

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100181>

Intención del legislador y elusión tributaria: una visión desde la doctrina anglosajona del derecho tributario

Ricardo Guerrero Fernández*
Francisco Saffie Gatica**

RESUMEN

La interpretación y aplicación del derecho tributario reflejan una constante tensión entre forma y sustancia. Mientras algunos defienden un enfoque formalista, otros abogan por una visión sustantiva. Como lo demuestra la evolución jurisprudencial, que ha oscilado entre ambas posturas, estas distintas aproximaciones influyen directamente en cómo se comprende y combate la elusión tributaria. Siguiendo en parte la doctrina desarrollada en el Reino Unido, este artículo propone que la incorporación de criterios sustantivos en la legislación tributaria, principalmente mediante normas generales antielusión (NGAs), permitiría equilibrar el respeto al principio de legalidad con la efectividad sustantiva del derecho tributario.

Derecho tributario; elusión tributaria; Norma General Antielusión

Legislative intent and tax avoidance: a perspective from the common law

ABSTRACT

Tax law reflects a constant tension between form and substance, especially in its interpretation and application. While some defend a formalist approach, others advocate for a substantive view. This difference directly influences how tax avoidance is understood and countered, as demonstrated by jurisprudential developments, which have oscillated between both positions. Building on part of the Common Law doctrine as developed in the United Kingdom, this article proposes that incorporating substantive criteria into tax legislation—mainly through general anti-avoidance

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Tributario, Universidad de Chile. Master in Public Administration, London School of Economics and Political Science, Reino Unido. PhD in International Development, King's College London, Reino Unido. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1755-0159>. Correo electrónico: ricardo_andres.guerrero_fernandez@kcl.ac.uk.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Tributación, Universidad de Chile. PhD in Law, Universidad de Edimburgo, Escocia, Reino Unido. Profesor de Derecho Tributario, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6538-344X>. Correo electrónico: francisco.saffie@pucv.cl.

Los autores agradecen los comentarios y sugerencias de dos revisores anónimos, así como a Simón Ramírez y Pablo Torres por sus observaciones y versiones preliminares de este artículo.

Artículo recibido el 26.8.2025 y aceptado para su publicación el 5.1.2026.

rules (GAARs)—would allow for a balance between respect for the principle of legality and the substantive effectiveness of tax law.

Tax law; tax avoidance; General Anti-avoidance Rule

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas de la interpretación y la aplicación del derecho tributario es la elusión¹. Esta se puede entender usando la conocida distinción de Hart², entre “núcleo” y “penumbra” de la ley, como hace Daly³. Siguiendo a Hart, en el “núcleo” de la ley las obligaciones tributarias principales⁴ son claras, mientras que en la “penumbra” existe ambigüedad, lo que permitiría el surgimiento de conductas elusivas, debido a que las palabras de la ley no son suficientes en sí mismas para determinar la existencia y el contenido de esa obligación. Así, una forma de entender el problema de la elusión consiste en determinar cómo surge y cuál es el alcance de la obligación de pagar una suma de dinero al fisco.

Para algunos, la fuente legal de estas obligaciones justifica un enfoque formalista en su interpretación y aplicación; para otros, lo importante es cumplir con el propósito de la norma tributaria principal, vale decir, gravar cualquier manifestación de riqueza que dé cuenta del principio de capacidad contributiva, optando por criterios económicos o de fondo por sobre la forma jurídica⁵. Esta tensión entre forma y sustancia está en el centro del debate acerca de la elusión. Una interpretación formalista entiende el derecho como un sistema de reglas autoritativas que no requiere considerar razones sustantivas,

¹ En lo que sigue de este artículo, los conceptos de interpretación y aplicación del derecho se utilizarán siguiendo las definiciones de Detmold en DETMOLD (1989a). Vale decir, por interpretación se entiende “la explicación, exposición, particularización [...] o amplificación de alguna ley o un derecho preexistentes. Este proceso explica el detalle de o extiende o amplía el significado de una ley o un derecho preexistentes. [...] debe distinguirse de la ‘interpretación’ adjudicativa. Es un lugar común sostener que las cortes modernas ejercen una función interpretativa respecto de la ley. Pero lo que realmente hacen es adjudicar. La adjudicación consiste en decidir casos particulares. Esto no es lo mismo que la interpretación sublegislativa de un término jurídico”. La adjudicación, en cambio, consiste en la “decisión de casos particulares de acuerdo con el derecho. Estas decisiones nunca son solo la aplicación automática de una norma preexistente a un caso particular. Tienen un elemento de creatividad en ellos que justifica que los consideremos como un tipo de proceso de determinación del derecho”.

² HART (2012).

³ DALY (2015).

⁴ Esto es, la obligación tributaria que se representa en la obligación de enterar una suma de dinero en arcas fiscales. En lo que sigue de este trabajo, cuando se hace referencia a la obligación tributaria, es a la obligación tributaria principal.

⁵ Entre otros autores cuyos argumentos se discuten en este artículo, AVI-YONAH, SARTORI y MARIAN (2011), FREEDMAN (2007), WALDRON (1994). En lo que sigue de este artículo, se abandona la idea de que la ley tiene un espíritu por sus reminiscencias a teorías del derecho que atendían a la voluntad de una autora de la ley, para atender a su propósito o función, conceptos propios de teorías del derecho que atienden a la naturaleza institucional del derecho, véase EHRENBERG (2016).

mientras que una interpretación sustantiva incorpora razones morales, económicas o políticas en la aplicación de las normas⁶.

En este artículo se defienden una interpretación y una aplicación sustantivas matizadas del derecho tributario. Se muestra cómo el formalismo puede vaciar de contenido normativo la ley, y cómo una aproximación sustantiva matizada permite considerar ilegítimas aquellas acciones del contribuyente que, aunque formalmente legales, contradicen el propósito de la norma. Así, nos alineamos, con matices, con autores que sostienen que los contribuyentes deben respetar no solo la letra de la ley, sino también su propósito⁷.

Después de revisar los fundamentos de las posiciones formales y sustantivas, se analiza cómo la jurisprudencia tributaria ha evolucionado en el Reino Unido y en Chile. Se sostiene que adoptar una interpretación sustantiva impone a los jueces la tarea de delimitar qué parte de la “penumbra” de la ley constituye el hecho gravado. Esta tarea es compleja, ya que los jueces deben evitar exceder sus atribuciones o asumir funciones propias de la política tributaria al momento de adjudicar.

Para desarrollar las ideas de este trabajo, se recurre a la propuesta teórica de Judith Freedman, quien plantea que la legislación debe proporcionar un marco conceptual que autorice a los jueces a interpretar la ley según lo que ella llama “el espíritu de la legislación”, orientando su interpretación a determinar la intención de la ley⁸.

Siguiendo esa propuesta, se argumenta que no basta con establecer una NGA para lograr una interpretación sustantiva del derecho tributario; es necesario que la legislación autorice explícitamente a los jueces a recurrir a la sustancia del hecho imponible; de manera que dicha NGA sea una guía de interpretación a los jueces para reconocer esa sustancia y otorgar mayor certeza jurídica al contribuyente.

Este enfoque, contrario a lo que sostiene parte de la doctrina chilena⁹, no amenazaría el principio de legalidad, sino que lo reforzaría al establecer parámetros objetivos para calificar actos como elusivos. El criterio establecido en la ley permitiría al contribuyente anticipar cómo organizar sus operaciones conforme a ella.

Así, aunque existan desafíos al aplicar esta doctrina anglosajona en sistemas de tradición continental, el artículo sostiene que una interpretación que supere el formalismo literalista bajo un criterio objetivo —que proteja el principio de legalidad tributaria¹⁰— no debería generar desacuerdos teóricos. Además, mostramos que es posible adoptar

⁶ ATIYAH y SUMMERS (1987), p. 2. Entendemos por sustancia el propósito o fin que el legislador tuvo al establecer la regla. Para el argumento aquí desarrollado se puede ser agnóstico si esta sustancia es económica o de otra naturaleza (por ejemplo, correctiva).

