

EL ABUSO Y LAS NORMAS SOBRE ACCIONES CON PRESENCIA BURSÁTIL *ABUSE AND THE RULES ABOUT SHARES WITH STOCK-EXCHANGE PRESENCE*

Gonzalo Vergara Quezada*

RESUMEN: Analiza el concepto de abuso de la ley nacional, que carece de diferencias significativas con el concepto de opción razonable, que excluye la existencia de abuso o es su excepción, por lo que la separación entre ambos conceptos se hace a partir de los conceptos jurídicos indeterminados de efectos relevantes y razonabilidad de la opción, sin que existan parámetros en la regulación específica para aplicarlos. Por lo mismo, se propone establecer si existen elementos normativos que permitan recurrir a los elementos propios del concepto de abuso, aplicándolos al caso de las acciones con presencia bursátil.

PALABRAS CLAVES: abuso a la ley, intención del contribuyente, artificialidad de la conducta, propósito del legislador, acciones con presencia bursátil, activismo político.

ABSTRACT: *Analyzes the concept of abuse of national law, which lacks significant differences with the concept of reasonable option, which excludes the existence of abuse or is its exception, so the separation between both concepts is made from the indeterminate legal concepts of relevant effects and reasonableness of the option, without there being parameters in the specific regulation to apply them. For this reason, it is proposed to establish whether there are normative elements that allow recourse to the elements of the concept of abuse, applying them to the case of shares with a stock market presence.*

KEYWORDS: *abuse of the law, intention of the taxpayer, artificiality of the conduct, purpose of the legislator, shares with a stock market presence, political activism.*

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el concepto de abuso desarrollado en el derecho comunitario europeo se compone de tres elementos, a saber, que el contribuyente busque la aplicación de una normativa más beneficiosa, que el contribuyente logre ponerse en los supuestos de hecho de esa regulación por medios reales pero artificiosos y que el resultado de esto vaya en contra del propósito de la normativa más beneficiosa¹.

Si bien la norma antielusiva nacional no hace referencia a los elementos anteriores, como veremos más adelante, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa del Servicio de Impuestos Internos han recurrido a algunos de ellos para evaluar las conductas de los contribuyentes, por lo que es apropiado revisar con mayor detalle si existen bases normativas que permitan recurrir a los mismos para dar un contenido a los conceptos jurídicos indeterminados que componen la regla nacional que define el abuso.

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en derecho con mención en derecho tributario Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor en esa última universidad y en las universidades de los Andes y de Concepción. Abogado en PwC. Correo electrónico gonzalo.vergara@pwc.com. El autor desea agradecer los comentarios del profesor Cristián González López que ayudaron a mejorar este trabajo. Recibido el 4 de mayo de 2022, aceptado el 10 de julio de 2022.

¹ SAYDÉ (2016) pp. 78-101.

Dicho eso, en el presente trabajo exploraremos con especial atención la artificialidad y el propósito del legislador, considerando que ambos son necesarios para analizar el concepto de abuso previamente descrito. También revisaremos las graves deficiencias de la normativa nacional, que carece de parámetros objetivos que permitan hacer la calificación de abuso, por lo que, en definitiva, quien esté llamado a pronunciarse sobre la existencia de abuso en el sistema nacional deberá implementar lo que, en rigor, debió ser una decisión legislativa tomada antes de la ocurrencia de los hechos que se califican.

Para evitar la abstracción excesiva, que en nada ayuda a la comprensión de esta materia, revisaremos el caso de la venta de acciones con presencia bursátil que cumplen con el requisito gracias a la suscripción del llamado contrato de *market maker* y el caso del controlador que vende acciones. Estudiar estos supuestos de hecho es útil porque fueron objeto de discusiones –si bien poco fundamentadas– como es usual en la lucha de trincheras política, los argumentos empleados en ellas igualmente se basaron sobre algunos de los elementos del derecho europeo que, en rigor, no se encuentran presentes en el texto de la reglamentación nacional.

Así las cosas, exploraremos cómo las disposiciones sobre interpretación de la ley del Código Civil, que son las aplicables en la especie, pueden ayudar a dar un contenido mejor fundado a esta desafortunada normativa. Además, revisaremos el mérito de considerar elusión a la sola utilización del llamado contrato de *market maker* para cumplir con el beneficio tributario, que permitía que las ganancias de capital en la venta de acciones con presencia bursátil se calificaran como un ingreso no renta. Esto, conforme a las normas antielusivas generales del Código Tributario y bajo el concepto de abuso de la ley del derecho europeo.

2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA DEFINICIÓN DE ABUSO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO CHILENO

El texto de la normativa antielusiva general del Código Tributario es el producto de un acuerdo en el que la Comisión de Hacienda del Senado le pidió al Ejecutivo que se “precisará la norma general anti-elusión/anti-simulación (primacía de la sustancia sobre forma), reconociendo el principio de buena fe y la autonomía y libertad contractual del contribuyente, resguardando la posibilidad de ejercer la economía de opción (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) y ajustando su nomenclatura a la terminología de nuestro ordenamiento jurídico”².

Como se puede apreciar en el texto antes transcrito, se mezcla una de las doctrinas norteamericanas –la sustancia sobre la forma– con una teoría española –la economía de opción– lo que muestra la falta de prolijidad al preparar la poco feliz reglamentación aprobada. Pero, igualmente, ello da cuenta de que se combinan teorías en las que el propósito del legislador tiene un aspecto esencial, como pasamos a ver.

² Historia de la Ley N°20.780 p. 1058.

La jurisprudencia norteamericana sobre la llamada sustancia sobre la forma surge de una serie de sentencias recaídas en causas en las que el contribuyente se ponía en las circunstancias de hecho que permitían la aplicación de una regulación más beneficiosa, pero la ausencia de motivaciones diferentes a las fiscales para hacerlo terminaba siendo el fundamento para restringir la procedencia de ellas, correspondiendo estos fallos, como lo ha resaltado la doctrina más autorizada, a un esfuerzo judicial para imponer los propósitos de las leyes fiscales³.

Por su parte, 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 fraude⁴.

Adicionalmente, de la exigencia que la Comisión de Hacienda del Senado hizo, se puede apreciar que esperaban aprobar reglas que respetaran el “principio de buena fe y la autonomía y libertad contractual del contribuyente”, por lo que la historia del establecimiento de la normativa general antielusión da cuenta de la confirmación, en esta materia, de los elementos básicos de nuestro derecho.

Luego, en la parte que nos interesa de la regulación aprobada, se agregó un artículo 4º ter al Código Tributario, cuyo texto 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.

³ MCDANIEL *et al.* (2008) pp. 1229-1248.

⁴ LARRAZ (1952) pp. 7-78.

Ahora, si pensamos en la estructura básica de una regla, no es aventurado indicar que ella debe estar compuesta por un mínimo de dos partes, a saber, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

El supuesto de hecho debería estar lo suficientemente definido como para que más de una persona sea capaz de llegar a la misma conclusión: este ha ocurrido o no. En el caso del derecho sancionatorio y del derecho tributario, es particularmente importante que la conducta esté descrita en la ley.

La consecuencia jurídica tiene la función de permitir la llamada imputación, que es la atribución que el derecho hace a la ocurrencia del hecho descrito en la ley. También es necesario en materias que afectan derechos esenciales que esta última esté bien delimitada. Es decir, no se debería prestar para que sea posible sostener que las consecuencias jurídicas son diversas⁵. Sin embargo, la regla analizada dispone que en caso de elusión se “exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imponibles establecidos en la ley”, lo que solamente es correcto en el caso de la simulación, porque para que se configure el abuso es indispensable que de los hechos procedan las consecuencias fiscales más beneficiosas.

Por lo mismo, no podemos determinar si la imputación que sigue a la declaración de abuso es, por ejemplo, una recalificación de los hechos que faculta al juez para aplicar reglas fiscales diversas a las que proceden ante la realización de los hechos considerados abusivos o si, en cambio, el efecto se limita a negar los beneficios concedidos por las normas más beneficiosas. No profundizaremos sobre este punto en este trabajo, pero es indispensable tener en cuenta este problema que puede motivar otras investigaciones.

Como el elemento de la oración que describe las conductas humanas es el verbo, en el derecho sancionatorio se habla del verbo rector, que describe la conducta castigada por el legislador. Luego, si la sanción está asociada a una valoración de una conducta, pero no existen parámetros en la ley que permitan que más de una persona, al valorar los hechos, llegue al mismo resultado, se presenta un grave problema porque, como indicaba con ironía el profesor Juan Manuel Baraona, estamos ante una ley sancionatoria que se construye a partir de adjetivos rectores⁶.

En el caso del abuso en la norma antielusiva general del Código Tributario, el supuesto de hecho que implica la aplicación de una sanción a quien ha diseñado o planificado los actos que se califiquen como elusión, está delimitado por dos conceptos jurídicos indeterminados. Así, como lo ha explicado la doctrina, el concepto de abuso, que es el supuesto de hecho de la norma sancionatoria, contiene los mismos elementos que la llamada legítima opción, que es el supuesto de hecho de la excepción de ella o de la ausencia de abuso

⁵ En cuyo caso, estaríamos ante una especie de facultad discrecional que, a lo más, se limitaría porque el juez tributario y aduanero conoce y resuelve el escrito del Servicio de Impuestos Internos que propone cuáles son los impuestos adeudados.

⁶ BARAONA SAINZ (2014).

(esto no está claro), distinguiéndose ambos por las expresiones *efectos relevantes* y la *opción razonable*⁷.

Así las cosas, tal es la similitud del concepto de abuso con el de opción razonable en la desafortunada redacción de estas reglas, que es muy difícil concluir con certeza si la llamada opción razonable corresponde a la ausencia de abuso o si ella es una excepción al concepto de abuso, porque dada la amplitud de ambos conceptos, la opción razonable se superpone sobre actos considerados abusivos, por lo que existen argumentos para sostener que es una excepción.

Parte de la doctrina separa las planificaciones en regladas de las no regladas, afirmando que estas últimas son lícitas⁸ –lo cual compartimos– pero es necesario resaltar que esa diferencia no es para nada evidente en la aplicación práctica del derecho tributario y, precisamente, se daba como ejemplo de planificaciones regladas al uso de formas jurídicas que permitían acogerse a las rentas presuntas que, bajo la antigua legislación, solamente eran relevantes porque la venta de los inmuebles que las producían se calificaban como una ganancia de capital no afecta a impuestos, pero el caso N° 9 del primer *Catálogo de esquemas tributarios*⁹, publicado por el Servicio de Impuestos Internos el año 2016, estaba en abierta oposición a los criterios establecidos previamente por la propia administración sobre la venta de inmuebles por parte de sociedades que se acogían al régimen de renta presunta, cuando ellas nacían de la división de una sociedad que tributaba sometida al régimen de renta efectiva¹⁰.

En la práctica, las instrucciones oficiales terminaron cayendo en un planteamiento absurdo, tal como fue resaltado por la doctrina. Al respecto, fue resaltado que “se observa que la administración fiscal condiciona la aplicación de la excepción a que se cumpla la propia regla exceptuada, por lo que, en definitiva, nos encontramos frente a una tautología o, en palabras de la Real Academia, ante una repetición inútil y viciosa. El problema del recurso a la tautología es que sus consecuencias son absurdas”¹¹.

También podríamos creer ver la diferencia entre el abuso y la opción razonable en que el segundo concepto se limita a aquellos casos en los cuales los efectos fiscales concretos están previstos en leyes tributarias, necesariamente deberíamos llegar a la conclusión de que todos los actos y contratos en los que eso no ocurre, pero aún así tienen efectos fiscales más beneficiosos que otro similar, son abusivos. Entonces, por ejemplo, las fusiones internacionales lo serían, debido a que ellas no han sido previstas en la legislación fiscal y tampoco en la legislación común nacional¹². A pesar de ello, el Servicio de Impuestos

⁷ SEGUEL MALAGUEÑO (2019) pp. 225-255.

⁸ BOETSCH GILLET (2016) pp. 96-97.

⁹ SII (Sin fecha).

¹⁰ Oficios SII N° 5.221, de 2003; 6.431, de 2003 y 1.442, de 2011.

¹¹ VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2017) p. 42.

¹² Si bien las fusiones están contempladas en la restricción de la facultad de tasar del artículo 64 del Código Tributario, gran parte de la neutralidad fiscal que ellas tienen es el fruto de las interpretaciones

Internos ha considerado que esos actos pueden ser una opción razonable, por lo que la regulación de los efectos por parte de leyes fiscales no ha sido un elemento incluido en la calificación de esas operaciones¹³.

De manera similar, si nos concentramos en la existencia de regulaciones tributarias expresas, dejarían de ser opciones razonables todos los contratos innominados, que carecen de regulación tributaria y de normativa supletoria a la que recurrir, pero tampoco ha sido este el caso¹⁴, lo que resalta la debilidad de la postura de suponer que la existencia de una legislación fiscal que regule los efectos tributarios es la diferencia entre el abuso y la legítima opción.

De esta manera, en toda una serie de acuerdos en los que se podrían producir efectos fiscales beneficiosos, sean temporales o permanentes, en los que no existe regulación positiva, serían abusivos, por lo que para suscribir acuerdos para el desarrollo de tecnología, de colaboración empresarial, opciones, sobre derechos eventuales, por citar algunos, se requerirían expertos en derecho tributario sancionatorio, considerando la parte infraccional de esta regulación.

