

SII CON FORESTAL AURORA SPA, COMENTARIO RESPECTO LA PRIMERA SENTENCIA SOBRE ELUSIÓN DICTADA EN CHILE

IRS V. FORESTAL AURORA SPA, COMMENTARY ABOUT THE FIRST JUDICIAL DECISION ABOUT TAX AVOIDANCE IN CHILE

Marcela Silva Parada* y Javier Cortés Vivanco**

RESUMEN: Comentario sobre la primera sentencia que se pronuncia sobre la acción de elusión del Servicio de Impuestos Internos, refiriéndose a algunos aspectos de ella, a saber, los requisitos aplicables a una institución financiera extranjera; la aplicación de normas especiales para evitar la elusión y el concepto de razonable opción, el concepto de artificiosidad y la subjetividad en la aplicación de la norma antielusiva general.

Palabras clave: elusión, instituciones financieras extranjeras, impuesto adicional, reglas especiales antielusivas.

ABSTRACT: Commentary on the first ruling issued on the Internal Revenue Service's avoidance action, referring to some aspects of it, namely, the requirements applicable to a foreign financial institution; the application of special rules to avoid avoidance and the concept of reasonable option, the concept of artificiality and subjectivity in the application of the general anti-avoidance rule.

Keywords: *tax avoidance*, foreign financial institution, withholding tax, special ant avoidance rules.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo comenta la primera sentencia dictada en Chile por un Tribunal Tributario y Aduanero, en este caso, de la Región de Ñuble y la Región de Biobío, de fecha 19 de marzo de 2024, que aplica la norma general antielusión, denegando la tasa de 4%

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez. LL.M. in International Taxation, Universidad de Florida. Profesora en la Universidad Adolfo Ibáñez. Socia del Estudio Allende Bascuñán. Correo electrónico msilva@abcia.cl.

** Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister Gestión Tributaria Universidad Adolfo Ibáñez. LL.M London School of Economics. Profesor en la Universidad Adolfo Ibáñez. Socio Cortés Tax & Legal. Correo electrónico jcortes@cortestaxlegal.com. Recibido el 15 de abril de 2024, aceptado el 6 de julio de 2024.

aplicable a los pagos de intereses a una institución financiera extranjera. Hacemos presente que el SII solicitó aplicar la norma general antielusión por abuso de las formas jurídicas definido en el artículo 4 ter del Código Tributario, sin embargo, el fallo en su argumentación, se refiere indistintamente al abuso y a la simulación, lo que genere cierta confusión.

Para efectos de facilitar el análisis y comentarios, en primer lugar, se explicarán los supuestos fácticos del caso analizado y resuelto por el tribunal tributario, posteriormente, se expondrán las normas legales y administrativas aplicables y, finalmente, se analizará y comentarán los argumentos de fondo esgrimidos por el fallo en relación con la normativa que rige en Chile.

En este artículo analizaremos los siguientes aspectos de la sentencia, a saber: (1) requisitos aplicables a una institución financiera extranjera; (2) aplicación de normas especiales para evitar la elusión; (3) el concepto de razonable opción; (4) el concepto de artificiosidad y (5) la subjetividad en la aplicación de la norma general antielusión.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA

Como adelantamos, primero nos referiremos a los hechos concretos descritos en la sentencia del tribunal tributario:

En primer lugar, la sociedad chilena Forestal Aurora SpA (Forestal Aurora) fue constituida el 24 de marzo de 2016 siendo su único accionista New Growth Chile LLC (NG USA) sociedad constituida en el Estado de Delaware, Estados Unidos.

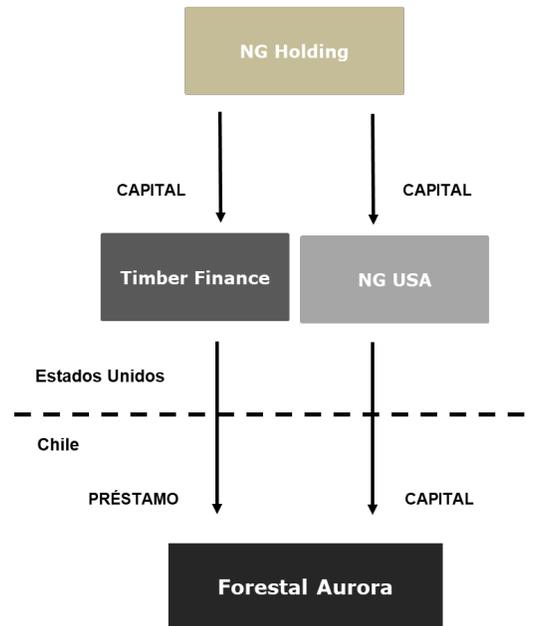
NG USA, a su vez, es una sociedad controlada por New Growth LLC, sociedad también constituida en el Estado de Delaware, Estados Unidos (NG Holding).

NG Holding constituyó, con fecha 10 de agosto de 2016, la sociedad International Timber Finance (Timber Finance) cuyo objeto, según lo dispuesto en la sentencia, es otorgar préstamos a entidades relacionadas.

El fallo señala que el día 1 de septiembre de 2016, esto es, casi 6 meses después de su constitución, Forestal Aurora fue objeto de un aumento de capital, por la cantidad de CLP 32.190.899.954 monto totalmente suscrito y pagado por su único accionista, NG USA. Con esa misma fecha, Forestal Aurora recibió un préstamo de Timber Finance por la cantidad de CLP 49.535.614.756.

El préstamo estipulaba un plazo de pago de 16 años (fecha de vencimiento o pago de la última cuota fijado para el 1 de septiembre de 2032), un interés de 6,5% anual y señalaba que el período de devengo de intereses sería trimestral.

Para facilitar la comprensión de los supuestos de hecho, abajo se muestra un diagrama de la estructura de financiamiento mediante aporte de capital y otorgamiento de un préstamo a Forestal Aurora.



3. NORMATIVA APLICABLE

Ahora pasaremos a explicar con mayor detalle la normativa aplicable a los hechos previamente descritos, partiendo con la historia de la implementación de las reglas involucradas, las que permiten demostrar la intención del Congreso nacional.

3.1. Historia de la tasa de 4% aplicable a intereses pagados por créditos otorgados desde el exterior

A continuación, analizaremos los requisitos establecidos en la legislación y normativa chilena para que una entidad extranjera pueda calificar como una institución financiera extranjera.

En relación con ello y, considerando el año en que la sociedad Forestal Aurora contrajo el crédito con Timber Finance, se analizarán tanto aquellos requisitos previos a la reforma tributaria del año 2020, contenida en la Ley N° 21.210, como aquellos posteriores a ésta, sin perjuicio que la normativa aplicable para el caso analizado es aquella anterior a la modificación legal.

Es importante, en este punto, remontarnos a la reforma tributaria de 1964, cuyo proyecto buscaba aplicar la tasa general a todos los intereses, pero mediante una indicación parlamentaria se incorporó una exención respecto de los intereses¹ “a favor de instituciones

¹ PÉREZ CALDERÓN, PARGA GACITÚA y PÉREZ CALDERÓN (1966) pp. 247-248.

bancarias extranjeras o internacionales o de instituciones públicas financieras extranjeras, por créditos otorgados directamente por ellas, como también los intereses de los debentures o pagarés emitidos en moneda extranjera por empresas constituidas en Chile, cuando la emisión correspondiente haya sido destinada a mejorar las condiciones de producción o capitalización de la sociedad emisora”².

Tras eso, se agregó una norma de control que disponía que “estas exenciones se aplicarán solamente si la tasa de interés guarda una adecuada relación con la que habitualmente se cobra por operaciones de la misma naturaleza y en las mismas plazas”³.

La aprobación de estas reglas no fue fácil, debido a que algunos parlamentarios acusaban al ejecutivo de haber fomentado el endeudamiento de las empresas locales en el extranjero, lo que obedecía a las restricciones crediticias internas, por lo que algunos congresistas exigían que se gravaran a las instituciones financieras extranjeras según las reglas generales⁴.

Para entender estas reglas y comprender si lo discutido en la causa comentada iba en contra de la intención del Congreso, es fundamental revisar la evidencia dejada por el establecimiento de estas normas. Así, un parlamentario de oposición al gobierno de esa época expresamente dijo que, con lo que proponía el Ejecutivo, todas “las operaciones de las empresas filiales de empresas extranjeras establecidas en Chile, entre otras, la Compañía Chilena de Electricidad, que transfieren utilidades a su empresa matriz, no directamente, sino que a través de intereses (...) quedarán libres del impuesto adicional. Esos ingresos no van a quedar gravados con el impuesto adicional”⁵.

Al respecto, la destacada tributarista Milka Casanegra⁶, que representaba al Ejecutivo, respondió que “estas excepciones se aplicarán solamente si la tasa de interés guarda una adecuada relación con la que habitualmente se cobra por operaciones de la misma naturaleza y en las mismas plazas. En el proyecto de la Cámara solamente se decía que es aplicable esta norma sobre exención a los intereses a favor de instituciones bancarias siempre que la tasa sea la corriente.”⁷.

Es decir, el Ejecutivo propuso al Congreso la posibilidad de mantener la exención para financiamientos indirectos, los que fueron aceptados en la medida que las tasas fueran de mercado. En consecuencia, esta regla surgida del proceso democrático mediante el cual se crean las leyes tuvo un resultado que debe ser respetado.

La exención anterior se mantuvo hasta 1987 cuando la Ley N° 18.682 la sustituyó por la tasa del 4% y agregó la exigencia de que las respectivas instituciones financieras internacionales estén “autorizadas expresamente por el Banco Central de Chile”.

El año 2001, la exigencia de que las instituciones financieras fueran autorizadas por el Banco Central fue expresamente derogada por la Ley N° 19.768, lo que llevó al SII a

² Ley N° 15.564, artículo 61.

³ Ídem.

⁴ PÉREZ CALDERÓN, PARGA GACITÚA y PÉREZ CALDERÓN (1966) p. 249.

⁵ PÉREZ CALDERÓN, PARGA GACITÚA y PÉREZ CALDERÓN (1966) p. 254.