⁷ En el caso de Chile, véase Osorio Morales (2023a) y Osorio Morales (2025). Con mayor distancia, se podría entender que esta propuesta deriva de la tradición “funcionalista” del derecho tributario desarrollada por la Escuela de Pavia.

⁸ FREEDMAN (2007) p. 70.

⁹ IRRIBARRA SOBARZO (2024).

¹⁰ Se podría entender que, en esto, se sigue la versión del principio de legalidad tributaria defendida por Osorio Morales en OSORIO MORALES (2023a) y en OSORIO MORALES (2025). Por razones de espacio y del objeto de este trabajo, sin embargo, no se pueden desarrollar en detalle las diferencias entre esta propuesta y la de OSORIO MORALES (2025).

elementos de la tradición anglosajona, especialmente si se considera que la judicatura continental ha evolucionado hacia enfoques similares.

En el caso chileno, resulta pertinente analizar esta propuesta, considerando que su NGA presenta elementos análogos a las normas del Reino Unido y de Australia¹¹. Esto sugiere que la experiencia comparada puede ofrecer aprendizajes valiosos para el contexto nacional. El artículo concluye que, al igual que otras ramas del derecho, la ley tributaria tiene una sustancia que refleja su propósito. Frente a la multiplicidad de propósitos que puede tener el derecho tributario¹², resulta crucial contar con herramientas interpretativas que permitan cumplir dicha finalidad sin renunciar a la dimensión formal del derecho.

II. LA ELUSIÓN COMO PROBLEMA DE LAS PALABRAS DE LA LEY. INTERPRETACIÓN FORMALISTA Y SUSTANTIVA DE LA LEY TRIBUTARIA

La tensión entre la interpretación y aplicación del derecho tributario según las palabras de la ley o la sustancia existe porque no hay acuerdo acerca de cómo se debe entender el derecho tributario¹³. En la literatura se suelen distinguir dos formas primordiales de interpretación: una formalista (centrada en la literalidad de la norma) y otra sustantiva (orientada al propósito de la legislación); distinción que ha llevado a clasificar el comportamiento de los contribuyentes en evasión, planificación fiscal y elusión fiscal¹⁴. En ambas formas de interpretación existe acuerdo respecto del significado de la evasión, pero no respecto de las otras dos categorías¹⁵.

La tensión anterior se hace evidente al analizar los conceptos de planificación y elusión fiscal. Desde una interpretación formalista, la planificación tributaria es entendida como una estrategia legítima que permite a los contribuyentes aprovechar las lagunas de la ley. Katz¹⁶ sostiene que las reglas legales son análogas a las reglas de votación del proceso legislativo, por lo que la explotación de las lagunas sería “análoga a la manipulación de

¹¹ Según da cuenta la Historia de la Ley N° 20.899 (2016), las normas de los artículos 4 bis y 4 ter del Código Tributario tienen semejanzas con la regulación de las NGAs del Reino Unido y Australia. Parte de las razones para esta afirmación se encuentra en lo señalado durante la tramitación de la ley por los asesores del Ministerio de Hacienda de la época. Ver, Historia de la Ley N° 20.899 (2016, p. 107 y p. 110). Asimismo, esto se materializa en que la NGA chilena (a diferencia de la española, por ejemplo) regula de manera expresa las *step transactions*, califica expresamente la figura principal de elusión como “abuso de las formas jurídicas” y resuelve de manera expresa la forma en que opera la NGA en relación con las normas especiales antielusión. Un análisis dogmático detallado de estos puntos excede el marco de este trabajo.

¹² Sobre esto, véase AVI-YONAH (2006).

¹³ Es posible argumentar que en otras áreas del derecho, donde está más claro el objetivo o la función de la legislación, existe una forma de interpretar y aplicar el derecho que dé cuenta de ese objetivo o función. Ocurre así, por ejemplo, en el derecho laboral (que protege los intereses de los trabajadores) o el derecho civil (que opera a partir de la autonomía de los individuos). Véase la nota anterior y también TOLEDO ZÚÑIGA, et.al. (2019).

¹⁴ SAFFIE GATICA (2014) p. 24ss.

¹⁵ OSORIO MORALES (2023b).

¹⁶ KATZ (2010) p. 1.

la agenda” legislativa, sin que ello se deba considerar reprochable. En la misma línea, parte de la literatura define la elusión como el intento de reducir la carga tributaria por medios legales, explotando vacíos normativos, sosteniendo que los contribuyentes no deberían pagar más impuestos que aquellos expresamente establecidos por la ley¹⁷.

Esta visión formalista de la interpretación de la legislación tributaria sostiene que es legítimo explotar las lagunas de la ley y que los contribuyentes pueden considerar esto como una estrategia válida en su organización comercial. De esta manera, para el formalismo la elusión no sería una categoría, sino que se subsumiría en la planificación tributaria.

En el otro lado de la vereda, Avi-Yonah y otros¹⁸, incorporan el concepto de “espíritu” de la legislación para trazar una línea divisoria entre las distintas formas de comportamiento estratégico del contribuyente, pudiendo distinguir entre planificación tributaria y elusión en atención a la ley como estándar sustantivo. Estos autores señalan que la planificación tributaria abarca acciones legítimas del contribuyente realizadas para optimizar la carga tributaria, siempre que no contradigan la ley ni su “espíritu”. Los contribuyentes tienen derecho a optimizar su carga tributaria siempre que su comportamiento sea legítimo y no contravenga el “espíritu” de la legislación. Así, Avi-Yonah y otros¹⁹, definen elusión tributaria como “aquellos comportamientos “ilegítimos” (no necesariamente ilegales) dirigidos a reducir la carga tributaria. Estos comportamientos no violan la letra de la ley, pero claramente violan su espíritu”.

En resumen, la interpretación formalista de la ley tributaria alienta a los contribuyentes a optimizar su carga tributaria mediante la explotación de “vacíos legales” o la utilización de normas de cobertura que amparen un ahorro tributario: los contribuyentes tienen la obligación de pagar impuestos según lo que está “claramente” incluido en las reglas de la ley tributaria²⁰. Si los contribuyentes explotan lo que se considera fuera de la literalidad de la ley, su comportamiento se debería considerar excluido del alcance de la ley: al no existir una obligación legal que cubra esos hechos, los contribuyentes tendrían el derecho a elegir si pagar o no impuestos. Según esta visión, la explotación de vacíos legales o la utilización de normas de cobertura que amparen un ahorro tributario no está prohibida y la elusión tributaria no sería un problema de los contribuyentes, a lo más, es un problema para el legislador que buscó recaudar más y redactó una ley defectuosa que no cubre todos los casos que proyectó.

Sin embargo, la concepción formalista de la interpretación de la ley tributaria y de la forma en que surgen las obligaciones en esta área del derecho resulta problemática cuando se considera la sustancia del derecho tributario²¹. Como muestra Saffie²², al

¹⁷ KIRCHLER, MACIEJOVSKY y SCHNEIDER (2003), PREBBLE y PREBBLE (2010).

¹⁸ AVI-YONAH, SARTORI y MARIAN (2011) p. 102.

¹⁹ AVI-YONAH, SARTORI y MARIAN (2011) p. 101.

²⁰ KATZ (2010) p. 3.

²¹ FREEDMAN (2007).

²² SAFFIE GATICA (2014) p. 35.

citar a McBarnet y Whelan²³, la interpretación formalista socava “la política detrás de las palabras”. Negar esta forma de interpretar el derecho tributario acarrea el riesgo de considerar que el contribuyente tiene la posibilidad de elegir si cumple o no con sus obligaciones tributarias: vale decir, que realizando un hecho que el legislador buscó gravar con impuestos pero que no está exactamente descrito en el antecedente de la regla, lo ampara el derecho a no realizar “literalmente” el hecho imponible y, así, librarse de contribuir con los gastos del Estado en la forma que el legislador definió²⁴.

Como menciona Daly²⁵, siguiendo a Hart²⁶, las leyes tienen un objetivo político que se debe tener en cuenta al interpretar la penumbra de la ley. Por tanto, el contribuyente no debería tener la opción de elegir quedar fuera del hecho imponible ante todo evento, sino que, al actuar, debe considerar que sus obligaciones tributarias están determinadas tanto por la letra como por el propósito de la ley.

