El Sr. Knetsch pagó US\$ 143.465 por concepto de intereses acumulados al segundo año.
- b) El Sr. Knetsch recibió US\$ 104.000 en efectivo por parte de la aseguradora, como un adelanto a la ganancia anual que generaría el bond y que podía solicitar el contribuyente.
- c) El Sr. Knetsch pagó US\$ 3.640 por concepto de intereses por el adelanto de los US\$ 104.000

¿Cuál fue el real flujo de dinero antes de impuestos por el segundo año? Fue de US\$43.105¹²³. Esto da un total por ambos años de **US\$ 91.570**. Producto de que el contrato del bond fue dejado sin efecto, esta fue la única obligación real que debió el contribuyente a la aseguradora.

El primer año el contribuyente dedujo de su renta líquida la cifra de US\$ 143.465 por concepto de intereses, mientras que el segundo año esta cifra fue US\$ 147.105, totalizando una deducción de impuestos de **US\$ 290.570** por ambos años. El contribuyente efectuó un análisis de que esta deducción de impuestos tendría una tasa marginal de ahorro tributario del 80%, lo que significó en los hechos un ahorro tributario neto de **US\$ 233.298**¹²⁴.

¹²² La suma de a), b) y d), a lo que se le resta c).

¹²³ La suma de a) y c), a lo que se resta b).

¹²⁴ Podrá apreciarse que el juez, en su sentencia definitiva, hizo referencia a esta cifra.

¿Cuál sería el flujo de dinero después de impuestos? Se llega a esta cifra si a la deducción total de impuestos se resta el flujo antes de impuestos¹²⁵, lo que nos da un total de US\$ 141.728. **En consecuencia, no podría decir que, si la planificación resultase, el Sr. Knetsch tendría en su bolsillo la cifra de US\$ 141.728 luego de 1954.**

A los 30 años, el contrato estaría generando mensualmente una cifra cercana a los US\$ 91.171 para el contribuyente¹²⁶, pero si anualmente el contribuyente solicitaba por adelantado las utilidades previstas para el año siguiente, menos US\$ 1.000 (como lo hizo durante 1953 y 1954), **el último año el bond en verdad tendría un beneficio de solo US\$ 1.000** (esto es, el bond tendría un valor de US\$ 8.388.000 pero al mismo tiempo el contribuyente estaría endeudado en US\$ 8.387.000), lo que significaba un beneficio mensual de alrededor de US\$ 43 al último año, que se supone es aquel en que más beneficios generaría el contrato.

1.2.4. Sentencia de la Supreme Court of Justice.

El redactor de la sentencia fue el Justice Sr. Brennan, quien explicó con lujo de detalle todas las operaciones llevadas a cabo entre el Sr. Knetsch y la aseguradora, finalizando con el análisis precedente del beneficio de US\$43 durante el último año del bond. Posteriormente, señaló las conclusiones de la Court of Appeals of Ninth Circuit que fueron básicamente que las transacciones no tenían fondo económico, que las partes nunca tuvieron en mente un real endeudamiento del Sr. Knetsch y que, en consecuencia, las transacciones eran fingidas, falsas.

En mi opinión, inmediatamente la argumentación del Justice Sr. Brennan pisó fuerte puesto que, al comenzar el análisis del asunto sometido a conocimiento del tribunal, espetó:

“No consideraremos la opinión de la Corte Distrital de que ‘el único motivo al comprar los 10 bonds fue intentar lograr una deducción por intereses’. Como se sostuvo en Gregory v. Helvering: ‘Que los contribuyentes tienen el derecho legal de reducir su tributación, o derechamente eludirla, por medios permitidos por la

¹²⁵ US\$ 233.298 – US\$ 91.570

¹²⁶ Acorde a las estimaciones previstas en el contrato de compraventa del bond.

ley, no es algo que pueda ser puesto en duda... **Pero la pregunta a responder es si lo que se ha hecho, aparte de la motivación tributaria, es lo que pretendían los estatutos”**.

Como se expresó en el análisis de GvH, es correcto que el máximo tribunal se preocupó de sostener, claramente, que la motivación de reducción de impuestos nos llevaría a efectuar un análisis inconducente, puesto que no tiene importancia para determinar si el actuar del contribuyente se encuadra o no en la ley. En consecuencia, y por un tema de consistencia jurisprudencial, era menester dejar claro que la intención de tributar menos es un tema a todas luces superfluo, sugiriendo que es un análisis que debe dejar de hacerse.

En vista de que hay que poner la atención en lo que realmente se hizo, fue aquella la pregunta que se planteó el Justice Sr. Brennan, contestando que **lo que en verdad teníamos era un pago de US\$ 294.570¹²⁷ por parte del contribuyente a la aseguradora, y que a cambio había recibido US\$ 203.000¹²⁸ en la forma de préstamos**. Señaló, por tanto, que el contrato de los bonds era derechamente ficticio puesto que el fin de un contrato de este tipo era generar utilidades para quien lo contrató, pero el contribuyente se preocupó de “anular” estas utilidades a través de los préstamos que anualmente pedía, de manera de constantemente dejar solo US\$ 1.000 como la cifra que el bond le generaba, ergo, que la aseguradora le debía. ¿Qué significaba esta diferencia de flujo de US\$ 91.570 en favor de la aseguradora?

El juez dedujo lo siguiente:

“Los US\$ 91.570 de diferencia retenida por la compañía fue su precio por prestarse para la fachada de ‘préstamos’ donde el contribuyente persiguió deducir US\$233.297,68 de sus declaraciones de impuesto por los años 1953 y 1954. Perfectamente pueden existir negocios sobre single premium annuity bonds que pretendan crear un ‘endeudamiento’ para los propósitos de la sección 23 (b) del Código de 1939 y de la sección 163 (a) del Código de 1954. Pero el caso que se nos presenta es ficticio, un engaño”

¹²⁷ Los intereses de los préstamos (US\$ 143.465 por el primer año, más US\$ 147.105 por el segundo) más los US\$ 4.000 que el contribuyente pagó con un cheque como precio por los bonds.

¹²⁸ Los US\$ 99.000 del primer año más los US\$ 104.000 del segundo año.

La defensa del Sr. Knetsch arguyó que, debido a que en 1954 la sección 163 (a) prohibió la celebración de contratos de este tipo, debía a *contrariu sensu* entenderse que antes de dicha fecha la celebración de estos contratos para efectos tributarios estaba permitida. Sin embargo, la respuesta de la Supreme Court of Justice fue categórica y estableció, a mi parecer, el punto más importante en la redacción del fallo, señalando:

“El peticionario, entonces, atribuye al Congreso la intención de permitir la deducción, pre 1954, de pagos de intereses, como los que encontramos entre el Sr. Knetsch y la compañía de seguros, **sin consideración a si las transacciones crearon una real obligación de pagar intereses**. A menos que tal significado aparezca claramente, no lo podemos atribuir al Congreso. ‘Sostener lo contrario implicaría exaltar lo artificial sobre lo real y privar a los estatutos de toda seriedad’”.

En consecuencia, el razonamiento del tribunal estuvo en analizar si teníamos en verdad una obligación real de pagar intereses, donde en el caso afirmativo las deducciones efectuadas por el contribuyente estarían correctas, pero en el caso contrario, el contribuyente tendría obligaciones tributarias pendientes. Podrá el lector reconocer que la argumentación del Justice Sr. Brennan terminó citando, precisamente, a GvH para resolver el asunto sometido a su conocimiento, interpretándolo del modo correcto como entiende este tesista. El juez finalizó la redacción del fallo efectuando un análisis de fondo a la norma de la sección 163 de 1954 y de casos resuelto en base a la misma, sosteniendo al respecto que finalmente lo que había era un interés del Congreso de cerrar vacíos legales respecto a la utilización de los intereses para eximirse del pago de impuesto a la renta, lo que en verdad no tenía nada que ver con transacciones fingidas o falsas, incluso, derechamente negando que las transacciones fingidas fuesen el motivo por el cual se redactó esta nueva sección, porque el problema estuvo siempre en la utilización de intereses provenientes de un “real endeudamiento” para reducir la tributación. La conclusión final fue que se afirmaba el fallo de la Court of Appeals of Ninth Circuit.

1.2.5. Conclusiones del caso. Similitud total con el razonamiento en “Gregory v. Helvering”.

En opinión de este tesista, el fallo de la Supreme Court of Justice en “Knetsch v. Estados Unidos” reflejó la vertiente de interpretación de GvH que sería la correcta. En otros fallos, como “Smith v. Higgins” (1940) se interpretó GvH como un fallo que permitía efectuar análisis de fondo económico a las operaciones llevadas a cabo por los contribuyentes, por lo cual, el cumplimiento de la letra de la ley no era suficiente para entenderse que en verdad se estaba cumpliendo con la legislación tributaria. En “Knetsch v. Estados Unidos” se sostuvo que podía efectuarse un análisis económico **siempre que fuese requerido por la legislación**, que es lo que me parece es exactamente lo planteado por GvH. Sostengo esto porque la razón por la que fue denegada la deducción de impuestos que intentó el Sr. Knetsch radicó en que, en realidad, no hubo un real endeudamiento entre él y la aseguradora, pero ¿por qué la Supreme Court of Justice desestimó los contratos de compraventa y préstamos celebrados y decidió “analizar el fondo económico” de la situación, lo que la llevó a entender que no hubo real endeudamiento? **Porque la ley exigía un endeudamiento para que procediera la deducción de impuestos.** Como se expuso al señalar la legislación aplicable al caso específico, la sección 23 establecía que procederá la deducción de intereses pagados, o debidos pagar, dentro del año tributario **“del endeudamiento”¹²⁹**. Por tanto, eran requisitos para la admisión de esta deducción de impuestos:

- a) Pagar intereses
- b) Obligación de pagar intereses
- c) Que la deducción se efectúe en el año tributario del endeudamiento

En consecuencia, correspondía analizar si estábamos en presencia o no de un endeudamiento por parte del Sr. Knetsch, siendo la convicción de la Corte que no existió un real endeudamiento porque, en el fondo, eso nunca fue lo que las partes quisieron. El contribuyente nunca sacó dinero de su bolsillo para pagar intereses por el préstamo de US\$ 4 millones que le efectuó la aseguradora. Dicha cifra era el préstamo para pagar los bonds que la misma aseguradora le vendió, en consecuencia, el dinero sólo dio vueltas entre la aseguradora y el Sr. Knetsch, y eso partiendo de la base que en algún momento el dinero efectivamente salió de las cuentas bancarias de la aseguradora. Si bien no es el asunto central, la sentencia parece sugerir que ni siquiera existió este movimiento de dinero y que todos los

¹²⁹ “All interest paid or accrued within the taxable year **on indebtedness**”

pagos y préstamos efectuados tuvieron existencia en la vida jurídica, mas no en el mundo real.

Aparte, los bonds fueron comprados con una “madurez” de 30 años, lo que significaba que los beneficios serían mayores cuando el Sr. Knetsch tuviese 90 años, lo que difícilmente ocurriría en la época¹³⁰. Otro argumento, y uno de los más importantes, radicó en que el Sr. Knetsch anualmente pidió se le adelantaran los excesos generados por el bond a través de préstamos, razón por la cual las utilidades que generaba anualmente el bond eran “anuladas” por los préstamos e intereses que se le cobraban al adelantarle dichas utilidades. La cifra de US\$ 1.000 que siempre dejaba el contribuyente como “beneficio” del bond era a todas luces simbólica, puesto que las utilidades gruesas se anulaban al adelantarse y luego otorgarse un préstamo para pagar el adelanto. Debido a que la cifra que dejaba el contribuyente como generada por el bond era de sólo US\$ 1.000, esa era la cifra que la aseguradora debía al contribuyente. Claramente esta situación se planeó así con el objeto de no hacer incurrir a la aseguradora en una obligación monetaria mayor para con el contribuyente y al mismo tiempo generarle intereses deducibles. Cuando en 1956 (sólo tres años después de contratado el bond a 30 años) se resolvió el contrato, la aseguradora pagó los US\$ 1.000 al contribuyente y finalizó la relación comercial, nadie se debió nada, el patrimonio de la aseguradora estaba intacto y el Sr. Knetsch pagó US\$ 91.570 para poder deducir US\$ 233.298 de sus impuestos, dejándole un flujo a favor de US\$ 141.728.

Mi opinión es que este fallo respeta a cabalidad el razonamiento que se encuentra en GvH porque en ambos casos se dio preferencia a lo establecido en los estatutos tributarios, siendo estos la única razón por la que entraron en análisis de fondo económico. En GvH los estatutos señalaron que se concederían beneficios luego de actuarse “en prosecución de un plan de reorganización de negocios”, en consecuencia, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema exigieron al contribuyente un plan de negocios, llevando a cabo un necesario análisis económico para determinar si estaban o no frente a un plan de negocios que le permitiera a la señora Gregory aprovechar los beneficios tributarios solicitados. En “Knetsch v. Estados Unidos”, la normativa exigió que los intereses se dedujeran en el año tributario “del endeudamiento”, en consecuencia, todos los tribunales involucrados¹³¹ exigieron al

¹³⁰ En 1960, época del fallo, el Sr. Knetsch tenía ya 67 años.

¹³¹ Corte Distrital, Corte de Apelaciones y Corte Suprema.

contribuyente la existencia de un real endeudamiento, situación que, para poder determinarse, necesariamente implicó llevar a cabo un análisis de fondo económico. Ergo, tanto GvH como “Knetsch v. Estados Unidos”:

- a) Dieron prioridad a los estatutos tributarios.
- b) Señalaron que un análisis sobre las motivaciones tributarias de un contribuyente sería baladí.
- c) Efectuaron análisis económicos sólo porque el estatuto tributario mandató llevar a cabo un análisis de este tipo.

En el presente caso, ¿importó que la motivación del Sr. Knetsch haya sido tributaria? No, aquel no fue un punto a considerar. ¿Importó que la intención de disminuir sus obligaciones tributarias fuera el único motivo por el cual el Sr. Knetsch llevó a cabo estas operaciones? Para nada, de hecho, al comienzo del fallo el Justice Sr. Brennan se preocupó de dejarlo en claro y de sostener que las consideraciones tributarias para llevar a cabo o no determinadas operaciones no tenían nada que ver con el asunto sometido a su conocimiento, puesto que las personas tienen derecho a reducir su tributación utilizando los medios que la ley otorga para ello¹³². ¿Qué es lo que importó? Lo que importaba era “lo que realmente se hubiese hecho¹³³”, que en el caso particular, fueron unas operaciones que no cumplieron a cabalidad todos los requisitos estatutarios, lo cual no es sólo un incumplimiento de requisitos legales (que en un país de tradición civil continental como Chile sería argumento suficiente) sino que además el razonamiento de la Supreme Court of Justice en su jurisprudencia implicaba desestimar la argumentación del contribuyente. **En consecuencia, se incumplió una norma legal porque la jurisprudencia ordenaba entenderla de un modo más amplio que lo meramente escrito, por lo que sólo correspondía desestimar la deducción intentada por el contribuyente.** Si en GvH los estatutos hubiesen omitido las palabras “en prosecución de un plan de negocios” y en “Knetsch v. Estados Unidos” los estatutos hubiesen señalado “será admisible la deducción de intereses en el año tributario en que se hubiesen celebrado el o los

¹³² Citando precisamente a GvH, por lo que no deja de llamar la atención que constantemente el IRS sostuviese sus argumentaciones señalando que el contribuyente había tenido el único ánimo de disminuir sus obligaciones tributarias, cuando la jurisprudencia obliga en Estados Unidos y GvH se preocupó de dejar meridianamente claro que no debían tomarse en cuenta, que lo que importaba era lo que realmente se hubiese hecho.

¹³³ Como ordenó GvH

contratos de préstamo de dinero”, entonces necesariamente el máximo tribunal debió fallar a favor de los contribuyentes y probablemente GvH nunca hubiese existido como lo que es hoy, el caso de impuestos más importante y citado de Estados Unidos, al que se le atribuye (malamente, en opinión de este investigador) haber creado la “Business Purpose Doctrine”.

1.3. Cottage Savings Association v. Commissioner (1991)

1.3.1. Introducción

Este importante caso fue resuelto en 1991 por la Supreme Court of Justice de Estados Unidos, instancia en la cual se reflejó la vigencia del caso GvH, y al mismo tiempo se avocó a la tarea de delimitar qué debe entenderse por “realización de pérdidas” y por transacciones de “bienes materialmente diferentes”. El análisis llevado a cabo fue más bien formal y mantuvo la tendencia de la Corte Suprema de sólo efectuar análisis de fondo económico cuando los estatutos lo señalen de un modo claro, rechazando argumentos del IRS sobre fondo económico de transacciones sustentados en que los contribuyentes sólo pueden invocar beneficios fiscales utilizando operaciones con propósito de negocios.

1.3.2. Hechos del caso y estatutos aplicables

Cottage Savings Association (en adelante para el análisis de este caso particular, “el contribuyente” o “Cottage”) era una empresa dedicada a los préstamos de dinero y también a ser una mutual de ahorro (“S&L”¹³⁴, por sus siglas en inglés), de modo que las principales ganancias de este tipo de empresas radicaban en los préstamos a largo plazo con baja tasa de interés. Al final de la década de los 70’ en Estados Unidos, las empresas del tipo “S&L” vivieron una crisis por un inesperado aumento de las tasas de interés que ellos debían pagar, lo que los empezó a dejar en una posición en que lo que ganaban con sus préstamos a largo plazo no alcanzaba para paliar las pérdidas que empezaron a experimentar en el corto plazo. Si bien esta era una situación en que las empresas “S&L” podrían intentar ocupar estas pérdidas con el objeto de reducir sus deberes fiscales y alivianar su presente, tenían limitaciones para ello producto de diversas disposiciones de la “Federal Home Loan Bank Board” (en adelante, también, “FHLBB”, ente regulador de las “S&L”). Sin embargo,

¹³⁴ “Savings and Loans”.

debido a que la FHLBB entendió que la situación que las S&L estaban viviendo era real y riesgosa ¹³⁵, despachó el “Memorándum R – 49 ¹³⁶” (en adelante, también, “el Memorándum”), el cual permitía a estas empresas no registrar en su contabilidad las pérdidas en que incurriesen en ventas recíprocas de bienes substancialmente idénticos ni tampoco reportarlas a la FHLBB, debiendo cumplir diez requisitos para ello.

En vista de lo señalado en el Memorándum, Cottage participó de variadas ventas recíprocas celebradas el 31 de diciembre de 1980, donde vendió el 90% de su participación en 252 préstamos hipotecarios a largo plazo con baja tasa de interés a otras cuatro empresas “S&L”, y compró el 90% de participación que tenían esas empresas en 305 préstamos hipotecarios similares. El portfolio de clientes que Cottage vendió estaba avaluado en US\$ 4,5 millones, misma valuación de los portfolios recibidos. Sin embargo, aunque el portfolio de Cottage estaba avaluado en esa cifra, contenía intereses totales proyectados por US\$ 6,9 millones, razón por la cual dedujo la diferencia (US\$ 2,4 millones¹³⁷) de su renta líquida porque el precio de mercado al momento de la venta fue inferior al precio libro registrado en la contabilidad, quedando sin deber de tributar y teniendo derecho a una devolución de

¹³⁵ La FHLBB obligaba a las empresas “S&L” a contabilizar sus pérdidas e informárselas. También la FHLBB tenía normas por las cuales empresas que registraran mucha y/o constante pérdida, podrían verse en obligación de cerrar o declararse en quiebra. Producto de esta situación, en un comienzo ninguna empresa “S&L” intentó aprovechar sus pérdidas para deducirlas de la RLI.

¹³⁶ Despachado el 27 de junio de 1980 por el Director de la Oficina de Análisis y Supervisión de la FHLBB: “No será necesario reportar pérdidas provenientes de ventas recíprocas de préstamos hipotecarios substancialmente idénticos”. **“No será necesario reportar pérdidas por diferencias entre valor de mercado y valor libro, provenientes de ventas recíprocas de préstamos hipotecarios substancialmente idénticos”**. Dichos préstamos deberán cumplir los siguientes requisitos copulativos:

- 1.- Tratarse de préstamos hipotecarios para la residencia de una sola familia.
- 2.- Préstamos de la misma clase (ej: ambos convencionales)
- 3.- Que tengan la misma madurez (ej: 30 años)
- 4.- Que tengan tasa de interés idéntica.
- 5.- Que tengan un *seasoning* similar.
- 6.- Que se hayan hecho agregados a los préstamos de no menos del 2,5% a US\$ 100.000, por ambas empresas, y cualquier consideración adicional debe pagarse en efectivo.
- 7.- Venderse sin resource (*como en Knetsch v. Estados Unidos*).
- 8.- Tener valores de mercado similares
- 9.- Tener similar ratio “préstamo – ganancia” al tiempo de la venta.
- 10.- Que todas las propiedades relativas a los préstamos hipotecarios se encuentren en el mismo Estado.

¹³⁷ Exactamente US\$ 2.447.091

impuestos pagados en exceso por US\$ 677.000. Cabe mencionar que las transacciones efectuadas por Cottage cumplieron los requisitos establecidos en el Memorandum, por lo que no tuvo la obligación de reportar sus pérdidas a la FHLBB ni tampoco debió registrarlas en su contabilidad. El IRS se opuso a esta deducción por pérdidas y el caso se judicializó.

La normativa aplicable al caso fue la Sixteenth Amendment de la Constitución de Estados Unidos, la sección 61 a) N° 3, la sección 165 a) y la sección 1001 a) y c), todas de los Tax Statutes de 1986, y una regulación específica del Tesoro estadounidense, las que se señalan a continuación:

Sixteenth Amendment, U.S. Constitution:

“El congreso tendrá el poder de cobrar y recaudar impuestos sobre las rentas, que provengan de cualquier origen, sin prorrateo de los mismos a lo largo del país, y sin considerar limitaciones o enumeraciones”.

Sección 61: RENTA BRUTA DEFINIDA

a) Definición General: A menos que se diga lo contrario en esta sección, renta bruta significa toda renta que provenga de cualquier origen derivado, incluyendo (pero no limitando a) los siguientes ítems:

N° 3: Utilidades derivadas de transacciones de bienes.

Sección 165: PÉRDIDAS.-

a) Regla General: Se aceptará como deducción cualquier pérdida en que se haya incurrido durante el año tributario y no compensada por algún seguro o de otro modo.

Sección 1001: DETERMINACIÓN DEL MONTO Y RECONOCIMIENTO DE GANANCIAS Y PÉRDIDAS.

- a) **Cálculo de ganancias o pérdidas:** La ganancia proveniente de una venta u otra disposición de propiedad será el mayor valor sobre el monto realizado, considerando las bases ajustadas señaladas en la sección 1011 para determinar ganancias; y la pérdida será el exceso sobre las bases ajustadas señaladas en dicha sección para determinar pérdidas sobre el monto realizado.
- c) **Reconocimiento de ganancias o pérdidas:** A menos que se señale lo contrario en esta sección, la totalidad de la ganancia o pérdida determinada según esta sección, producida en la venta o intercambio de bienes, deberá ser reconocida.

Regulación del Tesoro de Estados Unidos relativa a la sección 1001 de los Tax Statutes:

“Ganancias o pérdidas provenientes de la conversión de bienes en dinero, o por el intercambio de un bien por otro que sea **materialmente diferente** en tipo o extensión, serán tratados como renta o pérdida incurrida”.

Puede entenderse de las disposiciones transcritas que se podrán determinar y cobrar impuestos sobre las rentas, cualquiera que sea su origen. La renta bruta será toda renta, sin importar su origen, incluyendo utilidades provenientes de transacciones de bienes. Dichas transacciones podrán generar también pérdidas para quien las lleva a cabo, señalándose además que sólo podrán generar renta o pérdidas si los bienes transados son diferentes materialmente entre sí. Dichas pérdidas podrán deducirse de la renta líquida siempre que se haya incurrido en ellas en el año tributario en que se solicita su deducción. Es pertinente recordar que el Memorándum establecía como requisito que las ventas recíprocas fuesen respecto a préstamos hipotecarios “substancialmente idénticos”.

1.3.3. Fallo de la Court of Appeals of Sixth Circuit.

Este fallo fue redactado por el juez Pierce Lively, magistrado a cargo de la Court of Appeals of Sixth Circuit, el 4 de diciembre de 1989. Dicho fallo dio la razón al IRS, que había alegado falta de fondo económico en las operaciones realizadas porque las “ventas recíprocas” eran en verdad un intercambio de “lo mismo por lo mismo”; y que a menos que se trate de

transacciones entre bienes materialmente diferentes, no puede considerarse que dichas pérdidas fuesen deducibles.

El fallo comenzó señalando que la Tax Court (primera instancia) había encontrado razón al contribuyente, puesto que concluyó que las transacciones hacían referencia a bienes materialmente diferentes, apoyándose principalmente en la sección 1001 a). Con posterioridad expuso que su razonamiento era similar el de la jueza Cohen en el sentido de que la sección 1001 a), más que establecer deberes tributarios, era una mera norma de cálculo (“*computation*”), por lo que no era preciso sostener que dicha sección señalaba el momento en que se **realizaba** una ganancia o pérdida. En opinión de la Court of Appeals of Sixth Circuit, la sección aplicable era la 1001 c) pues aquella determinaba cuándo se reconocía una pérdida, pero al mismo tiempo entendieron que no era aquel el único punto a tener en cuenta, sino que además debía revisarse si dichas pérdidas podían deducirse bajo la sección 165, ya transcrita.

Al respecto, la Court of Appeals of Sixth Circuit citó una regulación del Tesoro en su letra b) que, respecto a la naturaleza de la pérdida, señalaba que solo una pérdida en que se hubiere incurrido de buena fe podría deducirse de la renta líquida, por lo que el fondo debía primar por sobre las meras formas. Continuó su análisis el Justice Sr. Lively señalando:

“Creemos que **la pérdida en este caso técnicamente se realizó**, en el sentido de que una previa disminución del valor de las tasas de interés pactadas en los préstamos hipotecarios se determinó en un evento identificable (las ‘ventas recíprocas’). Dado que no hay una excepción estatutaria aplicable, bajo la sección 1001 c) la pérdida debe reconocerse. **La pregunta que queda es si se incurrió en una pérdida real con el objeto de disminuir su obligación tributaria**, deduciendo la pérdida a través de la sección 165” (*énfasis de este tesista*).

Con posterioridad sostuvo el juez que el propósito de reducción de su obligación tributaria no afecta en nada la eventual deducción de la pérdida, citando al respecto a GvH que como nos consta, expresamente señaló que el motivo de disminuir las cargas fiscales carece de toda importancia al momento de analizar eventuales disminuciones de obligaciones

tributarias. Sin embargo, a renglón seguido, citó nuevamente a GvH pero interpretándolo de un modo que este investigador no comparte. El juez Lively aseveró que:

“Lo que se hace con el objeto de eludir la tributación debe, en todo caso, tener un propósito de negocios y no ser una transacción económica solo en su forma. Las cortes no ‘exaltarán lo artificial por sobre lo real’”.

Recordará el lector que en GvH el juez Learned Hand había señalado que “sostener lo contrario (*que había reorganización empresarial en GvH*¹³⁸) implicaría exaltar lo artificial por sobre lo real, desproveyendo a los estatutos de toda seriedad”. Si bien el juez Hand utilizó dichas palabras, lo hizo no para señalar que las actuaciones de los contribuyentes debían tener un propósito de negocios para poder ser invocadas con objetivos fiscales, sino que para enfatizar que la actuación de la contribuyente no se ajustaba a los requisitos establecidos en los estatutos, en consecuencia, **al no cumplir los requisitos señalados por la letra e intención de la ley, sostener que de todos modos existía una reorganización empresarial habría sido faltar a la realidad**. La conclusión general de que todo acto debe tener un propósito de negocios para poder alegarse algún beneficio tributario no debió haberse desprendido nunca de GvH, pues este investigador piensa que el juez Hand hizo un esfuerzo por dejar lo más claro posible que la razón por la cual se llevó a cabo un análisis de “propósito de negocios” fue porque los estatutos expresamente demandaron un análisis de esta naturaleza, no por mero capricho, porque “el fondo prime por sobre las formas” o porque sería deseable que las operaciones efectuadas por los contribuyentes siempre tengan fondo económico distinto al meramente tributario. Sin embargo, la interpretación más generalizada a nivel doctrinario sobre GvH sugirió que los actos debían tener un propósito de negocios para que se puedan invocar beneficios tributarios, sino, se faltaría a la “realidad”.

Posteriormente, el juez Lively entró al último punto de su exposición, el cual radicaba en entender si es que se había producido una pérdida real. Al efecto, el juez reflexionó:

“Para efectuar una deducción, los estatutos requieren que se haya incurrido en una pérdida real. No se incurre en una pérdida real a menos que la transacción

¹³⁸ Nota agregada por este tesista.

completa haya finalizado y el contribuyente sea más pobre, en la proporción señalada en la pérdida; en otras palabras, que tenga menos que antes.

Una pérdida relativa a un bien particular usualmente se realiza vendiéndolo por menos de lo que costó. En todo caso, cuando una venta se celebra como parte de un plan en que se adquirirá un bien substancialmente idéntico, y dicho plan se completa, la realización de la pérdida no es genuina ni substancial, no es real. Esto es cierto porque el contribuyente no ha cambiado su posición y no es más pobre de lo que era antes de la venta. La venta particular puede ser real, pero la transacción analizada en su conjunto evita que se produzca una pérdida real. **La tributación tiene que ver con la realidad, y una pérdida irreal no es deducible”.**

En consecuencia, debido a que el contribuyente había cumplido todos los requisitos del Memorándum, siendo el primero de ellos que se llevara a cabo una venta recíproca sobre bienes “substancialmente idénticos” no podía entenderse que se trataba de bienes materialmente diferentes¹³⁹ (razón por la cual no se cumplía con la regulación del Tesoro para aceptar deducciones de pérdidas); pero además, **por tratarse de bienes substancialmente idénticos tanto lo vendido como lo adquirido, no podía sostenerse de un modo razonable que existió una pérdida al efectuar la transacción de dichos bienes.** Debido a que la Corte no se convenció de que el contribuyente había sufrido un detrimento financiero, entendió que la pérdida no era *bona fide*, real y, por tanto, no podía ser deducida. El fallo de la Court of Appeals of Sixth Circuit fue, entonces, reversar el fallo de primera instancia.

1.3.4. Fallo de la Supreme Court of Justice.

Esta sentencia fue redactada por el Justice Sr. Marshall el 17 de abril de 1991, teniendo una mayoría de siete magistrados a favor y dos en contra. La argumentación del fallo de la Supreme Court of Justice puede resumirse en los siguientes dos puntos:

¹³⁹ Aunque para la Corte, que sean “materialmente diferentes” no era el punto central en la exposición del caso, sino el hecho de que en su opinión no hubo un endeudamiento real.

- a) **Cottage Savings Association incurrió en una pérdida deducible de impuestos porque las propiedades intercambiadas eran materialmente diferentes.**
- b) **Cottage Savings Association incurrió en pérdidas deducibles conforme a la sección 165 a)**

El Justice Sr. Marshall comenzó la argumentación de la sentencia señalando que, en vez de determinar la obligación tributaria de un contribuyente según la “fluctuación anual de la inflación que afecta a sus bienes”, el sistema actual es que los estatutos tributarios difieren la tributación de los bienes hasta que sean “realizados”, determinándose ahí la utilidad o pérdida producida, siendo eventos típicos de realización de bienes **la venta u otra disposición de propiedad**. El sistema contrario significaría la implantación de un sistema sumamente engorroso, demandante e impredecible donde deberían evaluarse los distintos bienes de los contribuyentes de modo anual, considerando inflación y depreciación entre otros múltiples factores, por lo que el sistema actual facilita la tarea tanto para el contribuyente como para el IRS.

En consecuencia, el sistema actual tiene reconocimiento estatutario puesto que la sección 1001 a) dispone un test preciso para determinar la realización de bienes: **el contribuyente obtendrá una ganancia o incurrirá en pérdidas cuando venda o efectúe una disposición de propiedad**. Por lo tanto, la Corte Suprema entendió que el asunto de fondo sometido a discusión era si Cottage había efectuado una “disposición de propiedad”, la cual debe entenderse en sentido amplio¹⁴⁰. Al respecto, el IRS sostuvo que sólo existiría una disposición de propiedad si los bienes transados eran “materialmente diferentes”, lo que en su opinión no ocurriría en el caso de autos porque se transaron bienes “substancialmente idénticos”; la defensa de Cottage Savings Association fue que cualquier transacción implica una disposición de propiedad en los términos de la sección 1001 a). A su vez, estas disposiciones de propiedad eran “materialmente diferentes” porque los bienes¹⁴¹ que garantizaban los préstamos hipotecarios eran distintos.

¹⁴⁰ Prescottt, Loren. “*Cottage Savings Association v. Commisioner: Refining the concept of ‘Realization’*”. Fordham Law Review. Volume 60, Issue 3, Article 2. Año 1991. Páginas 437 a 440.

¹⁴¹ Las casas hipotecadas en los préstamos comprados y vendidos por Cottage no eran las mismas.

La opinión de la Corte Suprema al respecto fue la siguiente: **el requisito de que los bienes transigidos sean “materialmente diferentes” es aceptable y su exigibilidad es obligatoria** porque estas materias de los estatutos tributarios han sido enmendadas múltiples veces, quedando siempre a salvo la sección 1001 a), además, la regulación efectuada por el Tesoro estadounidense donde se exige que los bienes transados sean materialmente diferentes se fundamenta en que el Congreso le permite al IRS disponer regulaciones para facilitar el cumplimiento de los estatutos tributarios, y **dicha regulación se ha mantenido incólume en el tiempo**, por lo cual, la Corte Suprema debía entender que es la intención del Congreso que los bienes transigidos sean materialmente diferentes. En consecuencia, la Corte Suprema consideró “razonable” la exigencia del IRS de que los bienes transigidos tengan esta naturaleza. Pero ¿qué significa “materialmente diferentes”?

El máximo tribunal estadounidense sopesó los argumentos de ambas partes: el IRS sostuvo que bienes “materialmente diferentes” significaba que tuviesen diferente “fondo económico”, el cual sólo podía determinarse previo examen de fondo sobre las transacciones realizadas; Cottage sostuvo que existirían bienes “materialmente diferentes” cuando los propietarios tuviesen títulos de derecho no idénticos a los que previamente tenían, por tanto, cuando los derechos otorgados en las transacciones no sean idénticos deberá entenderse que los bienes transigidos eran “materialmente diferentes”. Ante el deber de determinar qué es “materialmente diferente”, la Corte Suprema expuso:

“El IRS argumenta que los bienes serán ‘materialmente diferentes’ sólo si son diferentes en cuanto a fondo económico. Para determinar si los intereses en la participación de los préstamos intercambiados son ‘materialmente diferentes’, el IRS argumenta que debemos analizar la intención de las partes, evaluar los intereses en el mercado secundario de créditos hipotecarios y cuál es la opinión de la FHLBB al respecto. **Esta Corte concluye que la sección 1001 a) involucra un análisis mucho menos demandante y complejo**”.

“(…) Los casos Phellis, Marr y Weiss sostienen el principio de que **los bienes son diferentes en su sentido material para el IRS mientras los respectivos nuevos dueños tengan títulos de derecho que sean diferentes en tipo o extensión**. Por lo tanto, grupos separados de stock no son materialmente diferentes si confieren ‘el mismo interés proporcional del mismo tipo en la

misma empresa'. Pero serán materialmente diferentes si son conferidos por distintas empresas, o si confieren 'distintos derechos y poderes en la misma empresa'"

“(...) No es necesario un test más demandante que este para satisfacer los propósitos administrativos subyacentes a la realización requerida en la sección 1001 a). **Mientras los títulos de dominio no sean idénticos**, la transacción de los mismos permitirá al IRS y al contribuyente determinar la apreciación o depreciación del valor de los bienes relativos a la base imponible (*al momento de su realización*¹⁴²)”

Puede apreciarse con claridad el razonamiento de la Corte Suprema: **(1)** La realización de las pérdidas ocurrirá en caso de venta o disposición de propiedad; **(2)** Las disposiciones de propiedad, para poder invocarse con el objeto de deducir pérdidas, deben tratar sobre bienes materialmente diferentes; **(3)** En el caso concreto, los bienes transigidos son materialmente diferentes puesto que los títulos de derecho no eran idénticos, debido a que los bienes hipotecados en garantía del cumplimiento del pago del préstamo (las casas hipotecadas) no eran los mismos y porque los obligados al pago (dueños de las casas) eran distintos; **(4)** Debido a que estamos en presencia de una disposición de propiedad sobre bienes materialmente diferentes que generó una pérdida, se ajusta a derecho la deducción de dicha pérdida de la renta líquida del contribuyente, conforme a la sección 165 a). Por tanto, no fue sorpresa que la sentencia finalizara con la siguiente conclusión:

“Bajo nuestra interpretación de la sección 1001 a), un intercambio de bienes implica un evento de realización mientras los bienes intercambiados sean ‘materialmente diferentes’ – esto es, mientras encarnen títulos de derecho distintos. Las transacciones efectuadas por Cottage Savings aquí cuestionadas fácilmente satisfacen este test porque la participación de intereses intercambiados por Cottage Savings y las otras S&L provenían de préstamos efectuados a distintas personas y asegurados por distintas casas, por lo cual los intereses intercambiados encarnan distintos títulos de derecho.

¹⁴² Nota de este tesista.

Consecuentemente, concluimos que Cottage Savings realizó sus pérdidas al momento del intercambio”.

1.3.5. Conclusiones del caso Cottage Savings Association v. Commissioner.

Puede notarse que hay una diferencia de interpretación al momento de abordar este caso tanto en la Court of Appeals of Sixth Circuit como en la Supreme Court of Justice, al mostrarse la primera más proclive a aplicar análisis de fondo económico pudiendo, en consecuencia, desestimar la aplicación de determinadas normas estatutarias, a diferencia del máximo tribunal que se mostró reacio a un análisis de este tipo, dando más importancia a lo que establecían los estatutos y a la jurisprudencia en la materia.

El razonamiento final de la Corte de Apelaciones estuvo en que si bien podía considerarse que hubo pérdidas en el caso de Cottage (apoyándose en la sección 1001 c) de los estatutos), las mismas no eran deducibles porque al estar intercambiando un bien por otro substancialmente equivalente, no era razonable sostener que se estaría incurriendo en una pérdida al efectuar la transacción, porque aquello implicaría decir que lo adquirido tenía un valor menor que lo vendido pero al mismo tiempo eran substancialmente equivalentes. Precisamente aquello fue lo que Cottage defendió en la Corte Suprema y la misma le dio la razón.

La Corte Suprema decidió dar la razón al contribuyente porque entendió que el concepto “substancialmente idénticos” era aplicable en el contexto de la FHLBB, y que para determinar esta identidad había que estarse a lo establecido por la FHLBB en el Memorándum que despachó, pero que este concepto administrativo no podía extrapolarse a la legislación tributaria (la que nunca ocupó una terminología de este tipo) ni tampoco a las regulaciones dictadas por el Tesoro estadounidense en que sí se hace referencia a un concepto similar al señalar que para poder deducirse pérdidas producto de las transacciones de ciertos bienes, los mismos debían ser “materialmente diferentes”. La Corte Suprema no aceptó la tesis del IRS de que si se cumplía el requisito del Memorándum de bienes substancialmente idénticos, entonces no podía cumplirse el requisito regulatorio de que sean bienes materialmente diferentes, porque a su parecer eran conceptos no sólo de un área distinta, sino que además se referían a situaciones distintas, por lo que no eran extrapolables. Pero incluso desde un punto de vista lógico, lo que pretendía el Memorándum era aliviar la

situación de los S&L de la época, razón por la cual no se explicaría que cumplir con los requisitos del Memorandum implicase que las sociedades no pudiesen deducir las pérdidas porque “substantialmente idénticos” y “materialmente diferentes” fuesen excluyentes entre sí.

El máximo tribunal fue de la teoría de que para que las ventas recíprocas fuesen “substantialmente idénticas” debían cumplir los requisitos del Memorandum, pero para que fuesen “materialmente diferentes” debían otorgar títulos de derecho distintos, cambiando la situación jurídica en que se encontraban previo a la celebración de las transacciones. Si había algún cambio, cualquiera que fuese, debía considerarse que los títulos de derecho no eran idénticos y, en consecuencia, procedía la diferencia material señalada en la regulación del Tesoro y que la Corte Suprema entendió debía aplicarse al caso. Si bien no se ofreció un concepto de “materialmente diferentes” sí se dieron ejemplos de lo que sería y lo que no sería “materialmente diferentes” basándose en la jurisprudencia, que como sabemos, es la principal fuente de obligatoriedad en países de tradición jurídica del Common Law.

Mi impresión es que este fallo es una demostración de cómo debió ser interpretado GvH desde un comienzo, haciendo un llamado a un análisis jurídico formalista en post de la certeza y no efectuando análisis económicos con poco fundamento estatutario. Claro en este respecto resulta el pasaje de la sentencia dictada por el Justice Sr. Marshall en que señala que el legislador lo que buscó al momento de decidir en qué momento reconocer una pérdida o ganancia fue certeza y facilidad de llevar a cabo el examen, dejando de lado la “exactitud” pero al mismo tiempo embrollo, tedio y dificultad que implicaría llevar a cabo un análisis anual de la apreciación o depreciación de un bien, considerando la inflación, movimientos del mercado, posición del contribuyente en el mercado, etc. Los estatutos lo que buscaron fue certeza por sobre exactitud y, en la misma línea, el Justice Sr. Marshall defendió la certeza otorgada por los estatutos y por la jurisprudencia, fallando en el mismo sentido que los casos Phillis, Marr y Weiss.

1.4. ACM Partnership (1999)

1.4.1. Introducción

Este es un caso muy importante y complejo en que participaron, principalmente, **Colgate – Palmolive Company** (en adelante para efectos de la revisión de este caso, “Colgate”), **Algemene Bank Nederland N.V.** (en adelante, también, “ABN”) y **Merril Lynch & Company** (en adelante, también, “Merril” o “Merril Lynch”), quienes en conjunto formaron la sociedad “**ACM Partnership**” (en adelante, también, “ACM” o “el contribuyente”). La situación inicial fue que Colgate, producto de la venta de una sociedad, “The Kendall Company” (en adelante, también, “Kendall”)¹⁴³, generó una ganancia de capital por US\$105 millones¹⁴⁴, lo que financieramente fue muy positivo, pero que impositivamente traía aparejada la consecuencia fiscal de tributar por esta ganancia. En este escenario, Merrill Lynch ideó un plan para que Colgate disminuyese drásticamente la tributación asociada a esta ganancia de capital, el que no fue aceptado por el IRS, judicializándose la discusión sobre pérdidas invocadas por ACM.

1.4.2. Hechos del caso.

La estrategia financiera fue, básicamente, que Colgate se generara una deuda importante que pudiese aplacar las ganancias obtenidas por la venta de Kendall, para lo cual a través de Merrill Lynch llevaron a cabo un complejo plan financiero y tributario, que comenzó en 1989 y finalizó en 1991.

ACM Partnership se constituyó el 27 de octubre de 1989 con domicilio en Curacao, Antillas Holandesas. ACM estuvo conformada por tres sociedades, que a su vez eran subsidiarias de otras sociedades mucho más importantes. Estas sociedades fueron **Southampton – Hamilton Company** (a la que nos referiremos también como “Southampton”, constituida el 24 de octubre de 1989, domiciliada en Delaware, Estados Unidos, y que era subsidiaria de Colgate), **Kannex Corporation N.V.** (también “Kannex”, constituida el 25 de octubre de 1989, domiciliada en Antillas Holandesas y subsidiaria de

¹⁴³ Colgate vendió la sociedad “The Kendall Company” durante el año tributario 1988.

¹⁴⁴ Exactamente US\$ 104.743.250

ABN) y **Merril Lynch MLCS Inc.** (que será también “MLCS”, constituida el 27 de octubre de 1989, domiciliada en Delaware, Estados Unidos, y era subsidiaria de Merrill Lynch).

Como se expuso, la planificación de Merrill Lynch consistió en formar una sociedad de inversión que generase cuantiosas pérdidas, las que pudiesen ser aprovechadas por Colgate para disminuir las ganancias que le generó la venta de Kendall. Esta planificación podía establecerse, de un modo general, como sigue:

“A (empresa extranjera), B (en USA) y C (en USA) forman ABC Partnership (“ABC”) en junio de 1989 con respectivos aportes de capital de \$75, \$24 y \$1. En consecuencia, ABC tiene \$100. Inmediatamente después de creada, ABC invirtió los \$100 en short-term securities¹⁴⁵, los que vendió en diciembre de 1989 por los mismos \$100, pero compuestos del siguiente modo: \$70 en dinero y los restantes \$30 en 6 LIBOR¹⁴⁶ Notes de pago semianual de \$5 cada uno, donde cada LIBOR Note sería multiplicada por el factor de interés determinado por LIBOR al comienzo del período semianual. ABC ocupará los \$70 más el pago de la primera LIBOR Note (\$5) para liquidar la participación de A en ABC, de manera que los nuevos accionistas de ABC serán B y C. Las restantes 5 LIBOR Notes serán utilizadas para adquirir long-term securities. Debe tenerse presente que las ganancias generadas el primer año por ABC Partnership serán aprovechadas casi íntegramente por A, que es el socio con mayor participación en ABC. Luego de que A salga de ABC, las posteriores inversiones generarán una pérdida que podrá ser aprovechada por B y C, que serán las empresas que queden en ABC. La pérdida será aprovechada principalmente por B, que tendrá una participación de aproximadamente 98% en ABC al año siguiente¹⁴⁷”.

¹⁴⁵ Los “securities” son instrumentos financieros que contienen un “valor”, permitiendo adquirir propiedad en una sociedad o deuda de una sociedad. “Short – Term Securities” dice relación con valores líquidos que se venderán un período inferior a 1 año de adquiridos, mientras que “Long – Term Securities” son valores no necesariamente líquidos y que se venderán en un período superior a 1 año. Producto del tiempo que implican los “Long – Term Securities” (muchas veces 10 años o más), tienen cierto riesgo desde el punto de vista de tasas de interés fluctuantes. Colgate estaba interesada en que AMC pudiese adquirir su deuda vía “Long – Term Securities” por la generación de pérdida y porque contablemente los registros de Colgate estarían limpios.

¹⁴⁶ Notas del “London Interbank Offering Rate” (LIBOR). Las LIBOR Notes son títulos representativos de crédito, pero sujeto a las tasas de interés que determine LIBOR. Son considerados títulos de crédito “volátiles”. Básicamente, consistían en una promesa de pago ajustable al interés determinado por LIBOR.

¹⁴⁷ Sentencia de la Tax Court y de la Court of Appeals of Third Circuit.

Resumidamente y de modo simple, ésta fue la planificación llevada a cabo por ACM Partnership, donde **A es ABN, B es Colgate y C es MLCS**. Las transacciones llevadas a cabo fueron las siguientes:

1.- El 2 de noviembre de 1989, ACM Partnership fue constituida con un capital inicial de US\$205 millones, los que fueron aportados del siguiente modo:

- a) Kannex (de ABN) aportó US\$ 169.400.000, obteniendo 82,63% de participación en la sociedad.
- b) Southampton (de Colgate) aportó US\$ 35.000.000, lo que le daría 17,07% de participación en AMC.
- c) MLCS (de Merrill) aportó US\$ 600.000, quedándose con el restante 0,3% de ACM.

2.- El 3 de noviembre de 1989, AMC Partnership utilizó todo su capital de US\$ 200 millones para adquirir short – term securities de Citicorp. El 10 de noviembre de 1989, ACM Partnership vendió los Citicorp securities recientemente adquiridos al Bank of Tokyo (en adelante, también, BoT), que adquirió securities evaluados en US\$ 125 millones; y al Banque Francaise du Commerce Exterieur (en adelante, también, “BFCE”) el que adquirió securities evaluados en US\$ 50 millones. ACM, en consecuencia, registró ingresos por US\$ 175 millones, los que se descomponían en US\$ 140.000.000 líquidos y US\$ 35.000.000 en ocho LIBOR Notes con beneficios a 5 años. Si a estos US\$ 175 millones se le restan los costos de la operación y se agregan los intereses alcanzados a generar en el breve tiempo que transcurrió entre la compra y venta de los Citicorp securities, ACM ingresó, con fecha 27 de noviembre de 1989, exactamente US\$ 174.410.814. Consecuencialmente, las LIBOR Notes tenían un valor actual de US\$ 34.410.814, que era inferior a lo que se pagó por ellas. El valor de las LIBOR Notes debía descomponerse del siguiente modo: US\$ 24.579.153 correspondían a LIBOR Notes entregadas por BoT, mientras que US\$ 9.831.661 correspondían a LIBOR Notes entregadas por BFCE.

3.- La deuda de Colgate que se pretendió adquirir por parte de ACM fue la siguiente:

- a) Bonds que debía Colgate.
- b) Debentures de Eurodólar con fecha a 1996.
- c) Una deuda con Metropolitan Life Insurance Company (“MetLife”)

El 17 de noviembre de 1989, ACM acordó adquirir la deuda que Colgate tenía con MetLife, pagando el precio pactado de US\$ 100.000.000 con fecha 4 de diciembre de 1989. Entre el 4 y 8 de diciembre de 1989, AMC también adquirió los EuroNotes por US\$ 5.000.000 y el Long Bond en US\$ 31.000.0000. Por tanto, AMC estaba pagando US\$ 136.000.000 por adquirir la deuda de Colgate, cifra financiada por la venta de los Citicorp Securities al BoT y a BFCE.

4.- Al mismo tiempo, se estaban desarrollando negociaciones para vender las LIBOR Notes entregadas por el BFCE a un importante banco danés (Sparekassen SDS, en adelante también, "Sparekassen"). Finalmente, el 22 de diciembre se vendieron las LIBOR Notes entregadas por el BFCE, pagando Sparekassen la cifra de US\$ 9.406.180, que era menor a la cifra en que ACM las había contabilizado el 27 de noviembre de 1989.

5.- En junio de 1991, Colgate adquirió parte de la participación de Kannex en ACM en US\$ 85.897.203, mientras que Merrill adquirió otra parte equivalente a US\$ 15.000.0000. El 27 de noviembre de 1991, **Kannex terminó saliendo completamente de AMC a cambio de US\$ 100.775.915, de manera que entre Colgate y Southampton controlaban el 99,7% de AMC.** Debido a la volatilidad de la inversión y a que las tasas de interés estaban disminuyendo considerablemente los valores de las LIBOR Notes, ACM decidió vender las que le quedaban (aquellas que había entregado el BoT). El 17 de diciembre de 1991, ACM vendió las BoT LIBOR Notes en US\$ 10.961.581, precio considerablemente menor al que estuvieron contabilizadas en un comienzo (US\$ 24.579.153), generándose más pérdida.

1.4.3. Resumen de consecuencias tributarias:

El primer año se generó una ganancia altísima para ACM producto de la venta de los Citicorp securities por US\$ 175.000.000. Kannex (subsidiaria de ABN) y por el tratamiento de los *installment* según la sección 15a.453-1(c)(3)(i)), por tener la mayor participación en AMC, reconoció el mayor porcentaje del aumento patrimonial, pero como Kannex estaba domiciliada en un paraíso fiscal (Antillas Holandesas), dicho aumento patrimonial no tributó.

Posteriormente, desde el segundo al cuarto año cuando las pérdidas¹⁴⁸ empezaron a impactar el patrimonio de ACM producto de la interpretación que hicieron del IRC, Kannex ya no formaba parte de ACM y era Colgate (a través de Southampton) quien tenía el 99,7% de ACM, de manera que las pérdidas las empezó a reconocer Colgate en su renta líquida, porque tenía domicilio estadounidense, en consecuencia, dichas pérdidas eran imputables a las ganancias obtenidas en suelo estadounidense también y disminuirían el impuesto a pagar por Colgate. Las operaciones financieras implicaron finalmente una pérdida para Colgate de aproximadamente US\$ 98 millones, las cuales fueron imputadas contra su renta líquida y amortizaron en gran parte el aumento patrimonial experimentado por la venta de Kendall (US\$ 105 millones).

1.4.4. Normativa aplicable

“Sección 453 (Internal Revenue Code)

(a) Regla General

A menos que se establezca lo contrario en esta sección, los ingresos provenientes de un *installment sale* serán considerados para propósitos de esta sección bajo el *installment method*.

(b) Intallment sale

(1) En general

El término “*installment sale*” significa una disposición de propiedad donde al menos 1 pago se recibirá posterior al cierre del año tributario en que esta disposición ocurra.

(c) Installment method

Para propósitos de esta sección, “*installment method*” significa un método de reconocimiento por el cual se reconocerán ingresos por cualquier año tributario provenientes de una disposición de propiedad, en la proporción que representen los pagos recibidos en los ingresos brutos (realizados o por realizar cuando los pagos se completen) dentro del precio total del contrato”

¹⁴⁸ Producto principalmente de haber comprado deuda con una tasa de interés tendiente a la baja.

“26 CFR 1.165-1 - Pérdidas. (Treasury Regulation)

§ 1.165-1 Pérdidas.

(a) Cuándo se podrán deducir: La sección 165 (a) señala que, al computar el ingreso tributable bajo la sección 63, cualquier pérdida sufrida durante el año tributario y que no haya sido cubierta por un seguro u otra forma de compensación, podrá ser deducida aunque sujeta a los límites que la ley establezca (...)

(b) Naturaleza de la pérdida que es posible deducir: Para que proceda la deducción de pérdidas conforme a la sección 165 (a), la pérdida debe quedar determinada conforme a transacciones completas y terminadas, fijada por eventos identificables y, a menos que se señale lo contrario, debe ser relativa a pérdidas por siniestros realmente sufridos durante el año tributario. **Solo se permitirá la deducción de pérdidas *bona fide*. El fondo del asunto, y no su mera forma, regularán la determinación de la pérdida deducible”**

1.4.4. Sentencia de la Court of Appeals of Third Circuit (23 de octubre de 1998)

La sentencia de la Corte de Apelaciones fue redactada por el Justice Sr. Greenberg, con un voto de minoría del Justice Sr. McKee. La sentencia estudió el caso desde dos puntos de vista: El fondo económico y la *sham doctrine*, por un lado; y las actuales pérdidas económicas sufridas por ACM, por el otro. Cabe mencionar que, al analizar el fondo económico de la operación, el tribunal efectuó un fino análisis sobre el aspecto objetivo y subjetivo de las doctrinas económicas aplicables al caso.

1.4.4.1. Economic Substance Analysis.

El fallo de la Corte de Apelaciones comenzó señalando que el mismo contribuyente (ACM) reconocía cierta necesidad de *business purpose* en los actos que se llevan a cabo, citándolo:

“(…) ACM reconoce que incluso cuando ‘las formas utilizadas por el contribuyente satisfacen los requerimientos literales del lenguaje estatutario’, las cortes deben examinar ‘si el fondo de dichas transacciones es consistente con sus formas’ porque la transacción ‘que carece de fondo económico simplemente no puede reconocerse para efectos tributarios””

En la misma línea, la Corte cita a GvH al señalar que las transacciones deben tener un propósito negocial para poder hacer valer los respectivos beneficios tributarios solicitados puesto que, bajo la interpretación de la Corte, GvH es el fallo “fundacional” que permite buscar un propósito de negocios en las transacciones efectuadas por los contribuyentes cuando los mismos las invocan con el objeto de acceder a beneficios tributarios. Para saber si las transacciones realizadas por el contribuyente tuvieron suficiente “fondo económico” para fines tributarios, fue menester llevar a cabo un análisis objetivo de fondo económico y, también, un correspondiente análisis subjetivo acerca de la motivación del contribuyente. La Corte comenzó su argumentación al respecto adelantando la conclusión: que, en su opinión, las transacciones efectuadas por ACM carecían de suficiente fondo económico, analizándolo de un punto de vista tanto objetivo como subjetivo.

1.4.4.2. Actuales pérdidas económicas sufridas por ACM.

En el último punto de la exposición de ACM, el contribuyente señaló que si se consideraba que no tenía derecho a deducir los US\$ 84.997.111 de pérdida tributaria por fundarse en las installment sales que “no tenían fondo económico”, sí debían aceptarse otros US\$ 6 millones que intentó deducir porque esa pérdida se produjo por la posesión de las LIBOR Notes, las cuales sí tenían fondo económico, porque eran títulos financieros que después podrían subir de valor. La Tax Court no consideró suficiente el argumento de ACM, pero a la Corte de Apelaciones le pareció que la adquisición de las LIBOR Notes podía entenderse de modo separado a la transacción completa, la cual carecía de fundamentación económica distinta de la tributaria. Si bien la operación en su conjunto podía considerarse falsa o engañosa, la adquisición de las LIBOR Notes sujetas a tasa de interés variable podían tener suficiente justificación económica, por lo que las pérdidas arrojadas por las mismas eran deducibles. La Corte se fundó en el caso Wexler y en GvH para sostener que incluso si una transacción no tenía fines negociales, podía dar lugar a una deducción en la parte de la operación que sí tuviese fundamentación económica aparte de beneficios tributarios. De hecho, citó a GvH

argumentando que “si la transacción se hubiese llevado a cabo ‘respetando tanto su fondo como la forma’, el propósito posterior (*de elusión tributaria*) será desestimado”. En consecuencia, la Corte no aprobó la deducción de US\$ 85 millones, pero permitió la deducción de US\$ 6 millones por tener suficiente justificación económica.

1.4.5. Sentencia de la Supreme Court of Justice (1999)

Luego de una recapitulación de los hechos y argumentos de la Corte de Apelaciones, la Supreme Court of Justice comenzó la tarea de sostener su sentencia, la que nuevamente decantó en favor del IRS. La Corte Suprema señaló que los estatutos tributarios pretenden lograr la mayor certeza respecto a las ganancias y pérdidas que pueda experimentar una persona, razón por la cual los estatutos en su sección 1001 señalan que las ganancias y pérdidas se determinarán en el momento en que se efectúe una disposición de propiedad, siendo el acto típico de disposición de propiedad, la venta. Sin embargo, la sección 453 establece una excepción a este método de determinación, permitiéndole al contribuyente adoptar un *installment method* para llevar la contabilidad de sus ingresos, cuando vayan a obtenerse durante distintos períodos tributarios. A objeto de que los contribuyentes puedan aplicar la sección 453 de los estatutos tributarios, el Departamento del Tesoro estadounidense dictó la regulación administrativa N° 15a.453-1, que en su letra c) N° 3, subítem (i), disponía un método de contabilización tomando como base un determinado bien. La intención del contribuyente era reconocer pérdidas de un modo parcelado al futuro, de manera de “anular” la ganancia de capital que había experimentado Colgate al vender Kendall, sin embargo, la Corte Suprema señaló que sólo puede procederse a deducir pérdidas que sean *bona fide*, de manera que no solo la forma sino que también el fondo de las operaciones deben tomarse en cuenta al momento de deducir pérdidas, para lo cual se apoyó en la regulación del Tesoro N° 165-1.

Producto de que las transacciones llevadas a cabo por ACM eran sólo una cascarón sin sustancia económica, debían considerarse como pérdidas que no tenían la característica de ser *bona fide* y, consecuentemente, no podían deducirse. Para sostener su punto, se apoyó en diversos fallos emanados del propio máximo tribunal, a considerar:

“Esta Corte ha dejado claro hace bastante tiempo que las transacciones que carecen de fondo económico y que son empleadas para soslayar el correcto

funcionamiento de los estatutos y, en consecuencia, para crear beneficios tributarios que nunca fueron la intención de Congreso, deben desestimarse (como se señaló en *GvH, Minnesota Tea Co. v. Helvering*, *Griffith v. Commissioner*, *Commissioner v. Court Holding Company* y en *Knetsch v. United States*). En “*Knetsch v. Estados Unidos*” (1960), la Corte aplicó este principio para denegar a un contribuyente la deducción de intereses en que se incurrió nominalmente, cuando el costo económico real para el contribuyente fue sólo una pequeña parte del monto que se solicitó deducir. La planificación de elusión tributaria empleada por Colgate en este caso particular es precisamente el tipo de arreglo carente de fondo económico que esta Corte ha señalado sostenidamente en el tiempo que representan “nada más que una estrategia” que “opera fuera de la intención de los estatutos” y que, por tanto, debe ser desestimada”.

Señaló la Corte Suprema, también, que el propósito de la base de recuperación establecida en la regulación administrativa N° 15a. 453 lo que pretende es la contabilización clara de transacciones que tendrán efectos más allá del año en que se llevaron a cabo. Debido a que el contribuyente incurrió en una pérdida con fundamento económico de sólo US\$ 6 millones, es sólo esa la pérdida que se puede deducir. Al respecto, la Corte Suprema sostuvo que esta regulación administrativa no podía interpretarse de modo de bifurcar, por un lado, las ganancias obtenidas en una transacción (que corrieron para Kannex) y las pérdidas (que intentó aprovechar Colgate a través de Southampton) de modo de generar una “pérdida fantasma”.

Finalmente, el contribuyente arguyó que la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones, al basarse demasiado en la regulación administrativa emanada del Tesoro, “deteriora el equilibrio que debe existir entre las tres ramas del gobierno”, ante lo cual, la Corte Suprema sostuvo que aquel era un argumento desmedido y que lo que la Corte de Apelaciones hizo fue nada más que aplicar el principio por el cual las pérdidas que no son *bona fide* no pueden deducirse de la renta líquida a efectos de disminuir su obligación tributaria. “El razonamiento de la Corte (de Apelaciones) no sustenta ni apoya el argumento exagerado del peticionario de una ‘crisis constitucional’ en la litigación tributaria”. Consecuencialmente, la Corte Suprema denegó la *petition for certiorari* invocada por el peticionario, ACM.

1.4.6. Conclusiones sobre el caso.

Puede apreciarse que, tal como en GvH, el fallo más importante no fue el de la Corte Suprema (que se limitó a reproducir la argumentación de la Corte de Apelaciones) sino que el de su inferior jerárquico directo, la Court of Appeals of Third Circuit¹⁴⁹.

Probablemente lo que más llame la atención en este caso sea la distinción entre un análisis económico objetivo y subjetivo de las operaciones que llevó a cabo el contribuyente. Aunque sujeto a discusión, es razonable efectuar un análisis económico objetivo de las transacciones efectuadas por las empresas, de manera de determinar si efectivamente su comportamiento cae dentro de lo señalado en los estatutos y en fallos anteriores. Sin embargo, el análisis económico subjetivo parece a todas luces improcedente o, a lo menos, innecesario. Como importantes fallos lo han señalado anteriormente¹⁵⁰, la intención de ahorro tributario con la que una persona lleva a cabo una determinada transacción no es un factor que permita establecer si el comportamiento del contribuyente cae dentro de lo que señalan los estatutos o fallos anteriores; además, es difícil de determinar y; como su nombre lo dice, implica un análisis subjetivo, donde necesariamente nos acercamos a un escenario que no es muy amigo de las certezas, por lo que el Congreso y el Poder Judicial debiesen estar muy reacios a tomar un camino de este tipo.

Al efectuar un análisis económico objetivo de las transacciones de un contribuyente, pareciera existir escepticismo respecto a si los beneficios invocados en base a dichas transacciones realmente son procedentes. Evidencia empírica ha demostrado que a veces el contribuyente no ha estado en lo correcto en lo que pide, por lo que este análisis objetivo pareciera razonable; sin embargo, ¿qué pretende un análisis económico subjetivo? Pareciera sugerir que podría ser el caso que un contribuyente llevase a cabo determinadas actuaciones tributarias con el objeto de disminuir sus obligaciones fiscales, lo cual no tiene nada de malo porque, expresamente, se ha señalado que los contribuyentes están en su derecho de disminuir sus obligaciones tributarias mientras lo hagan dentro del marco establecido por la ley. **Sin embargo, en este caso específico, la Corte Suprema fue mucho más exigente con el contribuyente porque sostuvo la idea de que ACM no cumpliría el test de análisis**

¹⁴⁹ En GvH, la Corte inferior fue la Court of Appeals of Second Circuit, de la misma jerarquía que la del Third Circuit.

¹⁵⁰ GvH y Knetsch

económico subjetivo si su intención era cualquiera distinta a la obtención de ganancias antes de impuestos. Por lo tanto, el análisis partió de la base de que la intención de ahorrar impuestos carecía de importancia, pero lo que sí era importante era el ánimo de lograr ganancias antes de impuestos, de manera que si la intención no era esa, debía entenderse que los actos llevados a cabo por el contribuyente eran *shams* y por tanto no podían invocarse para obtener beneficios fiscales. La Corte de Apelaciones, entonces, entendió que operar sin que el primer ánimo fuese el de obtener ganancias antes de impuestos significaba que las eventuales pérdidas no serían *bona fide* y, por tanto, no sería aceptable su deducción.

Este fallo podría decirse que marcó uno de los puntos más importantes a favor del IRS puesto que puso de manifiesto, expresamente, que **la Corte Suprema interpreta GvH como un fallo que le permite preguntarse por el fondo económico de las operaciones sin que sea necesario que los estatutos tributarios requieran un examen de este tipo.** En consecuencia, cumplir con la letra de la ley no es suficiente para lograr la protección estatutaria, sino que también debe estarse a cumplir con las exigencias planteadas por el IRS a través de regulaciones administrativas, como específicamente la regulación sobre las pérdidas donde señalan que sólo aquellas pérdidas *bona fide* serán deducibles¹⁵¹.

La idea de ajustarse no solo a la ley sino que también a las regulaciones administrativas fue planteada por el IRS, no es una norma del Congreso, sin embargo producto de que el Congreso no ha cambiado dicha regulación, la Corte Suprema entiende que es intención del legislador mantenerla tal como está. Por lo tanto, si bien en el pasado hubo una leve inclinación de las Cortes a fallar en favor del IRS, en la década de los 90' aquello se hizo más patente porque las Cortes más importantes del país comenzaron a exigir, de un modo consistente, que las operaciones llevadas a cabo por los contribuyentes tengan fondo económico, siendo "sólo un elemento más del análisis" el que cumplan con la letra de la ley. Podría sostenerse que, en el fondo, el IRS está dictando regulaciones derechamente sobre obligaciones tributarias (y no solo regulaciones administrativas y explicativas) al introducir requisitos que, puede someterse a discusión, sea intención de la ley introducir. Al respecto, en todo caso, la misma Corte Suprema en el caso actual se pronunció expresamente en contra del contribuyente al sostener que su argumento era exagerado y que no se ha violado el

¹⁵¹ Regulación del Tesoro 1.165-1 "Pérdidas".

principio de separación de poderes porque no le hayan aceptado la deducción de pérdidas basados en una interpretación administrativa del IRS.

En opinión de este tesista, si bien puede parecer algo exagerado sostener que en Estados Unidos no hay imperio del derecho y que no se respeta la separación de poderes, **debiera parecernos, a lo menos, llamativo que un caso millonario se haya decidido en buena parte por lo que sostenían ciertas regulaciones administrativas y no lo que señalaba la letra de la ley. Si bien es cierto que la Corte Suprema argumentó su posición con otros fallos (lo que es totalmente pertinente en un sistema legal de Common Law), dichos fallos descansaban en el principio de que las pérdidas que no son *bona fide* no se pueden deducir, regla que se encuentra en una regulación administrativa y no expresamente en la ley.** Si se puede deducir dicho principio desde la ley, es otro asunto ajeno a la discusión presente, puesto que la única vez que la Corte Suprema se refirió a los estatutos tributarios fue para decir que el espíritu de la sección 453 siempre fue el de que se pudiesen determinar tanto las ganancias como pérdidas de un modo preciso, y que los ingresos que afectaban a un contribuyente en más de un año tributario podían contabilizarse de un modo “alternativo”.

Cabe hacer presente que, desde esta década en adelante, las Cortes Superiores (Apelaciones y Suprema) han sido sumamente exigentes con el contribuyente, fallando constantemente en favor del IRS ante problemas del contribuyente de probar “propósito de negocios” en las operaciones que desarrolla.

1.5. Coltec v. United States (2007)

1.5.1. Introducción.

Este es un importante caso del Siglo XX que, por su tenor, debe considerarse una de las más férreas defensas a las doctrinas económicas del fondo sobre la forma que un alto Tribunal haya efectuado. No solo hay un llamado de atención para el Tribunal inferior por la errática interpretación de la ley y jurisprudencia que les es obligatoria, sino que además, la derrota sufrida por el contribuyente necesariamente debe reconocerse que sentó un precedente por el “tono” con que se dio.

1.5.2. Hechos del caso.

Los hechos de este caso son los siguientes: Coltec Industries Inc. (en adelante para efectos del análisis de este caso particular, también, “Coltec” o “el contribuyente”) era una sociedad estadounidense importante que tenía diversas subsidiarias. En 1996, Coltec vendió una de sus subsidiarias¹⁵² en US\$ 240,9 millones, logrando una ganancia muy importante. Al respecto, tal como en el caso de AMC, la empresa se debatía respecto a cómo disminuir la tributación que le correspondería por un aumento patrimonial tan grande. Luego de diversas reuniones, Coltec aprobó el plan de mitigación tributaria que la consultora “Arthur&Andersen LLP” le presentó, la que tenía básicamente tres pasos: (1) La empresa principal (Coltec) tendría que, mediante una reorganización, constituir una subsidiaria para que asumiera ciertas contingencias; (2) La empresa principal le transferiría bienes y ciertas obligaciones que constituían contingencias a la nueva subsidiaria, a cambio de stock; (3) La empresa principal luego vendería el stock a un tercero independiente. Lo importante de esta planificación es que la empresa principal trataría su *basis* en el stock de la subsidiaria como igual a la propiedad que le transfirió pero “sin descontarse de las contingencias traspasadas”. En consecuencia, una vez efectuada la venta, la empresa principal tendría que reconocer una pérdida importante¹⁵³ que aplacaría las ganancias obtenidas por US\$ 240,9 millones.

Por tanto, específicamente, Coltec comenzó la aplicación de la planificación propuesta por Arthur&Andersen LLP al renombrar una de sus subsidiarias, “Pennsylvania Coal and Coke Inc.”, en “Garrison Litigation Management Group Ltda.” (en adelante, también, “Garrison”). Garrison emitió 99.000 acciones comunes y 1.300 acciones Clase A a Coltec a cambio de US\$ 13.998.000. Posteriormente, Garrison emitió 100.000 acciones comunes a “Garlock Inc.” (en adelante, también, “Garlock”, empresa subsidiaria de Coltec) pero también asumió la responsabilidad por problemas susceptibles de generarse por las contingencias¹⁵⁴ a que estaba expuesto Garlock. A cambio, Garlock transfirió a Garrison acciones que tenía en

¹⁵² “Holley Automotive Inc.” era el nombre de la subsidiaria vendida.

¹⁵³ Por estar “pagando mucho” por algo que “vale poco”.

¹⁵⁴ **Coltec y algunas de sus subsidiarias, entre ellas Garlock, estaban expuestas a juicios e indemnizaciones porque eran empresas que trabajaban con asbestos.** En la década del 70 y posteriores, en Estados Unidos hubo muchísimas demandas contra empresas que utilizaran asbestos porque dañaba la salud de los trabajadores, provocándoles entre otras enfermedades, cáncer al pulmón. Muchas empresas quebraron producto de estas demandas y si bien Coltec y Garlock no estaban en riesgo actual de quiebra, estaban totalmente expuestas a ser demandadas.

