

## ¿INTERPRETACIÓN ECONÓMICA COMO HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA ELUSIÓN EN CHILE?¹

### ECONOMIC APPROACH TO INTERPRETATION AS A TOOL TO ADDRESS TAX AVOIDANCE IN CHILE?

**Hugo Osorio Morales**

Master of International Taxation, The University of Sydney.  
Magíster en Tributación, Facultad de Economía, Universidad de Chile.  
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile.  
Juez Tributario y Aduanero, Región de Los Ríos.  
Profesor de Economía y de Derecho Tributario, Universidad Austral de Chile.  
hugo.osorio.morales@gmail.com

**Resumen:** El trabajo aborda críticamente las normas relativas a la elusión recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en relación a la posible aplicación de la técnica de interpretación económica.

**Palabras claves:** Elusión- interpretación económica- interpretación teleológica.

**Abstract:** *The paper addresses critically the rules on tax avoidance recently incorporated to our legal system, particularly in relation to the possible application of the economic interpretation approach.*

**Keywords:** *Tax avoidance- economic interpretation- teleological interpretation.*

---

1 ¹El autor desea agradecer los agudos comentarios y sugerencias hechas por los pares revisores.

## 1. INTRODUCCIÓN

La técnica de la Interpretación Económica ha sido, desde su origen, controversial. Se la acusa de violentar el principio de legalidad tributaria, de generar grados inaceptables de inseguridad jurídica y de facilitar el abuso estatal. Los textos que la analizan en el derecho comparado se muestran mayoritariamente críticos<sup>2</sup> y, en Chile, en las raras ocasiones que se la aborda, su rechazo es enfático.<sup>3</sup> Pareciera, en consecuencia, que la aplicación de semejante técnica en nuestro país resulta inviable.

Sin embargo, y luego de la Reforma Tributaria de 2014, el nuevo artículo 160 *bis* del Código Tributario ordena, al momento de valorar la prueba en los procedimientos destinados a declarar la Elusión, considerar la “naturaleza económica de los hechos imponibles”. El texto es ajeno a nuestra tradición jurídica y resulta sorprendente. ¿Se ordena acá aplicar la Interpretación Económica como herramienta para enfrentar la Elusión? Dado el generalizado rechazo de esta técnica, tal vez sea tentador entender que simplemente se trata de una disposición errada o incomprensible, que su ubicación en las reglas procesales y a propósito de la valoración de la prueba restringe su alcance, o que conviene derechamente desecharla, sea derogándola formalmente, sea mediante su falta de aplicación.

Sin embargo, es posible que semejantes reacciones sean apresuradas. No sólo por la evidente razón de que la norma legal existe y debe interpretarse y aplicarse. Sino, principalmente, porque conforme se propondrá en el presente trabajo, la técnica de la Interpretación Económica, en una lectura contemporánea, alejada de su original negación del principio de legalidad y reconducida al uso amplio y sensato de diversas herramientas interpretativas modernas, puede cumplir una función relevante en la regulación del fenómeno elusivo. Indagar en tal posible rol, en el contexto de las nuevas normas antielusion incorporadas en nuestra legislación, es el objeto del presente trabajo.

---

2 Así, por ejemplo, Marín Benítez observa “El rechazo generalizado de la doctrina de la consideración económica, en su formulación inicial...”. MARÍN BENÍTEZ, G. 2013. ¿Es lícita la Planificación Fiscal?: Sobre los efectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario. Pamplona. Thomson Reuters (legal) Limited. 376p. P. 147.

Taveira Torres señala que la Interpretación Económica, al menos en su forma original, fue “sin duda, uno de los mayores equívocos que prosperaron en la historia jurídica de los pueblos occidentales... La interpretación económica instaura el arbitrio hermenéutico...”. TAVEIRA TORRES, H. 2008. Derecho Tributario y Derecho Privado: Autonomía Privada, Simulación y Elusión Tributaria. Buenos Aires. Marcial Pons. 447p. Pp. 178, 179.

3 Vergara Quezada, por su parte, señala simplemente que “... el principio de la realidad económica es una aberración”. VERGARA QUEZADA, G. 2016. Norma Antielusiva General: sobre los fines en nuestras leyes tributarias. Santiago. Editorial Libromar. 475p. P. 267.