Entonces, una interpretación sustantiva de la ley tributaria requiere identificar si la conducta del contribuyente está cubierta por el propósito de la legislación. Aunque los actos del contribuyente no estén cubiertos por la letra de la norma, es posible que dicho comportamiento sí esté contenido en el propósito del legislador al establecer el hecho imponible. De esta manera se observa el problema jurídico que supone la elusión tributaria: se trata de acciones que devienen problemáticas para la aplicación del derecho porque no están cubiertas por la letra, pero sí por el propósito de la ley.

El problema persiste incluso si, como simplificación, se considera que el único objetivo de los impuestos es recaudar ingresos para financiar los gastos del Estado²⁷. Bajo esta perspectiva y siguiendo la definición económica clásica de impuestos de Seligman²⁸, citado por Saffie²⁹, los impuestos son “contribuciones obligatorias que realiza el contribuyente al Estado para que este cubra los gastos destinados al interés común de los ciudadanos, sin referencia a beneficios especiales conferidos”. Será más problemático si vamos más allá y consideramos que los impuestos también desempeñan un papel en la equidad y la justicia distributiva³⁰.

Si se apoya la interpretación y la aplicación formalistas de la legislación tributaria y se reconoce un derecho a eludir impuestos, los ingresos fiscales de los países disminuirán

²³ MCBARNET y WHELAN (1991) p. 853.

²⁴ Nótese que esta situación es distinta de la que los economistas denominan “efecto sustitutivo” de los impuestos. No estamos hablando de una situación en que la existencia o establecimiento de un impuesto motiva un cambio de conducta que implica no generar “renta” (u otro hecho gravado). En este sentido no es una situación relevante desde el punto de vista legal que una persona decida abandonar la civilización para irse a la montaña a subsistir por sus propios medios. Eso no sería elusión.

²⁵ DALY (2015).

²⁶ HART (2012).

²⁷ Para este propósito ver SAFFIE GATICA (2014) p. 77. Véase supra notas 16 y 17 para los demás fines de los tributos.

²⁸ SELIGMAN (1905) p. 304.

²⁹ SAFFIE GATICA (2014) p. 78.

³⁰ MURPHY y NAGEL (2001).

y los gobiernos no podrán proporcionar servicios básicos a sus ciudadanos³¹. Además, como afirma Wheatcroft³², estas actitudes no solo reducirán los ingresos fiscales, sino que también aumentarán el “sentido de injusticia y desigualdad”.

Como defendió McBarnet³³, una interpretación formalista de la ley tributaria permite que “los mandamases de la sociedad”³⁴ (aquellos que tienen acceso a “buenos” asesores) elijan pagar menos impuestos mediante el diseño de estrategias que sitúen su comportamiento fuera del alcance de las palabras de la ley. Esto representa un atentado contra la equidad horizontal y vertical del sistema tributario³⁵.

A diferencia de lo que sostienen algunos autores³⁶, como se muestra más adelante, una interpretación sustantiva de la ley tributaria no contradice necesariamente el principio de legalidad en materia tributaria, según el que solo la ley (lo que aquí se sostiene debería incluir tanto sus palabras como sus propósitos) puede establecer un hecho imponible (o exención). Una interpretación y aplicación de la ley tributaria como la que aquí se defiende, implica que ni los contribuyentes ni las administraciones tributarias pueden decidir (o elegir) si una determinada conducta se enmarca (o no) en la descripción de un hecho imponible. Como señala McBarnet³⁷, la interpretación formalista permite a las personas elegir si entran o salen del hecho imponible y esto no es aceptable según el principio mencionado; al mismo tiempo, una interpretación que atienda solo a la sustancia de la ley sin atender a su texto, implica que la administración o los jueces podrían devenir en diseñadores de política tributaria más allá de la ley.

Según lo hasta aquí analizado, podemos concluir que tanto para una aproximación formalista como para una sustantiva del derecho tributario, la elusión tributaria es un comportamiento legal (en oposición a la evasión), pero que en el caso de la interpretación sustantiva se entiende como ilegítimo aquel comportamiento del contribuyente que contraviene la sustancia de la ley tributaria entendida como el propósito del derecho tributario, lo que incluye una dimensión de sentido que va más allá de la literalidad de las palabras usadas por el legislador. Los autores que argumentan a favor de una interpretación sustantiva de la ley tributaria consideran que la elusión es ilegítima, ya que

³¹ Esta es una de las razones principales de las acciones actuales que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) está impulsando en el proyecto que busca prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios en su actual versión de establecer un impuesto mínimo global.

³² WHEATCROFT (1955) p. 212.

³³ MCBARNET (1988) p. 119.

³⁴ MCBARNET (1988) p. 120.

³⁵ Acerca del concepto de equidad fiscal horizontal, ver SIMONS (1938).

³⁶ En el caso de la literatura española y chilena, véase, aunque con matices, FERREIRO LAPATZA (2010), TAVEIRA TORRES (2008), VALDÉS COSTA (2001). En el caso chileno, véase, AVILÉS HERNÁNDEZ (2014), BRZOVIC (1992), MAGASICH AIROLA (2016), NAVARRO SCHIAPPACASSE (2022), NAVARRO SCHIAPPACASSE (2018), NAVARRO SCHIAPPACASSE y TOLEDO ZÚÑIGA (2022). Se diferencia de los autores chilenos OSORIO MORALES (2025).

³⁷ MCBARNET (1988) p. 119.

los contribuyentes también deben cumplir con la intención del legislador manifestada en el espíritu o propósito de la ley tributaria³⁸.

Así, para una aproximación sustantiva, los contribuyentes podrían aprovechar en su favor las limitaciones del lenguaje de las leyes fiscales (planificación tributaria), siempre que no atenten contra el propósito de la legislación. Con esto se tendrá que evaluar si el comportamiento de los contribuyentes se enmarca (o no) dentro del alcance de la ley tributaria generando una optimización de la carga tributaria.

III. EJEMPLOS DE PROBLEMAS DE APLICACIÓN SUSTANTIVA DE LA LEY TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL REINO UNIDO Y CHILE

La tensión entre las palabras y la sustancia de la legislación en materia de elusión tributaria se ha reflejado a lo largo de la historia de las decisiones judiciales en el Reino Unido y en Chile³⁹. Esta sección ilustra que la falta de un marco conceptual o guía para los jueces respecto de la sustancia del derecho tributario ha derivado en declaraciones contradictorias por parte de la Cámara de los Lores del Reino Unido y de la Corte Suprema de Chile. Los fallos analizados han conducido a la elaboración de diferentes principios de interpretación y aplicación de la ley tributaria para evaluar si debe primar una aproximación formalista o una sustantiva, lo que acarrea una mayor incerteza que un mandato de aplicar la sustancia de la ley bajo ciertos parámetros establecidos en la ley.

Esta sección no busca desarrollar un análisis de la calidad de las sentencias ni del estándar argumentativo de las mismas, sino ejemplificar mediante decisiones jurisprudenciales relevantes, cómo han variado las aproximaciones al derecho tributario desde una aplicación literal hasta una sustantiva de la ley. El objetivo es dar cuenta de la tarea que pueden cumplir las y los jueces al aplicar la ley y de cómo las variaciones en esa comprensión pueden implicar una mayor incertidumbre para los contribuyentes. Además, en ambos casos se analiza la jurisprudencia dictada antes del establecimiento legislativo de una NGA. Para evitar esas variaciones, se presenta la propuesta de la sección IV de este trabajo.

1. *Jurisprudencia del Reino Unido*

La jurisprudencia del Reino Unido muestra un vaivén entre las aplicaciones formales y sustantivas del derecho tributario. La primera doctrina emergió en 1936 con

³⁸ FREEDMAN (2007).