Anchor Packing Company (una subsidiaria de Garlock), unos seguros (las acciones y seguros valuados en aproximadamente US\$ 4,2 millones) y también le transfirió una nota de pago contra Stemco Inc. (en adelante, también, “Stemco”, otra subsidiaria de Garlock) por la cifra de US\$ 375 millones¹⁵⁵. Por tanto, hasta el momento, el mapa es el siguiente:

- 1.- Coltec compró acciones a Garrison (subsidiaria de Coltec) en US\$ 13.998.000. Producto de la aplicación de la sección 351, esta transacción se encuentra exenta de tributación.
- 2.- Garlock (otra subsidiaria de Coltec) llegó a un acuerdo con Garrison: Garrison le emitirá 100.000 acciones a Garlock y además se hará responsable de todas las cargas y asuntos judiciales relativos a asbestos que pueda enfrentar Garlock en el futuro; a cambio, Garlock “pagó” con acciones y seguros valuados en US\$ 4,2 millones, pero también con una nota de pago exigible a Stemco valuada en US\$ 375 millones. Esta transacción también se encuentra exenta de impuestos.

El 20 de diciembre de 1996, Garlock vendió las 100.000 acciones¹⁵⁶ a dos bancos por la cifra de US\$ 500.000. Como parte de la venta, Coltec accedió a indemnizar a los bancos ante “veil-piercing claims¹⁵⁷” producto de obligaciones que provengan de juicios de asbestos. En consecuencia, Garlock vendió a los bancos lo mismo que le compró a Garrison: 100.000 acciones comunes y además hacerse responsable e indemnizar, en caso que sea necesario, en los casos judiciales de asbestos que se le puedan presentar en el futuro (aunque con la precisión de que quien se haría responsable en los juicios de asbestos antes los bancos sería Coltec, no Garlock). **Merece notarse que Garlock “pagó” US\$ 379,2 millones por las 100.000 acciones que después vendió en US\$ 500.000.** Es importante señalar que por la tributación correspondiente al año 1996, **Coltec sostuvo que la base de Garlock en**

¹⁵⁵ Cabe hacer presente que se llegó a esta cifra porque Coltec estaba interesado en conocer alguna cuantificación aproximada de costos de próximos juicios de asbestos y la respuesta conservadora había sido una cifra muy similar a los US\$ 375 millones de la nota que transfirió Garlock a Garrison. Debe señalarse, además, que la transacción que cuestionó el IRS fue efectivamente esta: que se hayan asumido responsabilidades por juicios de asbestos a cambio de la nota de pago por US\$ 375 millones.

¹⁵⁶ Las acciones que le emitió Garrison.

¹⁵⁷ Las “veil-piercing claims” son derechos del afectado por asbestos a perseguir el pago de sus indemnizaciones no solo en la empresa específica con la que tenía contrato, sino que también en la empresa matriz de aquella que lo contrató.

Garrison era de US\$ 379,2 millones¹⁵⁸. En consecuencia, Coltec declaró haber sufrido una pérdida de US\$ 378,7 millones¹⁵⁹, la cual anulaba toda la tributación correspondiente a la ganancia por la venta de Holley Automotive Inc. y que incluso le permitía solicitar una devolución de impuestos. Se tiene que hacer presente, también, que **la pérdida sufrida por Coltec se utilizó sólo con fines tributarios y que ni siquiera se informó en los reportes financiero – contables de la empresa**. El IRS no aceptó se usara de este modo la pérdida por parte de Coltec, de manera que lo conminó a pagar la totalidad del impuesto, más una multa. Coltec accedió y pagó una parte, pero posteriormente presentó una solicitud de devolución por impuestos pagados en exceso, lo que nuevamente no fue aceptado por el IRS y la disputa se judicializó.

Puede apreciarse, entonces, que **la contienda radicó en establecer si fue correcto que Coltec señalase que la *basis* de Garlock en Garrison era de US\$ 379,2 millones, sin descontar la toma de responsabilidad (*liabilities*) asumida por Garrison avaluada en US\$ 375 millones**. ¿Debía efectuarse el descuento de estos US\$ 375 millones de la *basis*? El IRS señaló que debía efectuarse la deducción por aplicación de la regla general de la sección 358 (a) N° 1 (A) y 358 (d) N° 1, por lo que la pérdida a reconocer era muchísimo menor. Coltec decía que no correspondía la deducción de las *liabilities* por aplicación de la excepción contenida en la sección 357 (c) (3).

1.5.3. Normativa aplicable.

La normativa aplicable al caso fue copiosa y caracterizada por una redacción compleja, pero la idea que estaba detrás de la legislación fue la siguiente:

- (i) Si se efectúa una transacción con una empresa que el contribuyente controla, en principio el mismo no debiese reconocer ganancias ni pérdidas resultantes de la operación (Sección 351).

¹⁵⁸ Esta *basis* se componía de la nota de pago contra Stemco por US\$ 375 millones, más otros bienes valuados en aproximadamente US\$ 4,2 millones, pero que no se reducían por las obligaciones que había asumido Garrison respecto a los juicios de asbestos, valuadas en US\$ 375 millones.

¹⁵⁹ Que es la *basis* de Garlock en Garrison: lo que pagó Garlock a Garrison (US\$ 379,2 millones) descontado el precio de US\$ 500.000 en que se vendieron las acciones a los bancos.

- (ii) Lo que el contribuyente podrá no reconocer como ingreso será una cantidad equivalente a la *basis* de lo que transfirió¹⁶⁰
- (iii) Si parte de lo recibido en la transacción es dinero, el dinero deberá descontarse de la *basis*¹⁶¹
- (iv) Como regla general, cuando una parte asume responsabilidades como parte del precio en una transacción, dicha toma de responsabilidad (*assumption of liabilities*) deberá considerarse como “dinero” por regla general y, en consecuencia, descontarse de la *basis*.
- (v) Excepción: Si el contribuyente transfiere una toma de responsabilidad (*assumption of liabilities*) cuyo pago implique un derecho a deducir impuestos, entonces dicha toma de responsabilidad deberá excluirse al calcular las responsabilidades asumidas. Si se excluye, no puede considerarse dinero y, por tanto, deducirse de la *basis*. Coltec sostuvo la aplicación de esta excepción mientras que el IRS señaló que su aplicación no correspondía.
- (vi) Contra excepción: Si el contribuyente asumió responsabilidades con el propósito de eludir impuestos o sin un propósito de negocios *bona fide*, entonces las responsabilidades o cargas asumidas deberán considerarse dinero en la transacción efectuada, lo que implicaría descontarse de la *basis*.

1.5.4. Fallo de la Corte de Apelaciones del Circuito Federal¹⁶².

El fallo de la Corte de Apelaciones del Circuito Federal comenzó señalando los argumentos esgrimidos por el IRS contra el contribuyente, los que fueron:

- a) La toma de responsabilidad por contingencias eventuales de asbestos debían tratarse como “dinero recibido”.
- b) La norma anti abuso de la sección 357 (b) (1) vuelve inaplicable la excepción invocada por el contribuyente.

¹⁶⁰ De manera que si transferí US\$ 100 y recibo US\$ 110 en stock, a los US\$ 110 recibidos le descuento “mi *basis* transferida” que son los US\$ 100. En consecuencia, sólo deberé reconocer US\$ 10 como ingreso.

¹⁶¹ El dinero deberá descontarse de la *basis* y, para Coltec, eso implicaría una menor pérdida por reconocer porque deberían restarse los US\$ 375 millones en que estaba avaluada la toma de responsabilidad judicial de Garrison.

¹⁶² Court of Appeals of Federal Circuit.

- c) La operación del contribuyente transgrede las doctrinas del fondo económico.

La Corte analizará estos tres argumentos, pero los importantes a efectos de esta investigación son los b) y c).

1.5.4.1. Desacuerdo con el fallo de primera instancia. La aplicación de la sección 358 (d) corresponde.

La Corte de Apelaciones expuso en su análisis que la Court of Federal Claims (primera instancia) había fallado a favor de Coltec en base a argumentos que no compartían, porque este tribunal inferior sostuvo que la sección 358 (d) (cuya aplicación sostenía el IRS) no era aplicable porque el IRS utilizaba las palabras “contingent liabilities” (responsabilidades o cargas contingentes) y que aquello era diferente de “liabilities” (responsabilidades o cargas), que era específicamente la expresión contenida en los Tax Statutes. La Corte de Apelaciones manifestó su desacuerdo ante esta conclusión citando fallos que tratan a estas cargas contingentes como cargas para propósitos tributarios, a lo que agregó la conclusión de que es ampliamente aceptado que cuando en una transferencia parte de ella implica asumir la responsabilidad por un problema actual o futuro de otra parte, dicha toma de responsabilidad es parte integral del “precio” pactado y por ello la regla general es considerarla “dinero”¹⁶³. Debido a que asumir la responsabilidad por problemas eventuales de otra parte es unánimemente considerada parte del precio de una transacción, no puede haber duda de que no hay diferencias apreciables entre “toma de responsabilidad” y “toma de responsabilidad contingente”. En consecuencia, no puede excluirse la sección 358 (d) en base a este argumento. La consecuencia es que la toma de responsabilidad efectuada por Garrison debe ser considerada dinero y, por tanto, deducirse de la *basis* de Garlock en Garrison.

1.5.4.2. La excepción de la sección 357 (c) (3).

La Corte de Apelaciones comenzó su análisis señalando que era un poco extraña la referencia de la sección 358 (d) (2) (que contiene la excepción que favorecía a Coltec), puesto que al referirse a la sección 357 (c) (3) se estaba entrando a normas sobre reconocimiento de

¹⁶³ Brown v. Helvering (1934), United States v. Smith (1969), Tool Works Inc. v. Commissioner of Internal Revenue.

ganancias y no de establecimiento de *basis*, y que el reconocimiento de ganancias era de por sí complejo. Sin embargo, la Corte de Apelaciones efectuó un repaso sumario de las secciones involucradas:

“Brevemente, en virtud de la sección 351 (a) y (b) (1), las ganancias generalmente no deben ser reconocidas en transacciones exentas, sino que solo en la medida del “dinero recibido”. Pero, bajo la sección 357 (a), el “dinero recibido” generalmente no incluye las responsabilidades o cargas que una parte asume. Sin embargo, en virtud de la sección 357 (c) (1), cuando las cargas que se asumen exceden la *basis* de la transacción, dichas ganancias deberán ser reconocidas por todo el exceso. La sección 357 (c) (3) excluye ciertas cargas de la subsección (c) (1). En todo caso, la sección 357 (b) (1) hace inaplicable la sección (c) (1) y **se deberá reconocer como ganancia la totalidad de las cargas o responsabilidades asumidas, si el propósito por el cual se incurrió en esta transacción fue principalmente para eludir impuestos o la transacción carecía de propósito de negocios”**.

Específicamente, el IRS argumentó que la sección 357 (c) (3) aplicaba en casos en que el pago por asumir responsabilidades o cargas implicase una deducción de impuestos, y que en el caso del contribuyente no era el caso, puesto que dicha sección sólo puede aplicarse cuando se traspasan las cargas y también el negocio “madre” que generó (o generará) dichas cargas. Esta interpretación del IRS no tiene respaldo en la letra de la ley, aunque pareciera tener algo de sentido con el fondo de la norma en cuestión porque la teoría sería que la empresa que transfiere las cargas que otro asume no debiera reconocer ganancias cuando ha perdido la deducción de impuestos que emana de las responsabilidades transferidas. Sin embargo, dicha interpretación no se encuentra en el texto de la norma estatutaria, razón por la que debiese desestimarse. En consecuencia, acorde a lo establecido hasta aquí por la Corte de Apelaciones, pareciera que debiese aplicarse la excepción de la sección 357 (c) (3) y dar la razón a Coltec, pero queda un punto importante a analizar: ¿es aplicable la contra excepción establecida en la sección 357 (b) (1) relativa a la intención de elusión tributaria o carencia de propósito negocial *bona fide*?

1.5.4.3. La contra excepción de la sección 357 (b) (1): Propósito elusivo o falta de propósito de negocios *bona fide*.

Como se expuso anteriormente, los efectos de la aplicación de esta sección son los siguientes:

- 1.- Reemplaza la sección 357 (c) (1), de manera que asumir cargas o responsabilidades como parte de una transacción deberá considerarse dinero y, en consecuencia, deducirse de la base de la transacción.
- 2.- Elimina la excepción de la sección 357 (c) (3), la cual conviene a Coltec.

En consecuencia, debe uno preguntarse cuándo se aplica esta sección de norma anti abuso. El IRS señaló que esta sección anti abuso aplicaba porque: la sección 357 (c) (3) (la excepción invocada por Coltec) redirige a la sección 357 (c) (1), la cual sólo puede tener efecto cuando no procede aplicar la norma anti abuso, razón por la cual, era menester analizar la procedencia de la norma anti abuso para dilucidar si la base de Garlock en Garrison estaba bien calculada. La Corte de Apelaciones expuso no estar de acuerdo con el razonamiento del IRS, y señaló que “la pregunta real es a qué se refiere la sección 358 (d) (2)¹⁶⁴ cuando se refiere a ‘toma de responsabilidad excluida bajo la sección 357 (c) (3)¹⁶⁵’”.

¹⁶⁴ (d) Toma de responsabilidad

(1) En general: Donde, como parte de las consideraciones que toma el contribuyente, otra parte en la transacción asume una responsabilidad con el contribuyente, **dicha toma de responsabilidad será tratada, para propósitos de esta sección, como dinero recibido por el contribuyente.**

(2) Excepto: El párrafo (d) (1) no se aplicará al monto de cualquier toma de responsabilidad excluida bajo la **sección 357 (c) (3)**.

¹⁶⁵ (c) Responsabilidades o cargas en exceso de la *basis* de la transacción

(3) Ciertas responsabilidades o cargas excluidas

(A) En general: Si un contribuyente, en una transacción donde sea aplicable la sección 351, **transfiere una responsabilidad o carga, donde el pago:**

(i) de derecho a una deducción de impuestos, o

(ii) sea de aquellos descritos en la sección 736 (a) (pago por liquidación de participación producto de retiro del socio o fallecimiento) (Nota agregada por este tesista)

Entonces, para propósitos del párrafo (1), **el monto de dicha toma de responsabilidad o carga se excluirá de la determinación de responsabilidades asumidas.**

Al respecto, el razonamiento de la Corte de Apelaciones fue que la toma de responsabilidad queda excluida bajo la sección 357 (c) (3) si dicha carga o responsabilidad debe quedar excluida del cálculo que ordena la sección 357 (c) (1)¹⁶⁶, que era la opción planteada por el contribuyente, por lo que la conclusión de la Corte de Apelaciones es que **si la toma de responsabilidad es excluida por la sección 357 (c) (3), entonces la excepción de la sección 358 (2) es aplicable, lo cual favorecía a Coltec, y que la norma anti abuso no entraba en esta ecuación.** Por tanto, la Corte señaló que la posición de Coltec calzaba en lo establecido en los estatutos tributarios.

Hasta este momento, la Corte de Apelaciones había señalado que la sección 358 (d) era aplicable y que la actuación del contribuyente calzaba con lo descrito en los estatutos, de manera que podía invocarse la excepción de la sección 358 (d) (2) y, en consecuencia, no se consideraría dinero la toma de responsabilidad que Garrison asumió en Garlock para protegerlo de eventuales juicios o indemnizaciones por casos de asbestos. Sin embargo, faltaba un último elemento de análisis y era la doctrina del fondo económico por sobre la forma.

1.5.4.4. Doctrina del fondo económico.

La Court of Federal Claims (instancia anterior a la Corte de Apelaciones) resolvió que no correspondía aplicar la doctrina jurisprudencial del fondo económico porque la misma violaba el principio de la separación de poderes. Cabe hacer presente que si bien es un

¹⁶⁶ “(c) Responsabilidades o cargas en exceso de la basis de la transacción

(1) En general: En el caso de un intercambio:

(A) Donde se aplique la sección 351,

Si el monto de las responsabilidades asumidas excede el total de la basis ajustada de lo transferido en busca del intercambio, entonces **dicho exceso será considerado como ganancia de la venta** o intercambio de bienes de capital o de propiedad que no sean bienes de capital, según sea el caso”.

argumento razonable¹⁶⁷, le valió una “llamada a terreno” importante por parte de la Corte de Apelaciones. Al respecto¹⁶⁸:

“Lo que expone la Court of Federal Claims de que ‘el uso de la doctrina de fondo económico para imponerse sobre el actuar de un contribuyente conforme a los estatutos viola la separación de poderes’ es **insostenible**. Al rechazar la doctrina de fondo económico, **la Corte erra en seguir el precedente vinculante emanado de la Corte Suprema, de esta Corte y de su predecesora, la Court of Claims**”

“Durante los últimos setenta años, la doctrina del fondo económico ha requerido, para propósitos tributarios, transacciones que se encuentran conformes con la literalidad de los estatutos tributarios pero que carecen de realidad económica. Este principio tiene su fundamentación en diversos casos de la Corte Suprema, por ejemplo, en Gregory v. Helvering (...)”

“No puede someterse a duda que la Court of Federal Claims debe seguir el precedente obligatorio de la Corte Suprema, de nuestra Corte y de nuestra predecesora, la Court of Claims”

“No comprendemos cómo la existencia de ciertos casos fallados de la Corte Suprema donde no se aplicó la doctrina de fondo económico socava la autoridad de todos los fallos en que sí se aplicó”

“Por supuesto, incluso si las decisiones de la Corte Suprema donde aplica las doctrinas de fondo económico hubiesen sido cuestionadas, la Court of Federal Claims de todos modos estaría obligada a seguirlas, producto de tratarse de un precedente vinculante”.

¹⁶⁷ El argumento es que la función del Poder Judicial es conocer y fallar los casos, mientras que la función de legislar es del Poder Legislativo. Sin embargo, si las Cortes Superiores emiten sentencias fundadas en elementos no expresamente señalados en los estatutos tributarios, pero estas sentencias son vinculantes para el resto de los tribunales, entonces se entra a un terreno gris donde razonablemente puede sostenerse que estarían legislando a través de sus fallos, ergo, violando la separación de poderes.

¹⁶⁸ Fallo de la Court of Appeals of Federal Circuit, del 12 de julio de 2006.

“Incluso si asumimos que las decisiones de la Corte Suprema y nuestra predecesora cuando reconocen las doctrinas del fondo económico no son vinculantes, **no podemos estar de acuerdo en que estas doctrinas son de algún modo inconstitucionales. Incluso Coltec no hace ningún esfuerzo en defender este punto en su apelación.** La Court of Federal Claims no cita ningún argumento con autoridad para sostener su punto de que estas doctrinas serían inconstitucionales”.

“Las doctrinas del fondo económico representan un esfuerzo judicial por reforzar el propósito del Código Tributario”.

La negativa de la Corte inferior a aplicar las doctrinas de fondo económico por ser, en su opinión, inconstitucionales, no sólo le significó una reprimenda en la forma de sentencia de su superior jerárquico, sino que además implicó que la Corte de Apelaciones entró a derechamente hacer un análisis pormenorizado de los principios que conforman las doctrinas del fondo económico.

Al respecto, la Corte sostuvo que **el primer principio** de las doctrinas del fondo económico sería que **la ley no permite que un contribuyente obtenga beneficios tributarios a través de transacciones que carecen de realidad económica**, a pesar de existir un legítimo derecho de los contribuyentes de poder ordenar sus negocios como mejor les parezca¹⁶⁹. La defensa de la idea que las transacciones deben tener fondo económico para permitir la obtención de beneficios tributarios fue tan enfática que incluso la Corte de Apelaciones sostuvo:

“Partiendo de la base que la doctrina (*de fondo económico*¹⁷⁰) pueda aplicar también si el único propósito del contribuyente fuese la elusión de impuestos (aunque la transacción tenga fondo económico), **la falta de fundamentación económica es suficiente para descalificar una transacción** sin tener que probar que el único motivo del contribuyente era la elusión fiscal”.

¹⁶⁹ La Corte de Apelaciones argumenta este primer principio en base a Gregory v. Helvering.

¹⁷⁰ Nota agregada por este tesista.

El segundo principio de las doctrinas del fondo económico es que si un contribuyente solicita se le conceda un beneficio tributario, **la carga de la prueba respecto a que las transacciones tienen fondo económico es del contribuyente**¹⁷¹. Aunque la historia de la jurisprudencia estadounidense permite a la Corte de Apelaciones sostener este principio sin mayor contrapeso, extraña a este tesista que la carga de probar que una transacción tenga justificación económica sea del contribuyente, puesto que aquello sería poner en tela de juicio la buena fe de los particulares, quienes tendrían que probar que “piden lo correcto” cuando parece más intuitivo que se tenga que probar cuando alguien “obra incorrectamente”. Sin embargo, es un punto sujeto a discusión razonable, puesto que la contraparte puede señalar que quien dice tener un derecho, debe probarlo. Con todo, a este tesista le parece más intuitivo que se tenga que probar el incumplimiento de una norma en vez de tener la carga de probar que se está obrando conforme a derecho.

Un tercer principio de estas doctrinas sería que **el fondo económico de una o unas transacciones debe ser visto desde un punto de vista objetivo y no subjetivo**. Esto significa que si bien la intención del contribuyente no es totalmente baladí (puesto que si se probara que la única intención del contribuyente era eludir impuestos entonces la ley faculta a los tribunales para no considerar la operación del contribuyente para efectos tributarios), el análisis importante a realizar es desde el punto de vista objetivo, vale decir, revisar si la transacción cuestionada tenía una razonable expectativa de generar utilidades antes de impuestos para el contribuyente o si dicha transacción afectaba la posición económica del contribuyente en algún sentido distinto al tributario¹⁷².

Un cuarto principio que puede sostenerse es que **la transacción que debe analizarse y someterse a este “test de la blancura” (que sería el análisis de fondo económico) es la transacción que específicamente estaría dando derecho al beneficio tributario en cuestión**. Al respecto, la Corte de Apelaciones puso el caso¹⁷³ de que un contribuyente efectuara una transacción entre empresas relacionadas, generando una mínima ganancia de

¹⁷¹ La Corte de Apelaciones se apoya en Gregory v. Helvering y en CM Holdings Inc. v. Commissioner para sostener este punto.

¹⁷² La Corte de Apelaciones argumenta este principio basándose en Black & Decker v. Commissioner, CM Holdings Inc. v. Commissioner, Rice Toyota’s World v. Commissioner.

¹⁷³ Basic Inc. v. Commissioner.

capital, y luego celebrar una venta con un tercero independiente. En este caso, en opinión de la Corte de Apelaciones, el énfasis debe estar en la transacción entre empresas relacionadas, no en la venta final a un tercero independiente. El razonamiento es que si el propósito comercial de la última transacción pudiese utilizarse para dotar de fondo económico a la “innecesaria” transacción entre empresas relacionadas, entonces cualquier transacción intermedia podría justificarse probando cualquier tipo de conexión, por remota que sea, con la posterior venta al tercero independiente¹⁷⁴. Al respecto, sostuvo la Corte de Apelaciones:

“Estos casos¹⁷⁵ reconocen que hay una diferencia material entre estructurar una transacción real de un modo particular de modo de obtener un beneficio tributario (lo que es legítimo), y crear una transacción, sin propósito de negocios, con el objeto de obtener un beneficio tributario (lo que es ilegítimo)”

Finalmente, operaciones llevadas a cabo entre subsidiarias que no afectan el interés económico de terceros independientes, merecen un examen particularmente meticuloso. La razón es bastante entendible, y es porque entre la empresa matriz y la subsidiaria, o entre subsidiarias, pueden llevarse a cabo muchas transacciones de distinto tipo, con cierta libertad, porque en el fondo la “unidad económica” que hay detrás es una sola. En consecuencia, dado que la unidad económica que está detrás es la misma y probablemente hay una misma voluntad que se impone también, deben examinarse meticulosamente este tipo de transacciones porque están dadas las condiciones para poner a prueba los límites del texto tributario. Distinto es el caso cuando se celebran contratos con un tercero independiente, puesto que no podrán entonces imponerse todos los términos de la transacción¹⁷⁶ ni la cantidad de operaciones a llevar a cabo. La Corte de Apelaciones fundamentó este punto con distinta jurisprudencia¹⁷⁷, donde específicamente sostuvo:

“(En *Gregory v. Helvering*¹⁷⁸) La Corte Suprema falló que la transferencia de acciones de una empresa totalmente bajo control de la contribuyente a otra

¹⁷⁴ La Corte de Apelaciones citó también el caso *AMC Partnership v. Commissioner*, expuesto en esta investigación.

¹⁷⁵ *ACM Partnership v. Commissioner*, *Basic Inc. v. Commissioner*, *Black & Decker v. Commissioner*, *Ballagh v. Commissioner*.

¹⁷⁶ O será, por lo menos, más difícil.

¹⁷⁷ *Gregory v. Helvering*, *Basic Inc. v. Commissioner*, *Frank Lyon Co. v. Commissioner*

¹⁷⁸ Nota de este autor.

empresa también totalmente bajo el control de la contribuyente y después directo a un tercero independiente, no tenía fondo económico porque ‘el solo objetivo declarado de la transacción fue consumir un plan preconcebido, no para reorganizar un negocio, sino que para transferir una cuota accionaria al contribuyente’ de manera de eludir impuestos¹⁷⁹”.

También la Corte de Apelaciones hizo referencia a un caso¹⁸⁰ en que se falló que las transacciones analizadas sí tenían fondo económico porque creaban obligaciones reales, tangibles y exigibles por un tercero independiente, por tanto, haciendo notar que las operaciones celebradas entre partes que no consideran a un tercero independiente llaman a la sospecha fiscal.

En consecuencia, sólo puede entenderse que la Corte de Apelaciones consideró un despropósito la decisión del tribunal inferior de: 1) No aplicar las doctrinas del fondo económico; 2) Considerarlas inconstitucionales. Este actuar justificó una defensa enfática a las doctrinas del fondo económico, cómo deben entenderse y el por qué las mismas son vinculantes para todos los tribunales del país.

Finalmente, la Corte de Apelaciones procedió a aplicar estas doctrinas del fondo económico al caso de autos, fallando contra el contribuyente.

1.5.4.5. Aplicación de las doctrinas del fondo económico al caso particular.

En base a los principios precedentemente expuestos, la Corte de Apelaciones sostuvo que la carga de probar que las transacciones tenían fondo económico correspondía al contribuyente. Coltec dio básicamente dos argumentos de por qué las transacciones cuestionadas tenían fondo económico:

En primer lugar, la constitución y cambio de razón social a Garrison para que se entienda que sería la empresa que administraría toda la situación relativa a juicios e indemnizaciones

¹⁷⁹ Como este investigador ha sostenido reiteradamente, no comparte la conclusión de la Corte de Apelaciones en este punto específico cuando señala “de manera de eludir impuestos”.

¹⁸⁰ United Parcel Service of America v. Commissioner

por el tema de asbestos, volvería a Coltec una compañía más atractiva para los inversores. En segundo lugar, que Garrison asumiese la responsabilidad en el tema de asbestos a cambio de la nota por pagar agregaría una barrera ante *veil-piercing claims*.

El análisis de la Corte de Apelaciones fue el siguiente: No hay que perder de vista que la transacción cuestionada es, específicamente, aquella por la cual Garrison asumió la responsabilidad en el tema de asbestos a cambio de una nota por pagar exigible a Stemco por la cifra de US\$ 375 millones. Por lo tanto, respecto al primer argumento, Coltec se enfocó en la operación equivocada (la constitución y cambio de nombre de Garrison). La Corte de Apelaciones no consideró importante la constitución de Garrison ni el cambio de razón social que se efectuó para que empezase a llamarse “Garrison Litigation Management Group Ltda.”. En el mismo orden de ideas, Coltec argumentó que el hecho de que Garrison asumiera la responsabilidad y administración en los casos de asbestos tenía fondo económico, lo cual no fue controvertido por el IRS y la Corte de Apelaciones lo consideró como una apreciación razonable¹⁸¹, pero también sostuvo que dicho argumento no se refería a la transacción específicamente cuestionada, por lo que lo consideró como no atingente.

Respecto al segundo argumento, la Corte señaló que si bien se enfocaba en la transacción correcta, no probaba que la misma tuviese fondo económico porque no había un fundamento objetivo para sostener que al agregar una empresa subsidiaria “entre medio” de la empresa demandada por casos de asbestos y Coltec se fortalecía la posición del contribuyente, dado que las *veil-piercing claims* precisamente lo que hacen es “levantar el velo” de todas las empresas que se encuentren entre medio y le permiten al demandante poder dirigirse contra el patrimonio de la matriz. Entonces, si una empresa del grupo de Coltec es demandada por casos de asbestos, no tiene importancia si la defensa del caso la asume la empresa demandada o Garrison, puesto que el demandante de todas formas podrá dirigirse contra el patrimonio de Coltec. Por tanto, desde un punto de vista objetivo, no hay razonabilidad en entender que si una matriz traspassa los problemas judiciales de asbestos a una subsidiaria, estaría poniendo su propio patrimonio bajo protección. Contrario a lo sostenido por Coltec, que Garrison haya asumido las responsabilidades por juicios de asbestos, volvía a las acciones de Garrison menos atractivas, dando como ejemplo que los bancos interesados en invertir querían que se

¹⁸¹ La Corte de Apelaciones entendió que si un grupo empresarial tenía a una empresa específica para encargarse de los cuantiosos juicios por asbestos, producto de especialización y know-how, podría perfectamente volver al grupo “más atractivo”.

constituyese otra subsidiaria para intentar que no se contamine la inversión del banco con las responsabilidades por asbestos de Garrison. Además, los bancos exigieron a Coltec que respondiese en caso de juicios por asbestos y, finalmente, exigieron que estas operaciones se mantuviesen confidenciales. **Todos estos elementos llevaron a la convicción a la Corte de Apelaciones de que la única motivación por la cual Garrison recibió la nota por pagar exigible a Stemco fue para aumentar artificialmente la base de Garlock en el stock de Garrison, lo que tendría la consecuencia tributaria de generar una inmensa pérdida y “anular” todo el incremento patrimonial experimentado por Coltec en la venta de una de sus empresas.** Consecuencialmente, la Corte de Apelaciones revocó el fallo del tribunal inferior, señalando que correspondía descontar los US\$ 375 millones de la *basis* de Garlock en Garrison. Respecto a los otros US\$ 4,2 millones de la *basis*, la Corte ordenó a su inferior jerárquico que determinase si correspondía considerarla en la *basis* o descontarla, porque de eso dependería la tributación final de Coltec.

1.5.5.- Corte Suprema de Justicia

Nos referiremos muy brevemente a este fallo, puesto que se limitó a confirmar todos y cada uno de los puntos sostenidos por la Corte de Apelaciones en su análisis de fondo económico y su defensa a la doctrinas jurisprudenciales de la misma línea.

Lo que es digno de notar en este fallo son solamente dos aspectos, a saber:

- 1.- El contribuyente hizo los siguientes alcances en su *petition for certiorari* ante la Corte Suprema de Justicia.
 - a) El contribuyente sostuvo que la Corte de Apelaciones del Circuito Federal erró al basar su decisión exclusivamente en doctrinas del fondo económico, sin dar importancia al cumplimiento de requisitos formales por su parte.
 - b) El contribuyente sostuvo que un análisis ponderado de los hechos debiera arrojar la conclusión de que las operaciones llevadas a cabo tenían fondo económico.

Lo importante es que la respuesta de la Corte Suprema fue “la decisión de la Corte de Apelaciones fue correcta, y no es menester volver a revisar ninguno de los asuntos¹⁸²”. Si bien la Corte Suprema posteriormente profundizó su argumentación, fue básicamente para repetir los argumentos de la Corte de Apelaciones, dando a entender que su parecer era el mismo al de la Corte inferior.

2.- Específicamente respecto al punto del contribuyente en que critica que la Corte de Apelaciones del Circuito Federal se haya basado solamente en las doctrinas del fondo económico para analizar su caso, la Corte Suprema respondió:

“Aunque las cortes de apelaciones han articulado de varias formas el estándar de fondo para determinar cuándo las transacciones de los contribuyentes tienen fondo económico, lo cierto es que han aplicado el estándar consistentemente, y en este caso, la Corte de Apelaciones articuló dicho estándar correctamente. No es procedente revisar más este punto”.

Si bien la defensa de la Corte Suprema a su Corte de Apelaciones es total, tenemos que tener presente dos cosas en mi opinión: lo primero es que fallar conforme a las doctrinas de fondo económico ha sido consistente para las Cortes de Justicia estadounidenses, por lo que sostener lo contrario sería simplemente caer en *wishful thinking*. En segundo lugar, la misma Corte Suprema reconoce que el estándar que se aplica para determinar si las transacciones tuvieron o no fondo económico ha variado y que no siempre se aplica el mismo, siendo lo constante el hecho de que siempre se aplica un estándar para determinar si hubo fondo económico o no. En mi concepto esto representa cierta gravedad porque significa que, a pesar de un intento de uniformidad, no todas las Cortes piensan igual respecto a qué requisitos solicitar, de manera que si bien los contribuyentes tendrán certeza que se les exigirá fondo económico a sus transacciones, no habrá certeza respecto a qué requisitos cumplir para que la Corte de turno entienda que las transacciones tuvieron fondo económico o no. Esto afecta seriamente la certeza y seguridad jurídicas, pues no solo no se sabe qué requisitos cumplir, sino que erosiona la confianza de los ciudadanos en su Poder Judicial, debido a que habría un sentimiento de abuso. No solo hay que cumplir con la letra de la ley, sino que también con el espíritu e historia de la misma, además las transacciones llevadas a

¹⁸² “The court of appeals' decision is correct, and further review is not warranted on either issue”

cabo tienen que tener fondo económico acorde a la jurisprudencia general y vinculante de los tribunales superiores, donde dependerá del criterio de cada Corte en particular qué es lo que debe entenderse por suficiente fondo económico.

1.5.6. Conclusiones

Como se adelantó en el caso de AMC, los tribunales estadounidenses comenzaron una época en que fueron bastante duros con el contribuyente, donde el caso Coltec no fue la excepción. Sin embargo, debe llamarnos la atención que la Corte de Apelaciones defendiese de un modo tan intenso a las doctrinas del fondo económico y además se preocupase de señalar detalladamente los principios en los cuales se basarían dichas doctrinas, junto con el apoyo jurisprudencial de la Corte Suprema. Quizás la defensa de la Court of Federal Claims, sobre que dichas doctrinas sean inconstitucionales, no fue la más feliz, pero no por eso se desconocerá que se está en una zona bastante gris cuando los tribunales superiores dictan fallos que son obligatorios y vinculantes para los otros tribunales del país, y dichos fallos se basan en elementos extra estatutarios. La consecuencia es que los contribuyentes deberán alinear sus conductas no solo a las reglas contenidas en la ley tributaria sino que también respecto de reglas diferentes contenidas en fallos de los tribunales superiores del país, los cuales perfectamente pueden hacer suyos ciertas disposiciones administrativas del IRS. Entonces, **derechamente estamos en presencia de la creación de reglas obligatorias para particulares y para los tribunales de justicia, pero las cuales no son discutidas ni redactadas por el Poder Legislativo, quien tiene privativamente la facultad de legislar.** Además, el origen de todas las doctrinas de fondo económico en Estados Unidos es espurio en opinión de este investigador, porque el análisis efectuado – con una pluma sumamente perspicaz – en GvH por el juez Learned Hand fue objetivamente estatutario. Si hay una conclusión indiscutible en GvH es que se plantea un respeto irrestricto por la ley, razón por la cual la argumentación del fallo radicó en señalar si la contribuyente respetó la legislación vigente o no.

Como se ha expuesto de modo reiterado ya, la motivación de reducir la tributación o la falta de un propósito de negocios no tuvieron nada que ver en el fallo de GvH, individualmente considerados. Pero al analizar la ley, la misma hizo exigible expresamente un propósito de negocios en la reorganización empresarial, razón por la cual el juez le exigió a la contribuyente que probara la existencia de este propósito negocial. **Todo el caso Gregory**

v. Helvering se hubiese caído (y consecuentemente las doctrinas del fondo económico) y se le hubiese tenido que dar la razón al contribuyente si los estatutos tributarios hubiesen omitido las palabras “in pursuance of a plan of reorganization”¹⁸³ . Estas palabras fueron las que motivaron al juez Learned Hand para preguntarse por la razón de negocios de la reorganización que estaba intentando la contribuyente, de modo que no debiese colegirse que los jueces pueden estar preguntándose por un propósito de negocios (que debe probar el contribuyente) ante cualquier operación que se les presente, sino que sólo si la ley lo hace expresamente exigible. Sostener lo contrario implicaría validar que los jueces impongan requisitos extra estatutarios a los contribuyentes de modo arbitrario.

Entonces, las doctrinas del fondo económico que exigen que las operaciones tengan un propósito de negocios debieron haberse entendido de un modo mucho más restrictivo y no como una herramienta que tiene el IRS para incrementar artificialmente la carga probatoria del particular. Sin embargo, la interpretación mayoritaria que se hizo de GvH fue que, producto que la planificación de la contribuyente carecía de suficiente propósito de negocios para permitir obtener un beneficio tributario y se le denegó por esa razón, **se volvió obligatorio exigir un propósito de negocios en las operaciones que se les presente a los jueces a objeto de determinar la procedencia del beneficio tributario solicitado.**

Por tanto, no solo hay argumentación razonable respecto a falta de suficiente separación de los Poderes del Estado en la creación de estas doctrinas por parte de los principales tribunales del país, sino que además el origen de estas doctrinas es controvertido por hacer exigible ciertos requisitos cuando la ley no lo señala, basándose en un fallo que, justamente, enalteció la importancia de la ley. **Lo que hicieron los tribunales (posterior a GvH) fue empezar a exigir requisitos por analogía,** porque los nuevos casos que empezaron a conocer se parecían a la reorganización intentada por la Sra. Gregory en el sentido de que se trataban de transacciones que podrían no estar lo suficientemente justificadas desde un punto de vista económico, mientras que **la razón para exigir fondo económico radicó en que “así se exigió en GvH, cuyo fallo es vinculante para el resto de los tribunales en la tradición del Common Law”.** Estos requisitos exigidos por analogía terminaron por consolidar las doctrinas del fondo económico a nivel jurisprudencial, de manera que la Corte de

¹⁸³ Lo que los estatutos hicieron fue dar a entender que la reorganización debe llevarse a cabo en prosecución de un plan negocial, no “porque sí”. Los asesores de Gregory no pudieron probar la existencia de este plan negocial que la ley expresamente exigía, razón por la cual perdieron el juicio.

Apelaciones en Coltec se sintió lo suficientemente empoderada como para llevar a cabo tan importante defensa de esta doctrina. La Court of Federal Claims quiso establecer un precedente respecto a dejar de considerar las doctrinas del fondo económico por ser altamente cuestionables, **pero lo que logró fue un potente fortalecimiento de las mismas por vía jurisprudencial, un fallo en contra del contribuyente basado única y exclusivamente en dichas doctrinas (con reconocimiento expreso de que el contribuyente cumplía con la letra de la ley) y, además, una severa llamada de atención por parte de su superior jerárquico**, obscureciendo aún más el panorama judicial para el contribuyente producto de que las doctrinas extra estatutarias del fondo económico salieron totalmente fortalecidas en esta pasada.

En consecuencia, no debiese sorprender que en el presente caso el contribuyente hubiese cumplido con la ley pero se le hubiese denegado el beneficio tributario solicitado porque sus operaciones no tenían suficiente fondo económico, argumentando que GvH (y otros) son el fundamento del por qué se exige un propósito de negocios en las actuaciones del contribuyente, a pesar de que GvH lo que hizo fue enaltecer la importancia de la ley y nunca quiso dar herramientas para que la misma se pudiese soslayar.

1.6. Myria Holdings v. Iowa Department of Revenue (2017)

1.6.1. Introducción

Este caso, bastante actual, trata sobre una empresa con dos subsidiarias donde ambas desarrollaban sus actividades económicas en Iowa (pero la matriz tenía domicilio en Delaware). Si bien la regla general es que el contribuyente no quiere que sus actividades queden sujetas a impuesto, en este caso particular la empresa matriz sí quería que se considerara que ella quedaba sujeta a impuesto en Iowa, porque eso permitiría que tanto ella como sus dos subsidiarias presentaran una declaración de impuestos conjunta y, dado que la matriz tenía pérdidas, podría absorber las utilidades que había generado una de las subsidiarias e incluso solicitar una devolución por impuestos pagados en exceso. El contribuyente tenía a favor, además, un fallo de la Corte Suprema de Iowa¹⁸⁴ donde se sujetó

¹⁸⁴ KFC v. Iowa Department of Revenue, 30 de diciembre de 2010.

a impuesto a una sociedad con domicilio en Delaware pero que tenía ingresos provenientes de actividades desarrolladas en Iowa.

1.6.2. Hechos del caso

Myria Holdings Inc. (en adelante, también, “Myria” o “el contribuyente”) era una sociedad domiciliada en el Estado de Delaware pero con el foco principal de sus negocios en el Estado de Texas. Sin embargo, Myria tenía dos empresas subsidiarias domiciliadas en Delaware pero que desarrollaban sus actividades económicas en Iowa: Natural Gas Pipeline Company of America LLC (en adelante, también, “NGPL”) y NGPL PipeCo LLC (en adelante, también, “PipeCo”). El mapa societario consistía en que Myria era propietaria del 80% de PipeCo, siendo PipeCo la única propietaria de NGPL. La sociedad operativa era NGPL, era la que mantenía en funcionamiento una central de gas natural licuado del grupo empresarial, mientras que PipeCo tenía la propiedad de la central de energía pero la trabajaba NGPL mediante un leasing. Myria, como la matriz, era la dueña directa de PipeCo e indirecta de NGPL, y se encargaba de la estrategia de negocios a seguir. En adelante, me referiré al conjunto de Myria, NGPL y PipeCo como “el Grupo”.

Para el año tributario 2009, Myria recibió dos tipos de pagos por parte de sus subsidiarias: (1) Distribución de dividendos y (2) Pagos de impuesto corporativo¹⁸⁵ mediante un acuerdo firmado por el Grupo. El objeto de este acuerdo era consolidar los impuestos corporativos del Grupo, de manera que las pérdidas de uno absorbieran las utilidades de otro y así ir disminuyendo la tributación total. Debido a cómo operaba este acuerdo, el Grupo declaró una pérdida tributaria de US\$ 63.000.000¹⁸⁶ aproximados, donde sólo NGPL (la sociedad operativa) declaró utilidades. El IRS no aceptó la declaración conjunta del Grupo porque sostuvo que Myria no estaba sujeta a tributación en Iowa, de manera que había que desagregarla de la declaración conjunta, por lo que el efecto sería que la base imponible de

¹⁸⁵ Este acuerdo señalaba que los impuestos del Grupo serían pagados por Myria a la Hacienda estadounidense, pero los valores correspondientes a impuesto de PipeCo y NGPL serían pagados a Myria en cuotas cada cuatro meses. El acuerdo señalaba que si las subsidiarias terminaban pagando de más a Myria, ésta tendría que devolverles el exceso. Si pagaban menos a Myria de lo que terminaría siendo su obligación fiscal, las subsidiarias deberían pagar el delta faltante a la matriz. Me referiré a este contrato como “el Acuerdo”.

¹⁸⁶ Exactamente US\$ 62.695.855.

las subsidiarias sería positiva y, consecuentemente, existiría la obligación de pago de impuestos.

1.6.3. Normativa aplicable.

La normativa aplicable al caso en cuestión radicó en el Tax Code de Iowa, en las siguientes secciones:

Sección 422.33.- “Impuestos corporativos y crédito”

Nº 1: Se impondrá un impuesto anual sobre cada empresa que haga negocios en este Estado, o que perciba ingresos de fuentes que se encuentren en este Estado (...). Por ‘fuentes que se encuentren en este Estado’ se entenderá ingresos por propiedad real, tangible o intangible que se localice o tenga ‘situs’ en este Estado”.

Sección 422.34 (A). Actividades exentas de impuesto de empresas foráneas¹⁸⁷.

Se entenderá que una empresa foránea no está haciendo negocios en este Estado o percibiendo dividendos por fuentes dentro de este Estado, para propósitos de esta sección, si lleva a cabo dentro de este Estado una o más de estas actividades:

Nº 5: Ser el propietario y controlador de una empresa subsidiaria que se encuentra en este Estado o que lleva a cabo negocios en él, donde la empresa holding o matriz no tiene presencia física en el Estado y su única presencia se refiere a la propiedad o control de su subsidiaria.

Sección 422.37. “Devoluciones consolidadas”

Nº 3: Miembros de un grupo que estén exentos de tributación conforme a la sección 422.34 del Código no podrán ser incluidos en una solicitud de devolución consolidada.

¹⁸⁷ “Empresas foráneas” son todas las empresas que están organizadas bajo leyes distintas a las de Iowa.

Sección 422.32.- “Definiciones”

Nº 4: “Empresa” incluye compañías ‘join stock’ y asociaciones organizadas para generar utilidades, también las partnership y sociedades de responsabilidad limitada que tributan como empresas bajo el Código Tributario.

En consecuencia, puede entenderse que las empresas que hagan negocios en Iowa están, en principio, sujetas a tributación en Iowa. Sin embargo, si una empresa no tiene presencia física en Iowa pero tiene subsidiarias llevando a cabo negocios allí, respecto de las cuales se le considera propietaria y controladora, quedará exenta de tributación en Iowa. Por lo tanto, el asunto central era si Myria recibió ingresos tributables en Iowa, para lo cual debía demostrarse que los actos que llevó a cabo respecto de sus subsidiarias no eran actos únicamente propios de un dueño y controlador.

1.6.4. Análisis de la Corte Suprema de Iowa.

La Corte Suprema de Iowa dictó sentencia respecto de este caso el 24 de marzo de 2017, fallo que fue redactado por el Justice Sr. Daryl Hecht. El análisis se centró en la interpretación de la sección 422.34 (A), que establece la eximición de tributación en Iowa, así como la naturaleza de las actividades desarrolladas por Myria.

1.6.4.1. Interpretación de la sección 422.34 (A)

Al comenzar su análisis, la Corte Suprema de Iowa (en adelante y para efectos del análisis de este caso, también, “CSI”) señaló que su función era descubrir “la intención del legislador”. A renglón seguido, expresó que ellos deben “construir estatutos teniendo a la vista el propósito de la legislación”. Esta declaración por parte de la CSI llama la atención a este investigador, quien cree que lo que debiera hacer un Tribunal es interpretar los estatutos y priorizar lo que está escrito, puesto que si el legislador hubiese querido decir otra cosa, lo hubiese hecho. Sólo en casos en que sea manifiesto que el legislador no pretendía que tal o cual estatuto tuviese el efecto que los particulares le estaban dando, correspondería preguntarse por el propósito del legislador. **Si nos preguntamos por *default* respecto de la intención del legislador en cada uno de los estatutos, el efecto será que se terminarán**

arrojando muchas más sombras que luces respecto de la interpretación de los estatutos, dañando considerablemente la certeza jurídica. Es pertinente un análisis histórico y un análisis sistemático de los estatutos, pero cuando ello sea necesario, no por piloto automático ante cada una de las normas existentes, y ello será necesario cuando lo escrito por el legislador manifiestamente sea distinto a lo que él hubiese pretendido. De hecho, al señalar la CSI que ellos “construyen estatutos” pareciera fortalecer el argumento de los contribuyentes de que cada vez es menor la separación de poderes existente entre el Poder Legislativo y Judicial.

Producto de que los estatutos no definen qué ha de entenderse por “propietario y controlador” de una empresa, la CSI buscó respuestas en el Black Law’s Dictionary para terminar sosteniendo que por “propiedad” debe entenderse el cúmulo de derechos que tiene una persona que le permiten usar, administrar y gozar sus bienes, incluyendo el derecho de transferir su dominio. Del mismo modo, por “control” debe entenderse “el poder directo o indirecto que se tiene para gobernar, administrar, direccionar o mandar a una persona o cosa”. Por lo tanto, la CSI sostuvo que entienden que si Myria tiene derechos suficientes para usar y administrar las subsidiarias, entonces es su propietario. Si tiene el poder o autoridad de directa o indirectamente manejar, administrar o gobernar sus subsidiarias, entonces tiene control. En consecuencia, la CSI señaló que el propósito del legislador fue beneficiar a las empresas para que puedan desarrollar una actividad económica de menor envergadura en Iowa pero sin quedar sujetos a tributación en dicho Estado.

1.6.4.2. Argumentos del Grupo Empresarial

Lo que sostuvo el Grupo fue que Myria llevó a cabo actividades que se extendían más allá de lo que significaba ser dueño y controlador, en consecuencia, no podía aplicarse la excepción de la sección 422.34 (A) y Myria debía quedar sujeta a tributación en Iowa. Myria alegó que efectuaba labores de coordinación financiera, tributaria, de negocios, distribuciones de dividendos intra-grupo, así como el establecimiento de prioridades estratégicas respecto al Grupo en general, como de las subsidiarias en particular. Además, Myria asistía a sus subsidiarias diariamente en cuanto a ciertas actividades de negocios, efectuando pagos de intereses y recibiendo pagos producto de acuerdos sobre tributación (en adelante, “el Acuerdo”). Se alegó también que Myria prestaba estos servicios a través de un tercero, todo supervisado por el Directorio de Myria, sin embargo no fue suficiente, la CSI

señaló que las actividades de Myria eran propias y rutinarias de una empresa dueña y controladora, razón por la cual la actividad de Myria calzaba perfectamente en la excepción de la sección 422.34 (A).

El Grupo alegó también que debía considerarse a Myria como una sociedad sujeta a tributación en Iowa porque tenía un nexo tributario con Iowa, y era que Myria proveía de *working capital* a las subsidiarias a través del Acuerdo. Esto porque si bien las subsidiarias debían pagarle a Myria cada cuatro meses, sus impuestos se iban acumulando a diario, razón por la cual Myria estaría proveyendo de *working capital* a las subsidiarias, lo cual no es una actividad rutinaria de un dueño y controlador. Este argumento fue desestimado por la CSI porque señaló que la frecuente en que las subsidiarias le pagaran a Myria no tenía importancia, ya que como Myria tenía el control respecto de ambas empresas, podía perfectamente coordinar los pagos.

La CSI también desestimó el argumento del contribuyente de que tenía un nexus tributario con Iowa al tener dos propiedades intangibles con *situs* en Iowa: acciones y dinero en las subsidiarias que tenían sus negocios en dicho Estado. El rechazo se fundó en que el único modo de entender la sección 422.34 (A) era como un medio de resguardar los intereses de sociedades foráneas que tuviesen subsidiarias en Iowa, razón por la que tener acciones y dinero en las subsidiarias no era un nexo tributario suficiente para gravar a Myria.

Finalmente, la CSI rechazó el argumento del contribuyente de que en *KFC v. Iowa Department of Revenue* se había obligado a tributar al contribuyente Kentucky Fried Chicken Inc. a pesar de no tener presencia física en Iowa, por el hecho de “hacer negocios” en el Estado. La CSI dijo que el fallo en Myria no es contradictorio con el de *KFC* porque en aquel, *KFC* no tenía subsidiarias en Iowa sino que habían restaurantes independientes que pagaban a *KFC* por licencias y franquicias. *KFC* debía considerarse como una empresa “que hacía negocios” en Iowa, a pesar de no tener presencia física en dicho Estado, porque los restaurantes que ejercían su actividad económica y pagaban licencias y franquicias a *KFC* se encontraban en Iowa. En cambio, Myria no recibía pagos por royalty, licencias, propiedad intelectual o similares, sino que sólo por un Acuerdo que tenía propósitos tributarios, por lo que no había suficiente nexo tributario con Iowa. Consecuencialmente, la CSI falló en favor del IRS y determinó que el Grupo no podría presentar una declaración de impuestos consolidada, de manera que debería desagregarse a Myria de la declaración consolidada.

1.6.5. Conclusiones

El objeto de analizar este caso sumamente actual fue señalar que hay una tendencia de los tribunales en las últimas dos décadas de ser especialmente estricto con el contribuyente estadounidense, sobremanera después del fallo Coltec en que se fortalecieron mucho las doctrinas sobre el fondo económico. En este caso, la CSI falló contra Myria porque el hecho de tener dos subsidiarias y que la matriz llevase a cabo diversas actividades para mantener el grupo en orden, pero también para lograr que las subsidiarias maximicen sus utilidades, no fue argumento suficiente para señalar que había un nexo tributario con Iowa. Que la matriz recibiese stock y dividendos desde las empresas en Iowa no se consideró un argumento suficiente para establecer un nexo tributario con Iowa. Sin embargo, que KFC (una empresa domiciliada en el Estado de Delaware, al oeste de Estados Unidos, con el asiento principal de sus negocios en el Estado de Texas, al sur del país, pero que tenía acuerdos de franquicias con terceros en el Estado de Iowa, en el centro-norte del país) recibiese pagos por franquicias era un nexo tributario suficiente como para determinar su obligación a tributar. Cabe preguntarse qué habría ocurrido si alguna de las subsidiarias hubiese efectuado pagos a Myria por concepto de alguna franquicia o licencia, debido a que el parecido con el caso KFC sería casi total. ¿La CSI habría señalado que Myria de todas maneras no estaba sujeta a tributación en Iowa? Un aspecto importante, en todo caso, es que la CSI no recurrió a doctrinas de fondo económico para sostener su posición, sino que restringió su análisis a la posición de dueño y controlador de Myria para determinar que correspondía la aplicación de la excepción estatutaria.

Producto de tratarse de un fallo tan nuevo, habrá que esperar para ver sus efectos y si sentará algún tipo de precedente, pero sería interesante ver cómo reaccionarán los tribunales (y los contribuyentes) ante la enfática argumentación de la CSI respecto a que Myria no estaba sujeta a tributación en Iowa. Quizás, a largo plazo, este fallo le termine resultando caro al Estado de Iowa.

1.7.- Conclusiones respecto a la jurisprudencia estadounidense

Dada la tradición de Common Law de Estados Unidos es que podemos ver que el principal modo de enfrentarse a la elusión tributaria fue a través de los fallos de sus tribunales superiores de justicia. Dichos tribunales crearon “doctrinas jurisprudenciales” vinculantes para el resto de los tribunales del país, las cuales favorecieron el análisis del fondo económico de las transacciones de los contribuyentes, por sobre el cumplimiento formal de los requisitos de los actos jurídicos celebrados. Esto implicó que estas doctrinas, unas diferentes de otras desde la teoría, en la práctica implicaran que el juez estaría facultado para analizar “qué es lo que realmente ocurrió y cuáles fueron los actos jurídicos celebrados” para, en base a ello, determinar la correcta tributación de los mismo, teniendo como base de su análisis la respectiva *economic substance* de los actos puestos a su conocimiento.

El caso más importante de Estados Unidos, GvH en el lejano 1935, es sindicado como precisamente el fallo que inició el debate tributario entre el fondo y las formas, siendo además, un fallo polémico porque de él se han extraído conclusiones totalmente opuestas, sosteniendo este investigador que se trata de un fallo que enarbola el respeto de los estatutos, que nunca quiso dar un argumento para dejar de aplicar la ley tributaria en pos del fondo tributario de las transacciones y que, en consecuencia, se trató de un fallo que privilegió un análisis formal de la realidad por sobre uno de fondo económico. La opinión mayoritaria, sin embargo, es que GvH dio las armas a los jueces para preguntarse por el fondo económico de las transacciones y exigir un propósito negocial a las mismas, siendo por ello sindicado como el fallo que dio nacimiento a la *business purpose doctrine*. El concepto de este investigador es que GvH fue posteriormente utilizado para, en base a la analogía, fallar casos en donde también “se debería” exigir un análisis económico. La mayoría opinó que GvH creó la facultad de los jueces para exigir este análisis de fondo, pero mi parecer es que los análisis de este tipo deben efectuarse cuando la ley lo manda, otra cosa sería analogía y falta de certeza jurídica. Lo importante es que GvH sigue dictando, hasta hoy, la pauta de la discusión la discusión entre fondo y forma, siendo obligatoriamente el primer caso citado para comenzar las discusiones.

“Cottage Savings Asociations”, en 1991, fue uno de los grandes casos en que el contribuyente perdió en la Corte de Apelaciones pero venció en la Corte Suprema de Justicia, donde al parecer primó un enfoque más formalista en la interpretación de los estatutos. Si bien fue un fallo muy celebrado en el sector privado, fue de los últimos en que el contribuyente dio vuelta un gran caso en la Corte Suprema estadounidense. Posterior, y

sobretudo en la década del 00', el razonamiento de la Corte Suprema siempre implicó valorar el fondo económico de las transacciones realmente celebradas, de manera de hacer tributar las operaciones “por lo que son y no por lo que se dice que son”. Al respecto del debate del fondo y la forma, en mi concepto el fallo más importante de la última década fue el de Coltec en 2006 (Corte de Apelaciones del Federal Circuit) y 2007 (Corte Suprema de Justicia) porque vino a redondear un trabajo jurisprudencial que se venía sosteniendo desde comienzos de los 90'. Previo a Coltec, los tribunales estadounidenses habían mostrado cierta tendencia a fallar a favor del IRS mediante análisis de fondo económico, siendo Knetsch y ACM grandes casos que marcaron esta tendencia, y siendo Cottage una suerte de “la excepción confirma la regla”. Sin embargo, en 2006, la Corte de Apelaciones falló contra Coltec llevando a cabo un análisis económico de las transacciones efectuadas, pero siendo muy severos con el tribunal inferior jerárquico que había señalado que las doctrinas del fondo económico vulneraban la separación de poderes, propia de toda democracia. En consecuencia, el fallo de Coltec se transformó en la más grande defensa de estas doctrinas, lo que fortaleció su aplicación para la posteridad. Además, que la Corte Suprema confirmara todos los puntos de la Corte de Apelaciones y sostuviera que ha sido constante la exigencia de un análisis de fondo por sobre las formas, fue una especie de “se cerró el debate”, de manera que lo que queda por establecer es qué requisitos exigir para determinar cuándo una transacción, o serie de transacciones, tienen fondo económico.

En 2010, Estados Unidos introdujo una GAAR a su legislación, pero la misma se ve más como un esfuerzo de dar certeza jurídica a los contribuyentes que como un arma de aplicación distinta a las doctrinas jurisprudenciales, de manera que se trataría solo de una escriturización de los principios de la misma, sobretudo por el artículo que señala que “La determinación de cuándo la doctrina del fondo económico sea relevante para la transacción que se celebra se deberá hacer del mismo modo a que si esta subsección nunca se hubiese dictado”, por lo que, en un intento de dar inteligencia a este párrafo, pareciera sugerir que las doctrinas se aplicarán como lo han hecho hasta ahora, pero apegándose más a los principios escriturizados de las mismas, de manera que el contribuyente tenga mejores armas para alegar que sus operaciones tienen fondo económico y, al mismo tiempo, puedan tener más certeza respecto a que, independiente de la Corte que vea su caso, los requisitos que le exigirán serán los mismos. Debido a lo reciente de esta GAAR (y al artículo que llama prácticamente a no aplicarla) es que no hay casos resueltos en base a ella, pero no se ve como un arma contra la elusión, sino que los problemas tributarios seguirán siendo combatidos a

través de las doctrinas jurisprudenciales, las cuales han sido favorables al Fisco en su total mayoría.

2.- REINO UNIDO

2.1. Duke of Westminster v. Commissioners of Inland Revenue (1935)

2.1.1. Introducción

Este es uno de los fallos más importantes en la historia de Reino Unido porque fue el primero en abordar expresamente la discusión sobre la primacía del fondo sobre la forma, además de que – tal como Gregory v. Helvering en Estados Unidos – marcó un precedente relativo a cómo los Tribunales debían fallar e interpretar la ley, sugiriendo al mismo tiempo una suerte de primacía del análisis formal por sobre un análisis de fondo¹⁸⁸.

2.1.2. Hechos del caso

Por los años tributarios 1930 a 1932, el Duque de Westminster (en adelante, también, “el Duque” o “el contribuyente”) llevó a cabo determinados actos con el objeto de reducir sus deberes fiscales. Específicamente, el Duque de Westminster tenía empleados a los cuales pagaba semanalmente sus respectivos sueldos, pero los gastos por concepto de sueldo no los podía deducir de su renta líquida por aplicación de la Schedule E de la Income Tax Act de 1918. Sin embargo, la Schedule D de la misma Income Tax disponía que si una persona efectuaba pagos anuales, sin condicionarlos a trabajo, podía deducir estos gastos de su renta líquida y, en consecuencia, reducir sus deberes fiscales.

Por tanto, lo que los asesores aconsejaron al Duque de Westminster fue lo siguiente: Llevar a cabo unos Deeds¹⁸⁹ con todos sus empleados donde señalara que quería efectuar una provisión anual respecto de lo que les pagaba, producto de los años por los cuales le habían servido. De esta manera, el empleado pasaría a recibir una suma por concepto de “provisión

¹⁸⁸ Es un punto sujeto a discusión, porque se ha sostenido también que se trata de una sentencia resuelta en base al “fondo del asunto”.

¹⁸⁹ Los “Deeds” eran escrituras, contratos, entre el Duque de Westminster y sus empleados. **Se firmaron siete Deeds para siete empleados, los cuales si bien no eran exactamente iguales, eran lo suficientemente parecidos como para que el razonamiento de los jueces fuese el mismo respecto a todos ellos.** Eso sí, había un Deed respecto de un empleado particular (Sr. Detmar Jellings Blow) que no iba acompañado de una carta explicativa, por lo que ese caso se analizó aparte.

anual” que se pagaría por el tiempo que estén vivos tanto el empleado como el Duque de Westminster (o por siete años desde firmado el Deed, lo que se cumpla primero, pero luego de esos siete años el Duque podría revisar las condiciones del acuerdo), el pago de esta suma sería semanal, el importe sería levemente menor a lo que seguirían recibiendo por sueldo semanal, pero no estaba sujeto a que se mantuviesen trabajando para el Duque, se pagaría incluso si dejaban de trabajar para él. Pero, junto al Deed, se les entregó una carta explicativa (en adelante “la Carta”) a los empleados donde se les señaló que, si bien ellos seguían teniendo derecho a su sueldo semanal aparte de la provisión anual que se les pagaría semanalmente, **“se esperaba”** que cobraran de su sueldo sólo la diferencia entre lo que se les pagaba por el Deed y el sueldo mismo¹⁹⁰. Por lo tanto, en los hechos, **los empleados seguirían trabajando para el Duque y seguirían percibiendo los mismos ingresos semanalmente, pero jurídicamente, habría una provisión de pago anual durante siete años o la vida del Duque y su empleado, en reconocimiento de los años de servicios que llevaban prestados, que sería aproximadamente el 70% de sus ingresos anteriores, más un restante 30% a título de sueldo.** Por tanto, bajo estas nuevas formas, el Duque de Westminster sí podría descontar estos gastos de provisión anual de su renta líquida y así disminuir sus deberes tributarios. Esto no fue aceptado por el Commissioners of Inland Revenue (en adelante, también, “CIR”), razón por la cual la controversia terminó judicializándose.

2.1.3. Sentencia de la House of Lords (7 de mayo de 1935)

En este importante caso, los ministros de la House of Lords (en adelante, también, “HoL”) emitieron cada uno su respectiva sentencia, dando a entender el convencimiento que tenían respecto a cómo debía entenderse la situación que se les presentó.

2.1.3.1. Voto del Justice Sr. Finlay y Lord Atkin.

En su voto, el Justice Sr. Finlay señaló que si el asunto se tratase sobre el Deed firmado entre el Duque y sus empleados, no le cabría duda que se trataría de pagos de orden anual, que no

¹⁹⁰ Por ejemplo, habían empleados con un sueldo de £ 3 semanales y mediante el Deed se les pagaría £ 1.9 semanales. En consecuencia, se le entregó una carta explicativa con el fin de que supiese que, si bien tenía derecho a cobrar los £ 3 semanales de sueldo además de los £ 1.9 del Deed, **“se esperaba”** que sólo cobrase £ 1.1 del sueldo, cosa de mantener sus ingresos semanales.

revestirían el carácter de sueldo, y que en consecuencia, podían ser rebajados de la renta líquida del Duque. Sin embargo, salvo en un caso¹⁹¹, los Deeds iban acompañados de Cartas explicativas de la situación, y en su opinión, estas Cartas cambiaban totalmente el panorama. Para sostener esto, se apoyó en “Perrin v. Dickson”, donde el Justice Sr. Lawrence expuso¹⁹²:

“Cualquiera sea la situación, creo que los casos referidos otorgan amplia autoridad a la proposición de que **la Corte deberá, en cada caso, analizar la real naturaleza de la transacción, cualquiera sea la forma en que esta se haya expresado**, y si las circunstancias garantizan que se debe dividir un pago, aunque se le llame ‘anualidad’, deberá dividirse a objeto de que dicho monto tribute como corresponde”

A renglón seguido, el Justice Sr. Finlay señaló¹⁹³:

“Si el asunto se tratara sólo sobre el Deed, yo pensaría que el Duque tiene el derecho a su favor en la causa, pero no se trata sólo del Deed, y **no puedo evitar pensar que la naturaleza real de la transacción**, adoptando las palabras del Lord Justice Sr. Lawrence, **se encuentra cuando uno analiza las Cartas”**.

El motivo de este razonamiento del Justice radicó en que la Carta señalaba todas las situaciones relativas al pago: que se le pagaría al empleado cierta suma semanal, por siete años mientras ambos estén vivos, que el pago del Deed no estaba sujeto a la prestación de servicios al Duque, pero que al fin de ese período el Duque podría reconsiderar las condiciones del acuerdo. Que el empleado tenía derecho a cobrar la totalidad de su sueldo semanalmente por los siete años del Deed pero que se esperaba que se contentara con esta provisión por trabajos futuros que se le hacía, más la suma que fuese necesaria, para que semanalmente estuviese recibiendo los mismos ingresos. Por supuesto que lo que más llamó la atención al Justice fue la última parte, relativa a que, si bien tenía derecho a todas las sumas de sueldo por los siete años del Deed, **se esperaba** que sólo cobrara semanalmente las mismas cifras en total. El Justice entendió que bajo esta fórmula sólo podía entenderse

¹⁹¹ El empleado Sr. Detmar Jellings Blow

¹⁹² “Duque de Westminster v. Commissioners of Inland Revenue”. Sentencia dictada por la House of Lords el 7 de mayo de 1935, voto del Justice Sr. Finlay.

¹⁹³ Op. Cit.

que el empleado “renunciaba” a su derecho a cobrar parte de su sueldo por siete años, que ahora se encontrarían a título de provisión anual, por lo que en los hechos sólo cobraría semanalmente de manera de seguir percibiendo la cifra que siempre se le ha pagado.

Para intentar aclarar su punto, el Justice Sr. Finlay preguntó a los otros Lords:

“¿Qué pasaría si una persona efectuara un Deed con la empleada que hace el aseo en su casa para pagarle? A lo cual un Lord¹⁹⁴ señaló “si lo pagado son honorarios, no podrías deducir esos pagos de tu renta líquida”.

Esto reafirmó la convicción del Sr. Finlay, pues terminó sosteniendo¹⁹⁵:

“Bueno, no hay duda que se trataría de un acuerdo, no hay duda que se trataría de una obligación legal, pero **cuando uno mira el fondo de la situación**, se puede apreciar claramente que se trataría de un simple pago a la señora del aseo por los servicios que prestará. Entonces, yo opino que **mientras los empleados se encuentren trabajando para el Duque, estas provisiones son simplemente parte del sueldo por los servicios que prestarán (...)** En consecuencia, **mirando el fondo de la situación más que a su forma**, estos pagos deberán considerarse, en el caso de los empleados que estén prestando servicios al Duque, como sueldo”.

Por lo tanto, la opinión del Justice Sr. Finlay fue que, si uno analiza el fondo de la situación, considerando en conjunto tanto el Deed como la Carta entregada a los empleados, no podría llegarse a una conclusión distinta a que estas provisiones son simplemente parte de los ingresos del empleado por servicios que prestarán y, en consecuencia, deberán considerarse “sueldo”. La consecuencia tributaria de que estos pagos se consideren “sueldo” y no “provisiones anuales” es que no podrá deducirlos de su renta líquida, lo que en consecuencia aumentará su tributación. Puede apreciarse que ya en 1935, el fundamento del Justice para decir que los pagos eran simplemente parte del sueldo fue que “había que mirar al fondo del

¹⁹⁴ Justice Sr. Cleveland – Stevens.

¹⁹⁵ Op. Cit.

asunto más que a las formas adoptadas”, basándose no solo en su criterio sino que también en la opinión del Justice Lawrence que en un caso anterior sostuvo lo mismo.

Lord Atkin compartió en plenitud la argumentación del Justice Sr. Finlay, pero agregó que, en su opinión, los hechos y lo dispuesto en la Carta explicativa probaban que dicha Carta había tenido mucho más “fondo” e influencia en el comportamiento entre el Duque y sus empleados que aquello que el Deed y el Duque sugerían. De hecho, Lord Atkin sostuvo que la fuente de obligación entre el Duque y sus empleados era derechamente la Carta y no el Deed. Posteriormente, Lord Atkin sostuvo:

“No veo ninguna dificultad en adoptar el punto de vista del CIR y del Sr. Finlay de que el fondo de la transacción fue que las sumas pagadas por el Duque eran ‘sueldo’. Tanto el CIR como el Sr. Finlay tomaron en consideración la Carta como parte de toda la transacción, y a mi juicio, correctamente. Tomando en cuenta todos los aspectos del caso, me parece que la interpretación correcta de las transacciones llevadas a cabo es que las mismas, acorde a los efectos legales que generaron, son sueldo y no provisiones anuales. Creo, en todo caso, que la dificultad estuvo en que el CIR señaló que ‘los pagos hechos conforme al Deed eran, en el fondo, pagos por concepto de remuneración””.

Y estuvo totalmente en lo correcto Lord Atkin cuando reflexionó que la dificultad del caso estuvo en que el CIR trajo a colación un análisis de fondo que debía imperar por el de forma, puesto que inmediatamente la argumentación del resto de los Lords apuntó a atacar dicha doctrina sostenida por el CIR, como se corroborará a continuación.

2.1.3.2. Lords Hanworth, Slessor, Romer, Tomlin, Russell of Killowen, Macmillan, Wright¹⁹⁶.

Como se anticipó, los Lords señalados en este punto llegaron a una conclusión diferente a Lord Finlay y Atkin. Debido a que la argumentación de los Lords fue esencialmente la

¹⁹⁶ No se hará referencia a la opinión de Lord Romer porque la misma se entiende totalmente comprendida en lo expuesto por Lord Hanworth.

misma, se tratará conjuntamente pero haciendo notar los diferentes énfasis de cada uno de los Lords.

Lord Hanworth, en su argumentación, criticó la conclusión a la que había llegando el CIR cuando expresaron¹⁹⁷:

“Nosotros (*CIR*¹⁹⁸) sostenemos que, al construir el verdadero efecto y fondo de los Deeds bajo los cuales se efectuaron los pagos a los empleados, había que considerar en su conjunto tanto los Deeds como las Cartas explicativas que se enviaron a los empleados (...) Nosotros sostenemos que los pagos efectuados bajo los Deeds a las personas que permanecían al servicio del Apelante eran, en substancia, **pagos por continuar prestando servicios** y, como tales, no eran pagos anuales que correspondiese deducir de la renta líquida para el pago del impuesto del Duque”

“Considero (*Lord Hanworth*¹⁹⁹) un poco complejo de entender y apreciar en qué se sostienen los argumentos del CIR. Ellos parecen decir que, si no hay prestación de servicios involucrada, si todas estas personas son solo pensionados, entonces los acuerdos del Deed no tendrían ningún problema, estos pagos podrían deducirse correctamente y que la regla general 19 se aplicaría, pero que durante el tiempo en que los empleados permanezcan al servicio del Duque y reciban otra remuneración aparte de lo que se les paga por concepto del Deed, **dicha remuneración, al estilo camaleón, cambiaría de naturaleza y color y debiese ser mirada por nosotros como una estratagema del Duque para disminuir su tributación.** Considero imposible de aceptar dicha versión (...) Me parece que el único modo de aceptar la conclusion del CIR es si dejamos de lado los Deeds, y **considero de gran dificultad dejarlos de lado temporalmente, mientras se prestan servicios al Apelante** ²⁰⁰, pero

¹⁹⁷ “Duque de Westminster v. Commissioners of Inland Revenue”. Sentencia dictada por la House of Lords el 7 de mayo de 1935, voto de Lord Hanworth.