Se ha señalado también que la doctrina de la interpretación económica de la ley tributaria “parece abrir las puertas a la arbitrariedad”. HUGO OSORIO et al. Santiago. Librotecnia. 252p. P.42.

## 2. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE ELUSIÓN?

Las discusiones que rodean a la Elusión son difíciles de resolver, entre otros motivos, porque son confusas. Quienes debaten sobre la materia habitualmente utilizan diversos términos (“Elusión”, “Economía de Opción”, etc.) asumiendo que tales palabras tienen un significado intrínseco y no uno meramente convencional.<sup>4</sup> Sin embargo, basta detenerse unos momentos en tales discusiones para constatar que los términos que las rodean son no solo vagos, sino derechamente ambiguos. Y es que se comprende que en cualquier debate, si no se comienza precisando el significado de las palabras utilizadas, las discrepancias tenderán a agravarse, agregando a las verdaderas diferencias de opinión, meras disputas verbales.<sup>5</sup>

En el derecho al menos –sino en toda interacción civilizada- las palabras son importantes. Mal utilizadas impiden una discusión constructiva. De hecho, como señala Guastini, cualquier conjunto de objetos, por diversos que sean, pueden reconducirse a la unidad siempre que se usen conceptos de suficiente indeterminación.<sup>6</sup> Dado que hay ya suficientes problemas difíciles de resolver en materia de Elusión, parece necesario comenzar el presente estudio evitando que se sumen a ellos los problemas verbales.<sup>7</sup>

La doctrina nacional en ocasiones utiliza los términos “Planificación Tributaria” y “Economía de Opción” como sinónimos. En otras, la “Planificación Tributaria” parece entenderse como un género que incluiría tanto a la “Economía de Opción” como a la “Elusión” e, incluso, a la “Evasión”. El problema se ve agravado porque muchas veces, al definir los conceptos, más que precisar los fenómenos a que se refieren, se busca adelantar juicios morales o jurídicos.<sup>8</sup>

---

4 CARRIÓ, G.R. 1986. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires. 3a ed. Abeledo-Perrot. 327p. Pp. 91, 92.

5 *Idem*, p. 96.

6 GUASTINI, R., 2014. Interpretar y argumentar. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 281p. P. 22.

7 HOSPERS, J. 1982. Introducción al análisis filosófico. 2a ed. Alianza Universidad Textos. 758p. P. 59.

8 En este sentido, en, UGALDE, R. y GARCÍA J. 2007. Elusión, Planificación y Evasión Tributaria. 2a ed. Santiago. LexisNexis. 146p., se pueden encontrar las siguientes definiciones: “La elusión fiscal consiente y planificada es una modalidad legal de resistencia fiscal. No es inmoral. Esto se reconoce probablemente en todos los Estados de Derecho que respetan la libertad” (p.71); “Si la ley tributaria sujeta a imposición una determinada figura jurídica (por ejemplo: compraventa) y no otra figura similar (por ejemplo: arrendamiento con opción de compra) sólo podrá gravarse la primera, por más similitudes que tenga la segunda con aquella”(p.74); “... una forma jurídica ‘rebuscada o anómala’, si no está prohibida por la ley, es plenamente lícita, de lo contrario, se estaría sancionando al que actúa en términos más creativos”(p.75)

Pues bien, si se acepta, como parece inevitable, que en la materia conviven fenómenos, hechos y circunstancias distintas; antes de calificar su licitud, conveniencia o justificación, parece conveniente precisar, mediante el uso de definiciones estipulativas, el significado de los diversos conceptos que pretenden describirlos. Antes de ver tales definiciones conviene realizar un par de advertencias. Primero, las definiciones no son –no pueden ser–<sup>9</sup> verdaderas o falsas. Simplemente aspiran a ser útiles. Y su utilidad–en caso de tenerla–, deriva de que permiten facilitar la distinción, al delimitar el significado extensional de las palabras, entre fenómenos diversos. Segundo, tampoco se pretende que las definiciones no pretendan coincidir necesariamente con las definiciones que proporciona nuestra legislación. Simplemente son herramientas que –se espera– permitan facilitar el análisis. Pues bien, hechas las prevenciones, y a lo largo del presente trabajo, se entenderá por “Cumplimiento Tributario”, al caso en donde simplemente nace y se paga un tributo; por “Planificación Tributaria”, la realización de cualquier tipo de actos o negocios para aminorar la carga tributaria; y, por “Evasión”, el ocultamiento u omisión de pago de la obligación tributaria, desde luego, en forma dolosa. Dentro de las Planificaciones Tributarias se entenderá que existen dos subgrupos: “Economía de Opción”, que es la elección de las opciones menos gravadas que en forma explícita o implícita entrega el legislador; y “Elusión”, que es el uso de formas jurídicas lícitas y no simuladas, pero inusuales y/o artificiosas, que logran evitar que el resultado jurídico obtenido coincida con el hecho gravado previsto por el ordenamiento tributario.<sup>10</sup>