³⁹ La razón para dedicarse al análisis de la evolución de la jurisprudencia del Reino Unido (y no, por ejemplo, a la de Estados Unidos) es que se trata de una tradición que, a pesar de venir del *common law*, ha sido siempre más cercana al formalismo que a una aproximación sustantiva en el razonamiento jurídico. Véase, ATIYAH y SUMMERS (1987). Lo anterior sirve para mostrar que el problema entre forma y sustancia también aparece en una tradición que, *en principio*, parece muy lejana a la tradición continental, propia del derecho chileno.

el “principio de Westminster”, en *IRC v. Duke of Westminster* [1936] donde primó la literalidad de la ley. Como es bien sabido, el caso cuestionó el tratamiento tributario que debían recibir los pagos anuales efectuados por el Duque de Westminster (el “Duque”) a sus trabajadores, pagos que reemplazaban la remuneración. Los pagos anuales tenían un tratamiento tributario preferencial que no gozaban los sueldos o remuneraciones. Para estos efectos, el Duque pactaba, mediante escrituras⁴⁰, obligaciones de pago de anualidades a sus trabajadores. Las escrituras establecían que estos pagos se hacían cargo de la obligación derivada de servicios prestados en el pasado por sus trabajadores, pero que los pagos se realizarían en el futuro⁴¹. El fallo de la Cámara de los Lores consideró que la elusión derivada de estos contratos era legal, reconociendo que los contribuyentes tenían derecho a organizar sus negocios con el fin de pagar la menor cantidad de impuestos posible, en la medida en que cumplieran con lo establecido en la letra de la ley.

Este criterio formalista se mantuvo durante muchos años. Recién en 1982 surgió el denominado “principio Ramsay” en *Ramsay Ltd. v. IRC* [1982]; una nueva doctrina que consideró que la elusión era problemática. El caso consistió en que Ramsay Ltd. adquirió el capital de Caithmead Ltd. por un total de £185,034. Para ello, y en la misma fecha, Ramsay Ltd. hizo dos préstamos a Caithmead Ltd., equivalentes a £ 218,750, pagaderos a su valor par en 30 y 31 años, respectivamente, con una tasa de interés del 11%, pudiendo Ramsay Ltd. elegir disminuir la tasa de interés de un préstamo y aumentar la del otro préstamo, respectivamente. Un par de semanas después, Ramsay eligió reducir la tasa de interés del primer préstamo, a 0% y aumentar la tasa de interés del segundo préstamo a 22%, lo que se tradujo en que el segundo préstamo aumentara su valor económico y el primero se redujera. Con ello, Ramsay vendió el segundo crédito a una tercera sociedad por su valor de mercado equivalente a £ 391,481. Sin embargo, Ramsay Ltd. consideró que la utilidad de £ 172,731 (£ 391,481 – £ 218,750) no debía afectarse con impuestos y debía acogerse a la exención tributaria denominada “*debt on a security*”. Posteriormente, el segundo crédito fue transferido a una subsidiaria de la tercera sociedad adquirente, que después se liquidó y así extinguió la obligación; y el primer crédito se pagó a su valor par, sin generar impuestos. Por último, Caithmead Ltd. entró en proceso de liquidación, lo que redujo el valor de sus acciones y generó una pérdida tributaria.

En este fallo, Lord Wilberforce ratificó el criterio formalista de Ramsay, pero con una variación importante que supera la literalidad de la ley. En la sentencia, Lord Wilberforce señaló que “los contribuyentes tienen derecho a organizar sus negocios para reducir su carga tributaria. El hecho de que el motivo de la transacción sea eludir impuestos no invalida la planificación del contribuyente, salvo que una norma lo disponga expresamente. La planificación se debe considerar según su efecto legal”⁴². Sin embargo, Lord

⁴⁰ Denominadas *deed of covenant*.

⁴¹ En concreto, se cita el caso de la escritura con su jardinero, Frank Allman, donde se establecía una anualidad equivalente a £ 1.930 de por vida, o un monto equivalente a £ 1,18 pagaderos semanalmente por un periodo de siete años a contar de la fecha de otorgamiento de la escritura.

⁴² *W T Ramsay Ltd v. IRC*, 180 por Lord Wilberforce.

Wilberforce⁴³ consideró que el efecto legal de la elusión fiscal debía evaluarse teniendo en cuenta toda la transacción, y no una etapa individual de ella, introduciendo la regla de la construcción de los actos.

Además, agregó que los jueces debían evaluar si el documento o transacción era genuina o una simulación⁴⁴, “[e]n el contexto en que un documento o transacción sea una simulación, significa que mientras dice ser una cosa, resulta ser otra distinta. Que un documento o transacción sea genuino significa, en la ley, que sea lo que profesa y nada más”⁴⁵. Según Freedman⁴⁶, esta regla considera la naturaleza legal de la transacción para aplicar la ley tributaria; y, a pesar de que algunos tribunales lo negaron, este principio implica reconocer la sustancia económica del hecho imponible. El principio supone la (re)construcción de la transacción, teniendo en cuenta la serie o combinación de eventos realizados y cómo dicha naturaleza tiene una consecuencia fiscal, reconociendo que las transacciones “simuladas” no deben ser reconocidas como válidas. A pesar que en algunos casos posteriores los jueces trataron de limitar la aplicación de este principio, fueron agregando otros requisitos que, quizá sin que fuera su objetivo, lo fortalecieron al reconocer la “intención del Parlamento al decidir” un caso⁴⁷.

Esas contradicciones en las decisiones judiciales y las que vinieron con posterioridad, justificaron la tesis crítica⁴⁸ acerca de la urgencia de desarrollar un marco conceptual de la elusión fiscal y su reflejo en una teoría de la interpretación y aplicación de la ley tributaria. La Cámara de los Lores desarrolló la “nueva” doctrina Ramsay en *Inland Revenue v. Scottish Provident Institution* [2005] (en adelante, “Scottish Provident”), y, el mismo día, la doctrina Ramsay se consideró no un principio, sino “la aplicación normal de las normas legales” (*Barclays Mercantile Business Finance Ltd v. Mawson* [2005], en adelante, “BMBF”). En este último caso, la Cámara de los Lores decidió que, aunque era necesario considerar las características individuales de los documentos que permitían “construir” una transacción, la transacción compuesta se debería revisar no solo teniendo en cuenta sus características, sino también de manera realista⁴⁹. El argumento a favor de la necesidad de un análisis “realista”, se construye en BMBF en el principio de que los jueces no tienen derecho a anular la legislación.

Como se puede notar de la descripción de estos casos, el “péndulo de la adjudicación”⁵⁰ no ha estado lejos del derecho tributario. El movimiento ha ido desde el formalismo propio de las interpretaciones literales, como en el caso *Westminster*, a una interpretación sustantiva que atiende a los fines del derecho tributario, como la doctrina Ramsay. Ese movimiento pendular tiene consecuencias importantes para los contribuyentes,

⁴³ FREEDMAN (2007) p. 57.

⁴⁴ “*Sham transaction*” en el sistema legal inglés.

⁴⁵ *W T Ramsay Ltd v IRC*, 180 por Lord Wilberforce.

⁴⁶ FREEDMAN (2007) p. 54.

⁴⁷ FREEDMAN (2007) pp. 60–61.

⁴⁸ FREEDMAN (2007) pp. 65–70.

⁴⁹ FREEDMAN (2007) p. 65.

⁵⁰ ATRIA LEMAITRE (2016) pp. 104ss.

porque las posibilidades de acción amparadas por la ley tributaria varían en el tiempo. En este sentido, los tribunales por sí solos no producen “certeza jurídica” ni aun en un sistema basado en precedentes. La razón para ello es simple: incluso en un sistema de precedentes, se deben tener en cuenta las particularidades de los casos concretos al momento de la adjudicación⁵¹.

En el Reino Unido, el principio Ramsay fue inicialmente apoyado por los operadores jurídicos y se pensó que marcaba el desarrollo de un marco institucional contra la elusión tributaria. A juicio de Freedman⁵², la doctrina Ramsay, desarrollada como un principio limitado, fortaleció la posibilidad de considerar la intención del Parlamento al analizar una transacción para comprender el “espíritu” de la legislación. Sin embargo, los distintos criterios contenidos en los casos BMBF y Scottish Provident —que fueron dictados el mismo día— pusieron de relieve que el péndulo de la adjudicación puede variar más rápido de lo que se piensa.