Dicho de otra manera, sostener que el elemento que caracteriza a la opción razonable es que sus efectos están expresamente regulados en leyes propiamente fiscales es un argumento que no parece sostenerse en un análisis teórico o práctico, porque lleva a resultados absurdos como los antes indicados.

Adicionalmente, solo ante el desconocimiento de que nuestra ley fiscal expresamente integra sus vacíos con el derecho común¹⁵ y que los casos en los que la ley fiscal establece las consecuencias de una operación o serie de ellas son excepcionales¹⁶, podríamos afirmar seriamente que cualquier opción no regulada expresamente en normas tributarias es abuso, lo que resalta que ese argumento no se sostiene en la teoría ni en la práctica.

Es más, muchos de los casos en los que se han establecido alteraciones al tratamiento fiscal al que se llegaría mediante el derecho común, delatan el desconocimiento del legislador de cómo opera nuestro sistema fiscal.

A modo de ejemplo, en el caso del tratamiento del arrendamiento con opción de compra, si bien las cuotas se rebajaban como gasto del ejercicio en que se devengaban o pagaban, ellas eran un ingreso tributable para la empresa financista en el período del devengo

de normas de derecho común, efectuadas por la antigua Superintendencia de Valores y Seguros. Oficio SII N° 4.565, de 1975 y Oficio SII N° 3.814, de 1976.

¹³ Oficio SII N°42, de 2021 y Oficio SII N°180, de 2020.

¹⁴ Oficio SII N°1.303, de 2018.

¹⁵ VERGARA QUEZADA (2021) pp. 46-79.

¹⁶ Por ejemplo, en el caso de los ingresos no renta del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta se establecen reglas particulares sobre las ganancias de capital obtenidas al enajenar determinados bienes.

o del pago, si ocurría éste primero, por lo que no se quebrantaba el principio de conmutación de ingreso y gastos¹⁷. Por lo mismo, la modificación de esta materia no es más que otra manifestación de la falta de cuidado que el legislador pone en las alteraciones al sistema fiscal¹⁸.

Por otro lado, si intentamos hacer la calificación de abuso solamente midiendo los efectos de las opciones, también llegamos a toda clase de conclusiones absurdas. Por ejemplo, tendríamos que concluir necesariamente que asignar bienes a una empresa individual¹⁹ es un acto elusivo expresamente contemplado en la ley.

A una conclusión como la anterior se llegaría debido a que la institución del empresario individual es autónoma en el derecho impositivo nacional, no teniendo un referente en el derecho común y, por lo mismo, ella solamente produce efectos fiscales²⁰, así que la asignación de bienes a las empresas individuales sería por excelencia una operación abusiva por no producir efectos de ninguna clase distintos de los tributarios.

Algo similar ocurriría con las llamadas sociedades de profesionales, que carecen de una regulación diferente de la que surge de las normas fiscales, por lo que lo único que las diferencia de otras compañías es que se conforman con interpretaciones de la autoridad fiscal, de manera que no producen efectos relevantes fuera del ámbito tributario²¹.

Entonces, los elementos clave para la aplicación de la norma antielusiva general del Código Tributario son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido será, en definitiva, establecido en un proceso de adjudicación, lo cual es extremadamente inadecuado en un sistema jurídico como el nuestro, donde las sentencias no crean una regla generalmente obligatoria, por lo que la administración no se siente vinculada por las decisiones del máximo tribunal y continúa aplicando criterios que son reprochados por él. Además, los miembros de la administración desacatan regularmente los criterios oficiales que les son vinculantes, debido a que rara vez opera el control interno o externo de los actos administrativos. Todo esto da paso a gran inseguridad jurídica que termina afectando negativamente a la economía y, por lo mismo, a las personas que viven en Chile²².

¹⁷ Oficina de Estudios Tributarios. (1960) tomo I p.118.

¹⁸ Efectuados por la Ley N° 21.420 que, además, al disponer que tributará “según su tratamiento financiero contable establecido por el Servicio de Impuestos Internos, mediante resolución, de acuerdo a las normas internacionales de información financiera”, por un lado, integra la ley tributaria con reglas creadas por un centro de estudios extranjero privado y, por otro, remite elementos esenciales de la norma a un acto administrativo, lo que es otra muestra del abandono que el legislador ha hecho del deber de definir el hecho gravado en la ley.

¹⁹ No se debe confundir con la empresa individual de responsabilidad limitada, que crea una persona jurídica distinta de su dueño.

²⁰ ADRIASOLA NAVARRETE (1971) pp.35-36) y VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2017) p. 42.

²¹ BRZOVIC (1995) pp. 513-516.

²² VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2019) pp. 183-185 y 189-192 y VERGARA QUEZADA (2020) pp. 41-52.

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL USO DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS QUE CAREZCAN DE PARÁMETROS OBJETIVOS EN LA LEY

Pasando a la constitucionalidad de estas normas, es necesario indicar que se ha resuelto que los conceptos jurídicos indeterminados “no son reprochables cuando permiten arribar a una sola solución justa en concretas circunstancias, amén de ser justiciables en su aplicación por los tribunales y demás órganos fiscalizadores que realizan control de legalidad sobre los actos de la Administración”²³.

Al efecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “se ha reprobado aquellas leyes que dejan abandonado el goce efectivo de los derechos y libertades a los poderes absolutamente discrecionales que pueda acometer, indeterminadamente, un órgano de la Administración, máxime cuando los motivos que autorizan su actuación sólo dependen de la apreciación libre y subjetiva de los agentes o funcionarios que participan en su aplicación”²⁴.

Por lo antes indicado, se ha resuelto que la “ley es inconstitucional -ha recalcado- cuando amaga o desampara aquellos derechos pasibles de restricciones a consecuencia de habilitaciones inespecíficas conferidas a la autoridad, sin trazar esa ley las pautas o parámetros objetivos y controlables que garanticen que el órgano gubernamental se ha circunscrito a ellos, asumiendo la consecuente responsabilidad cuando los ha transgredido”²⁵.

Entonces, el problema evidente de recurrir a conceptos jurídicos indeterminados que carecen de parámetros dispuestos en la ley, es que la aplicación de la norma no permite un control objetivo, entendido²⁶ ello como la revisión efectuada por parte de un tercero que permite verificar la validez del resultado, para lo que se requieren significados y métodos uniformes, sin los cuales no es posible lograr la igualdad ante la ley, porque diferentes personas llegarán a resultados disímiles²⁷, por lo que la ley tendrá tantos sentidos como funcionarios, jueces o tribunales sean llamados a resolver los casos. Ello, debido a que, en definitiva, la aplicación de estas reglas queda entregada a la valoración que haga quien sea llamado en cada momento a calificar los hechos que se someten a su conocimiento.

Dicho de otra manera, al no existir en la ley elementos que permitan que diferentes personas lleguen al mismo resultado, el destino de un conflicto entre el contribuyente y la administración queda entregado a la apreciación subjetiva de quien tome la decisión correspondiente que, en definitiva, deberá recurrir a sus valores y sentimientos personales para resolver al no existir parámetros en la ley. La gravedad del problema se encuentra en

²³ STC rol N° 2.684 (2015) c. decimoquinto.

²⁴ STC rol N° 3.770 (2018) c. vigesimonoveno, en el mismo sentido rol N° 198, considerando 10°.

²⁵ STC rol N° 2.684 (2015) rol N° c. decimooctavo en el mismo sentido rol N° 389, considerando 25°, doctrina posteriormente aplicada en rol N° 433, considerandos 30°, 31° y 34°.

²⁶ Debido a que la objetividad puede ser entendida de diversas formas. KRAMER (2007) pp. 2 y ss.

²⁷ VERGARA QUEZADA (2021) pp. 46-79.

que se trata de materias que involucran derechos protegidos por la Constitución. Por lo mismo, como veremos, todo esto se opone a los principios que rigen la materia²⁸.

Por lo antes explicado, no es inusual que la normativa antielusiva general del Código Tributario chileno sea una especie de test de Rorschach, que manifiesta las preferencias políticas y sentimientos de justicia de quien lee estas reglas. Es necesario insistir en que esto es grave, debido a que tanto los tributos como las sanciones son una materia que debe ser el fruto de un proceso político, en el que participan los representantes de los afectados por los impuestos y las sanciones, y no debe ser el resultado de un proceso sometido a los valores y preferencias personales de quienes deben resolver los casos. A eso se agrega la inseguridad jurídica que ocasiona la aplicación de impuestos y sanciones sin que sea posible prever qué conductas darán paso a los tributos y a las multas.

Es más, si existieran métodos que permitieran valorar las conductas sin recurrir a parámetros establecidos en un proceso político, este último sería innecesario, por lo que las reglas surgirían de dichos métodos. Por lo mismo, como la moral y la política no son asimilables a las ciencias naturales, hemos desarrollado los procesos políticos para poder establecer, de manera previa a la ocurrencia de un hecho, la regulación del mismo, cuando se afectan derechos de las personas.

Quien converse con especialistas en derecho fiscal chileno sobre la norma antielusiva general del Código Tributario, podrá constatar que no es inusual que hablen de elementos como la intención del contribuyente, la artificialidad de las conductas y el propósito del legislador, a pesar de que ellos no se mencionan en el texto de la regulación nacional. Es más, incluso en la jurisprudencia administrativa del Servicio de Impuestos Internos que se refieren a la materia podremos encontrar menciones a estos elementos.

Por lo mismo, es tan importante analizar los elementos antes mencionados, que son propios del concepto de abuso de la ley desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha creado una institución con un ámbito delimitado y, por lo mismo, útil, debido a que, por un lado, restringe la arbitrariedad al establecer parámetros mínimos para juzgar las conductas de los contribuyentes.

Aquel análisis es importante, debido a que comprender el concepto doctrinal de abuso, que ha sido adecuadamente delimitado, permite prevenir que se cometan errores típicos, como confundir la elusión con el incumplimiento, caer en el activismo político al intentar alterar el resultado del proceso político yendo en contra del propósito del legislador, considerar que existe abuso cuando solamente aplica una legislación al caso, entre otras equivocaciones, si bien básicas, extendidas, que con una preparación mínima se podrían evitar.

²⁸ STC rol N° 759 (2007), STC rol N° 822 (2007).

Como explicamos en otra oportunidad²⁹, en el derecho anglosajón este tipo de conceptos suelen ser considerados no como una regla, sino como un estándar, siendo morigerada la inseguridad jurídica que ellos ocasionan por el sistema del *stare decisis*³⁰.

En contraste con anterior, en Chile la administración tributaria no se inclina ante los fallos de los tribunales y éstos rara vez consideran que las sentencias que dictan constituyen un precedente que merece algún tipo de deferencia³¹, por lo mismo, los conceptos jurídicos indeterminados provocan gran inseguridad jurídica en nuestro sistema jurídico, como ocurrió con el concepto de habitualidad en la Ley sobre Impuesto a la Renta³².

Corresponde ahora revisar de manera sucinta la historia de la normativa que regula la tributación de las acciones con presencia bursátil, para luego revisar cómo ellas pueden ser evaluadas según el concepto de abuso que se utilice.

4. LA TRIBUTACIÓN ESPECIAL DE LAS ACCIONES CON PRESENCIA BURSÁTIL

La historia de la tributación diferenciada de las acciones con presencia bursátil parte en 1998. En esa época, para determinar la tributación del mayor valor obtenido en la venta de cualquier tipo de acciones, era necesario establecer si el vendedor era habitual o no respecto de los títulos respectivos. Si lo era, aplicaba la llamada tributación completa³³. En cambio, si no se calificaba como habitual, tributaba con el impuesto de primera categoría en carácter de único a la renta³⁴. Esto no debe ser visto como una forma de castigar la especulación, debido a que la regla sobre habitualidad solamente intentaba diferenciar las rentas comunes de las ganancias de capital propiamente tales, que eran esporádicas, a diferencia de las rentas, que eran periódicas³⁵.

El año antes mencionado, el legislador hizo extensivo el tratamiento fiscal de las enajenaciones no habituales de acciones a los títulos que tuvieran presencia bursátil, estableciendo ciertos requisitos que buscaban fomentar esas transacciones afectándolas, en

²⁹ VERGARA QUEZADA (2020) pp. 41-43.

³⁰ JAMES (1953) pp.7-8, LARROUMET (2006) pp.181-182 y WARD (2007) pp.167-168.

³¹ VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2019) pp. 166-205.

³² El Servicio de Impuestos Internos señaló que “no es posible determinar anticipadamente el régimen tributario a que quedará sujeto el resultado obtenido en la eventual futura enajenación de las acciones” al considerar todos elementos que consideraba para dar un contenido al concepto jurídico indeterminado de habitualidad. Oficio SII N°2.557, de 2015.

³³ Es decir, el impuesto de primera categoría al momento de la enajenación más el impuesto global complementario o el impuesto adicional -según procediera- al momento del retiro de la renta por un contribuyente de esos tributos.

³⁴ Oficio SII N° 782, de 2000; Oficio SII N° 1.178, de 1999.