### 3. LA LUCHA CONTRA LA ELUSIÓN: CONTEXTO Y ESTRATEGIAS GENERALES

Salvo que se adscriba a alguna posición libertaria que considere los tributos como simple expoliación o despojo,<sup>11</sup> generalmente se reconoce que la Elusión es un fenómeno indeseable. Las razones para ello son múltiples y exceden el ámbito del presente trabajo. Sin embargo, en términos generales, puede señalarse que independientemente de su regulación legal, la Elusión tiende a impedir que los

---

9 CARRIÓ, G.R., ob. cit., p. 93. En el mismo sentido HOSPERS, J., ob. cit., pp. 52, 53.

10 Tal es, sustancialmente, la terminología que se propone en HUGO OSORIO et al., ob. cit., pp.19 ss.

11 Nozick, por ejemplo, propone que “El impuesto a los productos del trabajo va a la par con el trabajo forzado”. Ver, NOZICK, R. 1988. Anarquía, Estado y Utopía. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 333p. P. 170. Ciertas posiciones libertarias se presentan en ocasiones bajo argumentos prácticos. Por ejemplo, se ha señalado que sería moralmente adecuado eludir porque resulta dudoso que los impuestos lleguen realmente a los sectores más desposeídos. En esta perspectiva, incluso si se estima necesario ayudar a los más pobres, sería legítimo ahorrar impuestos para entregarle los recursos directamente. Posición citada en, UGALDE, R. y GARCÍA, J., ob. cit., p. 57.

tributos efectivos coincidan el principio de capacidad contributiva, fundamento de justicia distributiva que generalmente se reconoce como base y justificación de la tributación.<sup>12</sup> Pues bien, si la Elusión, entendida en los términos que se han señalado, es indeseable, es fácil coincidir en que el derecho debe intentar eliminar o, al menos, reducir su ocurrencia. Las diferencias surgen al analizar la mejor forma de lograr tales -generalmente- compartidos objetivos.

En términos generales, los países de tradición continental suelen enfrentar el problema de la Elusión a través de una de las siguientes tres estrategias.<sup>13</sup> En primer lugar, pueden utilizar herramientas de derecho común tales como el fraude de ley, abuso de derecho, simulación, interpretación analógica, etc.; sea en sus formas civiles, o con adaptaciones para fines tributarios. Los resultados de estas estrategias normalmente son insatisfactorios porque, aunque logran mantener la unidad del sistema jurídico, presentan numerosos problemas prácticos relevantes derivados de sus orígenes no tributarios, lo que finalmente origina extensas discusiones teóricas que limitan su eficacia.<sup>14</sup>

En segundo lugar, se suele recurrir a Normas Generales Antielusión (NGA). Estas normas consideran una hipótesis objetiva con conceptos altamente indeterminados, generalmente vinculados al uso de formas jurídicas inusuales o artificiosas, a lo que crecientemente se agrega, como requisito adicional, la ausencia de una justificación de negocios para la adopción de las formas cuestionadas. Esta es la estrategia actualmente dominante en el derecho comparado y es ciertamente la que se ha seguido en España y Alemania, fuente de las normas incorporadas en Chile en la reciente Reforma Tributaria.<sup>15</sup>

---

12 El principio de capacidad contributiva no tiene consagración constitucional en nuestro país, pero puede proponerse su existencia en términos deontológicos generales o a partir del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 19 N°20 de la Constitución. En relación a la justificación de la lucha contra la Elusión en general y su vínculo con el principio de capacidad económica como presupuesto del deber de contribuir, véase, GARCÍA NOVOA, C. 2004. La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT. Madrid. Marcial Ponds. 452p. P. 98.