⁶ ZALDÍVAR LARRAÍN (2021) pp. 9-14.

⁷ Ídem.

establecer abiertamente los requisitos para calificar como una institución financiera, lo que se plasmó en la Circular No. 27 de 2008, lo que resultará de suma relevancia para el análisis que se realizará en este artículo.

Decimos que es fundamental tener en cuenta la evidencia dejada en el Congreso respecto de esta modificación, porque no es posible sostener que se va en contra del espíritu de la ley cuando es evidente que la materia fue analizada por éste, apreciándose de este modo el elemento teleológico de la norma, aspectos que en el derecho comparado se considera esencial al momento de aplicar la norma general antielusión.

Entonces, lo primero que debemos notar es que, tal como se dijo respecto de la reforma del año 2001, “la reforma legal está en la línea en que el Ministerio de Hacienda y el Banco Central han avanzado en los últimos meses, con el objeto de eliminar restricciones al flujo de capitales, de manera que, desde el punto de vista financiero, se integre el país con el resto del mundo”⁸. Es decir, no se trataba de una alteración causal, sino que ella era parte del propósito general de la ley.

En segundo lugar, la modificación a la regla de la autorización fue el fruto de una indicación del Ejecutivo⁹ que, como se dijo, suprimió el requisito de autorización por parte del Banco Central para acceder a la tasa reducida de impuesto a los intereses de 4%¹⁰.

En tercer lugar, esta eliminación del requisito de autorización por parte del Banco Central para acceder a la tasa de impuesto reducida de 4% es un “artículo retirado en el proyecto de evasión por problemas de quórum”¹¹. En consecuencia, es posible señalar que estamos ante una regla que fue objeto de una evaluación y votación dentro de un proyecto de ley que, precisamente, se refería a la evasión de impuestos, por lo que sostener que su modificación fue accidental no corresponde a la realidad de los hechos.

Finalmente, según la historia de la Ley No. 19.768 se da cuenta que se elimina el requisito de autorización por parte del Banco Central para acceder a la tasa del 4%, con lo que se armoniza una situación práctica que existía en ese momento, ya que el Banco Central no estaba dando estas autorizaciones y, por tanto, existía la duda de si debían entenderse todas autorizadas o todas rechazadas”¹². Por ello, si bien se pasó de un extremo al otro, la decisión política de no restringir estos financiamientos corresponde a una decisión del Congreso, cuya función es la de crear las leyes, por lo que tratar de alterar lo decidido por éste, recurriendo a una regla que, como lo ha señalado el propio Ejecutivo, busca que se respete “la letra y espíritu”¹³, no parece conformarse con los estándares propios de una democracia representativa.

⁸ Historia de la Ley N° 19.768 p. 53.

⁹ Historia de la Ley N° 19.768 p. 132.

¹⁰ Historia de la Ley N° 19.768 p. 119.

¹¹ Historia de la Ley N° 19.768 p. 195.

¹² Historia de la Ley N° 19.768 p. 197.

¹³ Ministerio de Hacienda (2024) p. 7.

3.2.1. Concepto de institución financiera extranjera antes de la Ley N° 21.210

Antes de la Ley N° 21.210 de 2020, el concepto de institución financiera extranjera no se encontraba definido en la Ley sobre Impuesto a la Renta, sino que se contenía en la Circular No. 27 de 2008 del Servicio de Impuestos Internos (SII). De acuerdo con dicha circular, una institución financiera extranjera debía cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

- a) Debía tratarse de una entidad constituida en el extranjero;
- b) Su objeto debía ser el de otorgar préstamos o financiamiento; y
- c) Debía tener un capital pagado y reservas igual o superior a UF 200.000,

El último requisito es equivalente a la cuarta parte del mínimo que se exige para la constitución de los bancos extranjeros en Chile, por la Ley General de Bancos, DFL N° 3, de 1997.

3.2.2. Concepto de institución financiera extranjera incorporado por la Ley N° 21.210

La Ley N° 21.210 de 2020, junto con incorporar el concepto de institución financiera extranjera al artículo 59 inciso 4° número 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, estableció nuevos requisitos para calificar como tal.

De acuerdo con la nueva definición legal, una institución financiera extranjera debe cumplir actualmente con las siguientes condiciones copulativas:

- a) Tratarse de una entidad domiciliada, residente o constituida en el extranjero;
- b) Su objeto principal debe ser el otorgamiento de créditos, financiamiento u otras operaciones con esos fines, siempre que sus ingresos provengan mayoritariamente de su objeto principal;
- c) Sus operaciones de financiamiento deben ser realizadas en forma periódica, y;
- d) Su capital pagado y reservas debe ser igual o superior a la mitad del mínimo que se exija para la constitución de los bancos extranjeros que a esta fecha asciende a 400.000 unidades de fomento.

Al respecto, de acuerdo con la Circular SII N° 56, de 2020, los requisitos que se incorporaron por la Ley N° 21.210 persiguen que “la institución financiera extranjera o internacional cuente con la capacidad para desarrollar su objeto principal, lo que contempla, sujeto a las circunstancias de cada caso, que la realización de operaciones de financiamiento no sean de baja periodicidad ni correspondan a operaciones extraordinarias, que cuente con los activos necesarios, según la organización y circunstancias de cada entidad, para llevar a cabo sus operaciones de financiamiento y, en especial, que asuma el riesgo financiero propio de este tipo de operaciones”.

A continuación, se explican cada uno de los requisitos señalados con mayor detalle:

- a) Debe tratarse de una entidad domiciliada, residente o constituida en el extranjero.

Este requisito consiste, básicamente, en que la entidad que otorga el préstamo se haya constituido o sea residente en un país distinto de Chile, por lo que no requiere mayor análisis.

- b) Su objeto principal debe ser el otorgamiento de créditos, financiamiento u otras operaciones con esos fines, siempre que sus ingresos provengan mayoritariamente de su objeto principal.

Para estos efectos entendemos que el objeto principal de la entidad debe ser, precisamente, el de financiamiento y otorgamiento de préstamos lo cual debiese estar establecido en los estatutos de la entidad. Por otro lado, que sus ingresos provengan principalmente de su objeto principal debiese verse reflejado en los Estados Financieros de la misma, es decir, su giro efectivo debe corresponder al financiamiento¹⁴.

En consecuencia, entendemos que aun cuando el objeto principal de la entidad, de acuerdo con sus estatutos, sea el financiamiento, pero en la práctica sus ingresos sean obtenidos de otras actividades, por ejemplo, dividendos de inversiones en otras sociedades, no se cumpliría con este requisito.

- c) Sus operaciones de financiamiento deben ser realizadas en forma periódica.

A este respecto, la Circular SII N° 56, de 2020, señala que el “cumplimiento del requisito de periodicidad del otorgamiento de operaciones de financiamiento podrá darse por cumplido en función de las operaciones de financiamiento que se hayan otorgado en un período de 24 meses, en dónde la institución financiera extranjera o internacional podrá dar cuenta de su cartera de créditos efectivamente otorgados, así como de sus esfuerzos efectivos de colocación de créditos, tanto en Chile como en el extranjero. Así, por ejemplo, una institución financiera extranjera o internacional que otorgue o mantenga créditos exclusivamente con un deudor, y no acredite otros esfuerzos efectivos de colocación de créditos, no cumplirá con el requisito de periodicidad exigido por esta norma”.

- d) Su capital debe ser igual o superior a la mitad del mínimo que se exija para la constitución de los bancos extranjeros que a esta fecha asciende a 400.000 unidades de fomento.

Este requisito consiste en que la institución financiera extranjera acredite un capital pagado y reservas mínimo equivalente a UF 400.000. Es importante tener presente que la unidad de fomento es un índice que permite reajustar las obligaciones conforme a la inflación, es decir, es una unidad de cuenta y no una moneda y, por otro lado, el capital de las sociedades extranjeras se expresará en la moneda del país en que sea residente u otra moneda que estime conveniente (comúnmente el dólar de los Estados Unidos de América o el euro), por lo que, al convertir dicho monto a pesos chilenos y luego a unidades de fomento, puede fluctuar el monto del capital mínimo.

En consecuencia, es posible apreciar que antes de la entrada en vigor de la Ley N° 21.210, que incorporó un nuevo concepto de institución financiera a la ley, era posible afirmar que los requisitos para calificar como tal eran considerablemente más laxos que aquellos existentes actualmente.

Por lo dicho más arriba, nuestro juicio, los requisitos laxos no son una casualidad, sino que ellos se explican porque, al momento de dictarse la norma que primero estableció una

¹⁴ SILVA PARADA y CORTÉS VIVANCO (2021) pp. 90-113.

exención y luego, una tasa preferente aplicable a los pagos de intereses a una entidad financiera del exterior (fuese relacionada o no con el deudor chileno), según se explicó con la historia de esta norma y sus modificaciones, se buscaba atraer capitales e inversión extranjera a Chile, razón por la cual los requisitos establecidos por la autoridad tributaria para calificar como institución financiera no eran particularmente difíciles de cumplir.

Por otro lado, es importante en este punto citar la opinión del Panel de la Norma Antielusiva General del Reino Unido, que en un caso similar planteó que “la cuestión es si la omisión contenida en la legislación relativa a grupos y empresas del grupo es algo a lo que debería aplicarse la norma general antielusión. ¿O es tan obvio que se debería considerar que el Parlamento ha permitido préstamos grupales? No cubrir los préstamos grupales parece un asunto importante y obvio y no nos parece que la norma general antielusión pueda usarse para cubrir tal brecha”¹⁵.

Dicho lo anterior aplicado al caso comentado, ¿es tan obvio el requisito de excluir los préstamos de entidades financieras relacionadas que debió ser considerado por cualquier operador del derecho medianamente competente al crear la regla? Como se explicó anteriormente, con esta norma se buscaba atraer inversión extranjera a Chile, por lo que debe entenderse que el beneficio establecido en el artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta también alcanzaba a los préstamos entre relacionadas.