¹⁹⁸ Nota agregada por este tesista.

¹⁹⁹ Nota agregada por este tesista.

²⁰⁰ El apelante era el Duque de Westminster, el contribuyente en el caso de autos.

reconociéndolos válidos y subsistentes por todo otro tiempo, sea presente o futuro”.

Por lo tanto, la razón principal por la que Lord Hanworth rechazó los argumentos del CIR fue que consideró que no podía cambiar la naturaleza de los pagos dependiendo de si se prestaban servicios o no al Duque, de manera que o eran sueldo (no deducible de la renta líquida del Duque) o eran provisiones anuales (que sí admiten deducción). Producto de que las provisiones eran en reconocimiento de servicios prestados en el pasado, que no estaban sujetas a la prestación de servicios futuros y que se seguirían pagando si se dejaban de prestar servicios, consideró que sólo cabía entender estos pagos como provisiones y, consecuentemente, correspondía la deducción que estaba efectuando el Duque.

Lord Slessor arguyó de un modo similar a Lord Hanworth, pero mencionó un punto sumamente importante: se fijó en la “substancia o fondo” a que hizo referencia Lord Finlay y señaló que no compartía dicha apreciación. En concreto:

“Lord Finlay ha señalado: ‘Fijándose, no en la forma, pero en el fondo del asunto, esto (*los pagos*²⁰¹) deben considerarse, en el caso de los empleados que se mantienen al servicio del Duque, como sueldo’. Me considero incapaz de llegar a dicha conclusión. **Creo que hay un cierto peligro en ocupar la palabra ‘fondo’ de un modo laxo.** Como ha señalado el Sr. Greene (...) debe analizarse la real naturaleza de una transacción, y como dispuso Lord Chancellor (...) un Tribunal puede analizar la naturaleza de una transacción y dicha naturaleza ha de considerar al pagador, a quien recibe el pago, y todas las circunstancias que rodean la transacción, pero, como el Sr. Greene ha señalado, cuando analizas todo el asunto y su fondo, **de todos modos lo debes analizar desde el punto de vista legal y sus efectos legales relacionados.** Si este caso debe analizarse desde dicho punto de vista, desde el fondo, incluyendo no solo los Deeds sino también las Cartas como parte de toda la transacción, creo que es claro que dichos pagos son provisiones, puesto que son pagados conforme a los Deeds y no de otro modo”.

²⁰¹ Nota agregada por este tesista.

Hago notar este énfasis porque es patente la aversión de los jueces a referirse a un “fondo” de la transacción como un elemento separado de su “forma”. Esta es la razón por la cual Lord Slessor cita al Sr. Greene para sostener que al analizar el fondo de una transacción, dicho análisis debe efectuarse desde un punto de vista legal, lo que necesariamente empieza a dar fuerza a las “formas” debido a que en ese tiempo no existían normas legales que llamasen a privilegiar el fondo sobre las formas de las transacciones a objeto de otorgar o denegar beneficios tributarios a los contribuyentes. Por tanto, el llamado a analizar según la ley fue un llamado a fijarse en qué contratos tenemos presente y cuáles son los términos que rigen. En consecuencia, Lord Slessor sostuvo que el contrato presente era el Deed, que existía una Carta explicativa, pero que las obligaciones entre el Duque y sus empleados emanaban del Deed, razón por la cual debía entenderse que eran aquellos los términos que imperaban. En ese orden de cosas, el contrato señalaba el pago de provisiones por servicios prestados en el pasado y que se seguirían efectuando pagos semanales, sin condicionarlos a la prestación de servicios futuros y que incluso se pagarían aunque no continuase la relación laboral, razón por la cual no podía llegarse a una conclusión distinta a que estos pagos eran provisiones, porque eso decía el Deed y porque dichos efectos la ley regulaba.

Lord Tomlin también concluyó que los pagos efectuados por el Duque debían considerarse provisiones anuales y no sueldo, sin embargo, su argumentación es, con diferencia, la más citada en el presente caso producto de la claridad y vehemencia con que expuso su interpretación del asunto sometido a su conocimiento. Al respecto, Lord Tomlin señaló que la posición del CIR se basó en una doctrina que llamaba a las Cortes a ignorar lo expresamente señalado en la ley a efectos de privilegiar “el fondo del asunto” (*“substance of the matter”*) y que, en el caso presente, el fondo del asunto era que el Duque pagaba a sus empleados en servicio las mismas cifras que pagaba antes de provisionar, de manera que el único modo de entender estos pagos era considerarlos como sueldo y no provisiones anuales. Ante esta argumentación del CIR, Lord Tomlin señaló expresamente: “Esta supuesta doctrina en que se basa el actuar del CIR parece apoyarse en un error de entendimiento en el lenguaje utilizado en casos precedentes. **Entre antes se aclare este malentendido, mejor para todos**”. Por lo tanto, Lord Tomlin pasó a explicar su punto de vista en, muy probablemente, el párrafo más citado en la historia de la jurisprudencia tributaria británica:

“Toda persona tiene el derecho a ordenar sus asuntos de modo que la tributación que legalmente se le pueda exigir sea la menor posible. Si tiene

éxito en organizarse de modo de lograr este resultado, entonces, aunque su ingenio no agrade al Commissioners of Inland Revenue o a los otros contribuyentes, no podrá ser compelido a tributar más de lo que debe. **Esta llamada doctrina “del fondo” me parece que no es más que un intento de hacer tributar a una persona aunque haya ordenado sus asuntos de manera que el impuesto no le sea legalmente exigible”.**

Es patente la cercanía entre la opinión de Lord Tomlin y la de su par estadounidense, el juez Learned Hand en *GvH*. **Ambos señalaron que el contribuyente tiene todo el derecho a ordenar sus asuntos para tributar lo menos posible y también dan gran importancia al texto legal para determinar el nacimiento de derechos como de obligaciones.** Incluso puede apreciarse que la fecha en que se dictaron los fallos es sumamente cercana²⁰², dando a entender que el orden de pensamiento imperante en la época era que el análisis legal debía ser más bien formal y con amplio respeto a la letra de la ley. Si bien hay diferencias en el planteamiento de ambos jueces²⁰³, es importante hacer notar que partieron de la misma premisa, la libertad del particular de ordenar sus asuntos como mejor le pareciere para disminuir su tributación. Por tanto, si entendemos que la ideología a mediados del siglo XX en los países anglosajones era relativa a la libertad del contribuyente, podemos concluir que era de toda lógica que el análisis jurídico que se llevaba a cabo en la época fuese más bien formalista, puesto que era el mejor modo de dar certeza jurídica a las personas, así como de reconocer las actuaciones jurídicas que los contribuyentes llevaban a cabo.

Continuando con la argumentación efectuada por Lord Tomlin, señaló que los casos²⁰⁴ presentados por el CIR no apoyaban el punto de que el fondo de la situación económica

²⁰² “*Gregory v. Helvering*” se falló por la Corte Suprema de Estados Unidos el 7 de enero de 1935, mientras que “*Duke of Westminster v. Commissioners of Inland Revenue*” se falló por la House of Lords el 7 de mayo del mismo año.

²⁰³ El Justice Learned Hand fue bastante más proclive que su colega británico en lo que respecta a **exigir un “propósito de negocios”** en el actuar del contribuyente, pues Hand entendía que, si la ley así lo señalaba, debía exigirse un propósito de negocios al contribuyente, en cambio Lord Tomlin sostuvo que el modo de entender correctamente la situación a que se enfrentaban era teniendo en consideración todos los elementos del caso, con énfasis en los derechos y obligaciones que emanaban de la ley y no tanto en “verificar el fondo del asunto”, pues en su entendimiento, **el fondo del asunto nunca estaría notoriamente separado de lo que la ley señalaba “era el asunto”.**

²⁰⁴ *Helby v. Matthews* (1895), *Secretary of State in Council of India v. Scoble* (1903), *Dashwood v. Hinckes* (1921).

debía imperar por sobre las normas legales, porque el principio que dichos fallos establecían era que para conocer el fondo de un asunto, debían tenerse en consideración todos los elementos del caso, y que al revisar el fondo del caso, necesariamente debe analizarse considerando los efectos legales que derivan de las operaciones realizadas, lo que significa que no puede atenderse el fondo de un asunto dejando la forma – la ley – de lado. Consecuentemente, Lord Tomlin finalizó su exposición señalando:

“Entonces, **aquí el fondo del asunto es el que resulta de la aplicación de derechos y obligaciones de las partes que emanan de principios legales**, y teniendo en consideración ello, la conclusión debe ser que cada rentista (*annuitant*) tiene derecho a una provisión (*annuity*) que puede deducirse del impuesto a la renta por el contribuyente, y en donde el pagador tiene derecho a tratar como deducción de sus ingresos totales a efecto de la determinación de su sur-tax (impuesto a la renta) lo pagado a título de provisión”

De hecho, y fortaleciendo este punto de vista, Lord Tomlin señaló que por supuesto pueden existir documentos que no son *bona fide* o que su única motivación es ocultar otras operaciones, sin embargo, aquello debía descartarse de plano puesto que los Deeds eran reales y porque estaban generando los derechos y obligaciones que determinaba la ley, razón por la cual debía dejarse de lado la idea de que el fondo debía imperar sobre la forma y respetar los efectos generados por la ley a los actos celebrados por las partes. Es manifiesto, entonces, que Lord Tomlin fue muy reacio a dar importancia al “fondo” al que hizo referencia el CIR producto de que **dicho fondo no podía entenderse separado de la “forma”** ya que, al analizar la situación completa, en su conjunto, necesariamente debía ser un punto de análisis los efectos que los actos producían acorde a la ley. Consecuentemente, la idea de que las Cortes podían dejar ciertas formas de lado a objeto de dar importancia al fondo fue totalmente desestimada por Lord Tomlin y terminó fallando que los pagos efectuados por el Duque tenían la naturaleza jurídica de provisiones anuales, puesto que aquello era lo establecido por el Deed que las partes firmaron.

La argumentación de **Lord Russell of Killowen** se pareció mucho a la de Lord Hanworth y Lord Tomlin, pero quisiera rescatar el siguiente párrafo de su exposición:

“Confieso que veo con recelo la doctrina de que en casos tributarios el sujeto pasivo deberá tributar si, de acuerdo a lo que la Corte considere ‘el fondo de la transacción’, dicha Corte falla que el caso se aparta del espíritu de los estatutos. **El contribuyente no debe tributar por inferencia o analogía, sino que sólo por las palabras claras del estatuto aplicable a los hechos y circunstancias del caso”.**

Lo que este investigador ve en la reflexión de Lord Russell of Killowen es primacía de la certeza jurídica y empoderamiento de la ley como fuente del derecho tributario, de manera que argumentaciones que se basen en el “espíritu de la ley”, como medio de apartarse de su tenor literal, deben ser analizadas muy cuidadosamente o, derechamente, desestimadas. Esta manera de entender la interpretación del derecho tributario fue sumamente generalizada en la época del fallo²⁰⁵, tanto así que en esta misma sentencia Lord Tomlin señaló que este tipo de doctrinas le parecían solo una argucia para que el Fisco pudiese obtener más recursos, haciendo tributar a los contribuyentes más de lo que debían.

Para finalizar, **Lord Macmillan** tuvo una argumentación sumamente similar a Lord Hanworth y Tomlin, donde creo sólo vale agregar que Lord Macmillan señaló: **“Es muy difícil de ver cómo una suma de dinero que ha de pagarse independiente de estar empleado y trabajar para el Duque pueda decirse que es un ingreso por trabajar para el Duque”**, de manera que en su análisis entiende totalmente separado el pago de la provisión con el hecho de que el empleado efectivamente trabaje para el Duque, tal como disponen los términos del Deed firmado, de manera que la opinión de Lord Macmillan fue que los pagos efectuados eran provisiones, dado que ello era lo dispuesto por el Deed y cualquier otra interpretación era alejarse de los actos celebrados y de los efectos que determinaba la ley. **Lord Wright** consideró que la Carta explicativa podía constituir un contrato (a diferencia del resto de los jueces del voto mayoritario), pero que desde que el Deed se consideró un documento genuino, no había espacio para hablar de “en el fondo” (“*in substance*”) de la situación. Consecuentemente, opinó que los pagos del Duque fueron provisiones y no sueldo.

²⁰⁵ Ha de mencionarse que en la actualidad, debido a un importante esfuerzo de la OCDE para combatir las planificaciones tributarias agresivas, la reciente incorporación de cláusulas generales antielusión en distintas legislaciones y una suerte de concientización colectiva de los daños que produce la erosión fiscal, los tribunales han fallado de modo más bien sistemático a favor del Fisco, dejando al contribuyente en una posición ciertamente incómoda en el último tiempo.

2.1.4. Conclusiones.

Este es uno de los casos más importantes de la jurisprudencia tributaria británica porque fue el primer caso²⁰⁶ en que la House of Lords tuvo que referirse expresamente a si debía imperar el fondo o la forma en la interpretación de las normas, situación en que, en mi opinión, la House of Lords terminó concluyendo que dicho análisis no podía entenderse de un modo tan separado como el CIR pretendía se llevara a cabo, porque si bien para analizar en profundidad un caso era necesario estar atento a todas las circunstancias que rodeaban las transacciones cuestionadas, dicho análisis no podía efectuarse sin tener en consideración los efectos jurídicos producidos en los distintos escenarios, **de manera que un análisis “de fondo” necesariamente ha de aplicar la ley para ver los efectos jurídicos que derivan de las transacciones, lo que significa que bajo ninguna circunstancia podría una doctrina jurisprudencial hacer que la Corte deje de lado las formas para dar mayor importancia al fondo del caso. Resumidamente, entonces, la House of Lords sostuvo que no puede llevarse a cabo un análisis de fondo dejando de lado la ley aplicable al caso**, lo que parece un punto de vista bastante razonable.

Este caso pasó a ser un antecedente jurisprudencial importante para los contribuyentes en el sentido de que los supuestos análisis de fondo de las transacciones (que suelen favorecer la posición fiscal) debían llevarse a cabo sin dejar de lado lo estipulado en la ley (lo que suele favorecer al particular). Además, queda el precedente de que en este caso, la House of Lords llevó a cabo un análisis bastante formalista, con preeminencia total de la ley, en el sentido de que incluso al momento de analizar el “fondo del asunto” no dejó de tener presente la ley

²⁰⁶ “Ayrshire Pullman Motor Services & Ritchie v CIR (1929)”. En este caso, Lord Clyde señaló que “ninguna persona en el país estaba bajo la más mínima obligación moral o de otro tipo de arreglar sus negocios de manera que el CIR le cobre lo más posible. El CIR no es para nada lento – y justificadamente – en tomar ventaja de cualquier posibilidad para hacer tributar más a un contribuyente. Y del mismo modo, el contribuyente tiene el derecho a ser astuto para prevenir, hasta donde honestamente pueda, la reducción de sus ingresos por parte del CIR”. Si bien la idea se planteó desde una perspectiva de enfrentamiento entre el particular y el CIR, Lord Tomlin expuso una idea similar, aunque de un modo más elegante. En el fondo, si bien antes del caso del Duque de Westminster hubo situaciones donde la House of Lords tuvo que pronunciarse respecto al deber de tributar, que es el fondo de la discusión sobre elusión, la primera vez que se refirió expresamente a la pugna entre fondo y forma y cómo abordarla fue en el caso del Duque de Westminster.

aplicable al caso. El efecto generado fue que en el futuro los contribuyentes podrían acudir a este fallo para sostener las conclusiones de la House of Lords: que un análisis de fondo no puede dejar de lado el texto legal, y que el máximo tribunal del país favorece la idea de que, bajo ninguna circunstancia, una doctrina puede obligar a las Cortes a dejar la ley de lado.

Pero, ¿la sentencia en el Duque de Westminster se ha citado constantemente para resolver casos basados en el “principio” que se desprende del mismo caso? La verdad es que, si bien la importancia histórica de este caso es innegable, la razón principal por la que este caso se cita es el párrafo de Lord Tomlin donde fortalece la posición del contribuyente de tributar sólo en la medida que se cumplan los requisitos de la obligación fiscal, y llevando a cabo un análisis más bien formalista respecto a cuándo se entienden cumplidos dichos requisitos. La razón sería que el presente caso se refirió a una “planificación” que contenía una sola operación dudosa (la Carta explicativa), de manera que, posteriormente ²⁰⁷, hubo restricciones en su aplicación para casos en que las operaciones cuestionables eran más de unas y las mismas se encontraban “encadenadas”. Refiriéndose a este aspecto, el caso que más discusión ha creado, además de confusos cambios de criterio, es el de “W.T. Ramsay v. IRC”, dictado en 1981, razón por la cual será el siguiente caso a analizar.

2.2. W.T. Ramsay v. IRC (1981)

2.2.1. Introducción

Si bien el caso que dio origen a los análisis de fondo y forma en la jurisprudencia tributaria británica fue el caso del “Duque de Westminster v. House of Lords”, el caso que más discusión – y diferentes interpretaciones, cabe agregar – ha generado en territorio británico es el de “W.T. Ramsay v. IRC” producto de que la tesis generalizada²⁰⁸ es que dicho caso dio nacimiento al “Principio Ramsay”, ampliamente discutido a nivel académico, doctrinario y también en las Cortes de Justicia británicas. ¿Cómo puede ser que, muy probablemente, el

²⁰⁷ Alrededor de 30 años después del fallo “Duque de Westminster v. House of Lords” aparecieron críticas a la interpretación del mismo y se restringió su aplicación sólo a casos donde la operación “dudosa” era solo una, las que conforme avanza el tiempo, podrá entenderse que eran cada vez menos.

²⁰⁸ Lord Nicholls, en el caso “MacNiven” (que será analizado), señaló que Lord Wilberforce en el caso “Ramsay” no enunció ningún nuevo principio.

caso más importante de la historia tributaria británica haya comenzado con la venta de una granja? A continuación la explicación.

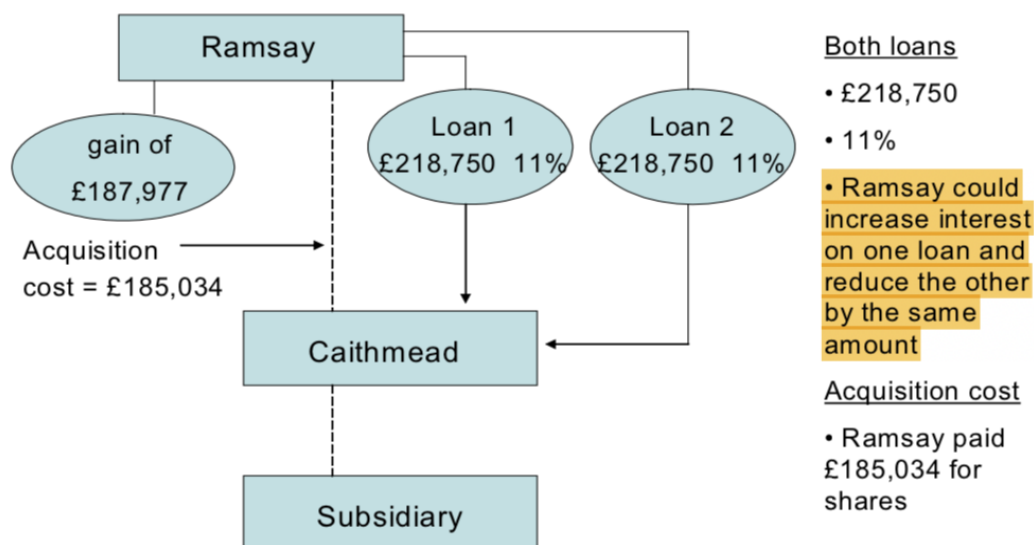
2.2.2. Hechos del caso.

En 1973, la empresa W.T. Ramsay (en adelante y para efectos del análisis de este caso, también, “Ramsay” o “el contribuyente”), dedicada al giro agrícola, vendió una granja que le significó una ganancia de £190.000 antes de impuestos. Tal como se ha visto previamente, la pregunta que se hizo la empresa fue relativa a cómo reducir la tributación que derivaría de este aumento patrimonial. Al respecto, Ramsay decidió comprar un esquema tributario que llevaba por nombre “The Capital Loss Scheme”, el que tenía una lógica algo árida de comprender a primera vista, pero cuyo fondo era bastante simple: crear una pérdida tributaria “virtual” que sirva para reducir las utilidades que derivaron de la venta de la granja. Esta pérdida tributaria se configuró del siguiente modo:

Ramsay adquirió el 100% de acciones de una de sus subsidiarias (“Caithmead”) en £185.034. Posteriormente, Ramsay celebró dos contratos de préstamo de dinero con Caithmead, ambos por £218.750 y ambos, también, a una tasa de interés del 11%. Contablemente, Ramsay registró dos cuentas por cobrar (CxC N° 1 y CxC N° 2) respecto de los préstamos, mientras que Caithmead registró dos cuentas por pagar (CxP N° 1 y CxP N° 2). Sin embargo, debe señalarse que los contratos de préstamo de dinero tenían una cláusula sumamente especial por la cual Ramsay podría, sólo una vez y a su sola determinación, modificar estas tasas de interés de los préstamos, una en favor de la otra. También había una segunda cláusula que permitía a los deudores (Caithmead) pagar anticipadamente el préstamo, pero donde además se les obligaría a pagar anticipadamente en caso de que entraran en liquidación. Luego, Caithmead constituyó una subsidiaria de ella. Al respecto, el siguiente esquema²⁰⁹ podrá ayudar a comprender esta primera parte de la planificación:

²⁰⁹ Way, Patrick. “*The Ramsay Principle: Where are we now?*”. GITC Review. Volume III N° 2, 2004. Página 66. El destacado amarillo es mío.

23RD February 1973

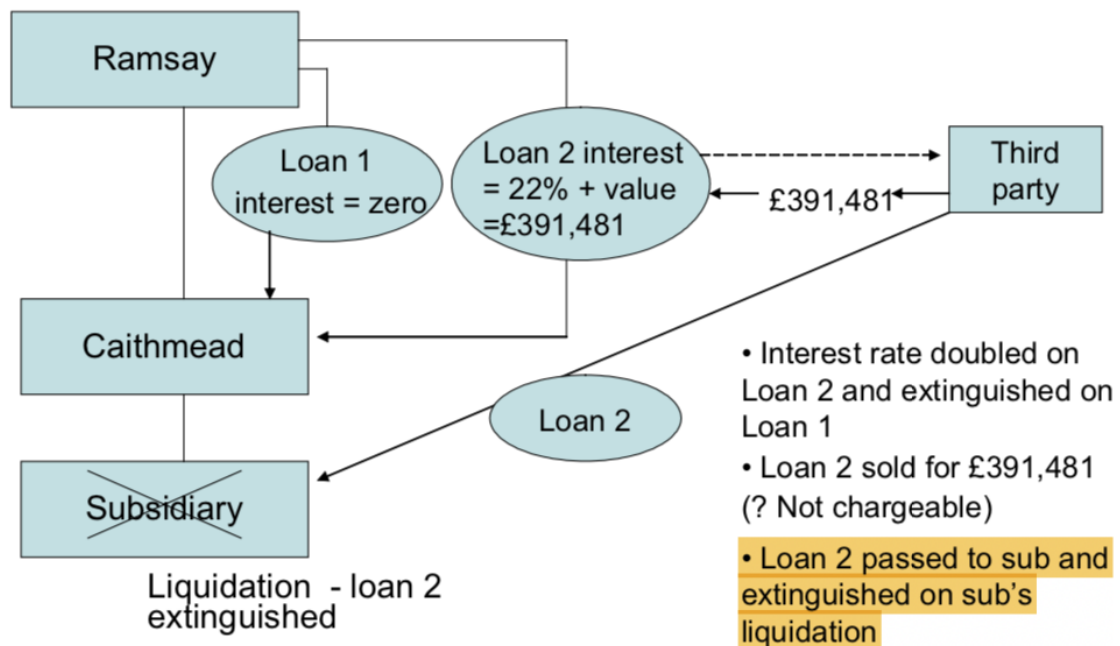


Posteriormente y como era de esperarse, Ramsay utilizó la cláusula de modificación de tasas de interés, favoreciendo al préstamo N° 2 de manera que ahora quedarían del siguiente modo: el préstamo de dinero N° 1 quedó a 0% de interés, mientras que el préstamo de dinero N° 2 quedó a 22% de interés. En consecuencia, convertirse en acreedor del préstamo N° 1 pasó a ser muy poco llamativo, pero ser acreedor del préstamo N° 2 pasó a ser sumamente atractivo. En este orden de ideas, Ramsay vendió su cuenta por cobrar N° 2 a un tercero independiente en la cifra de £391.481. Producto de tratarse de una venta conforme a una simple “deuda”, se trataría como una venta exenta de impuestos²¹⁰, razón por la cual este aumento patrimonial de Ramsay no tributaría. La cuenta por pagar N° 2 (relacionada a la cuenta por cobrar N° 2 que ahora estaba en poder de un tercero) fue traspasada por Caithmead a su subsidiaria, para acto seguido liquidarla. Producto de que las cláusulas del contrato de préstamo de dinero establecían la obligatoriedad del pago anticipado del préstamo en caso de liquidación, se pagó inmediatamente desde la subsidiaria de Caithmead al tercero independiente, quedando saldada dicha cuenta. Por tanto, se muestra el siguiente esquema²¹¹ a objeto de que se pueda visualizar el estado de la planificación a este momento:

²¹⁰ En rigor, estaba afecta a impuestos. Si bien fue un aspecto que terminó afectando la operación, el “fondo” de “Ramsay” es el fallo respecto a si podía aprovechar las pérdidas para absorber las utilidades producto de la venta de su granja.

²¹¹ Op. Cit. Pág. 67. El destacado amarillo es mío.

THE DENOUEMENT – loan 2 2nd March 1973



En este momento de la planificación, entonces, tenemos que la cuenta por cobrar N° 2, sumamente atractiva, fue vendida a un tercero independiente y luego fue pagada casi de inmediato porque la subsidiaria de Caithmead, a quien se le había traspasado la cuenta por pagar N° 2, comenzó un proceso de liquidación. Entonces, lo que tenemos es la cuenta por cobrar N° 2, poco atractiva por ser tasa de interés 0%, en poder de Ramsay y la cuenta por pagar N° 1 en poder de Caithmead. Lo que se hizo a continuación fue iniciar el proceso de liquidación en Caithmead, de manera que el préstamo de dinero N° 1 tuvo que pagarse de inmediato. Producto de tratarse de una empresa en liquidación, su valor disminuyó drásticamente, momento en el cual Ramsay (dueño del 100% de las acciones de Caithmead, por las cuales pagó £ 185.034) la traspasó a un tercero por la cifra de £9.287. **Debido a la gran diferencia entre el valor de adquisición y venta de Caithmead, Ramsay reconoció una pérdida tributaria por £ 175.647. Esta pérdida fue, desde el primer momento, el propósito de toda la planificación tributaria llevada a cabo por Ramsay a sugerencia de sus asesores.** El CIR estuvo en desacuerdo con el tratamiento de estas pérdidas y giró el impuesto por la venta de la granja, lo que llevó a que se judicializara la controversia.

2.2.3. Análisis económico de la planificación llevada a cabo por W.T. Ramsay²¹² analizada paso a paso.

El análisis económico que se efectuará a continuación tiene como fin demostrar que, incluso considerando la venta de Caithmead a tan bajo valor, **Ramsay arrojaba números azules prácticamente iguales a las utilidades que le generó la venta de la granja, por tanto, la pérdida generada era “virtual”.**

El financiamiento de la adquisición de acciones de Caithmead y ambos préstamos estuvo a cargo de una institución financiera, razón por la cual no representó un desembolso para Ramsay, salvo intereses que fueron pagados sólo unos días después de otorgado el préstamo por dicha institución. Lo que tenemos es una empresa (Ramsay) que acaba de registrar financieramente un aumento patrimonial considerable (£190.000 aprox.) el cual pretende invisibilizar lo más posible, para lo cual decidió comprar un esquema tributario cuyo fin era el de generar una pérdida que absorbiera estas utilidades. Para ello se necesitó que Ramsay tuviese una empresa subsidiaria de escaso interés (porque será liquidada y vendida) y que invirtiera una cantidad de dinero en acciones similar a las utilidades que quería se absorbieran, razón por la cual Caithmead recibió una inversión de £185.034, cifra similar a la utilidad de £190.000 aproximados que quería absorber. La razón de que Ramsay fuese el único accionista de Caithmead era para que sólo ellos reconocieran la pérdida por la transacción que posteriormente se efectuaría.

Económicamente, Ramsay partió con £190.000 de utilidad, la cual quería absorber. Posteriormente, un banco socio de los asesores tributarios de Ramsay le prestó £622.534 para llevar a cabo la operación de compra de acciones de Caithmead (£185.034) y los dos préstamos (£218.750 cada uno). Por tanto, con posterioridad a la compra de acciones y los préstamos, Ramsay sigue registrando £190.000 de utilidad.

²¹² *Disclaimer:* Puede haber unas pequeñas diferencias de euros debido a que los valores se sacaron principalmente de dos fuentes: la sentencia de la House of Lords y el texto de Patrick Way, ya citado. Las cifras en ambos textos, si bien sumamente similares, no son exactamente las mismas y ninguno de los textos contempla todas las cifras, por lo que me vi en la obligación de utilizar cifras de ambos textos. Sin embargo, aunque puedan existir pequeñas diferencias, la lógica económica subyacente se mantiene. **El punto central es que Ramsay, antes y después de la planificación, se mantuvo en la misma posición financieramente. Los intereses de los préstamos efectuados por la institución financiera eran parte del valor del esquema tributario vendido.**

Al vender la cuenta por cobrar N° 2 en £391.481, las cuentas de Ramsay dan £581.481. Recordemos que, en opinión del contribuyente, este ingreso estaría exento de tributación, razón por la cual se considerará que no debía tributar a efectos del presente análisis económico.

Posteriormente, debido a que Caithmead entró en liquidación, la cuenta por cobrar se le pagó inmediatamente a Ramsay, lo que le significó un ingreso por £218.750, que era el *face value* del préstamo de dinero, sin intereses. A esta altura, económicamente Ramsay registra números positivos por £800.231. Finalmente, producto de que Caithmead fue vendida “en su peor momento”, Ramsay registró un ingreso de £9.287 por la venta de Caithmead, pero al mismo tiempo reconoció una “pérdida” de £175.647. De esta manera, si consideramos el ingreso de Ramsay por la venta de su subsidiaria, nos encontramos con que el contribuyente registra números positivos por £809.518. Si a esta cifra le descontamos los £622.534 que prestó la institución financiera, obtenemos £ 186.984 una cifra muy cercana a los £ 190.000 de utilidad que se querían hacer desaparecer. **Esta fue la posición económica real de Ramsay después de toda la operación, como puede apreciarse, tenía una utilidad sumamente similar a la ganancia obtenida por la venta de la granja**²¹³. Puede apreciarse que este análisis no considera la pérdida de £175.647 que el contribuyente hizo valer para absorber sus utilidades, debido a que dichas pérdidas no afectaron el bolsillo del contribuyente. Se pretende demostrar con este análisis justamente que, si no se consideraba la pérdida²¹⁴, Ramsay estaba financieramente en la misma posición. **¿Pero cuál fue el fin de la planificación tributaria entonces? Exactamente el recién comentado: que la posición financiera de Ramsay no variase pero que tributariamente generase una pérdida que absorbiera prácticamente todas las utilidades percibidas por la venta de la granja.**

Teniendo presente la situación recientemente expuesta, puede uno darse cuenta que los puntos en discusión fueron, primeramente, ¿puede Ramsay absorber sus utilidades con esta pérdida tributaria generada por la venta de Caithmead? Y, en segundo lugar, ¿estuvo en lo correcto el contribuyente cuando consideró como un ingreso no tributable las cifras

²¹³ Como se expondrá en el análisis del fallo, tiene todo el sentido del mundo que antes y después de la planificación tributaria Ramsay no haya variado su posición financiera.

²¹⁴ Porque no afectó el bolsillo de Ramsay.

percibidas por la venta de la cuenta por cobrar N° 2? Será menester analizar la sentencia de la House of Lords para llegar a una respuesta plausible.

2.2.4. Normativa aplicable al caso.

La normativa aplicable al caso fue la siguiente: Finance Act de 1965, Schedule 7, párrafo 5 (3) (b), párrafo 11 (1) y párrafo 13 (1). Sin embargo, son normas relativas a una discusión secundaria, que sería relativa a la tributación por la enajenación de la CxC N° 2 al tercero independiente.

“Schedule 7, párrafo 5 (3):

Para propósitos de este párrafo...

(b) ‘Security’ incluye cualquier préstamo de stock o similar, ya provenga del Gobierno de Reino Unido, o de otro gobierno, o de alguna autoridad pública o local de Reino Unido o de otro lugar, o de alguna compañía, siendo indiferente si está o no asegurado el security”

“Schedule 7, párrafo 11 (1):

‘Cuando una persona incurre en una deuda respecto de otra, no tributará la ganancia percibida por el acreedor... en la enajenación producto de la deuda, excepto en el caso de una deuda sobre un security²¹⁵ (como se define en el párrafo 5 de esta Schedule)”

“Schedule 7, párrafo 13 (1):

No tributará la utilidad generada por intereses creados, o que nazcan, bajo un acuerdo (incluyendo, en particular, annuities, seguros de vida y también los reversos de annuities o seguros de vida) que perciba la persona para cuyo beneficio nacieron los intereses bajo el acuerdo...”

2.2.5. Sentencia de la House of Lords (1981)

²¹⁵ “The debt on a security”. Es sobre esta expresión de la ley británica que versó parte de la discusión en Ramsay.

En la sentencia de la HoL me referiré a la opinión de Lord Wilberforce, puesto que fue la opinión más completa y los otros Lords se limitaron a señalar que estaban de acuerdo con su razonamiento. Lord Wilberforce comenzó el relato haciendo un resumen de la causa para posteriormente entrar de lleno a la argumentación del caso al señalar que el CIR estaba solicitando se declarase una “**nulidad**” respecto de la operación llevada a cabo por el contribuyente, puesto que una vez finalizada la misma, no podía decirse que Ramsay haya percibido utilidades o pérdidas. Dado que esta “nulidad” era un tema revolucionario a la época (1981), Lord Wilberforce consideró prudente señalar ciertos principios que debían ser respetados al momento de decidir un caso tributario. Producto de la importancia para decidir el caso Ramsay y por la tremenda discusión que generó, doctrinaria y jurisprudencialmente, la enunciación de estos principios, es que me permitiré exponer completamente la opinión de Lord Wilberforce en lo referente a estos. La opinión del Lord fue la siguiente:

“1.- Un sujeto solo debe tributar ante las palabras claras de la ley, no producto de la ‘intención’ de la ley o en base a un principio de ‘equidad’ de la ley. Toda ley tributaria emanada del Parlamento debe respetar este principio. Qué es lo que ha de entenderse por ‘palabras claras’ ha de ser determinado conforme a principios comunes: estos no confinan a las Cortes a una interpretación literal. Podrá, e incluso deberá, ser considerado el contexto y esquema tributario utilizado como un todo a objeto de determinar la ley a aplicar, **y su propósito podrá, incluso deberá, ser considerado (...)**

2.- Un sujeto tiene el derecho a ordenar sus asuntos de manera de reducir su carga fiscal. El hecho de que el motivo para llevar a cabo una transacción sea el de eludir impuestos no invalida dicha transacción, a menos que una norma legal particular así lo determine. La invalidación deberá ser determinada acorde a los efectos legales producidos por la transacción.

3.- El CIR encargado de la investigación de los hechos es quien ha de determinar si un documento o una transacción es genuina o ficticia. Si se dice que un documento o transacción es ‘ficticia’ significa que, aunque profese ser una cosa, en los hechos es otra distinta. Decir que un documento o transacción es genuina significa que, según la ley, es lo que profesa ser y nada más que eso. Luego volveré a este punto.

Cada uno de estos puntos debe ser respetado totalmente por la decisión que hemos sido invitados a tomar. Algo más debe decirse respecto al siguiente principio:

4.- Partiendo de la base que un documento o transacción es genuino, la Corte no podrá buscar un supuesto ‘fondo’ subyacente. Éste es el bien conocido principio del caso “Duque de Westminster v. CIR”. Este es un principio cardinal pero que no por eso debe ser sobreestimado o sobreextenderse. Si bien obliga a la Corte a aceptar documentos o transacciones considerados genuinos, eso no significa que la Corte deba revisarlos con anteojeras, aislado de cualquier contexto al que pertenezcan. **Si puede apreciarse que se intentó que un documento o transacción tuviese efecto como parte de una serie de transacciones o como elemento de una transacción más amplia que debiese ser entendida “como un todo”, no hay nada en la doctrina para evitar que así sea considerado: operar de este modo no implica preferir la forma sobre el fondo o viceversa.** Es tarea de la Corte cerciorarse de la naturaleza jurídica de cualquier transacción que busque tener efectos o consecuencias tributarias, y **si la misma emerge de una serie de transacciones, que se buscó operasen de aquel modo, es entonces esta serie de transacciones la que debe considerarse para el correspondiente análisis”.**

Pues bien, este es el nacimiento del famoso “**Principio Ramsay**”, **pedra angular de la “purposive construction”²¹⁶**. Este principio comienza al señalar que una persona sólo debe tributar ante las palabras claras de la ley, las cuales deberán ser determinadas conforme a principios generales de interpretación. Sin embargo, la parte fundamental del Principio Ramsay es aquella relativa a entender ciertas transacciones como un todo. Hemos advertido que el caso del Duque de Westminster, si bien tuvo gran importancia inicial, conforme el paso del tiempo empezó a perder influencia debido a que la operación dudosa era sólo una, relativa a la Carta explicativa enviada a los subalternos. Debido a esto, fueron aumentando los argumentos del CIR y también doctrinarios, de que el caso del Duque de Westminster

²¹⁶ Interpretación de los estatutos que toma en cuenta la intención de los mismos, de manera de no encasillar a los jueces dentro de una interpretación literal de los estatutos.

sólo podría aplicarse en situaciones en que la operación cuestionable fuese solo una, de manera que el caso era inaplicable cuando estuviésemos en presencia de una serie de transacciones que generasen, cuestionablemente, un beneficio tributario. El Principio Ramsay vino a solucionar este problema puesto que Lord Wilberforce expuso prístinamente que cuando se pudiese apreciar que determinado documento o transacción “forma parte de una serie de transacciones”, **dicha serie de transacciones debía entenderse como un todo**, lo cual no significaba preferir el fondo sobre la forma o viceversa.

Si bien la discusión generada en la enunciación de este principio será abordada en los siguientes casos a tratar, donde quedará demostrado que no hubo nunca consenso respecto a cómo entender el alcance de este principio, puede apreciarse cómo esta enunciación generó problemas de interpretación. ¿Qué debe entenderse por “palabras claras” de la ley? ¿Hasta donde se puede buscar “la intención” de la ley? ¿En base a qué considero que una transacción debía entenderse como un todo? Estas son probablemente las primeras dudas que emergen del Principio Ramsay, pero hubo más.

Continuando con la exposición de Lord Wilberforce, señaló también ciertos casos²¹⁷ en que la Corte a cargo consideró aceptable analizar ciertas transacciones como un todo, en base a diferentes razonamientos. Consecuentemente, expuso:

“Sostener que la Corte no está limitada a un análisis paso a paso es una extensión lógica de fallos existentes y una generalización de las decisiones particulares adoptadas (...) **Mientras las técnicas de elusión de impuestos progresan y mejoran, las Cortes no están obligadas a permanecer inmóviles.** Esta inmovilidad resultará en una pérdida en la recaudación tributaria, congestión Parlamentaria o (lo más probable) ambas”.

Consecuentemente, obligar a las Cortes a adoptar un análisis transacción por transacción, de manera separada, a pesar de tener claros indicios de que deban entenderse como un todo, implicaría negar la labor judicial, pues la Corte tiene la obligación de analizar los hechos desde el prisma de la ley y de lo que la misma permite.

²¹⁷ Floor v. Davis (1980), IRC v. Plummer (1980), Chinn v. Hochstrasser (1981).

En base a lo expuesto, la decisión adoptada por la HoL fue la siguiente:

- 1.- Aunque cada uno de los pasos separados de la operación fue “genuino” bajo la doctrina del caso “Duque de Westminster”, **la Corte consideró la operación como un todo**, no estando limitada a efectuar un análisis paso por paso, separando las transacciones.
- 2.- El impuesto a la renta, como su nombre lo sugiere, es un impuesto sobre la renta (o utilidades menos pérdidas) y no una tasa que haya que aplicar sobre diferencias aritméticas, por lo que decir que una pérdida (o ganancia) que aparece en una etapa dentro de un proceso indivisible, **que luego es cancelada en una etapa posterior**, de manera que lo que se obtuvo no fue una pérdida (o ganancia), y el contribuyente entró en una operación de este tipo que no alteró su situación financiera, entonces dicha operación debe ser desestimada.
- 3.- Sería un análisis imperfecto y errado tomar la operación y detenerse en el paso que produjo la pérdida (*la venta de Caithmead, estando la sociedad en liquidación*)²¹⁸, pues dicho paso era enteramente dependiente del resto de la operación, por lo tanto, **el análisis correcto sería considerar el esquema como un todo y terminar resolviendo que no hubo ganancia ni pérdida (...)**

2.2.6. Conclusiones

“Ramsay” es probablemente el caso más importante de tributación británica, sobre el Duque de Westminster, producto que su aplicación era más amplia que la de dicho caso y porque generó abultada discusión relativa a su alcance e interpretación. Si bien es sumamente razonable considerar como “un todo” un grupo de transacciones que fueron concebidas para llevarse a cabo conjuntamente, siendo una dependiente de otra, ¿cuáles son los parámetros que ciertas transacciones debiesen cumplir para considerarse que han de ser entendidas conjuntamente como un todo? ¿Todas las transacciones deben cumplir los mismos requisitos o basta que una lo cumpla? ¿Hasta qué punto puedo buscar la intención de la ley y, consecuentemente, construir el estatuto tributario aplicable al caso?

²¹⁸ Nota agregada por este tesista.

El profesor Flesch²¹⁹ expuso los problemas de interpretación de este caso cuando advirtió que el Principio Ramsay señalaba, primeramente, que “una persona sólo debía tributar ante las palabras claras de la ley, no en base a intenciones o equidad”. Según el profesor, hasta ahí estábamos claros, no hay espacio para la búsqueda de intenciones o equidad. Sin embargo, se preguntó, ¿no fue la opinión de Lord Wilberforce la que se citó en el caso “Barclays Mercantile”²²⁰ precisamente en apoyo de una construcción estatutaria que buscaba el propósito en la legislación? Así es, en razón de la parte final del segundo párrafo del Principio Ramsay, el cual rezaba que las Cortes no estaban confinadas a una interpretación literal, de manera que, si se consideraba el contexto y el esquema tributario utilizado, podía (y debía) tomarse en cuenta el propósito de los estatutos. **El profesor señaló que lo importante era que la construcción estatutaria que buscaba el propósito de la legislación tributaria había llegado para quedarse y que el principio de no buscar la intención de la ley estaba totalmente obsoleto.** Por tanto, sólo podía concluirse que ahora los jueces podían decidir los casos tributarios más o menos como quisieran, lo que ejemplificó mediante una cita al escritor Lewis Carroll:

“‘Cuando uso (*el Parlamento usa*) una palabra’, Humpty Dumpty dice (*los jueces dicen*) en un tono desdeñoso: ‘significa solo lo que yo elijo que signifique, nada más y nada menos’”.

Me parece que la opinión del profesor Flesch²²¹ es un reflejo de la frustración que se sintió en Reino Unido luego de que la búsqueda del propósito en la legislación se transformara en la regla general, debido a la situación de incerteza en que queda no solo el contribuyente, sino que también los respectivos asesores tributarios.

Independiente de los problemas de interpretación del Principio Ramsay, es innegable que el mismo vino a cambiar el paradigma de la planificación tributaria puesto que argumentó fuertemente en favor de la búsqueda del propósito de la legislación tributaria, de manera que

²¹⁹ Flesch, Michael. “*Purpose or Intendment: Spot the Difference*”. 2005. Pág. 1

²²⁰ Caso que será analizado.

²²¹ Con todo, a mi juicio sostener que ahora los jueces fallarán como quieran me parece una reacción poco comedida, porque si bien se abrió el abanico de un modo que incomoda la posición del particular, no debiese quitarse seriedad a quienes ejercen la compleja labor judicial.

para dar aplicación verdadera a lo contenido en los estatutos tributarios, podía ser necesario considerar “como un todo” ciertas transacciones que, en principio, parecían separadas pero que en el fondo habían sido concebidas para operar conjuntamente. **Dado que los métodos de elusión tributaria van evolucionando continuamente, la legislación tributaria debe ir acompañando dicha evolución, por lo que la enunciación de un principio amplio como Ramsay fue sumamente bienvenido por la administración tributaria, aunque no tanto por el sector privado.** Con todo, es de justicia señalar que las Cortes no debiesen estar limitadas a analizar los complejos casos tributarios que enfrentan paso a paso, puesto que muchos son precisamente un conjunto de transacciones que son parte de un todo que siempre fue concebido para operar a través de transacciones unas dependientes de otras, lo cual acerca el análisis judicial a lo que en verdad está ocurriendo. La situación ideal es que un cambio en la legislación permita a las Cortes, abiertamente, efectuar un análisis de este tipo.

Pero en caso de que esta modificación legal no exista, **no me parece desmedido buscar principios que permitan aplicar la ley a la realidad**, siempre y cuando dicha búsqueda se haga de modo responsable y prudente, puesto que hay que recordar que no hay una norma que permita claramente a las Cortes efectuar un análisis de esta naturaleza (la misma argumentación en Ramsay es en base a ciertos casos anteriores y principios, pero no a estatutos tributarios). Con esto no sostengo, de ninguna manera, que en prosecución de la búsqueda de la realidad se puedan dejar de lado las disposiciones legales, **sino que me parece justo que los estatutos se apliquen a lo que en verdad está ocurriendo, lo que no es más que una extensión del principio que reza “las cosas son lo que son y no lo que dicen que son”.**

La discusión en Ramsay ha sido sumamente prolífera, de manera que se han seleccionado cuidadosamente ciertos casos que será conveniente revisar para ir comprendiendo el alcance que se fue dando a este famoso principio por el cual se podía buscar un propósito en la ley y, en base a dicho propósito, considerar que ciertas transacciones se habían llevado a cabo con el objeto de operar conjuntamente, por lo que era menester considerarlas como “un todo”.

2.3. Furniss v. Dawson (1984)

2.3.1. Introducción

Este caso trata sobre una simple venta indirecta de acciones en que unas personas eran dueños de dos sociedades y las quisieron vender, pero en vez de venderlas “directamente” al comprador, se vendieron primeramente a un intermediario, quien luego procedió a venderlas al verdadero comprador. La CIR entendió que era aplicable el “Principio Ramsay” y por tanto las transacciones llevadas a cabo debían considerarse “una sola operación”, mientras que la defensa argumentó que Ramsay no estaba pensando para aplicarse a este tipo de operaciones.

2.3.2. Hechos del caso

Este es el caso de George Dawson y sus dos hijos (Douglas Dawson y Rexford Dawson) quienes eran dueños de dos sociedades (Fordham and Burton Limited y Kirkby Garments Limited, que conjuntamente serán, también, “las sociedades operativas”). Al padre y a sus hijos se les señalará también, para efectos de este caso, como “los Dawson” o “los contribuyentes”. Los Dawson querían vender sus acciones en las sociedades a la compañía Wood Bastow Holdings Limited (en adelante, también, “WB” o “el comprador”), pero antes de celebrar la compraventa correspondiente, los Dawson vendieron sus acciones en las sociedades operativas a la compañía de inversiones Greenjacket Investments Limited²²² (en adelante, también, “Greenjacket” o “el intermediario”) la que, a su vez, vendería posteriormente dichas acciones a WB. A continuación, las etapas de toda la operación, las cuales se llevaron a cabo en su totalidad entre septiembre y finales de 1971, siendo precisamente el 20 de diciembre de dicho año la fecha en que los Dawson vendieron a Greenjacket, y el mismo día, Greenjacket vendió a WB.

Primera Etapa: Consistía en los trámites administrativos preparatorios, por tanto, se llevaron a cabo todas las sesiones de Directorio, se levantaron las actas correspondientes y firmaron las personas con poder de representación en las sociedades operativas (o sea, los Dawson) para poder llevar a cabo la venta de acciones.

²²² Greenjacket era una empresa creada en Isle of Man, una isla en medio de Irlanda y Reino Unido. Fue constituida por una firma de Manx por instrucciones de los contribuyentes.

Segunda Etapa: Se celebró el “**Exchange Agreement**” (“Acuerdo de Intercambio”) por el cual los Dawson intercambiaban las acciones en sus sociedades operativas, valuadas en £151.500, a Greenjacket a cambio de acciones de Greenjacket valuadas en la misma cifra. De esta manera, los Dawson pasaron a tener propiedad en Greenjacket y, consecuentemente, a participar de sus resultados. A su vez, Greenjacket quedó como dueño de las sociedades operativas.

Tercera Etapa: El Directorio de Greenjacket levantó un acta respecto al intercambio accionario llevado a cabo con los Dawson, para mantener en regla los trámites administrativos.

Cuarta Etapa: Se celebró el “**Sale Agreement**” (“Acuerdo de Venta”) por el cual Greenjacket, dueño de las sociedades operativas, vendería su participación accionaria en las dos sociedades a WB en £151.500.

2.3.3. Normas aplicables al caso

¿Por qué los contribuyentes interpusieron como intermediario a Greenjacket en vez de llevar a cabo una venta directa a WB? La respuesta se encuentra en la Section 19 de la Finance Act de 1965, específicamente en el Párrafo 6, Schedule 7, la cual rezaba del siguiente modo:

“Párrafo 6, Schedule 7: Fusiones de Sociedades.

(1) Cuando una empresa venda acciones o debentures a una persona y el precio fuesen acciones o debentures en otra empresa, **deberá aplicarse el párrafo 4** con los cambios que sean necesarios si las dos compañías se fusionaran y el intercambio fuese una reorganización de su propio capital.

(2) Este párrafo aplicará sólo en caso de que la empresa que venda las acciones o debentures tenga o, a consecuencia de la venta vaya a tener, “**control**” sobre la otra empresa (...)

Párrafo 4: Reorganización de capital.

(1) Cuando se lleven a cabo reorganizaciones de capital en una sociedad y se le asignen proporcionalmente acciones a los accionistas, **esta asignación no será**

tratada como disposición de sus acciones originales o adquisición de nuevas acciones.

(2) Las acciones que previamente el accionista tenía (consideradas como un único bien) y las nuevas acciones (consideradas como un único bien) **serán tratadas tal como se trató a las acciones adquiridas originalmente**, sin cambios”.

Por tanto, lo que se quería lograr con la interposición de Greenjacket en la venta²²³ era que los Dawson se encontraran exentos de impuesto a la ganancia de capital por su traspaso al intermediario (Párrafo 4 (1)), mientras que Greenjacket no debería reconocer ganancia o pérdida en la venta a WB (Párrafo 4 (2)), además, el impuesto a pagar por los Dawson se diferiría hasta que ellos vendiesen su participación accionaria en Greenjacket. En los hechos, los Dawson percibieron los ingresos por la venta de las sociedades operativas en el momento en que WB pagó a Greenjacket, razón por la que el efecto neto de la planificación era solo diferir un pago de impuestos.

2.3.4. Sentencia de la House of Lords (1984)

Es correcto señalar que esta causa, a nivel de Special Commissioners y de Corte de Apelaciones, fue fallada en favor del contribuyente en base al siguiente razonamiento: cada uno de los pasos llevados a cabo por los contribuyentes era un paso legítimo, real, de manera que así considerados, no podía llegarse a una conclusión diferente a que la operación completa era legítima también, por tanto el intercambio accionario de los Dawson no estaba sujeto a tributación y el impuesto aplicable a ellos sólo tendría lugar cuando Greenjacket les repartiera utilidades, por tanto, la consecuencia era el diferimiento de impuestos.

En esta situación, todos los miembros de la House of Lords dictaron su respectiva sentencia, pero se llevará a cabo el análisis sobre la sentencia dictada por Lord Brightman debido a que fue la más completa y porque el resto de los Lords se limitaron a señalar que concurrían con su razonamiento.

²²³ Se aplicó el Párrafo 4 porque, según interpretación de los contribuyentes, Greenjacket habría tenido “control” cuando quedó como propietario de las acciones de las sociedades operativas.

2.3.4.1. Argumentación de Lord Brightman

Posterior a un resumen de los hechos de la causa, Lord Brightman señaló que el argumento de la CIR era que Greenjacket no había adquirido “control” respecto a las sociedades operativas porque era un mero intermediario en la venta real que se quería celebrar, la que era entre los Dawson y WB. Los contribuyentes, por su parte, señalaron que Greenjacket sí tenía el control sobre las sociedades, que los pasos se llevaron a cabo correctamente y que, en consecuencia, el pago de impuestos debería efectuarse una vez ellos vendiesen su participación en Greenjacket.

Lord Brightman argumentó en base al caso “Floor v. Davis” (1978 en Corte de Apelaciones, 1980 en la House of Lords)²²⁴ para sostener que no debía considerarse la transacción llevada a cabo para efectos tributarios producto de que se trataba de una serie de transacciones que estaban totalmente encadenadas, una seguía a la otra, y el resultado estaba amarrado desde un principio, razón por la cual debía entenderse que existía un traspaso “directo” de acciones a pesar de que hubo un intermediario en la venta. Posteriormente, Lord Brightman acudió a “Ramsay v. IRC” para sostener que en una operación que consistía de varios pasos, donde estaba pensado desde un comienzo que todos los pasos se llevasen a cabo en un determinado orden, debían considerarse “una sola operación”, y si dicha operación carecía de motivación comercial distinta al ahorro impositivo, entonces no podrían concederse beneficios tributarios en base a una operación de esta naturaleza.

El argumento clave fue lo señalado por el juez Eveleigh LJ²²⁵ quien sostuvo que **no porque cada una de las transacciones fuese legítima, entonces los tribunales estaban obligados a colegir que la operación completa era legítima**. Debido a que en “Floor v. Davis” el primer vendedor tenía completo control respecto a la venta que el segundo vendedor efectuaría al comprador real, el juez Eveleigh LJ señaló que la legislación debía entender

²²⁴ Un caso tremendamente similar a “Furniss v. Dawson”. La empresa “A” quería vender sus acciones a la empresa “C”, pero para evitar el impuesto sobre las ganancias de capital, constituyeron la empresa “B”. Se traspasaron las acciones a “B” quien luego las traspasó a “C”. Posteriormente, se disolvió “B” y capital pasó a una relacionada de “A” en un paraíso fiscal.

²²⁵ El caso “Floor v. Davis” fue fallado a favor del contribuyente en Corte de Apelaciones y a favor de la Corona Británica en la House of Lords. El juez Eveleigh LJ fue el voto disidente en la Corte de Apelaciones llevando a cabo una argumentación que después sería utilizada por Lord Wilberforce en la House of Lords para revertir el fallo de la Corte de Apelaciones.

que existía una venta desde “A” a “C” y que la introducción de “B” era completamente artificiosa. Misma argumentación mantuvo Lord Wilberforce en la House of Lords, señalando²²⁶:

“El hecho de que la Corte acepte que cada paso en la operación era genuino y que estaba produciendo sus respectivos efectos legales, no obliga a la Corte a considerar cada uno de los pasos de modo aislado con el fin de determinar sus efectos tributarios”.

Posteriormente, Lord Wilberforce citó a Ramsay para sostener los principios correctos de interpretación tributaria²²⁷, al manifestar que:

“Obligar a las Cortes a adoptar, en relación a situaciones tan cercanas e integradas, un análisis separado, paso por paso, (...) consistiría más en una negación que en la afirmación del verdadero proceso judicial”

Cabe señalar un punto que en un comienzo pasó desapercibido en Ramsay, pero que fue el argumento de la defensa en “Floor v. Davis” para señalar que Ramsay no le era aplicable. Como se expuso, en Ramsay lo que la CIR solicitó fue una **“nulidad fiscal” por tratarse de operaciones que se cancelaban entre ellas**, de manera que económicamente, no había un cambio en la posición del contribuyente, a pesar de que virtualmente se había creado una pérdida que pretendía aprovecharse. Por tanto, hubo un intento de parte de los contribuyentes de restringir la aplicación de Ramsay sólo a casos en que hubiese una auto-cancelación (*“self-cancelling”*) de los efectos generados. En “Floor v. Davis” no se puede apreciar una auto-cancelación de los efectos creados (ni en “Furniss v. Dawson”) porque todas las transacciones llevadas a cabo sí tuvieron efecto, hubo intercambios accionarios y posteriormente una venta, lo que generó flujo porque fueron cifras que efectivamente se pagaron y, al final de la transacción, las partes no estaban en la misma posición en que comenzaron. Por tanto, es claro que “Floor v. Davis” y “Furniss v. Dawson” no son *“self-cancelling operations”*. Sin embargo, ¿esto limita la aplicación de Ramsay al respecto? La respuesta se encuentra en “IRC v. Burmah Oil Company” (1982, levemente posterior a

²²⁶ Lord Wilberforce en el fallo mayoritario de la House of Lords en “Floor v. Davis” (1980), repitiendo la argumentación de Eveleigh LJ.

²²⁷ Op. Cit. 1980.

Ramsay) cuya sentencia dictó la House of Lords, específicamente en el voto particular de Lord Diplock. Dada la importancia para la interpretación del Principio Ramsay, me permitiré exponer la opinión de Lord Diplock²²⁸:

“Sería poco sincero sugerir, y peligroso por parte de los asesores tributarios asumir, que Ramsay no marcó un cambio significativo en el enfoque adoptado por esta House of Lords respecto a **series de transacciones pre-ordenadas (que tengan o no un legítimo fin comercial), dentro de las cuales existen pasos que no tienen un propósito comercial aparte de disminuir la tributación que, sin dichos pasos, sería obligatoria de pagar.** La diferencia está en el enfoque. No se hace necesario corregir decisiones anteriores de esta House of Lords, pero involucra reconocer que el párrafo comúnmente citado de Lord Tomlin en “IRC v. Duque de Westminster” (1936): ‘Cada persona tiene el derecho de ordenar sus asuntos de manera que el impuesto a cobrar conforme a la ley sea el menor posible’ **nos dice poco o nada respecto a cuáles métodos para ordenar los asuntos de cada uno serán reconocidos como efectivos por las Cortes para disminuir la tributación** que les sería exigible si hubiesen utilizado transacciones u operaciones más directas”

Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué la Corte de Apelaciones en “Furniss v. Dawson” falló a favor del contribuyente si existía este poderoso precedente de su superior jerárquico? La razón se encuentra en la interpretación de la Corte de Apelaciones respecto a la aplicabilidad de Ramsay. En efecto, el juez de dicha Corte, Vinelott J., señaló que “Ramsay no aplicará a transacciones donde no se les pueda considerar como nulidad fiscal, y las transacciones se considerarán nulidad fiscal si no presenta “consecuencias legales perdurables” (“*enduring legal consequences*”). Debido a que el presente caso no se consideraba una nulidad fiscal, no correspondería aplicar Ramsay. Pero Lord Brightman señaló que este “error de interpretación” se debió a que el juez Vinelott J. tomó la idea de Ramsay como un principio que debería aplicarse a una serie de transacciones pre-ordenadas llevadas a cabo, que tiene **pasos intermedios que no tienen consecuencias legales perdurables.** Sin embargo, la correcta interpretación de Ramsay es que **es un principio que se aplicará a transacciones**

²²⁸ Lord Diplock en el voto mayoritario de la House of Lords en el caso “IRC v. Burmah Oil Company” (1982) para precisar el campo de aplicación del Principio Ramsay, lo que definitivamente lo reforzó.

pre-ordenadas llevadas a cabo, que tienen pasos intermedios sin propósito comercial aparte de la disminución de impuestos. Si uno interpreta Ramsay de este segundo modo (como lo hizo la House of Lords en el caso de *Burmah Oil Company*), entonces Ramsay no quedaría confinado sólo a “*self-cancelling operations*”.

En consecuencia, Lord Brightman señaló cómo debe entenderse Ramsay y cuáles son sus requisitos: Primero, debemos estar en presencia de una serie de transacciones o, si se quiere, de “una sola transacción compuesta”. Segundo, que dicha transacción compuesta tenga ciertos pasos intermedios que carecen de propósito de negocios, aparte de la disminución de la tributación. **Si estos requisitos se encuentran, entonces los pasos intermedios que no tienen propósito de negocios no deberán considerarse para efectos de determinar la tributación correspondiente.** Además, y no menos importante, señaló que la carga de la prueba respecto a estos dos requisitos es del CIR.

Consecuentemente, Lord Brightman señaló que en el caso presente, los Dawson llevaron a cabo la venta de sus acciones en favor de Wood Bastow a cambio de dinero, lo que generaba la consecuente tributación por ganancia de capital.

2.3.5. Conclusión

Este caso, solo un año posterior a Ramsay, marcó inmediatamente el debate respecto al Principio Ramsay. Puede observarse que los contribuyentes empezaron a defenderse de este principio porque el mismo había nacido en una “*self-cancelling operation*”, de manera que se argumentó frecuentemente que sólo podría aplicarse a casos donde las transacciones se cancelaran entre ellas y se generara una nulidad fiscal. En la exposición de Lord Wilberforce en Ramsay respecto a los principios que debían considerarse para fallar un caso tributario, no se hizo nunca mención a que el análisis debía restringirse a casos que se auto-cancelen, al contrario, se señaló que son principios que debían operar respecto a todos los casos tributarios. La consecuencia práctica es evidente: si Ramsay se aplicara sólo a casos que se auto-cancelen, su importancia sería muy menor debido a que las “*self-cancelling operations*” no eran muy comunes y porque sería bastante sencillo para los asesores generar efectos que no fuesen neutros, cosa de evitar la declaración de nulidad fiscal a su respecto.

Pero Lord Diplock, en el caso “Burmah Oil Company”, fue claro en señalar que sería totalmente erróneo entender que el caso Ramsay no había generado un completo cambio en el enfoque de la HoL respecto a los casos tributarios que involucrasen una serie de transacciones, puesto que las mismas serían analizadas como un todo, y si tenían pasos intermedios que carecían de justificación comercial o económica (aparte de la disminución de impuestos al contribuyente), dichos pasos intermedios no serían considerados al momento de determinar la tributación correspondiente al contribuyente. Por tanto, necesariamente quedó en el pasado la idea de que las transacciones podrían ser analizadas individualmente y que, si las mismas eran legítimas o genuinas, debía colegirse que la operación completa lo era también. Esta lógica quedó fuera producto de Ramsay y los principios enunciados por Lord Wilberforce, que enfatizaron la idea precisamente contraria: no porque las transacciones individualmente consideradas sean legítimas, la operación en su conjunto lo es.

Éste es el punto central en Ramsay, el cual se extrapoló a decisiones posteriores de los tribunales británicos, de manera que ahora el contribuyente debería estar muy atento porque sus “serie de transacciones” ya no serían analizadas individualmente, sino que, si se idearon para operar conjuntamente y que todas tuvieran efecto, entonces se analizarían como una unidad compleja de transacciones. Como se aprecia, Ramsay no solo superó las dificultades del “Duque de Westminster” para combatir casos de elusión de impuestos, sino que también estableció principios que regularían el comportamiento de los contribuyentes y tribunales del país. En la misma línea, en “Furniss v. Dawson” se apreció la aplicación concreta de Ramsay: un conjunto de transacciones llevadas a cabo que, individualmente consideradas, eran legítimas, pero analizadas en su conjunto, contemplaban pasos intermedios (el intercambio accionario entre Dawson y Greenjacket, para que Greenjacket luego vendiese a WB) que no tenían justificación económica distinta del ahorro fiscal, por lo que debían ser desestimados en la determinación de la tributación de los contribuyentes. Por lo tanto, la conclusión es que luego de una discusión doctrinaria breve, “Furniss v. Dawson” vino a sentar precedente, desde la House of Lords, respecto a qué debía entenderse como el Principio Ramsay, que consolidaba la interpretación en búsqueda del propósito de la ley, y cuál era su campo de aplicación, descartando que sólo pudiese aplicarse en caso de “*self-cancelling operations*”.

2.4. Barclays Mercantile Business Finance Limited v. Mawson (2004)

2.4.1. Introducción

Si bien pareciera que la aplicación del Principio Ramsay quedó más bien clara después de “Furniss v. Dawson”, aquello no fue así. Un fallo posterior (MacNiven v. Westmoreland, en 2001), con la intención de especificar de menor manera el Principio Ramsay, planteó una distinción entre conceptos jurídicos y comerciales que le valieron muchas críticas porque terminó obscureciendo mucho un tema que, se entendía, generaba un acuerdo razonable en la comunidad jurídica. Dicho problema intentó ser solucionado por el juez Ribeiro²²⁹ en el fallo “Collector of Stamp Revenue v. Arrowtown Assets Ltd.”, cuando señaló: *“La pregunta central es si las normas estatutarias pertinentes, interpretadas buscando su propósito, fueron pensadas para aplicar a una determinada transacción, analizada realísticamente”*. Por tanto, el juez Ribeiro reactivó el concepto de que tanto “Ramsay” como “Furniss v. Dawson” son fallos que favorecen la *“purposive construction”* o “interpretación buscando el propósito de los estatutos”, lo cual había sido relativizado en “Westmoreland”, que calificó a Ramsay como un caso que simplemente evitaba que los jueces interpretaran siempre la ley de modo literal. La razón de comentar los diferentes alcances de Ramsay en “Westmoreland” y en “Arrowtown²³⁰” es que, luego de 20 años de dictada la sentencia en Ramsay, no había acuerdo sobre dicho principio. Posteriormente, sucedió un hecho sumamente particular en la House of Lords: en el mismo día, con fecha 25 de noviembre de 2004, la HoL dictó dos sentencias relativas a esquemas de elusión tributaria, “BMBF v. Mawson” y “Scottish Provident Institution v. IRC” donde aplicó el Principio Ramsay. **¿Lo llamativo? Los fallos parecieran ser totalmente opuestos.** El análisis comenzará con “BMBF v. Mawson”.

2.4.2. Hechos del caso.

La sociedad principal de esta causa fue Barclays Mercantile Business Finance Ltd. (en adelante, también, “BMBF” o “el contribuyente”), una empresa del “Grupo Barclays” cuyo

²²⁹ En 2003.

²³⁰ El análisis pormenorizado de dichos casos excede el propósito de esta investigación, pero el punto central se mantiene: 20 años después de Ramsay aún no hay acuerdo transversal respecto a, exactamente, cuál es dicho principio y su alcance.

giro era el financiamiento *vía leasing*. Como expuso la HoL, el negocio consistía en proveer financiamiento para la compra de un bien, donde se le pagaría a BMBF en cuotas aseguradas con el mismo bien comprado. O sea, operaba tal cual en Chile: una empresa dedicada al leasing “compra” un determinado bien y el real interesado en comprar dicho bien lo “arrienda” a la empresa que lo compró. Cada cuota de arrendamiento es en verdad cuota por el precio de la cosa que se quiere comprar, y con el pago de la última cuota el arrendatario adquiere el dominio de lo arrendado. Otra empresa importante fue Bord Gáis Éireann (en adelante, también, “BGE”), que era una sociedad irlandesa cuyo giro era el de proveer y distribuir gas natural. Durante los años 1991 a 1993, BGE se embarcó en un proyecto multimillonario que consistía en la construcción de una central de gas que distribuiría gas natural desde Escocia a Irlanda. El costo de este proyecto se financió principalmente por la banca privada.

2.4.2.1. La operación.

BMBF y BGE acordaron financiar los primeros años de funcionamiento de la planta de gas, desde el 31 de diciembre de 1993 al 30 de septiembre de 1995 (en un primer leasing) y otro financiamiento por 31 años desde el 1 de octubre de 1995 (segundo leasing). Por tanto, BMBF compró la central de gas en la suma de £91 millones (que pagó a BGE) y la arrendó a BGE, quien debería pagarle las cuotas de arrendamiento. Sin embargo, BGE no tenía la intención de operar personalmente la planta de gas, sino que aquella era la labor de una subsidiaria de BGE en Reino Unido (para estos efectos, “BGE UK”). Una vez celebrados los leasing entre BMBF y BGE, BGE celebró un sub-leasing con BGE UK para la administración de la planta, por el mismo período de tiempo. Luego, se celebró un contrato entre BMBF y BGE UK donde BGE UK se obligó respecto a BMBF al pago de las cuotas que, en rigor, corresponderían a BGE. **Así que, si bien el préstamo de financiamiento se le efectuó a BGE, el obligado a pagar a BMBF era BGE UK, quien operaría la central de gas.**

Al mismo tiempo, como BGE UK sería el encargado de transportar el gas y llevar adelante el negocio de la central de gas, BGE le pagaría a su subsidiaria por esta labor. Los detalles de dicho pago son complejos y poco atingentes para este caso, salvo que la finalidad de dichos pagos era que BGE UK tuviese fondos suficientes para pagar las cuotas correspondientes a BMBF.

Entonces, en este momento, la operación financiera que tenemos es la siguiente:

- 1.- BGE: Construyó una enorme planta de gas financiada por la banca privada, la que transportará gas natural desde Escocia a Irlanda y “necesitó” financiamiento para sus primeros años de funcionamiento. Dicho financiamiento lo obtuvo de BMBF vía leasing.
- 2.- BMBF: Empresa dedicada al leasing. “Entregó” sumas importantes de dinero a BGE para financiar el funcionamiento de la central de gas. Como el financiamiento se efectuó vía leasing, lo que hizo BMBF fue “comprar” la central de gas y “arrendarla” a BGE.
- 3.- BGE UK: Subsidiaria de BGE en Reino Unido, es la sociedad que en los hechos operó la central de gas vía un sub-leasing celebrado con BGE y es la responsable del pago de las cuotas de arrendamiento a BMBF.

Debido a que BMBF era, entonces, el “dueño” de la planta de gas, entendió que podía deducir de su renta los gastos por depreciación de la planta, lo cual el CIR no aceptó. Este es el asunto que judicializó “BMBF v. Mawson”.

Al respecto, adelantaré que la HoL señaló:

“Si las transacciones hasta acá descritas – venta de la central a BMBF, el leasing, el sub-leasing a BGE UK y el acuerdo por el pago de las cuotas a BMBF – fuere todo lo que se puede decir en esta operación, **el Inland Revenue aceptaría que BMBF tiene derecho a deducir gastos por depreciación de la planta**”.

Entonces, ¿cuál fue el problema? Que las transacciones hasta aquí comentadas eran sólo una parte de una operación financiera a mayor escala que involucraba a otras empresas del Grupo Barclays.

2.4.2.2. ¿El problema? Barclays Bank.