13 Los países anglosajones tradicionalmente recurren a doctrinas jurisprudenciales, algunas de las cuales, como el *business purpose test* se han intentado adoptar en normas continentales. No obstante lo anterior, paulatinamente los países del *common law* han ido dictando normas escritas para enfrentar el problema: Gran Bretaña lo hizo el 2013 y, Estados Unidos, el año 2010 (aunque en este caso solamente se pretende codificar y clarificar algunos elementos de la doctrina del *Economic Substance*). Para una descripción general de las doctrinas de Gran Bretaña y Estados Unidos, ver HUGO OSORIO et al., ob. cit., pp. 73-103.

14 Un ejemplo de ello fue el artículo 24 de la Ley General Tributaria española de 1963, que sancionaba el Fraude de Ley en materia tributaria. La norma tuvo escasa aplicación, innumerables discusiones, diversas modificaciones y fue finalmente reemplazada el año 2003. Respecto a las limitaciones del concepto de Fraude de Ley, desde la perspectiva de la antigua norma española, se puede consultar, GARCÍA NOVOA, C., ob. cit., pp. 29 ss.

15 Una discusión general de las estrategias seguidas en dichos países puede consultarse en HUGO OSORIO et al., ob. cit., pp.104 ss.

En tercer lugar, se ha propuesto utilizar la Interpretación Económica. Conforme a ella, la administración tributaria (y los jueces) deben considerar el negocio generador de riqueza que la norma tributaria tuvo en vista al fijar el hecho gravado, de manera que si tal negocio o resultado económico se verifica, aunque se haga por medio de formas jurídicas diversas a las previstas en la norma impositiva, debe entenderse que la obligación tributaria igualmente nace. Por ejemplo, si la ley grava el arrendamiento de inmuebles amoblados con un impuesto al consumo, y las partes logran el mismo efecto económico (la entrega de un inmueble amoblado para el uso de un tercero) pero mediante otras figuras jurídicas (tal vez un comodato de inmueble sin amoblar y el arrendamiento de los muebles), se entiende que el hecho gravado, igualmente, se verifica. Sobre esta estrategia se harán mayores consideraciones más abajo en el marco de esta investigación.

#### **4. CONTROL DE ELUSIÓN: VISIÓN NACIONAL TRADICIONAL**

En términos generales, en Chile, y hasta el año 2014, imperó la idea de que el fenómeno elusivo existía porque los contribuyentes, utilizando su libertad de contratación, creativamente o con astucia, simplemente aprovechaban las oportunidades que las deficiencias legislativas les proporcionaban.<sup>16</sup> Bajo esta perspectiva, la solución no era aplicar impuestos, mucho menos sanciones, sino corregir las leyes defectuosas que daban tales oportunidades, cerrando así las “brechas de elusión”.<sup>17</sup>

Semejante perspectiva suponía aceptar graves limitaciones prácticas al control de la Elusión. Desde luego, identificar las “brechas de elusión”, idear soluciones legislativas que impidieran su utilización, y tramitar y promulgar la ley respectiva tomaba necesariamente tiempo. Los contribuyentes podían entretanto explotar la “brecha”, reduciendo su carga impositiva. Más importante aún, dictada la norma, siempre podían idearse, identificarse o diseñarse nuevas vías elusivas que, a su vez, demandaran nuevas reformas y normas –administrativas o legislativas-, originándose así una dinámica que daba lugar a dos efectos indeseados: los contribuyentes mejor asesorados continuamente pagaban menos impuestos que el resto, y el sistema tributario se volvía cada vez más complejo.

La verdad es que la idea de que la Elusión se debe, simplemente, a que algunas leyes tributarias son defectuosas y que la solución es corregirlas, atendida la existencia generalizada del fenómeno en el mundo y los esfuerzos unánimes y variados por

---

16 De hecho, la Corte Suprema, en el conocido fallo del caso Bahía, señaló que no era ilícito evitar mediante la astucia el nacimiento de los tributos. Corte Suprema, 28-01-2003, rol 4.038-2001.