³⁵ Surge con el artículo 4° del Decreto Ley N° 330, de 1925, publicado el 18 de marzo de 1925 y a él se recurre en la reforma de 1964. PÉREZ CALDERÓN, PARGA GAZITÚA y PÉREZ CALDERÓN (1966) p. 214. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

la práctica, con un tributo único a la renta de un 15%, que era la tasa del impuesto de primera categoría en esos años.

Respecto del concepto de presencia bursátil³⁶, es posible señalar que él tenía algo de historia en la regulación administrativa de los valores que transan en nuestros mercados³⁷, pero no existían reglas tributarias especiales aplicables al mayor valor que se obtiene al enajenarlos³⁸.

A diferencia de la normativa que vendrá después, esta excluía el mayor valor obtenido por quien había adquirido las acciones mediante suscripción, lo que, en la imprecisa jerga utilizada desde entonces, se llamaba “de primera emisión”. En rigor, se buscaba limitar el beneficio al llamado mercado secundario, sin poner límites al momento de la adquisición, en la medida que ella se hubiera realizado en una bolsa. Por su parte, la enajenación de los títulos debía acontecer entre el año comercial 1998 y el 2001 inclusive, por supuesto, a través de una operación de bolsa.

El tratamiento tributario de estas operaciones era anual y optativo, debiendo el contribuyente someter, cada año que duró el sistema, el resultado de todas las transacciones susceptibles de acogerse a esta normativa a la misma o al régimen general. Además, la regulación contemplaba otras restricciones que no es del caso analizar.

Respecto del objeto del tributo, a saber, acciones emitidas por sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil, se disponía que, para “estos efectos se entenderá que tienen presencia bursátil aquellas acciones que a la fecha de su adquisición cumplan con las condiciones necesarias para ser objeto de inversión de los fondos mutuos, de acuerdo a lo establecido en el N° 1 del artículo 13° del Decreto Ley N° 1.328, de 1976”.

Si bien la remisión antes transcrita, que se hace a una normativa positiva especial, permitía a grandes rasgos establecer el tipo de instrumentos que se sometían a este régimen, la regulación no era lo suficientemente detallada, por lo que se debía recurrir a instrucciones emitidas por la autoridad administrativa sectorial para delimitar el concepto de presencia bursátil³⁹. Adicionalmente, otros aspectos de la aplicación práctica de estas reglas quedaban

³⁶ Ley N° 19.578, de 1998, que en su artículo segundo transitorio contemplaba la regulación comentada.

³⁷ El concepto no era novedoso cuando fue utilizado por la ley fiscal. Así, ya a principios de la década de 1980 el concepto de presencia bursátil daba cuenta de la liquidez de un título, que se producía por los montos de las transacciones efectuadas y de la periodicidad con que ellas habían ocurrido. Norma de Carácter General SVS N°12, de 1982.

³⁸ Recordemos que, en los hechos, la Bolsa de Corredores de Valparaíso nació el año 1880. Su sucesora, la Bolsa de Corredores-Bolsa de Valores, entró en liquidación. En 1894 se creó la Bolsa de Comercio de Santiago. Por su parte, la Bolsa Electrónica de Chile comienza en 1989. CONSIGLIERE CAPURRO (2010) pp. 311-314; COUYOUMDJIAN, MILLAR y TOCORNAL (1993) pp. 45-46, 212, 134-135 y 652); Resolución Exenta CMF N°4.476, de 2018 y Diario Oficial, 18 de marzo de 1989.

³⁹ Circulares SVS N°481, de 1985, N°804, de 1988 y Norma de Carácter General N° 103, de 2001.

sometidos a instrucciones de la autoridad fiscal⁴⁰. Esta será la tónica de esta regulación, que deja elementos fundamentales del hecho gravado, como es el concepto de presencia bursátil, sometido a los cambios que desee implementar la autoridad administrativa mediante reglas infra legales.

Es interesante que, al no existir una limitación expresa respecto de las sociedades constituidas fuera del país, se admitió que se sometieran a ese tratamiento a los títulos de compañías extranjeras que transaban en las bolsas locales⁴¹. Al respecto, es necesario recordar que, para efectos de la ley impositiva, las acciones se entienden situadas en el lugar de constitución de la compañía que las emite⁴², por lo que, cuando una bolsa local transa acciones extranjeras, está intermediando bienes que no está situados en Chile para efectos tributarios, por lo que si el vendedor y el comprador carecen de domicilio y residencia en el país, solamente la comisión del corredor estará gravada en Chile. De esta manera, los domiciliados y residentes en Chile, que debían pagar impuestos por sus rentas de fuente mundial⁴³, podían transar acciones de compañías extranjeras y, en la medida que ellas tuvieran presencia bursátil y se cumpliera con los requisitos generales, se aplicaba esta regulación preferencial.

El año 2001 se introduce un cambio más profundo⁴⁴ que buscaba fomentar el desarrollo del mercado de capitales. Para ello, entre otras materias, se reguló por primera vez la tributación de quien presta los títulos que se transan en la llamada venta corta de acciones, estableció la tributación de las acciones con presencia bursátil en el nuevo artículo 18 ter de la Ley sobre Impuesto a la Renta y se extendió el beneficio a los fondos mutuos que invirtieran en los títulos anteriores en el artículo 18 quater de la misma ley.

Adicionalmente, debido a que el legislador se limitó a decir que el mayor valor de los títulos del artículo 18 ter no estaban gravados, el Servicio de Impuestos Internos entendió que se trataban de rentas exentas y no de ingresos no renta. Por ello, fue necesario precisar que, en rigor, se buscaba que fuera un ingreso no constitutivo de renta el mayor valor obtenido al enajenar estas acciones, lo que fue objeto de una modificación que, evitando resolver de manera clara el problema, se limitó a establecer que el mayor valor “no se gravará con los impuestos de esta ley, ni se declarará”⁴⁵.

La ley contempló la posibilidad de que las acciones adquiridas antes del 20 de abril de 2001 pudieran pagar el impuesto único del régimen anteriormente comentado, con lo que

⁴⁰ Circulares SII N°8, de 2001; N°59, de 1998 y N° 71, de 1998.

⁴¹ Oficio SII N°448, de 2000.

⁴² Conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

⁴³ La excepción es el caso de los extranjeros por los primeros tres años de residencia en el país del art. 3 inc. segundo de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

⁴⁴ Ley N° 19.768, de 2001.

⁴⁵ Ley N° 19.801, de 2002.

el mayor valor que resultara sobre el valor de mercado sobre el que se pagaba el gravamen sería un ingreso no constitutivo de renta⁴⁶.

De esta forma, el artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.768, que incorporó el antiguo artículo 18 ter, cuyo texto se encuentra contenido en el actual artículo 107 de la LIR, estableció expresamente que dicho tratamiento tributario especial regía desde el 7 de noviembre de 2001⁴⁷ y solamente respecto de las acciones que hubieren sido adquiridas con posterioridad al 19 de abril de 2001.

No obstante lo anterior, el artículo 2° transitorio de dicha ley estableció que los accionistas de sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil que hubieran adquirido dichas acciones⁴⁸ hasta el 19 de abril de 2001, podían igualmente acogerse a la exención contenida en el actual artículo 107 de la LIR respecto de futuras enajenaciones que cumplan con los restantes requisitos establecidos por esa norma, siempre que se hubiere pagado en su oportunidad el impuesto de primera categoría en carácter de impuesto único⁴⁹, sobre el mayor valor devengado por dichas acciones desde la fecha de su adquisición y hasta el 19 de abril de 2001. Los contribuyentes que optaron por acogerse a lo señalado precedentemente, debían declarar su intención al SII hasta el día 7 de febrero del año 2002,⁵⁰ proporcionando la información respectiva en la forma que este organismo la requiriera.

La regulación vigente tiene incorporada la posibilidad de acogerse a este beneficio en el caso de que las acciones se adquirieran antes de la apertura en bolsa de la sociedad emisora. En este caso, solamente una parte del valor se puede acoger al régimen. Esta regla es mucho más flexible que la que se implementó cuando el régimen comentado se volvió permanente y se pasó del impuesto de primera categoría en carácter de único al ingreso no renta, era necesario pagar el impuesto por el mayor valor existente al momento de la elección para que las acciones se pudieran acoger a este régimen.

Por otra parte, y a diferencia de lo que ocurrió con la ley comentada en el acápite anterior, respecto de la cual no se hicieron comentarios relevantes durante la tramitación de

⁴⁶ Ley N° 19.768, artículo primero transitorio.

⁴⁷ Fecha de publicación de dicha ley en el Diario Oficial.

⁴⁸ Y que hubieran sido adquiridas en una bolsa de valores, en un proceso de oferta pública de adquisición de acciones regida por el Título XXV de la Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores o en una colocación de acciones de primera emisión.

⁴⁹ Para efectos de determinar el mayor valor, el costo de adquisición se debía calcular en la forma indicada en el artículo 17°, N° 8, de la LIR, considerando como valor de referencia el promedio ponderado de las transacciones bursátiles que se hayan realizado dentro de los 60 días hábiles anteriores al 19 de abril de 2001, el cual se entenderá como valor de adquisición de las acciones para los efectos de determinar el mayor valor exento en enajenaciones posteriores. Con todo, aquellos contribuyentes que como resultado del cálculo anterior, determinaban un monto inferior al valor de adquisición reajustado de sus acciones, podían igualmente acogerse a la exención del artículo 18° ter, antes señalado, siempre que informen de tal circunstancia al SII hasta el día 7 de febrero del año 2002.

⁵⁰ Circular N° 99, de 2001, del SII, complementada por la Circular N° 8 de 2002, y la Resolución Exenta SII N° 55 de 2001.

la ley, ahora existió mayor interés en participar en la discusión de estas normas, por lo que la Comisión de Hacienda del Senado hizo suyas las palabras del mensaje del Ejecutivo, que daban cuenta de aspectos importantes del sistema tributario nacional.

Así, se señaló que “si bien el sistema tributario nacional reconoce como uno de sus principios rectores el que los impuestos personales se aplican al momento del retiro de las utilidades de la empresa y que, en muchos casos, para mantener la integridad del sistema tributario, el impuesto a las ganancias de capital puede ser útil al evitar, por ejemplo, la evasión del pago del impuesto de primera categoría, no es menos cierto que su existencia puede castigar las decisiones de compra y venta de activos. De ello, prosigue, se puede derivar un impacto negativo que afecte tanto a la liquidez como a la profundidad del mercado de capitales, ambos elementos cruciales para atraer nuevos inversionistas”⁵¹.

Tras ello, se agrego que el Ejecutivo explicó que “cuando el precio de las transacciones es competitivo y refleja las condiciones de mercado, como sucede con las acciones de alta presencia bursátil, este impuesto deja de ser necesario para proteger el sistema tributario”⁵². Vale la pena anotar que, cuando la OCDE encuestó a las autoridades de sus países miembros respecto de los motivos para establecer los impuestos a las ganancias de capital de los individuos, de manera similar se citó principalmente proteger la base imponible⁵³.

Uno de los aspectos de relevancia de esta regulación quedó plasmado en la discusión parlamentaria, en la que se dijo que respecto de la eliminación del impuesto a la ganancia de capital para acciones de alta presencia bursátil se explicaba porque se refería a títulos “cuyo precio es suficientemente transparente y que habitualmente se transan en la bolsa de comercio nacional”⁵⁴.

Sin embargo, es necesario tener presente los límites de esos propósitos, que quedan de manifiesto en las normas no aprobadas, debido a que algunos aspectos de esta regulación serán luego cuestionados, pero aquellas impugnaciones no tendrán fundamentos en la historia fidedigna del establecimiento de esta normativa. Concretamente, durante la tramitación de la ley algunos parlamentarios querían establecer limitaciones adicionales para el “caso específico de los controladores, [señalando que] se establece que para poder acogerse a la exención tributaria tienen que enajenar el control a través de una oferta pública de acciones, ello porque se estima que los precios deben ser cien por ciento transparentes para que la exención opere, por eso se pide bolsa, y en transacciones de controladores, aunque sean a través de bolsa, no se puede garantizar que el precio sea completamente bien formado, en términos de que sea precio de mercado”⁵⁵.

⁵¹ Historia de la Ley N°19.768. p. 77.

⁵² Historia de la Ley N°19.768, p. 77.

⁵³ OCDE (2006) pp. 8-9.

⁵⁴ Historia de la Ley N°19.768 p.97.

⁵⁵ Historia de la Ley N°19.768 p. 117.

Por su parte, el ministro de Hacienda “manifestó su desacuerdo con la indicación, señalando que cuando se trata de venta de paquetes de acciones, donde se da la figura de poder de mercado, es en la práctica relativamente fácil obtener por esas acciones un precio distinto al que podrían obtener en conjunto los otros accionistas minoritarios. Recordó que se legisló sobre el particular en la ley que reguló las ofertas públicas de acciones, precisamente porque se puede producir, en virtud del poder de mercado, una situación de colusión entre comprador y vendedor, que logre llevar a un precio distinto del que garantizan los fundamentales de la firma”⁵⁶.