Esta operación a mayor escala involucró a tres sociedades más: Barclays de Zoete Wedd Ltd. (en adelante, también, “Barclays Bank” o “Bank”), Deepstream Investments Ltd²³¹. (también “Deepstream”) y Barclays Finance Company on Isle of Man (también “BIoM”). Los detalles de la operación son complejos, pero lo que importa es lo siguiente: **el financiamiento para el funcionamiento de la planta de gas no fue otorgado por BMBF, quien figuraba como quien financió la operación vía leasing, sino que los fondos que entregó BMBF provenían de Barclays Bank.** La participación de las otras dos sociedades fue la siguiente: debido a que BGE UK estaba obligada a pagar las cuotas a BMBF, ésta última exigió una garantía a BGE UK de que pagaría la totalidad de las cuotas íntegramente. BGE UK otorgó, vía Barclays Bank, la garantía exigida por BMBF. Como un contra-seguro, Barclays Bank exigió a BGE UK el depósito de £91 millones, lo que BGE UK cumplió depositando en la cuenta de Deepstream dicha cantidad. Este depósito contenía la obligación de Deepstream de ir re-depositando una gran cantidad de dinero en tres grupos de pagos: re-depositos “A”, “B” y “C”. Estos re-depositos iban para BGE, quien se quedaba con “B” y “C” y hacía circular “A” para BIoM, donde los pagos que correspondieron a BIoM debían redirigirse a Barclays Bank.

A esta altura, el lector puede darse cuenta de lo siguiente: el movimiento de los £91 millones originales para el financiamiento de la planta de gas natural (1) comenzó en Barclays Bank, no en BMBF y (2) fue totalmente circular.

Al respecto, se determinó que el dinero para el financiamiento había circulado en el siguiente orden:

- a) Desde Barclays Bank a BMBF.
- b) De BMBF a BGE.
- c) De BGE a BGE UK.
- d) De BGE UK a Deepstream.
- e) De Deepstream a BIoM²³²
- f) De BIoM a, nuevamente, Barclays Bank.

²³¹ Empresa controlada por una sociedad del Grupo Barclays.

²³² Este era sólo el re-deposito “A”, levemente superior a los £91 millones. Los “B” y “C” eran cantidades menores que se enviaron a BGE.

Un dato no menor es que la operación de financiamiento, que pareciera haberse ejecutado durante un extenso período de tiempo, no fue así: todo el “flujo” de dinero comenzó y terminó dentro de las 24 horas del 31 de diciembre de 1993. Estos fueron los hechos del caso respecto del cual correspondió que se pronunciara la HoL.

2.4.3. Normativa aplicable.

La norma pertinente fue solo una: la Section 24 (1) de Capital Allowances (deducción de gastos) del Act de 1990, la cual establecía lo siguiente:

24 (1): Capital Allowances.

Sujeto a lo que se señale en esta sección, cuando (a) una persona que esté participando en una transacción haya incurrido en gastos de capital para adquirir maquinaria o plantas sola y exclusivamente por el propósito de la transacción y (b) como consecuencia de dicho gasto, la maquinaria o planta le pertenezca o le haya pertenecido, se le permitirá la deducción de dichos gastos acorde a las reglas establecidas en esta sección.

En consecuencia, si se determinase que BMBF es el dueño de la planta de gas, debiese tener derecho a deducir gastos en que incurrió en la operación. Esta es la opinión del contribuyente que la CIR no aceptó.

2.4.4. Fallo del Special Commissioners y Corte de Apelaciones.

En las instancias inferiores (Special Commissioners y Corte de Apelaciones) se determinaron los hechos del caso, los que posteriormente no fueron objeto de controversia por parte de BMBF. No solo se señaló que el dinero comenzó y terminó en Barclays Bank, sino que además el único “nuevo” dinero en la operación era el que surgía de la deducción de gastos efectuada por BMBF, la que se materializó en los pagos “B” y “C” hechos por Deepstream a BGE. Esta es la razón por la que los re-depósitos de Deepstream eran superiores a los £91 millones iniciales del financiamiento: contenían los fondos que se había ahorrado BMBF al deducir los gastos de depreciación de la planta de gas. **Estos re-depósitos “B” y “C” fueron el pago efectuado a BGE por participar del esquema tributario,**

mientras que el beneficio para el Grupo Barclays radicó en la gran cantidad de intereses generados para Barclays Bank a lo largo de estas operaciones.

El juez de primera instancia, Park J., señaló:

“Los pagos efectuados por BMBF a BGE (*los £91 millones para el financiamiento*²³³) no tenían ningún propósito comercial. Un *leasing* está diseñado para proveer de financiamiento al *lessee* (*BGE en este caso*²³⁴). Pero BGE no pudo poner sus manos en el dinero (...) A nuestro juicio, el propósito del gasto efectuado por BMBF el 31 de diciembre de 1993 no fue la adquisición de la planta y maquinaria, **sino que tener argumentos para deducir gastos que resultarían en beneficios para BGE y un arancel pagable a BMBF y a Barclays Bank. La transacción no tiene realidad comercial**”.

Agregó Park J., relativo a que el *leasing* es una operación de financiamiento, lo siguiente:

“Pero en la presente transacción, **no se ha proveído financiamiento**. BGE ya era dueño de la central de gas y la había pagado a través de préstamos de bancos privados. Luego de la transacción (*con BMBF*²³⁵), BGE todavía podía utilizar su planta como lo hacía antes, pero por virtud del *leasing, sub-leasing* y acuerdo de transporte de gas, además de que aún debía el dinero a los bancos con los que inicialmente había contratado los préstamos. **Los £91 millones nunca estuvieron disponibles para BGE para financiar ningún tipo de transacción o actividad propia de sus negocios**”.

Finalmente, respecto a la alegación más fuerte de BMBF, que es que ellos eran los reales dueños de la planta y en consecuencia tenían el derecho a deducir gastos de depreciación de la misma, Park J. aplicó a Ramsay:

“Es cierto que, en un sentido legal estricto, uno podría decir que BMBF incurrió en gastos para la compra de la central de gas. Eso es lo que los contratos

²³³ Nota agregada por este tesista.

²³⁴ Nota agregada por este tesista.

²³⁵ Nota agregada por este tesista.

celebrados dicen, sin embargo, **a la luz del Principio Ramsay, considero que debo interpretar y aplicar los estatutos de un modo más amplio, por lo cual me debo preguntar: ¿en qué realmente BMBF gastó los £91 millones?** ¿Fue realmente en adquirir la central de gas? ¿O en algo más? Mi respuesta es que los gastos fueron realmente incurridos en la creación de una compleja red de transacciones bajo las cuales, de un modo seguro, los flujos contratados por los próximos 32 años²³⁶ terminarían recuperando la inversión inicial de BMBF de £91 millones, además de generar ganancias”.

En consecuencia, la conclusión fue la siguiente: **la operación llevada a cabo por BMBF carecía de realidad económica**, razón por la cual debía desconsiderarse para efectos tributarios, así que BMBF no podía deducir los gastos de depreciación de la planta de gas.

Sin embargo, en la Corte de Apelaciones (2002) el fallo se dio vuelta unánimemente, señalando básicamente que el dueño de la central de gas era BMBF, por lo que le correspondía la deducción intentada. De esta manera, el CIR acudió a la House of Lords para que se pronunciara al respecto.

2.4.5. Fallo de la House of Lords

La HoL comenzó su análisis señalando que:

“El Special Commissioners (...) concluyó que los hechos del 31 de diciembre de 1993 fueron predeterminados y diseñados por Barclays Bank para operar como un todo. **Esta conclusión no ha sido controvertida**”

Respecto al principio Ramsay, la House of Lords sostuvo que el mismo marcó la pauta de cómo es el enfoque moderno respecto a casos de elusión tributaria: se debe llevar a cabo una *“purposive construction”* o “interpretación que tome en cuenta el propósito de la ley y no solo su forma”. Debido a que en sus orígenes la interpretación tributaria tendía a ser literal y, por lo mismo, a analizar individualmente las transacciones llevadas a cabo, la

²³⁶ Esa era la duración de los leasing y sub-leasing. Además, era el plazo por el cual debían efectuarse el re-depósito “A” por parte de Deepstream.

planificación tributaria fue muy agresiva en sus comienzos, pero a juicio de la HoL eso cambió con Ramsay, pues el aporte de dicho caso sería que ahora los tribunales tendrían menos “amarras” al interpretar la ley, de modo que no estarían forzados a llevar a cabo una interpretación literal de los estatutos ni tampoco un análisis transacción por transacción. Por tanto, en opinión de la HoL, **Ramsay no habría creado nuevos principios sino que solo habría dado directrices de interpretación en materia tributaria, otorgándole más libertad a los tribunales de justicia.**

Posteriormente, citó tres importantes casos (Burmah Oil, Furniss y Carreras) para señalar que la aplicación del principio Ramsay había permitido analizar globalmente lo que había ocurrido, de manera que lo importante en Burmah Oil era que la compañía no había sufrido pérdidas reales; que las acciones en Furniss terminaron pasando al real comprador y; que el vendedor en Carreras había efectivamente recibido el precio de la venta. De este modo, la HoL expresó:

“Al llevar a cabo una correcta interpretación de las normas contenidas en los estatutos, los elementos insertos en las transacciones que carecían de propósito comercial fueron desconsideradas por no tener importancia”

Lo central del fallo es la opinión expresada por la HoL inmediatamente después relativa a que dichos fallos habían generado la impresión de que en las operaciones que lleva a cabo un contribuyente, las transacciones o elementos de transacciones que no tuviesen un propósito comercial no debían ser consideradas, **“pero aquello era ir muy lejos”**. La interpretación correcta, en opinión de la HoL, era que señalaban los dos pasos a tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar estatutos tributarios: (1) decidir, en base a una *“purposive construction”*, cuál es exactamente **la transacción** a la que deberán aplicarse los estatutos; (2) decidir si los **estatutos son o no aplicables** a esa transacción.

La HoL se basó en MacNiven y en el ya citado párrafo del juez Ribeiro para sostener que el análisis que debe efectuarse es qué es lo que los estatutos realmente requieren, en una *“purposive construction”*. Entonces, llevando a cabo este análisis, la HoL sostuvo que el objeto de establecer la posibilidad de deducir gastos por depreciación era el de proveer una contrapartida tributaria al hecho de que el comprador había efectuado un desembolso de dinero en maquinarias o una planta que se utilizarían en un negocio. Consistente con dicho

propósito, los estatutos requerían que el comprador hubiese incurrido en gastos durante la compra, y dichos gastos eran los £91 millones con los que “compró” la central de gas y que “sirvieron de financiamiento” a BGE. Debido a que BMBF era, acorde a los contratos celebrados, el dueño de la planta de gas, entonces a él correspondía deducir los gastos por depreciación de la planta.

El razonamiento del máximo tribunal británico fue el siguiente: a) los estatutos exigían incurrir en gastos de capital en la compra para poder deducir gastos por depreciación, y BMBF incurrió en dichos gastos al comprar la planta de gas: b) como compró la planta de gas, era el dueño, de manera que estaba en su derecho de deducir los gastos por depreciación de la planta; **c) el leasing celebrado por BMBF lo dejó como dueño de la planta de gas y los estatutos establecen requisitos para el *lessor* (BMBF), no para el *lessee* (BGE), de manera que se cumplieron los requisitos cuando la empresa del Grupo Barclays pagó y compró la central de gas. Lo que BGE hizo con el dinero carece de importancia desde un punto de vista estatutario;** d) en consecuencia, si BGE traspasó el dinero y ese mismo dinero, como medio de financiamiento, llegó nuevamente a BMBF, fue una “casualidad de los negocios” y no tiene nada que ver con el cumplimiento de BMBF de los requisitos establecidos en los estatutos: el dueño que efectúa gastos de capital en una transacción puede deducir ciertos gastos, como la depreciación; e) ergo, BMBF tenía el derecho a deducir los gastos de depreciación.

¿Por qué lo que le importó a la HoL fue el cumplimiento de requisitos por parte de BMBF y no estuvo interesado en tener una imagen panorámica de toda la operación llevada a cabo? Porque:

“La decisión del Special Commissioners de que la transacción no tenía realidad comercial depende totalmente de un examen relativo a qué es lo que pasó con el precio luego que BMBF pagó a BGE. Pero estos asuntos no afectan la realidad del gasto llevado a cabo por BMBF y el hecho de que adquirió la planta de gas para propósitos del leasing financiero celebrado”

Consecuentemente, la HoL entendió que BMBF cumplió todos los requisitos establecidos vía estatutaria para deducir los gastos de depreciación por el uso de la planta de gas.

2.4.6. Conclusión

Este era un fallo muy importante, pues como el abogado Sr. Aaronson QC²³⁷ expuso, era una gran oportunidad para la HoL de dilucidar dudas respecto al principio Ramsay, su interpretación y aplicación. La opinión de este investigador es que la HoL falló tremendamente si su propósito era aclarar el principio Ramsay, pues lo que hizo fue oscurecer el entendimiento respecto a dicho principio, además de sentar jurisprudencia abiertamente contradictoria.

A este fallo se le pueden hacer dos grandes críticas, la primera desde un punto de vista de las premisas²³⁸, y la segunda relativa a argumentación interna. El problema con las premisas puede apreciarse en el primer párrafo del fallo, bajo el título “Capital Allowances”, donde la Corte señaló:

“El asunto en esta apelación es si Barclays Mercantile Business Finance Ltd. (BMBF) tiene derecho a efectuar deducciones de gastos como consecuencia de haber pagado £91 millones por la central de gas natural bajo el mar irlandés”

El problema con esta premisa pareciera saltar a la vista: si asumimos que BMBF efectivamente “pagó” los £91 millones a BGE, necesariamente habrá que concluir que tiene derecho a efectuar las deducciones por depreciación, pues los estatutos son bastante claros al respecto. La pregunta por resolver tuvo que ser si BMBF efectivamente había pagado (“...has incurred in capital expenditure...”) a BGE, de manera de estar cumpliendo los requisitos de la sección 24 de la Capital Allowances Act. Si estamos hablando de una operación de financiamiento donde se llevaron a cabo pagos circulares de manera que los fondos comenzaron y terminaron en el mismo lugar (Barclays Bank) luego de apenas 24 horas, donde el banco y el contribuyente pertenecían al mismo conglomerado empresarial y donde, además, el *lessee* no pudo disponer de los fondos porque todos los pasos de la operación estaban predeterminados para que los fondos terminaran donde empezaron, pareciera que el CIR tiene argumentos para sostener que, en verdad, no hubo “pago” en las

²³⁷ Abogado de BMBF. El lector recordará, también, que el Sr. Aaronson QC fue posteriormente el encargado de la redacción de la GAAR británica que se incorporó a su legislación.

²³⁸ VanderWolk, Jefferson. “United Kingdom: The House of Lords and Tax Avoidance – Scottish Provident and BMBF”. Bulletin, April 2005. Página 147 y 148.

transacciones y por tanto no se estarían cumpliendo los requisitos legales para la deducción de gastos. La HoL partió de la base que hubo pago y con eso el análisis empezó dando por probado el asunto más importante de la causa, a mi juicio. En el mismo orden de ideas, la Sect. 24 (1) estableció que el pago debía efectuarse “sola y exclusivamente” por el propósito de la transacción, pero como se ha expresado, hay argumentación sólida para sostener no solo que no hubo pago, sino que además, si se considerase que hubo pago, el mismo no se efectuó sola y exclusivamente por el propósito de la transacción (que sería adquirir maquinaria o una planta de producción), sino que el propósito era meramente el de reducir obligaciones tributarias.

El problema de argumentación interna del fallo es también bastante patente. Para dejar claro este punto, se hará una sucinta recapitulación del razonamiento de la House of Lords. Primeramente, sostuvo que estábamos en presencia de una transacción predeterminada y diseñada para llevarse a cabo completamente; se explicó el principio Ramsay diciendo que el mismo permitía a los tribunales llevar a cabo una interpretación tomando en cuenta los propósitos de los estatutos, de manera de dejar de lado la tan usual interpretación literal; citó al juez Ribeiro para sostener que las transacciones “realmente celebradas” debían analizarse a la luz de los “propósitos de los estatutos”; el propósito de la norma que permitía deducir gastos era incentivar la inversión en maquinaria y plantas, lo cual sabemos no se cumplió en el presente caso porque el financiamiento de la construcción de la planta de gas corrió por cuenta de la banca privada y el leasing celebrado con BMBF no tocó los términos de dichos préstamos de dinero, y; finalmente, citó tres casos en los cuales se llevó a cabo un análisis de la situación completa (y no transacción por transacción) a la luz del propósito de los estatutos.

Si consideramos lo expuesto hasta el momento, pareciera ser que la conclusión natural sería que la operación llevada a cabo por BMBF carecía de realidad económica, que las partes luego de esta operación de 24 horas quedaron en la misma posición que estaban antes con la excepción de la deducción de gastos por depreciación, la que redundaría en una menor carga impositiva para BMBF, por tanto sólo quedaría dejar de lado esta operación para fines tributarios, que es lo que establecía para estos efectos el principio Ramsay. Sin embargo, este es exactamente el punto donde la confusión se apoderó de “BMBF v. Mawson” y

terminó transformándose en uno de los casos más oscuros²³⁹ de la actualidad relativos a elusión tributaria.

Los fallos citados por la misma HoL son argumento sumamente sólido para llegar a la conclusión contraria a la del máximo tribunal británico. Lo que tienen en común estos tres casos es que para resolverlos se analizó la transacción desde la realidad de los hechos, o sea, no solo se tomaron en cuenta los contratos celebrados sino que, además, se determinó cuál había sido la operación “realmente” celebrada. Luego de determinada, se analizó a la luz del propósito de los estatutos legalmente aplicables para ver si, efectivamente, dichos estatutos eran aplicables. La HoL no llevó a cabo un análisis de este tipo en el caso de autos, pero no porque se le hubiese olvidado, sino que deliberadamente decidió no analizar de este modo la causa. ¿Por qué razón? En su opinión, porque la conclusión de que las operaciones que no tenían un propósito comercial no debían considerarse para fines tributarios era “llegar demasiado lejos”. No se ve por qué sería llegar demasiado lejos, si es la conclusión a que consistentemente habían llegado las Cortes de Apelaciones y la HoL anteriormente. A su parecer, la conclusión a que había que llegar era que la purposive construction determinaba “la” transacción a que debían aplicarse los estatutos, para luego determinar si efectivamente eran aplicables los estatutos o no a esa transacción. O sea, la HoL entiende que el Principio Ramsay llamaría a analizar la transacción que particularmente dio origen a la ventaja fiscal.

Nos debe llamar la atención que el Principio Ramsay formulado por Lord Wilberforce, de un modo literal, dice derechamente lo contrario²⁴⁰; además, los primeros dos tercios del fallo van en un sentido, mientras que la conclusión de la HoL pareciera sacada de otro fallo debido a su falta de contexto y asombrosa desconexión con la argumentación allí contenida.

La HoL citó estos fallos – cuyo elemento central era la interpretación de los estatutos tomando en cuenta el propósito de los mismos, además de analizar la transacción realmente llevada a cabo, lo que implicó concluir que en verdad se trataba de una sola operación compleja – para luego analizar el caso BMBF de manera totalmente opuesta: el análisis partió de la base que BMBF había incurrido en gastos de capital para comprar la planta de gas; el análisis jurídico se centró exclusivamente en el contrato de *leasing* por el cual BMBF

²³⁹ Por su falta de claridad y errática argumentación.

²⁴⁰ Que no hay que analizar las operaciones individualmente, sino que como parte de un todo cuando pareciera que fueron concebidas para actuar conjuntamente.

adquirió la planta de gas, obviando que el financiamiento provino de otra empresa del Grupo Barclays, que los pagos se efectuaron en 24 horas y que fueron totalmente circulares; no se preocupó de determinar cuál era la operación realmente llevada a cabo, sólo se enfocó en señalar que el contrato de *leasing* decía que BMBF quedaba como dueño de la planta de gas, por lo que tenía derecho a efectuar las deducciones y; tampoco tomó en cuenta el propósito de los estatutos, que era el de proveer de cierto alivio tributario a las empresas que adquiriesen maquinaria y plantas para así impulsar un negocio, siendo claro que dicho propósito no se cumplía en el caso de autos debido a que con los “fondos” proveídos BGE no hizo nada, aparte de hacerlos circular hacia Deepstream.

En consecuencia, mi opinión es que BMBF v. Mawson fue una sentencia tremendamente errática y cuya argumentación se encontró sumamente desconectada de la conclusión a que arribó la House of Lords. Toda la exposición de los hechos y argumentación de la HoL apuntó a mantener el vigor del principio Ramsay, pero terminó dando la razón a la posición totalmente opuesta, aparte de sentar precedente respecto a que los contratos de *leasing* podían utilizarse para eludir impuestos incluso en el caso en que la elusión fuese el único fin del *leasing*. En resumen, el fallo que intentó poner punto final a la discusión respecto al principio Ramsay fue el que, con distancia, más dudas y signos de interrogación dejó.

2.5. Commissioners of Inland Revenue v. Scottish Provident Institution (2004)

2.5.1. Introducción.

Como se expuso en la introducción del caso anterior, la House of Lords dictó dos fallos el mismo día, ambos sobre elusión tributaria, ambos aplicando el principio Ramsay, pero llegando a conclusiones distintas. Ya revisado BMBF v. Mawson, queda por analizar el caso “Scottish Provident Institution”.

2.5.2. Hechos del caso.

En 1995, en Reino Unido se encontraba vigente la Finance Act de 1994, sin embargo, durante el año se aprobaron ciertas modificaciones estatutarias que posteriormente darían lugar a la Finance Act de 1996. Cabe señalar que los cambios legislativos fueron importantes

en ciertas áreas, como en la de los contratos de opciones y sus tasas de interés. En términos sencillos, bajo la ley primera (Finance Act de 1994), los ingresos que percibiese una sociedad por la venta de opciones no estarían sujetos a tributación, pero sí lo estarían bajo la nueva legislación (Finance Act 1996). En esta nueva legislación, si una sociedad incurría en pérdidas producto de las transacciones llevadas a cabo relativas a contratos de opción y tasas de interés, dichas pérdidas eran deducibles de los ingresos del contribuyente. Muy atentos a esta modificación legal estuvieron en la Scottish Provident Institution (en adelante, también, “SPI” o “el contribuyente”) y en Citibank International PLC (en adelante, también, “Citibank” o “el banco”), de manera que luego de estudiar el tema, Citibank sugirió a SPI llevar a cabo ciertas transacciones en beneficio de ambos.

2.5.2.1. El esquema: Contrato de Opciones y *gilts*.

El esquema sugerido por Citibank a través de su Executive Manager, Fiona Austin Harrold, en términos sencillos fue el siguiente:

- 1.- Estando aún vigente la antigua legislación, SPI celebraría un contrato de Opciones con Citibank, quien le pagaría a SPI una determinada cifra, cercana al precio de mercado de este contrato.
- 2.- Como un seguro, Citibank celebraría un contrato de Opciones con SPI para que el contribuyente le pagase una cifra menor a la contemplada en el contrato de Opciones otorgado por SPI a Citibank. O sea, “Citibank ganaría dinero y SPI generaría una pérdida”.
- 3.- Los contratos de opciones tendrían la cualidad que ambos, en caso de ser activados, obligarían a la contraparte a venderle ciertos securities estatales (que se llamaban “*gilts*”) a un *strike price*²⁴¹. **Los contratos tendrían la misma fecha de expiración para ejercer las opciones y versarían sobre los mismos *gilts*.** La diferencia de estos contratos, entonces, sería quién es el que compra las

²⁴¹ Precio pactado de antemano en los contratos de opción por el cual podrían comprarse los *gilts* una vez activada la opción. La opción “se activa” mediante una comunicación formal entre las partes del contrato. Los *gilts* “se compran” pagando el *strike price*.

opciones, quién es el que las paga y el monto (las opciones vendidas por SPI serían más baratas que las de Citibank).

- 4.- Una vez entrase en vigencia la nueva ley, ambas empresas activarían las opciones de sus contratos respectivos.

Luego de que se llevara a cabo la negociación correspondiente con el equipo tributario y ejecutivo de SPI, las partes llegaron a un acuerdo y decidieron llevar a cabo este esquema el cual se materializó en cuatro contratos, a saber:

- a) Transacción “A”: SPI celebraría un contrato para que Citibank ejerciera la opción de adquirir *gilts* que operaban a una tasa de interés del 8% respecto a un bond de £100.000.000. El precio que Citibank pagaría a SPI sería de £29.750.000 por el contrato de opción. Activar la opción tendría un costo del 70% del bond actualizado, más los correspondientes intereses. Este sería el *strike price* que pagaría Citibank.
- b) Transacción “B”: Citibank celebraría un contrato para que SPI ejerciera la opción de adquirir *gilts* que operaban a una tasa de interés del 8% respecto a un bond de £100.000.000. El precio que SPI pagaría a Citibank sería de £9.810.000 por el contrato de opción. Activar la opción tendría un costo del 90% del bond actualizado, más los correspondientes intereses. Este sería el *strike price* que pagaría SPI.
- c) Acuerdo Colateral: Era una cifra que SPI debía pagar a Citibank con el objeto de desincentivarlo de ejercer su opción antes de tiempo. Esta cifra ascendía a £20.000.000. Dicha cifra sería repagada a SPI a más tardar el 1 de abril de 1996.
- d) Citibank’s *Fee*: El arancel que cobró Citibank por vender la planificación tributaria. Consistía en £60.000 a todo evento y un máximo de £240.000 por extras eventuales, dando un final total máximo de £300.000.

2.5.2.2. Implementación de la planificación tributaria y su objeto: creación de pérdidas deducibles.

Lo primero que hicieron las partes fue celebrar los contratos y pagar los precios respectivos. Se celebró la Transacción “A” y SPI recibió £29.750.000. Este ingreso no tributó porque aún estaba vigente la legislación antigua. Se celebró la Transacción “B” y Citibank recibió £9.810.000, cifra que tampoco tributó.

Una vez entró en vigencia la nueva ley, con fecha 1 de abril de 1996, ambas empresas activaron las respectivas cláusulas de opción de sus contratos, de manera que los hechos se desarrollaron del siguiente modo:

1.- SPI activó el contrato de opción, de manera que “compró” los *gilt* de Citibank a cambio del *strike price* pactado en la Transacción “B”, que para SPI era muy caro (aprox. £90 millones).

2.- Acto seguido, Citibank activó la opción de su contrato para obligar a SPI a “vender” los mismos *gilt*, a cambio del *strike price* pactado en la Transacción “A”, cifra que para Citibank era económica (aprox. £70 millones).

3.- En consecuencia, los *gilt* fueron neteados así como el precio pagado por Citibank, quedando una diferencia en favor de Citibank (aprox. £20 millones) que fue quien pagó menos por los mismos *gilts*. Debido a que SPI compró caro y vendió barato el mismo producto (*los gilts*), reconoció esta “pérdida” tributaria. Esta pérdida sería utilizable contra futuros ingresos porque así lo establecía la legislación vigente al momento de activarse las opciones.

En consecuencia, se estaría logrando el objetivo de la planificación propuesta por Citibank: el cliente (SPI), de la nada, generó una pérdida utilizable contra futuros ingresos. ¿Qué obtuvo Citibank? El *fee* por el esquema tributario vendido²⁴². Como era de esperarse, cuando SPI señaló en su declaración de impuestos la existencia de una pérdida millonaria, aquello fue controvertido por el Inland Revenue.

²⁴² No se considera esa diferencia de £20 millones en favor de Citibank porque la misma era virtual, tal cual la pérdida, los pagos nunca se hicieron.

2.5.3. Normativa aplicable.

Los “*qualifying contracts*” son aquellos contratos en virtud de los cuales, si generaban pérdidas, las mismas podían ser aprovechadas por la empresa que incurría en ellas.

“Section 147 (1): Qualifying Contracts (ley antigua)

(A) Un contrato de tasas de interés con opción;

Es un *qualifying contract* si la sociedad que ejerce la opción adquiere derechos o deberes bajo el contrato o la opción, desde el día que la ejerza.

Section 147 A (1): Debt Contracts (ley nueva)

Los contratos de deuda son *qualifying contracts* si la sociedad que lo celebra queda sujeta a deberes que emanan del contrato en cualquier tiempo o después del 1 de abril de 1996.

Section 150 A (1): Debt Contracts (ley nueva)

El contrato de deuda es un contrato en que una *qualifying company* tiene derecho a ser parte en una operación de préstamo”.

Cabe agregar que las operaciones de préstamo incluyen los *securities* del gobierno, vale decir, *gilts*. Por tanto, debido a que la adquisición de *gilts* era un *debt contract* acorde a la legislación actual, quedaba determinar si la opción otorgada a Citibank le daba derecho (al banco) a los *gilts*.

2.5.4. Fallo de la House of Lords.

La House of Lords comenzó su análisis revisando los estatutos aplicables, para agregar que es claro que si un contrato otorgaba derechos posteriores al ejercicio de una opción, entonces dicho contrato era un *qualifying contract* y, en consecuencia, si el mismo generase pérdidas, las mismas podrían imputarse a la renta del contribuyente y así disminuir su tributación. Esta es la conclusión a la que debe llegarse luego de analizar los estatutos, por tanto, había que determinar si el ejercicio de la opción de Citibank realmente le daba derechos a los *gilts* y, en consecuencia, derecho (“*entitlement*”) a ser parte en la operación de préstamo.

En este punto, el análisis de la HoL fue el siguiente:

“(¿*Citibank tenía derecho a los gilts?*²⁴³) Eso depende de lo que los estatutos entiendan por ‘derecho’ (*entitlement*). Si uno centra su atención en la opción de Citibank, claramente le da un derecho a Citibank, al activar su opción, de adquirir los *gilts*. Por otro lado, si dicha opción forma parte de un esquema tributario mayor por el cual el derecho de Citibank a los *gilts* es cancelado por el derecho de SPI a los mismos *gilts*, entonces podría decirse, en un sentido práctico, que Citibank no tendría derecho a los *gilts*”.

Una vez expuesto el problema, y el modo en que han de estudiarse los estatutos y las transacciones llevadas a cabo, la HoL dio su opinión respecto al principio Ramsay:

“Desde la decisión del caso “W.T. Ramsay Ltd. v. CIR” se ha aceptado que al lenguaje de los estatutos a veces ha de dársele un significado práctico más amplio en este sentido, lo cual permite (de hecho, requiere) que la Corte preste atención a la operación llevada a cabo como una completa serie de transacciones que fueron concebidas para operar como una unidad comercialmente hablando”.

Por lo tanto, la HoL argumentó que el principio Ramsay permitía, y de hecho obligaba, a las Cortes a analizar las operaciones “como un todo”, y no individualmente, cuando las mismas fueron pensadas para llevarse a cabo conjuntamente, de manera que generasen efectos como partes de una sola gran operación. De este modo, la HoL consideró prudente y correcto analizar el esquema completo, considerando ambos contratos de opciones y no solo la opción por la cual Citibank tendría derecho a los *gilts*. SPI argumentó que la Corte sólo podría tratar ambos contratos “como una unidad comercial” si no había posibilidad razonable de que los contratos no fuesen activados al mismo tiempo, o sea, si había una pequeña posibilidad de que las partes no ejercieran las opciones conjuntamente, entonces deberían analizarse los contratos de modo separado y no conjunto, porque **no habría una sola transacción si existía el riesgo/posibilidad de que no se ejercieran estas opciones al mismo tiempo**. Al respecto, SPI se apoyó en el fallo de primera instancia en que el Special Commissioners arguyó que al comparar los contratos de opciones con carreras de caballos, la posibilidad de

²⁴³ Nota agregada por este tesista.

que las tasas de interés cambiasen lo suficiente como para que alguna de las partes decidiese ejercer las opciones de modo individual y separado de la otra parte era comparable con que un caballo desconocido ganase una carrera. Era bastante improbable “pero a veces un caballo desconocido gana una carrera”, por tanto, debía aceptarse la posibilidad de que las partes activasen sus opciones de un modo separado.

Esta argumentación de la mínima posibilidad (“*no practical likelihood*”) de no ejercer al mismo tiempo las opciones se sostenía en “Craven v. White”, un importante fallo de 1989. La HoL consideró, en todo caso, que dicho fallo contenía suficientes matices de diferencia como para no ser aplicado, principalmente el hecho de que en “Craven v. White” la falta de certeza nacía de que no había, aún, un contrato celebrado, mientras que en el caso de autos habían cuatro contratos firmados, de los cuales dos contenían una opción para adquirir *gilts*.

Sin embargo, el punto más importante en el esquema tributario de SPI era precisamente la existencia de un riesgo, puesto que como el bond de £100 millones generaría ganancias de acuerdo a las tasas de interés, y el *strike price* era un porcentaje del bond reajustado más los intereses, por lo que existía una posibilidad *real* de que estas tasas variasen lo suficiente como para incentivar a alguna de las partes a ejercer su opción anticipadamente o a no ejercerla. **Debido a la existencia de este riesgo, la defensa de SPI era que no podía tratarse la operación completa como una unidad comercial, sino que los contratos debían ser analizados separadamente**, y si se analizaban de modo individual, la única conclusión plausible sería que la opción de Citibank le daba derecho a los *gilts* (lo que era requisito para decir que estábamos frente a un *qualifying contract* y, por tanto, las pérdidas de SPI eran deducibles de su renta). Dicho riesgo iría de la mano con el *strike price* por el cual podrían adquirirse las *gilts*, de manera que entre mayor era el *strike price* pactado, mayor sensibilidad a cambios de tasas de interés²⁴⁴. Una de las principales razones, sino la principal, por la que este caso es sumamente famoso en Reino Unido es debido al análisis de la House of Lords relativo a este riesgo en la operación. La HoL expuso su razonamiento de un modo tan claro y preciso que me tomaré la libertad de citar textualmente este famoso párrafo:

²⁴⁴ Si la tasa de interés baja mucho, nunca voy a querer activar la opción y pagar el *strike price*. Si la tasa de interés sube mucho, estaré dispuesto a activar la opción.

“En este caso, la falta de certeza proviene del hecho de que las partes han elegido cuidadosamente el strike price para la opción de SPI, de manera que se ha generado la posibilidad de que la opción no sea ejercida (*ante un aumento importante de las tasas de interés*²⁴⁵). No hay propósito comercial para haber elegido un strike price del 90%. Desde el punto de vista del flujo de dinero (o mejor dicho, “falta de flujo”), el esquema habría funcionado perfectamente si se hubiese fijado un strike price del 80% para SPI y del 60% para Citibank, logrando el mismo ahorro tributario. En consecuencia, **la contingencia por la cual SPI dice que no se trataba de una operación compuesta es parte de la operación compuesta**; elegida sin ningún propósito comercial excepto el hecho de permitir a SPI argumentar que no se trataba de una operación compuesta. Es cierto que se creó un riesgo comercial real, pero las probabilidades estaban lo suficientemente en su favor como para tratarse de un riesgo que las partes estaban dispuestas a aceptar para el éxito del esquema”.

La House of Lords terminó concluyendo que **se destruiría el principio Ramsay para analizar operaciones compuestas si sus efectos compuestos no pudiesen analizarse porque las mismas introdujeron una contingencia comercial irrelevante, que creaba un riesgo lo suficientemente calculado como para decidir que valía la pena aceptar el riesgo**. Aceptar esta conclusión significaría no solo volver al mundo en que los esquemas tributarios florecían, sino que además, lo harían proveídos de “cláusulas anti-Ramsay”. Consecuentemente, el máximo tribunal de Reino Unido decidió que los tribunales inferiores habían errado su juicio y que se trataba de una apelación del CIR que debía aceptarse. El último alegato del abogado de SPI fue que su cliente simplemente había utilizado un vacío de los estatutos tributarios, lo cual no era ilegal ni pernicioso puesto que cada persona podía ordenar sus asuntos tributarios como mejor le pareciese (argumentando con el Duque de Westminster). Ante esta alegación, la Corte le señaló que si la opción de Citibank se hubiese celebrado individualmente, sin la opción de SPI para “recuperar” los *gilts*, se hubiese tratado de una operación legítima y no se hubiese cuestionado. El problema, claro, es que la pérdida tributaria se tenía que generar entre ambas, después de entrada en vigencia la ley. El veredicto fue que las opciones celebradas, en su conjunto, no constituían un *qualifying contract* porque la opción celebrada, en los hechos, no daba derecho a los *gilts*.

²⁴⁵ Nota agregada por este tesista.

2.5.6. Conclusiones y análisis del principio Ramsay.

Parece difícil de creer, pero hay que enfatizar el hecho de que “BMBF v. Mawson” y “Scottish Provident Institution v. CIR” fueron sentencias dictadas el mismo día (25 de noviembre de 2004), por los mismos jueces del mismo máximo tribunal británico, ambos casos relativos a esquemas de elusión tributaria y ambos aplicaron el principio Ramsay para llegar al veredicto, pero así y todo, la aplicación del principio fue sumamente confusa. De hecho, es perfectamente plausible utilizar “Scottish Provident Institution” para argumentar que “BMBF” es un fallo contradictorio y errado en sus conclusiones.

En ambos casos tenemos un esquema de planificación tributaria, en ambos casos hay una serie de transacciones que, presumiblemente, fueron pensadas para operar conjuntamente. La HoL decidió interpretar que en “BMBF” dichas transacciones debían analizarse separadamente, mientras que en “SPI” entendió que las transacciones formaban una operación compuesta, por lo que debían considerarse una sola unidad comercial y analizarse en su conjunto. ¿Qué es lo que cambió entre un fallo y otro? La opinión de este investigador es que lo que cambió fue la aplicación del principio Ramsay y, en concreto, la conceptualización de este principio.

Hay que partir de una base común: el principio Ramsay fue enunciado con el objeto de detener la agresiva planificación tributaria que dominaba sin mayor contrapeso en Reino Unido debido, en buena parte, al precedente del “Duque de Westminster”. Dicho eso, probablemente terminaron los aspectos comunes dentro de los distintos conceptos que hay sobre el principio. Hay dos grandes corrientes de interpretación del principio Ramsay: (1) la que sostiene que el principio Ramsay es la piedra angular de la “*purposive construction*” y, en consecuencia, debe analizarse el propósito de los estatutos al momento de determinar la aplicación de los mismos; (2) la que piensa que el principio Ramsay solo tenía la función de liberar a los jueces de la interpretación literal de los estatutos, por lo que en el fondo no estaría diciendo “nada nuevo”. Estas diferencias se justifican por la redacción del juez Wilberforce al enunciar el principio.

El lector recordará que la enunciación del principio Ramsay comenzó del siguiente modo: “Un sujeto solo debe tributar ante las palabras claras de la ley, no producto de la ‘intención’

de la ley o en base a un principio de ‘equidad’ de la ley”. En consecuencia, si hay palabras claras en los estatutos, no debe buscarse la intención de la legislación. Pareciera ser, entonces, que el principio lo que reafirma es la interpretación literal o, por lo menos, formalista de los estatutos, con aparente aversión respecto a la ‘intención’ estatutaria. Sin embargo, a renglón seguido, Lord Wilberforce señaló: “qué es lo que ha de entenderse por ‘palabras claras’ ha de ser determinado conforme a principios comunes: estos no confinan a las Cortes a una interpretación literal’. Por tanto, la búsqueda del propósito de los estatutos no está prohibida, sino que incluso deberá recurrirse a ella para buscar claridad en las palabras de los estatutos. Mi opinión es que quizás el problema del entendimiento del principio Ramsay estuvo en la redacción finalmente elegida, pero lo que yo sostengo es lo siguiente: el principio Ramsay ordena al intérprete a analizar las transacciones que se le presentan y dicho análisis debe tener en cuenta el propósito, fundamento, de los estatutos aplicables al caso particular. Esto porque si no se sabe lo que en verdad están intentando evitar o incentivar los estatutos, no sabremos cuándo sus palabras serán realmente “claras”.

Además, es razonable pensar que si estuviésemos ante situaciones donde la ley es clara, no tendríamos juicios respecto a transacciones infringiendo los estatutos porque se tendría claridad respecto a qué se puede hacer y qué no. La realidad de los hechos es que los juicios tributarios y fiscalizaciones llevadas a cabo por el Fisco abundan, por lo que es razonable partir de la base que, en general, lo planteado en los estatutos no es tan claro como se desearía y, en caso que no estemos ante una situación totalmente clara, hay que buscar el propósito de los estatutos para precisamente aclarar qué se quiso evitar y qué conducta se quiso incentivar.

El juez Ribeiro quiso aportar para aclarar el campo de aplicación del principio, por lo que explicó: “la pregunta central es si las normas estatutarias pertinentes, interpretadas buscando su propósito, fueron pensadas para aplicar a una determinada transacción, analizada realísticamente”. Mi interpretación del concepto de Ribeiro es que ante una operación, la misma se debe analizar en base a lo que en verdad se está llevando a cabo, vale decir, dejar los contratos en el piso y pensar qué es lo que, económicamente, está sucediendo, quién está ganando, quién está perdiendo, o si en verdad no está ocurriendo nada. Este análisis implica, necesariamente, la revisión de la operación completa para así entender, “realísticamente, qué es lo que se tiene enfrente. Una vez se sepa de qué se trata la operación, revisar la eventualidad aplicabilidad de ciertos estatutos a la misma. Para determinar si tal o cual

estatuto le es aplicable, deberá tenerse en cuenta el propósito de los mismos, la razón por la que existen y por la que dicen lo que dicen, pues de ese modo podrá argumentarse la claridad (o falta de ella) de los estatutos.

Siguiendo con la idea de que el principio Ramsay lo que buscaba era una interpretación de los estatutos buscando la fundamentación de los mismos, puede citarse (y entenderse) el párrafo que llama a analizar las transacciones compuestas como si fuesen una sola unidad comercial²⁴⁶:

“Si puede apreciarse que se intentó que un documento o transacción tuviese efecto como parte de una serie de transacciones o como elemento de una transacción más amplia que debiese ser entendida “como un todo”, no hay nada en la doctrina para evitar que así sea considerado: operar de este modo no implica preferir la forma sobre el fondo o viceversa. Es tarea de la Corte cerciorarse de la naturaleza jurídica de cualquier transacción que busque tener efectos o consecuencias tributarias, y si la misma emerge de una serie de transacciones, que se buscó operasen de aquel modo, es entonces esta serie de transacciones la que debe considerarse para el correspondiente análisis”.

El modo más natural de entender este párrafo - quizás el más importante dentro de lo que es el principio Ramsay - es partiendo de la base que este principio lo que busca es que se analice la realidad económica que se tiene adelante, y si la misma fue planificada con el objeto de que operase conjuntamente, entonces así es como debe considerarse: como una sola operación mayor. Si uno dejase el contexto de lado y revisara las transacciones de un modo individual ¿cómo sabría que no fueron pensadas para operar conjuntamente? **Mi punto es que el principio Ramsay obliga a los jueces a plantearse la pregunta sobre si las transacciones que tiene enfrente fueron pensadas para que operasen de modo conjunto o no y el único modo de responder responsablemente esa pregunta es analizando la operación completa**, por tanto, el análisis de las operaciones individualmente consideradas debiese ser la excepción, y debiese llegarse a la conclusión de que deben revisarse de modo individual solo después de haberlas analizado conjuntamente, puesto que solo en dicha situación podremos decir que “es claro” que deben revisarse de modo separado.

²⁴⁶ W.T. Ramsay

Dicha conclusión es compatible con lo expuesto por Lord Wilberforce y el juez Ribeiro, pero ¿será compatible con lo expuesto por la actual House of Lords? La respuesta es sí, en el presente caso sobre “SPI”, la conclusión más importante a la que se arribó fue gracias a la aplicación del principio Ramsay: “En consecuencia, la contingencia por la cual SPI dice que no se trataba de una operación compuesta **es parte de la operación compuesta**”. No es plausible llegar a esta conclusión sin haber analizado la operación como una unidad comercial, de manera que el máximo tribunal británico aplicó el principio Ramsay de un modo impecable a mi parecer, incluso, pudiendo decirse que fue bastante estricto con el contribuyente al concluir que el riesgo existente en la operación producto de eventuales cambios en las tasas de interés había sido un riesgo premeditado, estudiado y aceptado por las partes a objeto de lograr el éxito del esquema tributario.

Es por lo precedentemente expuesto que es sumamente difícil entender el razonamiento de la House of Lords en BMBF, un caso en donde la aplicabilidad del principio Ramsay fue sumamente restringida y donde se negaron a analizar la operación en su conjunto, por lo que las transacciones solo fueron revisadas de un modo individual. Recordemos que en BMBF, la HoL empezó destacando el hecho de que el tribunal de primera instancia concluyó que las operaciones que habían sido llevadas a cabo se habían concebido para operar como un todo, lo cual no había sido controvertido. Posteriormente citó tres casos en que se había aplicado el principio Ramsay para analizar las transacciones llevadas a cabo como una sola operación y para dejar de lado aquellas que no tenían un propósito comercial distinto a disminuir la tributación del contribuyente. En este punto, parecía claro que la HoL se inclinaría por aplicar Ramsay de un modo consistente y sostendría que debía efectuarse un análisis de la operación completa. Pero basándose en MacNiven (un fallo polémico que generó mucha crítica) y en la opinión del juez Ribeiro (que, a mi parecer, fue una opinión en favor de analizar las operaciones en su totalidad), la HoL sostuvo que el principio Ramsay lo que proponía era evitar las interpretaciones textuales de manera de tener mayor certeza a qué transacción en específico debían aplicarse los estatutos. Mi opinión es que ese no es el espíritu del principio Ramsay, no es lo que buscaba, sino que desentrañar cuál era la operación económica que realmente se estaba llevando a cabo (independiente de los contratos celebrados) y, con eso en mente, determinar la aplicación de los estatutos al respecto.

A pesar de que el Special Commissioners consideró que las transacciones se llevaron a cabo como parte de un todo concebido para operar unitariamente y que los tres casos citados por la misma HoL llamaron a analizar las transacciones como un todo, la HoL se escudó en la literalidad de la sección 24 (1) de la Capital Allowances Act para decir que la misma establecía requisitos para el *lessor* (BMBF) no para el *lessee* (BGE), de manera que una vez BMBF cumplió los requisitos del artículo, la transacción debía considerarse válida, además, la argumentación respecto a que toda la operación carecía de realidad económica dependía de un análisis respecto a qué es lo que BGE hizo con el precio pagado, por lo que no era atinente para el caso. **Nos debe llamar mucho la atención porque no es plausible considerar que la HoL estuvo bien en ambas sentencias, en una tuvo que haber errado puesto que la interpretación del principio Ramsay fue opuesta en ambos fallos.** En BMBF, era un principio que llamaba a los jueces a no interpretar literalmente los estatutos y a aplicarlos a la transacción que en específico generaba el problema. En SPI era un principio que permitía analizar la operación realmente llevada a cabo, y a la luz de los hechos, analizarla como una sola unidad de transacciones. Se trata de las dos interpretaciones de Ramsay y la HoL aplicó ambas **el mismo día**, por lo que la confusión respecto a Ramsay, que estaba empezando a apaciguarse después de Westmoreland, sólo se incrementó y quedaron vigentes ambas posiciones, incompatibles, sobre este principio.

2.6. Rangers Football Club Plc v. Advocate General for Scotland (2017)

2.6.1. Introducción

Este caso es importante no solo por lo actual (año 2017) sino que también porque muestra que el análisis que se lleva a cabo para determinar los estatutos a aplicar, y cómo aplicarlos, es relativo a lo que en realidad está ocurriendo, independiente de lo que digan los contratos celebrados. Este caso aplica ideas contenidas tanto en “Ramsay” como en “Scottish Provident”, demostrando la vigencia de este tipo de razonamiento a nivel de máximos tribunales de justicia.

2.6.2. Los hechos.

Este es un caso en que ciertas remuneraciones y bonos no se pagaron directamente al empleado, sino que vía *trusts*²⁴⁷, por los años 2001 a 2009. La institución respecto a la cual versó este caso fue Rangers Football Club Plc (en adelante, también, “RFC” o “el contribuyente”), club con más campeonatos nacionales de fútbol de la Primera División escocesa (“Scottish Premier League” fue su nombre hasta 2013, para posteriormente empezar a llamarse “Scottish Premiership” o, por razones de patrocinio, “Ladbrokes Premiership”), habiendo sido campeón 54 veces. Como podrá apreciarse, se trata del club más importante de Escocia junto al Celtic Football Club, por lo que tanto sus ingresos como egresos son números importantes. Debido a la importancia de estos números, RFC llevó a cabo un esquema de planificación tributaria con el objeto de disminuir su tributación respecto al PAYE²⁴⁸ y NIC²⁴⁹.

RFC fue parte²⁵⁰ de un holding internacional mayor llamado “Murray International Holdings Ltd.” que tenía varias empresas, entre ellas, “Murray Group Management Ltd.” (en adelante, también, “MGML”). El 20 de abril de 2001, MGML creó un “*Remuneration Trust*” (al cual me referiré como “*Trust Principal*”), el cual se utilizaba por las empresas del Grupo Murray para pagar sueldos y bonos a sus altos ejecutivos. Debido a que RFC era una sociedad del Grupo Murray, también utilizó este mecanismo para remunerar a ejecutivos y a sus futbolistas. La idea era que parte del sueldo se pagase directamente al jugador (con todas las obligaciones laborales y tributarias respectivas) pero otra parte del sueldo se depositara en el Trust Principal.

El trustee del Trust Principal era la sociedad Equity Trust Ltd. (en adelante, también, “Equity”), que después sería reemplazada por Trident Trust Company Ltd., (en adelante, también, “Trident”) la cual tenía la siguiente obligación: una vez recibiese pagos como

²⁴⁷ Los “*Trusts*” representan cierta entidad legal que funciona como un “fondo” en favor de un tercero. Las partes de un *Trust* son las siguientes: **a) Grantor:** Persona, natural o jurídica, que efectúa un depósito (el Trust) el cual puede consistir en dinero, inmuebles, acciones, etc; **b) Trustee:** Persona, natural o jurídica, encargada de administrar y resguardar los bienes depositados por el Grantor; **c) Beneficiario:** Persona, natural o jurídica, que recibirá el depósito resguardado por el Trustee una vez se cumpla determinado plazo o condición establecido en el contrato de Trust.

²⁴⁸ Tributación del empleador conforme al régimen “Pay As You Earn” (PAYE).

²⁴⁹ National Insurance Contribution (NIC, impuesto relativo a las remuneraciones pagadas a los empleados).

²⁵⁰ RFC estaba en proceso de liquidación y durante el tiempo en que se tramitó esta causa, fue vendida por el Grupo Murray.

remuneración en favor de un jugador, debía crear un “sub-trust” donde el protector del mismo sería el jugador y él podría determinar a qué persona favorecería el sub-trust. Trident sería el trustee del sub-trust también, por lo menos inicialmente. El trustee podía ejercer su discreción comercial para aceptar el deber de crear el sub-trust o no, pero estaría obligado a actuar de este modo si los dineros recibidos en el Trust Principal eran pagados por RFC al jugador. Por lo tanto, cada vez que RFC pagaba a un jugador vía el Trust Principal, Trident creaba un sub-trust donde el “grantor” era el jugador y el beneficiario del sub-trust era la persona que el jugador eligiese (en la gran mayoría de los casos, su pareja y/o sus hijos). Si el jugador necesitaba acceso a los fondos del sub-trust, le pedía un “préstamo” al sub-trust. Tanto RFC como el jugador sabían que dicho préstamo no se pagaría, pero contractualmente, estaría generando intereses. Debido a que era una cifra que nunca se pagaría, una vez falleciera el jugador, estos intereses “disminuirían” el patrimonio del jugador, por lo que consecuentemente el impuesto a la herencia a pagar sería menor también. Este punto incentivó a los jugadores a aceptar este esquema de pago, aparte de que, al operar de este modo, RFC estaría en condiciones de aumentar la remuneración de los jugadores.

¿Cómo operaría este esquema en los hechos? En la negociación entre RFC y el agente del jugador, un ejecutivo de RFC explicaría cómo funcionaría el pago de las remuneraciones, dejando en claro que RFC haría dos pagos: uno al jugador (pago sujeto a las deducciones de NIC según PAYE) y otro pago al Trust Principal. Debido a que la “Scottish Football Association” (también “SFA”) exigía a los clubes que le entregasen una copia de los contratos de trabajo de sus jugadores, RFC celebró dos contratos con los jugadores: en el primer contrato se establecía la remuneración a pagar directamente por RFC al jugador, donde se cumplirían todas las obligaciones tributarias y laborales, siendo este contrato el que RFC presentó a la SFA. Pero en el segundo contrato (“*side letter*”) se establecería el pago de RFC al *Trust Principal*, lo que no era de conocimiento de la SFA.

Cabe dejar claro que el jugador, como protector, tenía total control sobre el sub-trust. La cláusula 7 de la *side letter* señalaba que el jugador tenía derecho a nombrar y cambiar el trustee del sub-trust cuando quisiera, mientras que la cláusula 9 permitía al jugador a cambiar ciertas condiciones del sub-trust (a quien beneficiaría, a qué interés se harían los préstamos, etc). Básicamente podía hacer lo que quisiera, excepto, nombrarse a sí mismo como beneficiario del sub-trust. Había otro elemento en la creación de este sub-trust, y es que el mismo dependía un poco de la discreción del trustee. En 2006, RFC cambió a Equity por

Trident por la necesidad de que se ejerciera la menor discreción posible, tanto para la creación del sub-trust como para que no se fuera a obligar coercitivamente al protector que pagase el préstamo. Si bien se entendía no podía disminuirse a cero el riesgo de problemas con el trustee, se quería que fuese el menor posible.

Finalmente, RFC utilizaba los trusts tanto para el pago de bonos como para indemnizaciones, incluyendo a sus jugadores como a sus ejecutivos.

La razón por la que RFC entendía que este esquema funcionaría era porque, rigurosamente hablando, el jugador no recibiría los pagos efectuados al Trust Principal, dado que el recipiente de esos pagos, contractualmente, era el Trust Principal. Debido a que el jugador no los recibiría, no deberían considerarse remuneración y, en consecuencia, se trataría de pagos no afectos a NIC según PAYE. Sin embargo, como estableció de modo preclaro Lord Hudge²⁵¹:

“La pregunta principal era acerca de si el recipiente de la remuneración debía ser el empleado, a menos que él voluntariamente haya redirigido su derecho a otra persona. El error fatal, o autogol del esquema, fue asumir que la respuesta a esta pregunta era ‘sí’”.

El servicio de impuestos internos escocés no aceptó que RFC no tributase el NIC según PAYE respecto a los pagos efectuados al Trust Principal y la disputa llegó a tribunales.

2.6.3. Normativa aplicable.

Como se expuso, este esquema tributario fue aplicado por los años 2001 a 2009, existiendo una reforma a la normativa tributaria aplicable en el año 2003, razón por la cual habrá que referirse a la Income Corporation Taxes Act (“ICTA”) de 1988 para los primeros años del esquema, y a la Income Tax Earnings and Pensions Act (“ITEPA”) de 2003 para el resto. Además, a ambas serán aplicables las Income Tax Regulations de 1993 (también, “las

²⁵¹ Juez de la Corte Suprema de Escocia, en una charla titulada “The RFC case, tax avoidance schemes and statutory interpretation: off side goals, yellow cards and own goals”. Esta charla se dio en la Edinburgh Tax Network Annual Lecture Parliament House, con fecha 14 de diciembre de 2017.

Regulaciones de 1993”) y sólo a ITEPA se aplicarán las PAYE Regulations de 2003 (PAYE Regulations).

En consideración a este cambio en la legislación, hay numerosa normativa que debe considerarse para determinar la correcta aplicación del derecho al caso concreto, por lo que la misma se resumirá del siguiente modo:

- a) Si un empleador paga emolumentos (o ganancias, desde 2003) sujetos a impuesto, dichos emolumentos (o ganancias) tendrán un respectivo NIC según PAYE, el cual deberá deducir de los emolumentos (o ganancias) pagados.
- b) Una vez los deduzca de lo pagado por concepto de trabajo remunerado, deberá enterarlos en arcas fiscales.
- c) Los ingresos PAYE serán “cualquier ingreso que un empleado reciba como consecuencia de su trabajo”
- d) “Empleado” será cualquier persona que tenga derecho al pago de emolumentos como consecuencia de su trabajo.
- e) “Emolumentos” es un concepto sumamente amplio, básicamente, cualquier bien apreciable en dinero.

En consecuencia, el problema tributario del caso de autos salta a la vista: debido a que la remuneración del empleado estaba dividida en dos, sólo aquella parte que trataba de un pago directo al empleado generaba NIC según la interpretación de RFC, por tanto, sólo dicho NIC fue enterado en arcas fiscales. El Commissioners of Internal Revenue argumentó que las cifras pagadas al Trust Principal eran remuneración también, por tanto, generaron un NIC que no fue pagado.

2.6.4. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Escocia.

La Corte Suprema de Escocia (en adelante, también, “CSE”) comenzó su análisis señalando que se tendrían presente los principios establecidos en Ramsay y en BMBF. Lo llamativo es

que, luego de exponer que se llevaría a cabo una interpretación buscando el propósito de la legislación (para aplicarla a transacciones económicas con existencia en el “mundo real”), señaló que BMBF era un caso en donde se había plasmado la idea de que debía llevarse a cabo un análisis según el propósito de los estatutos²⁵². Para ello, citó al juez Nicholls:

“La esencia del nuevo enfoque fue la de dar a los estatutos una interpretación en base al propósito de los mismos para así determinar la naturaleza de la transacción, para la cual se intentó la misma sea aplicable, y decidir si aquella transacción (que puede involucrar, o no, un cierto número de otras transacciones pensadas para operar conjuntamente) responde la descripción estatutaria. Al final, la pregunta siempre es si la provisión relevante de los estatutos, interpretada conforme a sus propósitos, aplica a los hechos del caso”.

Esta es la idea fuerza en Ramsay, que fue muy bien explicada en BMBF, para luego no ser aplicada. La misma Corte señaló el argumento de la HoL para aplicar de modo tan especial Ramsay, y fue que la HoL entendió que Ramsay llamaba a interpretar los estatutos de acuerdo a sus propósitos para así determinar la transacción en específico a la cual debían aplicarse los estatutos. Consecuentemente, según esta interpretación, los estatutos debían aplicarse a una transacción en específica y como lo hicieron así en BMBF, era una interpretación correcta según la HoL, pero no según la Corte Suprema de Escocia²⁵³, de manera que se llevaría a cabo un análisis un poco más amplio y no restringido a alguna operación en específico.

Posterior a esta introducción donde la Corte Suprema de Escocia señaló el tipo de análisis a llevar a cabo (interpretación conforme a los propósitos de los estatutos, como sostuvo Ramsay), sentó la primera base del análisis: las cortes inferiores consideraron válidos tanto el Trust Principal como los sub-trusts y los préstamos que se llevaron a cabo, sosteniendo

²⁵² Lo que, como quedó claro en el análisis del caso BMBF, requiere efectuar una cierta diferenciación: en BMBF efectivamente se dijo que debería llevarse a cabo una “purposive construction” de los estatutos, tal cual lo señalaba Ramsay. El punto es que la HoL tenía una interpretación sumamente restrictiva de qué era “purposive construction”.

²⁵³ Porque llamó a efectuar un análisis respecto de los hechos relevantes del caso, aplicando el propósito de las provisiones atinentes. De esta manera, no limitó su análisis a solo una transacción importante, sino que lo importante eran los hechos (una o más transacciones) y el propósito de el o los estatutos aplicables.

que no eran ficticios sino reales. A este respecto, la CSE señaló que debido a que estas conclusiones no habían sido controvertidas por la HMRC, entonces se partiría de la base de que eran operaciones genuinas y su “realidad” no estaba en discusión.

Entonces, ¿cuál era la discusión? **La discusión jurídica versó en que, en opinión de la HMRC, los emolumentos o ganancias pagados por el empleador tenían su justificación en el trabajo del empleado, y dichas ganancias estarían sujetas a NIC según PAYE fuesen pagadas directamente al empleado o si habían sido redirigidas a terceros (en este caso, el Trust Principal).** La opinión de RFC fue que el pago de ganancias o emolumentos a terceros no puede considerarse pago efectuado al empleado a menos que el empleado haya tenido derecho al pago de esos emolumentos o ganancias y él los haya redirigido a un tercero. Debido a que los empleados nunca tuvieron derecho respecto a los pagos efectuados a los Trusts (y el acceso que tuvieron a esos dineros fue mediante préstamos efectuados por los sub-trusts), no podían generar el impuesto que HMRC estaba imputando.

El análisis de la CSE se dividió en dos partes: Interpretación de la legislación y aplicación de la legislación al caso particular.

2.6.4.1. Interpretación de la legislación.

La CSE partió desde el comienzo con su análisis al sostener que:

“El impuesto a los emolumentos o ganancias era, principalmente pero no exclusivamente, un impuesto al pago de dinero de un empleador a un empleado como recompensa por su trabajo como empleado. Como hemos visto, la sección 19 de la ICTA señaló que el impuesto a la renta de la Schedule E será cobrado sobre los emolumentos pagados por el empleador. En otras palabras, se trata de un impuesto sobre la remuneración que un empleador paga a un empleado por sus servicios como empleado”.

Era necesario partir de esta base para simplificar el análisis, y es que los emolumentos pagados por el empleador a cambio de servicios prestados por su empleado, estaban sujetos al impuesto establecido en la Schedule E. La pregunta es, entonces, si alguna provisión

obliga a que el empleado sea el que deba recibir dichos emolumentos, o que por lo menos deba tener derecho a recibirlos, para el devengo del impuesto. Como sabemos, RFC partió de la base de que sí.

La CSE señaló que, si uno lleva a cabo un análisis cuidadoso, se dará cuenta que no hay ninguna provisión que obligue a que el pago deba efectuarse directamente a la persona del empleado, o que deba tener derecho a ser el único recipiente del pago, para que sea considerado “emolumento o ganancia”. Como lo señaló la sección 13 de la ICTA de 1988, el sujeto pasivo del impuesto es la persona cuyo empleo se relaciona con los emolumentos o ganancias pagadas. Puede deducirse, entonces que “el empleado, cuyo trabajo justifica su remuneración, es el sujeto pasivo del impuesto, no el recipiente de las ganancias²⁵⁴”.

Otro punto importante señalado por la CSE es que los estatutos citados para la resolución del caso, salvo en un caso²⁵⁵, no restringen el concepto de emolumento requiriendo que sean pagados a un recipiente específico, de hecho, ni siquiera se refieren a algún recipiente específico del pago. Al respecto, a CSE expuso que “empleado” había sido definido por las Regulaciones de 1993 como “cualquier persona que recibiese emolumentos”. De esta manera, **debía concluirse que quien recibiese emolumentos era empleado**. La regulación 12 de las PAYE Regulations señaló que “otras personas receptoras de ganancias serán tratadas como empleados”, por tanto, la CSE concluyó que:

“Entonces, yo leo ‘pago hecho a un empleado’ o frases similares como referentes a un pago de emolumentos hecho a un empleado o a otra persona”.

En consecuencia, no es necesario que el pago se haga directamente a la persona del empleado para que dichos pagos sean considerados emolumentos o ganancias y, en consecuencia, den origen a NIC, sino que la conexión radica en que el fundamento de los pagos sea el trabajo del empleado, no siendo determinante la persona en específico que los recibe. Al respecto, y para cerrar esta parte del caso, la CSE arguyó:

²⁵⁴ Fallo de la CSE en el caso “Rangers Football Club Plc v. Advocate General for Scotland”.

²⁵⁵ Section 62 (2)(b) de la ICTA de 1988, la que señala que “ganancias” serán cualquier (2)(b) gratificación, utilidad o beneficio incidental de cualquier clase obtenido **por el empleado** (...)

“Si un empleado entra en un contrato o contratos con su empleador donde se señala que a él, como empleado, se le pagará £X y que como parte de su remuneración el empleador pagará £Y a la esposa del empleado, **no hay ninguna provisión estatutaria que haga tributar el primer pago y no el segundo**”

Por tanto, el modo en que se redactaron las provisiones aplicables al caso particular no apoyan la idea de que los estatutos pretendiesen se excluyese de tributación los pagos hechos a un tercero cuando se justificaran en el trabajo del empleado.

2.6.4.2. Aplicación de la legislación a los hechos.

Sostuvo la CSE que el pago de dinero por parte de RFC al Trust Principal era parte de las remuneraciones del futbolista y de otros empleados, como altos ejecutivos. Las conversaciones que los ejecutivos de RFC tenían con los agentes de los futbolistas eran para explicarles el esquema de pago, negociar las remuneraciones netas que percibirían y los efectos de los préstamos conferidos por los sub-trusts en el impuesto a la herencia del futbolista.

Los beneficiarios del sub-trust eran, prácticamente siempre, la familia del futbolista. De esta manera, los intereses acumulados que debían pagarse por los préstamos otorgados por el sub-trust, beneficiaban a la familia del futbolista y además disminuían su impuesto a la herencia.

Se cambió de empresa administradora de trusts (desde Equity a Trident) por la necesidad de que no hubiesen problemas en crear un sub-trust por jugador y al mismo tiempo, no forzar el pago del préstamo efectuado por el sub-trust a los jugadores.

El esquema se pensó para dar acceso a los jugadores a sus rentas, tanto provenientes del contrato con RFC como aquellas que se encontraban en el sub-trust, las cuales no llegarían directamente a los jugadores sino que a los miembros de la familia que el jugador señalara como beneficiarios del sub-trust. En consecuencia, **la CSE concluyó que los pagos que RFC efectuó al trustee del Trust Principal, que luego pasarían al sub-trust particular de cada futbolista, eran emolumentos o ganancias por los servicios prestados.**

Había una probabilidad de que el trustee del Trust Principal no aceptara crear un sub-trust por futbolista, o que no aceptara que los préstamos efectuados por el sub-trust no fuesen pagados, pero esta “chance” de que las cosas no salieran como se habían planeado no alteraba la naturaleza jurídica de los pagos hechos por RFC al Trust Principal. Al respecto, la CSE citó a “Scottish Provident Institution” al sostener que:

“El efecto compuesto de tal esquema debe ser considerado como si hubiese sido concebido para operar conjuntamente, sin consideración con la posibilidad de que, contrario a la intención de las partes, pudiese no resultar como planeado”.

Por lo tanto, no queda más que considerar que los pagos efectuados por RFC a sus futbolistas y altos ejecutivos, independiente del recipiente de los pagos, eran emolumentos o ganancias que se justificaban en el trabajo del empleado y, en consecuencia, generaban NIC según PAYE, impuestos no enterados en arcas fiscales, por lo que debía rechazarse la apelación intentada por RFC.

2.6.5. Conclusión.

La importancia de este caso radica en mostrar la vigencia del principio Ramsay como un principio que llamó a los jueces a interpretar la legislación tributaria en base a los propósitos de la misma, lo que significa que había aplicar los estatutos a “la realidad” de lo que estaba ocurriendo. En el caso en específico, se analizó la operación llevada a cabo en su conjunto y no solo la operación que llamó la atención primeramente (el pago efectuado por RFC al Trust Principal), por lo que pudo analizarse correctamente la realidad de la operación realizada. Esta operación consistió en, básicamente, seccionar el pago de las altas remuneraciones que percibían los futbolistas y altos ejecutivos del Grupo Murray. De este modo, solo lo pagado directamente al futbolista generaría NIC, mientras que el resto de la remuneración que se pagó indirectamente vía el Trust Principal y los préstamos de los sub-trusts no debiesen pagar NIC. Pero como Lord Hodge expuso, el problema de la planificación de RFC radicó en que asumieron que para tributar NIC la remuneración debía ser percibida por el futbolista directamente, o por lo menos, haber tenido derecho a percibirla antes de que llegase a terceros.

Luego del análisis pormenorizado de la legislación aplicable al caso, la CSE concluyó que los estatutos (interpretados acorde a su propósito) no exigían que el pago se realizase a la persona del empleado para que se devengara el NIC, por lo que bastaba probar que el pago de los emolumentos o ganancias se justificaban en el trabajo del empleado para entender que estos pagos generaban NIC, independiente de quién los recibiese. En mi opinión, el punto más importante del presente caso estuvo en las Regulaciones de 1993 y las Regulaciones PAYE de 2003 cuando se refirieron a “empleado” y a quién podía ser empleado, porque el concepto que daban era lo suficientemente amplio como para deducir que “empleado” era un concepto más amplio que “recipiente del pago”. De este modo, un pago efectuado a alguien distinto de la persona que prestó sus servicios podía, de todos modos, considerarse un pago efectuado a un empleado (y por consiguiente, devengar NIC) y eso es lo que ocurrió en el caso de autos: el pago que RFC hizo al Trust Principal, con objeto de crear un sub-trust por futbolista, se consideró “emolumentos o ganancias”, porque no era necesario que llegasen directamente al bolsillo del futbolista o ejecutivo para entenderse que se le estaba remunerando por sus servicios. De hecho, lo importante fue probar que la causa del pago eran los servicios prestados, y una vez que se probó dicho punto, la CSE se limitó a argumentar el por qué un pago realizado a un tercero de todos modos podía ser emolumentos o ganancias para el trabajador. La respuesta rápida, como se notó ya, es que esos pagos estaban fundamentados en los servicios prestados por el futbolista, razón por la que eran pagos en remuneración de dichos servicios. En segundo lugar, porque no es obligatorio que el pago llegue directamente al empleado para que se consideren emolumentos o ganancias por servicios prestados. Consecuentemente, no podía acogerse la apelación de RFC por la que reclamaba el mal cobro del NIC determinado según PAYE.

Quisiera destacar que la CSE se basó en Ramsay y en la enunciación de principios de BMBF (que es lo destacable de dicho fallo, no su conclusión) para analizar la realidad de la situación que se le presentó, que eran básicamente pagos a un futbolista y pagos a un trust, que creaba un sub-trust donde el protector era el futbolista y los beneficiarios eran familiares del futbolista, por lo que en resumen, eran pagos al futbolista y su familia. Por eso resultó tan atingente (y poderoso) el argumento de la CSE de que, si un empleador pagaba a un empleado y a su esposa, ninguna provisión estatutaria haría tributar el primer pago y no el segundo, porque la ley asumiría que, si dichos pagos tenían su causa en los servicios prestados por el trabajador, entonces eran pagos que remuneraban aquellos servicios, independiente de si eran todos pagados directamente al trabajador o no.

Finalmente, el caso Rangers se sumó a la larga lista de casos tributarios que para fallar se basaron en Ramsay, pero ya delimitando de un modo más claro su alcance y aplicación. Este reciente caso, de 2017, nos muestra que Ramsay es un principio que sigue vigente pero que ha demorado cerca de 30 años en estabilizar su contenido, luego de un comienzo más bien turbulento en donde aparecieron variadas interpretaciones respecto a cómo aplicar este principio. Lo que podemos concluir ahora es que, actualmente (y el caso Rangers es una muestra), Ramsay sigue utilizándose a nivel judicial y es motivo para que se analice la operación económica que se está llevando a cabo en realidad, lo que debe ir acompañado de una interpretación de los estatutos que busque el propósito de los mismos.

2.7.- Primera aplicación en la historia de la GAAR británica (18 julio de 2017)

2.7.1.- Introducción

Si bien es la primera vez que la GAAR se aplica en Reino Unido luego de haber sido incorporada a su legislación, no fue un tribunal de justicia quien la aplicó, sino que la GAAR Advisory Panel. Cuando la HMRC piense que la GAAR es aplicable, deberá dar cumplimiento a ciertos requisitos procesales, que serían básicamente:

- 1.- Designar un oficial: Se trata de un funcionario de experiencia que llevará adelante la investigación y representará a la HMRC en su argumentación de que la GAAR es aplicable.
- 2.- Acudir al GAAR Advisory Panel: Este es un panel de expertos cuya opinión será consultada a petición del oficial de la HMRC.

El caso llegará a este panel, quien emitirá su opinión respecto a si las operaciones llevadas a cabo revisten el carácter de abusivas conforme a lo expuesto tanto por la HMRC como por el contribuyente. Cabe destacar que la opinión del panel no dice relación con la existencia de un beneficio tributario o si el deseo del contribuyente era reducir su tributación, sino que se centra en responder la pregunta de si las operaciones llevadas a cabo eran “un curso razonable de acción del contribuyente”. Debido a las reglas de la GAAR, la opinión del panel

se deberá publicar en la página web de la HMRC pero se deberá anonimizar a las partes, de manera que en esta etapa del asunto no sabemos quiénes son las personas involucradas, sólo sabemos que se trata de una empresa a la que se dirigieron como “Company”, a un socio que era “Mr. X” y a una socia que era “Mrs. Y”.