17 UGALDE, R. Y GARCÍA J., ob. cit., p. 90.

enfrentarlo, responde a una concepción extremadamente formalista del derecho. Por cierto, este formalismo no es exclusivo de nuestro país, sino que resulta bastante común en el derecho continental y, especialmente, en el latino.<sup>18</sup> Como señala Atienza, el formalismo no es la única dolencia que aqueja al derecho, pero es “quizás la más perniciosa en los países latinos por el carácter de enfermedad endémica que ha adquirido en nuestra cultura jurídica”.<sup>19</sup> La posición formalista ordena una interpretación rígidamente literal y un sometimiento ritualista al derecho vinculándose únicamente con el texto de las normas jurídicas, pero ignorando las razones en que ellas se fundamentan.<sup>20</sup>

La visión formalista de la Elusión ha ido superándose paulatinamente pero sobrevivió, al menos en nuestro país y en el ámbito tributario, por demasiado tiempo. Y es que, como señala Palao Taboada, “No puede exigirse al legislador que prevea todos los portillos que el ingenio de los asesores fiscales sea capaz de descubrir ni que los cierre al instante de abrirse.”<sup>21</sup> Las personas no siempre son sabias e inteligentes, pero sí suelen ser ingeniosas. Los contribuyentes y sus asesores lo son aún más. Siempre existirán nuevos portillos y vías elusivas. Sin adscribir a una corriente interpretativa particular, y en términos meramente descriptivos, parece evidente que la postura formalista oculta bajo sus contundentes afirmaciones una superficialidad y simpleza que es incapaz de enfrentar el problema elusivo. Hacerlo seriamente requiere bastante más que buscar y corregir supuestas deficiencias legislativas.

## 5. LA REFORMA TRIBUTARIA DE 2014 Y LA ELUSIÓN

En el año 2014 se incorporó al ordenamiento tributario nacional una regulación integral contra la Elusión. Desgraciadamente, su génesis originó innecesarias confusiones. El proyecto original proponía una norma general anti elusión que era copia textual de la norma española, representante clásica de la estrategia de NGA. Sin embargo, durante la discusión parlamentaria, se redactó y suscribió por el Ministro de Hacienda y los senadores de la Comisión de Hacienda del Senado un peculiar “Protocolo de Acuerdo por una Reforma Tributaria para un Chile más

---

18 En la tradición anglosajona, donde los jueces cuentan con mayor prestigio social y suelen indagar con cierta libertad en el objetivo de las normas, semejante actitud es menos común.

19 ATIENZA, M. 2013. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid. Editorial Trotta. 870p. P. 49.

20 *Ibidem*.

21 PALAO TABOADA, C. 2009. La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal. Valladolid. Lex Nova. 302p. P.10.

inclusivo”. Preparado bajo evidente apuro, expone ideas contradictorias y muestra una redacción desprolija.<sup>22</sup> Siguió a este documento, un curioso procedimiento: Se asignó a una comisión técnica la tarea de materializar en solo tres semanas el proyecto de reforma tributaria, reemplazando un proyecto que se había preparado durante años y que se tramitaba hace seis meses en el congreso. La comisión debió operar con extrema premura. En forma nada sorprendente, el resultado fue un conjunto de disposiciones de difícil articulación.<sup>23</sup> Las normas aprobadas, particularmente en relación a la Elusión, y por diversos motivos que no pueden abordarse acá, son vagas y técnicamente deficientes.<sup>24</sup> Tienen además la insólita característica de resultar, al menos en apariencia, contradictorias:<sup>25</sup> Mientras el nuevo artículo 4 *bis* del Código Tributario establece una NGA, amparada en la tradicional idea de la configuración jurídica del hecho imponible y rechazando la Interpretación Económica,<sup>26</sup> el artículo 160 *bis* del mismo cuerpo legal parece proponer el uso de la Interpretación Económica. En efecto:

Artículo 4° *bis* CT, inc. 1°: Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imposables, nacerán y se harán exigibles *con arreglo a la naturaleza jurídica* de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles. (Destacado en cursiva añadido)

Artículo 160 *bis* CT, inc.4°: (...) El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica y deberá fundar su decisión *teniendo en consideración la naturaleza económica* de los hechos imposables conforme a lo establecido en el artículo 4° *bis*. (Destacado en cursiva añadido)

---

22 “Protocolo de Acuerdo por una Reforma Tributaria para un Chile más inclusivo”,[en línea] <[http://www.senado.cl/con-inedito-protocolo-de-acuerdo-comision-de-hacienda-analizara-la-idea-de-legislar-de-la-reforma-tributaria/prontus\\_senado/2014-07-08/113305.html](http://www.senado.cl/con-inedito-protocolo-de-acuerdo-comision-de-hacienda-analizara-la-idea-de-legislar-de-la-reforma-tributaria/prontus_senado/2014-07-08/113305.html)> [consulta: 25 de julio de 2017]

23 De inmediato se hizo necesario “simplificar”, o más bien corregir y clarificar, la reforma, lo que se materializó algunos meses más tarde mediante la ley 20.899. Se discuten actualmente diversas nuevas reformas adicionales tendientes a aclarar diversos aspectos vagos o imprecisos que se mantienen.