2. *Jurisprudencia chilena*

La historia judicial chilena es bastante similar a lo ocurrido en el Reino Unido, ya que también se observa el péndulo de la adjudicación desde el formalismo a una aproximación sustantiva⁵³.

Un ejemplo de interpretación formalista es el fallo Bahía con Fisco de la Corte Suprema⁵⁴. En este caso, una sociedad matriz, en lugar de arrendar un lugar amoblado (*apart hotel*), arrendaba inmuebles y muebles por medio de dos filiales a los clientes: una arrendaba los inmuebles, y la otra los muebles. Lo que se buscaba evitar era la aplicación del IVA que grava el arriendo de inmuebles amoblados⁵⁵. La Corte, en una aplicación literal de la ley, concluyó que no había arriendo de inmuebles amoblados, sino de inmuebles por un lado y muebles por otro, aun cuando se arrendaban conjuntamente a los mismos clientes.

El SII alegó elusión tributaria, pero la Corte rechazó el recurso, señalando que, aunque existiera elusión, ello no justificaba una interpretación distinta, pues no implicaba una conducta ilegítima, sino una aplicación “astuta” de la ley tributaria⁵⁶. La Corte adoptó una lógica similar a la del caso Westminster, considerando válidos los actos por separado y sin analizar el conjunto, como en el principio de Ramsay. El formalismo radica en que,

⁵¹ DETMOLD (1989b), capítulos 1 y 6.

⁵² FREEDMAN (2007), p. 61.

⁵³ Con buenas o malas razones. Lo que importa para efectos del argumento de este artículo es dar cuenta del movimiento en la adjudicación sin que necesariamente exista un cambio legal que así lo mandate.

⁵⁴ Rol 4.038-01 del año 2003.

⁵⁵ Artículo 8, letra g), Ley del IVA, DL 825 de 1974.

⁵⁶ El considerando 18, que es el relevante en este punto, señaló: “Que, así, el Servicio confunde, en este caso, dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria —ilícito—, con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no en aquella que se liquida”.

pese a que el resultado económico era equivalente al arriendo de inmuebles amoblados, la ley no lo contemplaba expresamente en esos términos.

Pasaron varios años y el péndulo de la adjudicación se movió, primero en el caso Coca-Cola Embonor S.A. con SII, luego con los casos de los hermanos Muñoz con SII, y Supermercados Big Key Limitada con SII.

En 2010, Coca-Cola Embonor S.A. declaró pérdidas tributarias por aproximadamente 200 mil millones de pesos y solicitó la devolución de pagos provisionales por 540 millones de pesos. El SII cuestionó el origen de dichas pérdidas. En 1999, la empresa creó una agencia en las Islas Caimán para obtener financiamiento mediante bonos y préstamos. Luego, estableció una filial en el mismo territorio, financiada con esos recursos. Como la ley chilena considera a la agencia parte de la matriz, los intereses pagados por la agencia afectaron los resultados tributarios de Embonor en Chile.

La sentencia del tribunal de primera instancia⁵⁷, ratificada por la Corte de Apelaciones⁵⁸, concluyó que no existía una legítima razón de negocios para la estructura, pues las plantas de producción podían haberse adquirido directamente de Embonor, sin pasar por la agencia ni la filial. El objetivo habría sido deducir intereses como gasto necesario para generar renta. Si bien la Corte Suprema no calificó expresamente la operación como elusiva, al rechazar el recurso de casación⁵⁹, validó la sentencia que cuestionaba la sustancia económica de la transacción. La doctrina⁶⁰ ha interpretado este fallo como un giro respecto del criterio formalista del caso Bahía, al privilegiar la sustancia económica sobre la forma jurídica.

En 2015, la Corte Suprema se pronunció nuevamente calificando ciertas operaciones como elusivas. En cinco sentencias sobre recursos de casación en el fondo, la Corte se volvió a alejar del enfoque formalista adoptado en 2003.

Cuatro de estas sentencias, todas del 27 de julio de 2015, se refieren a los casos de los hermanos Gajardo Muñoz y Muñoz Aramayona. En particular, la sentencia en el caso de María Paulina Gajardo Muñoz⁶¹ abordó la elusión y la planificación fiscal desde la perspectiva de los “valores del derecho tributario”. En su considerando undécimo, la Corte definió la elusión como el uso de “formas jurídicas inusuales o anómalas” para evitar una obligación tributaria, sin violar directamente la regla, pero contrariando los valores o principios del sistema tributario.

La Corte cuestionó las operaciones que implicaron un ahorro tributario en circunstancias que debían haber generado impuestos de primera categoría y global complementario. En el considerando duodécimo, la Corte concluyó que, aunque lícitas en apariencia, las

⁵⁷ RIT GR-01.00003-2011.

⁵⁸ Rol N° 2 2012.

⁵⁹ Rol N° 5.118-2012.

⁶⁰ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2018).

⁶¹ Rol N° 17.586-2014. Redactadas por Lamberto Cisternas en la Segunda Sala. Pablo Andrés Gajardo Muñoz, misma fecha. Sentencia Rol N° 25.915-2014, mismos considerandos pero décimo y undécimo. Laura Muñoz Aramayona, Rol N° 22.382-2014, esta vez considerandos octavo y noveno. Carlos Gustavo Gajardo Muñoz, Rol N° 29.358-2014 considerandos décimo y undécimo.

actividades desarrolladas por el contribuyente tuvieron un fin ilícito: evitar la tributación normal mediante estructuras artificiales, lo que resulta inadmisibles⁶².

En la quinta sentencia, de 14 de septiembre de 2015, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo presentado por el SII contra la sentencia que favorecía a Supermercados Big Key Ltda., en una reclamación por la Liquidación N° 97 de 2012⁶³. El SII exigía el reintegro de una devolución indebida correspondiente al año tributario 2009, argumentando que el contribuyente incluyó un gasto que se debió considerar rechazado, en la determinación de la base imponible –un depósito convenido–.

Aunque el fallo de reemplazo de la Corte se basó en la infracción del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, la Corte también aludió a la elusión tributaria, diferenciándose de la primera instancia que la consideró legítima. Indicó que la elusión no es simplemente la elección lícita entre opciones legales, sino el uso de “medios jurídicamente anómalos” para evitar obligaciones tributarias, infringiendo indirectamente la ley bajo apariencia de juridicidad.

En este caso, el depósito convenido fue pactado solo con una trabajadora con la que existían lazos familiares; un “inusual contexto” que permitió evitar tributos que normalmente habrían correspondido. Para la Corte, aunque la operación era formalmente válida, tenía un “fin ilícito”: evitar la tributación normal mediante una estructura artificial, lo que generó una merma fiscal inadmisibles.

Estas sentencias muestran cómo el péndulo de la adjudicación pasó de una comprensión de la elusión como legítima y una “alternativa” contemplada en la legislación a una acción que va contra “los principios y valores del sistema tributario”⁶⁴. Es importante también notar que estas sentencias se dictaron cuando no existía una Norma General Antielusión (NGA) vigente en Chile, mostrando cómo el uso de conceptos no establecidos en la legislación puede generar mayor incertidumbre cuando se utilizan para justificar decisiones judiciales.

IV. FORMA Y SUSTANCIA EN EL DERECHO TRIBUTARIO: UNA CONCILIACIÓN

Los fundamentos teóricos y ejemplos empíricos analizados en las secciones anteriores evidencian la tensión entre la interpretación formalista del derecho tributario y la

⁶² Con prevención del Ministro Sr. Künsemüller, para quien era bastante para desestimar las pretensiones de la reclamante constatar el incumplimiento de las condiciones para beneficiarse del sistema de tributación simplificado, en lugar de justificar el fallo en la elusión tributaria.

⁶³ Rol N° 31.983-2014 de la Corte Suprema.