Prosiguió la intervención diciendo “que la venta de paquetes accionarios a un precio distinto, superior al de mercado, puede dar lugar a operaciones triangulares que impliquen, en la práctica, acogerse al beneficio de la exención de las ganancias de capital como una forma de transformar utilidades, que son gravables, en ganancias de capital, que no lo son. Ello podría originar perjuicio al Fisco, aseguró, y por eso el Gobierno sólo acepta la exención del impuesto a las ganancias de capital cuando el control se ha cedido mediante una operación de oferta pública de acciones”⁵⁷.

En definitiva, el legislador no restringió el beneficio tributario respecto de los controladores. Respecto de los temores de ventas a precios superiores a los corrientes en plaza, es posible señalar que en el N° 8 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, existe una norma que faculta al Servicio de Impuestos Internos tasar las diferencias que sean notoriamente superiores al valor corriente en plaza, a las que el artículo 21 de la misma ley les aplica un impuesto con una tasa del 40%.

Entonces, como suele ocurrir en el foro público, la calificación de elusiva de la venta debido a que la hacía uno de los principales accionistas, solamente daba cuenta de las preferencias políticas de que quienes las efectuaban⁵⁸ que, en definitiva, intentaban modificar el resultado del proceso de formación de la ley, presionando a la autoridad fiscal para que aplicara la ley apartándose del método establecido en el Código Civil, que exige la comprobación empírica del espíritu de ella⁵⁹.

El año 2009 se agregó el Título VI a la Ley sobre Impuesto a la Renta, llamado disposiciones especiales relativas al mercado de capitales⁶⁰, en el que no se incluyeron las normas sobre tributación de las acciones con presencia bursátil. Para ello será necesario esperar hasta el año siguiente.

Durante el 2010 fue derogado el artículo 18 ter de la Ley sobre Impuesto a la Renta, junto con las demás disposiciones que, a pesar de que se referían al mercado de valores, no

⁵⁶ Historia de la Ley N° 19.768 p. 126.

⁵⁷ Historia de la Ley N° 19.768 p. 126.

⁵⁸ Diario Financiero (2018).

⁵⁹ SII. (2018).

⁶⁰ Ley N°20.343, de 2009.

habían sido incorporadas al título creado el año anterior. De esta forma, el grueso del texto de la norma derogada pasó al artículo 107.

De esta manera, la derogación era solamente nominal, pasando esta ley de ser similar a las antiguas disposiciones que facultaban al presidente de la República para refundir los textos vigentes, sin modificarlos. Entonces, en lo sustancial el artículo 107 conserva el tratamiento tributario que antes estaba previsto en el artículo 18 ter.

En virtud de lo anterior, el Servicio de Impuestos Internos señaló en diversos pronunciamientos⁶¹ que las instrucciones emitidas⁶² respecto al tratamiento tributario de las acciones de canje recibidas en un proceso de fusión por incorporación de sociedades anónimas bajo el derogado artículo 18 ter se encuentran vigentes y son plenamente aplicables a las normas del artículo 107 N° 1) de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Para evitar confusiones, la Ley N° 20.466 fijó el sentido y alcance de este cambio, estableciendo de manera expresa que cualquier referencia que en las leyes se haga al derogado artículo 18 ter debe entenderse efectuada al artículo 107, de la LIR⁶³.

Por último, si bien el mensaje del Ejecutivo señaló que “el proyecto intenta facilitar la integración financiera del mercado de capitales chileno y, en ese sentido, introduce una serie de medidas de incentivo para que extranjeros puedan aprovechar las ventajas de nuestro país para invertir en Chile o realizar transacciones financieras desde Chile hacia el mundo”⁶⁴, debido a de una indicación del propio Ejecutivo⁶⁵, esta regulación pasó a exigir de manera expresa para la aplicación del nuevo régimen que la sociedad emisora estuviera constituida en Chile, con lo que se excluyeron a los títulos extranjeros con presencia bursátil que, hasta esa fecha, se podían beneficiar con el tratamiento de esta regulación.

Al respecto, es necesario recordar que el día 8 de septiembre de 2009, las bolsas y los custodios de valores de varios países sudamericanos suscribieron un acuerdo de intención que buscaba la integración de los mercados de renta variable, lo que se tradujo en un acuerdo de integración bursátil firmado el 9 de noviembre de 2010⁶⁶, que comenzó a operar el 30 de mayo de 2011⁶⁷. Esta integración, que se pasó a llamar Mercado Integrado Latinoamericano, quedó entonces excluida de los beneficios de esta regulación.

⁶¹ Oficio SII N°1.875, de 2017, Oficio SII N°1.076 de 2017 y Oficio SII N°3.298, de 2015.

⁶² Circular SII N°35, de 2008.

⁶³ Publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 2010.

⁶⁴ Historia de la Ley N° 20.448 p. 5.

⁶⁵ Historia de la Ley N° 20.448 p. 296.

⁶⁶ Bolsa de Valores de Lima, CAVALL, Bolsa de Comercio de Santiago, DCV-Depósito Central de Valores, Bolsa de Valores de Colombia y el Depósito Centralizado de Valores de Colombia-DECEVAL. A ellas el 2014 se agregó la Bolsa Mexicana de Valores e INDEVAL. Bolsa de Comercio Santiago (2011) p. 9.

⁶⁷ Superintendencia de Valores y Seguros (2011).

El año 2011 se establecen algunos parámetros legales⁶⁸ que la autoridad administrativa debe considerar para establecer que existe presencia bursátil⁶⁹. Sin embargo, sigue siendo una autoridad administrativa la que, en definitiva, fija “a través de una norma de carácter general”, como reza la ley, los requisitos para que un título pueda ser considerado con presencia bursátil y, en consecuencia, tenga un tratamiento fiscal determinado.

Sin embargo, se crea la presencia ajustada, que pasa a ser la regla general y es bastante objetiva, y se calcula aplicando dos reglas.

La primera exige que dentro de los últimos 180 días hábiles bursátiles anteriores al día que se refiere el cálculo, se determinará el número de días en que las transacciones bursátiles hayan alcanzado un monto mínimo por el equivalente en pesos a mil UF, conforme al valor que tenga dicha unidad en cada uno de esos días.

La segunda exige dividir el número anterior por ciento ochenta y el cociente así resultante se multiplicará por cien, quedando expresado en porcentaje.

La remisión del concepto de presencia bursátil a una instrucción administrativa se hizo notar en la discusión en el congreso, donde se dijo que, hasta esa fecha, “la presencia bursátil es una determinación esencialmente emanada de la autoridad administrativa, llevada adelante a través de resoluciones generales que pueden ser cambiadas, por sí y ante sí, por dicha autoridad. En otras palabras, la profundidad de la presencia bursátil, los montos que se deban transar y los períodos pueden ser cambiados por la autoridad administrativa”⁷⁰.

Como indicamos antes, desde el punto de vista de la legalidad no es conveniente que la ley deje a la autoridad administrativa fijar y modificar elementos esenciales del hecho gravado, por lo que, si bien la regulación mejoró en relación con el estado anterior, en definitiva, el beneficio queda a merced de una decisión administrativa, que lo puede ampliar o restringir sin violar la norma que, en rigor, le proporciona un ámbito de discrecionalidad al no establecer los parámetros que permiten una aplicación objetiva de aplicar solo la ley. Es decir, si bien la regla puede ser inconstitucional, su ejercicio bajo ciertos parámetros de discrecionalidad puede ser perfectamente legal, lo que es una muestra del problema de fondo, que es radicar en una autoridad administrativa la facultad de fijar una política pública que debería haber sido establecida por ley.

Respecto de la extensión de los beneficios fiscales a los accionistas principales, también se debe resaltar que, como lo reconocieron los que presentaron mociones que no prosperaron, “no se recogió un punto que, a mi juicio, es relevante, cual es que todos los cocientes resultantes de toda la operación que está definida en la ley con criterios mínimos tenga, como mínimo -valga la redundancia-, que los valores de la acción que se pretende de presencia bursátil se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o

⁶⁸ En el artículo 4° bis de la Ley N° 18.045.

⁶⁹ Ley N° 20.552, de 2011.

⁷⁰ Historia de la Ley N° 20.552 p.73.

posean menos del 10 por ciento del total y que no estén relacionados con los controladores”⁷¹.

Continuó la exposición indicando que la “presencia bursátil es compleja cuando se trata de acciones controladas, como ocurrió en los ejemplos que di; sin embargo, hay muchos otros, como cuando una sola mano tiene el 98 ó 99 por ciento. Me parece que lo que los economistas llaman *free fraud* [sic] se complejiza. En ese sentido, deberíamos buscar una limitación y, como señalé, hay instancias procesales para hacerlo. Creo que eso no perjudica y no amarra al mercado, porque si el mercado de los controladores quiere seguir siendo dueño del 99 por ciento, cuestión que es legítima, podrán hacerlo y nada se los impide, pero no pidan beneficios tributarios para justificar abrirse a la bolsa cuando se posee ese control de una empresa”⁷².

Respecto del llamado *market maker* pasó algo similar y, refiriéndose a una regla no aprobada, por lo que “no figura en el comparado porque el Senado la dejó exactamente igual, no obstante que varios diputados, entre los que me encuentro, pedimos a los senadores que la modificaran”, se dijo que el “hecho de que haya un contrato entre un emisor y un denominado *market maker* no reemplaza la verdadera liquidez, no impide que el controlador y los accionistas mayoritarios sean dueños del 99 por ciento de las acciones”⁷³.

Al efecto, respecto de las normas que no se aprobaron, se reiteraron los deseos de los parlamentarios derrotados en esto, en el sentido de que “debemos asegurarnos de que el beneficio vaya a acciones de empresas que tengan verdadera liquidez mínima, el denominado *free float* mínimo. Dicho en otras palabras, un porcentaje de las acciones en poder de accionistas no relacionados, que posea cada uno menos del 10 por ciento de las acciones, que sea superior al número decisivo”⁷⁴.

Es importante resaltar la posición que no prosperó en la discusión del proyecto de ley, porque cuando, para interpretar este tipo de normativas se recurre a espíritus ficticios o interesados que, como ha ocurrido en este caso, se alega que los mayoritarios no se deben beneficiar con el beneficio porque ello iría en contra del espíritu de la ley, lo que en rigor se hace es tratar de modificar el resultado de proceso político por esa vía.

Adicionalmente, se estableció que los requisitos de presencia bursátil se podrán obtener “en virtud de contratos que aseguren la existencia diaria de ofertas de compra y venta de los valores, por la cuantía, tiempo y condiciones que defina la” autoridad administrativa. Es decir, la historia de la ley da cuenta de que se permite que el cumplimiento de los supuestos de hecho de la regla se logre por un medio que, estrictamente hablando, es artificioso.

⁷¹ Historia de la Ley N°20.552 p. 74.

⁷² Historia de la Ley N°20.552 p. 74.

⁷³ Historia de la Ley N° 20.552 p. 237.

⁷⁴ Historia de la Ley N° 20.552 p. 237.

Durante las reformas de los años 2014 y 2016 se excluyen del ingreso no constitutivo de renta a algunos títulos, pero se mantiene el régimen de las acciones con presencia bursátil.

El año 2020 se hicieron otras modificaciones a este régimen que veremos en este acápite junto con el tratamiento vigente a partir de ese año, que concluye en septiembre de 2022⁷⁵.

El artículo 107 N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, clasifica como un ingreso no constitutivo de renta el mayor valor obtenido en la enajenación de acciones de sociedades anónimas abiertas constituidas en Chile con presencia bursátil, en tanto se cumplan los requisitos que pasamos a precisar.

En primer lugar, quien enajena los títulos debe haberlos adquirido (1) en una bolsa de valores chilena autorizada por la Comisión para el Mercado Financiero, (2) en una oferta pública de acciones, (3) en la constitución de la sociedad, (2) en un aumento de capital (3) en un canje de valores de oferta pública convertibles en acciones, (4) en un rescate de valores conforme a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En segundo lugar, es necesario que la compañía emisora de los títulos sea (1) una sociedad anónima abierta y (2) que las acciones tengan presencia bursátil. La presencia bursátil se determinará conforme a las normas de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores y, como adelantamos, en ello son fundamentales las instrucciones de la antigua Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero, en particular, la Norma de Carácter General N° 327, de 17 de enero de 2012, que establece los requisitos para que un valor pueda ser considerado con presencia bursátil.

Al respecto, la presencia bursátil ajustada es la regla general para acceder a este beneficio y, según indica el artículo 4 bis de la Ley N° 18.045, esta presencia ajustada de un valor para un día determinado se calcula de la siguiente forma:

- a) Dentro de los últimos 180 días hábiles bursátiles anteriores al día que se refiere el cálculo, se determinará el número de días en que las transacciones bursátiles hayan alcanzado un monto mínimo por el equivalente en pesos a 1000 UF, conforme al valor que tenga dicha unidad en cada uno de esos días.
- b) Dicho número será dividido por ciento ochenta y el cociente así resultante se multiplicará por cien, quedando expresado en porcentaje.

También se considera que un instrumento tiene presencia bursátil, cuando los valores que se transen cuenten con un *market maker*. Este concepto hace referencia a la contratación de alguna corredora de bolsa, la cual, en el evento de cumplir con los requisitos que la mencionada norma señala, permitiría considerar que dichos valores tienen presencia bursátil.

⁷⁵ Modificaciones de la Ley N° 21.210, de 2020 y de la Ley 21.420, de 2022.