Ahora bien, con el paso del tiempo y con el objeto de conformarse con los estándares internacionales, según se explicará, se incorporaron a la legislación chilena nuevas normas antielusivas especiales, como la de precios de transferencia (en el año 2012), una norma más exigente sobre exceso de endeudamiento (en el año 2016) y, posteriormente, se establecieron requisitos más estrictos para calificar como institución financiera extranjera (en el año 2020), de manera de limitar la tasa preferente del 4% aplicable al pago de intereses.

Todos los cambios antes mencionados buscan que efectivamente se beneficien de la tasa del 4% instituciones financieras que cumplan requisitos más estrictos y que tengan un giro efectivo de financiamiento de forma permanente en el tiempo. Es decir, actualmente se establecieron reglas especiales para la aplicación de la tasa reducida del 4% porque se consideró necesario regular de forma más estricta el acceso a dicho beneficio.

3.2.3. Nuevo requisito sobre no tener un acuerdo estructurado

Junto con las modificaciones al concepto de institución financiera, la Ley N° 21.210, señaló que, para beneficiarse con la tasa preferencial, el crédito no debía ser otorgado mediante cualquier tipo de acuerdo estructurado (también conocido como “back to back”) de forma tal que la institución bancaria o financiera extranjera o internacional que reciba los intereses no asuma los riesgos propios de una operación de financiamiento y transfiera los intereses que reciba a otra persona o entidad que sea domiciliada o residente en el extranjero que no tendría derecho a la tasa reducida si hubiera recibido directamente los intereses del deudor.

La Circular SII N° 56, de 2020, sostiene que no constituyen acuerdos estructurados de esta naturaleza aquellos en lo que una institución bancaria o financiera extranjera o

¹⁵ Panel de la Norma General Antielusiva del Reino Unido, 26 de abril de 2022.

internacional celebra con terceros, que no tienen relación con el deudor del crédito y que forman parte de las operaciones que comúnmente celebran dichas instituciones bancarias o financieras, con el objeto de obtener cobertura de los riesgos que incurren en el otorgamiento de sus financiamientos internacionales. Por el contrario, sí se consideran acuerdos estructurados, aquellos que contemplen cualquier tipo de obligación, sea legal o de hecho, de traspasar, directa o indirectamente, toda la renta o una parte importante de ella, que conlleve a que, en definitiva, la institución bancaria o financiera extranjera o internacional que reciba los intereses pierda la facultad de disponer de esa renta.

Cabe precisar que un acuerdo estructurado en los términos señalados en el párrafo anterior puede recaer sobre la totalidad o una parte de la operación de financiamiento que realice una institución bancaria o financiera extranjera o internacional con contribuyentes domiciliados o residentes en Chile.

Si bien la obligación de acreditar que no existe un acuerdo estructurado se incorporó por la Ley N° 21.210, entendemos que es un requisito que aplica a todos los créditos actualmente vigentes y a aquellos que se otorguen en el futuro, puesto que la norma no hace distinción entre aquellos otorgados con anterioridad a la referida ley y aquellos otorgados con posterioridad. En ese sentido, la Resolución N° 95 de 2021 del SII, dispone que las instituciones financieras extranjeras, formen o no parte del registro voluntario a que se hace referencia más adelante, deberán entregar al pagador de los intereses una declaración en la que deje constancia que las operaciones de crédito suscritas no corresponden a un “acuerdo estructurado”, debiendo utilizar el formato que se acompaña como Anexo N° 1 de la referida resolución. La declaración debe entregarse al momento de suscripción del crédito y en cada oportunidad en que dichos créditos hayan sido novados, cedidos, o se modifique el monto del crédito o la tasa de interés. La Resolución N° 95 de 2021, dispone que la omisión de esta declaración tendrá como consecuencia la improcedencia de la tasa del 4%¹⁶.

3.2.4. Artículo transitorio de la Ley N° 21.210

De acuerdo con el artículo 35 transitorio de la Ley N° 21.210, las modificaciones realizadas en la letra (b) del número 1 del inciso cuarto del artículo 59 de la LIR, se aplicarán respecto “de los intereses que se paguen, abonen en cuenta o se pongan a disposición de contribuyentes no domiciliados ni residentes en el país, en virtud de créditos contraídos a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley, así como también de aquellos contraídos con anterioridad a esa fecha, cuando con posterioridad a la misma, hayan sido novadas, cedidas, o se modifique el monto del crédito o la tasa de interés”.

Conforme a lo dispuesto en la Circular SII N° 56, de 2020, cabe hacer presente que, en virtud del artículo 35 transitorio de la Ley N° 21.210, esta modificación se aplicará respecto de los intereses que provengan de créditos contraídos a partir de la fecha de entrada en vigor de la referida ley, esto es, a contar del 1° de marzo de 2020.

¹⁶ SILVA PARADA y CORTÉS VIVANCO (2021) pp. 90-113.

Con todo, las modificaciones también se aplicarán a los créditos contraídos con anterioridad al 1° de marzo de 2020 siempre que, con posterioridad a dicha fecha, hayan sido novados, cedidos, o se modifique el monto del crédito o la tasa de interés.

Así lo han confirmado diversos pronunciamientos de la autoridad tributaria, tales como los que se señalan a continuación:

- a) El Oficio SII N° 1.587, de 2021, reconoce que las modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.210 “se aplican a los intereses que provengan de créditos contraídos a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 21.210; esto es, a contar del 1° de marzo de 2020. (...) En consecuencia, los créditos otorgados por instituciones financieras extranjeras o internacionales con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas a la letra b) del N° 1 del inciso cuarto del artículo 59 de la LIR, y siempre que los contratos mediante los cuales se otorgaron los créditos no hayan sido modificados, a contar del 1° de marzo de 2020, en los términos descritos por el artículo trigésimo quinto transitorio de la Ley N° 21.210, se rigen por las normas contenidas en el texto anterior de la letra b) del N° 1 del inciso cuarto del artículo 59 de la LIR, cuyas instrucciones se contienen en la Circular N° 27 de 2008 y la Resolución N° 59 del mismo año”. (El destacado es nuestro).
- b) El Oficio SII N° 1.604, de 2023, reitera en forma literal lo señalado en el oficio anterior.

4. REGISTRO VOLUNTARIO DE INSTITUCIONES FINANCIERAS EXTRANJERAS

La Resolución Ex. SII N° 59, de 2008, creó el registro voluntario de instituciones financieras extranjeras, para efectos de registrar a estas entidades, a objeto que el deudor chileno de los intereses tuviese certeza que la tasa a aplicar es la tasa reducida de 4% de impuesto adicional.

Sin perjuicio de lo anterior, las instituciones financieras extranjeras que cumplan los requisitos para ser consideradas como tal, incluso cuando no estén inscritas en el registro voluntario tienen derecho a la tasa reducida del 4% de impuesto adicional. Sin embargo, en estos casos, el deudor, cuando sea fiscalizado, deberá acreditar a través de todos los medios legales disponibles, que el prestamista -acreedor- cumple con los requisitos para ser considerado una institución financiera extranjera.

En ese sentido, el resolutivo N° 13 de la Resolución Ex. SII N° 95, de 2021, (que derogó y reemplazó a la Resolución Ex. SII N° 59, de 2008), reconoce que los deudores de aquellas instituciones financieras extranjeras que no se encuentren inscritas en el registro voluntario, podrán acreditar dicha calidad presentando los antecedentes que den cuenta de esta situación, conforme a lo establecido en el artículo 21 del Código Tributario, quedando sometido a los procedimientos habituales de fiscalización del SII.

Una vez que la entidad es incluida en el registro voluntario, debe proporcionarse una actualización anual antes del 30 de junio de cada año para permanecer en la lista. El proceso

de recalificación implica la presentación de estados financieros auditados y confirmar que la información originalmente proporcionada permanece sin cambios, o bien, actualizar la información según corresponda.

En ese sentido, el resolutivo N° 7 de la Resolución Ex. SII N° 95, de 2021, señala expresamente que desde “la fecha de emisión de la resolución de incorporación en el Registro y mientras permanezcan en él, se entenderá que las instituciones inscritas cumplen con los requisitos para ser consideradas instituciones financieras extranjeras o internacionales para efectos de lo dispuesto en el artículo 59 inciso 4° número 1 letra b) de la LIR”.

Entendemos que, si bien el objeto de inscribirse en el registro voluntario que lleva el SII tiene por objeto proporcionar certeza al contribuyente respecto de la tasa de impuesto adicional a aplicar, una vez que una entidad queda inscrita, el SII de todas formas puede volver a revisar el cumplimiento de los requisitos para confirmar si la entidad sigue cumpliendo con éstos. En otras palabras, si en virtud de un proceso de fiscalización el SII detecta que un contribuyente ha dejado de cumplir con las condiciones para ser considerada una institución financiera extranjera, podría excluir a dicha entidad del referido registro.

5. NORMA GENERAL ANTIELUSIÓN Y RAZONABLE OPCIÓN

En este punto, es necesario señalar al menos dos problemas graves de la norma antielusiva general vigente, incorporada por la Ley N° 20.780 de 2014, que han sido destacados previamente por la doctrina. Ellos son: (a) la similitud entre las definiciones de abuso y el de razonable opción, que se distinguen por conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso de la *relevancia* de los efectos extratributarios y por la *razonabilidad* de la opción del contribuyente¹⁷. Es decir, la regla es casi indistinguible de la excepción; y (b) el carecer de parámetros previstos en la ley, lleva a que se utilicen elementos que no están previstos en ella lo cual también genera inconvenientes. Por un lado, permite que los elementos para la calificación sean seleccionados para justificar cualquier decisión, por ejemplo, en el caso se ignoró el elemento teleológico, es decir, se ignoró las finalidades de estas reglas expresadas en sus historias fidedignas. Por otro lado, todo esto impide una aplicación uniforme de esta regulación, afectando la necesaria igualdad ante la ley y creando una gran inseguridad jurídica donde la economía exige lo opuesto¹⁸.

Ahora, el artículo 4° bis inciso 4° del Código Tributario señala que 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”. En otras palabras, en dicho inciso se reconoce expresamente que las normas especiales para evitar la elusión excluyen la aplicación de la norma general antielusión.