⁶⁴ Si bien las sentencias analizadas son las más relevantes para efectos de este artículo por hacer referencia a la elusión como justificación para recalificar las operaciones realizadas por los contribuyentes, también es importante destacar la sentencia Rol 27.783-14 de la Corte Suprema, de 23 de diciembre del mismo año 2015. En esa sentencia, mediante una interpretación sustantiva del derecho tributario, pero sin hacer mención a la elusión, se recalificaron las operaciones y negocios jurídicos realizados por los contribuyentes para aplicar un hecho gravado que, en una interpretación formal y literal de la ley tributaria, no se hubiese aplicado ni por los contribuyentes, ni por la administración tributaria.

sustantiva. La necesidad de superar el formalismo se expresa en la importancia de exigir las obligaciones legales frente al comportamiento elusivo de los contribuyentes, pero también se han resaltado los riesgos de la interpretación sustantiva cuando se recurre a “valores o principios” que dependen exclusivamente de construcciones judiciales. En otras palabras, el péndulo de la adjudicación acarrea riesgos para la función de la forma en el derecho tributario.

La jurisprudencia analizada muestra que la discrepancia de criterios pone de relieve la cuestión de cómo los jueces deberían considerar la intención del legislador⁶⁵ para identificar la sustancia de la ley tributaria.

El problema se acrecienta, además, si consideramos que en cualquiera de estos polos se arriesga dejar sin efecto la ley: ya sea tanto porque una interpretación literal y formalista da espacio para la elusión tributaria, como porque una interpretación que atiende solo a una sustancia (indeterminada) puede implicar crear hechos gravados no establecidos en la ley.

En consecuencia, si bien sería deseable avanzar hacia una interpretación sustantiva del derecho tributario para conseguir la realización del propósito del legislador, esta debe ir acompañada de elementos objetivos que le otorguen claridad y certeza a los contribuyentes y la administración acerca de qué tipo de casos serán aquellos que permitirán a los jueces resolver atendiendo a las consideraciones de política tributaria que dan cuenta del propósito de la legislación. Si bien una alternativa podría ser reconocer de manera explícita la sustancia económica del hecho imponible en la legislación tributaria, obligando al juez a evaluar los actos o contratos elusivos de manera objetiva, encontrar la sustancia económica del hecho gravado no es sencillo, pudiendo derivar en falta de certeza e incertidumbre para los contribuyentes⁶⁶.

Una alternativa para reducir la incertidumbre es la propuesta por Freedman⁶⁷. Para ella sería ideal que las leyes tributarias establecieran, por sí mismas, el camino que los jueces deben seguir para determinar el “espíritu” de la legislación. Freedman considera que la intención del legislador se debe entender como “el producto del proceso en que se produce el texto legal”⁶⁸. Sin embargo, como ella misma reconoce⁶⁹, el procedimiento para determinar la intención del legislador al interpretar y aplicar la ley tributaria resulta difícil, ya que este tipo de legislación contiene conceptos legales complejos que, en su mayoría, buscan alcanzar diversos fines económicos.

⁶⁵ FREEDMAN (2007) p. 65.

⁶⁶ FREEDMAN (2010), p. 725. Una forma de moderar la incerteza que surgiría de atender a los diversos fines económicos que pueden tener los impuestos desde un punto de vista de la teoría política o de las finanzas públicas, se podría encontrar en un proceso inductivo del derecho positivo vigente. De esta forma, en el proceso de determinación del derecho, se podría identificar la “causa” de los tributos, es decir, el motivo económico que motivó al legislador a establecer un hecho imponible. Una propuesta metodológica como esta se encuentra en JARACH (1982), pero no es la que se propone en este trabajo.

⁶⁷ FREEDMAN (2007), p. 73.

⁶⁸ FREEDMAN (2007), p. 72.

⁶⁹ FREEDMAN (2007), p. 54.

Freedman propone la creación de un marco institucional que permita establecer criterios interpretativos para identificar las situaciones en que los jueces deben recurrir a la sustancia de la ley⁷⁰. Por el contrario, sin un marco institucional que determine las formas de identificar e interpretar la ley en casos de elusión fiscal, los contribuyentes están constantemente expuestos a la incertidumbre que acarrearán decisiones judiciales que se mueven en el péndulo de la adjudicación. En conclusión, para avanzar hacia una interpretación sustantiva de la ley tributaria en materia de elusión, que además respete la forma del derecho tributario, parece adecuado establecer mecanismos o herramientas legales que permitan a los jueces determinar el propósito del legislador al momento de adjudicar un caso, fortaleciendo el principio de legalidad en materia tributaria. Sin estas herramientas, deberíamos esperar que la tensión entre la letra de la ley tributaria y la sustancia de la legislación se mantenga en las decisiones de los tribunales.

Se podría pensar que esto se lograría obligando al Congreso a tener una discusión especial respecto de la intención de cada hecho imponible o hecho gravado al debatir sobre materias tributarias. Sin embargo, parece poco probable que en la discusión parlamentaria se llegue a un acuerdo respecto del propósito de cada regla. Se agregaría de esta manera un metanivel de discusión complejizando aún más la resolución de conflictos políticos que supone el debate legislativo.

Una alternativa teórica para atenuar la tensión entre una interpretación formalista y una sustantiva de la ley tributaria que parece viable es la sugerida por Freedman: incorporar una norma general antielusión basada en principios (*General Anti-Avoidance Principle*)⁷¹. La solución de Freedman podría ayudar a “aplicar ciertos principios, presunciones o pruebas primordiales a la interpretación de la legislación tributaria”⁷².

Freedman sostiene que una NGA que no contiene una indicación precisa de cómo el juez debe interpretar la norma tributaria para identificar el propósito de la legislación tiende a no cumplir con su objetivo⁷³. Por el contrario, para que la NGA cumpla su objetivo debe: (i) establecer expresamente la obligación de que los jueces reconozcan la sustancia económica del hecho imponible; y, (ii) establecer una guía de interpretación a los jueces, basada en principios, con el fin de reconocer esa sustancia.

Para respaldar sus argumentos, Freedman pone como ejemplos los casos de las NGA de Nueva Zelanda y Canadá⁷⁴. Muestra que en la aplicación de las NGA dichos países tuvieron los mismos problemas interpretativos que el Reino Unido en el caso de BMBF, ya que ambas legislaciones no señalaban expresamente qué debía hacer el juez para identificar el propósito de la legislación. Además, las NGA de ambos países no contienen una redacción que establezca expresamente que los jueces deben reconocer el contenido económico de los hechos gravados, ni una guía para reconocer dicho contenido. Por el contrario, en estos países, los jueces asumieron que la “legislación se

⁷⁰ FREEDMAN (2007).

⁷¹ FREEDMAN (2004), p. 346.

⁷² FREEDMAN (2007), p. 73.

⁷³ FREEDMAN (2007), p. 74.

⁷⁴ FREEDMAN (2007), pp. 76-80.

basaba en conceptos puramente formales” y, por lo mismo, no reconocieron la sustancia económica del hecho imponible⁷⁵. Freedman argumenta que la aplicación de este tipo de NGA ilustra las dificultades que enfrentan los jueces cuando las NGA carecen de orientación suficiente para determinar el propósito económico del hecho imponible específico⁷⁶. Agrega, además, a modo de contraste⁷⁷, que la NGA australiana se ocupa de los problemas mencionados, ya que se refiere expresamente a la sustancia económica como factor que debe ser considerado por los tribunales.

En línea con lo anterior, podemos destacar que las NGA de Chile y Reino Unido incorporaron la sustancia económica del hecho gravado en sus legislaciones. Para el caso de Reino Unido, según lo expresado por Freedman, el hecho de que la NGA establezca el criterio de sustancia económica se podría considerar como un “factor importante que podría anular la forma, pero en circunstancias limitadas”⁷⁸.

En el caso de Chile, el inciso cuarto del artículo 160 bis del Código Tributario establece que el Tribunal Tributario y Aduanero al que se solicite la declaración de elusión por parte del Director de Impuestos Internos, en aplicación de las reglas de los artículos 4 bis y siguientes que se refieren a la NGA, “deberá fundar su decisión teniendo *en consideración la naturaleza económica de los hechos imponibles conforme a lo establecido en el artículo 4 bis*”. A su vez, el artículo 4 bis establece que “las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imponibles, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados”. La forma de conciliar ambas normas se encuentra en la tradición de la teoría del hecho imponible: los hechos jurídicos contenidos en la definición de los hechos imponibles lo son, precisamente, porque su naturaleza económica es relevante para efectos tributarios y no por su naturaleza jurídica propia de, por ejemplo, el derecho privado. En esto la legislación chilena sigue, en parte, el trabajo de teorías funcionales del hecho imponible, como la de Jarach⁷⁹. Por su parte, esta forma de reconocimiento explícito de la sustancia económica del hecho imponible en la legislación tributaria de Chile va en línea con la prescindencia de la exigencia de que el juez acredite intencionalidad, obligando a este a evaluar de manera objetiva los actos o contratos elusivos⁸⁰.