La Ley N° 21.210 restringió el uso de los contratos de *market maker*, estableciendo en el artículo 110 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que el ingreso no constitutivo de renta por la ganancia de capital obtenida por la enajenación de valores a que se refiere el art. 107, sólo aplicará por el plazo máximo de un año contado desde la primera oferta pública que realice el emisor, posterior a su inscripción en el registro de emisores de valores de la Comisión para el Mercado Financiero, cuando la presencia bursátil se debe sólo por el uso de este tipo de contrato.

Asimismo, para aquellos emisores que se encontraban inscritos en el registro de emisores de valores de la Comisión para el Mercado Financiero con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.210, su artículo vigésimo sexto transitorio estableció que el plazo de un año antes referido –para enajenar las acciones y acceder al tratamiento del artículo 107, N° 1, de la LIR– se computa a partir del 1° de marzo de 2020.

En tercer lugar, respecto de la enajenación de las acciones, ella debe ser efectuada (1) en una bolsa de valores del país autorizada por la Superintendencia de Valores y Seguros, (2) en un proceso de oferta pública de adquisición de acciones, o (3) en un aporte de valores acogidos a lo dispuesto en el artículo 109 Ley sobre Impuesto a la Renta.

5. USO DE LAS PÉRDIDAS EN CONTRA DE LOS INGRESOS DEL MISMO RÉGIMEN

Si derivan pérdidas de la enajenación en bolsa o fuera de ella de estos títulos, solo serán deducibles de los ingresos no renta del contribuyente. Al respecto, el N° 5, del comentado artículo 107, establece que las “pérdidas obtenidas en la enajenación, en bolsa o fuera de ella, de los valores a que se refiere este artículo, solamente serán deducibles de los ingresos no constitutivos de renta del contribuyente”⁷⁶.

El Servicio de Impuestos Internos ha interpretado que la restricción anterior solamente es aplicable a valores que tienen presencia bursátil al momento de su enajenación, o bien, a aquellos que sean enajenados dentro de los 90 días siguientes a aquel en que el título o valor hubiere perdido presencia bursátil⁷⁷.

Es decir, conforme a lo antes indicado, si las cuotas dejaron de tener presencia bursátil por más de 90 días, la eventual pérdida que se produzca al momento de su enajenación debería sujetarse al régimen general, debido a que la restricción prevista en el N° 5 del artículo 107 de la Ley sobre Impuesto a la Renta solamente aplica a títulos que, a la fecha de su enajenación (dentro o fuera de bolsa), cumplen con los requisitos previstos en el artículo 107.

En consecuencia, si perdieron su presencia bursátil por más de 90 días, su enajenación debería sujetarse al régimen general del impuesto de primera categoría.

⁷⁶ Regla establecida el año 2010 por la Ley N° 20.448.

⁷⁷ Oficio SII N°495, de 2015.

Lo antes indicado ocurre debido a que la restricción contemplada en el N° 5 del artículo 107 de la LIR se aplica solamente a las enajenaciones de títulos que tengan presencia bursátil, y a las enajenaciones ocurridas durante los 90 días siguientes a la fecha en la que dejaron de tener dicha presencia.

6. ANÁLISIS DEL ABUSO EN RELACIÓN CON LAS NORMAS APLICABLES A LAS ACCIONES CON PRESENCIA BURSÁTIL

Si no somos capaces de definir con mediana precisión los conceptos básicos de planificación, abuso, simulación o delitos tributarios, sea porque se cae en tautologías o porque solamente se dice que esos conceptos son diferentes, pero no se precisa qué es realmente lo que los distingue, es bastante difícil afirmar que se está realizando un análisis útil. Por lo mismo, partiremos señalando qué es lo que diferencia esos conceptos.

Sin perjuicio de lo indicado, es necesario resaltar que en esta materia siempre existirá algún ámbito de incertidumbre porque, al decir del profesor Pablo Rodríguez Grez, cuando recurrimos al propósito de las reglas, vamos más allá de la ley⁷⁸. A pesar de ello, el concepto de abuso del sistema de justicia europeo es el que permite evitar los errores más usuales que se aprecian en esta materia⁷⁹, por lo que recurriremos a él como referente para analizar las normas nacionales aplicadas a casos concretos, de manera de no quedarnos, al decir de Von Ihering, en el cielo de los conceptos jurídicos, que no resiste ningún tipo de interacción con la realidad⁸⁰.

Partamos con la definición clásica de elusión del *Glosario de términos tributarios* de la OCDE, la cual indica que se trata de un “término difícil de definir pero que es generalmente usado para describir los arreglos de los asuntos de los contribuyentes que intentan reducir su obligación tributaria y, aunque el arreglo puede ser estrictamente legal, usualmente está en contradicción con la intención de la ley que pretende seguir”⁸¹.

Es posible apreciar de la definición transcrita dos elementos. El primero es la intención del contribuyente, en este caso dirigida a reducir su carga fiscal. Sin embargo, este primer elemento también está presente en la definición de planificación fiscal de esa misma organización internacional. Entonces, se requieren más elementos para evitar confundir la elusión con el estudio detallado de cómo organizar los asuntos del contribuyente de manera de reducir su carga fiscal⁸².

Por lo mismo, la definición de elusión de la OCDE contiene un segundo elemento que se agrega a la intención de reducir la carga fiscal. Este elemento es la conformidad de la

⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ (2004) pp. 13-64.

⁷⁹ Un análisis más detallado se puede consultar en VERGARA QUEZADA (2017) pp. 57-97.

⁸⁰ VON IHERING (2015) pp.277-348.

⁸¹ Traducción propia del término *avoidance* del *Glossary of Tax Terms*. OCDE (sin fecha).

⁸² Ver la definición de la expresión *tax planning* en el mencionado *Glossary of Tax Terms*.

conducta del contribuyente con la letra de la ley pero su disconformidad con el propósito de ella.

Pasando al concepto de abuso a la ley en el derecho europeo, que es aplicable a la elusión tributaria⁸³, es posible indicar que a él se agregó un tercer elemento que debe demostrarse junto a los otros dos. Así, los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exigen la artificialidad de la conducta, que no se debe confundir con la falsedad. Es decir, el contribuyente se debe poner en las circunstancias de hecho de la norma más beneficiosa, pero lo debe hacer por medios artificiosos. Por lo mismo, el abuso permite dejar de aplicar las reglas más beneficiosas “pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa”⁸⁴.

Es necesario recordar en este punto que la regulación nacional calificó como elusión a la simulación, que es una declaración de voluntad de contenido no real, emitida conscientemente por las partes, con la finalidad de engañar a terceros, para producir la apariencia de un acto que no existe o es diverso del real⁸⁵. Como se aprecia de lo previamente explicado, en el caso del abuso los hechos siempre son reales, por lo que la diferencia entre las instituciones es evidente a partir de ese punto.

Lo anterior sirve para resaltar la diferencia del abuso y los delitos. Al respecto, no se debe cometer el aberrante error de creer que ellos se diferencian del abuso por la presencia del dolo, porque el dolo o malicia no es un elemento del tipo penal, debido a que no describen conductas.

Al respecto, debemos resaltar que los hechos punibles son conductas del hombre, que son sancionadas con una pena por la ley. Por este motivo, el Código Penal define delito como toda acción u omisión voluntaria penada por la ley⁸⁶. Por su parte, en nuestro derecho el dolo o malicia se relacionan con la culpabilidad, la que implica que no es posible castigar a alguien que ha realizado la conducta típica, a menos que esos actos le puedan ser reprochados y, pudiendo obrar de una forma diferente, decidió realizar la conducta que previamente estaba sancionada en la ley⁸⁷.

Es decir, lo que diferencia a los delitos de la elusión es que los primeros requieren que la ley describa una conducta y le asigne una pena, sin que la conducta pueda ser la malicia, debido a que ella, sin describir una conducta, se relaciona con la culpabilidad del actor y no con el hecho punible.

⁸³ El tema es abordado en extenso en SAYDÉ (2016).

⁸⁴ *Skatteministeriet con T Danmark e Y Denmark Aps.* (2019) apartado 97.

⁸⁵ DIEZ DUARTE (1982) pp.60-64, NIÑO TEJEDA (1991) p. 74, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA y VODANOVIC HACKLICKA (2011) Tomo II pp.360-361 y ABELIUK MANASEVICH (2014) Tomo I p.185.

⁸⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2015) pp.157-158.

⁸⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA, RAMÍREZ GUZMÁN (2015) p. 243 y VAN WEEZEL (2011) pp. 5-11.

Para dar un ejemplo que permita explicar lo absurdo que es creer que el dolo o la malicia pueden describir un hecho punible, basta pensar en una regla que disponga que quien almuerce, suba el ascensor, abra la ventana o camine por la vereda, o cualquier otra conducta arbitrariamente seleccionada, la realice “dolosamente”, será sancionado con presidio menor. Como se puede apreciar, en rigor, en semejantes casos no existe diferencia entre la conducta sancionada y la que no lo está, a menos que caigamos en otro absurdo, que es creer que los actos no están sancionados si ellos se realizan por error o sin pensar, como si se tratara de delitos culposos o actos de un sonámbulo.

Así las cosas, otro de los problemas graves de la regulación vigente es que calificó como elusión a la simulación, a pesar de que ella estaba sancionada previamente como delito tributario. No nos ocuparemos de este tema en este trabajo, considerando el análisis existente de la materia⁸⁸.

Hechas las precisiones de rigor, pasamos a revisar con mayor detalle los tres elementos que -copulativamente- deben ser acreditados por la administración fiscal⁸⁹ para que, en el sistema europeo de justicia, sea posible sostener que existe abuso de las leyes.

Esto nos permitirá analizar los defectos de la regulación vigente en Chile, revisando con detención el caso de las acciones con presencia bursátil, junto con otros en los que se han presentado problemas similares.

6.1. LA INTENCIÓN DEL CONTRIBUYENTE DE APROVECHAR UNA NORMA MÁS BENEFICIOSA

El primer elemento del concepto de abuso a la ley que analizaremos es la selección por parte del contribuyente de una normativa más beneficiosa. Ello implica que, en el caso respectivo, se debe demostrar que “de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal”⁹⁰.

Pero no se debe olvidar que este es solo el primer elemento del concepto de abuso del derecho europeo ya que, como se ha resuelto en casos de selección del domicilio, “la circunstancia de que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de dicha libertad”⁹¹.

⁸⁸ VERGARA QUEZADA (2016a) pp. 223–276.

⁸⁹ Por regla general, quien alega el abuso lo debe demostrar. *Centros Ltd. con Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (1999) apartados 29 y 38, *Lankhorst-Hohorst GmbH con Finanzamt Steinfurt* (2002) apartado 38 y *Emsland-Stärke GmbH con Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (2000) apartado 39.

⁹⁰ *CEJ, Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (2006) apartado 37.

⁹¹ *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd con Commissioners of Inland Revenue* (2006) apartado 81.

Debemos también destacar que este requisito permite excluir el error de creer que estamos frente al abuso cuando solamente es aplicable una normativa, lo que descarta las equivocaciones más básicas que, por ejemplo, confunden la planificación de las actividades normales de la empresa y el conocimiento de las normas aplicables a ellas con el abuso.

A modo de ejemplo, bajo la normativa previa a la Ley N° 21.420, las reglas del derecho común determinaban quién se consideraba dueño de un bien financiado con un leasing, lo que implicaba que la institución financiera era la dueña de él, mientras que el arrendatario era el mero tenedor del mismo. Por lo mismo, no era abuso que, planificando la venta de esos bienes, el arrendatario los comprara y pidiera la factura al financista de manera previa a venderlos a un tercero. Esto era una planificación básica, que prevenía el absurdo de que el débito fiscal del IVA surgiera antes que el crédito de dicho gravamen. Es decir, si se vendía antes de comprar, lo que es perfectamente lícito, se volvía la operación inviable, debido a de no poder imputar el crédito al débito. Algo similar ocurre con la administración de los inventarios para efectos de que no se produzcan ineficiencias entre créditos y débitos fiscales.

Otro de los aspectos destacables de esta parte de la definición de abuso a la ley, es que ella resalta que el abuso es un problema esencialmente normativo, lo que separa a la institución de las reglas sobre valoración que, en nuestro derecho, podemos agrupar en reglas sobre tasaciones y normas sobre precios de transferencia.

El elemento que comentamos, además, está presente en el derecho positivo de la Unión Europea, que sugiere a los países miembros adoptar una norma antielusiva general que ignore los mecanismos “introducidos con el objetivo fundamental de eludir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva”⁹².

De la misma manera, este elemento se encuentra en el artículo 29 párrafo 9, del *Modelo de convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio* de la OCDE, de 21 de noviembre de 2017, donde se hace una referencia expresa a la intención del contribuyente, al exigir que se concluya que “el instrumento o la operación que directa o indirectamente generan el derecho a percibir ese beneficio tienen entre sus propósitos principales la obtención del mismo”.