2.7.2.- Hechos del caso.

Una empresa (en adelante, “la Compañía”) quería premiar a dos empleados (Mr. X y Mrs. Y, en adelante y en conjunto, “los empleados”) debido a su buen desempeño, de manera que quiso pagarles un bono pero de un modo especial, de modo que no consistieran en remuneración sujeta a tributación. Los pasos adoptados fueron los siguientes:

- 1.- La Compañía creó un Employee Benefit Trust (en adelante, “EBT”) el cual sería el medio para pagar a sus empleados.
- 2.- Los empleados, financiados por la Compañía, compraron lingotes de oro a un tercero donde cada uno gastó £150.000.
- 3.- El deber de la Compañía de pagar al proveedor de los lingotes fue asumido por los empleados a cambio de un préstamo de dinero para ellos equivalente al valor de los lingotes.
- 4.- Una vez los empleados recibieron el oro, lo vendieron inmediatamente en el valor que lo compraron, esto es, £150.000 cada uno.
- 5.- Se creó una obligación a largo plazo por la cual los empleados estaban obligados a pagar al trustee del EBT una cifra a lo menos igual a lo que costaron los lingotes de oro (£150.000 por cada empleado).

Puntos controvertidos:

- 1.- HMRC sostiene que la obligación de los empleados con el trustee es mínima en comparación a una operación similar llevada a cabo según “arm’s length”

- 2.- HMRC sostiene que no hay prueba de que los empleados estén realmente obligados a efectuar este pago al EBT (si se efectuara el pago, se anularía el beneficio de los £150.000 por empleado²⁵⁶).

En consecuencia:

- 1.- Cada uno de los empleados tiene a su disposición £150.000 por la venta de los lingotes de oro.
- 2.- Los ingresos de la Compañía se redujeron en £300.000
- 3.- Los empleados no tributan por la ganancia de capital que les implicó la venta del oro, porque ambos tiene un “pasivo” de £150.000.

2.7.3.- GAAR Advisory Panel

2.7.3.1.- ¿Por qué la planificación funcionaría?

En primer lugar, es menester tener presente que la sección 62 de la ITEPA 2003²⁵⁷ define “ganancias” de un modo sumamente amplio, dentro de lo cual considera dinero y bienes valuables en dinero. La sección 554Z8 (6), de la Part 7 de la misma ITEPA 2003, dispone que si en el pago de premios o bonos existe un “paso relevante” que no involucre una suma de dinero, dicho “paso relevante” podrá disminuirse si los empleados incurren en un pasivo, entonces dicho pasivo se puede utilizar para disminuir la obligación tributaria del empleador. Esta es la razón por la cual el premio se pagó en lingotes de oro (no podía tratarse de dinero) y por qué la deuda con el trustee la asumieron los empleados (disminuir el “paso relevante”), siendo que era totalmente intuitivo que la hubiese asumido la Compañía. Un punto importante es que la sección 554Z8 (6) se vuelve aplicable por el mismo artículo pero (5), la cual no contemplaba la disposición “que no haya conexión directa o indirecta entre el pago con un arreglo tributario”. Esta omisión fundamentaba la planificación de la Compañía y los empleados.

²⁵⁶ Sin embargo, debido a que el análisis del panel debe estar estrictamente abocado a si el modo de actuar de la Compañía fue razonable, entonces no tomaría en consideración ninguno de los puntos que levantó la HMRC.

²⁵⁷ Income Tax Earnings and Pensions Act of 2003.

2.7.3.2.- Razonamiento del GAAR Advisory Panel

El panel sostuvo que el espíritu de la Parte 7A de la ITEPA 2003 fue que, si un tercero incurre en una provisión en favor de un empleado, como premio, reconocimiento o préstamo, se devengará el impuesto a las ganancias del empleado. Eso, además, quedó confirmado por un “Ministerial Statement” que se publicó el 9 de diciembre de 2010²⁵⁸ y aclaró el propósito de la Parte 7A comentada. En consecuencia, el propósito de la Parte 7A comentada dice relación con hacer tributar “aquello que se recibe” más que el aparente beneficio económico. La razón de por qué es importante esta interpretación radica en que los empleados sostuvieron que no tenían beneficio económico porque si bien recibieron al final £150.000 cada uno, dicho ingreso estaba contrarrestado por su deuda con el trustee, avaluada en los mismos £150.000 por ejecutivo.

La Finance Act of 2013 obliga al panel a responder ciertas preguntas, las que fueron las siguientes:

¿Lo que se hizo, involucró pasos planeados²⁵⁹ o anormales?²⁶⁰ El panel sostuvo que era anormal para un empleador recompensar a sus empleados con oro; que era anormal que en un arreglo en que se decidiera introducir un bien a la ecuación, el mismo bien se vendiera inmediatamente luego de recibido; en consecuencia, “no veían una razón por la cual el empleador utilizase oro, excepto por cuestiones tributarias”; no es anormal que un empleador constituya un trust para recompensar a sus empleados, pero es anormal que los deudores en el trust sean los empleados y no el empleador.

¿Lo que se hizo es consistente con los principios de la legislación específica que habría sido vulnerada?²⁶¹ El panel señaló que era claro que las secciones involucradas pretendían hacer tributar a los empleados por los premios que recibiesen, ante lo cual se adoptaron pasos

²⁵⁸ Anterior a la planificación de “la Compañía”.

²⁵⁹ En rigor, la palabra utilizada fue “contrived”, la cual dice relación con idear o planear algo, pero del modo “darse maña” para algo. En consecuencia, tiene una connotación de intento soslayar una regla.

²⁶⁰ Finance Act 2013, Sección 207 (2) (b)

²⁶¹ Finance Act 2013, Sección 207 (2) (a)

anormales para evitar caer en el hecho gravado de la ley; que el modo más similar al actuar de la Compañía, que se hubiese considerado normal, era que se hubiese establecido el EBT, que el deudor fuese la Compañía y que los empleados obtuviesen los fondos vía préstamos, pero que aquello implicaba la tributación tanto de los empleados (NIC según PAYE) como evitar que la Compañía redujese sus deberes fiscales.

¿Hay algún resquicio que el contribuyente hubiese explotado con el objeto de poder reclamar el beneficio?²⁶² El panel sostuvo que sí, puesto que la sección específica que permitía reducir el monto de los pasos relevantes señalaba como requisito que se tratara de un beneficio distinto al dinero (por eso se usó oro) y dicha sección no hacía referencia a beneficios producto de un arreglo tributario. En cambio, la sección justamente anterior sí hacía esta referencia, razón por la cual no fue utilizada.

Por tanto, la conclusión del panel fue que:

- a) Entrar a esta operación tributaria no era un curso razonable de acción, acorde a lo analizado.
- b) Llevar a cabo y finalizar la operación no era un curso razonable de acción, acorde a lo analizado.

2.7.4.- Conclusión

Es complejo llegar a una conclusión respecto a la utilización de la GAAR, puesto que es la primera vez que opera, y porque es una decisión de un panel cuyo análisis se encuentra en una etapa procesal anterior al juicio tributario, razón por la cual no trata sobre el pronunciamiento de un tribunal. Pero, además, porque como el lector podrá haber notado, se trata de una planificación “poco sofisticada”, para no decir burda derechamente. Al respecto, Heather Self, destacada abogada de la plaza en Reino Unido²⁶³, sostuvo en una columna que:

“What is perhaps surprising is not that the GAAR panel ruled against the scheme, but that such schemes were still being sold as late as 2015”

²⁶² Finance Act 2013, Sección 207 (2) (c)

²⁶³ <https://www.taxjournal.com/articles/gaar-panel-s-first-ruling-reasonable-decision-07092017>

Al respecto, la abogada quiso llamar la atención sobre el problema de fondo con esta aplicación de la GAAR: es muy poco concluyente, porque bajo cualquier tipo de análisis, esta planificación sería desaprobada. Su opinión es que no era necesario utilizar la GAAR para resolver un asunto de este tipo, porque seguramente ningún tribunal hubiese dejado pasar la planificación en comento. Sin embargo, mi impresión es que la preocupación de la abogada va un poco más allá: las GAAR, en general, son criticadas por ser utilizadas muy pocas veces porque su redacción es compleja, suelen tener problemas de principio de legalidad y certeza jurídica, y porque suelen demandar la prueba de aspectos subjetivos. Sin embargo, la GAAR británica, con muy poca vida jurídica, ya fue utilizada y tenemos el primer pronunciamiento del GAAR Advisory Panel, el cual además fue contrario al contribuyente. Mi opinión particular es que se trató de una estrategia procesal a mediano y largo plazo del HMRC de utilizar el procedimiento de la GAAR en un caso en donde 100% se resolvería contra el contribuyente, de manera de empezar a generar la opinión de que la GAAR británica sí es aplicable, que no tiene los problemas de otras GAAR y que, además, se puede convertir en una herramienta eficiente contra la elusión, como quedó demostrado al fallar contra el contribuyente en su primera aplicación.

Lamentablemente tenemos solo este pronunciamiento respecto a una planificación poco sofisticada que iba claramente contra el espíritu de la legislación, iba contra el texto específico del Ministerial Statement de 2010, iba contra texto expreso del Spotlight 30 del 6 de mayo de 2016 emanado de la misma HMRC, y además tenía jurisprudencia en contra²⁶⁴, de modo que pareció una situación en que los contribuyentes decidieron hacer la operación más rápida posible y cruzar los dedos para que no fuesen fiscalizados. Cabe consignar que la Compañía solicitó una rebaja en su impuesto corporativo (porque los empleados igualaron el valor del “paso relevante”), razón por la cual, la fiscalización era segura. Fue tan llamativo el actuar de la Compañía que, si bien hubiese sido útil tener un pronunciamiento judicial respecto a la GAAR, Heather Self opinó que: “Whilst the taxpayers may still decide to pursue the case in the courts, they may well be better-advised to concede at this stage”. En consecuencia, lo mejor que puede hacer el contribuyente es simplemente asumir el costo y no perseverar.

²⁶⁴ Doran Bros (London) Ltd v HMRC [2017]

Finalmente, la abogado sostuvo que la GAAR muy probablemente se aplicaría a contribuyentes menores o a casos burdos, porque sería mejor para la HMRC que los casos complejos se revisaran en los tribunales de justicia sin aplicar la GAAR. ¿Por qué? Porque la GAAR considera la pregunta de si el actuar fue anormal, de manera que sería un tremendo retroceso para la HMRC si iniciara el proceso de la GAAR en un caso donde el contribuyente tenga motivos plausibles para litigar y el panel determinase que “tal planificación constituye un modo normal de actuar”, pues seguramente sería argumento obligatorio en todos los posteriores juicios donde presumiblemente exista elusión.

2.8. Conclusiones respecto a Reino Unido y su relación con casos de elusión tributaria.

Tal cual Estados Unidos, por su tradición de Common Law, el principal medio por el cual Reino Unido ha combatido la elusión ha sido la jurisprudencia de sus más altos tribunales. Al comienzo, la tendencia que marcó el caso del Duque de Westminster fue el de llevar a cabo un análisis formalista, puesto que si bien muchas veces revisaron fondos del asunto, lo hicieron en base a la letra del texto legal. Estaremos de acuerdo que, en la actualidad, el Duque habría perdido esta contingencia tributaria debido a que su argumentación principal era de texto del deed, no de fondo sobre lo que realmente estaba ocurriendo (pago por servicios).

Posteriormente se analizó el caso más importante de todos, *W.T. Ramsay v. IRC* (1981), que dio origen al principio Ramsay del que tanto se ha expuesto. Debido a que se ha tratado de modo bastante generoso, sólo se comentará el punto más importante de este principio: Ramsay nació (y se pensó) como un freno a las agresivas y modernas planificaciones tributarias vigentes en la época, que confiaban en un análisis netamente jurídico y no económico de los hechos. Acorde a lo que señaló Lord Wilberforce: “El impuesto a las ganancias de capital fue creado para operar en el mundo real, no en uno de ficción”, por lo que es el mundo real el que debe analizarse y no limitar la revisión judicial a la letra del contrato o de la ley. Con este punto claro, deberá darse fuerza al comienzo de la enunciación del principio Ramsay, que es que los contribuyentes sólo tributarán ante las “palabras claras de la ley”.

“Furniss v. Dawson”, “BMBF v. Mawson” y “SPI v. CIR” son tres casos que intentaron explicar y aplicar Ramsay, existiendo conexión entre “Furniss v. Dawson” con “SPI v. CIR”, pero bastante lejanía con BMBF, a pesar de que la enunciación de principios y lógica de BMBF calza totalmente con lo decidido en los otros casos, pero como quedó claro con el análisis particular sobre BMBF, existe notable dicotomía entre los principios que enunció y el modo en que falló. Mención especial el hecho de que BMBF se falló el mismo día que SPI, por el mismo tribunal (House of Lords), pero aplicando Ramsay de un modo, derechamente, incompatible.

Lo anterior ha de ser la muestra más contundente de que Ramsay ha generado muchísima discusión dogmática y judicial, al punto de llegar a confundir al máximo tribunal británico 20 años después de enunciado el principio. **Actualmente, la discusión en torno al alcance e interpretación de Ramsay se encuentra más apaciguada y hay cierta convergencia en el hecho de que Ramsay llama a analizar la operación realmente llevada a cabo y a aplicar los estatutos de acuerdo al propósito que tenían al ser publicados**, lo que ha llevado a que se invoque Ramsay por los tribunales como argumento para analizar un conjunto de transacciones “como una sola operación”. El caso Rangers es una muestra de este enfoque actual de Ramsay.

En las sombras se encuentra el cómo reaccionarán los máximos tribunales británicos con la nueva y muy reciente GAAR que tienen, pero para ver los primeros frutos de la misma, habrá que esperar alrededor de unos 10 años más, de modo de determinar una tendencia en la aplicación de la GAAR. La tendencia que vemos es en la aplicación de Ramsay, como principio que llama a evaluar la operación en su totalidad, para de ahí, determinar la tributación a aplicar. Por el momento, lo que es claro es que Ramsay y los casos afines seguirán siendo invocados para que se aplique la ley a las transacciones que realmente se llevan a cabo, siendo el tema de discusión central en qué momento se puede sostener que las operaciones tienen fondo económico o qué requisitos cumplir para que no se consideren las diversas transacciones celebradas “como una sola operación”.

3.- ESPAÑA

3.1.- Compra y venta de acciones (6 de mayo de 1988, STS 3331/1988)

3.1.1. Introducción

Este caso trata sobre una sociedad que compró acciones a un valor bastante elevado, no representativo del valor real de las acciones, pero luego las vendió a un valor sumamente menor el cual sí representaba el valor real de las mismas. La sociedad descontó de su Impuesto a las Sociedades la diferencia entre el valor pagado por ella y el valor en que las vendió, señalando que correspondían a gastos deducibles por depreciación. La Comunidad Foral de Navarra no admitió esta deducción y el caso llegó a tribunales. El punto de fondo es revisar el razonamiento del Tribunal Supremo de España en su conclusión al referirse a este intento de disminución de Impuesto a las Sociedades efectuado por el contribuyente.

3.1.2. Hechos del caso.

El 9 de julio de 1978, la sociedad Eguaras S.A. (en adelante, también, “Eguaras” o “el contribuyente”) compró 40.000 acciones de la sociedad Inversiones Programadas (en adelante, también, “IP”) a un precio convenido de \$51.747.866 pesetas, lo que era una cotización bursátil superior a su valor en la Bolsa de Valores. Es necesario hacer presente que este valor fue convenido, siendo fijado a discreción de las partes. Al respecto, el Colegio de Corredores de Comercio de Pamplona señaló que la cotización bursátil de las acciones de IP durante los años 1977, 1978 y 1979 tuvo como promedio el 40% de dicha cifra. Esta situación significa que Eguaras e IP fijaron el valor de las acciones como si hubiesen incrementado su valor sustancialmente²⁶⁵ cuando en verdad tenían un valor menor, llegando a solo el 40% de lo pagado por ellas, en consecuencia, Eguaras pagó una cifra cercana al triple de lo que en verdad valían las acciones.

En 1979, Eguaras vendió las acciones valorándolas en el 40% de su valor acorde a su presencia en bolsa, lo que significó venderlas en \$16.200.000 pesetas. En su declaración de Impuesto sobre Sociedades del año 1978 (que se efectuó en 1979), Eguaras valoró las

²⁶⁵ Específicamente un aumento del 129,369%

acciones compradas al 40% justificándose en que a ese precio fueron vendidas en 1979. Al respecto, señaló que la diferencia entre el precio de compra (\$51.747.866 pesetas) y el precio en que luego las vendió (\$16.200.000 pesetas) era un gasto deducible por depreciación de inversiones financieras permanentes, de manera que en su declaración anual de Impuesto sobre Sociedades del año 1978 declaró un impuesto a pagar de \$688.741 pesetas. El departamento de impuestos de la Comunidad Foral de Navarra no aceptó el modo de cálculo efectuado por Eguaras y dispuso que la cantidad correcta de impuesto a pagar era en verdad \$12.085.928. Ante esta liquidación, el contribuyente interpuso un recurso contencioso ante la Audiencia Territorial de Pamplona (1985), el cual fue desestimado. El 27 de abril de 1988, le correspondió pronunciarse al Tribunal Supremo de Madrid.

3.1.3.- Fundamentación de derecho

3.1.3.1.- Eguaras S.A.

Los argumentos del Órgano de Información y Resolución Tributaria de la Diputación Foral de Navarra y de la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona eran básicamente dos:

- a) La legislación mercantil no respalda la contabilización que llevó a cabo el contribuyente;
- b) La depreciación de valores que la ley permite se deduzcan de impuestos sólo debía referirse a su cotización bursátil, no a una cotización convenida.

Eguaras rebatió ambos argumentos. Respecto a que la ley no permitía el modo de contabilización que llevó a cabo, señaló que el artículo 104 de la Ley de Sociedades Anónimas se encontraba en el Capítulo “Balances” precisamente porque el espíritu de las normas allí contenidas era reflejar el estado real de las sociedades para salvaguarda de los intereses de los accionistas. Respetando la intención del legislador, entonces, es que Eguaras declaró el valor menor de las acciones vendidas puesto que en esa cifra habían sido avaluadas las acciones al momento de su venta y eso ayudaría a reflejar con mayor precisión el estado financiero de la sociedad. Además, este mismo artículo específicamente autorizaba a contabilizar los valores bursátiles al cambio medio del último trimestre del ejercicio, razón por la cual era correcto que declarar el valor de venta actual de las acciones, haciendo referencia a la fuerte depreciación en el valor que sufrió. En consecuencia, estaban autorizados por la ley de Sociedades Anónimas a valorar las acciones de este modo.

Sobre el argumento de que solo puede deducirse la depreciación acorde a su cotización bursátil y no convenida, señaló que dicha interpretación era excesivamente restrictiva puesto que muchas operaciones que se llevaban a cabo en la Bolsa de Valores (como fusiones, compra de títulos fuera de hora de cotización, etc) utilizaban una cotización convenida distinta a la bursátil, basándose en expectativas, y cuando dichas operaciones no cumplían las expectativas, se producía una depreciación que era deducible de impuestos. En consecuencia, Eguaras sostuvo que actuó con prudencia al avaluar las acciones al 40%, venderlas y así señalarlo en su declaración anual de impuestos.

3.1.3.2.- Comunidad Foral de Navarra

La contraparte de Eguaras fue la Comunidad Foral de Navarra (también “CFN”), entidad que arguyó a favor de que la contabilización llevada a cabo por el contribuyente no fue objetiva y que por tanto debía aumentarse el monto a tributar. El razonamiento de la CFN fue el siguiente: la depreciación es la pérdida de valor que experimenta una cosa por su uso o especulación, y en consecuencia, es un gasto deducible de impuestos, pero en el caso específico, **no existió depreciación o envilecimiento de las acciones porque las mismas nunca disminuyeron de precio**, dado que durante los años 1977 a 1979 las acciones de IP se mantuvieron constantes en su valor de acuerdo a su cotización bursátil, siendo el único elemento diferente la cotización convenida por las partes en 1978 al momento que el contribuyente compró las acciones a un precio considerablemente mayor al que su cotización bursátil sugería. Consecuentemente, si bien existía una diferencia entre el precio pagado y el precio por el cual dichas acciones posteriormente se vendieron, dicha diferencia no corresponde a “depreciación” o “pérdida de valor de las acciones” puesto que el valor de estas siempre rondó el 40% de la cifra que Eguaras pagó por ellas. Sostener lo contrario (que puede compararse la cotización convenida con la cotización bursátil a objeto de determinar la pérdida de valor de una cosa) equivaldría a decir que el contribuyente es libre de elegir en cuánto quiere depreciar una cosa a objeto de deducir el gasto de sus respectivos impuestos, por tanto, tiene todo el sentido que los valores a comparar sean siempre entre cotizaciones bursátiles y no una cotización convenida con una bursátil. Por tanto, acorde al artículo 25.5 de la Norma Foral de Navarra sobre el Impuesto de Sociedades, la diferencia entre el valor de compra y venta de acciones no era “depreciación” sino que “saneamiento del activo” y, por tanto, no deducible de impuestos.

3.1.4.- Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Contencioso.

Comenzó el Tribunal Supremo de Madrid (también, “el TS”) señalando que los puntos importantes controvertidos por Eguaras eran: En primer lugar, que el artículo 104 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo se refería a la cotización de valores en Bolsa de Comercio. En segundo lugar, que solo es permitida la depreciación de valores bursátiles de acciones.

Sobre el primer punto, el TS dio la razón al contribuyente señalando que la literalidad del artículo, relativo al modo de valorar acciones, no se limitaba solamente a aquellas que se valoran bursátilmente, sino que también comprendía aquellas acciones no sometidas a cotización oficial (como por ejemplo el valor de las acciones que acuerden las partes al momento de llevar a cabo una fusión). Sin embargo, se apresuró en señalar, aquel no era el punto importante para la resolución de la controversia, sino que cuál era el modo correcto de valorar las acciones al momento en que Eguaras las adquirió.

Acerca del segundo punto, el TS entró al terreno que le interesaba para la resolución del conflicto. Al respecto, señaló el siguiente orden de sucesos: a) Durante el último trimestre de 1978 (cuando Eguaras compró las acciones) las acciones presentaban una valoración bursátil de alrededor de \$16 millones de pesetas (40% del valor que tenían a comienzos de año) y dicho valor se encontraba estable; b) Se llevaron a cabo otras operaciones sobre las acciones de IP, las cuales tomaron en consideración el valor bursátil de las acciones; c) Eguaras, al momento de comprar, las valoró en exactamente el 129,369% del valor bursátil que en ese momento tenían las acciones, esto es, levemente más del triple de los \$16 millones de pesetas; d) Eguaras vendió dicha participación accionaria al año siguiente (5 de octubre de 1979) a un valor de aproximadamente el 40,5% de lo que el año anterior había pagado, o sea, las vendió a su valor en Bolsa.

La argumentación del TS partió de la premisa de que la Hacienda Pública es un tercero respecto a los contratos que celebren los particulares. Al no impugnar el precio pagado por inexacto, deberá respetar el precio efectivamente pagado por Eguaras. Pero de este efecto civil (que Eguaras pagó el triple del valor bursátil que tenían unas acciones) no puede derivarse el efecto tributario de deducir impuestos producto de gastos por depreciación accionaria. En consecuencia, por ser tercero interesado, la Hacienda Pública tiene derecho a

no aceptar el precio convenido por Eguaras de modo aparentemente arbitrario, puesto que dicho precio afecta directamente su patrimonio.

Además, el TS señala que el comportamiento de Eguaras es anómalo²⁶⁶ al decidir comprar un paquete accionario al triple de su valor bursátil y no explicar en juicio el porqué decidió sobrevalorar las acciones de esa manera. Luego, al momento de vender dicho paquete, lo valoró según su cotización bursátil, reconociendo una pérdida de poco más del triple de lo pagado. La lógica llamaría a considerar el mismo tipo de valoración al momento de la compra y venta del mismo bien, sobretodo si ha pasado tan poco tiempo entre un acto y el otro (1 año). Pero en los hechos, Eguaras compró muy caro según valoración convenida y vendió muy barato según cotización bursátil, brillando por su ausencia la justificación de este comportamiento y no apreciándose ninguna razón para actuar de este modo, salvo el beneficio tributario de la depreciación accionaria. Expuso el TS:

“Ciertamente no se alcanzan a ver las razones por las que la entidad apelante, pudiendo adquirir las acciones en Bolsa al 40%, las adquirió al 129,369%, como esas razones no sean el obtener los beneficios que la depreciación de las acciones puede producir a efectos del Impuesto sobre Sociedades”.

Incluso el TS se aventura en sostener que el contribuyente estaría cometiendo fraude a la ley²⁶⁷, pero en el sentido de que estaría intentando se aplique una norma (Ley de Sociedades Anónimas) para eludir la aplicación de otra (Ley de Impuesto a las Sociedades) como lo sostiene el artículo 6 del Código Civil español.

La conclusión del TS es que cuando se pretenda hacer valer ante un tercero como la Hacienda Pública ciertos valores que afectan su patrimonio, **no puede prescindirse de la valoración oficial (en este caso, valoración bursátil de acciones) injustificadamente al comprar, sobremanera si dicha valoración oficial se utilizó para determinar el precio de venta de lo que se trate. Una situación diferente permitiría a los ciudadanos determinar sus gastos deducibles a voluntad, burlando el mandato constitucional de cargas impositivas**

²⁶⁶ “Con calificativo ciertamente benévolo” expresó el TS de Madrid.

²⁶⁷ Aunque sin hacer mención al artículo 24 de la Ley General Tributaria relativo a, precisamente, el fraude a la ley. La razón sería que el estándar probatorio y el conjunto de normas que envolvían el fraude a la ley hacían compleja su aplicación.

determinadas por ley (y no la voluntad de los contribuyentes). Además, si bien la depreciación puede producirse tanto en la cotización bursátil como en la no oficial, debe tenerse presente que para efectos tributarios se deben usar los parámetros oficiales para la compra y la venta, además de que la depreciación del valor de acciones debe producirse por factores ajenos al mismo adquirente, no pudiendo él mismo producirla, puesto que aquello llevaría a la elección de gastos deducibles por parte de los contribuyentes. Por tanto, el fallo fue desestimar la apelación de Eguaras.

3.1.5.- Conclusión

Puede apreciarse que el interés del TS nunca estuvo en determinar si el artículo 104 de la Ley de Sociedades Anónimas permitía valorar acciones de un modo diferente al bursátil (tesis central sostenida por Eguaras) sino que en aclarar por qué el contribuyente pagó por las acciones el triple de su valor bursátil para después vender las acciones a su precio determinado en Bolsa, o sea, un tercio de lo pagado por ellas. Eguaras rehuyó este tema en específico al momento de sus descargos y de la prueba, sosteniendo básicamente que la ley le permitía valorar acciones a precio convenido y que también le permitía vender acciones a valoración bursátil.

Al respecto, lo que no consideró el contribuyente es que el Tribunal Supremo le diría “tiene razón, pero aquello es totalmente irrelevante para la resolución de este caso”. ¿Por qué el TS le daría la razón al contribuyente para decirle, en el fondo, que su argumentación no era atinente y que debería pagar la cifra determinada por la Comunidad Foral de Navarra? Porque lo importante de este caso no eran las formas, sino el fondo del asunto. **No era importante a efectos de la controversia determinar si Eguaras podía valorar acciones según valor convenido (sí lo puede hacer, el artículo 104 de la Ley de Sociedades Anónimas lo regula); tampoco era importante saber si Eguaras podía vender las acciones a valoración bursátil (si puede, de hecho, es lo tradicional y sugerido). Lo importante era la justificación de este actuar: por qué pagar el triple del valor actual, por qué vender muy bajo el precio de mercado y modificando el criterio (pasando de valor convenido a valor bursátil) de valoración accionaria.** El TS se hizo estas preguntas y no encontró fundamentación plausible en la argumentación del contribuyente, la que no está demás decir, se dedicó a sostener “que podía” operar de este modo, pero nunca adoptó el prisma de argumentar “por qué actuó de dicho modo”. Este punto sí fue analizado por la

CFN, concluyendo que la motivación de este actuar era la disminución de obligaciones tributarias, lo que le pareció razonable al TS.

El TS se dio cuenta que, sin importar si podía o no actuar así el contribuyente, lo importante era que el contribuyente estaba persiguiendo un beneficio tributario y había obrado con dicha motivación, sin que sus actuaciones tuviesen una motivación distinta al ahorro impositivo. Los efectos civiles de los contratos debían respetarse, pues aquellos quedan sujetos a lo determinado en el respectivo contrato dado que impera la autonomía de la voluntad. Sin embargo, los efectos tributarios de los actos no se determinan de acuerdo a la voluntad de las partes, sino que en base a lo que señala la ley, la que en este punto específico significaba que la depreciación como gasto deducible sólo podía determinarse de acuerdo a la valoración oficial de las acciones y no acorde a su valoración convenida, puesto que de lo contrario, quien estaría determinando el impuesto a pagar serían los contribuyentes acorde a su voluntad y no la ley, desconociendo el mandato constitucional de que los impuestos solo se determinan conforme a la ley.

El TS llegó a esta conclusión incluso sin texto expreso de la ley que señalara que los efectos tributarios de la venta de acciones debían determinarse acorde al valor bursátil de las mismas, a pesar de que las partes pueden valorar las acciones convenientemente, pero lo que el tribunal consideró fue el espíritu de las normas y la objetividad de la valoración bursátil por sobre la valoración convenida. La motivación que tuve para incluir este caso en el presente análisis jurisprudencial fue precisamente la recién mencionada: **a pesar de falta de texto expreso a favor de Hacienda Pública, el espíritu del análisis estuvo en si el actuar del contribuyente tuvo una motivación de negocios o si el único motivo del actuar del contribuyente era el ahorro impositivo**, y siendo ese su razonamiento, entonces debían desconocerse los efectos tributarios²⁶⁸ de la venta de acciones, debido a que obedecía a una disminución de impuestos basado en la voluntad del contribuyente y no en la ley.

3.2.- Traspaso de acciones entre familiares (26 de marzo de 1998, STS 2017/1998)

3.2.1.- Introducción

²⁶⁸ Manteniendo incólume los efectos civiles de la venta de acciones, vale decir.

En este caso lo que ocurrió fue que una pareja traspasó 500 acciones de su empresa a su nieta, avaluadas en un valor convenido de \$400.000 pesetas, sin embargo y acorde al balance de la sociedad de que eran dueños, el valor real del paquete accionario era de \$1.875.000 pesetas. En consecuencia, se habría eludido un pago importante de impuestos. La discusión versó en si la Inspección de Hacienda tenía derecho a efectuar una investigación administrativa que tuviese el fin de corroborar que el valor convenido de las acciones heredadas era el valor real de las mismas, puesto que la literalidad de la norma aplicable al caso parecía sugerir que no se podía llevar a cabo dicha investigación.

3.2.2.- Hechos del caso

El 23 de noviembre de 1979, don Jesús Luis y doña Carolina, su esposa, traspasaron a su nieta, doña Soledad²⁶⁹ (también, “el contribuyente”), 500 acciones de su propiedad. Dichas acciones tenían la característica de no ser cotizadas en Bolsa y que en el traspaso participó un Agente de Cambio y Bolsa. El valor de dichas acciones era de \$1.000 pesetas por acción, pero el valor convenido fue el 80% de dicho valor, por lo que doña Soledad pagó \$400.000 pesetas por las 500 acciones. Doña Soledad, también, pagó el impuesto establecido en el artículo 10 bis de la Ley de Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales. Ante estos hechos, la Inspección de Hacienda quiso corroborar que el valor convenido pagar tuviese armonía con el valor real de las acciones, para lo cual consiguió acceso al último balance que la sociedad presentó a la Administración de Impuestos, en el cual se avaluaban las 500 acciones en \$1.875.500 pesetas, cifra que distaba mucho de las \$400.000 pesetas pagadas. Pero, además, producto de la relación de familia existente entre los dueños de la empresa y la compradora (abuelos – nieta) debía aplicarse la tarifa del artículo 74 de la Ley de Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, el cual se refiere específicamente al Impuesto a las Sucesiones (y con una tasa mayor que la del artículo 10 bis que se había aplicado). Consecuentemente, la Inspección de Hacienda no aceptó la subdeclaración efectuada por el contribuyente y cobró el impuesto hereditario del artículo 74 sobre la cantidad de \$1.875.500, lo que no fue aceptado por doña Soledad y la situación llegó a Tribunales.

²⁶⁹ “Ley Orgánica de Protección de Datos” protege esta información, razón por la cual, sólo hay referencias a nombres y no apellidos.

3.2.3.- Argumentación Jurídica del caso

3.2.3.1.- Contribuyente

El contribuyente sostuvo su argumentación en básicamente dos puntos, siendo el primero, que el valor verdadero de las acciones no era sino un “concepto jurídico indeterminado en su sentido más propio”. En la doctrina española se recurrió a la terminología de “concepto jurídico indeterminado” para referirse a ideas y abstracciones que no tienen una sustancia determinada y que, por tanto, no se les puede dar contenido a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, sino que habría que acudir a elementos objetivos para darles sustancia²⁷⁰. Como expuso el profesor Jorge Miras²⁷¹, de la Universidad de Navarra:

“‘Concepto jurídico indeterminado’ es el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho. Por ejemplo, en el terreno administrativo, ‘interés público’, ‘urgencia’; o ya en el ámbito canónico, ‘bien de la Iglesia’, ‘necesidad o utilidad de la Iglesia’, etc”

Como queda de manifiesto, este concepto no tiene un contenido específico y determinado, sino que debe dársele sustancia a través del intérprete, pero recurriendo a elementos objetivos y no a la mera impresión o voluntad de quien interpreta. La defensa del contribuyente argumentó que “valor verdadero” era un concepto jurídico indeterminado y que no se le podía dar contenido de acuerdo con la mera voluntad del intérprete, esto es, de la Inspección de Hacienda, sino que había que detenerse en parámetros objetivos como lo era el valor convenido por las partes.

El segundo punto del contribuyente fue que la Inspección de Hacienda no podía llevar a cabo una investigación para certificar que el precio convenido era el precio real de las acciones, debido a que el artículo 70 del Texto Refundido sobre “Ley y Tarifas de los Impuestos

²⁷⁰ Así queda establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 180/96 del 12 de noviembre.

²⁷¹ J. Otaduy - A. Viana - J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2012, vol.II, pp. 346-347

Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados²⁷²” señalaba lo siguiente:

“El impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuviesen el día en que se celebró el contrato o se causó el acto sujeto al mismo (...)

La base (*del impuesto*²⁷³) será:

1. En las transmisiones, el valor de los bienes y derechos **declarado por los interesados** (...)
3. En las transmisiones de títulos-valores, el valor efectivo que resulte de la cotización de Bolsa y, en las plazas en que no exista, de la realizada **con intervención del corredor de comercio**, del día en que tenga lugar la adquisición o, en su defecto, la del primer día inmediato anterior en que se hubiesen cotizado, dentro del trimestre precedente (...)

Es debido a esta redacción que la contribuyente entiende que la Inspección de Hacienda no podría revisar el valor que se le dio a las acciones durante la transmisión de las mismas. A juicio de la contribuyente, el legislador establece, *ope legis*, que en las transmisiones de bienes el “valor verdadero” es el declarado por los interesados. Y en el caso de títulos-valores que no tengan cotización en Bolsa pero donde sí haya intervenido un agente de comercio, la establecida en el contrato de transmisión el día de la transacción, o sea, la establecida por las partes. En consecuencia, debiesen respetarse las \$400.000 pesetas pagadas por las 500 acciones de la empresa de los abuelos.

3.2.3.2.- Tribunal Supremo de España.

Con fecha 26 de marzo de 1998, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de España (en adelante, también, “el Tribunal”) se pronunció sobre este caso, manifestando su rechazo total a la argumentación de la contribuyente. Respecto al primer argumento, relativo a que

²⁷² Decreto 1018/1967. Posteriormente, este artículo fue modificado y se agregó que dichos valores se respetarían, sin perjuicio del derecho de la Administración a corroborar la información.

²⁷³ Nota agregada por este tesista.

el “valor verdadero” de las acciones era un concepto jurídico indeterminado, señaló que dicha idea reforzaba la tesis de la Inspección de Hacienda de que era correcto haber tomado el precio de las acciones del último balance presentado por la sociedad. Al respecto, recordó su propia sentencia del 28 de abril de 1964, señalando que el modo que tiene la Administración de determinar un precio era:

“(…) realizando un proceso de juicio o estimación ateniéndose, necesariamente sin libertad de decisión, a las circunstancias y características reales que ha de calificar y al sentido que la ley ha asignado al concepto de justo precio”.

En consecuencia, habría un solo precio justo, y se llega a este precio luego de llevar a cabo un análisis objetivo de la realidad de la situación, y este “análisis objetivo” a juicio de la contribuyente era atenerse al precio convenido; a juicio de la Inspección de Hacienda, era basarse en el último balance contable de la sociedad. El Tribunal Supremo de España citó otro fallo propio, del 24 de marzo de 1962, en que expuso que su criterio sobre el elemento objetivo a considerar para determinar el precio justo sería “el último balance de la sociedad” y la razón era muy sencilla: No era lógico que el balance que la misma sociedad presenta a objeto de que se determinen sus impuestos se considere correcto a ese respecto, pero incorrecto para determinar el valor de sus acciones (lo que implicaba señalar, además, que el valor mismo de la sociedad era incorrecto por infravalorado). Como el balance refleja la realidad de la sociedad y es ella misma quien lo hizo llegar a la Inspección de Hacienda para su determinación de impuestos anuales, es que solo correspondía considerar el balance como correcto y, consecuentemente, entender que las 500 acciones de la empresa tenían un “valor verdadero” de \$1.875.500 pesetas y no \$400.000. Cabe destacar que la defensa de la contribuyente no arguyó que el balance estaba errado, sino que el modo de calcular la base imponible decía razón con el precio fijado por las partes y que debía respetarse como el único elemento que, objetivamente, determinaría el contenido del concepto indeterminado “valor verdadero”.

Sobre el segundo punto, que a la Inspección de Hacienda no le correspondía llevar a cabo una investigación respecto al valor verdadero (porque había sido determinado objetivamente en base al precio convenido por las partes) y porque el artículo 70 ya citado señalaba que el valor verdadero se determinaría por las partes, el Tribunal sostuvo la debilidad de dicha

argumentación. La razón era tanto de texto legal como constitucional²⁷⁴. De texto legal, porque el último inciso del artículo 70 señalaba:

“Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de la Administración para comprobar, por los medios ordinarios y extraordinarios, el valor de los bienes y derechos”.

A su vez, el artículo 117 del Decreto 1018/1967 establecía:

“La Administración practicará la comprobación del valor de los bienes y derechos transmitidos (...) por los siguientes medios ordinarios:

12º La valoración que (...) formule un funcionario al servicio de la Administración.

15º Los balances y datos de que disponga la Administración y que hubiesen sido aceptados por el contribuyente a efectos de otros impuestos”

En consecuencia, la Inspección de Hacienda sí puede llevar a cabo una investigación de cuál sería el valor verdadero en las transacciones llevadas a cabo por un contribuyente, donde se señala expresamente que se podrá recurrir a los balances de la sociedad para determinar este valor verdadero. Pero también hay una razón constitucional, y es que existe el principio de legalidad tributario por el cual sólo mediante una ley se podrán crear, modificar, derogar y hacer obligatorios los impuestos. Si el impuesto a pagar en las transmisiones de títulos-valores estuviese determinada exclusivamente por lo que las partes señalen y la Inspección de Hacienda no pudiese, como su nombre lo sugiere, inspeccionar la información de los contribuyentes, entonces los particulares estarían determinando sus impuestos a pagar en base a su voluntad y no en base a la ley. La ley es la que determina qué impuesto aplicar y su cuantía, no la voluntad de los particulares, razón por la cual es claro que no puede estarse exclusivamente a la voluntad de las partes para determinar un impuesto a pagar y despojar a la Inspección de Hacienda de su labor de corroborar información entregada por los contribuyentes. Este argumento constitucional pareciese ser, también, un argumento de sentido común, porque no puede presumirse de derecho que el contribuyente dará la

²⁷⁴ Artículo 9 N° 3 Constitución Española: “La Constitución garantiza el principio de legalidad...”

información correcta, completa y pertinente, lo que tiene como consecuencia necesaria que el Fisco podrá revisar esta información.

3.2.4.- Conclusión

Es manifiesta, entonces, la posición de los Tribunales en el presente caso: el concepto de “valor verdadero” sería un concepto jurídico indeterminado y, consecuentemente, debe dotarse de contenido en base a parámetros objetivos ajenos a la mera discrecionalidad. En consecuencia, y en armonía con las sentencias precedentes dictadas por el Tribunal Supremo Español respecto a la valoración de acciones, debe estarse al último balance emitido por la sociedad, instrumento en el cual es la misma sociedad la que avalúa las acciones objetivamente en vez de atenerse a un valor de venta convenido entre dos partes donde, incluso, se encuentran unidas por lazos familiares. Además, la Inspección de Hacienda tiene potestad para revisar lo declarado por el contribuyente en base a razones de texto legal, lógica jurídica, y de principio de legalidad establecido en la Constitución Española.

Pero yendo más al fondo de la discusión, el Tribunal entendió que no podía permitirse que la voluntad de las partes determinase el impuesto a pagar por el contribuyente, independiente de que pareciera tener cierto apoyo de parte del texto legal. Si bien era cierto que la ley señalaba expresamente que el valor verdadero sería el que declarasen las partes, debía entenderse que la Administración podría llevar a cabo una comprobación respecto a lo declarado por los contribuyentes, porque en el fondo, la fuente del impuesto es la ley y no la voluntad de las partes. De esta manera, el Tribunal reaccionó a la argumentación del particular sosteniendo que el inciso final del artículo 70 era una norma de cierre del artículo en sí y no de su último numeral, de manera que se le permitiría a la Administración llevar a cabo una revisión de lo declarado por el contribuyente, entendiendo que sostener lo contrario implicaría entonces pasar a llevar el espíritu de la legislación, el cual nunca pondría la voluntad de las partes sobre un principio tan importante como el de legalidad. Por tanto, **el Tribunal se apoyó, principalmente, en el espíritu de la ley y en el principio de legalidad para dar contenido al inciso final del artículo 70 y sostener que el contribuyente no podría llevar a cabo el ahorro fiscal que deseaba.**

3.3.- Caso “Chocolates Hueso” (STS 2059/2008)

3.3.1.- Introducción

El 18 de marzo de 2008 el Tribunal Supremo de España dictó sentencia en este caso, el cual marcó un importante antes y después en la jurisprudencia del Tribunal debido a ciertos cambios de enfoque en la resolución de los mismos, principalmente en el hecho de que será notorio que el Tribunal exigirá justificación económica²⁷⁵ (más allá del ahorro impositivo) en las operaciones que lleven a cabo los contribuyentes. La importancia que el Tribunal empezó a otorgar a las motivaciones económicas de los contribuyentes implicó, también, que paulatinamente comenzó a quedar de lado la argumentación más propia de la doctrina civil²⁷⁶, que venía siendo la norma hasta este caso. En este caso particular se discutirán las complejas operaciones llevadas a cabo por el contribuyente, puesto que parecieran haberse ejecutado con la idea principal de ahorrar impuestos, eludiendo la aplicación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas luego de una cuantiosa venta de acciones. En consecuencia, el contribuyente en este caso no fue la empresa de que trata la reorganización empresarial, sino que sus accionistas.

3.3.2.- Hechos del caso

El 11 de enero del año 1989, unos accionistas y otras personas que no lo eran adquirieron el 100% de la empresa española Chocolates Hueso S.A. (en adelante, también, “C.H.”). El 13 de enero de 1989, los accionistas de C.H. percibieron un dividendo de \$47.250.000 pesetas²⁷⁷ producto de la compra efectuada y el aumento en su cotización. Este mismo día, C.H. vendió a sus accionistas, en la misma proporción en que participaban de la sociedad, 31.800 acciones de Inversiones Aloña S.A. (en adelante, también, “Aloña”), sociedad de la que Chocolates Hueso era dueña totalmente²⁷⁸. El valor de la venta fue de \$629 pesetas por

²⁷⁵ Delgado Pacheco, Abelardo. *“Las Normas Generales Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria Española y Europea”*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, abril 2017. Páginas 121-122.

²⁷⁶ Relativa a contratos que eran o no aplicables a ciertas personas, si los mismos se habían perfeccionado, o si incurría alguna circunstancia de simulación.

²⁷⁷ A repartir conforme a su participación accionaria en Chocolates Hueso S.A.

²⁷⁸ Específicamente, dueña del 99,375% de Inversiones Aloña S.A.

acción (o sea, los accionistas compraron las acciones en \$20.002.000 pesetas) cuando el valor nominal de estas acciones era de \$500 pesetas por acción.

Al día siguiente, el 14 de enero de 1989, Aloña aumentó su capital en 3.000 acciones a \$500 pesetas por acción a valor nominal (o sea, aumento de \$1.500.000) más una prima de emisión²⁷⁹ total de \$348.500.000 pesetas. Dicha prima de emisión es pagada por los accionistas de Chocolates Hueso a través de la aportación no dineraria del 100% de las acciones de C.H., valuadas en \$350.000.000 pesetas.

El 20 de enero de 1989, se constituye la sociedad Egea S.A. (en adelante, también, “Egea”). Este mismo día se efectúa un segundo aumento de capital de la sociedad Aloña, donde los accionistas venden sus derechos de suscripción a Egea en la cifra de \$4.375.000.000. El 21 de marzo del mismo año, Aloña concreta su tercer aumento de capital en el valor de \$4.375.000.000, el cual se suscribió íntegramente por sus accionistas mediante la compensación de la deuda de Egea con Aloña en la misma cifra.

Posteriormente, se revalorizan las acciones de Chocolates Hueso, las que en un comienzo estaban valuadas en \$350.000.000 pesetas, ahora tienen un valor total de \$4.150.000.000. De esta cantidad, una cifra cercana al \$1.100.000.000 pasa a unas sociedades de los inversores debido a una división que se efectuó, pero el resto (\$3.050.000.000 aproximados) sería el precio de venta por el cual Cadbury Schweppes (empresa multinacional británica y en adelante, también, “C.Schw”) adquiriría la fábrica principal de C.H. en Huesca, siendo aquella la operación más importante. Posteriormente, y con el ánimo de evitar entrar en detalles que no sean imprescindibles, diremos sucintamente que se involucró otra sociedad (Zahor S.A.) la cual adquirió acciones de Egea, llevándose a cabo una disminución de capital en Egea y posterior aumento de capital en Zahor, que es donde terminarían las acciones de Egea.

3.3.3.- Explicación económica de las operaciones llevadas a cabo.

²⁷⁹ La prima de emisión es el valor que se exige por sobre el valor nominal de las acciones al momento en que una sociedad se constituye o amplía su capital. Tiene el objeto de proteger la posición de los socios anteriores.

Para comenzar esta explicación, es importante señalar lo siguiente: los socios de las sociedades Chocolates Hueso, Aloña y Egea son los mismos, y las operaciones que se llevaron a cabo respetaron el porcentaje de participación que tenían en la sociedad originaria (C.H.), sin modificarla. En segundo lugar, pero no menos importante, el objeto de toda la operación era reducir la tributación a la renta de las personas físicas (en este caso, los socios de C.H.) por la venta de la fábrica de Huesca de Chocolates Hueso a Cadbury Schweppes. Finalmente, tanto Aloña como Egea son sociedades con domicilio en paraísos fiscales.

El 11 de enero de 1989, ciertas personas (accionistas y gente que quería ser accionista) adquirieron el 100% de Chocolates Hueso, de manera de disponer a libertad del destino de la sociedad. Esto implicó un ingreso de dinero a C.H. Dos días después, producto de esta compra, los accionistas percibieron un importante dividendo por parte de C.H., lo que implicó que dinero salía de C.H. El mismo día, Chocolates Hueso vendió a sus accionistas las acciones de Aloña (de las cuales los accionistas de C.H. eran dueños indirectos al ser dueños de C.H.) en \$20 millones de pesetas aproximadas, lo que significó nuevamente un ingreso para C.H.

El 14 de enero, Aloña efectuó un aumento de capital por \$1.500.000 pesetas, pero con una prima de emisión de \$348.500.000 pesetas, lo que significaba que el aumento de capital tendría un valor total de \$350.000.000, exactamente la valuación comercial de Chocolates Hueso. Los accionistas de Aloña, accionistas también y en la misma proporción de Chocolates Hueso, concurrieron al aumento de capital aportando el 100% de la propiedad de C.H. En consecuencia, Chocolates Hueso pasa a ser propiedad de Aloña, que en un comienzo era una pequeña sociedad de C.H. y esto producto del aumento de capital con la elevadísima prima de emisión, lo que es claro²⁸⁰, tenía como fin cambiar la propiedad de C.H. A pesar de lo abultada de estas cifras, no hay traspaso de dinero, porque el aumento de capital más la prima de emisión fueron financiadas no dinerariamente con la propiedad de C.H.

El 20 de enero, Aloña llevó a cabo un segundo aumento de capital (esta vez por la millonaria cifra de \$4.375.000.000 pesetas), el cual fue financiado por Egea al comprar los derechos de los accionistas de Aloña en dicha cifra. En estos momentos, hay una millonaria cifra que va

²⁸⁰ Pues se hicieron calzar las cifras perfectamente.

desde Egea a los accionistas de Aloña para el aumento de capital. En marzo, Aloña efectuó un tercer aumento de capital por nuevamente \$4.375.000.000, el cual se “pagó” por los socios de Aloña al aportar sus créditos contra Egea, los cuales se valoraban en la cifra de \$4.375.000.000 (cifra del anterior aumento de capital), en consecuencia, las deudas se compensaron.

Hasta este momento, podrá el lector darse cuenta que no hay traspaso real de dinero en las operaciones llevadas a cabo, salvo en la primera del 11 de enero, en que accionistas adquirieron el 100% de C.H. en una cifra menor. Posteriormente, no se movió dinero puesto que los aumentos de capital llevados a cabo se financiaron aportando una sociedad y luego mediante un “pago” por el tercer aumento de capital de Aloña, pero cuya obligación inmediatamente fue compensada al aportar créditos de una sociedad contra otra. Si recordamos que los socios involucrados en estos traspasos son los mismos en todas las operaciones, con sus mismas participaciones societarias, es más que probable entonces que no se haya movido nada de dinero en las operaciones descritas.

Luego de todas estas operaciones, C.H. es parte de Aloña y revalorizó sus acciones a \$4.150.000.000 para luego dividirse: una parte de C.H. pasó a empresas de inversores, valuadas en aproximadamente \$1.100.000.000, mientras que la otra parte conservó la fábrica operativa de C.H. en Huesca, valuándose en \$3.050.000.000, cifra que fue el precio que pagó Cadbury Schweppes por la fábrica en España. Sin embargo, C.Schw. desembolsó esta cifra (el único traspaso real de dinero hasta ahora) a Aloña, la dueña de C.H. Esto significa que Aloña percibió el precio pagado para adquirir la propiedad de C.H., pero como recordamos, Aloña tiene domicilio en un paraíso fiscal, razón por la cual la renta percibida no tributó en España. Como se expuso anteriormente, las acciones de Egea (y, en consecuencia, de Aloña) terminaron en Zahor, la que también tenía domicilio en un paraíso fiscal y en la cual se repetían también los socios.

Si la operación que se quería llevar a cabo se hubiese concretado de un modo “natural”, esto es, que Cadbury Schweppes hubiese comprado la fábrica de Chocolates Hueso a través de la adquisición de las acciones de C.H., los accionistas habrían experimentado un importantísimo mayor valor en su participación accionaria debido a que ingresaría el precio pagado por C.Schw. (y a los accionistas llegaría en forma de dividendo), y este mayor valor de los accionistas tributaría bajo las normas del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas.

Esto es lo que se quiso evitar al traspasar la propiedad de C.H. a otras sociedades constituidas en paraísos fiscales por los mismos socios, mediante la figura del aumento de capital.

3.3.4.- Sentencia del Tribunal Supremo Español.

A objeto de revisar este caso, se omitirán los argumentos específicos de las partes puesto que, por la complejidad del negocio y las fechas en que se llevó a cabo, una parte no menor de la argumentación radicó en determinar si la acción del Fisco estaba prescrita o no para perseguir el eventual impuesto faltante²⁸¹ junto con teorizar respecto a cómo han de contarse los plazos. Sin embargo, el Tribunal prescindió en gran medida de la argumentación de las partes al momento de dictar su sentencia, invocando argumentos propios y siendo esta la primera razón por la que se trata de un fallo tan importante.

En esta línea, comenzó el Tribunal a diferenciarse de las partes cuando citó la sentencia recurrida por las partes:

“Parece evidente que si los bienes se han mantenido en el patrimonio (del actor) pese a los negocios transmisivos celebrados, ello ha sido debido a que tales negocios eran inexistentes, sin causa, por mucho que fueran ‘actos mercantiles, legal, material y formalmente’”.

Al respecto, y manifestando no solo su acuerdo con este punto de la sentencia recurrida, sino que también dando luz de que el énfasis de la sentencia estaría en estos puntos, expuso:

“Con todo ello queremos decir que las diversas calificaciones jurídicas, sin negar su trascendencia, **son irrelevantes** cuando, como es el caso, en los negocios jurídicos analizados confluyen todas o algunas de las anomalías señaladas”

Luego de terminar la discusión de la oportunidad de interposición de los recursos y respecto a la prescripción en breves dos páginas, el Tribunal volvió a dirigir su foco a las operaciones

²⁸¹ La primera operación que se llevó a cabo fue en 1989 y la sentencia del Tribunal Supremo fue en 2008.

realizadas y su justificación. En la misma línea, volvió a citar la sentencia recurrida para manifestar su acuerdo con los puntos allí sostenidos:

“En cualquier caso, no puede olvidarse que la sentencia recurrida además de sostener que: ‘...hablar de simulación, en el presente caso, no cabe...’, también afirma que: **‘las diversas operaciones individuales realizadas únicamente tienen sentido apreciadas en su conjunto**, aunque jurídicamente aparezcan con sustantividad fiscal autónoma’, lo que, evidentemente, desvirtúa la valoración inicial de los negocios jurídicos individualmente considerados y elimina la contradicción interna que el actor imputa a la sentencia, pues **la operación que se enjuicia es la conjunta y no la de cada uno de los negocios aisladamente considerados**”

Posterior a hacer una recapitulación de los hechos, el Tribunal comenzó a señalar que habían puntos que necesariamente le llamaban la atención, como por ejemplo, que en el escaso lapso de dos meses, Aloña pasase a tener un capital de \$20 millones de pesetas a \$350 millones (primer aumento de capital) a \$1.050 millones (segundo aumento de capital²⁸²). También le llamó poderosamente la atención el hecho de que Egea se constituyera con \$150 mil pesetas, pero que dos meses después tuviese un capital de \$4.375 millones de pesetas y sin un real flujo monetario que lo justificase, además de no poder pasar por encima el factor de que los socios de Egea eran los mismos que de Aloña y los mismos de Chocolates Hueso, en la misma proporción. Al respecto, el Tribunal planteó brevemente que “parecía evidente la imposibilidad racional” de que operaciones de este tipo se hubiesen llevado a cabo, debido principalmente a la falta de fondos propios que justificasen un aumento de capital con una prima de emisión como la precedentemente comentada.

Respecto a las operaciones mencionadas, el Tribunal manifestó que el principio de autonomía de la voluntad permitía llevar a cabo las operaciones descritas, pero también expuso que las mismas debían ser explicadas cuando fuesen cuestionadas. Aunque el Tribunal no argumentó por qué debían explicarse si se cuestionaban, el argumento

²⁸² Siendo este el valor aproximado de la parte en que se dividió C.H. que no fue comprada por C.Schw. y que quedó en poder de los inversores.

subyacente sería que una persona jurídica estaría siendo perjudicada (el Fisco español), por lo que se deben entregar explicaciones si las mismas son requeridas.

Sin embargo, la parte más importante de la sentencia, y que resume no solo el aspecto central de ella sino que también la lógica que para el futuro tendrá el Tribunal Supremo Español al fallar casos tributarios, fue la siguiente:

“Los negocios jurídicos responden a necesidades de la vida real, pero la vida real no puede ser disfrazada. **En nuestra opinión, aquí todo ha sido irreal.** Se han montado negocios jurídicos que, pese a haber sido celebrados ante Notario e inscritos en el Registro Mercantil, lo que pretendían era ocultar la realidad subyacente a ellos.

El cumplimiento de las formalidades legales propias de un negocio no hace a este real por ese solo hecho. Es necesario que responda a las peculiaridades que en cada caso concurren y que se den en la realidad las condiciones que le hagan posible y razonable”.

Aquí queda de manifiesto la posición del Tribunal, quien nombra por primera y única vez un artículo de la ley²⁸³: las operaciones que se llevaron a cabo eran cuestionables por carecer de explicación lógica y económica, la cual no se dio tampoco en los recursos que los contribuyentes posteriormente interpusieron. Al no tener **justificación económica basada en la realidad de los hechos** (explicación “ni siquiera intentada”, en palabras de la judicatura), el Tribunal consideró inexistentes (“irreales”) los actos llevados a cabo por los contribuyentes en toda la reorganización empresarial, teniendo como consecuencia necesaria que la percepción del precio de venta no habría sido de Aloña en el paraíso fiscal, sino que de Chocolates Hueso en España y que, como se habían distribuido los dividendos a los accionistas de C.H. producto de la venta, los mismos debían pagar el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas.

²⁸³ El artículo 3 del Código Civil español, el cual hace referencia a que “las normas se interpretarán acorde a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

Terminó su exposición dando la razón a la Fiscalía de la Inspección de Hacienda²⁸⁴ cuando expuso:

“En el fondo, lo que se ha intentado y la inspección tributaria lo ha puesto brillantemente de relieve, ha sido convertir las grandes plusvalías generadas por una empresa, en acciones de otras empresas cuyo valor se fija a voluntad de sus dueños, que siempre son los mismos y en la misma proporción, que los que lo eran en la empresa generadora de las plusvalías, y ello mediante operaciones económicas que, desde el punto de vista temporal, requerían de un tiempo del que no se dispuso”.

3.3.5.- Conclusiones

Puede apreciarse el claro cambio en el enfoque del Tribunal Supremo Español en la resolución de este caso en comparación con, por ejemplo, el caso anterior acerca de si la Inspección de Hacienda tenía derecho a llevar a cabo una investigación para corroborar la información entregada por el contribuyente. En dicho caso, el Tribunal argumentó con la Constitución Española (en su artículo 9 N° 3 sobre el principio de legalidad) y también con la legislación tributaria, recurriendo tanto a la Ley General de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, al Decreto 1018/1967, su Texto Refundido, la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y también a jurisprudencia. Además, tomó muy en consideración los argumentos de ambas partes. Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal Supremo Español no obró del mismo modo: hizo referencia a una sola ley²⁸⁵, se refirió escuetamente a los argumentos de las partes relativos a la prescripción y oportunidad de interposición de los recursos, y se enfocó principalmente en un aspecto que fue expuesto de un modo más bien sucinto por la Inspección de Hacienda y sobre el cual el contribuyente ni se pronunció, esto es, la realidad de la operación llevada a cabo desde un punto de vista de su justificación económica.

²⁸⁴ En uno de los pocos argumentos de las partes que no era relativo a la oportunidad de interposición de los recursos y la prescripción.

²⁸⁵ El artículo 3 del Código Civil, que es de aplicación general, no hizo referencia a ninguna ley tributaria o comercial.

Mi opinión es que en su sentencia, el Tribunal llegó a una conclusión, no antojadiza, pero que sí hubiese requerido una argumentación más apegada al texto legal, cuando sostuvo la línea más importante de su resolución, a mi humilde parecer: **“El cumplimiento de las formalidades legales propias de un negocio no hace a este real por ese solo hecho”**. Creo que sobre esta idea descansa toda la sentencia del Tribunal Supremo Español, pero lamentablemente no se explayó en el “por qué” de la misma, limitándose a exponer que la ley rige la realidad y que esta no puede ser disfrazada, además de tener que darse explicaciones de los actos llevados a cabo, cuando se le solicite al contribuyente. Esto implica, como norma de fondo, que el Tribunal entiende tener la potestad para evaluar la realidad de la operación en su conjunto aunque los actos individualmente considerados sean apegados a las formalidades establecidas por ley. Como podemos recordar de la aplicación de Ramsay en Reino Unido, no era tan evidente que un Tribunal pudiese revisar la operación completa cuando todos los actos que la componían se apegaban a la ley. Mi opinión no es que el Tribunal erró en analizar la operación completa como si fuera una sola, sino que faltó la argumentación de por qué podía hacerlo, sustentada en el texto legal más que en principios.

Nos tiene que llamar la atención, también, que el centro de la sentencia del máximo Tribunal de un país sea un punto al cual las partes le dieron escueta importancia²⁸⁶, puesto que no hay otras instancias para defender su pretensión. Sin embargo, dejando este aspecto de lado, llama la atención también que derechamente se haya señalado que se prescindiría en buena parte de los argumentos de las partes relativos a la naturaleza jurídica de los actos llevados a cabo puesto que eran irrelevantes cuando se presentaban anomalías que daban a entender que estos actos simplemente no reflejaban la realidad de lo sucedido. El Tribunal, sin embargo, le dio la razón al contribuyente para decirle que en verdad su punto era irrelevante, porque en el asunto de fondo estaba equivocado. En este caso, el Tribunal señaló que los actos individualmente considerados eran reales y habían cumplido con las formalidades establecidas en la ley, pero que **lo enjuiciado era la operación conjunta y no los actos individualmente considerados**.

²⁸⁶ Mi opinión de por qué las partes no consideraron central en su argumentación sostener la realidad (o falta de la misma) de las operaciones llevadas a cabo es porque, en verdad, el texto legal tributario no daba mayor importancia a dicho aspecto, enfocándose más bien en el cumplimiento de requisitos legales formales para otorgar beneficios o denegarlos.

Si uno analizaba la operación en su conjunto, se encontraba con una serie de actos jurídicos que tenían como único fin que las utilidades obtenidas por la venta de la fábrica se radicaran en una sociedad domiciliada en un paraíso fiscal, de manera que los socios pudiesen acceder a ella eludiendo la tributación correspondiente. El Tribunal entendió que cada uno de los actos eran válidos, pero la operación macro no lo era porque no reflejaba la realidad de los hechos, y para que hubiesen reflejado la realidad de los hechos, estas operaciones de tan importante magnitud debían tener una justificación económica y de tiempo²⁸⁷. Que los contribuyentes no se enfocaran en argumentar que las operaciones eran reales en base a su justificación económica, y el hecho de que en apenas dos meses unas empresas pequeñas multiplicasen muchas veces su valor y traspasasen su propiedad vía aumentos de capital, sin movimiento de fondos aparente, sólo reforzó la impresión del Tribunal de que la operación en su conjunto era irreal.

De lo sostenido por el Tribunal en su sentencia no considero que se pueda desprender claramente que la razón por la que resolvió contra el contribuyente fuese que el actuar del particular tenía un evidente propósito de eludir deberes fiscales (lo que habría sido un argumento muy fuerte en Estados Unidos, pero no tanto en Reino Unido, como vimos), sino que los actos jurídicos llevados a cabo, en su conjunto, simplemente no representaban la realidad de lo que ocurrió. La realidad de los hechos, acorde al Tribunal, es que Cadbury Schweppes adquirió la fábrica de Huesca de Chocolates Hueso, cuestión que quiso dejarse en un segundo plano por el contribuyente a través de las operaciones de aumento de capital para traspasar la propiedad de C.H. a una sociedad que estuviese domiciliada en un paraíso fiscal, de la cual sus socios eran los mismos que de C.H. y en el mismo porcentaje. A mi parecer, el intento de eludir deberes impositivos era la justificación del por qué tuvo que recurrirse a actos que disfrazaran la realidad, pero no la razón de que la sentencia desestimara el recurso del contribuyente.

3.4.- Barcelona y los derechos de imagen de sus jugadores (STS 4189/2008)

3.4.1.- Introducción

²⁸⁷ Tal como exige el artículo 3 del Código Civil que se deben interpretar las normas, acorde a la realidad de los hechos.

El Fútbol Club Barcelona español, cuarto equipo deportivo más rico del mundo y tercero si sólo se consideran equipos de fútbol²⁸⁸ (según Forbes²⁸⁹ a junio de 2018), es una institución gigantesca que, como tal, tiene acceso a asesoría técnica especializada para abordar sus temas más importantes, como por ejemplo, aspectos contractuales de su equipo de fútbol relativos a derechos de imagen. Con el objeto de disminuir la tributación que le corresponde en el pago de remuneraciones a sus jugadores, el Fútbol Club Barcelona (en adelante, también, “F.C. Barcelona”, “Barcelona” o “el Club”) adoptó un plan de negocios que consistía en, resumidamente, no pagar los derechos de imagen directamente a sus jugadores, sino que indirectamente a través de sociedades domiciliadas en distintos lugares, entre ellos, paraísos fiscales. Producto de esta estrategia, el F.C. Barcelona visitaría los Tribunales de España en más de una ocasión, siendo el presente caso por analizar uno donde fueron cuestionados los pagos por derechos de imagen del equipo que en ese entonces dirigía Johan Cruyff, aunque la sentencia se dictó en 2008.

3.4.2.- Hechos del caso.

3.4.2.1.- Conceptos contractuales por los que Barcelona remunera a sus jugadores/cuerpo técnico.

F.C. Barcelona paga a sus jugadores en base a diferentes conceptos, los cuales son los siguientes:

- a) Prima por la contratación/fichaje
- b) Prima por partido jugado
- c) Sueldo mensual
- d) Pagos extraordinarios
- e) Bono por antigüedad
- f) Derechos de explotación de imagen

²⁸⁸ El primero del ranking es Dallas Cowboys (equipo de fútbol americano avaluado en US\$4.8 billones); segundo lugar para Manchester United F.C. (fútbol, US\$4.12 billones); tercer lugar para Real Madrid C.F. (fútbol, US\$4.09 billones); cuarto lugar para F.C. Barcelona (fútbol, US\$4.06 billones).

²⁸⁹ <https://www.forbes.com/sites/mikeozanian/2018/06/12/the-worlds-most-valuable-soccer-teams-2018/#72d194cc45c8>

Estos ítems se agrupan en el concepto “Rendimientos de Trabajo”, de los cuales el Club debe hacer una retención porcentual y tributarla a la Hacienda Española anualmente²⁹⁰ por concepto de Impuesto a la Renta de las Personas Físicas. El Club actuó de este modo hasta la temporada 1988/1989, donde los “Gastos de Personal” llegaron a los \$3.050 millones de pesetas. Sin embargo, el escenario cambió para la temporada 1989/1990 puesto que el Barcelona empezó a pagar por los derechos de imagen de modo indirecto, dejando de pagar al jugador/miembro del cuerpo técnico, y empezando a pagar a sociedades intermedias²⁹¹ con domicilio en paraísos fiscales. Debido a que el pago se efectuó a sociedades y no a los jugadores, el Barcelona entendía que no estaba remunerando a los jugadores por los servicios profesionales que prestaban, razón por la cual “movió” dichos pagos desde el ítem “Gastos de Personal” al ítem “Mantenimiento de Instalaciones y Servicios Exteriores”, lo cual tuvo una serie de efectos, a saber:

- a) Se redujo de un modo muy importante el “Gasto de Personal” del Club, pasando de \$3.050 millones de pesetas en la temporada 1988/1989, a \$2.128 millones de pesetas²⁹² para la temporada inmediatamente siguiente (1989/1990).
- b) Se aumentó en la misma cifra²⁹³ el ítem “Mantenimiento de Instalaciones y Servicios Exteriores”, debido a los pagos que efectuó Barcelona a las sociedades intermedias²⁹⁴.
- c) Como los pagos se realizan a sociedades y no a los jugadores, no son pagos que tengan como fundamento el trabajo del jugador, en consecuencia, no pueden considerarse “Rendimientos del Trabajo”.
- d) Si no son “Rendimientos del Trabajo”, no corresponde que el Club practique las retenciones correspondientes sobre estos pagos para luego enterarlos en arcas fiscales²⁹⁵.

²⁹⁰ Similar a las retenciones por concepto de Segunda Categoría en Chile que efectúa el empleador.

²⁹¹ En las cuales, a veces pero no siempre, el jugador/miembro del cuerpo técnico era su representante legal.

²⁹² Una disminución de \$922 millones de pesetas.

²⁹³ En rigor, el aumento fue de \$914 millones de pesetas.

²⁹⁴ Cabe señalar que Barcelona no tenía un desglose contable que denotara la explotación comercial de la imagen de los jugadores, probablemente porque no querían aparecer pagando por este concepto debido a que había sido removido del contrato laboral.

²⁹⁵ Con este mecanismo, el F.C. Barcelona estaba ahorrando una cifra aproximada de \$3.2 millones de pesetas.

- e) Desde la temporada 1989/1990 que el Club dejó de efectuar las retenciones sobre el pago de imagen, lo que se tradujo en que Hacienda empezó a exigir el pago de estos impuestos no tributados.

3.4.2.2.- Operativa contractual de los Derechos de Imagen.

El F.C. Barcelona empezó a operar del siguiente modo respecto a los derechos de imagen de sus jugadores y miembros del cuerpo técnico.

- 1.- El jugador suscribe un contrato laboral con el F.C. Barcelona, obligándose a prestar todos los servicios propios de un futbolista a un club deportivo, incluidos entre otros, asistir a los eventos que el Club disponga y vestir la indumentaria que el Club determine. Cabe hacer notar que este contrato no menciona “pagos por concepto de explotación de imagen”.
- 2.- El jugador suscribe un contrato con una sociedad a la cual le cede todos sus derechos de imagen. Esta cesión se hace sin contraprestación alguna, o en ocasiones, con una contraprestación meramente simbólica.
- 3.- El jugador, el Club y la sociedad suscriben otro contrato por el cual el Club adquiere la totalidad de los derechos de imagen del jugador a la sociedad a cambio de una contraprestación mensual²⁹⁶.
- 4.- Como se expuso precedentemente, respecto de las cantidades que el Club paga a la sociedad mensualmente por “imagen” no se hacen las retenciones correspondientes al pago del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas.

El efecto de esta reorganización del pago de remuneraciones a los jugadores implicó un ahorro impositivo importante para Barcelona, debido a que las cantidades pagadas por el Club a las sociedades intermedias eran millonarias, a saber²⁹⁷:

²⁹⁶ En algunos casos se señaló expresamente que el pago que hace el Club a la sociedad es en “retribución” al jugador, o por la “ficha” del jugador.

²⁹⁷ Datos obtenidos de la misma sentencia del Tribunal Supremo Español.

- 1.- Año 1990: \$780 millones de pesetas.
- 2.- Año 1991: \$793 millones de pesetas.
- 3.- Año 1992: \$737 millones de pesetas.
- 4.- Año 1993: \$468 millones de pesetas.

Como ha quedado de manifiesto, la intención de Barcelona era no tener que llevar a cabo las retenciones de impuesto relativas a estas cifras, dado que, si tuviese que hacerlo para después pagar a la Hacienda Pública, debiese haber subido además el sueldo de los jugadores y cuerpo técnico, quienes negociaban sus contratos en cifras netas (después de impuestos). Entonces, la estrategia no era solo de disminución de tributación por derechos de imagen, también era de disminución de remuneración al plantel.