Es en esta línea como podría interpretarse la primera sentencia dictada por un Tribunal Tributario y Aduanero favorable a la administración tributaria de Chile⁸¹,

⁷⁵ FREEDMAN (2007), p. 79.

⁷⁶ FREEDMAN (2007), p. 80.

⁷⁷ FREEDMAN (2007), p. 81.

⁷⁸ FREEDMAN (2016), p. 12.

⁷⁹ JARACH (1982).

⁸⁰ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2021), OSORIO MORALES y otros (2022). Para una tesis contraria de la que, por razones de extensión, no es posible hacerse cargo aquí, véase IRRIBARRA SOBARZO (2024). Por la misma razón, tampoco es posible en este artículo hacerse cargo de cómo la posición mayoritaria en esta materia podría afectarse por las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.755 al art. 4° bis.

⁸¹ RIT N° GS-10-00039-2022. Para un análisis detallado de esta sentencia, véase SILVA PARADA y CORTÉS VIVANCO (2024).

la que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción⁸². En este caso, la autoridad tributaria solicitó la declaración de elusión tributaria respecto del contribuyente Forestal Aurora SpA, considerando que habría abusado de las formas jurídicas en una operación de financiamiento. En concreto, el contribuyente financió parte de su capital de trabajo con capital proveniente de su único accionista, con una deuda que contrajo con una entidad financiera del grupo. La operación de deuda permitió a Forestal Aurora SpA remesar flujos al exterior por concepto de pago de intereses, los que se afectaron con impuesto adicional del 4%. Por el contrario, de haber remesado dividendos, habría tenido que pagar un impuesto adicional de 35%.

Citando a Navarro⁸³, el juez tributario consideró que el actuar del contribuyente fue artificioso. Como da cuenta el considerando octavo de la sentencia, podría interpretarse que el juez aplicó el artículo 160 bis en línea con el artículo 4 bis del Código Tributario, reconociendo la sustancia económica del hecho imponible. En concreto, el juez consideró que la tasa del 4% está establecida para incentivar la inversión (sería el propósito de la legislación en esta materia), no pudiendo “jamás la norma, tener por intención que los contribuyentes que no necesitasen esta clase de financiamiento, lo simularan para poder acogerse a este beneficio”.

No obstante que este fallo a favor de la autoridad tributaria de Chile mostraría, en principio, que el juez tuvo en cuenta la consideración de la sustancia económica del hecho gravado, también da cuenta de los problemas que tiene el juez para identificarlo —especialmente cuando se refiere a elementos “racionales” que pudo observar el contribuyente para analizar el actuar del contribuyente—. Se podría argumentar que en esta parte del fallo, el juez se refirió a elementos subjetivos del contribuyente acerca de los actos eludidos, desatendiendo el mandato de la ley tributaria de referirse exclusivamente al espíritu de la legislación como elemento objetivo. Sin embargo, y contrario a lo que argumenta parte de la doctrina⁸⁴, incluir un análisis de subjetividad del contribuyente implicaría debilitar el principio de legalidad del derecho tributario, toda vez que los actos o contratos del contribuyente se analizarían no solo a la luz de la intención del legislador al momento de establecer el hecho (no) gravado o exención, sino que también importaría la intención del contribuyente al momento de celebrar sus actos o negocios. En otras palabras, condicionaríamos los efectos del derecho tributario a la voluntad del contribuyente, acercándonos más a una concepción formalista de la interpretación de la ley tributaria, criticada en este trabajo. Además, implicaría hacer imposible la aplicación de las normas antielusión porque la subjetividad de la intención de los contribuyentes sería un elemento puramente psicológico a probar; la estructura legal de la operación en nada da cuenta de esa subjetividad, precisamente porque los actos elusivos tienen apariencia de legales.

⁸² Rol N°51-2024. En lo esencial esta decisión reproduce la argumentación del tribunal de primera instancia y destaca que más allá de las formas jurídicas se debe atender a la facticidad de la operación, *v.gr.* la realidad económica. Véase el considerando undécimo.

⁸³ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2021).

⁸⁴ IRRIBARRA SOBARZO (2024).

En esa línea, siguiendo a Freedman, el fallo del Tribunal Tributario y Aduanero muestra la importancia de que las NGA contengan principios que permitan al juez identificar la sustancia económica del hecho gravado, para lograr una interpretación lo más apegada a la intención del legislador. Los principios otorgarían un marco conceptual de la elusión tributaria estableciendo criterios objetivos que los jueces deberían seguir para aplicar los fines de la legislación a los casos particulares. De esta manera se reduciría el espacio para la existencia de lagunas normativas en el derecho tributario al mismo tiempo que se respetaría la voluntad de la ley.

Ahora, para que la propuesta de una NGA basada en principios no se constituya en una amenaza al estado de derecho, donde los jueces creen legislación, consideramos importante que los mismos sean una señalización, una indicación de cómo identificar la intención del legislador⁸⁵.

Por tanto, consideramos que la existencia de una NGA basada en principios se debe analizar cuidadosamente, para que los tribunales no sean quienes deroguen o creen ley tributaria, teniendo especial cuidado en no transformar a los jueces en “legisladores con túnicas”, como lo describe Shepsle⁸⁶.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo se muestra cómo la tensión en la interpretación del derecho tributario entre una aproximación formalista y otra sustantiva debe superarse con el fin de aportar certeza al derecho tributario. Esa superación implica reconocer que las interpretaciones sustantivas del derecho tributario requieren límites formales previstos en la legislación. Una forma de matizar la tensión consiste en establecer una NGA en la legislación positiva, siempre que dicha NGA incluya una referencia a la sustancia del derecho tributario y, de este modo, evite caer, de nuevo, en una comprensión puramente formal de las reglas.

Para llegar a esa conclusión analizamos la importancia de reconocer los objetivos de los impuestos en nuestras democracias modernas, así como el papel del estado de derecho.

A estos efectos, el marco teórico nos mostró que la tensión entre las palabras y el propósito de la legislación se puede matizar mediante el establecimiento de un marco conceptual claro de principios que guíen a las y los jueces en la aplicación sustantiva de la ley tributaria.

Lo anterior también se reflejó en la historia judicial del Reino Unido: a pesar de que surgió cierta esperanza de un desarrollo del marco conceptual con la doctrina Ramsey, las diferencias entre las decisiones BMBF y Scottish Provident resaltaron la importancia de diseñar el marco legal de la elusión fiscal mediante el establecimiento de una NGA. La misma evolución se mostró en la descripción de la evolución de la jurisprudencia en Chile y el establecimiento de la NGA.

⁸⁵ FREEDMAN (2004) p. 335. Para más detalles acerca de este argumento, véase SAFFIE GATICA (2014) p. 106.

⁸⁶ SHEPSLE (2010) p. 490.