La Circular SII N° 65, de 2015, agrega que no se aplicará la norma general antielusión cuando la situación específica de que se trate se encuentre regulada, entre otras, en las siguientes normas especiales para evitar la elusión:

- a) En las disposiciones sobre tasación del artículo 64 del Código Tributario;

¹⁷ SEGUEL MALAGUEÑO (2019) pp. 225-255 y VERGARA QUEZADA (2022b).

¹⁸ VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2019) pp. 166-205.

- b) En las normas sobre gastos rechazados del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta;
- c) En el artículo 17 N° 8 de la Ley sobre Impuesto a la Renta;
- d) En el artículo 41 E de la Ley sobre Impuesto a la Renta que contiene la norma sobre precios de transferencia, y
- e) En el artículo 41 F de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que contiene la norma sobre exceso de endeudamiento.

El principio de especialidad en el ámbito de aplicación de la norma general antielusión — mandato legal contenido en el inciso 4° del artículo 4° bis del Código Tributario— plasma a su vez un criterio general mucho más amplio conforme al cual la ley especial prefiere a la general, contenido en el artículo 13 del Código Civil referido a los efectos de la ley, norma que se incluye en el Título Preliminar de dicho código, el cual a su vez expresa el aforismo latino *lex specialis derogat legi generali*.

Tener claro lo anterior es gravitante, porque ello significa que, cuando un acto o negocio jurídico presente las características de elusivo según la apreciación del SII y al caso le sea aplicable una norma especial antielusión, el legislador le ha vedado la aplicación de la norma general antielusión y sus procedimientos asociados, debiendo ceñirse la actuación fiscalizadora estrictamente a la norma especial.

Por dicho motivo, una actuación contra ley jurídicamente es una actuación fuera de las competencias que la ley le ha atribuido al órgano fiscalizador, susceptible de nulidad de derecho público por contravenir el principio de juridicidad en el ámbito administrativo, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

6. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL TRIBUTARIO

Si bien la sentencia dictada por el tribunal tributario de la Región de Ñuble y Región del Biobío, puede ser analizada y comentada desde muchos puntos de vista, en el presente artículo solamente nos referiremos a cinco aspectos de la misma que nos parecen sumamente relevantes, a saber: (a) los requisitos que debía cumplir una institución financiera para ser considerada como tal, teniendo presente que el préstamo en cuestión fue otorgado el año 2016, esto es, antes de la dictación de la Ley N° 21.210; (b) la potencial aplicación de normas especiales para evitar la elusión con preferencia a la norma general antielusión; (c) el concepto de razonable opción; (d) el concepto de artificiosidad a que hace referencia el fallo; y (e) la subjetividad en la aplicación de la norma general antielusión.

6.1. Análisis respecto de los requisitos aplicables a las instituciones financieras que otorgaron préstamos antes de la entrada en vigor de la Ley N° 21.210

Un primer aspecto de la sentencia del tribunal tributario que analizaremos dice relación con el hecho de que el préstamo que da origen a la fiscalización del SII, fue otorgado por Timber Finance a Forestal Aurora en el año 2016, esto es, con anterioridad a las modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.210 al artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Esto significa que, a la fecha del préstamo, los requisitos para que una entidad extranjera calificara como institución financiera extranjera eran aquellos contenidos en la Circular SII N° 27 y Resolución Ex. SII N° 59, ambos del año 2008. Como hicimos presente en el acápite anterior, de la lectura de dichas normas, se desprende claramente que las condiciones exigidas para calificar como institución financiera extranjera, a la fecha del préstamo, eran menos exigentes que las actualmente vigentes y correspondían a aquellas que se detallan a continuación:

- a. Debía tratarse de una entidad constituida en el extranjero, lo que entendemos se cumple en este caso, puesto que Timber Finance es una entidad constituida en Estados Unidos;
- b. Su objeto debía ser el de otorgar préstamos o financiamiento, lo que entendemos también se cumple en este caso, puesto que Timber Finance tiene precisamente por objeto otorgar préstamos a entidades relacionadas; y
- c. Debía tener un capital pagado y reservas igual o superior a UF 200.000, esto es, equivalente a la cuarta parte del mínimo que se exige para la constitución de los bancos extranjeros en Chile, requisito que entendemos también se cumplía y que entendemos no fue objeto de controversia.

De acuerdo con el registro de instituciones financieras del SII¹⁹, Timber Finance cumplía con los requisitos señalados, los que habrían sido acreditados por el contribuyente, razón por la cual Timber Finance fue registrada exitosamente el año 2017, lo que consta en la Resolución Ex. SII N° 1511, de 2017. Dicho registro fue renovado exitosamente a lo largo del tiempo, siendo la última, aquella renovación del registro aprobada mediante Resolución Exenta SII N° 1585 de 2023, la que, según lo indicado en el registro voluntario, tiene vigencia hasta julio de 2024. A mayor abundamiento, el registro voluntario señala expresamente que Timber Finance “cumple con requisitos anteriores” en el sentido de precisar que esta entidad cumple con las exigencias aplicables antes de la Ley N° 21.210.

En este punto, es importante recalcar que, de acuerdo con el artículo 35 transitorio de la Ley N° 21.210, no es exigible a dicha entidad el cumplimiento de las nuevas condiciones incorporadas por dicha ley, las cuales sólo aplican a préstamos otorgados a partir del 1 de marzo de 2020.

En otras palabras, entendemos que el objetivo de la ley era aplicar el nuevo concepto de institución financiera extranjera a futuro y no de forma retroactiva, de forma tal que no correspondería al SII o a un tribunal exigir que Timber Finance cumpliera con más requisitos que aquellos establecidos en la normativa vigente a la fecha del préstamo. De lo contrario, se estaría omitiendo el elemento teleológico de la norma transitoria, la cual quedaría sin efecto en la práctica, lo que evidentemente no sería la voluntad del órgano legislativo, que incluyó expresamente esta disposición transitoria en la Ley N° 21.210. Por ello, en la práctica se usa una norma que busca imponer la intención del legislador para ir en contra del espíritu de la ley.

En relación con ello, dentro de los argumentos que esgrime el fallo del tribunal tributario, en el considerando octavo dispone que “la entidad financiera, hasta que no fue objeto de

¹⁹ SII (sin fecha).

fiscalización, no tuvo movimiento alguno”. Más adelante, en el considerando duodécimo, agrega que “esta entidad nunca realizó operaciones de crédito de dinero con otras empresas, sino hasta después que FA (Forestal Aurora) fuera objeto de una citación, y aún así fueron de entidad menor (...) y aún así, cuando lo hizo, en forma posterior, solamente lo hizo con relacionadas”.

Entendemos que dichos argumentos se refieren, por una parte, a que el nuevo artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta y la Circular SII N° 56, de 2020, los cuales disponen que “una institución financiera extranjera o internacional que otorgue o mantenga créditos exclusivamente con un deudor, y no acredite otros esfuerzos efectivos de colocación de créditos, no cumplirá con el requisito de periodicidad exigido por esta norma”.

El problema de lo anterior es que la exigencia de periodicidad fue incorporada recién a partir del año 2020. Por ello, por lo menos sin violar el espíritu y la letra de la ley, esos requisitos no pueden ser aplicables a los créditos otorgados con anterioridad a la modificación de la Ley N° 21.210, porque así lo dispuso expresamente el artículo transitorio analizado anteriormente.

En ese sentido, el SII al haber realizado un examen de forma y de fondo a Timber Finance, que resultó en su inclusión en el registro voluntario, de lo que se infiere que cumplía con los requisitos establecidos en la Circular SII N° 27, de 2008, y no habiendo sido modificado el préstamo con posterioridad, nos llevan a concluir que Timber Finance calificaba como una institución financiera extranjera.

Es importante en este punto hacer presente que, conforme a las instrucciones vigentes para esa época, al inscribirse el contribuyente en el mencionado registro, el SII tomaba conocimiento del detalle de los accionistas, de las participaciones, del capital, de los bancos con los que realizaba operaciones, de las plazas en las que efectuaba operaciones y de los saldos de los balances²⁰, todo lo cual será relevante para el análisis posterior, dando cuenta que el SII se aparta del principio de confianza legítima si ante los mismos antecedentes cambia de criterio.

Por ello, habiéndose aceptado la inclusión de Timber Finance en el registro voluntario del SII, por el hecho de cumplirse con los requisitos establecidos y publicados en la referida circular, registro que fue renovado en varias oportunidades, como se señaló precedentemente, no nos parece ajustado a la ley que, con posterioridad, el mismo SII cuestione la calidad de institución financiera de Timber Finance y alegue la existencia de abuso de las formas jurídicas por parte del contribuyente para efectos de aplicar la norma general antielusión.

En nuestra opinión, habría sido un camino conforme a derecho, si el SII consideraba que Timber Finance no cumplía con las exigencias para ser considerada una institución financiera extranjera, no debió haber incluido a dicha entidad en el registro voluntario o debió haber cancelado su registro en alguna de las renovaciones posteriores de que fue objeto.

El actuar del SII, a nuestro juicio, atentaría contra lo dispuesto en el artículo 8 bis N°s 13 y 19 del Código Tributario, que señalan lo siguiente: “13°. Tener certeza de que los efectos tributarios de sus actos o contratos son aquellos previstos por la ley, sin perjuicio de las

²⁰ SII (2008). Formulario 3700.

facultades de fiscalización que corresponda de acuerdo a la ley”; y, por otro lado, el N° 19 que dispone: “Que se presuma que el contribuyente actúa de buena fe.”

Además, se plasma este derecho del contribuyente en el artículo 26 del Código Tributario, conforme al cual: “No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentadas por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular”.

En consecuencia, el SII ha sido contradictorio en su actuar, no tan solo desconociendo su propia interpretación contenida en la Circular SII N° 27, de 2008, sino que también en actos oficiales respecto del contribuyente en cuestión, al haber dictado una resolución que calificaba a Timber Finance como institución financiera extranjera.

Dicho de otra forma, el SII estaría afectando la confianza legítima de los contribuyentes, derivada del hecho de haber inscrito a Timber Finance en el registro voluntario, lo que después sería cuestionado por la misma autoridad tributaria. Esto incluso podría llevar a concluir que mediante la utilización de la norma general antielusión el SII podría cuestionar el registro de cualquiera de las instituciones financieras que actualmente forman parte de dicha nómina, lo que a todas luces pareciera ser ilógico e irracional.