3.4.3.- Reglamentación aplicable al caso

La normativa más importante aplicable a este caso se encuentra en la Ley 18/1991 sobre Impuesto a la Renta de las Personas Físicas (en adelante, también, “IRPF”). Al respecto, esta ley dispone lo siguiente:

“Artículo 5. Hecho imponible.

Uno. Constituirá el hecho imponible la obtención de renta²⁹⁸ por el sujeto pasivo.

Cuatro. Componen la renta del sujeto pasivo:

- a) Los rendimientos del trabajo.
- c) Los rendimientos de actividades empresariales o profesionales que ejerza”

Este artículo es bastante amplio, dando a entender que lo que pretende es que la obtención de renta del sujeto pasivo²⁹⁹ tribute el IRPF. Esto significa que, en los casos en que haya empleador, parte de la renta deberá ser retenida y enterada por él posteriormente en arcas fiscales.

²⁹⁸ Muy similar a Chile, donde el hecho imponible en la Ley de la Renta es, en términos generales, la obtención de un aumento patrimonial calificable de “renta”.

²⁹⁹ Persona física con residencia en España que obtenga renta.

“Artículo 23. Base imponible. Norma general.

Uno. La base imponible estará constituida por el importe de la renta en el período de la imposición, determinado conforme a lo dispuesto en las normas contenidas en los Títulos siguientes”

El artículo 23 de esta ley establece cómo se constituirá la base imponible del IRPF, haciendo énfasis nuevamente en la “renta”.

“TÍTULO V

Determinación de la Renta

Artículo 24. Rendimientos íntegros del trabajo.

Uno. Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal del sujeto pasivo y no tengan el carácter de rendimientos empresariales o profesionales”

Como la misma ley dispuso previamente, deberá tributarse el IRPF cuando exista renta por parte del sujeto pasivo. El artículo 24 es el primer artículo del Título V que lleva por nombre “Determinación de la Renta” y se preocupa específicamente de señalar que los rendimientos propios del trabajo de las personas se considerarán renta. Estos “rendimientos del trabajo” son bastante amplios pues consideran cualquier contraprestación que se derive, incluso indirectamente, del trabajo. Al respecto, es muy complejo excluir a los derechos de imagen de rendimientos derivados del trabajo de un jugador, pues es precisamente el trabajo del jugador lo que transforma su imagen en un bien jurídico apreciable en dinero y comerciable. Barcelona intentó que no fuesen considerados rendimientos del trabajo al cambiar la persona jurídica receptora de las remuneraciones.

“Artículo 25. Contraprestaciones o utilidades.

Se incluirán, en particular, entre los rendimientos del trabajo:

1) Las retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter especial”

Este artículo se preocupa de señalar, de un modo amplio, contraprestaciones que se entienden propias de los rendimientos del trabajo, donde expresa en su letra 1) que serán

rendimientos del trabajo las retribuciones de carácter especial derivadas de las relaciones laborales. Es en este punto donde se tienden a agrupar las retribuciones por imagen de los jugadores. Lo que Barcelona quiso hacer no era decir que los rendimientos por imagen no constituían rendimientos del trabajo, sino que señalar que el Club no remuneraba a sus jugadores por este concepto, sino que efectuaba pagos a sociedades distintas de la persona del jugador, en consecuencia, no debía efectuar la retención debida.

“Sección 5.^a Imputación de rentas

Artículo 52. Régimen de transparencia.

Uno. Se imputarán, en todo caso, a los socios residentes y se integrarán en su correspondiente base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o, en su caso, del de Sociedades, las bases imponibles positivas obtenidas por las sociedades que se indican, aun cuando los resultados no hubieran sido objeto de distribución:

C) Las sociedades en que más del 50 por 100 de sus ingresos brutos procedan de actuaciones artísticas o deportivas de personas físicas o de cualquier otra actividad relacionada con artistas o deportistas cuando entre éstos y sus familiares hasta el cuarto grado inclusive tengan derecho a participar en, al menos, el 25 por 100 de los beneficios de aquéllas”

El artículo 52 N°1 letra c) establece que la base imponible positiva de sociedades se imputará a sus socios residentes aun cuando los beneficios no hubiesen sido distribuidos, en los casos en que más del 50% de los ingresos de las sociedades procedieren de actividades deportivas. El argumento de Barcelona al respecto fue que la condición del artículo era que los ingresos se justificaran en “actividades deportivas”, pero que los derechos de explotación de imagen que tenían las sociedades intermedias no eran una actividad deportiva, sino que comercial y publicitaria, razón por la cual la interpretación de la Administración General del Estado (y del Tribunal de la instancia inferior) había sido antojadiza.

Finalmente, como se ha hablado constantemente del deber de retención de Barcelona, es menester citar la norma que establece dicha obligación. El artículo 98 de la Ley 18/1991 dispone la obligación que tiene Barcelona de efectuar retenciones respecto a las rentas que pague sujetas a IRPF.

Art. 98. Retenciones y otros pagos a cuenta.

1. Las personas jurídicas (*Barcelona*³⁰⁰) y entidades (...) que satisfagan o abonen rentas sujetas a este Impuesto (*retribución por derechos de imagen*³⁰¹), **estarán obligadas a retener**, en concepto de pago a cuenta, la cantidad que se determine reglamentariamente y a ingresar su importe en el Tesoro en los casos y forma que se establezcan”

El Club sabía que estaba obligado a efectuar las retenciones correspondientes debido a que era altamente complejo sostener que los derechos de imagen no constituían rendimientos del trabajo, además, así había obrado hasta la temporada 1988/1989. En consecuencia, Barcelona optó por argumentar que simplemente no remuneraba por dicho concepto a los jugadores sino que a sociedades que eran personas jurídicas separadas, y que dicha remuneración tenía una justificación comercial y no deportiva como lo señalaba el artículo 52 N° letra c), por lo que era más preciso señalar que los pagos a sociedades intermediarias, donde los jugadores eran representantes legales, correspondían al ítem “Mantenimiento de Instalaciones y Servicios Exteriores”. Esta parte de la argumentación de Barcelona fue la menos sólida y, a juicio del Tribunal, era la más importante de aclarar.

3.4.4.- Razonamiento del Tribunal Supremo de España.

En su recurso de Casación, el F.C. Barcelona esgrimió ocho argumentos por los cuales debía dejarse sin efecto la sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, también, “TEAC”), de los cuales la mayoría es formal, pero hay ciertos argumentos de fondo al respecto. Los argumentos de fondo fueron “incongruencia y error en la motivación de la sentencia”, “infracción del artículo 52 N° 1 letra c) cuestionando la naturaleza jurídica de los pagos efectuados a las sociedades intermedias”, “infracción de las normas de interpretación jurídica” e infracción del artículo 147 N° 1 del Reglamento de la Ley de IRPF (Real Decreto 2384/1981). Estos argumentos fueron abordados por el Tribunal del siguiente modo:

Respecto a existiría incongruencia y error en la motivación de la sentencia, el Club sostuvo que el TEAC dictó su fallo sobre la base de que no estaba acreditada la existencia de ciertos

³⁰⁰ Nota agregada por este tesista.

³⁰¹ Nota agregada por este tesista.

contratos que se encontraban en el expediente y que, de paso, no han sido objeto de discusión entre las partes. Al respecto, el Tribunal Supremo Español (en adelante, también, “TSE” o “el Tribunal”) expuso que aquellos “ciertos contratos” son los contratos entre los jugadores y la sociedad interpuesta, en donde se ceden los derechos de imagen, y los contratos existentes eran entre el Club y las sociedades interpuestas. Si bien es cierto que nunca fueron aportados los contratos entre los jugadores y las sociedades intermedias, los contratos entre el Club y las sociedades sí están en el expediente. Sin embargo, los contratos entre los jugadores y las sociedades eran los más importantes puesto que permitirían dirimir con claridad qué tipo de cesión se estaba llevando a cabo, qué era exactamente lo que se cedía y la naturaleza jurídica de la cesión.

En la misma línea, el TSE citó al TEAC cuando este argumentó:

“(…) existe una apariencia de cesiones, que no responde a unas realidades contractuales, que es indicativa de la existencia de una simulación; mientras que lo cierto es que el Club ha satisfecho unas cantidades por el concepto de derecho de imagen de determinados jugadores, que han revertido en el patrimonio del jugador (…)”

De este modo, concluyó entonces el TSE:

“Pero lo verdaderamente relevante radica en la no aportación al expediente de los contratos entre los jugadores y la sociedad cesionaria, y es esa omisión, junto con otras circunstancias, la que **justifica la calificación de simulación**”.

“En definitiva, es cierto que la sentencia contiene una afirmación errónea al decir que no se han aportado al expediente unos documentos que sí se encuentran en él. Pero este error no es decisivo a los efectos de calificar la operación como simulada (…) el error en que incurre la sentencia se convierte en intrascendente”

En consecuencia, el TSE empezó a adelantar no solo que su opinión era que las operaciones eran simuladas, sino que el contribuyente tenía razón al señalar que la sentencia del TEAC había incurrido en un error, pero dicho error era irrelevante para la resolución del conflicto. La razón de la irrelevancia radicaba en el hecho de que los contratos importantes eran los de

cesión de los derechos de imagen de los jugadores los cuales no fueron aportados, muy probablemente en mi opinión porque contendrían cláusulas que señalarían que se efectuaría una cesión de derechos de imagen mientras dure el contrato laboral entre el jugador y el Club, y que la sociedad tendría que remunerar al jugador por la explotación de la imagen de él que efectuara el Club. Si los contratos tuviesen cláusulas de este tipo y estuviesen en poder de la judicatura, la defensa de Barcelona sería imposible de sostener, porque probarían las sospechas de la Administración General del Estado.

El TSE, además, señaló que había un punto que le llamaba la atención, y era que el Club y las sociedades interpuestas habían firmado un contrato en donde el Club manifestaba su interés de contratar los derechos de explotación de imagen que previamente el jugador había cedido a la sociedad. Sin embargo, en los contratos laborales entre el Club y el jugador, se podía apreciar la siguiente cláusula:

“El jugador se obliga a ‘participar con su asistencia a reuniones, manifestaciones, actos públicos o privados, y convenciones en que sea requerida su presencia; a vestir prendas, uniformes (excepto calzado), o exhibir marcas o símbolos publicitarios en las ocasiones que se indiquen; a intervenir colectivamente con todo el equipo en filmaciones, spots publicitarios, cinematográficos, televisivos, en prensa, radio, y a permitir su reproducción pública”

Es bastante notorio que en el contrato laboral, el Club considera la imagen del jugador/técnico como “parte de lo contratado”, puesto que parte de sus obligaciones consistirían en facilitar su imagen a Barcelona cuando el Club lo estime pertinente. Lo que el Tribunal entiende, entonces, es que “la explotación de la imagen” es parte de los derechos que tiene Barcelona, y dichos derechos se pagan, sobretodo si estamos hablando de jugadores/técnicos conocidos a nivel mundial. Barcelona argumentaría que lo que ellos pagan a las sociedades no tiene que ver con el trabajo de los jugadores, razón por la cual no podrían considerarse “rendimientos del trabajo”, pero lo cierto es que Barcelona pagó a las sociedades por la explotación de la imagen de los jugadores, siendo que en el contrato laboral ya se encontraba este derecho. La única razón por la cual el Club quisiera establecer el pago de la imagen de un modo diferenciado al contrato laboral es para argumentar que no se trata de rendimientos del trabajo y, consecuentemente, no estarían sujetos a retención. Esta

estratagema del Club fue percibida rápidamente por el Tribunal, quien procedió a analizarla finamente, como se expone a continuación:

“En definitiva, en los contratos firmados por el Club con las sociedades interpuestas, **el jugador asume unas obligaciones que ya estaban recogidas en los contratos laborales realizados directamente entre el Club y el jugador**, percibiendo unos rendimientos de trabajo con su correspondiente retención. La relación laboral permanece inalterada, pero el Club abona parte de las retribuciones en cuentas bancarias de las sociedades interpuestas.

En orden a una adecuada calificación de los hechos resulta significativo destacar que estos contratos **van siempre firmados por el propio jugador (además del Club y la sociedad que se interpone)**. En todas las ocasiones, el jugador interviene con doble carácter. Una, por intervención en propio nombre, y, otra, por intervenir, adicionalmente, en representación de la sociedad”

¿Por qué el jugador asumiría, a través de las sociedades, las mismas obligaciones que había asumido en el contrato laboral? Es una obligación propia del trabajo del jugador el ceder los derechos de explotación de su imagen a Barcelona, y el Club tiene que poder exigir se le permita explotarlos, de manera que la explotación de la imagen debía estar en el contrato laboral³⁰². Era necesario también, para el éxito de la operación, que Barcelona le pagase directamente a la sociedad del jugador, y ese pago tenía que tener una justificación, por eso se utilizó la cláusula de la imagen del jugador, de manera que Barcelona pudiese decir que no era un pago que se estuviese haciendo por concepto de retribución del trabajo, ya que se estaba pagando a una persona jurídica distinta del jugador. ¿Y por qué en los contratos entre el Club y las sociedades aparece firmando el jugador en calidad de representante de la sociedad y por sí mismo, siendo que en verdad sería un tercero? No fue aclarado durante el juicio, pero la conclusión evidente es que el jugador estaba prestando su consentimiento para

³⁰² En rigor, podía estar también en un anexo o en otro contrato, pero una interpretación armónica de las obligaciones que emanaran de esos contratos necesariamente llevaría a la conclusión de que los derechos de imagen configuran rendimientos del trabajo, ya que es la imagen de “jugador” con la que se lucra.

la explotación de su imagen por quien es su empleador³⁰³, de manera que difícilmente Barcelona podía sostener que los ingresos que percibió el jugador por publicidad de su imagen (y por los que Barcelona paga) no eran producto de su trabajo y, en consecuencia, cifras que debieron haberse retenido acorde a la Ley de IRPF.

Con el objeto de cerrar su análisis, el Tribunal lleva a cabo un resumen de los hechos fundamentales del caso³⁰⁴, para luego exponer sus conclusiones al respecto:

“A) No existen hechos que acrediten el contenido real de la cesión de la imagen del jugador a la sociedad interpuesta ni de la cesión de esta al Club, distinta a la que se deriva de la relación laboral.

B) No existen hechos que acrediten una explotación comercial de la imagen de los jugadores o técnicos por parte del Club relacionada con la pretendida cesión previa de los derechos de imagen.

³⁰³ Sugiriendo que quien contrataba con el Club era el mismo jugador y la sociedad era solo una apariencia.

³⁰⁴ “1.- Hasta la temporada 1988/1989, el Club pagaba a los jugadores y cuerpo técnico una cifra por concepto de imagen, de la cual efectuaba las retenciones correspondientes.

2.- En la temporada 1989/1990, el Club dejó de pagar esta cifra directamente a los jugadores y la empezó a pagar a sociedades con domicilio en paraísos fiscales de las cuales los jugadores eran sus representantes legales. La relación laboral Club-jugador no había variado durante el cambio de temporada, pero sí el pago de la imagen.

3.- Barcelona dejó de efectuar la retención del IRPF.

4.- En algunos casos, la relación económica del Club con el jugador se anuló completamente, porque la remuneración completa del jugador era recibida por la sociedad intermediaria.

5.- Entre la temporada 1988/1989 y 1989/1990 hay un 20% en la disminución de los gastos de personal del Barcelona, pero no hay disminución en los gastos generales del Club (porque lo que no se pagaba directamente a los jugadores igual se pagaba, pero indirectamente a las sociedades y figuraban en la cuenta contable “Mantenimiento de Instalaciones y Servicios Exteriores”).

6.- Las obligaciones entre el Club y el jugador, en lo que respecta a la imagen del jugador, son las mismas que en los contratos entre el Club y la sociedad intermedia.

7.- El Club participó activamente en la implementación de este plan de pagos mediante sociedades interpuestas.

8.- Hay falta de contenido real en las supuestas cesiones de derechos de imagen del jugador a la sociedad para que Barcelona los explotara, retribuyendo a la sociedad, porque: nunca se aportaron los contratos jugador/sociedad; porque en la contabilidad de Barcelona no hay ninguna cuenta, subcuenta o desglose que denote la existencia de una explotación comercial de la imagen del jugador.

9.- En algunos contratos se encontró expresamente que el Club se refería a los pagos hechos a las sociedades como “retribuciones a los jugadores/técnicos, primas por fichas, premios, dietas y derechamente sueldos”.

C) Los pagos efectuados por el F.C. Barcelona a las sociedades interpuestas entre el Club y el jugador tienen la consideración de retribución salarial de éste.

D) El Club ha abonado estas retribuciones salariales devengadas por jugadores y técnicos sin efectuar retención alguna por el IRPF ni ingresarla en la Hacienda Pública.

OCTAVO.- Si hemos hecho un análisis tan exhaustivo de los hechos es para poner de relieve que la clave de este litigio no radica en decidir sobre la naturaleza de los derechos de imagen, que a pesar de todo examinaremos, sino **sobre la realidad de los hechos que subyacen al litigio”**

Puede apreciarse inmediatamente la cercanía de este fallo con el anterior analizado: ambos se justifican en que lo que ha de interpretarse es la realidad, y es ese el motivo por el cual el Tribunal enfocó mucho su análisis en los hechos del caso, entendiendo que lo primero que tenía que tenerse claro era “qué es lo que ocurrió”, para después de eso entrar en discusiones propias del derecho, como la naturaleza jurídica que tendrían los derechos de imagen. En base a estos hechos es que el Tribunal deduce que, en verdad, nunca hubo una cesión de derechos de imagen del jugador a las sociedades, basándose en que el Club no tiene considerados contablemente los ingresos por explotación comercial de los mismos, y principalmente, porque no se acompañaron los contratos. Si se suma a este aspecto que los contratos entre Club y sociedades eran firmados también por el jugador (no solo en representación de la sociedad, sino que también por sí mismo), parece claro que en verdad es el jugador cediendo sus derechos al Club directamente. Finalmente, el hecho de que los contratos entre Club y sociedades contuviesen las mismas obligaciones que el contrato laboral entre Club y jugador pareciera ser una muestra de que efectivamente el Club adquiriría los derechos de imagen del jugador vía contrato laboral, siendo el contrato Club-sociedades repetitivo e ineficiente. A esta altura, la justificación del contrato Club-sociedades sólo era intentar sacar de la esfera laboral los pagos por concepto de imagen.

El Tribunal se convenció que los contratos Club-sociedades eran inoficiosos y que la imagen de los jugadores podía explotarse debido a lo dispuesto en los contratos laborales. No solo

eso, la imagen que se explotaba era la imagen “de jugador³⁰⁵”, un aspecto estrictamente laboral, razón por la cual necesariamente implicaban un rendimiento del trabajo de los jugadores y, en consecuencia, hacían nacer en Barcelona el deber de retener. Acorde a la argumentación expuesta por el Tribunal, se refirieron muy escuetamente al resto de los argumentos esgrimidos por el Club y en un párrafo los desecharon todos. En definitiva, el Tribunal falló en contra de Barcelona, lo condenó al pago de \$3.200 millones de pesetas por retenciones impagas, y al pago de \$1.400 millones de pesetas por concepto de intereses, junto al pago de las costas del juicio.

3.4.5.- Conclusiones

Debe llamar la atención la existencia de una tendencia en los Tribunales Superiores de España, puesto que en esta época consistentemente fallaron recurriendo “a la realidad de los hechos”. No solo el TSE con Barcelona, sino que también en casos de menor envergadura, se recurrió a la interpretación de la realidad como elemento fundamental para la resolución del caso, por tanto, el análisis tendió a enfocarse en qué es lo que ocurrió y qué no. En la misma línea, a diferencia de la tendencia del Common Law, no se llevaron a cabo análisis del tipo “Business Purpose” ni exigieron una razón de negocios para las reorganizaciones empresariales, sino que el enfoque era “cuál es la realidad de los hechos”, lo que en más de algún momento implicó dejar algún contrato de lado. En el presente caso, los contratos entre Club y sociedades hacían referencia expresa a los contratos entre sociedades y jugadores, sin embargo, estos últimos fueron desestimados por el Tribunal no solo porque no se acompañaron, sino que también porque Barcelona no tenía contabilidad donde demostrara que hubo explotación comercial de la imagen de los jugadores debido a los pagos efectuados a las sociedades intermediarias (probablemente para intentar ocultar que sí se estaban pagando dentro de las obligaciones laborales), de manera que **el Tribunal entendió que, en la realidad de los hechos, estos contratos sociedad/jugador eran simulados y no se correspondían con la realidad.**

Es menester hacer notar, también, que el TSE nunca utilizó la motivación de Barcelona como argumento para fallar en contra del Club. No era importante que el único propósito, evidente,

³⁰⁵ No la imagen de padre de familia, marido o de alguien que le gusten los asados, sino que de deportista de excelencia, lo cual era su trabajo.

fuese el ahorro impositivo que significaría el pago mediante sociedades intermedias, sino que lo relevante era la realidad de la situación y su justificación económica. A juicio del Tribunal, la realidad de la situación es que no podía darse por acreditado que efectivamente existieron los contratos entre sociedades y jugadores, por lo que los consideró simulados. **Si eran simulados y, en consecuencia, no existían, entonces los derechos de explotación de imagen se encontraban en los contratos laborales, no dejando duda alguna de que se trataba de rendimientos del trabajo. Y aunque no se encontraran en los contratos laborales, igual se trataba de una remuneración pagada al jugador para utilizar un elemento propio del trabajo del jugador, por lo que estos beneficios eran necesariamente renta según el concepto de la Ley de IRPF.** Esa era la realidad de los hechos, Barcelona simplemente intentó enfocar la discusión desde un punto de vista de la naturaleza jurídica de los pagos por concepto de imagen y en el hecho de que el pago se realizaba a una sociedad que no tenía relación laboral con el Club, sino que meramente comercial. El Tribunal siempre se interesó en averiguar la realidad de los hechos y su justificación económica, por lo que basándose en su facultad de analizar la situación macro, concluyó que Barcelona sí pagaba a los jugadores y técnicos por la utilización de su imagen, de manera que independiente del modo en que lo hiciera, se trataba de pagos que gatillaban el IRPF de los jugadores y técnicos, por lo que correspondía que el Club efectuara las retenciones correspondientes.

Si bien la argumentación del TSE en esta situación fue mucho más técnica y jurídica que en el caso anterior, en lo personal seguí extrañando se citara la norma que le permitiese al Tribunal analizar la situación macro y, principalmente, prescindir de actos jurídicos perfectos (como los contratos entre Club y sociedades donde se hace referencia a los contratos de sociedades con jugadores) para decidir el litigio.

En definitiva, es el énfasis en el análisis de la realidad económicamente justificada lo que caracterizó esta tendencia del TSE al momento de abocarse a la resolución de casos tributarios. Barcelona no pudo probar que los contratos de cesión de derechos de explotación realmente existían y que la justificación del pago a las sociedades era, en la realidad, distinta a una justificación del orden laboral. Económicamente, la “realidad de los hechos” era que estos pagos se efectuaban por la relación laboral existente entre jugador y Club, por lo que debían calificarse como “retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter especial” y, consecuentemente, eran renta sujeta a retención.

3.5.- Colgate Palmolive Holding (20 de mayo de 2016, STS 2203/2016)

3.5.1.- Introducción

El caso Colgate Palmolive Holding es muy interesante porque se tocan aspectos importantes en materia tributaria, a saber, si se pueden revisar actos jurídicos celebrados por el contribuyente en una época en donde la acción de la Administración está prescrita, pero se trata de actos jurídicos que se encuentran íntimamente conectados a otros respecto de los cuales la acción fiscalizadora está vigente o si una reorganización empresarial que significó una reducción de impuestos por parte del holding incurriría en fraude de ley por esta circunstancia. El análisis es productivo porque permite entender de mejor manera el prisma del TSE, así como redondear y sacar conclusiones respecto a cómo en la actualidad el TSE revisa las causas tributarias que le toca conocer. En síntesis, se revisará un caso en que una empresa gigante adquiere una sucursal a través de financiamiento de terceros, generándole gastos que posteriormente dedujo y respecto de los cuales la Administración del Estado sospechó tendrían la sola y única finalidad de disminuir la base imponible del contribuyente.

3.5.2.- Hechos del caso

3.5.2.1.- Sociedades participantes de la operación³⁰⁶

Las sociedades involucradas en la operación fueron las siguientes:

- a) Colgate Palmolive Company (en adelante, también, “CPC”), domiciliada en Estados Unidos (New Jersey).
- b) Norwood International Inc. (en adelante, también, “NII”), domiciliada en Estados Unidos (New Jersey, mismo domicilio de CPC).

³⁰⁶ Estas sociedades, en su conjunto, serán también “Grupo Colgate”.

- c) Colgate Palmolive Holding S.C.P.A. (en adelante, también, “CPH” o “el contribuyente”), constituida en noviembre de 1996. CPC (90%) y NII (10%) son los accionistas de CPH. Domiciliada en España (Madrid).
- d) Colgate Palmolive España S.A. (en adelante, también, “CP España”). Sociedad domiciliada en España donde sus accionistas principales son CPC y NII.
- e) Colgate Palmolive Participacoes e Investments Inmobiliarios S.A. (en adelante, también, “CP Portugal”). Sociedad domiciliada en Portugal en donde sus accionistas principales son CPC y NII.
- f) Colgate Palmolive Hellas SAI.C (en adelante, también, “CP Grecia”). Sociedad domiciliada en Grecia en donde sus accionistas eran NII (66%) y Colgate Palmolive Neederland S.V. (33%, sociedad domiciliada en Holanda perteneciente al Grupo Colgate).

En diciembre de 1996, CPH llevó a cabo un aumento de capital mediante el aporte no dinerario que hicieron sus accionistas CPC y NII del 99% de las acciones de CP España. En agosto de 1997, CPH efectuó un nuevo aumento de capital donde nuevamente sus accionistas (CPC y NII) realizaron la aportación no dineraria del 100% de las acciones de CP Portugal. En consecuencia, CPH tiene el control de CP España y CP Portugal. En septiembre de 2001, NII adquirió la participación que CPC tenía en CPH (el 90%), de modo que NII pasó a tener el 100% de CPH, que a su vez controlaba las sucursales de España y Portugal.

3.5.2.2.- Adquisición de sucursal en Grecia.

En noviembre de 2001, CPH adquirió de su accionista NII el 40% de las acciones de CP Grecia por la cifra de € 94.000.000. Esta compra de CPH se financió mediante un préstamo de Intesa BCI Bank Ireland, lo que implicó un fuerte endeudamiento de CPH y marcando una diferencia con los anteriores procesos de adquisición efectuados por el Grupo Colgate: antes fue mediante aumentos de capital y aportaciones no dinerarias, ahora fue mediante una compraventa de acciones financiadas externamente por un banco irlandés.

El 18 de octubre de 2003, CPH adquirió el 26% restante de las acciones que NII tenía en CP Grecia por la cifra de € 74.000.000. Esta compra se financió mediante un préstamo otorgado por Citibank International PLC. Cabe señalar que en la contabilidad de NII, ese 26% de acciones figuraba como un importe de € 6.000.000.

Finalmente, en diciembre de 2003, CPH efectuó un aumento de capital en € 6.5 millones, con una prima de emisión de € 85 millones. Dicho aumento de capital fue suscrito por Colgate Palmolive Neederland S.V. mediante la aportación no dineraria del 33% de CP Grecia.

En resumen, y de acuerdo con los años en que se llevaron a cabo estas operaciones, CPH tuvo las siguientes participaciones accionarias.

Año 2002:

a) CP España:	99%
b) CP Portugal:	100%
c) CP Grecia:	40%

Año 2003 y 2004:

a) CP España:	99%
b) CP Portugal:	100%
c) CP Grecia:	100%

a) CP España:	99%
b) CP Portugal:	99% ³⁰⁷
c) CP Grecia:	100%

3.5.3.- ¿Cuál fue el problema en la reorganización empresarial de Colgate?

La versión del contribuyente fue que la razón de la adquisición de sus sucursales fue que de este modo mejoraban la administración interna del grupo empresarial, centralizando la toma

³⁰⁷ Pequeño desprendimiento accionario que efectuó CPH hacia otra empresa del Grupo Colgate.

de decisiones, estableciendo directrices que fuesen generales para el grupo en su conjunto, disminuyendo costos administrativos y propendiendo a la creación de valor. Además, consideraron que las operaciones llevadas a cabo se hicieron en un contexto de completa normalidad, pues la adquisición de acciones mediante endeudamiento es una práctica habitual en los negocios.

El TEAC, sin embargo, no estuvo de acuerdo con la argumentación del contribuyente y concluyó en su sentencia que:

- 1.- El Grupo Colgate mantenía los mismos porcentajes de participación en la sociedad CP Grecia, pero ahora de un modo indirecto a través de CPH.
- 2.- No ha habido variación significativa en la gestión y dirección efectiva de la sociedad adquirida, porque la dirección estratégica, operativa y cualquier servicio relacionado con la gestión y administración de las empresas europeas del grupo mundial es asumido por la entidad Colgate Palmolive EuropeSarl (representante de Colgate en Europa).
- 3.- No se ha creado valor añadido alguno, ya que las actividades de las entidades afectadas no salieron reforzadas sino que solo se utilizaron para la obtención de una ventaja fiscal, constituyéndose CPH como un mero generador de gastos fiscales en España.
- 4.- No se han alterado los recursos del grupo pues los obtenidos por la entidad española son cedidos a otras entidades financieras acreedoras de sociedades integrantes del grupo mundial de Colgate.
- 5.- No se contiene en las memorias ni en los informes de gestión de la entidad, datos que permitan deducir la existencia de una motivación económica o empresarial real, al margen de la puramente fiscal.

En consecuencia, el TEAC concluyó en su sentencia que existía fraude de ley en las operaciones llevadas a cabo por CPH, principalmente por la compra de CP Grecia, debido a que se efectuó mediante endeudamiento con terceros, por lo que los gastos financieros por

endeudamiento se dedujeron de la base imponible de CPH, teniendo como efecto una disminución de la tributación de CPH en España.

En la instancia superior, ante la Audiencia Nacional, dicho tribunal sostuvo también que el actuar del contribuyente obedecía a los requisitos del fraude de ley³⁰⁸ contenido en la Ley General Tributaria española, siendo insuficientes los argumentos de CPH relativos a que su modo de operar se ajustaba a estándares normales dentro del mundo de los negocios y que era, a lo menos aventurado, deducir la existencia de fraude de ley por el mero hecho de financiar la compra de acciones mediante préstamos de bancos. De hecho, la Audiencia Nacional sostuvo específicamente:

“En resumen, cuando todas estas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente, pudiendo tenerse por probada la existencia de un propósito elusorio del impuesto que es otro de los requisitos constitutivos del fraude de ley en el art. 24 LGT : ‘...cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo...’, que queda acreditado cuando, conforme a lo expuesto, los motivos invocados en la demanda no son en absoluto convincentes”

Finalmente, optó por descartar la aplicación del artículo 16 de la Ley de Impuesto a las Sociedades por sobre el artículo 24 de la Ley General Tributaria debido a que no se trataba de un caso de precios de transferencia, arguyendo:

“En efecto, que el expediente no versa sobre precios de transferencia queda claro desde el momento en que el objeto de la discusión es la validez o licitud del conjunto de las operaciones realizadas, y no si su valoración es adecuada o no, razón por la cual no se entiende aplicable el artículo 16 que regula qué normas deben seguirse para valorar las operaciones vinculadas”

³⁰⁸ Con excepción de unas operaciones llevadas a cabo en una época en que la acción de la Administración del Estado se encontraba prescrita.

“En el presente supuesto, la actuación de la recurrente no puede ampararse en la economía de opción, pues mal puede hablarse de economía de opción cuando para perseguir un fin fiscal se utilizan formas jurídicas insólitas en detrimento de la Hacienda Pública. Así, el empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas para evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario diferencia a los actos y negocios anómalos, indirectos, fraudulentos o simulados, de los actos lícitos, desde el punto de vista fiscal, que pueden ampararse en la denominada economía de opción”

En consecuencia, el contribuyente se enfrentó a las sentencias de primera y segunda instancia adversas porque incurrió en un endeudamiento evitable, el cual le permitía deducir gastos financieros de su base imponible y, por tanto, disminuir su tributación.

3.5.4.- Actuación ante el Tribunal Supremo Español.

3.5.4.1.- Descargos de Colgate Palmolive Holding.

El contribuyente sostuvo su Recurso de Casación ante el TSE con los siguientes argumentos:

1.- La Audiencia Nacional se basó en actos que estaban fuera del alcance de la fiscalización de la Administración del Estado porque se celebraron en una época donde la acción del Fisco se encontraba prescrita. Debido a que esta argumentación no dice relación con un tema de fondo, no se revisará.

2.- El segundo argumento de casación del contribuyente consistió en la necesidad de una correcta fundamentación de la sentencia, pues a su juicio la sentencia de la Audiencia Nacional contenía una serie de imperfecciones. Estas imperfecciones fueron, básicamente, que la financiación mediante bancos tuvo impacto sólo en la adquisición de CP Grecia, y en consecuencia con las adquisiciones de noviembre de 2001 hasta diciembre de 2003, no correspondiendo que se intentase la aplicación de la normativa de fraude de ley a la operación completa. Además, el tema principal por el cual la Administración manifestó su rechazo a esta reorganización radicó en la deducibilidad de los gastos financieros producto

del endeudamiento en la adquisición de CP Grecia. En toda la reorganización, esta es la única situación donde se produjo endeudamiento por parte del Grupo Colgate, por lo tanto, sólo allí debe centrarse el análisis de deducibilidad de gastos del Tribunal, y la Audiencia Nacional tachó la operación completa como fraude de ley. Estos errores argumentativos se mantuvieron en la sentencia de la Audiencia Nacional y afecta la lógica de la misma, razón por la cual debe considerarse que la Audiencia Nacional desatendió sus deberes de fundamentación de la sentencia.

3.- En tercer lugar, sostuvo que su actuar se encontraba dentro de la normalidad de lo que un grupo empresarial de las dimensiones del Grupo Colgate haría. No solo datos de mercado, administrativos y de organización se toman en cuenta al momento de reestructurarse, sino que el factor tributario es considerado también producto de las grandes cantidades involucradas, **pero que aquello distaba mucho de la conclusión de la Audiencia Nacional relativa a que la única motivación del grupo había sido fiscal.** Esto no solo porque el plan de reestructuración había empezado antes (primero con la sucursal en España y luego con la sucursal en Portugal, demostrando interés en alinear directrices organizativas) sino también porque de las sucursales de CPH, la de Grecia era más pequeña que la de España, por lo que tampoco implicaba los mayores valores involucrados. Además, recurrir al endeudamiento mediante préstamos de bancos con trayectoria internacional no puede considerarse, por sí solo, un actuar en fraude de la ley, pues uno de los giros más importante de los bancos es el préstamo de dinero, donde el financiamiento es factor esencial en los negocios modernos, lo que realmente no tiene relación con un actuar elusivo por parte de los contribuyentes. Si bien efectivamente había un diferimiento en el reconocimiento de aumentos patrimoniales producto de las reorganizaciones hasta que se enajenase una empresa a un tercero, y que el endeudamiento implicaba una deducción de gastos financieros inmediata, no por eso se estaba vulnerando la ley.

4.- Finalmente, sostuvo que la operación de reorganización que llevaron a cabo y que les permitió aunar directrices y centralizar el control del Grupo Colgate les ha generado retornos anuales que promedian un aumento de € 53 millones a lo que percibían antes, lo que ha significado no solo un aumento en la tributación por concepto no solo de impuesto a las sociedades, sino que también se ha incrementado el impuesto de las personas físicas porque los dividendos han sido mayores.

3.5.4.2.- Razonamiento del Tribunal Supremo Español.

El TSE ponderó la argumentación del contribuyente y entendió que la sentencia de la Audiencia Nacional no estaba completamente ajustada a derecho. Es más, al comenzar la explicación de su decisión, el TSE sostuvo:

“La discusión a la que debe ceñirse el presente recurso consiste en **desentrañar qué ocurre y cómo opera la corrección de valor** para determinar la base imponible”

Como se puede apreciar precedentemente en esta investigación, el TSE ha sido enfático en señalar que lo importante en el análisis es determinar qué es lo que ocurrió en la realidad de los hechos para, desde dicha base, estudiar si se han configurado los hechos gravados establecidos en la ley tributaria y si el contribuyente ha llevado a cabo actuaciones elusivas de deberes fiscales.

El TSE, también, dedicó un párrafo completo³⁰⁹ a criticar que la Audiencia Nacional no hiciese un análisis exhaustivo del por qué se configurarían los requisitos del fraude de ley, puesto que en su opinión eran el centro de la discusión. La Audiencia Nacional debió sostener que el contribuyente (CPH) evitó total o parcialmente la realización del hecho imponible (o que aminoró su base) mediante actos notoriamente artificiosos o impropios y que de su utilización no se hayan producido efectos jurídicos o económicos relevantes distintos a los fiscales; sin embargo, procedió a señalar que concordaba con la opinión del TEAC de que se cumplían los requisitos que hacían procedente la calificación de fraude de ley porque era claro que la única justificación del contribuyente era el ahorro fiscal mediante el diferimiento de impuestos y posterior deducción de gastos financieros.

En este punto, el TSE sostuvo que en su opinión no se cumplían los requisitos para sostener que el contribuyente había actuado en fraude de ley, principalmente porque el endeudamiento para la compra de acciones es un medio de financiamiento que no tiene nada de anormal o “impropio” para una entidad como CPH. **El TSE encontró dificultades para entender por qué había causado tanto revuelo que la adquisición de CP Grecia se**

³⁰⁹ Resaltando la argumentación del contribuyente.

hubiese hecho mediante endeudamiento con entidades bancarias, porque CPH no tenía ningún tipo de obligación de adquirir a CP Grecia a través del mismo procedimiento que adquirió a las sucursales de España y Portugal, vale decir, mediante aumentos de capital y posteriores aportaciones no dinerarias.

A este respecto, el TSE sí dio importancia a un argumento del contribuyente que los otros tribunales desestimaron rápidamente, y es que CPH se constituyó en 1996 con el objeto de reordenar las participaciones del Grupo Colgate en un contexto de mejora de gestión de las sociedades del sur de Europa y que este reordenamiento se estaba llevando a cabo de modo progresivo, empezando en España, luego Portugal y posteriormente Grecia, lo que no se hizo con el objeto de trasladar deuda a España sino que simplemente como parte de una reorganización mayor de la gestión del Grupo Colgate.

Luego señaló expresamente que hubo ciertos puntos donde la Audiencia Nacional derechamente no prestó la atención que debía, a saber:

- a) La adquisición de CP Grecia no fue una operación aislada.
- b) La utilización de financiación de terceros para la adquisición de CP Grecia es un modo de financiamiento totalmente usual.
- c) El retorno de la inversión, que ha permitido obtener dividendos muy superiores a los intereses satisfechos, concretamente € 53.186.984, en concepto de dividendos.
- d) La cotidianidad de las operaciones llevadas a cabo, que en ningún caso permiten justificar que se trate de operaciones que justifiquen la existencia de ningún fraude.

En la misma línea, el TSE sostuvo:

“Lo primero que se advierte es que el acuerdo (*de la Audiencia Nacional*³¹⁰) no cuestiona las adquisiciones realizadas por inexistencia de motivos económicos válidos, al tratarse de un simple intercambio de participaciones dentro del Grupo, sino que se centra en el endeudamiento de la entidad, por producir unos gastos financieros en España que supusieron reducción en la base imponible. Ante esta realidad, resulta difícil admitir que lo que se buscó con los préstamos concedidos

³¹⁰ Nota de este tesista.

a la entidad recurrente para financiar la compra de participaciones fue exclusivamente erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, y trasladando los intereses y los beneficios a accionistas no residentes, todo ello en perjuicio de Hacienda y a favor del grupo mundial”

El TSE agregó, además, que si bien el hecho de que el endeudamiento proviniese de préstamos de terceros implicaba una deducción por gastos, también señaló que esto permitió un aumento en las ganancias de CPH, entidad que tributa en España y que era un elemento a tener en consideración. Al respecto, recordó que era la Administración³¹¹ quien tenía la carga de probar la existencia de un montaje puramente artificial, lo que a su juicio no se verificaba en el caso actual.

En consecuencia, el TSE terminó resolviendo que acogía la casación de la Administración en la parte que sostenía que podían investigar períodos prescritos si ello era pertinente para la liquidación de un período no prescrito. También acogió la casación del contribuyente en lo que respecta a que se anule la consideración de “fraude de ley” en la operación de financiamiento llevada a cabo.

3.5.6.- Conclusiones

Como es tendencia, el TSE privilegió un análisis de la realidad de los hechos que sirviera de base para determinar la existencia, o no, de actos elusivos llevados a cabo por el contribuyente. Al respecto, dio importancia al hecho de que se trataba de un grupo empresarial de gran escala en donde el financiamiento vía endeudamiento con bancos es usual, el hecho de que la compra de CP Grecia no se trató de una situación aislada sino que parte de un plan de reorganización administrativa y de gestión que había empezado años antes y que finalizaba con la adquisición de la sucursal griega. Además, la centralización de la toma de decisiones y aminoración de costos administrativos empezó a generar, anualmente, aumento de ingresos en aproximadamente € 53 millones, lo que implicaba un aumento en la tributación corporativa de CPH. La consideración de todos estos hechos hacía muy difícil que se considerase que el actuar de CPH tenía por objeto la sola elusión tributaria, pero más importante que eso, la defensa de la Administración así como la argumentación de

³¹¹ En sentencia del 26 de febrero de 2015, recurso de casación 4072/2013.

los tribunales inferiores tuvo énfasis en la obtención de gastos deducibles por parte de CPH y no en la eventual falta de motivación económica para operar del modo en que lo hizo, cuestión que resultó importante para el TSE puesto que la falta de realidad económica era un argumento de peso para sostener que el actuar del contribuyente era elusivo.

Mi opinión al respecto es que el TSE entendió de mejor manera que los otros tribunales que el análisis debe siempre partir de la realidad, y que la realidad de un grupo como el Grupo Colgate implica que pueden optar a distintos medios de financiamiento para las operaciones que deciden llevar a cabo, medios que van desde el aumento de capital (empleado para adquirir las sucursales de España y Portugal) hasta el endeudamiento bancario (para adquirir la sucursal en Grecia). Que el préstamo se pudo conseguir desde CPC en vez de un banco en Irlanda es un argumento poco sustancioso como para sostener que el objetivo era que de ese modo los gastos financieros eran fácilmente deducibles y, en consecuencia, disminuía la base imponible de CPH. El foco de los otros tribunales estuvo en que CPH obtuvo ventajas fiscales, pero aquello es solo un elemento para determinar la existencia de fraude, siendo más importante aún el hecho de que el único fin haya sido el ahorro fiscal, aspecto en donde la argumentación de los otros tribunales perdió solidez.

Me parece que hay que destacar que el TSE fue bien pragmático al momento de referirse al fraude de ley invocado por la Administración y que los tribunales de la instancia mantuvieron, puesto que inmediatamente se dirigió a los requisitos que son exigibles en estos casos, en donde la obtención de un beneficio fiscal es solo la última parte, razón por la cual el TSE pareció señalar que los otros tribunales habían comenzado su análisis desde el final. **Lo relevante era si las actuaciones del contribuyente se condecían con la realidad de los hechos.** Estábamos en presencia de actos jurídicos que traspasaban la propiedad de CP Grecia a CPH, ¿era aquello lo que estaba ocurriendo en la realidad? Sí, era la operación que estaba realmente ocurriendo. ¿Se condice con la realidad el hecho de que habían otras operaciones llevadas a cabo por CPH previamente para adquirir otras sucursales? Sí, ello se ajusta a la realidad. ¿Es cierto que un modo de financiamiento usual para empresas como CPH consiste en endeudamiento con bancos extranjeros? Sí, así es. En consecuencia, el TSE entendió que lo que estaba sosteniendo el contribuyente era la realidad de los hechos.

En base a esta realidad, ¿estamos en presencia de una reducción de obligaciones fiscales a través de actos notoriamente artificiosos o impropios de una entidad como CPH? Pareciera

una afirmación difícil de sostener y así lo entendió el TSE, en consecuencia, resolviendo que no existía fraude de ley en el actuar del contribuyente.

3.6.- Conclusiones respecto a la jurisprudencia estudiada en España.

Acorde a los casos revisados, puede apreciarse una cierta evolución en cómo los tribunales españoles abordaron la resolución de casos de elusión tributaria. En un comienzo (Caso Eguaras), el TSE no consideró indispensable citar variada legislación nacional, pero sí referirse a ciertos principios que fueron rectores al momento de tomar su decisión final, siendo el más recurrente aquel que señala que la voluntad de las partes puede regir los efectos civiles de los contratos pero no puede determinar los efectos tributarios de los mismos, en base al principio de legalidad tributaria que establece que los tributos serán creados, modificados, exigidos o suprimidos solo mediante mandato legal. **Si bien el TSE hizo referencia en estos casos a que el contribuyente tenía la sola intención de reducir su tributación a través de estos casos, fue reacio a citar la norma antielusiva vigente a la fecha (art. 24 de la Ley General Tributaria de 1963) y esto es debido a las dificultades probatorias de la misma.** Recordemos que la antigua norma general antielusiva de la LGT de 1963 señalaba específicamente que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible. Al agregar una perspectiva económica del hecho imponible se está extirpando de la esfera de lo jurídico a un concepto que es, eminentemente, jurídico (valga la redundancia). Como ha sostenido el destacado profesor don Luis Seguel Malagueño³¹², el hecho imponible no tiene una naturaleza especial distinta a la jurídica, puesto que la consecuencia de considerar que el hecho imponible tiene una naturaleza económica:

“Es que el intérprete puede ignorar a su antojo el derecho y establecer directamente la tributación que estime aplique a un caso, supuestamente basándose sobre análisis económicos; es decir, los casos tributarios se deberían resolver mediante análisis extra jurídicos (...)”³¹³

³¹² Seguel Malagueño, Luis. *“Estudio Preliminar: El Hecho Imponible”*. Estudio que se puede encontrar en el libro *“Norma Antielusiva General”* de don Gonzalo Vergara Quezada, Editorial Libromar, año 2016.

³¹³ Op Cit. Página XXVIII.

Una interpretación de este tipo necesariamente mina la certeza jurídica porque los efectos de la ley se determinarían luego de análisis extrajurídicos, en este caso, económicos. Este fue uno de los principales problemas de la antigua norma general antielusiva de la LGT de 1963 española, sin embargo, no el más importante. La cuestión más importante que la hizo prácticamente inaplicable fue que se exigía probar la intención del contribuyente de eludir impuestos, lo que como podrá imaginarse, presentaba un obstáculo mayor desde un punto de vista probatorio porque se trataba de un aspecto totalmente subjetivo que nunca constaría por escrito, sino que debería deducirse de los actos jurídicos celebrados por el contribuyente analizados desde una perspectiva económica, no necesariamente jurídica. Si sumamos a esto que además se requería un pronunciamiento previo por parte de la Administración del Estado que declarase el fraude de ley en un procedimiento especial, no es raro deducir que la aplicación práctica de la antigua norma antielusiva española fue virtualmente nula, y esta es la razón por la cual la Administración del Estado no hizo referencia a ella y cuando el TSE la mencionó, dejó claro que lo hizo de soslayo y fundó su sentencia en el Código Civil y en su obligación de interpretar la realidad de los hechos.

Esta obligación puede apreciarse como una idea de fondo del TSE, pero se hizo patente en la resolución del caso “Chocolates Hueso” puesto que el tribunal se enfocó en este aspecto mucho más de lo que lo hicieron las partes. Fue claro que el análisis del tribunal partió de la pregunta “¿qué es lo que está ocurriendo en la realidad de los hechos?” y sólo después de tener una respuesta, comenzó su análisis jurídico de la situación, donde volvió a citar escueta normativa porque el punto central de su revisión estuvo en los hechos del caso. Habría sido ideal que el TSE profundizara su reflexión cuando sostuvo que “el cumplimiento de las formalidades legales propias de un negocio no hace a este real por ese solo hecho”, puesto que no solo fue la tesis central de su sentencia en el caso “Chocolates Hueso”, sino que lo fue también en los casos posteriores (“F.C. Barcelona” y “Colgate Palmolive Holding”).

En este aspecto, mi opinión es que el TSE ensambló de buena manera el puzzle de la interpretación relativa al cumplimiento del hecho imponible y a la existencia o no de fraude de ley (que posteriormente se llamó “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” en la LGT de 2003), puesto que interpretó de manera armónica el Código Civil español (que lo llama a interpretar la realidad de los hechos) y la normativa antielusión española. No solo le interesaba saber qué es lo que ocurrió en los hechos, sino que además si aquellos hechos se correspondían con la realidad. **Esto no significa que el TSE diese poca importancia a los**

actos jurídicos que los contribuyentes celebraron, sino que no solo por el hecho de haberse celebrado el tribunal entendía que era representativo de la realidad. Para determinar si los hechos se correspondían con la realidad, el TSE aplicaba un test de justificación económica y de razonabilidad, de manera de deducir si los actos jurídicos celebrados tenían una justificación de carácter económico distinto al mero ahorro impositivo. Si la tenían, los consideraba de manera positiva para la resolución del asunto, pero si no tenían esta justificación económica, el TSE entendería que se llevaron a cabo con el solo objeto de disminuir sus deberes fiscales y que, por tanto, no se trataría de actos representativos de la realidad, razón por la cual correspondería calificarlos de elusivos. Sin embargo, y a pesar de que este era el razonamiento del Tribunal, hay que destacar el hecho de que el TSE siempre fue reacio a citar normativa antielusiva porque no quería entrar mayormente en la discusión de los requisitos ni tener que referirse a la prueba de la intención del contribuyente de eludir impuestos. Es por esto que el TSE llevaba a cabo un proceso de análisis de este tipo, pero evitaba un pronunciamiento del tipo “entonces el contribuyente incurrió en actos elusivos”, limitándose a declarar que el contribuyente tenía una deuda tributaria con la Administración del Estado por impuestos impagos, demostrando que el mejor modo de aplicar la norma general antielusiva española es razonándola pero sin referirse a ella directamente.

4.- Panorama general de la elusión acorde a la jurisprudencia de los países analizados.

Esta revisión de jurisprudencia internacional, desde el comienzo de los debates sobre elusión hasta la actualidad, nos han demostrado lo siguiente: actualmente existe una tendencia marcada en todos los países revisados a buscar la realidad de los hechos y, a partir de ella, construir el estatuto tributario aplicable. Por lo tanto una dicotomía “fondo contra forma” es un debate más bien del pasado, ya que en la actualidad la primacía del fondo no está contrarrestada.

En Estados Unidos, las doctrinas del fondo económico llaman a analizar el fenómeno económico que está ocurriendo, quién está ganando algo, quién lo está perdiendo, a qué precio ocurrió, independiente de los actos jurídicos que se empleen para armar la operación. En base a ello, determinar las transacciones importantes, que son las que lograron configurar la procedencia del beneficio tributario. Si dichas transacciones importantes tienen un propósito negocial, un fondo económico distinto al ahorro fiscal, entonces está todo bien.

Por supuesto, la “prueba del propósito comercial” es más compleja de lo que suena, y muchas planificaciones se caen ante dicho obstáculo. Además, ¿cuándo una transacción tiene un propósito comercial distinto del tributario? La jurisprudencia no ha sido uniforme en esta respuesta, lo que agrega un grado mayor de dificultad, pero pareciera ser que cuando los pasos adoptados por el contribuyente no son totalmente anómalos y se generan beneficios objetivos, medibles, aparte de los meramente tributarios, podrá decirse que existe un propósito comercial distinto al meramente tributario. Cabe tenerse presente que en Estados Unidos es importante “el ánimo de disminuir su tributación” del contribuyente, lo que se considerará un argumento en su contra, pero sujeto a prueba. Estados Unidos recientemente incorporó una GAAR a su legislación, la cual no ha visto aplicación, pero la misma contiene una cláusula que llama a analizar los casos tal cual se venían haciendo hasta ahora, de manera que pareciera que el legislador, de un modo expreso, manifestó su conformidad respecto a cómo enfrentan los problemas de elusión tributaria y que la GAAR solo vendría a cumplir una función de escriturización de los principios en los cuales basarse. Creo que el contribuyente podría aprovechar esta situación para comenzar a exigir que los tribunales se apeguen a la GAAR escrita y eviten crear nuevos requisitos para considerar que tal operación tiene propósito de negocios, sin embargo, mi impresión es que la GAAR estadounidense no será muy utilizada porque sus tribunales seguirán basándose en sus doctrinas del fondo económico para revisar casos de elusión tributaria.

En Reino Unido llevan 30 años aplicando el principio Ramsay sin que la aplicación de este principio haya sido uniforme, como hemos visto. Si bien el concepto generalizado es que Ramsay permite al juez analizar la situación macro, para de ahí determinar si se trata de un conjunto de transacciones pensadas para funcionar como una sola operación – en cuyo caso así deberán ser tratadas – aún hay dudas justificadas respecto al alcance de la expresión de Lord Wilberforce sobre que los contribuyentes deberán tributar “ante las palabras claras de la ley”, pues es fácilmente interpretable como un argumento contra la idea de analizar un conjunto de operaciones como una sola gran operación. La tendencia en Reino Unido, sin embargo, es a analizar las operaciones según sus efectos económicos para determinar si fueron pensadas para operar conjuntamente, independiente del ánimo del contribuyente de reducir su tributación. Igual han visto la luz casos como el de Westmoreland y de BMBF que han interpretado Ramsay muy restrictivamente, pero es de justicia señalar que dichas interpretaciones han sido minoritarias. En 2017 se aplicó por primera vez la GAAR británica, pero por un panel en una etapa previa al comienzo del juicio, de manera que si bien es

importante porque es la primera vez que se utilizó, la resolución no tiene el carácter de judicial. Además, se aplicó a un caso bastante burdo, razón por la cual el éxito en la aplicación de la GAAR estaba asegurado, y mi impresión es que esto fue una estrategia de la HMRC para mostrar a la GAAR como un arma efectiva contra la elusión. Sin embargo, es difícil que se utilice la GAAR en casos de gran envergadura, por el riesgo de que el panel considere la planificación cuestionada un “actuar normal”. En consecuencia, es muy probable que su aplicación quede restringida a casos menores o muy burdos.

Finalmente en España, país de tradición de Derecho Civil Continental (tal cual Chile), se ha hecho frente a la elusión vía reformas legales que buscan definir y precisar el ámbito de aplicación de la “norma de conflicto” tributaria. En un comienzo, el artículo 24 de la LGT de 1963 fue la primera arma contra la elusión, pero su redacción fuertemente errática la dejó inaplicable. Posteriormente, el artículo 15 de la LGT de 2003 quiso resolver los problemas de aplicación de la misma, pero con moderado éxito, pues si bien está mejor conformada que la ley anterior, de todos modos levantó muchas críticas por sus problemas de certeza jurídica y principio de legalidad. Actualmente, en España los casos de elusión tributaria se resuelven analizando la realidad de los hechos, las transacciones llevadas a cabo desde una perspectiva macro y evitando hacer referencia a la norma de conflicto, por sus dificultades probatorias. Debido a que Chile ha operado del mismo modo que España (primero normas específicas anti elusión y luego una NGA cuya redacción despierta importantes reparos) y de hecho, la NGA chilena tomó como inspiración el art. 15 de la LGT de 2003 española, es que pareciera preverse un escenario similar: los tribunales nacionales fallarán casos de elusión tributaria sin hacer referencia a la NGA. Sin embargo, esto podría cambiar debido a cierta modificación que se pretende introducir a la NGA en el Proyecto de Modernización Tributaria actualmente en el Congreso.

En consecuencia, a nivel mundial las planificaciones tributarias agresivas están siendo sumamente combatidas por distintos órganos internacionales, entre ellos la OCDE, que redactó “Base Erosion and Profit Shifting, BEPS” en 2013 con el objeto de precisamente inculcar la idea de que estas planificaciones son dañinas para los países que hacen poco por evitarlas. La tendencia es a evitar la elusión, analizando los fenómenos económicos que ocurren y, en consecuencia, considerando un conjunto de transacciones como una sola operación en los casos que así lo ameriten. No hay modos uniformes de combatir la elusión, pero lo que pareciera claro es que los países del Common Law optan por combatir las

mediante su jurisprudencia (independiente de que tengan escriturizada una GAAR), mientras que los países de tradición Civil Continental prefieren redactar una ley que específicamente combata la elusión. En cualquiera de los casos, las NGA despiertan críticas de aplicabilidad, principio de legalidad, certeza jurídica y constitucionalidad, de manera que tienden a no ser muy aplicadas, pero a funcionar como una especie de advertencia “no pise el jardín”, la que como podrá preverse, es muy difícil de medir.

Chile acaba de instaurar una NGA a nivel nacional y habrá que esperar para ver cómo se aplica, sobremanera si se aprueban los cambios que se discuten en el Congreso, pero la tendencia pareciera apuntar a que su aplicación será sumamente restringida, apuntando a casos muy menores o donde la planificación efectuada sea muy burda.

CAPÍTULO V

LA NORMA GENERAL ANTIELUSIÓN CHILENA

1.- Introducción de la Norma General Antielusión en la legislación nacional

En un constante proceso de globalización, Chile ha intentado elevar sus estándares a niveles OCDE a efectos de seguir avanzando en el proyecto de convertirse en un país desarrollado. Dentro de este proceso de escala nacional, se encuentra la idea de modernización tributaria y mejora de la recaudación nacional vía impuestos, como esta investigación puso de relieve en su primer capítulo. Dentro de los pasos que debían darse para modernizar el sistema tributario nacional, Chile consideró apropiado la introducción de un tipo de norma que le fue siempre ajena, que es la norma general antielusión, mediante la Ley N° 20.780. Producto de que esta norma es ajena a la tradición jurídica nacional, su incorporación es también innovadora como intento de mitigar los niveles de elusión y consecuente erosión fiscal. Históricamente, Chile intentó reducir los niveles de elusión tributaria mediante normas especiales antielusivas (“special anti avoidance rules”, o SAAR acorde a sus siglas en inglés) las cuales señalaban que en determinada actuación, si se cumplían determinados requisitos, dicha actuación sería de todas maneras considerada como cumplimiento del hecho gravado por la legislación, aunque a primera vista se estuviese evitando el hecho gravado.

Sin embargo, cuando la norma es específica y detallada, el contribuyente tiene el argumento de que su actuar no cumplió plenamente con el tipo del hecho gravado en la ley tributaria, razón por la cual no le puede ser aplicable. Se empiezan a dar casos, entonces, en que el contribuyente pareciera estar incurriendo totalmente en un hecho gravado, pero a falta de algún requisito particular, el impuesto no se le vuelve exigible. Debido a que este comportamiento no solo se volvió tremendamente usual en Chile, sino que también en el mundo, es que nacieron otros modos de intentar mitigar la elusión tributaria, principalmente, las normas generales antielusivas o “general anti avoidance rules”. Estas normas tienen la característica de evitar el principal problema de las SAAR que, por estar configuradas para una situación específica, un pequeño cambio en la situación vuelve la norma inaplicable. Las GAAR, en cambio, tienen enunciados amplios que la vuelven aplicable independiente de la forma jurídica adoptada por el contribuyente e independiente su contexto, siendo el elemento central (aparte de su amplitud) que se configurará su aplicación cuando el contribuyente esté

persiguiendo un beneficio fiscal mediante los actos jurídicos que ha celebrado, beneficio el cual no se obtendría de no ser por haber obrado del modo preciso en que lo hizo, muchas veces recurriendo a procedimientos engorrosos y/o poco intuitivos, evitando la celebración directa del acto jurídico que realmente se pretendía. Si bien no es el elemento central de esta investigación, se analizará la norma general antielusión chilena en su mérito, haciendo presente que muy probablemente cambie durante el año 2019 debido a que hay un proyecto de ley actualmente en el Congreso que discute su modificación.

2.- Norma Antielusiva Chilena. Artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario.

En el año 2014, la Ley N° 20.780 introdujo a la legislación nacional la norma general antielusión, que en definitiva no es una sino un conjunto de normas que buscan disminuir los niveles de elusión tributaria en el país, para consecuentemente aumentar la recaudación³¹⁴. Debido a la generalidad de su enunciado, es patente que la norma entra en conflicto con el principio de legalidad y certeza jurídica, además, como hizo notorio el profesor Vergara, la redacción de este conjunto de normas no es la más feliz³¹⁵, motivo adicional por los cuales esta norma ha generado resistencia en la plaza.

2.1.- Norma central: Artículo 4 bis del Código Tributario.

2.1.1.- Nacimiento y exigibilidad de las obligaciones tributarias.

Este artículo dispone en su primer inciso:

“Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imponibles, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la **naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados**, cualquiera que sea la forma o

³¹⁴ Lo que es discutible, pero es la idea de la norma que introdujo la GAAR chilena.

³¹⁵ El profesor Vergara, en su obra citada en esta investigación en la página 338, aseveró que parte importante de los artículos carecen de una estructura lógica en su redacción, citando a título ejemplar el artículo 4 ter del CT que dispone primero una regla, luego una definición, una excepción o límite a la definición anterior para finalizar con la consecuencia de la infracción. Menos lógica aún es la redacción del artículo 4 quáter, que en un solo inciso dispone una regla, luego la consecuencia de infringir la regla y termina con la definición.

denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles”.

Puede apreciarse que en su primera parte, como lo hace notar don Cristián Boetsch³¹⁶, este artículo pareciera reforzar el principio de legalidad reconocido en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 20 cuando la CPR asegura a todas las personas “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o progresión o forma que *fije la ley*” y en su artículo 63 N° 2 cuando dispone que “sólo serán materias de ley las que la Constitución exige que sean reguladas por una *ley*”, para finalizar con el artículo 65 inciso cuarto, N° 1, el cual dispone que “Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para imponer, suprimir, reducir o condonar *tributos de cualquier clase o naturaleza*, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión”.

Por tanto, cuando el artículo 4 bis hace alusión a las obligaciones tributarias “establecidas en las leyes”, está reconociendo y fortaleciendo el principio de legalidad por el cual sólo mediante una ley podrán establecerse tributos y los elementos que lo determinan, de lo cual ha de deducirse que la misma normativa general antielusiva entiende que deberá someterse a la observancia de este principio.

La segunda parte de este primer inciso, relativa a que **los hechos imponibles nacerán y se harán exigibles acorde a la naturaleza de los hechos, actos o negocios que los configuren, independiente de lo que sostengan las partes, es el punto central de la norma antielusiva nacional**. En virtud de este apartado, el legislador está sosteniendo que deberá llevarse a cabo un análisis sobre la naturaleza jurídica de aquellos elementos que configuran el hecho imponible, donde podrá prescindirse totalmente del nombre que las partes den a sus actos jurídicos, debido a que importará más qué es lo que son estos actos en la realidad³¹⁷.

³¹⁶ Boetsch. Op. Cit. Páginas 60 – 63.

³¹⁷ Similar a como el TSE resolvió en la última década, privilegiando la realidad de los hechos y qué es lo que está ocurriendo.

El profesor Vergara³¹⁸ ha opinado que esta norma, central en la reforma tributaria que se llevó a cabo en Chile, es más bien inútil y redundante desde dos puntos de vista. En primer lugar, es inútil desde un punto de vista normativo porque la norma chilena se basa en la española, la cual pretendía superar el debate respecto a que la naturaleza de las leyes tributarias es especial, en el sentido de no jurídica. En Chile, este es un debate largamente superado y que nunca tuvo muchos adeptos, razón por la cual se vuelve irrelevante hacer este énfasis cuando en el país las obligaciones tributarias siempre han nacido, vuelto exigibles y extinguido acorde a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, así que no es más que una repetición de un principio general. En segundo lugar, es inútil desde un punto de vista práctico porque el Servicio de Impuestos Internos siempre ha calificado los actos y contratos acorde a esta naturaleza jurídica, basándose en las reglas de interpretación del Código Civil y no toma en cuenta los nombres que las partes den a los actos que celebran, en consecuencia, se trataría de una norma redundante. En lo personal, si bien comparto que la “novedad” de esta norma pareciera ser mínima, sí creo que es positivo que conste en la ley que así se deben interpretar las normas tributarias, acorde a su naturaleza jurídica y no económica, de manera de no dar luz para que nazcan futuros debates relativos a si los tributos tienen alguna naturaleza especial, no jurídica. Además, por un tema de principio de legalidad, me parece importante que la ley señale normas de interpretación específicamente tributarias. Al final, esta norma es una mera constatación de la realidad tributaria nacional, donde no se estarían introduciendo nuevos elementos.

Don Rodrigo Ugalde Prieto³¹⁹, tal cual este investigador, ve una importante cercanía entre este inciso del artículo 4 bis del CT con la jurisprudencia anglosajona que reconoce el principio de “substance over form” ya largamente comentado. El profesor Ugalde sostiene que se ha reconocido este principio en la legislación nacional cuando el legislador tributario entiende que “puede existir discrepancia entre la naturaleza jurídica (*substance*) de los hechos, actos o negocios realizados y la forma o denominación (*form*) dada a estos por los interesados³²⁰”.

³¹⁸ Vergara. Op. Cit. Páginas 340 y 341.

³¹⁹ Ugalde Prieto, Rodrigo. “*La Elusión Tributaria: El Abuso de las Formas Jurídicas y la Simulación*”. Editorial Jurídica de Chile, año 2018, páginas 48 – 51.

³²⁰ Ugalde. Op. Cit. Pág. 48.

2.1.2.- Buena fe tributaria.

Los incisos segundo y tercero de esta norma establecen:

“El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes.

No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imposables establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imposables en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente”

Acorde a la redacción de estos incisos, lo que el legislador está comunicando es lo siguiente:

- 1) Se parte de la base que el contribuyente obra de buena fe.
- 2) La buena fe implica que los actos celebrados por el contribuyente generan los efectos que el contribuyente dice que generan.
- 3) No hay buena fe si el contribuyente incurre en actos elusivos.
- 4) Habrá elusión en casos de abuso de las normas y simulación.

En consecuencia, el SII no podría prescindir de la denominación que el contribuyente de a los actos jurídicos que celebra, a menos que no esté de buena fe, lo que implica que estaría cometiendo actos elusivos producto de estar abusando de las normas o simulando actos jurídicos que nunca se realizaron en verdad. Deja la impresión de que sólo si el SII acredita la elusión por parte del contribuyente podría prescindir de los efectos de los actos celebrados por el contribuyente según la forma de los mismos, pero no queda claro que esto es lo que tuvo el legislador en mente, de manera que es un argumento más del por qué se considera que la redacción de esta norma es más bien deficiente³²¹.

³²¹ Precisamente porque el artículo dio la impresión – pero no quedó totalmente claro – de que sólo podrían cuestionarse las formas del contribuyente mediante una declaración de elusión, es que el

Cuando este precepto señala que el SII debe reconocer la buena fe de los contribuyentes (en consecuencia, partir de la base que el contribuyente obra de este modo) y posteriormente dispone que no habrá buena fe si hay elusión, necesariamente debe concluirse que es carga del SII probar la existencia de elusión para así destruir la presunción de buena fe que protege al contribuyente. Además, debe señalarse que la calificación de hechos, actos o negocios como “elusivos” es la excepción a esta regla general de buena fe, porque la Circular N° 65 de 2015 del Servicio de Impuestos Internos sostiene que “si bien la mayoría de los contribuyentes cumplen cabal, oportunamente y de buena fe sus obligaciones tributarias, existen casos excepcionales en que ello no ocurre”, en consecuencia, la norma general antielusión constituiría una herramienta de uso excepcional³²².

El profesor Ugalde³²³ desprende dos efectos de la buena fe en materia tributaria, acorde a cómo se estableció en la legislación nacional. El primero es el recientemente señalado, relativo a que la Administración del Estado debe partir de la base que el contribuyente actúa de buena fe o, dicho de otro modo, que actúa sin mala fe y que en consecuencia, el SII deberá probar que los actos llevados a cabo por el contribuyente revisten el carácter de elusivos. Aparte, el profesor Ugalde ve un segundo efecto, que es el reconocimiento de la validez de la planificación tributaria, basándose en la Circular N° 65 del SII ya comentada, puesto que la misma sostiene que:

“Por otra parte, se debe tener presente que la legislación comentada cautela el legítimo derecho de los contribuyentes a organizar sus actividades, actos o negocios afectados con impuestos de la forma en que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual lo permitan, considerando además que no toda ventaja tributaria lograda por el contribuyente constituye una elusión, sino que para ello es indispensable que haya un abuso de las formas jurídicas o la realización de actos simulados que atentan contra los hechos gravados previstos por el legislador tributario”

Proyecto de Modernización Tributario toca este punto para, precisamente, sostener que sólo podrán cuestionarse las formas de los contribuyentes mediante un juicio de declaración de elusión.

³²² Boetsch. Op. Cit. Pág. 90.

³²³ Ugalde. Op. Cit. Páginas 74 – 99.

“En este sentido, la no generación de efectos tributarios, la generación de aquellos en forma reducida, una menor cuantía de la obligación o que se consiga un beneficio tributario para diferir la obligación en el tiempo, **supone actuar de buena fe siempre que estas consecuencias no contraríen la ley tributaria, lo que es equivalente a decir que deriven de decisiones del legislador**”.

En efecto, lo que es relevante es que el contribuyente puede optar por las formas tributarias que le resulten más convenientes siempre que sean consecuencia de la ley tributaria, de manera que la Administración del Estado no podría perseguir o intentar impugnar estas actuaciones del contribuyente, aunque se pudiese llegar al mismo resultado económico de otros modos más gravosos.

2.1.3.- Principio de Especialidad.

El cuarto inciso del artículo 4 bis del CT dispone lo siguiente:

“En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4º ter y 4º quáter”

Este inciso no tiene mayor relevancia desde el punto de vista de la introducción de elementos nuevos al análisis porque, tal cual el primer inciso de este artículo, se remite a reconocer legalmente principios que siempre se han aplicado, en este caso el principio de especialidad. A este respecto, el legislador confirma el principio de que una norma especial debe aplicarse con preferencia a una norma general, incluso si la regla general es posterior a la especial. En el caso específico, la norma general antielusión (norma general) es posterior a otras normas del ordenamiento jurídico tributario nacional, como por ejemplo cualquier norma especial antielusión. En consecuencia, si un intento de reducir la tributación de un contribuyente pudiese abordarse acorde a la regla específica de la definición de “venta” de la Ley de IVA, deberá preferirse esta regla especial anterior a la regla general posterior. Como se sostuvo, solo es una ratificación de cómo se interpretan las normas no solo a nivel tributario, sino que nacional. Sin embargo, este inciso es muy importante al momento de analizar la aplicabilidad de la norma general antielusión, como se revisará posteriormente en esta investigación.

2.1.4.- Carga de la prueba y procedimiento especial.

El inciso final del artículo 4 bis del CT establece:

“Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los artículos 4° quinquies y 160 bis”

Acorde a lo dispuesto por el legislador en los incisos relativos a la buena fe, se presume que ese es el modo de actuar del contribuyente, pero como toda presunción simplemente legal, admite prueba en contrario. Debido a que no será el propio contribuyente el que alegue que está actuando de mala fe, será su contraparte quien tenga la carga procesal de acreditarla, lo que equivale a probar que ha cometido actos elusivos, tanto en la forma de abuso del derecho o de simulación. Sin embargo, puede considerarse que el legislador fue nuevamente repetitivo dado que, sin que lo tuviese que mencionar, podemos sostener que debe presumirse la buena fe del particular, debido a que solo puede presumirse la mala fe cuando la ley específicamente lo disponga, y si la Administración del Estado quiere sostener que el contribuyente está de mala fe, por aplicación de principios generales del derecho³²⁴ es que quien afirma algo debe probarlo, recayendo necesariamente en el Servicio de Impuestos Internos la carga de la prueba de la elusión.