Por la vía de los tratados sobre doble tributación internacional esta parte de la definición de abuso ha llegado al derecho nacional que, antes de que se aprobara el llamado

⁹² En el texto en inglés se emplean los términos *avoiding* y *abuse*, lo que se debe traducir como eludir y abuso, mas no como evadir y fraude, que son los términos empleados en errónea traducción oficial al español. Apartado 4.2 de la Recomendación de la Comisión Europea (2012/772/UE), del 6 de diciembre de 2012.

instrumento multilateral⁹³, lo contemplaba en disposiciones especiales de algunos convenios⁹⁴.

En el caso de la normativa antielusiva general del Código Tributario, es posible señalar 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”⁹⁵. Si bien es necesario destacar que esta afirmación es prebeccariana, debido a que parte de la grave ignorancia de 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, dicha declaración fue reiterada por las comisiones⁹⁶.

De esta manera, durante la tramitación de la ley que estableció la normativa antielusiva general se dijo, de manera similar, que “la administración tributaria podrá cuestionar los acuerdos, estructuras u otras actividades llevadas a cabo por las empresas cuando tales actividades se hayan llevado a cabo con la finalidad exclusiva o principal de eludir el pago de impuestos”⁹⁷.

Sin embargo, tanto en el artículo 4 ter contenido en el mensaje como en el que en definitiva se aprobó, no se hacían referencias a la intención o el propósito del contribuyente, por lo que existía una discordancia entre el propósito declarado por el legislador y la letra de la ley desde el inicio del proyecto, de manera que la discordancia entre el espíritu y la letra de la norma debía ser abordada al momento de interpretar estas poco afortunadas reglas.

Inicialmente, el Servicio de Impuestos Internos sostuvo que el análisis de las conductas que podían ser calificadas de elusión se debía hacer sin considerar la intención del contribuyente⁹⁸. Pero esa postura fue rápidamente abandonada⁹⁹ y hoy considera que uno de los elementos que debe analizar es la intención del contribuyente¹⁰⁰.

A la conclusión anterior solamente se puede llegar válidamente recorriendo la historia del establecimiento de la normativa, porque dicho elemento no quedó en el texto de la norma, pero es parte del propósito demostrable de la norma. Es decir, es una interpretación que se conforma con lo dispuesto en el artículo 19 del Código Tributario, aplicable en la especie.

⁹³ VERGARA QUEZADA (2020) pp. 28-65.

⁹⁴ Circular SII N° 57, de 2009.

⁹⁵ Historia de la Ley N° 20.780 p. 4.

⁹⁶ Historia de la Ley N° 20.780 pp. 109 y 842.

⁹⁷ Historia de la Ley N° 20.780 p. 7.

⁹⁸ Circular SII N° 65, de 2014, pp. 3, 2 y 13.

⁹⁹ Circular SII N° 42, de 2015.

¹⁰⁰ 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.

Nos referiremos a la función que cumple en nuestro derecho el propósito del legislador más adelante, al analizarlo como elemento del abuso a la ley.

Volviendo a la intención del contribuyente, recurrir a ella plantea problemas que requieren soluciones legales, especialmente cuando estamos ante normas sancionatorias, como es el caso de las reglas de la elusión que, haciendo un símil con el derecho penal, sancionan con una multa al que podemos calificar de autor intelectual¹⁰¹ y, en un errático caso de reciente aprobación, contemplan una pena corporal para el contribuyente¹⁰².

El principal problema al que nos referimos en este punto surge de algo bastante básico: la intención es un hecho psíquico, por lo mismo, no admite constatación directa, de manera que se debe demostrar mediante presunciones. Esto implica tener que probar los llamados hechos base de las presunciones, que son aquellos que, una vez acreditados en un proceso, permiten a quien lo resuelve presumir un hecho desconocido, en este caso, la intención de aprovechar una normativa más beneficiosa. Es decir, según lo indica la historia del establecimiento de las reglas antielusivas generales del Código Tributario, tener por acreditado que ha existido una motivación exclusiva o principal de carácter tributario.

Es interesante notar que, al revisar la historia de la tributación del mayor valor obtenido en la enajenación de acciones encontramos uno de los casos emblemáticos que demuestran la inseguridad jurídica que conlleva que los hechos base de las presunciones no estén previstos en la ley, lo que llevó a que fuera la administración fiscal quien, en definitiva creaba las presunciones dentro de un procedimiento administrativo en contra de quien es su contraparte, lo que violenta los principios básicos del debido proceso, como lo ha explicado la Contraloría General de la República¹⁰³.

En esencia, el problema descrito se puede reducir a que, al contrario de lo que ocurre en un proceso civil o penal, en el cual es el juez el que crea las presunciones a partir de los hechos demostrados por las partes, que acompañan pruebas que pueden ser examinadas y cuestionadas, en el caso de la habitualidad era la propia administración quien creaba las presunciones que luego aplicaba en contra de su contraparte, el contribuyente.

En el caso de la habitualidad, fue tan evidente la inseguridad jurídica que surgió de la infinidad de hechos base a los que recurrió la administración para presumir la habitualidad que, en definitiva, el propio Servicio de Impuestos Internos concluyó que se había vuelto imposible predecir si existía habitualidad de manera previa a la venta, porque ella recurría a

¹⁰¹ Artículo 100 bis del Código Tributario.

¹⁰² El artículo 33 bis que aprobó el Congreso en el Boletín 14111-05, parece resucitar una regla que fue derogada por la Ley N° 21.210, aplicando la sanción prevista en el primer párrafo del número 4 del artículo 97 del Código Tributario, a quienes realicen un hecho punible que, siendo generosos, parece carecer de coherencia debido a que, nuevamente, parte de la base de que el dolo o malicia tipifican una conducta, en el cual, además, la declaración de elusión pareciera ser una especie de cuestión prejudicial civil.

¹⁰³ Contraloría General de la República, Dictamen N° 34.541, de 2005.

una infinidad de hechos base, que podían haber ocurrido desde la compra hasta el momento mismo de la enajenación¹⁰⁴.

Por lo mismo, es tan importante que sean tribunales independientes quienes, en definitiva, se pronuncien sobre las intenciones de los contribuyentes, debido a que, para determinar ese tipo de hechos de carácter psíquico, se requieren presunciones judiciales, las que exigen que ambas partes sean capaces de presentar pruebas y cuestionar las presentadas por la otra, de manera de cumplir con los requisitos básicos del debido proceso.

6.2. EL CUMPLIMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA NORMA MÁS BENEFICIOSA POR MEDIOS ARTIFICIOSOS

Sin embargo, como adelantamos al inicio, la intención de beneficiarse de una normativa fiscal no es suficiente para calificar de abusiva una conducta. Ello, debido a que utilizar ese solo elemento dejaría a los ciudadanos a merced de las apreciaciones que se hagan de elementos psíquicos.

Por lo mismo, el siguiente elemento está constituido por la calificación que se hace de la conducta que puso al contribuyente en los supuestos de hecho de la norma más beneficiosa, que deben ser considerados artificiosos. Recalcamos nuevamente que la artificialidad no se debe confundir con la falsedad, que cae en los incumplimientos, sean simples o más sofisticados, como es el caso de la simulación, que requiere que se presenten actos que no son reales, para ocultar que no existe operación alguna o que aquella real es distinta.

Dicho de otra forma, para que nos encontremos en un caso de abuso, se requiere que el contribuyente satisfaga los supuestos de hecho de la norma más beneficiosa, porque el abuso se aplica, precisamente “a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa”¹⁰⁵.

Los tribunales europeos han considerado que la artificialidad implica una comprobación objetiva, es decir, una constatación que no deja librada la decisión solo a las especulaciones respecto de la intención de los contribuyentes que, como dijimos, no puede ser directamente constatada. Por ello, se ha resuelto que para que exista este segundo elemento del abuso “las condiciones exigidas para la obtención del beneficio resultante de la normativa comunitaria fueron creadas artificialmente”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Oficio SII N° 2.557, de 2015 y Oficio SII N° 2.489, de 2016.

¹⁰⁵ *Emsland-Stärke GmbH con Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (2000) apartado 52.

¹⁰⁶ *Emsland-Stärke GmbH con Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (2000) apartado 56.

La artificialidad también puede ser encontrada en las normas dictadas por la Comisión Europea que se refiere a esta materia indicando que es “preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales”¹⁰⁷.

En el *Modelo* de la OCDE no fue incluida la exigencia de la artificialidad en la llamada cláusula del propósito principal¹⁰⁸, limitándose esta regulación a señalar que se deben tener “en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes”. Así las cosas, esa regla ordena algo básico, que es tener en cuenta todos los hechos relevantes, por lo mismo se ha cuestionado no incluir la artificialidad, dado que ello deja a esta regulación sin los parámetros objetivos necesarios conforme a los criterios de la justicia europea¹⁰⁹.

La doctrina nacional ha explicado que el requisito de la artificialidad tiene su origen en la institución del fraude a la ley conforme al concepto de la doctrina alemana, “que exige más objetividad, al demandar que el procedimiento mediante el cual la ley se burla sea tortuoso”¹¹⁰, lo que se opone a la doctrina francesa, que era más subjetiva “y considera suficiente la intención de violar la norma”¹¹¹. Así, se considera que la artificialidad prueba que “el único propósito buscado es obtener una ventaja normativa, por lo si se excluye el beneficio regulatorio, no quedan motivos racionales para las transacciones”¹¹².

En el caso de la normativa antielusiva general del Código Tributario, en el texto originalmente propuesto por el ejecutivo, la artificialidad era uno de los elementos que definían el abuso¹¹³. Sin embargo, el requisito de la artificialidad no fue traspasada al texto aprobado. A pesar de ello, se ha sostenido que “el juez al determinar la aplicación del abuso ponderará, implícitamente, que existe artificialidad en las formas utilizadas”¹¹⁴, lo que es una muestra de cómo la doctrina intenta subsanar los graves defectos de la regulación nacional.

En este punto, es importante hacer notar que, en el caso de vacíos legales, como ocurre con la definición de abuso, que como hemos visto, se confunde con la excepción de opción razonable por lo que carece de un contenido definido, el Código Civil permite recurrir a la doctrina para llenar el vacío legal¹¹⁵. Por lo mismo, existe un elemento normativo que permite considerar la evaluación de la artificialidad de la conducta.

¹⁰⁷ Recomendación de la Comisión Europea (2012/772/UE), del 6 de diciembre de 2012, apartado 4.2.

¹⁰⁸ VERGARA QUEZADA (2020) pp. 28-65.

¹⁰⁹ VERGARA QUEZADA (2020) p. 51.

¹¹⁰ SEGUEL MALAGUEÑO (2017) pp. 12-21.

¹¹¹ SEGUEL MALAGUEÑO (2017) pp.12-21.

¹¹² VERGARA QUEZADA (2017) pp. 57-97.

¹¹³ Se exigía que los actos del contribuyente fueran “artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”. Historia de la Ley N° 20.780 p. 62.

¹¹⁴ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2019) pp. 231-250.

¹¹⁵ GUZMÁN BRITO (2005) pp.11-32.

Pasando a la artificialidad y la tributación de las ganancias de capital de las acciones con presencia bursátil, debido a que la ley no definía qué se debe entender por presencia bursátil, quedando el concepto entregado a la autoridad sectorial.

Entonces, cuando el Servicio de Impuestos Internos expidió la instrucción respectiva, se limitó a repetir las instrucciones de la Superintendencia de Valores y Seguros, por lo que uno de los supuestos en los que se entendía que existía presencia bursátil era que se contara con un contrato de *market maker* -como se conoce a ese tipo de acuerdos que proveen liquidez¹¹⁶, el que se debía conformar con lo dispuesto en las instrucciones de esta última institución¹¹⁷.

Lo anterior previamente fue objeto de la discusión parlamentaria que transcribimos al analizar la historia de esta regulación, en la que se resaltó que el *market maker* constituye una forma artificial para que los títulos puedan obtener liquidez, por lo que existió una oposición entre algunos parlamentarios respecto a que se permitiera que, con la sola firma de ese acuerdo de liquidez que se conformara con reglas administrativas, las acciones calificaran para obtener el beneficio fiscal. Volveremos sobre esto en el siguiente acápite.

6.3. EL PROPÓSITO DE LA NORMATIVA Y EL ACTIVISMO POLÍTICO

Finalmente, el último elemento que debe concurrir, en conjunto con los dos anteriores, es que el resultado obtenido sea contrario a los propósitos de las normas más beneficiosas. Uno de los motivos que justifica la existencia de este requisito es que muchas normas tributarias han sido creadas para incentivar su utilización, volviendo algún negocio más beneficioso por el solo hecho de acogerse a un beneficio fiscal.

Es decir, muchas normas vuelven deliberadamente una actividad, negocio o inversión más beneficiosa de manera artificial por lo que, en estos casos, se ha resuelto que “el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades únicamente en el Estado miembro de su sucursal no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento”¹¹⁸. En consideración de que, para poder denegar los beneficios concedidos por las normas los tribunales “deben, sin embargo, tomar en consideración los objetivos perseguidos por la disposición en cuestión”¹¹⁹.

Por lo mismo, los tribunales europeos han resuelto que solamente cuando, junto con el cumplimiento de los requisitos anteriores, “las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones”¹²⁰, se termina de configurar el abuso a la ley.

¹¹⁶ BACK y BARUCH (2013) pp. 363-392.

¹¹⁷ Circular SII N°10, de 2012 y Norma de Carácter General SVS N°327, de 2012.