En este punto, citamos un fallo de la Corte Suprema, en la causa denominada *Corporación Sanatorio Alemán con Servicio de Impuestos Internos*, del año 2015, que en su considerando séptimo señala lo siguiente: "Que, en cuanto al segundo capítulo del recurso, que denuncia la transgresión de lo prevenido por los artículos 25, 59 y 200 del Código Tributario al haber argumentado los sentenciadores que la determinación impositiva efectuada por la resolución y la liquidación reclamadas vulnera la confianza del contribuyente al haber sido objeto de una revisión en el período anterior sin que surgieran las actuales observaciones, cabe señalar que dicho basamento no es erróneo. Ello ocurre, precisamente, porque no aparece como una justificación oponible al contribuyente el que la revisión del período tributario anterior sólo atendió a un aspecto matemático, por cuanto para el sujeto pasivo del impuesto es igualmente obligatorio acudir a las citaciones, recabar los documentos justificantes de sus declaraciones y poner a disposición del ente fiscalizador los antecedentes que sean necesarios, y por ello si se concluye que sus actuaciones han sido correctas, no resulta plausible que en el ejercicio tributario siguiente, en que ha calculado sus impuestos de igual manera, se detecten errores que debieron fiscalizarse previamente, sin entregar una debida fundamentación de este cambio de criterio en el acto administrativo, ya que de lo contrario deviene en arbitrario". (El subrayado es nuestro).

Como indicamos antes, ninguno de los hechos del juicio eran desconocidos para el SII, debido a que tuvo a la vista los documentos respectivos exigidos por sus instrucciones cada vez que aceptó inscribir en el registro previamente mencionado a la compañía extranjera.

Es gravitante lo anterior, desde el momento en que la actuación del SII obra en contra de la teoría de los actos propios y el principio de buena fe, consagrado en nuestro ordenamiento legal. Cabe recordar en este sentido, que cuando la autoridad actúa en contra de sus

actuaciones precedentes, ello defrauda las expectativas del contribuyente. Al no existir coherencia en su actuar, ni respeto de sus compromisos, estaría atentando contra el cumplimiento de las reglas propias del derecho, lo que torna su actuación en ilegítima.

Por otro lado, la sentencia cuestiona el hecho que los préstamos otorgados por Timber Finance se realizaran sólo a entidades relacionadas. Ese punto es sumamente importante, ya que no existe en la legislación chilena ninguna norma legal o de otra índole que impida los préstamos entre entidades relacionadas. Como se explicará en el punto siguiente, para esos efectos existen normas de control, las cuáles constituyen normas especiales antielusión.

6.2. En cuanto a la aplicación de las normas especiales para evitar la elusión

En cuanto al ámbito de aplicación de una norma general antielusión en relación con una norma especial antielusión, la doctrina, en general, distingue dos formas de interacción entre dichas normas: (a) relación de subsidiariedad, esto es, por aplicación del principio de especialidad y por razones de seguridad, se considera que si no existe una norma especial antielusión que regule la conducta del contribuyente, se permite que la autoridad tributaria evalúe la aplicación de la norma general; y (b) aplicación discrecional, esto es, la autoridad tributaria tiene la potestad de decidir si aplicar una norma especial antielusión o la norma general antielusión a un caso particular²¹.

Ahora bien, en la legislación chilena, aquel conflicto estaría resuelto según lo dispuesto en el artículo 4° bis inciso 4° del Código Tributario que señala que de existir una norma especial antielusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por la norma general antielusión²².

Dicho lo anterior y, considerando que la misma autoridad fiscal, a título ejemplar, señaló en la Circular SII N° 65, de 2015, que las normas contenidas en el artículo 41 E sobre precios de transferencia y en el artículo 41 F sobre exceso de endeudamiento, ambos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, constituyen normas especiales antielusivas, corresponde determinar si procedía aplicar la norma general al caso analizado en la sentencia del tribunal tributario.

La norma de precios de transferencia contenida en el artículo 41 E de la Ley sobre Impuesto a la Renta permite al SII impugnar los precios, valores o rentabilidades de operaciones transfronterizas celebradas entre contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, y partes relacionadas del extranjero, cuando éstas no se hayan efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado, aplicando un impuesto del 40% a la diferencia que se determine.

Por su parte, el artículo 41 F del mismo cuerpo legal permite al SII cobrar un impuesto único de 35% a los intereses, comisiones, remuneraciones y gastos financieros, entre otros, pagados por un deudor chileno a un acreedor relacionado del exterior, cuando la entidad chilena se encuentre en situación de exceso de endeudamiento.

La sentencia del tribunal tributario se refiere precisamente a una operación de financiamiento en que un deudor chileno, Forestal Aurora, recibe un préstamo de una entidad

²¹ TOLEDO ZÚÑIGA y NAVARRO SCHIAPPACASSE (2024) p. 84.

²² Ídem.

relacionada del exterior, a saber, Timber Finance, por lo que dicha transacción se enmarca plenamente dentro de los supuestos de aplicación de los artículos 41 E y 41 F señalados. Si bien, el SII podría haber revisado y fiscalizado la operación desde el punto de vista de la norma de precios de transferencia y de exceso de endeudamiento, entendemos que dichas normas no servían al SII para recalificar la operación o ajustar la tasa, porque los términos y condiciones del préstamo se ajustaban a condiciones normales de mercado y porque la empresa chilena no se encontraba en situación de exceso de endeudamiento.

En consecuencia, cabe preguntarse si sería procedente cuestionar la referida operación de financiamiento mediante la norma general antielusión, lo que se analizará más adelante.

En relación con ello, es importante destacar que el fallo señala que “de no haber existido esta serie de actos de sumo inusuales, la carga tributaria de FA (en su calidad de retenedor y pagador de impuesto adicional) correspondería a un 35% de las remesas, y no a un 4%”. Continúa la sentencia indicando que “El grupo económico (...) llevó a cabo, sin duda alguna, esta serie de actos con el objeto de rebajar artificiosamente su carga tributaria, mediante una serie de actos, que en su totalidad resultan anómalos, aún cuando cada uno de ellos no sean ilegal en sí mismo (...) la realidad de los hechos es incuestionable, en el sentido que la contribuyente no pudo haber actuado de buena fe al realizar esta serie de actos, pues la consecuencia impositiva era obvia y atractiva, pero obviamente cuestionable por el ordenamiento jurídico tributario (...)”²³.

En nuestra opinión, es importante señalar que el financiamiento de una inversión mediante una estructura de capital y deuda proveniente desde el exterior no tiene nada de inusual, sino que, por el contrario, es ampliamente utilizada por contribuyentes extranjeros al invertir en Chile y, en general, en cualquier jurisdicción, sin perjuicio que dichas operaciones sean controladas y reguladas mediante normas especiales antielusivas, como las explicadas más arriba. Además, no consideramos que dicha figura sea cuestionable por el ordenamiento jurídico tributario. A mayor abundamiento, la ley expresamente regula los efectos de invertir en Chile mediante préstamos, la que como explicamos anteriormente, dispone que, si el endeudamiento del deudor chileno sobrepasa cierto límite, se aplicará una sobretasa a los intereses pagados a partes relacionadas del exterior. De lo anterior, puede inferirse claramente que no sólo esta figura no es cuestionable por el ordenamiento jurídico, sino que está expresamente permitida y regulada en la ley tributaria, la que fija límites al endeudamiento y regula los efectos del sobre endeudamiento. En ese sentido, es importante recalcar que la propia norma general antielusión señala que “es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria” como se explicará más adelante.

En general, es posible señalar que las normas de subcapitalización o sobre endeudamiento son muy comunes en la mayoría de los países, ya que constituyen una herramienta para impedir los perjuicios fiscales asociados a dichas conductas. En ese sentido, la mayoría de las jurisdicciones ha incorporado una norma antielusiva particular de subcapitalización en su legislación tributaria, cuyo efecto puede ser la limitación en la deducción de los intereses excesivos, o bien, la recalificación de la operación como aportes de capital, dándole el

²³ Considerando Octavo de la sentencia del tribunal tributario y aduanero de Ñuble y Biobío.

tratamiento de dividendos a los intereses²⁴. En consecuencia, a nuestro entender, lo que se cuestiona bajo dicha norma de control, no son los préstamos entre partes relacionadas, sino que el exceso de deuda que pueda contraer una empresa, a fin de trasladar utilidades al exterior bajo la forma de intereses.

A este respecto “en línea con los esfuerzos desarrollados recientemente por los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y del G20 para combatir la elusión en el «plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios» conocido internacionalmente como Proyecto BEPS por sus siglas en inglés”²⁵, y precisamente en ese contexto²⁶ el Fondo Monetario Internacional ha recomendado que una norma general antielusión no sea aplicable a aquellos casos en que el contribuyente puede legítimamente optar entre financiar una inversión mediante deuda y capital, incluso si el retorno que genera la deuda es deducible de impuestos y aquél que genera el capital no lo es²⁷.

Además, limitar la inversión mediante deuda proporcionada por partes relacionadas, también sería contrario al principio de certeza establecido en el artículo 8 bis N° 13 del Código Tributario y pone en entredicho la buena fe del contribuyente, derecho garantizado en el N° 19 de dicho artículo. Cuestionar el hecho que un contribuyente chileno pueda ser financiado por una relacionada extranjera mediante un préstamo vulneraría la garantía de certeza jurídica establecida en dicha disposición, lo que puede influir enormemente en la inversión extranjera en Chile, afectando la percepción que tienen las empresas extranjeras del sistema jurídico chileno, así como la estabilidad que buscan los inversionistas al momento de decidir invertir en una determinada jurisdicción.

Ahora bien, si bien el fallo cuestiona primero el financiamiento a través de deuda y, posteriormente, los préstamos entre relacionados, según los considerandos citados, creemos que ambas situaciones son perfectamente legítimas y no debiesen ser impugnadas.