Debido a que por aplicación del principio general establecido en el artículo 1698 del Código Civil la carga de la prueba recaería en el SII sin necesidad de que el último inciso del art. 4 bis lo señalara, pareciera devenir en irrelevante. Lo que sí importa, a mi juicio, es que este inciso consagra que la elusión deberá ser declarada por un órgano independiente de las partes, en este caso específico, por el Tribunal Tributario y Aduanero competente, a requerimiento del Director del SII, estableciendo una diferencia con el Proyecto de Reforma Tributaria que en un principio señalaba que la existencia de actos elusivos sería determinada

³²⁴ Artículo 1698 del Código Civil, el cual dispone que “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Este artículo se ha entendido como consagratorio del principio de que quien alega algo lo debe acreditar. En consecuencia, si el último inciso del artículo 4 bis del CT no existiera, de todos modos sería carga del SII acreditar la mala fe del contribuyente.

por el SII³²⁵, el cual es el primer interesado en que así se declare, además de tener la calidad procesal de parte si el caso se judicializa.

2.2.- Artículo 4 ter del CT.

2.2.1.- Primera parte del artículo.

El artículo 4 ter del CT es el encargado de definir el abuso en materia tributaria. Este artículo dispone lo siguiente:

“Los hechos imponibles contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.

Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria.

En caso de abuso se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imponibles establecidos en la ley”

³²⁵ Boetsch. Op. Cit. Pág. 104.

En lo personal, pienso que la primera línea de este artículo tiene una redacción bastante especial, puesto que pareciera ser o repetitiva (y, en consecuencia, intrascendente) o contradictoria. Pareciera ser repetitiva porque el legislador ya estableció en el artículo inmediatamente anterior que el abuso de las normas es un modo de actuar elusivo, de manera que cuando el artículo 4 ter dispone que los hechos imposables no podrán eludirse mediante el abuso de las formas jurídicas, está reiterando la idea de que el abuso de las formas no es una conducta permitida en la legislación nacional. Si entendemos que no es reiterativa y la interpretamos de modo distinto, su redacción incluso podría sugerir la idea de que pareciera ser contradictoria también, porque sostiene que mediante el abuso no se puede eludir, siendo que el artículo 4 bis dispone que los modos de elusión son el abuso y la simulación, por tanto, en una primera lectura una persona podría tener la duda sobre si el abuso implica elusión o es una norma que establece un tipo tributario específico. Debido a que esta última interpretación volvería intrascendente y sin sentido la mitad de la normativa de la norma general antielusiva, debe optarse por la interpretación que de más sentido a la norma, vale decir, la comentada en un comienzo y que implica una repetición de lo sostenido previamente.

2.2.2.- Concepto de Abuso de las Formas Jurídicas.

Respecto a la definición misma de abuso, la misma es sumamente amplia pues considera:

- a) Evitar (total o parcialmente) realizar el hecho gravado.
- b) Disminuir la obligación tributaria.
- c) Diferir obligación tributaria.

Vale decir, cualquier tipo de beneficio fiscal caería dentro de los resultados que puede generar el abuso de las formas jurídicas. Es pertinente considerar, como destacó el profesor Vergara³²⁶, que debido a que el tipo tributario señala que puede generarse abuso al evitar totalmente el hecho gravado, abriría espacio a una eventual interpretación analógica en donde la Administración del Estado considere que debido a que el particular celebró una operación no gravada que es muy similar a una que sí lo está, el contribuyente habría abusado de las formas jurídicas y en consecuencia su actuar quedaría gravado en los términos de

³²⁶ Vergara Op. Cit. Páginas 351 – 352.

dicha operación que se evitó celebrar. Una interpretación de este tipo es inconstitucional por atentar contra el principio de legalidad, porque los tributos solo son exigibles por una ley que los crea, y en este caso no se trataría de una ley que haría exigible el tributo sino que una interpretación administrativa, la que no tiene potestad de crear tributos. En consecuencia, la analogía en materia tributaria está estrictamente prohibida.

Posteriormente se establecen ciertos requisitos que deben cumplir los actos o negocios jurídicos que habrían hecho nacer el beneficio tributario para el contribuyente a objeto de ser considerados abusivos. Estos requisitos serían:

- a) Que los actos o negocios jurídicos, considerados individualmente o en conjunto
- b) No produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero
- c) Distintos al mero beneficio fiscal

Puede apreciarse la influencia de la tendencia anglosajona, y no solo española, cuando nuestro legislador establece como requisito que el actuar del contribuyente tenga efectos relevantes para el contribuyente, distintos del ahorro tributario. Recordaremos que esto es lo que tenían presente los jueces estadounidenses al resolver conforme a la “substance over form” o “business purpose” doctrine. Estos efectos relevantes requeridos pueden ser tanto jurídicos como económicos, pero lo que importa es que sean trascendentes y no meramente ornamentales. El legislador nacional no define qué deberá entenderse por “relevante” a efectos tributarios, pero la Real Academia de la Lengua precisa que deberá entenderse “sobresaliente, destacado” en su primera acepción, e “importante, significativo” en su segunda acepción, por lo que el contribuyente deberá argumentar que el beneficio tributario obtenido en la operación celebrada es secundario y que el efecto principal era completamente diferente (como mejorar la posición de mercado, mejorar la gestión de la empresa y respaldarla con ganancias obtenidas posterior a la reorganización, etc).

2.2.3.- Fines distintos al mero ahorro tributario.

El legislador pareciera no tener problemas con que los contribuyentes tomen decisiones conforme a parámetros económicos, a fin de cuentas, los particulares se encuentran avalados en su actuar por la libertad económica garantizada constitucionalmente en el artículo 19 N°

20 de la CPR³²⁷, de manera que efectivamente puedan desarrollar sus actividades en un ambiente de libertad. Por supuesto, se trata de una libertad garantizada constitucionalmente, pero ello no implica libertinaje, de manera que no todo actuar fundado en motivos económicos se encuentra protegido por la Constitución, por eso los precios predatorios son sancionados como un actuar que atenta contra la libre competencia o entregar información falsa al mercado es un delito castigado por la Ley de Mercado de Capitales.

Se entiende que estos son casos en que no se respetaron las normas legales que las regulan, razón por la cual la Constitución no las protege, pero ¿qué ocurre si un contribuyente lleva a cabo una reorganización empresarial con la finalidad principal de disminuir sus obligaciones fiscales y así lo argumenta? La respuesta, brevemente, es que no sería una conducta aceptada por nuestro ordenamiento jurídico, pero ¿por qué? Mi impresión es la siguiente: si bien, en principio, un particular podría justificar que el ahorro tributario sea el motivo principal de su actuar, basándose en que la libertad de empresa se lo permite, el problema radica en que se trata de resultados que afectan severamente las arcas fiscales, como se revisó en el primer capítulo de esta investigación. Por tanto, sería una situación en donde **existe la justificación legal** (principio de autonomía individual, libertad contractual) **y constitucional** (libertad de empresa y emprendimiento, igual repartición de tributos) del contribuyente para sostener que su único fin es el ahorro tributario, **pero el problema radicaría en los efectos que ello tendría a nivel país**, con la consecuente dificultad para el Estado de cumplir sus obligaciones para con sus ciudadanos.

Cabe agregar, en mi concepto, que se generarían complicaciones al Fisco desde un punto de vista interno y otro externo. Sería un problema interno, pues como vimos, permitir abiertamente que los contribuyentes lleven a cabo actos que tienen la sola finalidad del ahorro impositivo erosiona la base fiscal, complicando el financiamiento del país³²⁸. Pero además sería un problema externo, porque Chile ha hecho ingentes esfuerzos por adaptar su legislación a estándares internacionales, específicamente estándares OCDE, quien a través de publicaciones como BEPS ha hecho campaña para que los países combatan las

³²⁷ “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”

³²⁸ Acorde a las últimas leyes de Presupuesto General de la República, acorde a los Ingresos Generales de la Nación, aproximadamente el 76% de los mismos provienen de impuestos, de manera que es holgadamente el modo de financiamiento principal del país.

planificaciones tributarias agresivas que llevan adelante los contribuyentes. Si Chile permitiese que sus contribuyentes obtuviesen beneficios fiscales y pudiesen argumentar que la libertad contractual y de empresa se lo permiten, nos convertiríamos en el paraíso sudamericano de la planificación tributaria agresiva y seguramente habría dificultado el ingreso del país a la OCDE.

Ahora, un efecto positivo sería que muchas empresas y conglomerados estarían interesados en invertir y traer sus negocios al país, pero aquello difícilmente implicaría un aumento en la recaudación porque estas empresas también llevarían a cabo planificaciones tributarias agresivas y no tributarían en el país, o de modo sumamente reducido. A fin de cuentas, mi impresión es que Chile correría un grave riesgo al decidir operar de este modo, además de ir totalmente contra la corriente internacional de combatir las planificaciones tributarias de carácter agresivo, de manera que aunque existe la justificación legal y constitucional para poder validar una operación solo porque era beneficiosa tributariamente, los efectos negativos a nivel país habrían llevado al legislador a exigir que el ahorro tributario no sea la motivación principal del actuar del contribuyente.

2.2.4.- No todo ahorro tributario es elusivo.

El legislador estableció que la razonable opción del contribuyente entre alternativas que ofrece la legislación tributaria es legítima, en consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado se pueda obtener mediante otros actos con mayor carga impositiva, siempre y cuando estos efectos (menor carga tributaria) sean consecuencia de la ley tributaria.

Lo primero que es menester notar es que el contribuyente puede verse enfrentado a opciones que la misma legislación tributaria le da, en consecuencia, está reconociendo que existen opciones legítimas por las cuales llevar a cabo determinados actos pero con una carga tributaria menor. Esta parte del artículo lo que hace es reforzar el **principio de legalidad** porque reconoce que es la ley tributaria la que ofrece alternativas que pueden disminuir la tributación del contribuyente de un modo que no pueda calificarse de abuso o simulación. Además, el profesor Ugalde había deducido de la buena fe del artículo 4 bis el reconocimiento legal de la planificación tributaria, sin embargo pareciera ser aún más evidente esta conclusión del destacado profesor cuando lo que se observa es el artículo 4 ter

del CT que expresamente dispone que optar por un camino que implique una carga tributaria menor es una opción legítima. Si relacionamos el artículo 4 bis con el 4 ter del CT, junto a los principios de autonomía de la voluntad, libertad contractual y libertad de empresa, no es posible llegar a una conclusión distinta de que la planificación tributaria se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico y que el contribuyente tiene el legítimo derecho a buscar medios razonables de disminuir sus obligaciones tributarias dentro de lo permitido por la ley.

2.2.4.1.- Requisitos de la planificación tributaria.

El inciso segundo de este artículo 4 ter establece tres requisitos³²⁹ para que el ahorro tributario obtenido por el contribuyente sea legítimo y no implique elusión por abuso de las formas jurídicas. Estos requisitos son:

- 1.- Razonabilidad de la conducta del contribuyente ante las opciones que ofrece la legislación tributaria.

Si bien nuestra legislación no ofrece una definición específica de qué es lo que habría que entender por razonable, la Real Academia de la Lengua señala que por “razonable” ha de entenderse “adecuado, conforme a la razón” como también “proporcionado o no exagerado”. En consecuencia, cuando el contribuyente opte por la conducta N° 1 en vez de la N° 2, dicha opción deberá ser conforme a la razón. ¿Cuándo se considerará razonable haber optado por la opción N° 1 en vez de N° 2? Cuando el motivo principal no haya sido tributario. En específico, serán los Tribunales Tributarios y Aduaneros los que deberán llenar de contenido lo que se entiende por “razonable conducta del contribuyente”.

- 2.- Las opciones del contribuyente deben haber sido contempladas por la legislación tributaria.

Es un requisito establecido textualmente, donde ha de prestarse atención al hecho de que el legislador utilizó la expresión “**legislación tributaria**” y no “**ley tributaria**”, razón por la cual se incluye no solo a la ley, sino que también a los decretos ley, decretos con fuerza de

³²⁹ Ugalde. Op. Cit. Páginas 193 a 204.

ley, tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, conforme al artículo 5 de la CPR. Además, pueden incluirse también los reglamentos en materia tributaria puesto que se trata de normativa general que propende al cumplimiento eficaz de la voluntad del legislador.

3.- El beneficio tributario debe ser consecuencia de la ley tributaria.

Es, sin lugar a dudas, el requisito más importante a la hora de determinar la legitimidad del actuar del contribuyente. En primer lugar, salta a la vista una discordancia en la redacción del artículo porque la ley acaba de disponer que las opciones del contribuyente deben estar contempladas en la “legislación tributaria”, pero posteriormente sostiene que el beneficio tributario debe ser consecuencia de la “ley tributaria”. Conforme a la aplicación del artículo 22 del Código Civil³³⁰, el único modo de dar sentido a esta expresión del legislador es considerar que no solo las opciones de conducta del contribuyente deben ser dadas por la “legislación tributaria” sino que también los efectos de estas conductas. Una interpretación en sentido distinto implicaría entender que una opción que ofrezca un beneficio tributario al contribuyente contenida en un decreto ley no podría ser aprovechada porque el efecto tributario de dicha opción no se encuentra en una ley. Carece de sentido interpretar la norma de este modo, pero además, es contraria al artículo 22 del Código Civil, razón por la cual sólo cabe entender que tanto la opción de conductas como sus efectos han de encontrarse en la legislación tributaria.

Cabe señalar, como lo hizo notar con agudeza el profesor Ugalde³³¹, que el legislador dispuso que **los beneficios tributarios debían ser consecuencia de la ley tributaria, pero no dispuso que dicha consecuencia debía constar expresamente en la ley tributaria**. De este modo, no es requisito que el beneficio fiscal conste expresamente en la legislación tributaria, sino que basta que se pueda deducir conforme al funcionamiento de las instituciones tributarias, siendo este el caso de las lagunas de la ley en donde el legislador pareciera no pronunciarse expresamente respecto a un punto en específico, pero a estas lagunas se les debe otorgar significado conforme a las normas de interpretación general contenidas en el Código Civil, Comercial o similares. Consecuencialmente, independiente

³³⁰ “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”

³³¹ Ugalde. Op. Cit. Páginas 200 – 202.

de si el beneficio consta expresamente en la legislación tributaria, lo importante es que se desprenda de ella para poder ser invocado por el contribuyente y que no se pueda catalogar su actuar de “abusivo”.

2.2.5.- Exigibilidad de la obligación tributaria que emana del hecho imponible.

El último inciso del artículo 4 ter lo que hace es, en armonía con los incisos previamente analizados, reforzar el principio de legalidad en el sentido de que, si se ha decretado que el actuar de un contribuyente es abusivo, entonces se le deberá exigir la obligación tributaria que emanó del hecho imponible en que incurrió y que quiso eludir abusando de las formas jurídicas. Si bien es un artículo muy importante porque dispone la consecuencia del actuar abusivo, no hace ninguna referencia a qué ocurre con los actos que se celebraron y fueron tachados de abusivos. Por ejemplo, constitución de sociedades, suscripción de contratos, aumentos o disminuciones de capital que se efectuaron, una vez se le hizo exigible al contribuyente la obligación tributaria del hecho imponible que intentó eludir, ¿qué ocurre con los actos que celebró? ¿Se consideran inexistentes, nulos? Probablemente el sentido jurídico nos sugiera que los actos celebrados serán válidos (de haber cumplido sus pertinentes requisitos de validez) y tendrán sus efectos normales desde un punto de vista civil, comercial, laboral, etc, pero, desde un punto de vista tributario, se trata de actos cuyas consecuencias fueron reemplazadas por las del hecho imponible eludido. Por una cuestión de certeza jurídica, habría sido conveniente que el legislador se hubiese pronunciado al respecto y éste era el artículo para hacerlo.

2.3.- Artículo 4 quáter. Simulación Tributaria.

2.3.1.- Redacción del artículo.

Este artículo de un solo inciso dispone lo siguiente:

“Habrá también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios

jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento”

Si bien se ha sido reiterativo en que la redacción de la cláusula general antielusión es poco refinada, la definición de simulación es quizás su punto más bajo. No solo no la define, sino que al establecer en qué situaciones operará, el verbo rector utilizado fue “disimular”, por tanto, “habrá simulación cuando se disimule”, dejando al lector en una situación bastante similar a como si no hubiese leído el artículo.

2.3.2.- Análisis de su relación con el artículo 97 N° 4 inciso tercero del Código Tributario.

Dejando este punto de lado, habrá que partir de la base de la simulación civil, la cual no es más que la disonancia entre la voluntad interna de las partes y la voluntad que eligen declarar, con el ánimo de llevar a engaño a terceros. La simulación puede perfectamente ser lícita si no hay daño contra terceros, pero la simulación tributaria claramente se pone en el caso en que sí hay daño (daños fiscales), razón por la cual su configuración implica una sanción civil para el contribuyente. Sin embargo, esto es un elemento que requiere atención especial porque el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, en su inciso tercero, dispone:

“El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado”

En consecuencia, previo a la dictación de la Ley 20.780, la simulación tenía una sanción tanto de multa como corporal, lo que implicaba que se trataba de un delito tributario. Sin embargo, con la legislación actual, la sanción por simulación es bastante menos gravosa, de manera que podría sostenerse que ante una misma situación (simulación tributaria) existirían dos penas, la penal del artículo 97 N° 4 inciso tercero, y la civil del artículo 100 bis. Entonces

la duda es, ¿qué tipo de pena se aplicaría?³³² Ya que estamos en sede de derecho penal – tributario, tenemos que recordar que el artículo 18 del Código Penal dispone, en su título “De las Penas”, lo siguiente:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o se le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte”.

Es claro, entonces, que el Código Penal se está refiriendo al principio “In dubio Pro Reo³³³” por el cual, si posterior a la comisión de un delito, se dictara una ley que sancionara de un modo más beneficioso al inculpado, deberá aplicarse dicha norma. En materia de delito tributario por simulación, entonces, tenemos una pena más gravosa (pena corporal establecida en el art. 97 N° 4 del CT) que la otra (sanción civil del artículo 100 bis del CT), por lo que por aplicación del artículo 18 del Código Penal, debería aplicarse la sanción más benévola. Entonces, cada vez que en el futuro exista un caso de simulación, deberá aplicarse la sanción del 100 bis CT y no la del 97 N° 4, por ser la primera más beneficiosa, encontrándonos ante una suerte de derogación tácita del art. 97 N° 4 por parte de la Ley 20.780.

Mi opinión es que, si bien la sanción civil es menos rigurosa que la corporal y en consecuencia debiera optarse por ello, el acto que se tipifica en el artículo 97 N° 4 y 4 quáter no es exactamente el mismo. En el primer artículo, el tipo dice relación con que mediante la

³³² A este respecto, el profesor Vergara Quezada en su obra citó a la profesora Olga Feliú quien, en una charla de septiembre de 2015, planteó la idea de que la nueva cláusula general antielusiva derogaba el art. 97 N° 4 en lo que respecta a la sanción corporal de la simulación.

³³³ Que, más importante aún, tiene consagración constitucional.

simulación se obtuviesen devoluciones de impuesto indebidas; el artículo 4 quáter, por su parte, señala que mediante la simulación se disimule el hecho gravado, los elementos constituyentes de la obligación tributaria, su verdadero monto o fecha de nacimiento. En consecuencia, el artículo 4 quáter es mucho más amplio que el 97 N° 4 inciso tercero, lo que significa que, por principio de especialidad, debería aplicarse la sanción corporal del artículo 97 N° 4 cuando mediante la simulación se obtuviesen devoluciones de impuestos indebidas; si la simulación generase cualquier otro beneficio tributario distinto, deberá aplicarse el artículo 4 quáter y entenderse que se trata de la simulación de la cláusula general antielusiva. Esta falta de certeza jurídica respecto a la sanción que apareja la simulación pudo haberse evitado si la redacción del artículo 4 quáter se pronunciase respecto al artículo 97 N° 4 inciso tercero, pero como no lo hace, podría sostenerse plausiblemente que ha operado una derogación tácita de parte importante del artículo 97 N° 4 del CT en lo que respecta a la simulación.

2.4.- Artículo 4 quinquies. Solicitud de declaración de abuso o simulación y sus requisitos.

Este artículo contiene los requisitos procesales que deberán observarse a objeto de buscar la declaración del abuso o simulación de los actos celebrados por el contribuyente. Es un artículo que genera menor discusión que los preceptos ya revisados, por lo que procederán a comentarse los puntos importantes que establece, a saber:

- a) La declaración de abuso o simulación deberá ser declarada por el Tribunal Tributario y Aduanero competente. Esto significa un avance a lo establecido primeramente en el proyecto de ley, pues este contemplaba que fuese el Director del SII quien declarase la existencia de abuso o simulación, siendo que el SII sería el primer interesado en que así se declarase, además de que en un eventual juicio tributario, el SII tendría carácter de parte, razón por la cual era aconsejable que esta declaración la efectuase un órgano independiente con conocimiento técnico, como lo sería el TTA.
- b) La declaración de abuso o simulación debe ser requerida por el Director del SII al TTA, de manera que no procede su declaración de oficio o a petición de otro ente con eventual interés.

- c) Es requisito procesal que, previo a la solicitud del Director de que se declare el abuso o simulación, el SII deba citar al contribuyente conforme al artículo 63 del Código Tributario para solicitarle los antecedentes que estime necesario para el correcto entendimiento del asunto. Debido a que se trata de un caso en que la citación es un requisito establecido por la ley, la falta de ella configuraría una nulidad procesal que el contribuyente podrá alegar en su oportunidad, con el consiguiente riesgo para el SII de perder la oportunidad de solicitar la declaración de abuso o simulación debido a que los plazos seguirían corriendo.
- d) En caso que el contribuyente conteste la citación, el SII tendrá el plazo de nueve meses contados desde esta contestación para solicitar al TTA se declare el abuso o simulación cometido por el contribuyente. Si el contribuyente no contesta la citación, el plazo de nueve meses se contará una vez vencido el plazo para dar respuesta. Este plazo es de 90 días contados desde la notificación del traslado del TTA.
- e) Durante el tiempo que transcurra entre la solicitud del Director del SII de que se declare el abuso o simulación y la resolución que la resuelva, se suspenderán los plazos de prescripción establecidos en los artículos 200 y 201 del CT. De esta manera, comenzar el procedimiento vía citación es importante porque si no se hace y se declara la nulidad procesal de todo lo obrado, podría la acción del SII encontrarse prescrita debido a que no alcanzó a suspenderla conforme al artículo 4 quinquies inciso quinto.
- f) Si el TTA determina la existencia de abuso o simulación, deberá señalar cuáles fueron los actos jurídicos abusivos o simulados, los antecedentes en que se basó y, además, determinar el monto del impuesto adeudado, con los correspondientes reajustes, intereses y multas, para ordenar al SII emitir la correspondiente liquidación, giro o resolución. Por supuesto que al dificultad estriba en determinar cuáles fueron los actos, en específico, abusivos o simulados, donde si se cometen imprecisiones, el contribuyente tendrá todo el derecho de apelar la decisión del TTA respectivo.

2.5.- Artículo 160 bis del CT. Procedimiento de declaración de abuso o simulación.

Tal como el artículo 4 quinquies, su redacción es menos problemática que los artículos 4 bis, ter y quáter, razón por la cual me limitaré a señalar los aspectos procedimentales más importantes que señala este artículo

- a) Una vez el Director del SII solicite al TTA la declaración de abuso o simulación, el TTA conferirá traslado al contribuyente (y a sus asesores)³³⁴ para que en el plazo de 90 días hábiles presenten sus descargos.
- b) Una vez vencido el plazo para presentar los descargos, el TTA citará a las partes a una audiencia a efectuarse en dependencias del Tribunal. Se citará a la audiencia independiente a si el contribuyente y/o sus asesores evacuaron el traslado.
- c) Si posterior a la audiencia se mantuviese la controversia entre las partes sobre algún hecho sustancial y pertinente, el TTA abrirá un término probatorio de 20 días. Vencido este plazo, se abrirá un nuevo término de 5 días para que las partes presenten observaciones a la prueba.
- d) El Tribunal ponderará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica y tendrá en consideración la naturaleza económica del hecho imponible. Esta última referencia a la “naturaleza económica del hecho imponible” es sumamente desafortunada y será abordada al comentar los problemas de la cláusula general antielusión.
- e) Procede el recurso de apelación contra la sentencia del TTA en el plazo de 15 días de notificada, el cual deberá concederse en ambos efectos. La tramitación será en cuenta a menos que las partes soliciten alegatos dentro del plazo de 5 días de que los autos ingresaran a la Secretaría de la Corte de Apelaciones.

³³⁴ Sería interesante saber por qué los asesores son citados en esta oportunidad, porque ¿ante qué se defenderán? No hay declaración judicial de elusión, que sería la justificación de por qué se perseguiría una sanción ante los asesores. Mi concepto es que debiese primero determinarse si existe o no elusión, luego de eso, si el SII lo encuentra necesario, intentar perseguir la responsabilidad del asesor vía artículo 100 bis del CT. Pero antes de eso, cuándo aún no hay resolución judicial sobre la elusión, requerir al asesor para que se “defienda” no solo parece apresurado, sino que parte de la base de que el asesor habría diseñado o planificado el esquema del contribuyente (lo que es materia de prueba) y, además, parte de la base también que dicho esquema sería elusivo (también materia de prueba).

- f) El acto administrativo que se dicte conforme a la sentencia firme del procedimiento, no será susceptible de recurso alguno.
- g) Supletoriamente se aplicarán las normas del procedimiento general de reclamo.

2.6.- Artículo 100 bis del CT. Sanción a los asesores tributarios.

Este artículo es importante porque refleja el espíritu que inspiró la cláusula general antielusión chilena, el cual es eliminar de raíz las planificaciones tributarias agresivas de los contribuyentes, de manera de reducir la erosión de la base fiscal nacional y, consecuentemente, aumentar la recaudación. Con esto en vista, ¿qué herramienta más eficiente que sancionar al mismo asesor que estuvo detrás de las planificaciones llevadas a cabo por el contribuyente? Sin embargo, la normativa del artículo 100 bis ha sido criticada duramente y con razón, de manera que este investigador concluirá que se trata muy probablemente de letra muerta que nunca verá aplicación. Así y todo, su revisión será breve porque escapa al marco normativo de esta investigación.

2.6.1.- El texto legal.

El presente artículo dispone:

“La persona natural o jurídica respecto de quien se acredite haber diseñado o planificado los actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación, según lo dispuesto en los artículos 4° ter, 4° quáter, 4° quinquies y 160 bis de este Código, será sancionado con multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente. Con todo, dicha multa no podrá superar las 100 unidades tributarias anuales.

Para estos efectos, en caso que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada será aplicada a sus directores o representantes legales si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el Servicio sólo podrá aplicar la multa a que se refieren los incisos precedentes cuando, en el caso de haberse solicitado la declaración de abuso o simulación en los términos que señala el artículo 160 bis, ella se encuentre resuelta por sentencia firme y ejecutoriada. La prescripción de la acción para perseguir esta sanción pecuniaria será de seis años contados desde el vencimiento del plazo para declarar y pagar los impuestos eludidos y se suspenderá desde la fecha en que se solicite la aplicación de sanción pecuniaria a los responsables del diseño o planificación de los actos, contratos o negocios susceptibles de constituir abuso o simulación, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 160 bis, hasta la notificación de la sentencia firme y ejecutoriada que la resuelva”

2.6.2.- A quien va dirigida la norma sancionatoria.

Esta norma de sanción va dirigida a las personas naturales o jurídicas respecto de las cuales se acredite que diseñaron o planificaron la comisión de los actos constitutivos de elusión. En consecuencia, la norma apunta a los asesores tributarios y no al contribuyente en sí, como en un momento pudo haberse pensado debido a la redacción poco específica. Sin embargo, la historia de la ley³³⁵ en este punto es plenamente consistente con el hecho de que siempre estuvo pensada en sancionar al asesor o consultor de impuestos.

2.6.3.- Naturaleza de la responsabilidad

Como observa el profesor Boetsch³³⁶, el artículo 100 bis CT contempla una sanción pecuniaria y además se encuentra en el Título II del Libro II del CT que lleva por nombre “De las Infracciones y Sanciones”, sugiriendo su naturaleza infraccional. Si agregamos la sentencia del Tribunal Constitucional citada por el profesor³³⁷, en la que dicho Tribunal

³³⁵ Historia de la Ley N° 20.780, páginas 282 y 283.

³³⁶ Boetsch. Op. Cit. Página 139.

³³⁷ “Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”. Rol N° 244 – 1996. 26 de Agosto de 1996, Tribunal Constitucional.

afirma que todo el sistema jurídico sancionatorio del Estado se encuentra regido por los principios del Derecho Penal, las dudas parecieran estar disipadas respecto a que la naturaleza jurídica de la responsabilidad establecida en el art. 100 bis del CT es infraccional y, en consecuencia, el efecto de dicha calificación es que se le vuelven aplicables los principios que rigen el Derecho Penal, como el de legalidad y tipicidad, in dubio pro reo, non bis in ídem y presunción de inocencia.

2.6.3.1.- Principio de legalidad y tipicidad³³⁸.

El principio de legalidad en materia penal se encuentra en el espíritu del enunciado “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa” que no es más que “no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca”. El principio de tipicidad se encuentra íntimamente ligado al de legalidad, considerándose una vertiente de él, aunque más específicamente es un modo de realización del principio de legalidad. El mismo fallo previamente citado se refiere al principio de tipicidad como “la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”. Al conciliar ambos principios, la consecuencia es que para considerarse “infracción” el actuar de un contribuyente deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) La conducta debe encontrarse establecida en una ley previamente publicada.
- b) La conducta debe estar descrita clara y específicamente en esta ley previa.
- c) Debe establecerse la sanción a la conducta infraccionaría en una ley y no en un cuerpo normativo de inferior jerarquía.

La revisión del artículo 100 bis del CT nos lleva a reflexionar sobre las bien conocidas leyes penales en blanco, las cuales son: “aquellas leyes incompletas, que se limitan a fijar una determinada sanción, dejando a otra norma jurídica la misión de completarla con la determinación del precepto, o sea, la descripción específica de la conducta punible”. Las leyes penales en blanco son inconstitucionales por no observar estrictamente los principios de legalidad y tipicidad, por lo que el Tribunal Constitucional exige el cumplimiento de estos principios de manera de que se respeten las garantías constitucionales.

³³⁸ Recogidos en nuestra Constitución Política de la República en el artículo 19 N° 3.

La conducta sancionada por este artículo dice relación con la planificación o diseño de actos o contratos abusivos o simulados que impliquen elusión tributaria, donde el lector podrá darse cuenta que la conducta sancionada está mencionada pero no explicada ni tampoco descrita, solo haciendo referencia a sus efectos acorde a lo que establecen los artículos 4 bis, ter y quáter del CT que, como sabemos, tampoco clarifican con precisión las conductas prohibidas, puesto que lo contrario desafiaría la idea misma de tener una norma antielusión “general”. Donde sí puede encontrarse una especificación de qué ha de entenderse por diseño y planificación es en la ya mencionada Circular N° 65 del SII, la que sin embargo tiene la característica de ser obligatoria sólo para sus funcionarios y que debido a su carácter infralegal, nos permitiría ubicar al artículo 100 bis CT como una ley penal en blanco propia, debido a la especificación de la conducta se encuentra en una norma de carácter inferior al legal. La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 24 de 1984 dispone en su considerando 4°:

“De acuerdo a los términos del inciso final del N° 3 del artículo 19, basta pues, que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley”

Esta descripción clara no se aprecia en el artículo 100 bis CT ni en los 4 bis, ter ni quáter, pero sí en la Circular N° 65, que tiene un rango infralegal, razón por la cual es plausible sostener que dicha norma es inconstitucional por vulneración del art. 19 N° 3.

2.6.3.2.- Presunción de Inocencia

Este principio penal, también aplicable al caso por tratarse del ejercicio del ius puniendi estatal, dispone que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme³³⁹. Como la carga de la prueba corresponde al Servicio de Impuestos Internos para la declaración de abuso o simulación, es menester hacer presente que deberá acreditar los hechos de manera de llevar al Tribunal a una convicción más allá de toda duda razonable y así cumplir con el mandato constitucional y legal de garantías del proceso³⁴⁰.

³³⁹ Art. 19 N° 3 de la CPR; Art. 4 y 340 del Código Procesal Penal.

³⁴⁰ Boetsch. Op. Cit. Página 141.

2.6.4.- Conducta sancionada: Diseño y Planificación.

Como se mencionó, la conducta que este artículo sanciona es el diseño y planificación de actos o contratos constitutivos de abuso o simulación. Para este análisis, la Real Academia de la Lengua nos precisa que por “diseño” ha de entenderse “proyecto, plan que configura algo”. A su vez, “planificación” se define como “hacer plan o proyecto de una acción”

Estos conceptos no están descritos en la ley pero sí en la Circular N° 65 del SII, la cual pasa a exponer lo siguiente:

“Para efectos de aplicar la sanción contemplada en esta norma, se debe entender por diseño o planificación, el plan general, metódicamente organizado, fraguado para evitar total o parcialmente la realización del hecho gravado, disminuir la base imponible o la obligación tributaria (...)”

“De esta forma, lo sancionado con esta infracción es la actividad intelectual que diseñó los actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos que fuese declarada abusiva o simulada (...)”

Por tanto, es claro que la conducta sancionada consiste en la configuración, por parte del asesor, de actos o contratos estimados judicialmente como abusivos que fueron llevados a la práctica en beneficio del contribuyente. Al respecto, observa el profesor Ugalde³⁴¹:

“Por lo tanto, tratándose de un asesor, esto es, de una persona – natural o jurídica – que informa o aconseja al contribuyente en estos asuntos, en el consejo dado por este al contribuyente debe constar el diseño o la planificación sugerida al contribuyente y llevada a la práctica por este para eludir sus tributos mediante la celebración u otorgamiento de los actos, contratos o negocios que se estiman como abusivos o simulados.

³⁴¹ Ugalde. Op. Cit. Páginas 360 – 362.

De este modo, si el contribuyente se desvía del consejo dado por el asesor o, dicho de otro modo, hace otra cosa que la sugerida, el asesor no podría ser sancionado”.

Es un punto importante el mencionado por el profesor, porque el único modo en que la sanción al asesor resulte plausible es que exista una relación de causalidad estricta entre la implementación de la asesoría diseñada por el asesor y la sanción por concurrencia de abuso de las formas o simulación. Si el cliente se aparta aunque sea de modo leve de lo propuesto por el asesor, no se trata entonces del plan fraguado por este consultor, sino uno diverso, haciéndose énfasis en que si la sanción es al asesor, éste debe responder por sus actos (lo sugerido por él) y no por actos donde no tuvo injerencia (lo que el cliente optó por hacer, distinto al consejo del asesor). Cabe agregar que como estamos en sede infraccional con aplicación de los principios del derecho penal, la interpretación que se haga de la normativa ha de ser estricta de modo de preservar las garantías constitucionales de legalidad y tipicidad.

2.6.5.- Responsabilidad infraccional de la persona jurídica. Directores o Representantes Legales.

La redacción de la norma permite establecer que esta sanción es aplicable o a la persona natural del asesor o a los directores o representantes legales de la persona jurídica (estudio de abogados o consultora tributaria, por ejemplo), pero no a ambos. Pero además, en el caso de las personas jurídicas, la responsabilidad de sus representantes no es objetiva sino que sólo responderán si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión, lo que será más difícil de acreditar entre más grande sea la consultora o estudio y, en consecuencia, sus directores o representantes legales estén menos inmiscuidos en el quehacer diario de la empresa.

2.6.6.- Conclusión sobre el artículo 100 bis CT.

En opinión de este investigador, es altamente probable que nunca un asesor sea sancionado conforme al presente artículo y las razones son las siguientes:

- a) Debido a que se trata de sancionar al asesor que diseñó o planificó actos o contratos que resultaron ser elusivos, el primer paso del SII será convencer al TTA de que dicte una resolución sosteniendo que los actos celebrados efectivamente fueron abusivos o simulados, cuestión que ya es sumamente compleja y probablemente baste para que el presente artículo no vea aplicación.
- b) Debido a la naturaleza infraccional de la responsabilidad del asesor, deben aplicarse los principios del derecho penal al análisis de este artículo.
- c) El SII deberá acreditar fehacientemente y llevar al TTA a una convicción más allá de toda duda razonable de que el actuar del asesor consistió en “diseñar” o “planificar” actos o contratos que resultaron ser elusivos.
- d) El asesor podrá defenderse y minar el convencimiento del TTA argumentando no solo que no participó del modo en que sostiene el SII (que además, deberá probar dichas asesorías) sino que se le buscaría sancionar con normativa inconstitucional por tratarse de leyes penales en blanco propias.
- e) El SII deberá probar más allá de toda duda razonable, además, que el actuar del contribuyente se ajustó estrictamente a los consejos dados por el asesor.
- f) Si el SII decidiese perseguir la responsabilidad de los representantes de una persona jurídica, deberá, además, probar más allá de toda duda razonable la correspondiente infracción de deberes de dirección y supervisión.
- g) Si el contribuyente se asesorara por más de un abogado, estudio o consultora en temas tributarios, el SII deberá acreditar más allá de toda duda razonable quién ideó el diseño o planificación que resultó elusivo.

Por tanto, el art. 100 bis es de utilidad para que Chile lo cite internacionalmente como un esfuerzo por erradicar la elusión y demostrar que está en sintonía con la OCDE en su lucha contra las planificaciones tributarias agresivas, pero se trata de un artículo cuya aplicabilidad es inviable en la vida real por las razones ya expuestas.

3.- Problemas de la norma antielusiva chilena.

Los problemas de la cláusula general antielusión son variados como se ha puesto de relieve, pero su redacción en particular incluso pudo reflatar una discusión teórica que nunca tuvo mucho asidero en la legislación nacional, relativo a cuál es la naturaleza jurídica del hecho imponible. Entendiendo que se trata de una materia que excede el propósito de esta investigación, solo sostendremos que la desafortunada mención a una “naturaleza económica del hecho imponible” en el artículo 160 bis inciso cuarto llevó a que en la obra de don Gonzalo Vergara, profusamente citada en esta investigación, un capítulo escrito por el profesor Luis Seguel³⁴² tuviese el propósito principal de desterrar cualquier tipo de discusión al respecto, porque la misma implicaría un paso atrás en cómo se interpreta la legislación tributaria y los contratos con efectos tributarios a nivel nacional. Al respecto, en el país siempre se ha entendido que el hecho imponible tiene naturaleza jurídica y, como tal, debe ser así interpretado, considerando las normas generales de interpretación que el derecho ofrece. Pero sostener que el hecho imponible tiene una naturaleza distinta de la jurídica y, específicamente económica, puede inmediatamente de relieve la preocupación por falta de certeza jurídica que traerá aparejada, porque como un hecho económico, puede ser interpretado de modo más laxo que uno jurídico, dificultando a los contribuyentes captar su sentido más preciso. Además, es cuestionable pretender que el concepto más importante en materia tributaria no sea un concepto de naturaleza jurídica, sino que económica, lo que tendría como consecuencia que cuestiones jurídicas como los efectos de un contrato perfeccionado, o el resultado de un juicio tributario, puedan verse determinados por un concepto no jurídico. Que la norma en comento hubiese reflatado una discusión superada hace décadas en el país solo es un reflejo más de que su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico pareciera haberse debido a razones más políticas que de convicción jurídico – tributaria, en consecuencia, su redacción sufrió de falta de prolijidad.

En fin, luego de los análisis efectuados respecto a esta normativa, se vislumbran dificultades que pueden afectar gravemente su aplicabilidad. Este investigador ha clasificado los problemas de la norma general antielusiva chilena en dos categorías: problemas de principios y problemas procesales.

³⁴² Seguel Malagueño, Luis. Estudio Preliminar: El Hecho Imponible. Estudio dentro de la obra de don Gonzalo Vergara Quezada, “Norma Antielusiva General: Sobre los fines en nuestras leyes tributarias”.

3.1.- Principios del derecho afectados por la norma general antielusiva. Principio de legalidad, tipicidad, irretroactividad y certeza jurídica.

Nuestra CPR dispone en su artículo 19 N° 3:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”

Este artículo representa el principio de legalidad, muy conocido por su formulación en latín “nullum crime, nulla poena, sine lege previa”, que nos traspasa la idea de que una persona no cometerá un delito, y en consecuencia no habrá sanción, si no hay una ley que haya entrado previamente en vigencia y haya así sancionado la conducta del infractor.

En el mismo artículo, nuestra CPR dispone también:

“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

En este apartado, la CPR hace referencia directa al principio de tipicidad comentado anteriormente en esta investigación, por el cual es obligatorio que la conducta sancionada esté descrita en la ley de modo de poder diferenciar las conductas que acarrear sanción de aquellas conductas seguras.

Debido a que no es el tema principal de esta investigación evitaremos extendernos excesivamente, pero es patente la relación intrínseca entre el principio de legalidad con el principio de tipicidad, irretroactividad de las leyes y la certeza jurídica, donde resumidamente podemos sostener que las leyes se vuelven obligatorias una vez las mismas fueron publicadas en el Diario Oficial de Chile, momento en el cual comienzan a regir hacia el futuro y nunca al pasado³⁴³, puesto que es básico que las personas estén en conocimiento

³⁴³ Artículo 9 del Código Civil: “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”. En rigor, existen contadísimas excepciones por las cuales una ley podrá disponer hacia

de cuales son las leyes que rigen y, consecuentemente, ajustar su actuar a la observancia de las mismas. Del mismo modo, y como nuestro ordenamiento jurídico contempla, sólo una ley puede crear delitos y sólo una ley puede establecer las correspondientes sanciones³⁴⁴, de manera que el ciudadano estará en conocimiento de que no puede permitirse tal actuar porque la consecuencia será la sanción penal. Como el ciudadano tiene información respecto a qué puede hacer y qué no, se fortalece su confianza en el sistema jurídico nacional³⁴⁵ porque sabe que no será sancionado si su conducta no se encaja con precisión en el tipo establecido en la ley³⁴⁶ y al mismo tiempo sabe que sí será sancionado si su conducta cumple con el tipo que está prohibida por una ley actualmente vigente.

Entonces, ¿por qué habría tensión entre estos principios y la norma general antielusión nacional? Lo primero es preguntarnos desde qué momento esta norma entró en vigencia en el país, porque hubo problemas en la interpretación del artículo decimoquinto transitorio de la Ley N° 20.780³⁴⁷. Luego de aclarados estos problemas con la Ley N° 20.899 al declarar claramente que la interpretación del SII era errónea, recién pudo existir cierta tranquilidad respecto al momento en que entraba en vigencia la ley, de manera de que terminó el conflicto con el principio de legalidad (ley previa) y principio de irretroactividad de las leyes (que solo operan hacia el futuro).

Pero también han existido problemas respecto al principio de certeza jurídica y tipicidad, debido a qué es lo regulado. Al parecer son los “hechos, actos o negocios jurídicos que impliquen abuso de las formas jurídicas o simulación”. En primer lugar, la ley no es uniforme respecto a qué es lo que regula, como se expone a continuación:

a) Art. 4 bis inciso primero: Hechos, actos o negocios realizados.

el pasado, como en el caso de leyes penales más favorables, pero la regla generalísima es la aplicación exclusivamente hacia el futuro. Defiende este principio, también, la ley sobre efectos retroactivos de las leyes.

³⁴⁴ “Nullum crime, nulla poena sine lege previa”

³⁴⁵ Certeza Jurídica.

³⁴⁶ Principio de tipicidad.

³⁴⁷ Resumidamente, el SII entendía que actos celebrados y perfeccionados con anterioridad al 30 de septiembre de 2015, pero que generasen efectos posteriores a dicha fecha, quedarían de todos modos dentro del espectro de la cláusula general antielusión. Los contribuyentes sostuvieron que, si se perfeccionaron antes del 30 de septiembre, dichos actos jurídicos quedaban fuera del alcance de la ley porque las leyes regulan hacia el futuro.

- b) Art. 4 bis inciso segundo: Actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos.
- c) Art. 4 bis inciso tercero: Actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos.
- d) Art. 4 ter inciso primero: Actos o negocios jurídicos, individualmente considerados o en su conjunto
- e) Art. 4 ter inciso segundo: Acto jurídico o conjunto de ellos.
- f) Art. 4 quáter: Hechos efectivamente realizados; actos o negocios jurídicos que disimulen.
- g) Art. 4 quinquies inciso sexto: Actos jurídicos abusivos o simulados.

En segundo lugar, la conducta sancionada tanto del contribuyente como de su asesor se encuentran solo señaladas, pero no descritas, caracterizadas ni detalladas, de manera que es sumamente complejo sostener que cumplen con el principio de tipicidad, el que es a todas luces aplicable debido a que se trata de normas por las cuales el Estado podría ejercer su poder sancionatorio. Debido a que la norma es infraccionaria, los estándares a aplicar son los penales los cuales son más elevados, de manera que en opinión de este investigador, es patente que la norma general antielusiva atenta contra los principios de legalidad y tipicidad, pudiendo argumentarse que la sanción contra el contribuyente es una ley penal en blanco abierta (en donde la conducta sancionada no se especifica en ningún texto, ni siquiera infralegal, sino que queda entregada al juez de la instancia la determinación de su contenido), mientras que la sanción al asesor sería una ley penal en blanco propia (donde la especificación de la conducta se encontraría en un texto infralegal), siendo ambos casos inconstitucionales conforme lo señala nuestro Tribunal Constitucional³⁴⁸.

3.2.- Dificultades procedimentales de la norma general antielusiva.

Acorde a sus requisitos procesales, la aplicación de esta norma no se vuelve sencilla, como pasaremos a revisar³⁴⁹:

- a) El artículo 4 bis inciso cuarto dispone:

³⁴⁸ Rol N° 3445 – 17 – INA

³⁴⁹ Hay también un requisito de cuantía, pero por tratarse de una cifra menor (250 UTM), no la consideraré un problema para la aplicación práctica de la norma antielusiva, puesto que ningún contribuyente lleva a cabo una reorganización empresarial u operaciones tributarias para obtener un beneficio tan mínimo.

“En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quáter”

Probablemente este solo argumento sea suficiente para minar, de modo importante, la viabilidad práctica de la norma general antielusiva. Si los actos llevados a cabo por el contribuyente efectivamente fueren abusivos o simulados y le generasen beneficios tributarios, igual podría no aplicarse la norma general antielusión si una norma más específica regulara la misma situación, lo que no es más que una expresión del principio de especialidad de las normas, donde debe de privilegiarse la aplicación de una norma específica por sobre una general cuando ambas regulen el mismo asunto. Vale aclarar, además, que la ley dispone “norma especial” no circunscribiéndose específicamente a una norma de carácter legal, razón por la cual pareciera más prudente interpretarla como “legislación tributaria” debido a que donde el legislador no distingue, no corresponde al intérprete distinguir. Normas específicas antielusión como la definición de venta de IVA o la definición de renta en la LIR son meros ejemplos de normas que verían aplicación con preferencia a la norma antielusiva chilena, y debemos considerar que la legislación tributaria tiene muchas normas especiales antielusión, razón por la cual este inciso del artículo 4 bis complica sobremanera la practicidad de la norma antielusión.

b) El artículo 4 bis inciso final dispone:

“Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los artículos 4° quinquies y 160 bis”

En consecuencia, la carga de la prueba de la elusión es del Servicio de Impuestos Internos, lo que tiene la obvia dificultad de que siempre es complejo probar y más aún en este caso en que se deben aplicar estándares penales, razón por la cual el SII deberá lograr que el TTA, más allá de toda duda razonable, dicte una resolución reconociendo la existencia de abuso o simulación. El tipo penal, además, es una conducta poco descrita, razón por la cual la dificultad será mayor.

Esta situación tiene una consecuencia obvia: **¿por qué el SII preferirá perseguir al contribuyente mediante la declaración de abuso o simulación si podría cuestionar el beneficio tributario obtenido, muy probablemente, a través de gastos³⁵⁰?** Si el SII cuestiona el gasto, la carga de la prueba será del contribuyente y el SII podrá encontrarse en la más cómoda situación de tener que desacreditar su argumentación, estrategia que le ha dado buenos resultados si consideramos el porcentaje de sentencias favorables que obtiene³⁵¹.

Estos dos argumentos procedimentales son, en mi opinión, claves de por qué la aplicabilidad de la norma general antielusiva será mínima. No solo hay mucho conflicto de principios con esta norma antielusiva, además, procesalmente presenta problemas muy difíciles de sortear puesto que si una norma específica de la legislación tributaria contempla los actos considerados elusivos, deberá preferirse la norma especial. Además, el SII deberá soportar la carga de la prueba cuando busque la declaración de abuso o simulación. En consecuencia, **el problema de aplicabilidad de fondo de la norma antielusiva es que, a mi juicio, ni siquiera el SII querrá aplicarla**, porque procesalmente le implica una complejidad mayor que puede evitar si cuestiona el beneficio tributario obtenido por el contribuyente de un modo más tradicional, principalmente si argumenta que no se acreditaron fehacientemente los gastos deducidos. Por lo tanto, es una norma con serios conflictos legales y constitucionales donde el contribuyente alega que afecta principalmente los principios de legalidad, certeza jurídica y tipicidad (con justa razón) y que el SII no querrá aplicar debido a que cambia la carga de la prueba y porque perseguir la declaración de elusión será mucho más complejo que perseguir se entere el impuesto debido según los caminos tradicionales, como cuestionar el gasto. O sea, una norma que no tiene conforme a nadie y que, a la fecha en que se escriben estas letras, no ha sido aplicada nunca, presumiblemente por los motivos que hemos expuesto.

³⁵⁰ No todos los diseños tributarios implican un aumento de deducción de gastos para reducir la base imponible, pero sí la mayoría.

³⁵¹ Un 62.9% de fallos a favor en la Corte Suprema, como se desprende de un estudio estadístico de PriceWaterhouse&Coopers.

<https://www.pwc.com/cl/es/publicaciones/assets/2017/Estudio-Resultados-de-juicios-tributarios-a-nivel-Corte-Suprema.pdf>

4.- Posibles modificaciones a la norma antielusiva general. “Proyecto de Modernización Tributaria”.

Con fecha 23 de agosto de 2018, se ingresó el Mensaje N° 107 – 366 (en adelante, también, “el proyecto de ley”) el cual pretende modernizar la legislación tributaria del país. Si bien se trata de un proyecto que involucra una serie importante de modificaciones, siendo seguramente la más importante el volver a integrar el sistema tributario de créditos, no nos detendremos en ellas salvo en aquellas que se refieren específicamente a la cláusula general antielusión que hemos revisado precedentemente. Al respecto, es conveniente hacer referencia a que el mismo proyecto de ley³⁵² señala como motivación para modificar la cláusula general antielusiva:

“Para que un sistema tributario se ajuste a los principios básicos que garantizan un Estado de Derecho, **debe ofrecer seguridad y certeza jurídica**, de manera que la ley sea predecible y el contribuyente tenga claridad sobre los hechos gravados, los sujetos, las tasas y las consecuencias legales de no cumplir con sus obligaciones tributarias”

“(…) es necesario incorporar ciertos ajustes a la NGA, fundamentalmente contemplada en los artículos 4 bis, 4 ter, 4 quáter, 4 quinquies, 26 bis, 100 bis y 160 bis, todos del Código Tributario (“CT”), a efectos de obtener una doble finalidad: primero, otorgar un mayor grado de certeza a los contribuyentes, en orden a qué pueden y qué no pueden hacer; y, segundo, hacer que la NGA sea una herramienta que, de modo eficiente, el Servicio pueda aplicar en la práctica”

Por tanto, la seguridad y certeza jurídica fueron principios tomados en cuenta especialmente a efectos de modernizar nuestra legislación tributaria, lo que trae como efecto colateral el fortalecimiento del principio de legalidad. A continuación, se analizarán brevemente los cambios propuestos y se ofrecerá una conclusión sobre si ellos favorecerán la aplicabilidad de la cláusula.

³⁵² Mensaje N° 107 – 366 del 23 de agosto de 2018.

4.1.- Interpretación de la legislación tributaria.

El proyecto de ley en comento contempla una modificación al artículo 4 del CT cuando propone un nuevo inciso segundo³⁵³, el cual dispone básicamente que al interpretar normas tributarias deberán considerarse las normas de derecho común, lo cual incluye los principios generales del derecho. Este artículo es importante a la hora de interpretar la nueva NGA porque es un paso más allá del actual artículo 2 del CT porque el mismo dispone, como requisito, que para aplicar normas de derecho común deberá tratarse de un asunto no previsto por el Código y demás leyes tributarias, requisito que no se encuentra en el nuevo inciso segundo propuesto para el art. 4 del CT, de manera que incluso en casos en que la legislación tributaria se refiera a un asunto, el mismo podrá interpretarse conforme al derecho común, lo que en la práctica implica que tendrán más peso las referencias a la libertad de empresa, libertad económica, libertad contractual y autonomía de la voluntad, principios los cuales suelen ser argumentos en favor del contribuyente. Del mismo modo, las referencias a principios como el de inocencia, legalidad y tipicidad en materia infraccionaria tendrán aún más sustento, lo que complicaría la aplicación de la NGA.

4.2.- Naturaleza de la obligación tributaria.

Probablemente con objeto de lograr concordancia entre el artículo 4 bis y 160 bis, ambos del CT, es que se sugiere agregar al art. 4 bis una referencia a la naturaleza jurídica “y económica” de la obligación tributaria. Ya nos referimos a que se trataría de un debate superado en la doctrina nacional y que incluir una “naturaleza económica” del hecho gravado³⁵⁴ es un error por querer introducir elementos extrajurídicos para la determinación de un hecho jurídico, como lo sería el cumplimiento o no del hecho gravado. Si se quisiera lograr cohesión en el lenguaje utilizado, el legislador tuvo que haber omitido la referencia a

³⁵³ “Sin perjuicio de lo anterior, la interpretación y aplicación de las disposiciones tributarias, de los actos jurídicos y de los contratos, deberá considerar las normas de derecho común. En consecuencia, el intérprete debe considerar las normas y criterios interpretativos recogidos por el ordenamiento jurídico común, entre los que se cuentan los principios generales del derecho”.

³⁵⁴ En el proyecto de ley dejará de existir la referencia al “hecho imponible” para utilizar la expresión “hecho gravado”, quizás siendo un intento de evitar que se deduzca que el hecho imponible tiene una naturaleza jurídica y económica, refiriéndose exclusivamente al hecho gravado.

una naturaleza económica en el art. 160 bis en vez de agregarla también al 4 bis del CT. Debido a que este problema ya fue tratado, nos remitiremos a dicha opinión.

4.3.- Obligatoriedad en la utilización de este procedimiento para que el SII desconozca la forma de los actos jurídicos.

El proyecto de ley contempla una nueva parte final del inciso primero del art. 4 bis CT, el cual propone sea redactado del siguiente modo:

“En consecuencia, el Servicio sólo podrá desconocer la forma de los actos jurídicos o contratos celebrados por los interesados y los efectos de estos para fines tributarios en el caso de elusión y promoviendo previamente el procedimiento establecido al efecto en los artículos 4° quinquies y 160 bis”

Esta es una consecuencia implícita de la redacción actual de la NGA porque la buena fe se presume y este principio obliga al SII a partir de la base que los actos celebrados por los contribuyentes se condicen con la forma que utilizaron para llevarlos a cabo, de manera que si el SII sostiene que la forma de los actos no se condice con el “fondo” de los mismos, deberá probar que no hay buena fe, y la misma ley señala que no habrá buena fe en casos de abuso o simulación, razón por la cual el SII debería probar el abuso o la simulación conforme al procedimiento respectivo. Sin embargo, esta interpretación pro contribuyente queda totalmente fortalecida con la redacción propuesta en el proyecto de ley porque cada vez que el SII no esté convencido de que las formas elegidas por el contribuyente realmente representan “la realidad” de la operación que se estaría llevando cabo, deberá incoar el procedimiento de declaración de abuso o simulación, que como se expuso precedentemente, cambia el onus probandi hacia el SII, logrando un efecto importante desde la perspectiva de la certeza jurídica en favor del contribuyente.

Como la aplicación de este procedimiento es sumamente complejo para el SII, la entidad fiscal intentará no aplicarlo, en consecuencia, no cuestionar la forma elegida por los contribuyentes para llevar a cabo sus operaciones. Esto tiene un claro beneficio desde el punto de vista de la certeza jurídica en favor del contribuyente, pero mi impresión es que podría generar un escenario en que tanto el contribuyente como el SII tengan la convicción de que se celebró el contrato “A” pero en el fondo se trata del contrato “B” y no podrá

cuestionarse suficientemente por la reticencia del SII de utilizar el procedimiento de declaración de abuso de las formas o simulación, el cual es beneficio para el contribuyente. **Mi impresión es que, en la práctica, debido a que el juez debe ponderar la prueba conforme a la sana crítica, el SII expondrá todos sus reparos contra las formas jurídicas que eligió el contribuyente, señalando que los efectos económicos del acto sugieren que claramente la operación es una distinta, pero sin nunca utilizar el procedimiento de declaración de abuso o simulación, dejando al juez la tarea de dirimir cuál fue la operación realmente celebrada, la que consta en los contratos o aquella que se desprende de los efectos económicos generados.** Por supuesto, en este escenario, tendría la ventaja el contribuyente quien argumentará que el SII no puede desconocer la forma de los actos jurídicos celebrados si no inicia el procedimiento de declaración de abuso o simulación, y del mismo modo, si un juez desconociera la forma de los actos jurídicos celebrados sin que el SII hubiese iniciado el proceso de declaración de elusión, se trataría de un fallo apelable con pronóstico favorable al contribuyente.

4.4.- ¿Mayor aplicabilidad de la NGA?

Uno de los principales problemas (si es que no el principal) de por qué la NGA no se aplica en la actualidad dice relación con el inciso cuarto del art. 4 bis CT, el cual dispone que no podrá aplicarse la NGA si hay una norma especial que regule el asunto, sin embargo, dicho inciso es reemplazado totalmente por un nuevo inciso cuarto que dispone:

“Se entenderá que existe elusión de los hechos gravados exclusivamente en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4o ter y 4o quáter, respectivamente. Determinada la existencia de elusión, se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos gravados eludidos establecidos en la ley.”

En consecuencia, uno pensaría que se sugiere eliminar el requisito de que no exista una norma especial que regule el asunto, lo cual favorecería la aplicación de la NGA debido a que uno de los principales problemas de aplicabilidad dejaría de existir. Hay tres problemas con esta lógica: el primero versa sobre la carga de la prueba, la cual no ha sido modificada, razón por la cual sigue sin tratarse de un procedimiento que beneficie procesalmente al SII. El segundo problema es que la elusión queda restringida (de modo expreso) exclusivamente al abuso o simulación contemplados en la ley tributaria, de modo que indirectamente se

amplía de modo considerable lo que debe entenderse por planificación tributaria legítima y, en consecuencia, planificación que no puede ser cuestionada por el SII a menos que esté dispuesto a buscar la declaración judicial de elusión. El tercer problema es que no se eliminó el requisito de especialidad, como disponen los nuevos incisos sexto y séptimos del art. 4 bis CT. Consecuentemente, me mantengo escéptico ante un eventual aumento de la aplicabilidad de la NGA.

4.5.- Norma especial antielusión.

Los nuevos incisos sexto y séptimo del art. 4 bis CT se refieren a qué ha de entenderse por norma especiales antielusión. Al respecto, señalan:

“Para estos efectos, se entenderán normas especiales antielusión aquellas que permitan tasar la base imponible o el precio o valor, establecer sistemas de tributación en base a renta presunta, establecer normas especiales para rebajar gastos y, en general, las que facultan al Servicio para aplicar normas especiales de tributación. No obstante lo anterior, los artículos 4° ter y 4° quáter serán aplicables a las reorganizaciones empresariales descritas en el artículo 64 letra D”

Puede apreciarse, entonces, que la conceptualización de “normas especiales antielusión” es bastante amplia pues implica, básicamente, cualquier norma que le permita al SII determinar impuestos al contribuyente. La referencia al nuevo artículo 64 letra D del CT³⁵⁵ dice relación con aportes sociales, fusiones y divisiones dentro de un contexto de reorganización empresarial, pero no se refiere a todos estos aportes, fusiones y divisiones, sino que sólo a aquellos que no cumplen determinados requisitos establecidos en la misma ley³⁵⁶. En consecuencia, **la norma de exclusión es amplia (norma especial que regule el asunto) y la norma de inclusión (las reorganizaciones empresariales del art. 64 letra D) es restringida**, razón por la cual no me parece que el espíritu real del actual proyecto de ley

³⁵⁵ Artículo propuesto pero cuya redacción está aún sujeta a cambios, como todo el resto del proyecto de ley.

³⁵⁶ Por ejemplo, sería aplicable la NGA a una fusión en que la sociedad absorbente no mantenga registrado el costo tributario de los bienes de la sociedad absorbida. Si registró estos bienes según su costo tributario, la NGA no sería aplicable a la fusión.

sea fortalecer la aplicación de la NGA por parte del SII, a pesar de que así lo señale en su declaración de principios.

4.6.- Artificialidad notoria.

Dentro del artículo 4 ter del CT se hacía la mención de que los actos del contribuyente debían producir efectos “relevantes” para el contribuyente, distintos de los meramente tributarios. Si bien el legislador identificó correctamente como problema el hecho de que la mención a la relevancia era sumamente amplia y presentaba problemas de constitucionalidad producto del principio de legalidad y tipicidad, optó por otorgar mayor certeza jurídica al exigir, más concretamente, que los actos celebrados por el contribuyente fuesen “notoriamente artificiosos para la consecución del resultado obtenido³⁵⁷”. Podrá el lector darse cuenta que, desde el punto de vista del SII, era menos problemático probar que lo único relevante para el contribuyente eran las consecuencias tributarias de sus actos, en vez de probar que la actuación del contribuyente era notoriamente artificiosa para la consecución del resultado buscado. La razón es que “notoriamente artificioso” implica un alto estándar de mala fe por parte del contribuyente, y el SII deberá acreditarla más allá de toda duda razonable al TTA, lo que claramente asoma como una tarea de tremenda dificultad.

El proyecto de ley prosigue y señala que por “artificioso” deberá entenderse: “aquel acto jurídico o contrato que, careciendo de una causa o de causa lícita contraviene la finalidad de la ley”. Por tanto, la declaración de artificial dice relación con un examen de la causa de los contratos, la cual es un elemento de existencia de los actos jurídicos (causa) y un elemento de validez de los mismos (causa lícita) como se desprende del artículo 1445 del Código Civil. A su vez, el mismo Código define “causa” en el artículo 1467 como: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”, por lo que el estudio de la causa implica un análisis de motivos del contribuyente, esto es, una revisión subjetiva de lo que incentivó al contribuyente para celebrar los actos jurídicos que suscribió. Debido a que toda prueba de elementos subjetivos y motivaciones es sumamente compleja, será poco llamativo para el SII intentar la declaración de elusión debido a que tendrá que probar que los actos celebrados fueron no solo artificiosos, sino que “notoriamente artificiosos”.

³⁵⁷ Tal cual la legislación española ya revisada.

4.7.- Exclusión de la Simulación

El proyecto de ley también se refiere a la simulación, donde optó por excluir la simulación tributaria de los tipos del artículo 97 CT³⁵⁸, 64 de la Ley de Impuesto a las Herencias y Donaciones y 470 N° 8 del Código Penal. Ya habíamos adelantado que, conforme a la redacción actual, la NGA parecía sugerir que parte importante del art. 97 N° 4 se encontraría derogado implícitamente debido a que tendría que aplicarse con preferencia la NGA, lo cual quedó solucionado con la nueva redacción: cuando los conceptos se topen, deberán aplicarse con preferencia los artículos mencionados, lo cual excluye las principales situaciones de simulación, reduciendo considerablemente su aplicación.

4.8.- Conclusión

El proyecto de ley propone diversas modificaciones a la NGA para, en su concepto, establecerla como una herramienta jurídica que en la práctica el SII pueda utilizar para perseguir el cumplimiento de la obligación tributaria de los contribuyentes. Sin embargo, conforme a una revisión de las modificaciones más importantes sugeridas por el proyecto, pareciera que la aplicabilidad de la NGA no cambiaría sustancialmente.

Destacable es que **el único modo que tendría el SII para cuestionar la forma de los actos celebrados por el contribuyente sería solicitar la declaración de elusión debido a abuso o simulación, si no lo hiciese, no podrá desconocer la forma de los actos que el contribuyente, en ejercicio de su libertad contractual y de empresa, eligió.** En segundo lugar, la carga de la prueba en la elusión sigue siendo del SII y la carga de la prueba en la justificación de gastos sigue siendo del contribuyente, de manera que el modo “tradicional” por el cual el SII cuestiona los beneficios del particular no ha sufrido grandes cambios (a excepción de la interpretación conforme al derecho común, que afecta a la legislación tributaria en general y no solo a la NGA). En tercer lugar, el SII deberá argumentar que los contratos celebrados por el contribuyente fueron “notoriamente artificiosos” para el fin obtenido, lo que implica un análisis subjetivo de las motivaciones del contribuyente y un alto estándar probatorio. En cuarto lugar, se escriturizó en términos amplios el concepto de “normas especiales antielusión”, de manera que se mantiene extensa la norma de exclusión

³⁵⁸ Específicamente art. 97 N° 4, 8, 9, 23, 24 y 25 del CT.

de aplicación de la NGA. Finalmente, no hay cambios procesales sustanciales que se introduzcan, por lo que el SII aún debe requerir al TTA, en un juicio aparte del tributario, la declaración de elusión por parte del contribuyente.

Por tanto, es forzoso concluir que la NGA – que actualmente no tiene aplicación por cuestiones procesales –, mantiene problemas estructurales a la hora de analizar su aplicabilidad, problemas los cuales, en mi opinión, no solo no fueron solucionados sino que derechamente se profundizaron. A la fecha en que se escriben estas letras la NGA no ha sido invocada nunca por el SII y, de aprobarse el texto del proyecto de ley, dicho escenario difícilmente cambiará porque se trata de una herramienta que no le conviene invocar.

5.- Tratamiento de la elusión en Chile. Sentencias destacadas.

En Chile han existido sentencias que fallan sobre la elusión tributaria, entendida en un sentido amplio como el comportamiento por el cual un contribuyente busca la obtención de un beneficio tributario descansando más en la letra de la ley que en su espíritu. Conforme a la aprobación de la Ley N° 20.780, la elusión perdió su carácter legítimo y se transformó en un actuar digno de sancionarse mediante el imperio del derecho, pero debido a que el SII nunca ha solicitado la declaración de elusión, los tribunales del país no han podido partir de la base de que la elusión es una conducta que infringe no solo el espíritu sino que también la letra de la ley. A continuación se examinarán famosos casos de elusión tributaria en el país y se ofrecerá una conclusión respecto a cómo los tribunales dictan sentencia respecto a esta conducta. Debido a que la investigación versa sobre un análisis comparado de jurisprudencia, esta sección será más breve pues solo se pretende dar una imagen de cómo han fallado los tribunales en Chile sobre el tema, y si se ha experimentado algún giro en cómo abordan la elusión tributaria.

5.1.- Caso Inmobiliaria Bahía S.A. (28 de enero de 2003)

Probablemente el caso más citado respecto a la elusión en el país, tiene unos hechos y un fondo más bien sencillo de relatar, de manera que nos referiremos brevemente al mismo porque ya ha sido tratado en extenso. Existe un negocio, arriendo de casas de veraneo en la playa, y dos sociedades involucradas: “Inmobiliaria Bahía S.A.” (sociedad propietaria de

inmuebles dedicada a su arrendamiento, sin muebles ni instalaciones) y “Prestaciones Caldera Ltda.” (propietaria de los muebles, que también arrienda). Lo que ocurría es que los clientes arrendaban las casas de veraneo amobladas pero firmaban dos contratos de arrendamiento, el primero con Inmobiliaria Bahía S.A. respecto al inmueble no amoblado, y el segundo con Prestaciones Caldera Ltda. para arrendar los muebles correspondientes.

El objeto de esta duplicidad de arrendamientos era aprovechar el artículo 8 letra g) de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios, el cual dispone que se considerará como venta el arrendamiento de inmuebles amoblados, en consecuencia, al arrendarse un inmueble “no amoblado” por parte de Inmobiliaria Bahía S.A., dicho arrendamiento no quedaba gravado con IVA por no cuadrar con el tipo tributario. A su vez, el arrendamiento de los muebles por parte de Prestaciones Caldera Ltda. sí quedaba gravado con IVA, pero debido a que esta sociedad no arrendaba el inmueble, la base imponible del impuesto era sumamente menor.

La discusión respecto al caso llegó a la Excm. Corte Suprema de Justicia, la cual en un célebre fallo dictó la siguiente definición de elusión tributaria³⁵⁹:

“Que, así, el Servicio confunde, en este caso, dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria – ilícito – con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega herramientas al contribuyente como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no en aquella que se le liquida”

Puede apreciarse el análisis sumamente formal que llevó adelante la Corte Suprema, puesto que es evidente a todas luces que el fenómeno económico que estaba ocurriendo era el arriendo de un inmueble amoblado, pero nuestro máximo tribunal consideró que, jurídicamente, habían dos sociedades, dos roles únicos tributarios distintos, dos contratos separados y objetos del contrato separados (casa y los muebles), por lo que la realidad en términos jurídicos y no económicos³⁶⁰ era que se había celebrado un contrato de arrendamiento respecto a un inmueble no amoblado y, consecuentemente, no estaba afecto

³⁵⁹ Considerando 18° de la sentencia.

³⁶⁰ Esta conclusión refleja la importancia de entender el hecho imponible como un hecho jurídico y no económico.

a IVA. Este enfoque de la Corte Suprema resume su modo de interpretación formalista en materia tributaria a comienzos del siglo XXI.

5.2.- Coca Cola Embonor S.A. (3 de abril de 2012 fallo del TTA; 6 de junio de 2012 fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica; 23 de julio de 2013 fallo de la Excma. Corte Suprema).

5.2.1.- Hechos del caso

Este fallo tiene hechos bastante complejos pero que son necesarios de revisar porque marcan el inicio de un cambio de enfoque de nuestro máximo tribunal respecto a la elusión tributaria. A continuación nos referiremos a esta sentencia intentando mantenerla sencilla y breve.

Coca Cola Embonor S.A. (en adelante, también, “la matriz”) es la matriz en Chile del Grupo Coca Cola Embonor, y llevó adelante un proceso de compra por el cual adquirió a Embotelladoras Williamson Balfour S.A. (en adelante, también, “WB”), sociedad que tenía la totalidad de acciones de Inchcape Latin American Bottling S.A. (en adelante, también, “ILABSA”), con el objeto de aumentar la producción, cobertura territorial y participación de mercado del Grupo Coca Cola Embonor en el país. Este proceso de compra se llevó adelante a través de un intrincado modo de financiamiento que puede resumirse del siguiente modo:

- a) La matriz constituyó un establecimiento permanente domiciliado en Islas Caimán (en adelante, también, “EP”).
- b) El EP, a su vez, constituyó una filial overseas que se domicilió también en Islas Caimán (en adelante, también, “Filial OS”). La constitución de la Filial OS se hizo con un aporte de capital de US\$ 160 millones producto de una emisión de bonos, endeudándose el EP en esta cifra.
- c) El EP hizo frente a este endeudamiento mediante créditos solicitados a diversas entidades bancarias (Rabobank, etc), pero los intereses de estos créditos incrementaban la deuda.
- d) La Filial OS, con este capital, adquirió las acciones de WB y, en consecuencia, a ILABSA, quedando como dueña de ambas.