¹¹⁸ *Centros Ltd. con Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (1999) apartado 29.

¹¹⁹ *Agip Petroli SpA con Capitaneria di porto di Siracusa y otros* (2006) apartado 21.

¹²⁰ *Halifax plc con Leeds Permanent Development Services Ltd* (2006).

Esto, además, evita que la apreciación del abuso quede a la apreciación de quien evalúa las reglas del caso¹²¹. Como indicamos antes, ir en contra del propósito de las normas permite descartar el error de creer que cualquier tratamiento más ventajoso es abuso que, muchas veces, buscan hacer artificialmente más conveniente cierta conducta, como es precisamente el caso de la artificialidad en la presencia bursátil mediante el contrato de *market maker* que crea de manera deliberada liquidez para una acción.

De manera similar, las normas de la Comisión Europea resaltan que una de las principales características de lo que llama prácticas de planificación agresiva “es que reducen la deuda tributaria a través de mecanismos que, pese a ser estrictamente legales, son contrarios al espíritu de la ley”¹²².

Estas normas precisan qué se entiende como el ámbito de objetividad de la normativa que proponen, señalando que “el objetivo de un mecanismo o serie de mecanismos es evitar la imposición cuando, independientemente de cualquier intención subjetiva del contribuyente, es incompatible con el objeto, el espíritu y la finalidad de las disposiciones fiscales que serían normalmente aplicables”¹²³.

En el *Modelo* de la OCDE, el propósito de la normativa opera como una excepción, al disponer que dicha regulación aplica “a menos que se determine que la concesión del beneficio en tales circunstancias es conforme con el objeto y los propósitos de las disposiciones pertinentes de este Convenio”.

En el derecho comparado, los autores han resaltado que casi nadie rechaza la idea de que las normas deben servir a un propósito, sin embargo, igualmente, casi nadie afirma que los preceptos pueden ser dejados de lado por los juzgadores cuando crean que ellos entran en conflicto con un propósito social mayor. Es decir, los fines de las normas sirven de guía al intérprete para encontrar los límites de las leyes, pero no son una excusa para dejar de aplicarlas¹²⁴.

En nuestro Código Civil, no se permite recurrir a las preferencias morales de quien está llamado a resolver un caso, y solamente ante la inexistencia de una norma que resuelva el conflicto el juez puede recurrir a la equidad natural, que se opone a la equidad ruda, que equivale a las propias preferencias del juzgador¹²⁵ y, como explicamos antes, permite demostrar empíricamente el espíritu de la ley para que sirva de guía al intérprete.

¹²¹ *Centros Ltd. con Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (1999) apartado 25, en el mismo sentido, *Brennet AG con Vittorio Paletta* (1996) apartado 25.

¹²² Recomendación de la Comisión Europea, (2012/772/EU), de 6 de diciembre de 2012.

¹²³ Recomendación de la Comisión Europea, (2012/772/EU), de 6 de diciembre de 2012, apartado 4.5.

¹²⁴ GORDLEY (2012). p.113.

¹²⁵ GUZMÁN BRITO (2005) pp.11-32.

De hecho, el Código Civil chileno no permite considerar lo favorable u odioso de una disposición¹²⁶ para ampliar o restringir su aplicación de una norma y sigue el principio *dura lex sed lex*¹²⁷ que, precisamente, a Jossierand no le agradaba, prefiriendo la máxima *summum jus summa injuria*¹²⁸. Al final del día, estas disposiciones del Código Civil chileno buscan evitar la arbitrariedad que implica sujetar la aplicación de las normas a sentimientos morales, visiones políticas y apreciaciones de justicia de quien deba resolver el caso.

Claramente, el objetivo del código de Bello sería derrotado si se sigue la perspectiva ultrafiscalista, según la cual la ley sería odiosa (para el fisco) y, por lo tanto, su aplicación debería ser restringida a favor del Estado “cuando se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación”¹²⁹. Es decir, si aplicar la ley produce cualquier resultado que no sea anticipar el devengo de los impuestos o pagarlos en exceso.

Pero otro motivo muy importante justifica el examen detenido del propósito del legislador, ya que si ignoramos el espíritu de la ley, podemos terminar alterando el resultado del proceso político, al hacer obligatoria una interpretación que cambia el resultado del mismo y, por ejemplo, hacer inaplicable la tributación de las acciones con presencia bursátil por el hecho de que ella se consiguió mediante el contrato de *market maker*, lo que en la práctica convertiría a la interpretación de la ley en un artificio para ocultar el activismo político.

7. LA APLICACIÓN DE LO DICHO AL CASO DE LAS ACCIONES CON PRESENCIA BURSÁTIL

Dicho todo lo anterior, vale la pena concentrarnos en los dos supuestos en los que fueron cuestionadas las ventas de acciones que se acogían a la normativa más beneficiosa de la presencia bursátil, a saber, el uso del contrato de *market maker* y la venta hecha por controladores.

7.1. LA ARTIFICIALIDAD Y EL PROPÓSITO DEL LEGISLADOR EN LA PRESENCIA BURSÁTIL

Durante la tramitación de una modificación a la tributación de acciones con presencia bursátil, un grupo de parlamentarios buscó implementar limitaciones que, en definitiva, no se aprobaron. Los congresistas derrotados dentro del proceso político mediante el cual se crean las reglas señalaron que la limitación por ellos propuesta en definitiva “no figura en el comparado porque el Senado la dejó exactamente igual, no obstante que varios diputados, entre los que me encuentro, pedimos a los senadores que la modificaran”, agregándose que el “hecho de que haya un contrato entre un emisor y un denominado *market maker* no

¹²⁶ Hoy, la expresión *de derecho estricto* es el disfraz usado para encubrir la violación a esta norma.

¹²⁷ GUZMÁN BRITO (2007) pp.169-182.

¹²⁸ JOSSERAND (2012) pp. 1-3.

¹²⁹ Artículo 4º ter del Código Tributario.

reemplaza la verdadera liquidez, no impide que el controlador y los accionistas mayoritarios sean dueños del 99 por ciento de las acciones”¹³⁰.

Tras eso, se resaltó la artificialidad del contrato de *market maker* respecto de la liquidez que provee, lo que es importante para nuestro análisis, y se dijo que “debemos asegurarnos de que el beneficio vaya a acciones de empresas que tengan verdadera liquidez mínima, el denominado *free float* mínimo. Dicho en otras palabras, un porcentaje de las acciones en poder de accionistas no relacionados, que posea cada uno menos del 10 por ciento de las acciones, que sea superior al número decisivo”¹³¹.

Como se puede apreciar de los párrafos antes transcritos, la posición que no prosperó en la discusión del proyecto de ley excluía el uso del contrato de *market maker*, debido a que de manera artificial provee liquidez a las acciones. Por lo mismo, si al aplicar la regulación antielusiva se ignoran las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley, que exigen demostrar el espíritu de la regulación respectiva, y se recurre a espíritus ficticios o interesados, que en este caso habría sido considerar que el uso del contrato de *market maker* es en sí elusivo, debido que provee de manera artificial liquidez, en rigor, se usaría la interpretación de la ley para modificar el resultado de proceso político.

Así las cosas, si bien no se definieron los conceptos claves para aplicar esta regulación, lo que es una falta grave –y cometida de manera recurrente por nuestro legislador–¹³² en definitiva, primó en la discusión parlamentaria la posición que permitía que los requisitos de presencia bursátil se obtuvieran “en virtud de contratos que aseguren la existencia diaria de ofertas de compra y venta de los valores, por la cuantía, tiempo y condiciones que defina la”¹³³ autoridad administrativa.

Es decir, el espíritu demostrable de esta regulación da cuenta de que los supuestos de hecho de la norma positiva pueden ser cumplidos por medios artificiosos. En consecuencia, es evidente que no se puede acusar a quienes empleen el contrato de *market maker* de eludir esta normativa, porque la regla fue precisamente creada para que ello sea posible.

A pesar de todo lo que hemos indicado, a raíz del caso más conspicuo ocurrido desde la implementación de esta regla, en el que la sociedad SQM contrató a Banchile Corredores de Bolsa para que fuera el *market maker* de acciones emitidas por la sociedad¹³⁴, surgieron toda una serie de ataques que, en rigor, no se sustentaban en algo diferente a las preferencias políticas de quienes las emitían¹³⁵. Ello demuestra la importancia de contar con reglas que

¹³⁰ Historia de la Ley N° 20.552 p. 237.

¹³¹ Historia de la Ley N° 20.552 p. 237.

¹³² Otros ejemplos son contar con amoblado suficiente para que el arrendamiento de un inmueble quede afecto al IVA y, en esta materia, efectos relevantes y opciones razonables.

¹³³ Historia de la Ley N° 20.552 p. 257.

¹³⁴ Lo que fue informado por la sociedad a la Comisión para el Mercado Financiero como hecho esencial el 23 de abril de 2018.

¹³⁵ MICCO AGUAYO (2019).

contengan parámetros objetivos y analicen todos los aspectos relevantes que permiten considerar elusiva una operación, en lo que el derecho europeo ha demostrado que es posible evitar que la aplicación de estas normas quede a las preferencias de quien debe declarar la elusión, sea en sede administrativa o judicial.

Por lo mismo, las normas europeas exigen que, de manera conjunta, se presenten los tres elementos que hemos analizado, a saber, la intención del contribuyente de aprovechar una norma más beneficiosa¹³⁶, el cumplimiento de los supuestos de hecho de la norma más beneficiosa por medios artificiosos¹³⁷ y que el resultado vaya en contra del propósito de la normativa respectiva¹³⁸. Esto último obedece a que la propia ley puede buscar hacer más rentable una operación o negocio de manera artificial, o puede que, como ocurre en el caso analizado, el legislador se negó a excluir el cumplimiento del requisito de manera artificial al no aprobar las restricciones que buscaban implementar restricciones en ese sentido, por lo que no puede existir una infracción indirecta de normas si el contribuyente emplea las reglas conformándose con el espíritu demostrable de ellas¹³⁹.

7.2. EL BENEFICIO A LOS CONTROLADORES EL LA PRESENCIA BURSÁTIL

Otro de los casos que podemos analizar a raíz del beneficio a las acciones con presencia bursátil es el hecho de que ella beneficie a los controladores de la empresa. Igual que en el caso anterior, en su momento, se propuso en el parlamento restringir esa circunstancia, limitando el ámbito del beneficio a los accionistas minoritarios.

Como indicamos al analizar la historia de estas reglas, se intentó restringir el beneficio en el caso de títulos que “se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10 por ciento del total y que no estén relacionados con los controladores”¹⁴⁰, buscando que los controladores de las sociedades “no pidan beneficios tributarios para justificar abrirse a la bolsa cuando se posee ese control de una empresa”¹⁴¹. Esta postura fue derrotada en el congreso, por lo que considerar que es elusivo que el controlador use las reglas sobre presencia bursátil para vender su empresa, de la misma manera que en el caso precedente, constituye una alteración del resultado del proceso político.

Por lo indicado, si no somos capaces de encontrar un contenido objetivo para el concepto de abuso en nuestro derecho tributario, en el mejor de los casos, será o un arma del

¹³⁶ *Halifax plc con Leeds Permanent Development Services Ltd* (2006).

¹³⁷ *Emsland-Stärke GmbH con Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (2000) apartados 52 y 56.

¹³⁸ *Halifax plc con Leeds Permanent Development Services Ltd* (2006); *Centros Ltd. con Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (1999) apartado 25, en el mismo sentido, *Brennet AG con Vittorio Paletta* (1996) apartado 25.

¹³⁹ VERGARA QUEZADA (2017) pp. 57-97.

¹⁴⁰ Historia de la Ley N° 20.552 p. 74.

¹⁴¹ Historia de la Ley N° 20.552 p. 74.

activismo político o una especie de sistema tributario de derecho natural, basado sobre la calificación de justicia que se haga del resultado de aplicar cada disposición a un caso concreto y, en el peor de ellos, será una variación de los principios penales del nacional socialismo y del socialismo soviético, en los que se sancionaba lo que fuera en contra del “sano sentimiento del pueblo”.

Por lo mismo es tan relevante analizar el concepto de abuso a la ley según el derecho de la Unión Europea, ya que él permite recurrir a elementos que tienen referentes en nuestro derecho, como es el caso del propósito del legislador, demostrado mediante la historia fidedigna de la ley.

Sin embargo, debido a que las discusiones parlamentarias no son lo que podríamos considerar prolijas, muchas veces es necesario comprobar la veracidad de los dichos del Ejecutivo y de los parlamentarios, debido a que, lamentablemente, no es inusual que las palabras de quienes están involucrados en el proceso político no correspondan con la realidad¹⁴².

8. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, es posible indicar que el concepto de abuso previsto en el Código Tributario no contiene otros elementos que permitan distinguirlo de la llamada opción razonable, que no son más que conceptos jurídicos indeterminados carentes de parámetros objetivos en la regulación mencionada, por lo que no satisfacen las exigencias que imponen los principios constitucionales aplicables en la materia, lo que implica que quien esté llamado a calificar como abusivos los actos correspondientes deberá hacerlo sin contar con referentes que permitan controlar la legalidad de su decisión, porque ella, en definitiva, se fundará sobre valores y apreciaciones personales.