De esta manera, este artículo defiende la inclusión de criterios sustantivos objetivos en la legislación tributaria como guías para que los jueces puedan aplicar la legislación a un caso particular atendiendo su propósito, a la vez que sostiene la importancia de las formas legales para evitar transformar a las y los jueces en legisladores.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIYAH, Patrick, 2001: "Form and substance in contract law", en ATIYAH, Patrick (edit.), *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon, 93-120.
- ATIYAH, Patrick y SUMMERS, Robert, 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, 2016: *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- AVI-YONAH, Reuven, 2006: "The three goals of taxation", *New York University Tax Law Review*, vol. 60, pp. 1-28.
- AVI-YONAH, Reuven, SARTORI, Nicola y MARIAN, Omri, 2011: *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Nueva York, Oxford University Press.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, 2014: *Legalidad Tributaria y Mecanismos Antielusión*, (2ª edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BRZOVIC, Franco, 1992: "La interpretación de las leyes tributarias", en AAVV, *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 424-427.
- DETMOLD, Michael, 1989a: "Law as practical reason", *The Cambridge Law Journal*, vol. 48, N° 3, pp. 436-471.
- DETMOLD, Michael, 1989b: *Courts and Administrators. A Study in Jurisprudence*, Londres, Weidenfeld and Nicolson).
- DWORKIN, Ronald, 1967: "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 14, pp. 14-46.
- EHRENBERG, Kenneth, 2016: *The Functions of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ENDICOTT, Timothy, 2011: "The value of vagueness", en MARMOR, Andrei y SOAMES, Scott (edit.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 14-30.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan, 2010: *Instituciones de Derecho Financiero*, Madrid, Marcial Pons.
- FREEDMAN, Judith, 2004: "Defining taxpayer responsibility: in support of a general anti avoidance principle", *British Tax Review*, vol. 4, pp. 332-357.
- FREEDMAN, Judith, 2007: "Interpreting tax statutes: tax avoidance and the intention of Parliament", *Law Quarterly Review*, vol. 123, pp. 53-90.
- FREEDMAN, Judith, 2010: "Improving (not perfecting) tax legislation: rules and principles revisited", *British Tax Review*, N° 6, pp. 717-736.
- FREEDMAN, Judith, 2016: "General Anti-Avoidance Rules (GAARs)-A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World? The UK GAAR", SSRN Electronic Journal 10.2139/ssrn.2769554.
- GODOI, Marciano, 2005: *Fraude a la Ley y Conflicto en la Aplicación de las Leyes Tributarias*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- HART, HLA, 2012: *The Concept of Law*, (3ª edición), Oxford, Oxford University Press.
- IRIBARRA SOBARZO, Eduardo, 2024: "La intención de eludir en la norma general antielusión chilena: crítica a la concepción objetiva", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 51, N° 1, pp. 131-158.
- JARACH, Dino, 1982: *El Hecho Imponible. Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- JACKSON, Andrew, 2015: "The hart of the tax avoidance issue: 'Core and Penumbra' revisited". Disponible en: <https://taxatlincoln.wordpress.com/2015/03/06/the-hart-of-the-tax-avoidance-issue-core-and-penumbra-revisited/>
- KATZ, Leo, 2010: "A theory of loopholes", *The Journal of Legal Studies*, vol. 39, pp. 1-31.
- KIRCHLER, Erich, MACIEJOVSKY, Boris y SCHNEIDER, Friedrich, 2003: "Everyday representations of tax avoidance, tax evasion, and tax flight: do legal differences matter?", *Journal of Economic Psychology*, vol. 24, pp. 535-553.
- MAGASICH AIROLA, Álvaro, 2016: *La derrotabilidad, fraude de ley y cláusula general antielusiva. Análisis desde el Derecho Tributario español y chileno*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona.
- MCBARNET, Doreen, 1988: "Law, policy, and legal avoidance: can law effectively implement egalitarian policies?", *Journal of Law and Society*, vol. 15, Nº 1, Spring, pp. 113-121.
- MCBARNET, Doreen y WHELAN, Christopher, 1991: "The elusive spirit of the law: formalism and the struggle for legal control", *The Modern Law Review*, vol. 54, Nº 6, pp. 848-873.
- MURPHY, Liam y NAGEL, Thomas, 2001: *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Nueva York, Oxford.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, 2018: *Normas generales antielusión: naturaleza jurídica y sanción*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, 2021: *Normas Generales Antielusión y su Sanción en el Derecho Chileno*, Madrid, Tirant lo Blanch.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, 2022: "Acerca del carácter objetivo de las normas generales antielusivas chilenas", *Ius et Praxis*, Nº 1, pp. 141-161.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar y TOLEDO ZÚÑIGA, Patricia, 2022: "Función de la norma general antielusión en la interpretación tributaria", *Dikaion*, vol. 32, Nº 1, pp. 2-34.
- OSORIO MORALES, Hugo y otros, 2022: *Un Estudio sobre la Elusión*, Santiago, Librotecnia.
- OSORIO MORALES, Hugo, 2023a: "Taxatividad tributaria, elusión y seguridad jurídica: criterios para una evaluación", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXVI, Nº 1, pp. 205-226.
- OSORIO MORALES, Hugo, 2023b: "Legalidad tributaria, elusión e interpretación: ideologías de la dogmática tributaria", *Ius et Praxis*, 29 Nº3, pp. 128-148. <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122023000300128>.
- OSORIO MORALES, Hugo, 2025: *Legalidad Tributaria y Elusión. Desmitificaciones y Propuestas*, Lima, Palestra.
- PREBBLE, Zoë y PREBBLE, John, 2010: "The morality of tax avoidance", *Creighton Law Review*, vol. 43, pp. 693-746.
- SAFFIE GATICA, Francisco, 2014: *Taxes as practices of mutual recognition: towards a general theory of tax law*. Tesis para optar al grado de PhD in Law en la Universidad de Edimburgo.
- SELIGMAN, Edwin, 1905: *Essays in Taxation*, (5ª edición), Nueva York, Columbia University Press.
- SHEPSON, Kenneth, 2010: *Analysing politics: rationality, behavior, and institutions*, Nueva York, W.W. Norton.
- SIMONS, Henry, 1938: *Personal Income Taxation*, Chicago, The University of Chicago Press.
- SILVA PARADA, Marcela y CORTÉS VIVANCO, Javier, 2024: "SII con Forestal Aurora SpA, comentario respecto de la primera sentencia sobre elusión dictada en Chile", *Revista de Derecho Tributario*, Universidad de Concepción, vol. 15, pp. 151-179.
- STIGLITZ, Joseph, 2000: *Economics of the Public Sector*, (3ª edición), Nueva York, London, W.W. Norton & Company.
- TAVEIRA TORRES, Heleno, 2008: *Derecho Tributario y Derecho Privado. Autonomía Privada, Simulación y Elusión Tributaria*, Madrid, Marcial Pons.

- TOLEDO ZÚÑIGA, Patricia, RIFFO AGUILAR, Francisca y TORRES PEDREROS, Pablo, 2019: "Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXII, N° 1, pp. 139-156.
- VALDÉS COSTA, Ramón, 2001: *Curso de Derecho Tributario*, Bogotá, Temis.
- WALDRON, Jeremy, 1994: "Vagueness in law and language: Some philosophical issues", *California Law Review*, vol. 82, N° 3, pp. 509-540.
- WHEATCROFT, G S A, 1955: "The attitude of the legislature and the courts to tax avoidance", *The Modern Law Review*, vol. 18, N° 3, pp. 209-230.

Normas

- CHILE, Decreto Ley N° 830 (31/12/1974): *Código Tributario*.
- CHILE, Decreto Ley N° 825 (31/12/1974): *Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios*.

Historia de la ley

- HISTORIA de la Ley N° 20.899 del año 2016.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, 28/1/2003, rol 4.038-01, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 23/7/2013, rol 5.118-2012, apelación.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 17.586-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 25.915-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 22.382-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 29.358-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 14/9/2015, rol 31.983-2015, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 23/12/2015, rol 27.783-2014, casación en el fondo.
- CORTE de Apelaciones de Arica, 6/6/2012, rol 2-2012 tributaria, apelación.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, 4/8/2025, rol 51-2024 tributaria, apelación.
- TRIBUNAL Tributario y Aduanero de la Región de Arica y Parinacota, 2/4/2012, RIT GR-01-00003-2011.
- TRIBUNAL Tributario y Aduanero de la Región de Ñuble y la Región del Biobío, 19/3/2024, RIT N° GS-10-00039-2022
- REINO Unido, 1936 *IRC v Duke of Westminster*.
- REINO Unido, 1982 *Ramsay Ltd v IRC*.
- REINO Unido, 2005 *Inland Revenue v Scottish Provident Institution*.
- REINO Unido, 2005 *Barclays Mercantile Business Finance Ltd v Mawson*.