A nuestro juicio, el asunto que no es abordado correctamente por el tribunal tributario, es si la norma general antielusión era aplicable para efectos de recalificar una institución financiera extranjera incluida en el registro voluntario, como una entidad que no cumple con los requisitos necesarios para ello. En ese sentido, si bien hay dos normas especiales antielusivas que regulan los financiamientos del exterior, dichas normas no apuntan a dilucidar si una entidad cumple o no con los requisitos para ser una institución financiera extranjera. ¿En estos casos, es posible aplicar la norma general antielusión? El SII estimó que sí, sin embargo, creemos que éste no era el mecanismo idóneo para este efecto, especialmente porque Timber Finance cumplía con los requisitos de la Circular SII N° 27, de 2008.

Si bien, el SII podría haber realizado un análisis más riguroso en alguno de los procesos de renovación para efectos de excluir a Timber Finance del registro voluntario, como se explicó en las secciones anteriores de este artículo, antes de la Ley No 21.210 de 2020, los

²⁴ BURGOS ARREDONDO y SEPÚLVEDA GARCÉS (2016) p. 58.

²⁵ Circular SII N° 65, de 2015.

²⁶ Fondo Monetario Internacional (2016) p. 1.

²⁷ Fondo Monetario Internacional (2016) p. 4

requisitos para calificar como institución financiera extranjera (definidos por el mismo SII mediante circular) eran bastante laxos y formales, por lo que era difícil para la autoridad no dar lugar a la renovación del registro mediante una revisión que apuntara más a la sustancia de la entidad financiera, puesto que la referida circular no lo exigía.

Ahora bien, sólo una vez excluida Timber Finance del registro voluntario, creemos hubiese sido posible aplicar la tasa general de impuesto adicional de 35%, en vez de la tasa reducida del 4%. En nuestra opinión, el SII no podía desconocer la tasa del 4% a aquellos intereses pagados mientras Timber Finance formaba parte del registro voluntario.

6.3. En cuanto a la razonable opción

El artículo 4 ter del Código Tributario señala que “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”.

La Comisión de Hacienda del Senado pidió al Ejecutivo en la reforma de 2014 incluir la posibilidad de ejercer la economía de opción, referente de la antigua doctrina española que la mencionada comisión entendió como “posibilidad de elegir entre alternativas lícitas y legítimas sin ser recalificado en la medida que su objetivo no haya sido la elusión de impuestos, concepto que se definirá legalmente”²⁸.

Ahora, la doctrina ha explicado que “la llamada economía de opción es el producto del análisis de la contradictoria jurisprudencia judicial española de la primera mitad del siglo XX, que daba cuenta de la convivencia de interpretaciones formalistas, es decir, limitadas al texto de la ley, junto a interpretaciones teleológicas, que se recurrían al propósito o espíritu de las normas, todo ello, en relación con el fraude a la ley, que fue la institución utilizada para efectos de crear el concepto de economía de opción, en el que se excluía dicho fraude”²⁹.

Luego, el concepto de razonable opción nacional puede formularse de forma que nadie está obligado a elegir la forma jurídica más gravosa para el desarrollo de sus negocios y el cumplimiento de los fines económicos perseguidos, lo que se deriva de la libertad existente en el derecho privado para celebrar actos y contratos³⁰.

Es importante señalar que el concepto de economía de opción contenido en el Código Tributario presenta algunas dificultades en su interpretación, básicamente porque la ley utiliza la frase “siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria”, lo que ha generado confusión y diferentes entendimientos.

En la Circular SII N° 65, de 2015, se interpretó que la economía de opción exige que un contribuyente puede ejecutar actos jurídicos o conjuntos de ellos que tengan como

²⁸ Historia de la Ley N°20.780 p. 1058.

²⁹ VERGARA QUEZADA (2022a) p. 79.

³⁰ WALKER MENA (2017) p. 131.

consecuencia una reducción en la carga tributaria, siempre que los efectos de éstos estén “contemplados por la ley tributaria”.

Sin embargo, no compartimos dicha interpretación del SII, sino que concordamos con la opinión del profesor Gonzalo Vergara Quezada quien señala que la autoridad tributaria con su interpretación “altera el sentido de la ley y carece de aplicación práctica, porque las leyes tributarias establecen cómo se determinan los efectos de los negocios de los contribuyentes, no cuáles son los efectos de ellos”³¹.

En otras palabras, podemos señalar que la ley tributaria no regula los efectos de los actos jurídicos del derecho civil, sino que la tributación de éstos, por lo que, los efectos de dichos actos no pueden estar contenidos en la ley tributaria, porque no es su fin regularlo de esa forma, considerando que, casi por definición, la ley busca tener una aplicación general. Lo anterior, llevaría a conclusiones absurdas, como calificar de abuso a las fusiones internacionales y a un sinnúmero de actos jurídicos que carecen de una regulación tributaria expresa que, por lo demás, es la regla general en nuestro sistema impositivo³².

Asimismo, también existen situaciones reguladas únicamente en la legislación tributaria y que no están reconocidas por el derecho civil. Por ejemplo, la ficción tributaria del empresario individual, figura *contemplada* en el derecho tributario y, *cuyos efectos son únicamente consecuencia de la ley tributaria*.

Es decir, es posible afirmar que ésta es una alternativa que indiscutiblemente se enmarca dentro del concepto de economía de opción³³. En este caso una persona natural, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, tiene la facultad de asignar parte de su patrimonio a la empresa que tributará como contribuyente de impuesto de primera categoría, aplicando los efectos contemplados en la ley tributaria: la asignación de activos a la “empresa individual” no es tasable, así como tampoco el posterior aporte que dicha empresa pueda hacer a una sociedad, cumpliéndose los requisitos del artículo 64 inciso 5° del Código Tributario. Dicho contribuyente, por lo tanto, tributará con impuestos finales en la medida que retire utilidades de la empresa individual.

La opción de tributar con impuesto de primera categoría implica naturalmente postergar la tributación con impuestos finales hasta que se retiren utilidades de dicha empresa, lo que podría ser constitutivo de elusión, porque el concepto de “abuso” incluye la hipótesis de diferir impuestos. Sin embargo, a nuestro juicio, ello no tendría un razonamiento jurídico coherente considerando que esta es una alternativa contemplada en la legislación tributaria.

Dicho de otra forma, lo que queremos enfatizar es que la decisión de tributar como empresa individual es un buen ejemplo que se enmarca en el concepto de razonable opción y excluye el abuso —potencial diferimiento de impuestos— porque al tratarse de una figura

³¹ VERGARA QUEZADA (2016) p. 352 y 353.

³² VERGARA QUEZADA (2022b) p. 159.

³³ Es una ficción tributaria que está reconocida en una serie de disposiciones de la ley tributaria: LIR, el artículo 64, inciso 5to del Código Tributaria, etc., en que una persona natural, para efectos tributarios, actúa como empresa, pero para efectos civiles, sigue actuando respecto de ese patrimonio como persona natural, con responsabilidad ilimitada.

contemplada exclusivamente en la legislación tributaria, en nuestra opinión, no podría tener una motivación distinta a la tributaria.

En este sentido, aplicando el concepto de economía de opción al caso concreto, como se explicó anteriormente, todo contribuyente tiene la libertad de elegir si invertir por medio de capital o de deuda, sin que el SII tenga la facultad de cuestionar tal decisión. A mayor abundamiento, los efectos de la decisión de invertir vía deuda o capital están expresamente regulados en la legislación tributaria.

Más aún, cuando se financia vía deuda, la ley tributaria contiene normas específicas de control (normas especiales antielusivas) especialmente concebidas para un financiamiento que involucra a empresas relacionadas, como son los artículos 41 F (norma de exceso de endeudamiento) y 41 E (norma de precios de transferencia), ambas de la Ley sobre Impuesto a la Renta, las que ya fueron explicadas en los acápite anteriores. Por este motivo, a nuestro juicio, es incuestionable que el grupo empresarial actuó dentro de la facultad de economía de opción que tienen los contribuyentes, cumpliendo con las normas específicas que regulan la operación, por lo que el SII no pudo aplicar dichas normas especiales al caso concreto al no configurarse dichas hipótesis específicas de elusión.

En definitiva, como bien explica Ricardo Walker, al citar al profesor Fernando Pérez R., “la economía de opción se caracteriza por la ausencia de abuso de las posibilidades de configuración jurídica, puesto que el contribuyente no lleva a cabo ninguna maniobra de elusión, sino que pura y simplemente elige, por razones fiscales, una determinada operación en lugar de otra, sin que dicha operación resulte anómala en relación con el fin perseguido por las partes”.³⁴

6. 4. En cuanto a la artificiosidad

Otro punto importante en la argumentación del fallo que se expone en el considerando Octavo es que el “grupo económico (...) llevó a cabo, sin duda alguna, esta serie de actos con el objeto de rebajar artificialmente su carga tributaria, mediante una serie de actos, que en su totalidad resultan anómalos”. En el considerando noveno, la sentencia explica que comparte el razonamiento de la autora María Pilar Navarro Schiappacasse, indicando que “la economía de opción no puede ser una facultad ilimitada, pues de entenderse así, las normas generales antielusivas jamás podrían tener efecto alguno. Lo que diferencia el legítimo ejercicio de la economía de opción del fraude tributario, es la “artificiosidad” (...)”³⁵. Más adelante, en el mismo considerando agrega la sentencia que “el pago de estos supuestos “intereses” resulta evidentemente una forma artificial de rebajar el impuesto adicional que le correspondería retener y pagar”. (El subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, el fallo se refiere en repetidas oportunidades a la artificiosidad, cuando este concepto no se comprende en la norma general antielusión chilena. Es más, en la versión inicialmente enviada al Congreso se exigía que los actos del contribuyente fueran “artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”³⁶, pero ello fue

³⁴ WALKER MENA, 2017, p.133.

³⁵ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2024) pp. 267-268.

³⁶ Historia de la Ley N° 20.780 p. 62.

eliminado del proyecto de ley, por lo que referirse a la artificiosidad resulta en un análisis equívoco de la norma y que iría en contra del texto literal aprobado por el Congreso.

Ahora, la norma general antielusión dispone que ella no será aplicable cuando el contribuyente razonablemente opta por una alternativa contemplada en la legislación tributaria.