Sin perjuicio de ello, debido a que el artículo 19 del Código Civil proporciona los elementos normativos necesarios que permiten recurrir, al menos, a la intención del contribuyente y al propósito del legislador, es posible fundamentar la calificación de abuso recurriendo a esos conceptos que permiten evitar cometer errores graves en esta materia.

Respecto de la artificialidad de la conducta, si bien ese elemento era parte de la normativa propuesta por el ejecutivo, ella en definitiva fue excluida del texto aprobado, por lo que esta normativa parece quedar en deuda en ese sentido.

Ahora, al estar definido el abuso por conceptos jurídicos indeterminados, carentes de parámetros en la ley, podría la evaluación de la artificialidad de la conducta ser un criterio empleado por quien deba resolver, considerando que nuestro derecho permite en el caso de vacíos legales, como ocurre en este caso, recurrir a la doctrina, que ha considerado que la vía artificiosa es un elemento constitutivo del abuso.

¹⁴² VERGARA QUEZADA (2017) pp. 64-65 y VERGARA QUEZADA (2016b) pp. 22-23 y 26-29.

Como se pudo apreciar en el análisis de los casos, poder emplear los elementos propios del concepto de abuso del derecho europeo previene cometer errores muy graves y permite un control objetivo por parte de terceros acerca de la calificación de abuso, que puede ser hecha sin caer en el activismo político o simplemente apreciando los hechos sobre la base de las preferencias y sentimientos morales de quien esté llamado a hacer la calificación.

Sin embargo, si bien el recurso a estos elementos permite una mejor fundamentación de las decisiones, porque las basa sobre elementos normativos, ello no resuelve el problema principal de esta regulación, que es carecer de parámetros que posibiliten que diferentes personas lleguen a resultados al menos similares, lo que crea las condiciones objetivas y, por lo mismo, necesarias para el control judicial de la calificación de abuso.

9. BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René. (2014). *Las obligaciones* (Tomo I) (6ª ed). Santiago: LegalPublishing/Thomson Reuters.

ADRIASOLA NAVARRETE, José Manuel. (1971). *La transformación de la empresa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ., Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA., Manuel, VODANOVIC HACKLICKA, Antonio. (2011). *Tratado de derecho civil* (7ª ed). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

BACK, Kerry y BARUCH, Shmuel. (2013). Strategic Liquidity Provision in Limit Order Markets. *Econometrica*, 81 (1).

BOETSCH GILLET, Cristián. (2016). *La norma general anti elusión*. Santiago: Ediciones UC.

BRZOVIC, Franco. (1995). Las sociedades de profesionales de la Ley sobre Impuesto a la Renta. En Villegas, Carlos Gilberto. *Tratado de las sociedades* (513-516). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 513-516.

CONSIGLIERE CAPURRO, Mario. (2010). La Bolsa de Valores de Valparaíso. *Societas*, (12).

COUYOUMDJIAN, Juan Ricardo, MILLAR, René y TOCORNAL, Josefina. (1993). *Historia de la Bolsa de Comercio de Santiago 1893-1993, Un siglo del mercado de valores en Chile*. Santiago: Bolsa de Comercio de Santiago.

DIEZ DUARTE, Raúl. (1982). *La simulación de contrato en el Código Civil chileno* (2ª ed). Santiago: Fallos del Mes.

GORDLEY, James. (2012). The functional method. En *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: MONATERI, Pier Giuseppe (ed), Edward Elgar.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. (2007). *Las reglas del “Codigo Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*. (2ª ed). Santiago: Lexis Nexis.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. (2005). *Estudios dogmáticos de derecho civil*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

JAMES, Philip. (1953). *Introduction to English Law*. Londres: Butterworth & Co.

JOSSERAND, Louis. (2012). *El Espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología Jurídica*. (Trad, Eligio Sánchez y José M. Cajica Jr). Granada: Editorial Comares, S.L. (Original en francés)

KRAMER, Matthew. (2007). *Objectivity and the Rule of Law*. Nueva York: Cambridge University Press.

LARRAZ, José. (1952). *Metodología aplicativa del derecho tributario*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

LARROUMET, Christian. (2006). *Derecho civil*. (Trad. Viviana DÍAZ). Bogotá: Legis. (Original en francés)

MCDANIEL, Paul *et al.* (2008). *Federal income taxation*. Nueva York: Foundation Press.

MICCO AGUAYO, Alejandro. (2019, 16 de julio). La mejor arma es la que no se usa. *El Mercurio, Economía y Negocios*.

NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, (2019). La sanción en los supuestos de abuso o simulación como un caso de compliance regulado en materia administrativa. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 32 (2).

NIÑO TEJEDA, Eduardo. (1991). La simulación. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 14.

OCDE. (2006). *Taxation of Capital Gains of Individuals. Policy Considerations and Approaches*. París: OCDE Publications.

Oficina de Estudios Tributarios. (1960). *El sistema tributario chileno* (tomo I) (2ª ed). Santiago: Talleres Gráficos La Nación.

PÉREZ CALDERÓN, Lindor; PARGA GAZITÚA, José y PÉREZ CALDERÓN, Sergio (1966). *Reforma tributaria*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean P., RAMÍREZ GUZMAN, María C. (2015). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (2ª ed). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. (2004). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial* (pp. 13-64). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

SAYDÉ, Alexandre. (2016). *Abuse of Eu law and regulation of the internal market*. Oxford: Hart Publishing.

SEGUEL MALAGUEÑO, Luis. (2019). Análisis del Proyecto de modernización tributaria en materia de elusión y metodología. *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, 5.

SEGUEL MALAGUEÑO, Luis. (2017). ¿Un caso de abuso del derecho anterior a la Ley 20.780? *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*. 1.

VAN WEEZEL, Alex. (2011). *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago: AbeledoPerrot / LegalPubishing.

VERGARA QUEZADA, Gonzalo. (2016a). La despenalización de la simulación por la Ley N°20.780. *Revista de Estudios Tributarios*, (16).

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

VERGARA QUEZADA, Gonzalo. (2017). Abuso y elusión. *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, 2.

VERGARA QUEZADA, Gonzalo. (2021). La interpretación administrativa de la ley tributaria en Chile de 1902 a 1964. *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, 9.

VERGARA QUEZADA, Gonzalo. (2020). La prueba del propósito principal y la problemática influencia norteamericana. *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, 8.

VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca. (2017). La deuda histórica con los principios superiores de la tributación. *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, 1.

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

VON IHERING, Rudolph. (2015). *Jurisprudencia en broma y en serio* (trad. de la 3a ed. alemana de Ramón RIAZA). Madrid: Reus.

WARD, David. (2007). Use of foreign court decisions in interpreting tax treaties. En *Courts and Tax Treaty Law*. Amsterdam: MAISTO, Guglielmo, IBFD.

Normas Citadas

Código Tributario

Ley Sobre Impuesto a la Renta.

Ley N° 18.045, publicada el 22 de octubre de 1981

Ley N° 19.578, publicada el 29 de julio de 1998.

Ley N° 19.768, publicada el 7 de noviembre de 2001.

Ley N° 19.801, publicada el 25 de abril del año 2002.

Ley N° 20.343, publicada el 28 de abril del año 2009.

Ley N° 20.448, publicada el 3 de enero de 2011.

Ley N° 20.552, publicada el 17 de diciembre de 2011.

Ley N° 21.210, publicada el 24 de febrero de 2020.

Ley N° 21.420, publicada el 4 de febrero de 2022.

Decreto Ley N° 330, de 1925, publicado el 18 de marzo de 1925

Sentencias

Agip Petroli SpA con Capitaneria di porto di Siracusa y otros. (2006). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de abril de 2006, asunto C-456/04, apartado 21.

Brennet AG con Vittorio Paletta. (1996). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de mayo de 1996, asunto C-206/94.

Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd con Commissioners of Inland Revenue. (2006). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (gran sala), 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02.

Centros Ltd. con Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. (1999). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97.

Emsland-Stärke GmbH con Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de diciembre de 2000, asunto C-110/99.

Halifax plc con Leeds Permanent Development Services Ltd. (2006). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (gran sala), 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02.

Juan Pablo Young Inversiones E.I.R.L. con SII. (2021). Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2021 (apelación), rol N°71-2020.

Lankhorst-Hohorst GmbH con Finanzamt Steinfurt. (2002). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala quinta), 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00.

Skatteministeriet con T Danmark e Y Danmark Aps. (2019). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16, apartado 97.

Tribunal Constitucional, sentencia del 4 de enero de 1995, rol N° 198.

Tribunal Constitucional, sentencia del 17 de junio de 2003, rol N° 389.

Tribunal Constitucional, sentencia del 18 de enero del 2005, rol N° 433.

Tribunal Constitucional, sentencia del 26 de noviembre de 2007, rol N° 759.

Tribunal Constitucional, sentencia del 13 de noviembre de 2007, rol N° 822.

Tribunal Constitucional, sentencia del 10 de septiembre de 2015, rol N° 2684.

Tribunal Constitucional, sentencia del 10 de septiembre de 2015, rol N° 2684.

Tribunal Constitucional, sentencia del 18 de octubre de 2018, rol N° 3770.

Instrucciones Oficiales

Circular SII N° 59, de 1998.

Circular SII N° 71, de 1998.

Circular SII N° 8, de 2001.

Circular SII N° 99, de 2001.

Circular SII N°8, de 2002.

Circular SII N° 35, de 2008.

Circular SII N° 57, de 2009.

Circular SII N° 10, de 2012

Circular SII N° 65, de 2014.

Circular SII N° 42, de 2015.

Circular SVS N° 481, de 1985.

Circular SVS N° 804, de 1988.

Dictamen CGR N° 34.541, de 2005.

Norma de Carácter General SVS N° 12, de 1982.

Norma de Carácter General SVS N° 103, de 2001.

Norma de Carácter General SVS N° 327, de 2012.

Oficio SII N° 4.565, de 1975.

Oficio N° 3.814, de 1976.

Oficio SII N° 902 de 1993.

Oficio SII N° 1.178, de 1999.

Oficio SII N° 448, de 2000.

Oficio SII N° 782, de 2000.

Oficio SII N° 5.221, de 2003.

Oficio SII N° 6.431, de 2003.

Oficio SII N° 1.442, de 2011.

Oficio SII N° 495, de 2015.

Oficio SII N° 2.557, de 2015.

Oficio SII N° 3.298, de 2015.

Oficio SII N° 2.489, de 2016.

Oficio SII N° 1.875, de 2017.

Oficio SII N° 1.076 de 2017.

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° 180, de 2020.

Oficio SII N° 4, de 2021.

Oficio SII N° 42, de 2021

Oficio SII N° 1.223, de 2021.

Recomendación de la Comisión Europea, del 6 de diciembre de 2012.

Resolución Exenta CMF N° 4.476, de 2018.

Resolución Exenta SII N° 55, de 2001.

Otros

BARAONA SAINZ, Juan Manuel. (2014). Reforma Tributaria 2014 (en línea). Santiago: Icare TV. Recuperado en <https://www.icaretv.cl/video/juan-manuel-baraona-reforma-tributaria-2014> [2021, 15 de octubre].

Bolsa de Comercio Santiago (2011). Guía de mercado integrado MILA (en línea). Santiago: DCV. Recuperado en https://www.dcv.cl/images/stories/DOC/empresa/guias_operativas/guia_de_mercado_integrado_mila_v7_noviembre_2011_dcv.pdf. [2022, 3 de mayo].

Diario Financiero (2018). Abogado José María Eyzaguirre niega dichos de Bitran sobre elusión de impuestos de sus clientes Nutiren por venta de SQM (en línea). Recuperado en <https://www.df.cl/empresas/mineria/abogado-jose-maria-eyzaguirre-niega-dichos-de-bitran-sobre-elusion-de> [2022, 25 de abril].

Glossary of Tax Terms OCDE. Recuperado de <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> [2022, 3 de mayo].

Historia de la Ley N°19.768. (2001). (en línea). Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional. Recuperado en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3831/1/HL19768.pdf> [2022, 3 de mayo].

Historia de la Ley N°20.455. (2021). (en línea). Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional. Recuperado en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4630/HLD_4630_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [2022, 3 de mayo].

Historia de la Ley N°20.488. (2019). (en línea). Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional. Recuperado en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4615/HLD_4615_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [2022, 3 de mayo].

Historia de la Ley N°20.552. (2018). (en línea). Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional. Recuperado en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4531/HLD_4531_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [2022, 3 de mayo].

Historia de la Ley N°20.780 (en línea). Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional. Recuperado en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44975/6/HL20780.pdf> [2022, 3 de mayo].

SII. (2018). Nutrien pagará al Fisco más de US\$1.000 millones en impuestos por venta de acciones de SQM (en línea). Recuperado en <https://www.sii.cl/noticias/2018/191218noti01er.htm> [2022, 25 de abril].

SII. (Sin fecha). Catálogo de esquemas tributarios. Recuperado de https://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/casos_049.html [2022, 3 de mayo].

Superintendencia de Valores y Seguros (2011). SVS. Informa agenda de supervisión para Mercado Integrado Latinoamericano (en línea). Santiago: SVS. Recuperado en https://www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/articles-12237_doc_pdf.pdf [2022, 3 de mayo].