- e) La matriz tenía una filial en Chile, Embonor S.A., (en adelante, también, “Filial en Chile”), la cual compró a la Filial OS las acciones que tenía en WB (y, en consecuencia, ILABSA).
- f) El fortísimo endeudamiento del EP fue reconocido en la contabilidad de la matriz en Chile, lo que le significó no tributar impuesto de primera categoría y además solicitar una cuantiosa devolución de impuestos por concepto de PPUA.

La normativa aplicable en la materia fue, básicamente, la siguiente:

- a) Artículo 31 inciso tercero número 1 de la Ley de Impuesto a la Renta: Este artículo dispone que procederá especialmente la deducción de los gastos que se relacionen con el giro del negocio, por concepto de “intereses pagados o devengados sobre cantidades adeudadas”. Por lo cual, el contribuyente podrá deducir como gasto los intereses que existan sobre cantidades que adeude, que en este caso se trata de los bonos y préstamos en que incurrió el EP a objeto de constituir la Filial OS.
- b) Artículo 31 inciso tercero número 3 de la Ley de Impuesto a la Renta: Este artículo dispone que procederá especialmente la deducción de los gastos que se relacionen con el giro del negocio, por concepto de “pérdidas sufridas por el negocio o empresa durante el año comercial a que se refiere el impuesto”. Se podrán, también, deducir pérdidas de ejercicios anteriores³⁶¹. Esto implica que las pérdidas del ejercicio se podrán imputar a las utilidades no retiradas ni distribuidas por la empresa, y si las utilidades no son suficientes para absorber la totalidad de las pérdidas, éstas se deberán imputar al ejercicio siguiente y así sucesivamente.
- c) Artículo 41 A, letra b), número 1 de la Ley de Impuesto a la Renta: Señala que los contribuyentes que declaren su renta efectiva según contabilidad completa que tengan establecimientos permanentes en el extranjero deberán agregar a su renta líquida imponible el resultado tributario, tanto positivo como negativo, obtenido por dicho establecimiento permanente en el extranjero. También

³⁶¹ Pues era la legislación vigente antes de la Ley N° 20.780.

deberán reconocer en Chile los resultados del balance de la agencia para fines tributarios.

Puede observarse, entonces, cómo se concatenó la planificación:

- 1.- Una matriz en Chile constituyó un EP en un paraíso fiscal, el cual se endeudó fuertemente.
- 2.- La deuda del EP consistía, básicamente, en pérdida por intereses, los cuales pueden deducirse de la renta líquida conforme al artículo 31 N° 1 y 3 de la LIR. En consecuencia, la renta líquida imponible del EP era fuertemente negativa.
- 3.- El artículo que enlaza la planificación fue el 41 A letra b) número 1 porque permitió a la matriz en Chile reconocer la pérdida gigantesca del EP en el paraíso fiscal.
- 4.- Al reconocer esta pérdida en su contabilidad, la matriz en Chile quedó con renta líquida imponible negativa, lo que equivale a que no deberá tributar impuesto de primera categoría. Además, solicitó una devolución por concepto de PPUA.

5.2.2.- Sentencia del TTA de Arica y Parinacota.

Se revisará la sentencia del TTA y Corte de Apelaciones, porque la de la Corte Suprema versó solamente sobre aspectos procesales y no sustanciales, excepto un comentario que llamó fuertemente la atención y al cual nos referiremos. El Tribunal Tributario y Aduanero de Arica y Parinacota revisó en primera instancia este caso, enfocando su resolución primeramente en los gastos y posteriormente en el fondo jurídico de la operación. Cabe destacar que dictó sentencia contra el contribuyente, obligándolo además al pago de las costas del juicio que avaluó en una cifra cercana a los \$20 millones³⁶².

Respecto a los gastos, sostuvo en los considerando vigésimo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto:

VIGÉSIMO: Que, se colige de la norma legal citada, como requisitos para que sea legalmente posible la deducción de los intereses como un gasto necesario para producir la renta, los siguientes:

³⁶² Exactamente, \$19.478.667.

2) Que, se trate de gastos necesarios para producir la renta, o sea, concatenados con las rentas que producen o contribuyen a producir en una relación de causa a efecto;

“VIGÉSIMO TERCERO: Que, estos mismos antecedentes permiten verificar que desde la creación de la Agencia domiciliada en Islas Caimán, ésta sólo ha remitido pérdidas a la casa matriz; o sea, la reclamante (...) con domicilio en Chile, en caso alguno, ha recibido rentas susceptibles de ser gravados con Impuesto a la Renta de Primera Categoría en Chile desde su agencia. Tampoco se ha verificado remesas o distribuciones de utilidades por parte de la Filial ubicada en Islas Caimán.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia, en toda la documentación escrutada, **no se encuentra algún antecedente que demuestre inequívocamente la relación entre ingresos y gastos y una debida concatenación de sucesos jurídicos**, que permita seguir una línea que llegue a concluir que la sociedad reclamante (...) mantuvo una unidad irrestricta con las otras sociedades, que satisfaga los requerimientos de la Ley de Impuesto a la Renta, en los términos de considerar los intereses pagados a los bancos como gastos susceptibles de deducirse de su renta líquida imponible.

Es así como, se advierte de los documentos analizados en los considerandos 4 al 11 de este fallo, en donde este sentenciador ha hecho un estudio racional y pormenorizado de lo que estos instrumentos dan cuenta y donde se advierte claramente que en ninguno se demuestra la exigencia imperiosa prescrita en la Ley de Impuesto a la Renta, en orden a deducir de la renta bruta los gastos estrictamente necesarios para producirla”

En primer lugar, el juez da notoria importancia a la relación ingreso – gasto del contribuyente, concluyendo que la necesidad del gasto para producir la renta implica una relación de causa a efecto. En opinión de este investigador, esta línea de pensamiento es cuestionable porque nos lleva a la conclusión de que “no hay gastos necesarios para producir la renta si no hay renta”, o lo que es lo mismo, una empresa con pérdida no tiene gastos

necesarios para producir la renta. **La necesidad del gasto va asociada a la potencialidad de producir renta, no a la renta misma, de manera que se trataría de un requisito extralegal sostener que para considerar un gasto como necesario para producir renta, el primer punto sea probar la existencia de renta.** En consecuencia, con su visión, el sentenciador hizo un especial llamado de atención al hecho de que el EP sólo ha generado pérdidas y en ningún momento ha recibido rentas susceptibles de impuesto, de igual modo, la Filial OS tampoco ha efectuado remesas que tributen en Chile. Si bien es cierto que contablemente debe existir una relación entre ingresos y gastos, la ley tributaria no exige como requisito para la procedencia de la deducción de gastos que exista una relación de este tipo, de manera que si una sociedad no tiene ningún ingreso aquello no le impide deducir gastos de su renta líquida.

En segundo lugar, es menester mencionar que en parte alguna la ley hace referencia a gastos “estrictamente” necesarios para producir la renta³⁶³, de manera que estaríamos ante un requisito adicional que al parecer habría exigido el juez de la instancia. Un contribuyente, si acredita el cumplimiento de los requisitos de deducción de gastos que la ley tributaria exige en el artículo 31 inciso primero de la LIR (y los requisitos adicionales de acuerdo al gasto específico, si los hubiere) tiene el derecho legítimo de deducirlos, haciendo énfasis en que en ninguno de estos requisitos se hace referencia a la existencia de ingresos o a que los gastos deben ser “estrictamente” necesarios para la producción de la renta.

Respecto al fondo de la operación, el sentenciador correctamente expuso que el único efecto tributario en la matriz era que los gastos por los cuales financió la adquisición de la empresa en Chile le servirían para disminuir su base imponible y que toda distribución de utilidades o remesas del EP y la Filial OS en Islas Caimán no tributarían producto de este régimen fiscal beneficioso. Concluyó el juez sosteniendo lo siguiente:

³⁶³ Esta es una interpretación administrativa del SII que se encuentra en diversos pronunciamientos, a título ejemplar, en el Oficio N° 2413 de 2018, al sostener que por gastos necesarios para producir la renta deben entenderse aquellos que es “menester, indispensable realizarlos”, como opuesto a gastos superfluos. Sin embargo, un gasto que es menester realizar para mantener la posibilidad de generar ingresos no es igual a un gasto estrictamente necesario para producir la renta, por tanto, **pareciera que el juez estuviese siendo un poco más exigente no solo que la letra de la ley, sino que la misma interpretación del SII.**

“CUADRAGÉSIMO SEXTO: Adicionalmente, este Tribunal no puede eludir la consideración que, si (*la matriz*) adquirió las plantas productivas mediante la fusión con (*la Filial en Chile*) el año 2005: ¿qué sentido tiene que pague intereses por créditos para que un tercero las adquiriera, antes de que ingresen a su patrimonio, en condiciones que pudo haberlas adquirido directamente? y ¿qué sentido tiene que pague intereses por créditos para que un tercero las adquiriera, si para que ingresen a su patrimonio debe pagar un precio superior al que el tercero pagó por esas plantas?. No puede este Tribunal concluir otra cosa que la deuda y el pago de los intereses **carecen jurídicamente de causa**”

“CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, por lo expuesto, este Tribunal ha llegado a la convicción que las operaciones descritas, efectuadas por (*la matriz*), no son una gestión eficiente para la compra de las plantas, sino, por el contrario, han generado la duplicación del costo de los activos, que van a acarrear pérdidas tributarias en Chile de manera artificial, pero que disminuye o evita el pago de impuestos a la renta; a favor de la producción de utilidades, también artificial, en la Filial extranjera, ubicada en un territorio donde no existe la carga de los impuestos a la renta; por lo que, **tratándose de costos artificiales, evidentemente no corresponden a aquellos necesarios para producir la renta.**

Por lo concluido, se hace evidente que no es aplicable, en caso alguno el artículo 26 del Código Tributario, ya que a juicio de este Tribunal, (*la matriz*) no aplica la interpretación administrativa dentro de su contexto, sino se asila en ella, sólo para dar la apariencia de plausible a una operación de planificación tributaria destinada a eludir la carga tributaria, en una operación que, a todas luces, **no puede ser vista con una ‘legítima razón de negocios’**”

Conforme al razonamiento del sentenciador de primera instancia, es claro que el análisis es mucho más de “fondo” que el que la Corte Suprema llevó a cabo al revisar a Inmobiliaria Bahía S.A. La justificación del juez es que no tiene explicación lógica ni económica el actuar de la matriz, pues demoró la adquisición de las acciones al tener que crear otras sociedades intermedias, financió el que un tercero las adquiriese y, luego, cuando la matriz quiso adquirir la embotelladora, lo hizo mediante una fusión que le implicó un desembolso de

dinero mayor que lo que en un comienzo financió a la Filial OS para adquirir la sociedad. Las sociedades estaban bien constituidas, los bonos bien emitidos y los préstamos de dinero estaban correctamente documentados, por lo que este caso no se resolvió por un asunto formal, sino que girando el énfasis al fondo: el actuar de la matriz fue tan “inexplicable” a ojos del juez (salvo motivaciones tributarias) que concluyó que no podía considerarse que la planificación tenía una legítima razón de negocios³⁶⁴ y entonces carecía de causa tanto la deuda como el pago de intereses, por lo que se desató la siguiente concatenación jurídica:

- a) Los actos jurídicos por los cuales se adquirió la deuda (préstamos de dinero) y el pago de la deuda más sus intereses, eran nulos de nulidad absoluta por falta de un requisito de existencia de los mismos.
- b) Por tanto, la matriz en Chile no podía reconocer una pérdida en Islas Caimán que no se había generado (porque los préstamos de dinero eran nulos, así como el pago de la deuda con intereses).
- c) Como la matriz en Chile no pudo reconocer la pérdida tributaria overseas, su base imponible fue mucho menos negativa dado que no pudo acreditar una cifra millonaria como pérdida, afectando consecuentemente la solicitud de devolución por concepto de PPUA.

Es llamativa la conclusión del sentenciador de que la deuda y el pago de la misma carecen de causa, pues si bien podría sostenerse que el actuar de la matriz violenta el espíritu de las normas y es un aprovechamiento de la textualidad de la ley, aquello no necesariamente implica ausencia de causa. El profesor Alessandri³⁶⁵ ilumina nuestra reflexión con algunos ejemplos de ausencia de causa, a saber:

“Compraventa en que no se pacta precio alguno, donación sin ánimo de liberalidad o de beneficencia, contrato de mutuo sin que se haya entregado al deudor cosa alguna. Cuando la causa solo existe en la mente de los sujetos y no

³⁶⁴ Acorde a los requisitos de la Circular N° 45 del 2001, que básicamente implica que no se haya llevado a cabo la reorganización empresarial con un fin puramente tributario.

³⁶⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo. “*Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*”, actualizado por Antonio Vodanovic H. Santiago, 1991. Páginas 294 y 295.

corresponde a la verdad objetiva, se dice que es falsa o errónea. Ejemplo clásico: el heredero que paga un legado sin saber que éste fue revocado en un testamento posterior al que se atiende”.

Si bien la planificación del Grupo Coca Cola Embonor se apoya en la literalidad de la norma tributaria, pareciera claro que su actuar dista de carecer de causa. Al constituir el EP en Islas Caimán, era la constitución de dicha sociedad anónima lo que realmente se pretendía. Al hacer un aporte de capital millonario para que el EP constituyera la Filial OS, era la voluntad de la matriz que el EP se endeudara fuertemente y mediante dicho aporte constituir la Filial OS, sin que faltasen elementos de existencia de los actos jurídicos celebrados. Cuando se procedió al pago de las cuotas, el EP suscribió otros préstamos con entidades bancarias para poder ir pagando las cuotas correspondientes, lo cual era expresión fiel de su voluntad. En todos los actos jurídicos celebrados no faltarían elementos de su existencia, se habría dado cumplimiento a todas las formalidades exigidas por la ley, en consecuencia, llama la atención que la conclusión del sentenciador sea que hubo ausencia de causa³⁶⁶, cuando la argumentación de falta de relación ingresos – gastos y que no habría una legítima razón de negocios pareciera apuntar a que faltaría un requisito de validez (o “legitimidad”) pero no de existencia de los actos jurídicos cuestionados.

5.2.3.- Fallo de la Corte de Apelaciones.

La Corte de Apelaciones de Arica conoció el fallo de primera instancia y lo acogió en todas sus partes, incluida la condena en costas. La Corte de Apelaciones, en su fallo, se mostró convencida por la argumentación del juez de la instancia y básicamente se remitió a ellos en su totalidad para desvirtuar la versión del contribuyente.

Me parece importante destacar dos puntos que señaló la Corte, en primer lugar la mala fe del contribuyente y en segundo lugar, la improcedencia de la deducción de gastos por no respetar el espíritu de la norma. Sobre el primer punto, el contribuyente sostuvo que no se le consideró que se acogió de buena fe a las interpretaciones del SII conforme al artículo 21 del CT y como la buena fe se presume, el SII tuvo que argumentar por qué estaría de mala fe, cosa que no hizo. La Corte de Apelaciones sostuvo al respecto:

³⁶⁶ Lo que es sumamente cercano a decir “ausencia de voluntad”.

“NOVENO: A mayor abundamiento, cabe hacer presente que conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Tributario, el reclamante debió acompañar dicha documental durante la etapa administrativa de fiscalización, o en la jurisdiccional de primera instancia, a lo más, lo que demuestra que la acompañada en esta segunda instancia **nunca la produjo a pesar de contar con ella, desatendiendo con ello completamente las aludidas instancias.**

UNDÉCIMO: (...) Sobre el particular, en estrados el abogado del Servicio de Impuestos Internos adujo que en el presente caso nos encontramos frente a una planificación tributaria agresiva o proceso de reorganización empresarial de la que participa la recurrente, donde se utilizaron regímenes tributarios extranjeros o paraísos tributarios, que sólo vino a conocerse su real magnitud en la fase jurisdiccional dado que **la recurrente privó al señalado Servicio de los antecedentes mínimos y suficientes para efectuar una correcta fiscalización,** todo ello con la finalidad de obtener una disminución de la carga tributaria (al deducir como gastos los intereses provenientes de los financiamientos y pérdidas de arrastre) y no ser objeto de control y fiscalización por parte del Servicio de las operaciones cuestionadas en la oportunidad correspondiente”

En consecuencia, la Corte de Apelaciones de Arica sostuvo que el contribuyente estuvo de mala fe al ocultar información al SII en la etapa administrativa comportamiento que se repitió al no presentar prueba suficiente en la primera instancia, pretendiendo salvaguardar su posición con prueba en segunda instancia, la que es sumamente excepcional.

En segundo lugar, considero importante que la Corte de Apelaciones se haya detenido en su considerando undécimo a analizar por qué si la operación de compra la hubiese efectuado la matriz en Chile y no la Filial OS, los gastos se encontrarían acreditados y procedería su deducción. La Corte expuso:

“UNDÉCIMO: (...) los pronunciamientos administrativos relativos a deducir como gasto necesario los intereses provenientes de créditos destinados directa o indirectamente en la adquisición de bienes susceptibles de generar rentas gravadas con el Impuesto de Primera Categoría, **razonan sobre la base que**

quien esté deduciendo los intereses como gasto, sea aquel contribuyente que adquiera los bienes susceptibles de generar rentas gravadas con el señalado impuesto, pero de los antecedentes allegados se desprende que quien adquirió los bienes fue una sociedad ajena a la recurrente, su (*Filial OS*) ubicada en Islas Caimán, quien adquirió el control de las empresas de embotellado. A este respecto, interesante resulta atender al contenido del considerando Trigésimo Sexto del fallo recurrido, que reza: “Que este TTA considera que en cuanto el tratamiento tributario de las filiales, la LIR dispone que **sólo las agencias y establecimientos permanentes tienen la obligación de consolidar sus resultados con la matriz**, lo que definitivamente excluye a la filial de la actora denominada (*Filial OS*). En otras palabras, en el conflicto que nos ocupa, no estamos en presencia de la compra de las acciones de las sociedades operativas por parte de la misma Agencia de la reclamante, **lo que la haría merecedora, sin mayor cuestionamiento a deducir como gastos los intereses antes referidos**, sino que la adquisición de WB por parte de una empresa filial, cuya estructura jurídica es independiente y diversa a la casa matriz y que no ha sido considerada para estos puntuales efectos, por la LIR”.

El punto acá es importante, porque tiene sentido que quien tenga el derecho a deducir los gastos sea quien adquiera los bienes que tengan la potencialidad de generar rentas gravadas con impuesto de primera categoría, dado que, en mi opinión, es aquella la justificación de la deducción de los gastos. Pareciera lógico que la ley tributaria permita a un contribuyente deducir como gasto – necesario para la producción de la renta – los desembolsos que efectuó al adquirir determinados bienes, puesto que dicho desembolso permitirá al contribuyente, en un futuro, tener la potencialidad de generar ingresos susceptibles de tributar. Sin embargo, **no es esta la situación del contribuyente de autos**, porque si bien quien incurrió en los gastos fue el EP en Islas Caimán (que es una extensión de la personalidad jurídica de la matriz en Chile), la persona jurídica que adquirió los bienes (acciones de la embotelladora) susceptibles de generar ingresos de primera categoría fue la Filial OS que, como se dijo, no solo es una persona jurídica independiente del EP, sino que además, en caso de generar rentas, las mismas no serían susceptibles de impuesto corporativo porque la Filial OS está domiciliada en un paraíso fiscal.

La consecuencia necesaria de este razonamiento es que quien está intentando deducir los gastos en Chile es una persona jurídica distinta de quien percibirá los eventuales ingresos en Islas Caimán, de manera que malamente podría cumplirse el espíritu del art. 31 N° 1 de que la deducción de gastos beneficie a quien tiene la potencialidad de generar ingresos afectos a primera categoría. Es claro que esta interpretación no se encuentra en el texto legal, pero le da bastante sentido a la norma que permite la deducción de intereses como gastos necesarios para la producción de la renta.

Finalmente, hay un argumento que fue constantemente sostenido por el TTA y que la Corte de Apelaciones de Arica señaló de modo menos enfático, pero que sí pareciera ser un argumento entre líneas, y es que la constitución de la Filial OS sólo ha originado pérdidas para la matriz chilena, de manera que como no hay ingresos susceptibles de impuesto, no pueden haber gastos necesarios para la producción de la renta (porque no hay renta). Desde esta humilde tribuna, mi opinión es que las sentencias de ambos tribunales habrían quedado más sólidas si se hubiesen enfocado no solo en que sólo se han producido pérdidas (lo que es cierto) sino en que esta planificación lleva más de 10 años aplicándose y en todo ese tiempo la Filial OS no ha generado nada de renta, arrojando pérdidas todos los años para el EP y, de hecho, la pérdida se va incrementando porque el EP optó por refinanciar la deuda con más préstamos de dinero. Entonces, el punto no es que sólo se generen pérdidas, sino que por más de 10 años solo hay pérdidas que siguen creciendo, sin atisbo de que en un tiempo próximo las entidades empiecen a generar utilidades, **de manera que un énfasis de este tipo sí atacaría la potencialidad de generar ingresos susceptibles de tributar, que es lo que se le exige a los gastos,** en vez de un argumento más plano del tipo “sólo se han generado pérdidas”.

5.2.4.- Corte Suprema de Chile

Si bien se señaló que no se analizaría el fallo completo de la Excma. Corte Suprema porque la argumentación para desechar el recurso de casación en el fondo descansó principalmente en temas formales, hay un considerando que merece atención, porque contiene una lógica que podríamos considerar cuestionable que empleó el tribunal de primera instancia, y que nuestro máximo tribunal reprodujo, de manera que necesariamente implica jurisprudencia al respecto. El considerando en comento es el siguiente:

“DUODÉCIMO: Que, finalmente y en cuanto a la transgresión del artículo 41 A letra B, N°1 de la Ley de Impuesto a la Renta, resulta necesario consignar que dicho capítulo propuesto adolece de problemas similares a los constatados precedentemente, al construirse sobre la base de hechos diversos de los establecidos, toda vez que se estableció por los jueces de la instancia que la Filial constituida en el extranjero emitió bonos y luego materializó la operación de capitalización mediante créditos, siendo un hecho acreditado que la sociedad extranjera sólo ha tenido pérdidas, de manera que **al no haberse demostrado la existencia de ingresos generados por la agencia que opera en el exterior, se dejó asentado que no es posible por ello que sean gastos necesarios para producir la renta**”

El TTA fue de la misma lógica³⁶⁷ pero es difícil apreciar por qué es necesario tener renta para poder deducir gastos que cumplan con los requisitos del artículo 31 de la LIR, siendo que no puede desprenderse este requisito de la ley. Además, el artículo 31 de la LIR, como requisito para deducir gastos, señala expresamente que estos deben haber sido pagados o adeudados durante el ejercicio comercial correspondiente, sin hacer ninguna referencia a que los ingresos deban generarse en el mismo año de producidos los gastos. En consecuencia, mi parecer es que el fallo de la Corte Suprema estaría validando la tesis del juez del fondo de que es requisito la obtención de ingresos para que los gastos sean necesarios para la producción de la renta.

Este punto es muy cuestionable, no solo porque son requisitos no establecidos en la ley tributaria, sino que porque el mismo SII dictó oficios³⁶⁸ en los cuales señaló expresamente que lo importante de los gastos es que tengan la potencialidad de producir renta, no necesariamente producirla. Como el contribuyente se acogió a la interpretación del SII en esos oficios es que consideró violado el artículo 26 del CT, como asimismo el principio de certeza jurídica. Mi parecer es que el único punto a favor de la sentencia del TTA es que el artículo 31 N° 1 sostenía³⁶⁹ expresamente que:

³⁶⁷ Expresamente en el considerando vigésimo, pero entre líneas en el resto del fallo.

³⁶⁸ Oficio N° 5077 de 1978, Oficio N° 3424 de 2006.

³⁶⁹ La Ley N° 20.780 introdujo un inciso segundo al 31 N° 1 de la LIR que permitió deducir los intereses por inversiones en capitales mobiliarios que cumplieren los requisitos generales de deducción, aún cuando no generaran renta.

“No se aceptará la deducción de intereses y reajustes pagados o adeudados, respecto de créditos o préstamos empleados directa o indirectamente en la adquisición, mantención y/o explotación de bienes que no produzcan rentas gravadas en esta categoría”

Mi opinión es que el único modo de dar sentido a esta disposición legal es entender que se está refiriendo a la potencialidad de producir rentas y que, en caso de producirse, se graven con impuesto de primera categoría y no con otro impuesto. La razón es que es lógico que si existe un beneficio respecto a la reducción de la base imponible del impuesto de primera categoría, sea un requisito que si se producen rentas, estas tributen el mismo impuesto³⁷⁰. Por tanto, si se producen rentas gracias a los créditos solicitados por el contribuyente pero estas rentas no tributasen primera categoría, los intereses no podrían deducirse conforme al art. 31 LIR. No solo es una interpretación acorde al espíritu de la legislación tributaria, sino que también respeta la lógica del SII en los oficios donde se refiere a la potencialidad de generación de rentas. Una interpretación distinta implicaría que el único modo de deducir gastos es que los mismos hayan producido ingresos en el mismo año tributario, lo que es un requisito simplemente no contemplado en la ley tributaria y que contraría la lógica, porque una empresa que no logró generar ingresos en el año en que incurrió en desembolsos, ¿no tuvo gastos tributarios? No es factible concluir que porque no generó ingresos susceptibles de tributación entonces no tuvo gastos necesarios para producirla, caso contrario, la deducción de gastos sólo podría aprovecharse por los empresarios y gente de negocios más hábiles que lograsen retornos durante el mismo año tributario. Es más, la ley tributaria estaría generando un desincentivo brutal a la inversión a largo plazo, la cual se caracteriza precisamente por tender a unos primeros años de déficit para pasar posteriormente a épocas de alto retorno.

Con todo, me parece que quizás el punto más llamativo es que la Corte Suprema validó un criterio de los tribunales inferiores consistente en analizar los casos tributarios desde una perspectiva de fondo, llevando adelante análisis económicos por sobre un análisis jurídico más enfocado en la forma, desconociendo que el hecho imponible en la legislación nacional

³⁷⁰ Una suerte de: “se disminuirá la tributación de primera categoría si se producen estos gastos, pero si los gastos generan rentas, tributarán primera categoría”.

es un concepto jurídico y no económico. Entonces, se trata de un caso en que la Corte Suprema se arrogó competencias propias del Congreso³⁷¹ y “legisló” mediante su jurisprudencia para establecer, como norma general, el cambio de enfoque en los análisis de elusión tributaria. Independiente de la posición que uno tenga al respecto sobre si la elusión debe analizarse desde un punto de vista del fenómeno económico que ocurrió o desde un punto de vista jurídico y formal, estaremos de acuerdo en que es el Poder Legislativo, a través de la ley tributaria, el encargado de otorgar las herramientas jurídicas para la interpretación de los fenómenos tributarios – como la elusión – y las respectivas consecuencias o falta de ellas, y no un simple cambio de criterio del Poder Judicial. Cabe sostener que este cambio de criterio se ha sostenido en el tiempo, como pasará a exponerse a continuación.

5.3.- Caso Flota Hualpén (1 de septiembre de 2014, primera instancia; 12 de agosto de 2015 Corte de Apelaciones de Concepción, 10 noviembre de 2016 Corte Suprema)

Este es un caso que falló el Tribunal Tributario y Aduanero de la Región del Biobío que reúne la característica de ser posterior al fallo de Coca Cola Embonor, razón por la cual hemos de asumir ha sido influenciado por el mismo.

5.3.1.- Hechos del caso.

Los hechos del caso los señalaremos brevemente: Flota Hualpén Limitada (en adelante, también, “Flota Hualpén” o “el contribuyente”) es una sociedad cuyo giro es el arrendamiento y explotación a título oneroso de todo tipo de vehículos motorizados. En base al artículo 8 letra g) de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, el contribuyente entendía que su giro estaba gravado con IVA (arrendamiento de vehículos), razón por la cual recargaba el impuesto en todas las facturas que emitía. En consecuencia, solicitó la devolución de impuesto por remanente de crédito fiscal que se encuentra en el artículo 27 bis de la Ley de IVA, sin embargo, la misma le fue denegada invocando el artículo 13 N° 3 de la misma ley,

³⁷¹ Avilés, Víctor Manuel. “Comentario a la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema en el caso denominado “Embonor”, por reclamo presentado por dicha empresa en contra de una actuación del Servicio de Impuestos Internos”. Sentencias destacadas 2013. Página 101.

la cual libera del impuesto a las empresas de movilización respecto a los ingresos que provengan del transporte de pasajeros.

5.3.2.- Argumentos del contribuyente.

El contribuyente sostuvo que la invocación del artículo 13 N° 3 del DL 825 exigía como requisito que el contribuyente pudiese ser calificado jurídicamente como una empresa de transportes; que el artículo 166 del Código de Comercio requería que la empresa tuviese como giro principal el transporte de personas o mercaderías; que no bastaba que una empresa ejecutase uno o más contratos de transporte para poder invocar el artículo 13 N° 3 y; que los oficios del SII³⁷² sostenían que la regla de exención del artículo 13 N° 3 sólo podía aplicarse a empresas de transporte o movilización colectiva, cuyo giro era distinto al del contribuyente.

Finalizó el contribuyente sus argumentos señalando que existían dos empresas más, “Empresa de Buses Hualpén Limitada” (en adelante, también, “Empresa de Buses”) la que arrendaba sus buses y sí desarrollaba la actividad comercial de transporte de pasajeros, por tanto, no estaba afectada a IVA. La otra empresa era “Logística Hualpén Limitada” (en adelante, también, “Logística Hualpén”), la cual celebraba un contrato con Buses Hualpén para que con su personal se prestara el servicio de transporte de pasajeros.

Entonces el contribuyente sostuvo:

- 1.- Flota Hualpén: Arrendador en contrato de arrendamiento de buses con Buses Hualpén.
- 2.- Buses Hualpén: Arrendatario en contrato de arrendamiento de buses con Flota Hualpén. Con los buses arrendados es que transporta pasajeros.
- 3.- Logística Hualpén: Facilita personal administrativo (choferes, etc) para que Buses Hualpén transporte pasajeros.

5.3.3.- Contra argumentación del SII

³⁷² Oficio N° 68 de 1975, Oficio N° 3589 de 1983, Oficio N° 4407 de 1987, Oficio N° 2152 de 1993, Oficio N° 1530 de 1996 y Oficio N° 4050 del 2000.

El SII señaló que de los contratos facilitados por Flota Hualpén, hay cláusulas que expresamente señalan que el contribuyente ejercerá una actividad de transporte de pasajeros. Asevera también que Flota Hualpén, Buses Hualpén y Logística Hualpén son empresas relacionadas con los mismos dueños donde la separación de funciones no es tal en la práctica, puesto que los mismos contratos señalan que Logística Hualpén no solo se obliga a proporcionar personal, también se obliga a contar con una determinada dotación de vehículos. Además, la escritura de constitución del contribuyente señala dentro de su objeto social el transporte privado de pasajeros y Flota Hualpén habría solicitado sus permisos pertinentes al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, como toda empresa de transporte. El SII finaliza su argumentación sosteniendo que el contribuyente presta los mismos servicios a CMPC Celulosa S.A. (en adelante, también, “CMPC”) pero que antes se hacía mediante un contrato exento de IVA (pues hacía referencia expresa al transporte de pasajeros) y dichos contratos se cambiaron por otros dos en los cuales era referencia se omite, lo que en opinión del contribuyente implicaría que se trata de contratos exentos de IVA. El SII entiende que el servicio prestado es siempre el mismo, con una modificación en los contratos, razón por la cual independiente de qué sea lo firmado, Flota Hualpén es una sociedad cuyo interés está en prestar un servicio de transporte de pasajeros.

5.3.4.- Análisis de la sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero del Biobío.

El TTA comenzó su análisis aseverando³⁷³:

“(…) para dirimir el asunto controvertido, se debe razonar sobre cuál es la actividad que efectivamente ejerce la reclamante, esto es, si se trata de un arrendamiento de bienes muebles, caso en el cual se trataría de una actividad gravada con IVA y, por tanto, tendría derecho a la devolución solicitada, o si se trata de transporte de pasajeros, actividad exenta de IVA según el artículo 13 N° 3 del DL 825. Para ello, es menester analizar entonces **cuál es la actividad económica desarrollada en los hechos por la reclamante**, pues de ello depende, si concurren las circunstancias previstas por el legislador para que se configure el hecho gravado (…)”

³⁷³ Considerando N° 16.

Es patente, en opinión de este investigador, la influencia del caso Coca Cola Embonor en el presente caso, puesto que el sentenciador comenzó anunciando que su análisis se efectuaría respecto a la “actividad económica desarrollada en los hechos”, lo cual tiene la misma lógica que decir “independiente de los contratos celebrados (forma jurídica), determinaremos la realidad de los hechos (fenómeno económico). Es, por tanto, una extensión de la lógica de Coca Cola Embonor puesto que se procedió a efectuar un análisis que adrede dejó a los actos jurídicos celebrados en un segundo plano, privilegiando una revisión económica de la realidad.

Sostuvo también el sentenciador que no es objeto de duda que primeramente el contrato entre Buses Hualpén y CMPC estaba exento de IVA por tratarse de transporte de pasajeros. Posteriormente, se cambió la modalidad contractual pero el servicio prestado fue exactamente el mismo, sin alterar la prestación del servicio. Al respecto, aseveró el TTA:

“Pero la circunstancia de cambiar el nombre de un contrato no hace en nada cambiar lo que en los hechos las partes ejecutaban y/o ejecutan, ni tampoco, se puede pretender que se configure un hecho gravado distinto al que realmente se configura; tanto de la voluntad de las partes como de la ejecución práctica que se ha hecho de los contratos, es claro que se ha configurado el hecho gravado transporte de pasajeros, y no otro (...) Es así como, resulta evidente que si bien las partes no fueron las mismas (originalmente se contrató con “Empresa de Buses Hualpén” y luego con la reclamante, por una parte, y con “Logística Hualpén” por otra) **lo cierto es que el contrato, la prestación de servicios, su objeto, siempre fue el mismo: transporte de pasajeros**”

Por tanto, el énfasis del sentenciador estuvo en que el servicio prestado era exactamente el mismo, con la diferencia de quiénes eran las partes que contrataban. En estas circunstancias, era complejo para Flota Hualpén sostener que no era una empresa de transporte si en los contratos firmados con CMPC, tanto ellos como Logística Hualpén se comprometían a transportar trabajadores de CMPC. Finalmente, el tribunal de primera instancia sostuvo:

“(…) ³⁷⁴ lo que se le reprocha a la reclamante no es una conducta elusiva o de planificación – cuestión que efectivamente nuestro derecho no sanciona – sino que se le reprocha, sencillamente, ejercer en la práctica la actividad de transporte de pasajeros, actividad exenta de IVA, y pretender tener derecho a una devolución que sólo corresponde a quienes sean contribuyentes de impuesto al valor agregado.

(…) ³⁷⁵ Y no por el hecho de que los choferes de los buses utilizados para la prestación del servicio no sean directamente dependientes del reclamante, la prestación va a mutar en una distinta; sigue siendo transporte de pasajeros, con choferes contratados por una empresa distinta, lo que en absolutamente nada puede alterar la naturaleza de la prestación. Lo que para el reclamante es “una forma de contratación” no es más que llamar a un contrato por un nombre distinto al que naturalmente le pertenece, pero infinitas veces ha dicho la doctrina, **las cosas son lo que son y no lo que decimos que son**”

Consecuentemente, el sentenciador falló en contra del contribuyente – con costas incluidas – y basándose en un análisis más económico que jurídico, pero que interpretó la realidad del modo más apegado a los hechos posible.

5.3.5.- Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción

El fallo de la Corte de Apelaciones fue revocar la sentencia de primera instancia del TTA, pero con el voto en contra de la Ministra Esquerré ³⁷⁶.

El voto de mayoría tuvo el siguiente razonamiento:

³⁷⁴ Considerando N° 19.

³⁷⁵ Considerando N° 20.

³⁷⁶ La Ministra Sra. Esquerré sostuvo que se advertía claramente que el servicio prestado por el contribuyente era de transporte de pasajeros, el cual no tributaba IVA; que empresarialmente el mismo contribuyente reconoció que las distintas empresas operaban como una unidad económica y que la liberación del pago de IVA no era renunciable por el contribuyente.

- 1.- Los actos jurídicos del contribuyente son contratos válidamente celebrados que no han sido desestimados judicialmente.
- 2.- Las ventajas tributarias obtenidas responden a las formas jurídicas que el contribuyente optó por utilizar para organizarse.
- 3.- El procedimiento general de reclamaciones faculta al juez para analizar la legalidad de los actos de la administración, pero no para analizar la eficiencia o eficacia de los actos del contribuyente.
- 4.- El SII no probó que la contabilidad del contribuyente no era fidedigna, razón por la cual, conforme al artículo 21 del CT, no puede prescindir de los contratos válidamente celebrados.
- 5.- Finalmente, el juez tributario no tiene facultades de recalificación de contratos, sino que solo después de entrada en vigencia la NGA. Como aquello aún no ocurría (estamos en una sentencia que revisó actos anteriores a 2015, año de entrada en vigencia de la NGA).

Producto de que la Corte no entró a analizar el fondo de la controversia, vale decir, si efectivamente la contribuyente está sujeta al pago de IVA, tiene remanente de crédito fiscal y, en consecuencia, puede solicitar una devolución del mismo, es que el SII recurrió de casación contra esta sentencia, alegando que la omisión de este análisis tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

5.3.6.- Fallo de la Corte Suprema de Justicia.

Es importante mencionar que el fallo de nuestro máximo tribunal revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, en base a los siguientes argumentos:

- 1.- El objeto de la controversia es uno: determinar si el contribuyente tiene derecho a devolución de remanente de crédito fiscal, acorde al artículo 27 bis de la Ley de IVA. “La labor jurisdiccional entonces, a la luz de esa disposición, consiste en verificar si

los hechos asentados en el proceso satisfacen sus exigencias a efectos de aplicarla al caso concreto³⁷⁷”.

- 2.- Para tener derecho a la devolución referida, el Servicio de Impuestos Internos procederá a verificar y certificar la correcta constitución de este crédito. Necesariamente, entonces, el SII está facultado para evaluar los negocios jurídicos que son el fundamento de la petición de devolución, donde esta revisión no puede estar limitada a la sola corrección del cálculo del crédito fiscal, sino que también a la adecuada determinación de las operaciones productoras del crédito³⁷⁸.
- 3.- El tribunal, entonces, “debe analizar la concurrencia de las exigencias previstas por la ley para que el contribuyente pueda acceder a la devolución³⁷⁹”.
- 4.- La sentencia de la Corte de Apelaciones no analizó la naturaleza de las operaciones efectuadas, sino que se limitó a referirse a la legalidad de la planificación. Un análisis de este tipo está dando por descontado que se cumplieron los requisitos de que el contribuyente debe pagar IVA y que tiene remanente de crédito fiscal, lo que justamente era el objeto controvertido.
- 5.- Debido a que la Corte de Apelaciones no hizo este análisis específico y que, en consecuencia, dio por asumido que el contribuyente tenía derecho a la devolución, es que su error influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En consecuencia, procede acoger la casación.

Se dictó con el voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller, quien sostuvo que el análisis del voto de mayoría implicaba revisar los hechos del caso, lo cual sólo podía efectuarse ante transgresión de las normas reguladoras de la prueba, o sea, transgresión del *onus probandi*, admisión de medios de prueba excluidos por la ley, desconocer los que ella autoriza o cambiar el valor probatorio de las probanzas establecidas por ley. Estas situaciones, en su opinión, no concurrirían en el caso de autos porque “la pretensión de la recurrente, esto es, la denegación de la devolución pedida por la contribuyente, pasaba necesariamente por la

³⁷⁷ Considerando Cuarto de la sentencia de casación, del 10 de noviembre de 2016.

³⁷⁸ Considerando Quinto de la sentencia de casación, del 10 de noviembre de 2016.

³⁷⁹ Op. Cit.

alteración de los presupuestos fácticos de la litis, en cuanto a establecer que se trata de una empresa que presta servicios de transporte” razón por la cual debía desestimarse el recurso.

5.3.7.- Conclusión

Mi opinión es que la influencia de Coca Cola Embonor es patente en el tipo de análisis que el TTA y la Corte Suprema llevaron a cabo, sin embargo, creo que también se pueden hacer conexiones con el caso Bahía que quizás ayudan a explicar por qué la diferencia de sentencia en ambos casos. Como una similitud podemos decir que en ambos casos hay un mismo grupo económico detrás de los contratos firmados, donde el motivo para suscribirlos radicaba en separar a los prestadores del servicio (en el presente caso, para decir que Flota Hualpén era contribuyente de IVA y así tener derecho a la devolución del art. 27 bis; en el caso de Inmobiliaria Bahía S.A., para sostener que la contribuyente no debía tributar IVA).

Pero hay diferencias también, como el hecho de que la defensa en el caso de la inmobiliaria pareció ser más “limpia”, vale decir, las sociedades involucradas no solo tenían giros distintos, sino que los contratos celebrados eran sumamente claros en separar las funciones de ambas sociedades: la inmobiliaria arrienda el inmueble, mientras que la otra sociedad arrienda los muebles de la misma. Esta separación clara no se aprecia en el presente caso, puesto que, si bien varios contratos hacen referencia a que las funciones de las sociedades eran separadas, hay varias cláusulas que consideraban al contribuyente como un transportador de pasajeros. El contribuyente cumplió con los trámites y permisos que exigía el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, pero ¿por qué haría eso? El giro del contribuyente era el arrendamiento de vehículos, nunca el transporte de pasajeros, entonces quien debía cumplir con los trámites era Buses Hualpén y Logística Hualpén, pero Flota Hualpén también lo hizo. Además, en el primer contrato entre Buses Hualpén y CMPC, se dispuso expresamente que se trataba de un contrato de transporte de pasajeros donde luego lo que se hizo fue, básicamente, cambiar las partes (ahora sería CMPC con Flota Hualpén y Logística Hualpén) pero manteniendo la prestación, razón por la cual parece complejo sostener que Flota Hualpén era totalmente ajena al transporte de pasajeros. De hecho, ese contrato es una prueba de que parte de los ingresos de Flota Hualpén eran por transporte de pasajeros, lo que implicaba que en la devolución de remanente de crédito fiscal tuvo que hacerse el cálculo de la proporcionalidad, lo que el contribuyente no hizo.

En consecuencia, no es clara la separación de Flota Hualpén de las actividades de transporte de pasajeros, pero no solo por un análisis de la realidad de los hechos, sino que tampoco es prístina esta separación si solo se evalúan elementos jurídicos, como los contratos o incluso el acta de constitución de Flota Hualpén. Creo que esta falta de separación clara es uno de los elementos fundamentales por los cuales el TTA falló en contra del contribuyente, porque la realidad de los hechos sugería que el contribuyente estaba involucrado en el transporte de pasajeros y los contratos no fueron inequívocos en sostener lo contrario. Además, la otra diferencia importante fue que el caso Bahía tuvo la suerte de que el caso Coca Cola Embonor se falló después, de manera que el análisis de fondo empleado en dicho fallo no influyó el análisis formal utilizado en Bahía.

En lo personal, creo que se trata de un fallo correcto por parte del TTA no porque analizara el fenómeno económico realizado en los hechos y procediera a recalificar los contratos (cuestión que creo es bastante discutible, previo a la entrada en vigencia de la NGA) sino que **porque los elementos jurídicos no fueron suficientes para acreditar que el contribuyente no tenía ninguna relación con el transporte de pasajeros y que ello era el giro de las otras empresas relacionadas.** El análisis de la realidad sugería que Flota Hualpén, entre otros, ejercía el transporte de pasajeros, razón por la cual los elementos jurídicos (contratos de prestación de servicios y constitución de sociedad) debían ser incuestionables en dar la razón al contribuyente (como fue el caso Bahía), pero no ocurrió en el caso, por lo cual a mi parecer se aplicó correctamente el adagio “las cosas son lo que son y no lo que decimos que son”.

Finalmente, me llama la atención un punto del fallo de la Corte Suprema, que es en definitiva el que sentó jurisprudencia al respecto, y es que sostuvo que el análisis de la Corte de Apelaciones asumió que el contribuyente tenía derecho a la devolución de remanente fiscal, pero mi impresión es que **aquello solo influiría sustancialmente en lo dispositivo del fallo si es que el contribuyente no tenía derecho a esta devolución,** y nuestro máximo tribunal no explicó por qué el contribuyente sí tenía derecho a ella, solo sostuvo que la Corte de Apelaciones tuvo que entrar a cuestionar la naturaleza de los contratos que se le presentaron y no limitarse a un análisis formal. En específico, la Corte Suprema sostuvo:

*“(no analizar la procedencia de la devolución de remanente de crédito fiscal fue un³⁸⁰) yerro que tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de la resolución, desde que motivó acoger el reclamo y ordenar la restitución pedida, a pesar de la **ausencia de una de las condiciones legales para proceder de esa forma**”*

En mi concepto, la Corte Suprema conectó la falta de análisis sobre un requisito de la devolución (“deber pagar IVA y tener remanente de crédito fiscal”, que sería el error de la Corte de Apelaciones) con el cumplimiento de dicho requisito. La tendencia después de Coca Cola Embonor ha sido cuestionar la naturaleza de los contratos que se le presentan a los jueces, razón por la cual era esperable que la Corte de Apelaciones se preguntara si efectivamente la sociedad era contribuyente de IVA y tenía remanente de crédito fiscal, pero la omisión de este análisis solo influiría sustancialmente en lo dispositivo del fallo si la devolución no procediese, y nuestro máximo tribunal no argumentó claramente por qué sí procedería dicha devolución.

5.4.- Hermanos Muñoz (27 de julio de 2015)

Estos son tres casos³⁸¹ con los mismos hechos, fallados en la misma fecha (27 de julio de 2015) con el mismo pronunciamiento por parte del tribunal, donde de hecho, los considerandos referidos a la elusión son textualmente los mismos en los tres casos. Consecuentemente, el análisis de la cuestión jurídica que ofreceremos será válido para todos los casos.

5.4.1.- Hechos del caso

Sucintamente, los hechos del caso son los siguientes:

- a) Doña Laura Muñoz Aramayona (en adelante “la reclamante”) era socia de la sociedad “Muñoz Hermanos Limitada”.

³⁸⁰ Nota de este tesista.

³⁸¹ Rol N° 17.586 – 2014 (María Paulina Gajardo Muñoz); Rol N° 22.382 – 2014 (Laura Muñoz Aramayona); Rol N° 25.915 – 2014 (Pablo Andrés Gajardo Muñoz). Todos estos fallos son de la Corte Suprema de Justicia.

- b) El 8 de agosto de 2008, la sociedad Muñoz Hermanos Limitada se dividió en “Mayorista Muñoz Hermanos S.A.” y en “Minorista Muñoz Hermanos S.A.”, adjudicándose la reclamante 180 acciones de la sociedad mayorista y 180 acciones de la sociedad minorista.
- c) Con fecha 21 de agosto, la reclamante contabilizó una apertura de cuenta y un capital inicial de \$2 millones. Una semana después, registró las acciones en su contabilidad.
- d) El 3 de septiembre de 2008, la reclamante presentó al SII un aviso de Inicio de Actividades desde el 21 de agosto previo, declarando como giro “rentista de capitales mobiliarios” y “compraventa de acciones” y señalando además su capital inicial de \$2 millones. Además, solicitó acogerse al régimen tributario simplificado del antiguo artículo 14 bis de la LIR.
- e) El SII, mediante el Oficio N° 684 de 5 de septiembre de 2008, constató el cumplimiento de requisitos formales para acogerse a dicho régimen simplificado.
- f) El 26 de septiembre de 2008, la reclamante vendió sus acciones en la sociedad por el monto de \$8 mil millones.

5.4.2.- Argumentos de las partes

El argumento de fondo es que como la reclamante sostenía que estaba dentro del régimen de tributación simplificada, su tributación debía acogerse a esos parámetros. El SII sostuvo que la reclamante no cumplía los requisitos para acogerse al art. 14 bis y que cuando hizo la solicitud de acogerse, omitió información importante con el objeto de subrepticamente ingresar a dicho régimen. Los requisitos para acogerse al antiguo 14 bis eran estar obligados a declarar renta efectiva según contabilidad completa por las rentas del art. 20 de la LIR; que sus ingresos anuales no excedieran 3.000 UTM³⁸² en los últimos tres ejercicios; al Iniciar Actividades, determinar un capital inicial igual o inferior a 200 UTM³⁸³ del mes en que

³⁸² La UTM a septiembre de 2008 era de \$36.581, de manera que 3.000 UTM equivalían a \$109.743.000.

³⁸³ 200 UTM equivalían a \$7.316.200.

ingresen. De esto modo, lo primero fue revisar si la reclamante estaba obligada a declarar renta efectiva según contabilidad completa.

Para estar obligados a declarar renta efectiva según contabilidad completa hay que determinar, en primer lugar, si el giro de la reclamante (rentista de capitales mobiliarios y compraventa de acciones) se incorpora al artículo 20 N° 2 o 3 de la LIR, puesto que sólo el N° 3 impone el deber de llevar esta contabilidad. El artículo 20 N° 2 dispone que deberá pagarse un impuesto de primera categoría respecto a las rentas de capitales mobiliarios consistentes en intereses u otros productos derivados del dominio, posesión o tenencia a título de precario de cualquiera clase de capitales mobiliarios, de manera que pareciera ser claro que las rentas de la reclamante se ajustan al art- 20 N° 2 y, en consecuencia, no tendría que declarar renta efectiva según contabilidad completa. El art. 20 N° 3 dispone que deberá pagarse un impuesto de primera categoría respecto a las rentas que provengan, entre otros, del comercio, por lo que el contribuyente argumentó que la compraventa de acciones era un acto de comercio acorde al art. 3 N° 1 del Código de Comercio. Sin embargo, para que este argumento proceda, la reclamante debía demostrar el desarrollo de una actividad comercial, lo cual el Tribunal consideró que no pudo demostrarse debido a que la única compraventa de acciones llevada a cabo era insuficiente para determinar que la reclamante, de modo habitual, llevaba a cabo actos de comercio.

El segundo punto a determinar fue si las acciones se debían incorporar como parte del capital inicial declarado (de modo que sobrepasaría el mínimo de 200 UTM) o no. La argumentación del SII convenció al Tribunal, en el sentido de que el inicio de actividades no quedaba determinado por la voluntad de la reclamante, sino que era una obligación tributaria accesoria y que su inicio dependía de efectuarse cualquier acto u operación que constituya elemento necesario para la determinación de los impuestos periódicos que afecten a la actividad que se desarrollará. En consecuencia, el primer acto que era elemento necesario al momento de determinar la tributación de la reclamante fue la adjudicación de acciones provenientes de la división, ya que éste fue el capital que era necesario para el desarrollo del giro y no los \$2 millones declarados en el formulario de inicio de actividades. De este modo, al considerar las 360 acciones dentro del capital inicial de la reclamante, se sobrepasa absolutamente el límite legal de 200 UTM de manera que no se cumplían los requisitos para ingresar al régimen de tributación simplificada.

5.4.3.- Considerandos sobre la elusión tributaria

Finalizó la sentencia haciendo una referencia importante a la elusión tributaria, siendo llamativo que estos considerandos fueron idénticos, letra por letra, en las tres sentencias de la familia Muñoz. Dichos considerandos fueron, a saber:

“OCTAVO: Que la doctrina tributaria ha discutido en extenso sobre la elusión fiscal, sin que se haya llegado a un consenso respecto a su licitud o ilicitud. (...)

En esa línea de razonamiento, es posible distinguir la elusión tributaria de la planificación; esta última ha sido definida como “la facultad de elegir entre varias alternativas lícitas de organización de los negocios o actividades económicas del contribuyente, o incluso de renunciar a la realización de negocios o actividades, todo con el fin de obtener un ahorro tributario” (Elusión, planificación y evasión tributaria, Rodrigo Ugalde y Jaime García, Legal Publishing, 4º edición, pág.65). **La elusión**, de contrario, no consiste en la elección lícita dentro de determinadas opciones que el propio legislador tributario entrega, sino que en el comportamiento del obligado tributario consistente en **evitar el presupuesto de cualquier obligación tributaria, o en disminuir la carga tributaria a través de un medio jurídicamente anómalo, sin violar directamente el mandato de la regla jurídica pero sí los valores o principios del sistema tributario.**

En este estado de cosas, resulta que la elusión tributaria, **sin consistir necesariamente en un ilícito**, evita el impuesto que, por la vía usual del desarrollo de la actividad, le habría correspondido, objetivo para el que utiliza formas jurídicas inusuales o anómalas.

NOVENO: **Que, en el caso de estos antecedentes, eso es lo que ha ocurrido.** En efecto, no resulta cuestionable, en una primera aproximación, que la contribuyente haya iniciado actividades en el giro de compraventa de acciones, ni que haya declarado un capital inicial de dos millones de pesos en la cuenta caja. Sin embargo, tales actuaciones sí resultan cuestionables a la luz de las operaciones que luego efectuaría, y que dan cuenta de negocios por los que, dado

su elevado monto, habría pagado impuesto de primera categoría e impuesto global complementario, ahorrando una importante cantidad de dinero en impuestos. **De esta manera, las actividades, en principio lícitas, tuvieron un fin ilícito**, cual es el dotar a la operación de venta de acciones de un contexto que impidiese su normal tributación, generando una merma en las arcas fiscales que, en este caso, dadas las apariencias que se usaron para encubrir la actividad, no resulta admisible”

Es claro, por tanto, que la Corte Suprema falló a favor del Fisco en los tres casos de la familia Muñoz.

5.4.4.- Conclusión.

Los casos de la familia Muñoz parecen ser una demostración más de que la Corte Suprema definitivamente modificó su modo de abordar la temática de la elusión tributaria, debido a que en este caso el contribuyente pareciera haber cumplido con las formalidades necesarias para incorporarse al sistema de tributación simplificada, obteniendo incluso un oficio por parte del SII que disponía que había cumplido estos requisitos. Sin embargo, es necesario detenerse un poco en el cumplimiento de los requisitos porque creo que involucran un análisis más bien forma y otro de fondo, al mismo tiempo. En lo relativo al primer requisito, de que no tendría obligación de tributar renta efectiva conforme a contabilidad completa, la reclamante arguyó que sí lo cumplía porque la compraventa mercantil de acciones implica un acto de comercio, en consecuencia, dicen relación con rentas derivadas del comercio (art. 20 N° 3 LIR). Pero el contribuyente no logró acreditar que efectivamente sus rentas provenían de una actividad mercantil (y que, en consecuencia, tenía habitualidad) porque sólo había llevado a cabo una actividad de este tipo. Aparte, las rentas provenientes de capitales mobiliarios se encontraban específicamente señaladas en el artículo 20 N° 2 de la LIR, razón por la cual, la Corte Suprema consideró como no acreditado que las rentas del contribuyente proviniesen del comercio, en consecuencia, el problema fue exclusivamente de prueba.

Pero respecto al segundo requisito (si se consideran las acciones adjudicadas como parte del capital inicial), el análisis fue mucho más de fondo que formal, de hecho, la reclamante había cumplido con los plazos del inicio de actividades y los \$2 millones contabilizados eran una

cifra que existía. El asunto era que, si uno analizaba el fenómeno económico, podía darse cuenta que dicho capital inicial era más bien simbólico, puesto que la compraventa de acciones y rentar de capitales mobiliarios implicaba una inversión bastante mayor, sobremanera si un mes después la reclamante vende sus acciones en \$8 mil millones. No puede desatenderse el hecho de que lo vendido fueron las acciones, y que dicha venta implicaba un importante pago de impuestos, razón por la cual, la adjudicación de dichas acciones constituyó el primer acto en donde la reclamante realmente “inició sus actividades” y no dos semanas después cuando aportó \$2 millones y los contabilizó. Pero, para llegar a esta conclusión, había que atender al fenómeno económico que estaba detrás y no considerar que las formas utilizadas por la reclamante eran concluyentes. En consecuencia, en un mismo fallo, la Corte Suprema abordó un cumplimiento de requisitos desde un punto de vista formal (“si dice que su renta proviene del comercio, acredítelo”) y desde un punto de vista más de fondo (“si bien el formulario de inicio de actividades está correctamente completado y dentro de los plazos que la ley establece, hay razones económicas para pensar que el capital inicial declarado no se ajusta al capital inicial real”).

Lo que me interesa destacar es que, aún en el caso en que el contribuyente hubiese dado cumplimiento al examen formal del máximo tribunal y acreditase que sus rentas provenían del comercio, igual el contribuyente hubiese perdido porque, en el examen de fondo, el tribunal fue claro en sostener que su actuar era un cumplimiento aparente de la ley pero tenía un fin ilícito, el cual era evitar una obligación tributaria que había nacido correctamente. Debido a que es patente que los tribunales nacionales han girado su análisis más al fondo de la cuestión controvertida en desmedro del cumplimiento formal de los actos que la conforman, es que no pasaría desapercibido que la contribuyente, con una “inversión” de \$2 millones, obtuviese una ganancia de \$8 mil millones en un mes.

CONCLUSIONES

Al comienzo de esta investigación, la pregunta que la motivó fue relativa a determinar si la NGA que se introdujo a la legislación nacional sería una buena herramienta para hacer frente a la elusión, basándose en la experiencia internacional al respecto, específicamente, en la jurisprudencia de Estados Unidos, Reino Unido y España. Dicha revisión nos permitió lograr un mejor entendimiento del escenario mundial antielusivo, puesto que las jurisdicciones revisadas tienen notable importancia a nivel global.

Estados Unidos, por su tradición de Common Law, ha hecho frente a la elusión a través de su jurisprudencia, donde sólo recientemente se introdujo una GAAR, la cual se limitó a escriturizar principios ya establecidos por la jurisprudencia de sus más altos tribunales, siendo particularmente llamativo que la última cláusula llamase a seguir interpretando los estatutos tributarios tal cual se venía haciendo hasta ahora, lo que sugeriría que Estados Unidos parece estar conforme con cómo ha afrontado la elusión. Del mismo modo, pudimos apreciar que la tendencia de los tribunales estadounidenses es a resolver los asuntos tributarios preguntándose por su business purpose y, en consecuencia, analizando el fenómeno económico que realmente está ocurriendo. ¿Cuándo las transacciones cumplirán con un business purpose? Cuando su motivación principal sea distinta al ahorro tributario, lo que por supuesto, será materia de prueba.

Reino Unido, también acorde a su tradición de Common Law, ha confiado en la jurisprudencia como medio para pronunciarse respecto a la elusión tributaria. Luego de establecido el principio Ramsay en 1981, su aplicación no ha logrado generar consenso total, pero sí pareciera haber un acuerdo en que los tribunales británicos están autorizados para desatender las formas jurídicas elegidas por los contribuyentes y analizar la operación llevada a cabo en su conjunto, como una unidad, si de los efectos económicos que se producen y las circunstancias que rodean las transacciones, pareciera que las mismas fueron pensadas para operar encadenadas, una después de otra y, en definitiva, como una sola gran operación. A diferencia de Estados Unidos, la motivación de ahorro tributario no es un elemento central en el análisis de las operaciones del contribuyente, pero sí un aspecto que sirve para determinar si están frente a varias transacciones pequeñas o una sola gran operación. Ante este escenario, los tribunales británicos pueden recalificar los contratos celebrados por el contribuyente y hacerlo tributar conforme al acto jurídico que realmente

se celebró. Por último, también tardíamente, Reino Unido incorporó una GAAR a su legislación, la cual fue utilizada en 2017 por el GAAR Advisory Panel, una instancia administrativa, que resolvió que la planificación sometida a análisis no configuraría un curso normal de acción, decisión que debería ser tomada en cuenta por los tribunales si el contribuyente hubiese decidido seguir el camino judicial. Cabe señalar que la planificación sometida a revisión por el panel era muy poco sofisticada y ningún tribunal tributario la hubiese aceptado, por lo que me pareció una estrategia procesal de la HMRC haber requerido la utilización de la GAAR para dicho caso, debido a que el triunfo estaba garantizado y podría aumentar los efectos disuasivos de la GAAR, que en el fondo es eso, una luz roja, una alerta, un “no pise el césped”.

En España, por su tradición de Derecho Civil Continental, se optó por establecer una NGA vía ley, en primer lugar en 1962 y luego en 2003, las cuales han sido muy criticadas por una redacción errática y por exigir probanzas de aspectos subjetivos para la Administración, razón por la cual es un procedimiento poco utilizado y, en consecuencia, poco útil para hacer frente a la elusión, dado que ante tribunales se prefiere argumentar basándose en la realidad de los hechos, que es un principio establecido en el Código Civil, por sobre recurrir a la actual “norma de conflicto” establecida en el artículo 15 de la Ley General Tributaria Española. Posterior al caso “Chocolates Hueso” (2008) fue patente que la tendencia sería a analizar qué es lo que estaba ocurriendo en la realidad de los hechos, para de ahí, determinar la norma tributaria aplicable al caso. La intención de disminuir el ahorro tributario y transacciones llevadas a cabo en tiempo récord fueron siempre factor para que los tribunales determinasen que, en la realidad de los hechos, lo que tenían enfrente era una planificación tributaria agresiva que pretendía lograr un ahorro impositivo, por lo que la tendencia fue a fallar contra el contribuyente.

Podemos darnos cuenta de la existencia de un patrón y es que, en las tres jurisdicciones revisadas, determinar “la realidad de los hechos” fue el objetivo central. Estados Unidos hace este análisis mediante la exigencia de un business purpose; Reino Unido exige el cumplimiento de los requisitos de Ramsay tal cual los enunció Lord Wilberforce; España exige el cumplimiento del Código Civil y la Constitución Española en torno al principio de legalidad para determinar un ánimo principal de ahorro impositivo, en cuyo caso, no procedería el beneficio tributario.

¿Cómo opera la situación en Chile? No hay certeza, porque la NGA incorporada a nuestra legislación nunca ha sido utilizada, y es improbable que dicha situación cambie mucho. Se han analizado precedentemente los problemas tanto de forma como de fondo de la NGA nacional, y son variados: problemas de principio de legalidad, certeza jurídica, redacción poco fina, problemas probatorios y el hecho de que, por principio de especialidad, cualquier norma especial antielusiva deberá aplicarse con preferencia sobre la NGA, lo cual limita tremendamente la aplicación de la cláusula general. Además, contempla una sanción al asesor tributario tanto o más criticada que la misma NGA, como se expuso en el capítulo respectivo. Cabe considerar que, actualmente, hay un Proyecto de Modernización Tributaria en el Congreso el cual pretende modificar nuestro sistema tributario en variados aspectos, entre ellos, la NGA. Dicho proyecto de ley introduce modificaciones a la NGA que mejorarán la certeza jurídica otorgada a los contribuyentes pero dificultarán su aplicación por cuestiones probatorias – de hecho estos problemas se agravan, dado que probar que los actos fueron “notoriamente artificiosos³⁸⁴” reviste una dificultad mayor para el SII que probar que los únicos efectos “relevantes” fueron los tributarios – y porque el SII tiene todo el incentivo a seguir cuestionando las planificaciones del contribuyente desde el gasto y no porque su comportamiento fue elusivo. Sin embargo, el proyecto de ley pretende incorporar un elemento muy importante al respecto, y es que el SII sólo podría cuestionar las formas jurídicas elegidas por el contribuyente a través del procedimiento de declaración de elusión – razón por la cual se introdujo la prueba de comportamientos notoriamente artificiosos, en mi opinión – de modo que, si no utiliza este procedimiento, el SII deberá respetar las formas elegidas por el contribuyente. Este es un punto tremendamente favorable al contribuyente, analizado desde la certeza jurídica, pero introduce una barrera probatoria – quizás demasiado – exigente al SII, por lo que en mi opinión, de aprobarse esta parte de la reforma tal cual está redactada actualmente, abre las puertas a planificaciones tributarias agresivas por parte del contribuyente.

Por tanto, respondiendo la pregunta inicial planteada en esta tesis, ¿la NGA que se incorporó a nuestra legislación será un arma eficiente contra la elusión? Mi impresión es que no, debido a que tiene serios problemas de fondo y forma, principalmente probatorios, razón por la cual ni el SII (entidad competente para dar inicio al juicio de declaración de elusión) ha querido

³⁸⁴ Redacción utilizada por la Norma de Conflicto española del artículo 15 LGT de 2003, criticada precisamente por la dificultad probatoria que establece y siendo la principal razón del por qué dicho artículo prácticamente no se invoca.

invocarla. Pero, con los cambios que se pretenden incorporar a la NGA través del Proyecto de Modernización Tributaria, ¿podría transformarse nuestra NGA en un arma efectiva contra la elusión? Mi opinión vuelve a ser que no, porque los problemas probatorios parecieran haberse agravado y el SII no querrá estar enfrentando constantemente la carga de acreditar que los actos del contribuyente fueron “notoriamente artificiosos” en un juicio previo al juicio mismo de reclamación tributaria. El único punto que podría hacer que se intente utilizar la NGA nacional por parte del SII es la exigencia del proyecto de que, si no se utiliza el procedimiento de declaración de elusión, el SII deberá respetar las formas escogidas por el contribuyente. Mi impresión es que, así y todo, el SII optará por no aplicar la NGA y argumentar en el juicio tributario que los actos del contribuyente tienen la sola pretensión de reducir su carga tributaria (sin hacer mención a la NGA) y que el juez de fondo tiene la facultad de recalificar los contratos del contribuyente, de manera que reflejen los hechos imponderables que realmente se cumplieron y, en consecuencia, se tribute correctamente.

Probablemente haya que esperar hasta una fecha cercana a 2023³⁸⁵ para verificar el impacto real de la NGA en Chile, pero este tesista se aventura en sostener que dicho impacto, de existir, será mínimo a nivel de jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia.

³⁸⁵ <http://www.pulso.cl/opinion/evolucion-de-la-jurisprudencia-en-materia-de-elusion/>

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri Rodríguez, Arturo. *“Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General”*, actualizado por Antonio Vodanovic H. Santiago, 1991

Avilés, Víctor Manuel. *“Comentario a la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema en el caso denominado “Embonor”, por reclamo presentado por dicha empresa en contra de una actuación del Servicio de Impuestos Internos”*. Sentencias destacadas 2013.

Boetsch Gillet, Cristián. *“La Norma General Anti Elusión: Análisis desde la perspectiva del derecho privado”*. Editorial Ediciones UC, primera edición agosto de 2016.

Delgado Pacheco, Abelardo. *“Las Normas Generales Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria Española y Europea”*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, abril 2017.

Donaldson, J. Bruce. *“When substance-over-form argument is available to the taxpayer”*. Marquette Law Review, Issue 1, Volume 48, Article 4, año 1964.

Dumay Peña, Alejandro. *“El Delito Tributario”*, Ediciones Samver, Santiago, año 1969.

Ferreiro Lapatza, José Juan. *“Economía de Opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal”*. Revista Técnica Tributaria N° 52, año 2001.

Flesch, Michael. *“Purpose or Intendment: Spot the Difference”*. Año 2005.

GAAR Study. A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system. Año 2013.

García Novoa, César. *“La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT”*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2004.

Giuliani Fonrouge, Carlos María. *Derecho Financiero*. Editorial Buenos Aires. 9ª Edición, año 2011.

Graetz, Michael J. *“100 Million Unnecessary Returns. A Simple, Fair, and Competitive Tax Plan for the United States”*. Integrated Publishing Solutions, Michigan. Año 2008.

Grewal, Amandeep. *Economic Substance and the Supreme Court*. Tax Analysts, Special Report. 2007.

Her Majesty Revenue & Customs General Anti Abuse Rule (GAAR) guidance. 2013.

Historia de la Ley 20.780. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje Presidencial del 1 de abril de 2014, Sesión N° 7, Legislatura 362. Mensaje N° 24 – 362.

Jorrat, Michel. *La tributación directa en Chile: Equidad y Desafíos*. División de Desarrollo Económico, CEPAL GTZ. Santiago de Chile, septiembre de 2009.

Lampreave, Patricia. “*An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union*”. Bulletin of International Taxation, Amsterdam, Volume 66, año 2012.

Madison, Allen. “*The tension between textualism and substance-over-form doctrines in Tax Law*”. Santa Clara Law Review, Volume 43, año 2003.

Matus Fuentes, Marcelo. “*La elusión tributaria y su sanción en la Ley N° 20.780. Hacia un concepto de negocio jurídico elusivo*”. Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 1, 2017.

OECD: Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

Otaduy - A. Viana - J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2012.

Palao Taboada, Carlos. “*La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*”. Editorial Lex Nova, año 2009

Palm, Ulrich. “*A comparative look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*”. Edited by Karen B. Brown. Ius Gentium. Comparative Perspectives on Law and Justice, Volume 12.

Prebble, John. *The US GAAR*. Tax Prof Blog. Año 2010

Prescott, Loren. “*Cottage Savings Association v. Commissioner: Refining the concept of ‘Realization’*”. Fordham Law Review. Volume 60, Issue 3, Article 2. Año 1991.

Revista del Colegio de Abogados, N° 38. Noviembre de 2006.

Ruiz Almendral, Violeta. “*Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?*”. International Tax Review, Volume 33, Issue 12. Año 2010.

Ruiz Almendral, Violeta; Seitz, Georg. “*El fraude a la ley tributaria: Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana*”. Estudios Financieros Núm. 257-258. Año 2004.

Scalia, Antonin. “*Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*”. The Tanner Lectures on Human Values, Princeton University, año 1995.

Seguel Malagueño, Luis. “*Estudio Preliminar: El Hecho Imponible*”. Estudio que se puede encontrar en el libro “Norma Antielusiva General” de don Gonzalo Vergara Quezada, Editorial Libromar, año 2016.

Servicio de Impuestos Internos de Chile, Circular N° 65 del 23 de julio de 2015.

Servicio de Impuestos Internos. “*Estimación de la evasión en el Impuesto a la Renta de las Empresas. Serie 2003 – 2009*”. Año 2009.

Servicio de Impuestos Internos, Subdirección de Gestión Estratégica y Estudios Tributarios. “*Serie de Evasión de IVA 2003 – 2015*”. Año 2015.

Tarsitano, Alberto. “*La cláusula antiabuso en el derecho tributario argentino. ¿El fin de la elusión?*”. Revista de Derecho Fiscal. Marzo/Abril 2007.

Tipke, Klaus. “*Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*”. Editorial Marcel Pons, Madrid, año 2002.

Ugalde Prieto, Rodrigo. “*La Elusión Tributaria: El Abuso de las Formas Jurídicas y la Simulación*”. Editorial Jurídica de Chile, año 2018.

Ugalde, Rodrigo y García, Jaime. “*Elusión, Planificación y Evasión Tributaria*”. Legal Publishing, Cuarta Edición Actualizada. Año 2010.

VanderWolk, Jefferson. “*United Kingdom: The House of Lords and Tax Avoidance – Scottish Provident and BMBF*”. Bulletin, April 2005.

Vergara Quezada, Gonzalo. “*Norma Antielusiva General. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias*”. Editorial Libromar. 2016.

Way, Patrick. “*The Ramsay Principle: Where are we now?*”. GITC Review. Volume III N° 2, 2004.

Yáñez Henríquez, José. “*Evasión Tributaria: Atentado a la Equidad*”. Centro de Estudios Tributarios. Investigación académica. Revista de Estudios Tributarios, N° 13, año 2015.

Páginas Web:

<https://www.forbes.com/sites/mikeozanian/2018/06/12/the-worlds-most-valuable-soccer-teams-2018/#72d194cc45c8>

<http://monevator.com/tax-avoidance-versus-tax-evasion/>

<https://www.pwc.com/cl/es/publicaciones/assets/2017/Estudio-Resultados-de-juicios-tributarios-a-nivel-Corte-Suprema.pdf>

<https://www.taxjournal.com/articles/do-we-still-need-gaar-24082016>

<https://www.taxjournal.com/articles/gaar-panel-s-first-ruling-reasonable-decision-07092017>