Por otro lado, señala que existe abuso cuando el conjunto de actos celebrados por el contribuyente no genere resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para éste o terceros, distintos de los meramente tributarios. En consecuencia, la norma general antielusión chilena establece una prueba de relevancia de los efectos de los actos jurídicos sin referirse a la artificiosidad.

En el caso concreto, más que analizar si la estructura del contribuyente podría ser considerada “artificiosa”, habría que determinar si los actos jurídicos llevados a cabo por el contribuyente generaron efectos económicos relevantes distintos de los meramente tributarios. En otras palabras, se debe revisar si el conjunto de actos realizados en el caso concreto —creación de una institución financiera extranjera, otorgamiento de un préstamo, realización de un aumento de capital, entre otros— y, en definitiva, si la estructura formada por el grupo económico tuvo resultados o efectos jurídicos o económicamente relevantes más que la de poder aplicar la norma del artículo 59 inciso cuarto N° 1, que contiene la tasa reducida del 4%.

En relación con el punto anterior, es posible afirmar que una alternativa contemplada en la ley tributaria produce efectos jurídicos *per se*, de manera que siempre tendrá efectos jurídicos relevantes, como lo es el financiamiento a través de préstamos, sean relacionados o no.

En ese sentido, en la Circular SII N° 39, de 2021, se sostuvo que la diferencia entre el capital y la deuda es solo una mera formalidad. Esto significa que, si no se cumple con las solemnidades propias de un aumento de capital (escritura pública, inscripción y publicación), los flujos recibidos por la empresa serán considerados como un pasivo exigible en favor de quien realizó el aporte, por lo que difícilmente puede considerarse un préstamo como una figura artificiosa, como sostiene el fallo.

Además, la sentencia, en los considerandos séptimo y octavo, cuestiona la creación de una entidad financiera para otorgar los fondos a Forestal Aurora. Creemos que el fallo no debiese haber cuestionado el hecho de financiarse mediante un préstamo utilizando una institución financiera, cuestión permitida por la ley, sino que el hecho de si efectivamente la institución financiera cumplía con los requisitos para calificar como tal, es decir, la calidad de acreedor con derecho al 4%.

En relación a ello, creemos que el fallo es contradictorio en su razonamiento, puesto que se refiere indistintamente al abuso y a la simulación, confundiendo ambos conceptos, cuando en realidad debiese solamente haber analizado si Timber Finance cumplía con las condiciones para optar a la tasa preferencial del 4% y, si para gozar de dicho beneficio, el contribuyente pudiese haber incurrido en alguna conducta elusiva. Además, cuestionar el financiamiento mediante deuda, tendría sentido si lo que se buscaba era recalificar el préstamo como aporte de capital, sin embargo, el SII solamente pretendió dejar sin aplicación

la tasa reducida del 4% y aplicar la general de 35%, ambas aplicables al pago de intereses asociadas a un préstamo. Dicha solicitud se enmarcó dentro del concepto de abuso. Por ello, nos preguntamos cuál era el fin de cuestionar el préstamo si lo que se buscaba era aplicar una tasa distinta y no recalificar el acto como un aporte de capital.

6. 5. En cuanto a la subjetividad de la calificación de la norma general antielusión

A nuestro entender, y como punto de partida, debemos señalar que la calificación de la norma general antielusión no puede indagar en las motivaciones del contribuyente. Así se explicó en la historia fidedigna del establecimiento de la norma.

Sobre este punto, se ha señalado que “en el mensaje del Ejecutivo se afirmó que 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». Es necesario destacar que (...) en los sistemas penales de los estados liberales las sanciones deben ser establecidas por la ley de manera previa a la ocurrencia de los hechos castigados, y que dicha declaración fue reiterada por las comisiones”³⁷.

Luego, tanto en el artículo 4° ter -que define el concepto de abuso- contenido en el mensaje como en el que en definitiva se aprobó, no se hacían referencias a la intención o el propósito del contribuyente³⁸. Sin embargo, el SII, ha sostenido de manera contradictoria en diversos pronunciamientos, que la intención del contribuyente debe ser considerada en algunos casos e ignorada en otros³⁹.

Podemos señalar que existen otras normas en nuestro ordenamiento jurídico, como pudieran ser las normas del propósito principal que se utilizan en los convenios para evitar la doble tributación internacional que expresamente buscan indagar en los motivos del contribuyente, pero éstos no están comprendidos en la norma general antielusión.

Sin embargo, en la sentencia se indica que, a fojas 819, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes, entre otros: “Motivos más allá de los puramente tributarios que justificaron el hecho de que Forestal Aurora SpA, obtuviera el citado crédito, de International Timber Finance LLC, y no se su matriz, New Growth LLC; Hechos y circunstancias que los ameriten”.

Como puede apreciarse, dentro de los puntos de prueba, el juez fija como hecho sustancial y controvertido, los motivos del contribuyente que justifican el préstamo, lo que a nuestro juicio no es procedente, puesto que ello corresponde a un análisis objetivo y que no atiende a las motivaciones del contribuyente.

En nuestra opinión, no puede la autoridad tributaria —menos el juez— calificar un hecho, como un préstamo, especialmente gravado por la ley tributaria, como merecedor de un tributo distinto a aquel contemplado por la ley, atendiendo a los motivos o propósitos del

³⁷ VERGARA QUEZADA (2022a) p. 101.

³⁸ Ídem.

³⁹ Circular SII N° 65, de 2014, pp. pp. 3, 2 y 13; Circular SII N° 42, de 2015. Eso se ha mantenido en otras interpretaciones. Oficio SII N° 2.109, de 2017; Oficio SII N° 1.303, de 2018; Oficio SII N° 2.514, de 2018; Oficio SII N° 868, de 2019; Oficio SII N° 1.594, de 2019; Oficio SII N° 4, de 2021 y Oficio SII N°1.223, de 2021.

contribuyente, menos aun cuando éste realiza su actividad cumpliendo con la normativa contemplada por el legislador para efectos de optar con una tributación específica. Es por ello, creemos que no resulta correcto que se haya fijado como hecho sustancial, pertinente y controvertido los motivos que pudieran subyacer tras la decisión de negocios de que Forestal Aurora obtuviera un crédito de Timber Finance y no de su matriz, NG USA. Ello, simplemente está fuera del ámbito de la norma general antielusión, la cual no indaga en las motivaciones del contribuyente.

No podría ser de otra forma, porque la intención del contribuyente, la voluntad interna - en contraposición a la exteriorizada-, es un asunto subjetivo y que no dice relación con el hecho potencialmente elusivo descrito en la norma.

Las hipótesis para configurar una conducta elusiva son el “abuso” o la “simulación”, ambos conceptos definidos en la ley sin atender los motivos del contribuyente. Ello tiene lógica desde el momento en que la intención no es un elemento del tributo, ni puede calificarse una conducta contractual como merecedora o no de un impuesto. A mayor abundamiento, todo acto de carácter patrimonial siempre tiene en consideración la maximización de sus utilidades, en la que, desde luego, se incluye la variante tributaria. El profesor Ricardo Walker lo expresa muy claramente: “Si la intención de ahorrar impuestos fuera un criterio a tenerse en consideración para la declaración del abuso, entonces todo acto o negocio sería abusivo”⁴⁰.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA GENERAL ANTELUSIÓN AL CASO CONCRETO

Es importante destacar que consideramos muy valioso que se haya dictado la primera sentencia por parte de un tribunal tributario, acogiendo la solicitud de calificación de elusión solicitada por el SII. Si bien, habiendo analizado los aspectos de la sentencia que, en nuestra opinión, no fueron debidamente desarrollados en la misma y, que llevaron a la declaración de elusión, con argumentos debatibles, creemos que la jurisprudencia a este respecto va a ir perfeccionándose con el tiempo, como es natural, siempre que se interpreta y aplica nueva legislación, la cual en este caso, presenta varias dificultades para su acertada inteligencia.

Analizando el caso concreto, cabe formularse la pregunta si es correcta la aplicación de la norma general antielusión a este caso particular o a casos similares que se presenten en el futuro.

En primer lugar, como se explicó detalladamente, Timber Finance cumplía con los requisitos para calificar como entidad financiera, según la Circular SII N° 27, de 2008, a la fecha de otorgamiento del préstamo. Esto queda en evidencia por el hecho que fue inscrita en el registro voluntario y dicho registro fue renovado sucesivamente por el SII, que tuvo a la vista toda la información legal y financiera de la entidad. En efecto, Timber Finance presentó anualmente el F3700 acompañando, entre otros antecedentes, copia de sus EE.FF. los que siendo revisados por el SII, nunca cuestionó el hecho que la entidad tuviese un solo préstamo ni efectuó reparos de forma ni de fondo al contribuyente.

⁴⁰ WALKER MENA (2017) p. 150.

En segundo lugar, hay que tener presente que, como se analizó en la historia de la ley que estableció la tasa del 4%, los requisitos para calificar como institución financiera eran bastante laxos y formales, atendiendo a que en la época en que se creó este beneficio, se buscaba atraer inversión extranjera a Chile, ya fuese bajo la forma de aportes de capital o deuda externa. En ese sentido, la autoridad tributaria, teniendo las herramientas y oportunidad para ello, podría no haber renovado el registro de Timber Finance. Sin embargo, desconocer la calidad de entidad financiera de dicha sociedad hubiese sido difícil, puesto que, a la fecha del préstamo, como hemos señalado reiteradamente, los requisitos eran bastante laxos y apuntaban más a la forma que al fondo.

Además, en tercer lugar, la norma transitoria protegía a los créditos otorgados antes de la Ley N° 21.210 de los cambios legislativos incorporados por dicha ley, que establecieron requisitos más estrictos y que apuntan más al fondo que a la forma.

Dicho lo anterior, consideramos que en este caso particular, no existen argumentos legales para desconocer la calidad de institución financiera de Timber Finance que cumplía con la normativa aplicable, lo que tampoco podría ser cuestionado a través de la norma general antielusión, ya que no se configura una hipótesis de abuso o simulación.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿en un caso similar, aunque bajo supuestos distintos, hubiese sido posible aplicar la norma general antielusión? Si bien la ley tributaria señala que, cuando aplica una norma especial antielusión a un caso particular, ello excluye la posibilidad de aplicación de la norma general, eso no es lo mismo que sostener que, cuando no aplican las normas especiales antielusivas porque no se configuran las hipótesis que subyacen a las mismas, ello imposibilita que el conjunto de operaciones pueda ser examinado a la luz de la norma general antielusión. Especialmente teniendo presente que la razón de ser de una norma general antielusión en un ordenamiento jurídico es ser una norma de último resorte.

Si bien el Código Tributario al señalar que, cuando una norma especial antielusión es aplicable a un caso, excluye la aplicación de la norma general, la ley ni la jurisprudencia de los tribunales han definido aún si la norma general podría aplicar cuando el propósito de la norma especial, en la práctica, no sirve al caso específico. Dicho de otra forma, en este caso concreto, las normas especiales antielusivas analizadas (norma de exceso de endeudamiento y de precios de transferencia) no tenían como propósito recalificar una institución financiera extranjera. Por lo que persiste la interrogante si mediante la norma general antielusión es posible realizar dicha recalificación para desconocer la calidad de entidad financiera y con ello aplicar la tasa de impuesto adicional que corresponda, en el supuesto que exista abuso o simulación.

En nuestra opinión, una operación como la analizada podría caer dentro del ámbito de aplicación de la norma general antielusión, cuando se configure una hipótesis de elusión, esto es, que exista abuso o simulación y no se adviertan razones económicas o jurídicas relevantes para ejecutarla, según lo dispone el Código Tributario.

Por ejemplo, si se configurara un caso de simulación, esto es, que la creación de la entidad financiera extranjera corresponda a un acto simulado, la autoridad tributaria podría desconocer su calidad de tal para así impedir la aplicación de la tasa reducida de 4% que contempla el artículo 59 inciso cuarto N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Sin perjuicio de lo argumentado, dado el concepto actual de institución financiera extranjera, que exige un análisis más riguroso, en la práctica sería improbable que una institución extranjera pueda ser inscrita en el registro voluntario, sin tener sustancia, por lo que naturalmente la no calificación de una institución financiera en el registro se resolverá por vía administrativa, mediante el análisis del mismo SII, sin que sea necesario recurrir a la norma general antielusión.

Finalmente, en nuestra opinión, en el caso en cuestión, hay argumentos para afirmar que el contribuyente estaba actuando dentro del marco de la razonable economía de opción, lo que excluye la existencia de abuso o simulación. En ese sentido, un contribuyente extranjero puede legítimamente decidir financiar su inversión en Chile, mediante deuda y capital, ya que ello es una alternativa contemplada expresamente dentro de la legislación tributaria, con los efectos y consecuencias jurídicas que ello implica.

Asimismo, no se debe olvidar la historia de la ley que estableció la tasa del 4% a los intereses provenientes de préstamos otorgados desde el exterior por instituciones o entidades financieras, sean relacionadas o no, que buscaba atraer inversión extranjera a Chile, ya fuese bajo la forma de aportes de capital o deuda externa.

8. CONCLUSIONES

El primer fallo de un tribunal tributario que aplica la norma general antielusión en Chile, es sin duda una sentencia interesante y que puede ser analizada bajo muchos puntos de vista. Como se explicó, la norma general antielusión chilena presenta diversos problemas de interpretación, además, no existen parámetros objetivos para su aplicación que guíe a la judicatura.

Lo anterior ha implicado que esta norma se haya interpretado recurriendo a elementos ajenos a la misma como el concepto de *artificiosidad* que se excluyó expresamente en la discusión parlamentaria o indagando en las intenciones del contribuyente, lo que hace que se pierda de vista el elemento teleológico de la norma y se interprete de forma subjetiva y contraria a la ley.

Es más, se ha ignorado el elemento teleológico incluso respecto de la normativa en cuestión lo que es muy relevante porque, como examinamos, aceptaba los financiamientos indirectos, de manera que se está actuando en contra de la voluntad del legislador al aplicar una restricción que no fue implementada deliberadamente por el Congreso.

Habiendo analizado los aspectos que consideramos más relevantes del fallo, a nuestro juicio, teniendo en cuenta que se cumplían los requisitos para que Timber Finance calificara como institución financiera extranjera, lo que fue reconocido y aceptado por el SII previa revisión de los antecedentes que los contribuyentes debían acompañar conforme a las instrucciones vigentes en esa época, inscribiendo a dicha entidad en el registro voluntario, y habiéndose renovado el mismo de forma anual, para lo que se aportaban los antecedentes que luego son relevantes en el juicio, no nos parece ajustado a derecho que la misma autoridad tributaria desconozca con posterioridad sus actos propios mediante el uso de la norma general antielusión, más si tuvo a la vista los mismos hechos y circunstancias previamente.

Lo anterior afecta la certeza jurídica del inversionista, más aún cuando la operación, que fue realizada en el año 2016, se asiló dentro de la norma transitoria de la Ley N° 21.210 (que entró a regir el 1 de marzo de 2020), que hacen inaplicables los estándares más altos incorporados por dicho cuerpo legal, a los créditos otorgados con anterioridad. Desconocer los actos propios afecta la confianza del contribuyente y diversas garantías contempladas en el Código Tributario, que nos parece, debieron haber sido ponderadas por el tribunal.

Además, como se explicó en el desarrollo del artículo, no consideramos que se haya configurado un caso de abuso o simulación, elementos esenciales para poder aplicar la norma general antielusión chilena, sino que hay argumentos para afirmar que el contribuyente estaba actuando dentro del marco de la razonable economía de opción.

En ese sentido, no nos parece cuestionable que un contribuyente extranjero haya decidido financiar su inversión en Chile, mediante deuda y capital, ya que ello es una alternativa contemplada expresamente dentro de la legislación tributaria y, que de acuerdo a la historia de la ley, se estableció preferente de 4% precisamente para atraer inversión extranjera a Chile, ya fuese bajo la forma de aportes de capital o deuda externa (relacionada o no). En este caso particular, la aplicación de norma general antielusión atenta contra la finalidad de la disposición supuestamente vulnerada, aspecto fundamental a tener en cuenta en su aplicación.

Esperamos que los nuevos fallos que eventualmente pudiesen aplicar la norma general antielusión tengan en cuenta lo comentado de manera de ir construyendo una adecuada y robusta jurisprudencia sobre esta materia que inhiba la elusión y que, al mismo tiempo, respete las garantías de los contribuyentes.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BURGOS ARREDONDO, Jorge y SEPÚLVEDA GARCÉS, Patricia (2016). La subcapitalización como un tipo de planificación tributaria agresiva internacional: un enfoque comparado, *Revista de Estudios Tributarios* N°16 (2016) Universidad de Chile, pp. 51–82.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar (2021). Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno. Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ CALDERÓN, Lindor; PARGA GACITÚA, José y PÉREZ CALDERÓN, Sergio (1966). Reforma tributaria. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SEGUEL MALAGUEÑO, Luis (2019). Análisis del Proyecto de modernización tributaria en materia de elusión y metodología, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 5, pp. 225-255
- SILVA PARADA, Marcela y CORTÉS VIVANCO, Javier (2021). Modificaciones a normas sobre tributación de intereses pagados al exterior, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 10, pp. 90-113.
- TOLEDO ZÚÑIGA, Patricia y NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar (2024) *Aplicación de la norma general antielusiva chilena en relación con las normas especiales antielusivas*, *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XXXVII N° 1, junio 2024, pp. 77-99.

VERGARA QUEZADA Gonzalo (2022a). El abuso y las normas sobre acciones con presencia bursátil, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 11, pp. 77-118.

VERGARA QUEZADA Gonzalo (2022b). Tasación, abuso y simulación en el proyecto de reforma tributaria del 2022, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 12, pp. 153-170.

VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2016). *Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias*. Santiago, Editorial Libromar.

VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca (2019). La certeza jurídica y el derecho tributario chileno, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 5, pp. 166-205.

WALKER MENA, Ricardo (2017). Hacia una interpretación jurídica de la economía de opción y el abuso en la norma general antielusión del Código Tributario, *Revista de Estudios Tributarios* de la Universidad de Chile, N° 18 pp. 127-159.

ZALDÍVAR LARRAÍN, Andrés (2021). Homenaje a la vida y obra de Milka Casanegra, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 9, pp. 9-14.

Normativa:

Ley sobre Impuesto a la Renta.

Código Tributario.

Instrucciones administrativas:

Circular SII N° 27, de 2008.

Circular SII N° 42, de 2015.

Circular SII N° 65, de 2015.

Circular SII N° 56, de 2020.

Oficio SII N° 2.109 de 2017.

Oficio SII N° 1.604, de 2023.

Oficio SII N° 4, de 2021.

Oficio SII N° 1.223, de 2021.

Oficio SII N° 1.223 de 2021.

Oficio SII N° 1.587, de 2021

Oficio SII N° 868, de 2019.

Oficio SII N° 1.594, de 2019.

Oficio SII N° 1.303, de 2018.

Oficio SII N° 2.514, de 2018.

Oficio SII N° 1.303, de 2018.

Oficio SII N° 2.109, de 2017.

Otros:

Fondo Monetario Internacional (2016). *Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR): Ensuring That a GAAR Achieves Its Purpose*”, Tax Law Technical Note, Vol. 2016 (1), (en línea). Recuperado en <https://doi.org/10.5089/9781513515823.008> [2024, 1 de julio].

Ministerio de Hacienda (2024). Antecedentes sobre el Proyecto de Ley de Cumplimiento de las Obligaciones Tributarias, desde la revisión de experiencia comparada y la literatura académica.

Panel de la Norma General Antielusiva del Reino Unido, 26 de abril de 2022.

SII (2008). Formulario 3700, (en línea). Recuperado en <https://www.sii.cl/formularios/imagen/F3700.pdf> [2024, 1 de julio].

SII (sin fecha). Registro de instituciones financieras extranjeras, (en línea). Recuperado en https://www.sii.cl/servicios_online/1047-nomina_inst_financieras-1714.html [2024, 1 de julio].