24 Para una discusión general sobre el punto, véase, HUGO OSORIO et al., ob. cit., pp. 139 ss.

25 Vergara señala que “...cuando el nuevo artículo 160 bis del Código Tributario pide al juez considerar la naturaleza económica de los hechos, planta la semilla de la confusión...”. VERGARA QUEZADA, G., ob. cit., p. 259.

26 Señala la norma, en su inciso primero, que las obligaciones tributarias nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos y negocios realizados. La referencia a la “naturaleza jurídica” parece apuntar, precisamente, al rechazo de la Interpretación Económica. De hecho, y como se verá más abajo (ver nota N°35) la incorporación, en 1995, de un texto idéntico al artículo 13 de la Ley General Tributaria española tuvo precisamente ese objeto. Véase, HUGO OSORIO et al., ob. cit., pp. 159-160.

¿Cuál es, entonces, de acuerdo a las nuevas disposiciones, la naturaleza del hecho gravado? ¿Jurídica o económica? ¿O de alguna forma se propone que el uso de las NGA es compatible con la Interpretación Económica y se dispone el uso de ambas? El desconcierto de los operadores nacionales ha sido generalizado. Incluso el Servicio de Impuestos Internos que, como toda administración tributaria, debiera sentir especial predilección por la Interpretación Económica, dado que le permite mirar en todos los casos directamente al hecho económico sin limitarse por la forma legal prevista legalmente, parece indeciso: En sus instrucciones administrativas, aunque por momentos insinúa un acercamiento económico, lo hace rodeado de términos vagos y un expreso reconocimiento al sometimiento del principio de legalidad tributaria, todo lo cual impide conocer con claridad su posición. En efecto, la Circular 64/2015, señala:

“Los artículos 4 *bis* inciso 1° y 160 *bis*, en la sección que se estudia, apuntan a destacar que el legislador, al determinar los hechos gravados, ha tenido en consideración la naturaleza jurídica de los hechos o actos realizados como expresiones de capacidad contributiva, que la naturaleza jurídica de los hechos gravados es expresión de una realidad económica que el legislador considera relevante en la distribución de las cargas públicas, y que, en consecuencia, la prevalencia de la sustancia sobre la forma es guiada por el principio de legalidad en materia tributaria.”<sup>27</sup>

Pasados ya más de dos años desde la vigencia de la norma, el Servicio no ha realizado presentación judicial alguna en la materia. No existen, en consecuencia, pronunciamientos judiciales. Las respuestas a consultas administrativas, dictados en virtud del nuevo artículo 26 *bis* del Código Tributario, en forma bastante predecible, tal vez incluso inevitable, tienden a redactarse en términos cuidadosamente vagos.<sup>28</sup> La situación no es muy distinta respecto del Catálogo de Esquemas Tributarios que ha propuesto, en forma preventiva, el mismo Servicio.<sup>29</sup>

Los operadores tributarios, jueces, funcionarios de la administración tributaria, abogados asesores y contribuyentes, en suma, siguen operando sin saber qué lectura debe darse a las normas nacionales en la materia.

---

27 Servicio de Impuestos Internos. Circular 64 de 2015. [en línea] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu65.pdf>> [consulta: 08 de mayo de 2018]

28 Véanse Oficios N° 261, 1332 y 2109, todos del año 2017. Servicio de Impuestos internos. [en línea] <[http://www.sii.cl/normativa\\_legislacion/jurisprudencia\\_administrativa/otras\\_normas/2017/otras\\_normas\\_jadm2017.htm](http://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/otras_normas/2017/otras_normas_jadm2017.htm)> [consulta: 08 de mayo de 2018].

29 Servicio de Impuestos Internos. Catálogo de Esquemas Tributarios. 2017. [en línea] <[http://www.sii.cl/destacados/catalogo\\_esquemas/catalogo\\_esquemas\\_2017.pdf](http://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/catalogo_esquemas_2017.pdf)> [consulta: 10 de mayo de 2018].

## 6. LA TÉCNICA DE LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA EN SU CONCEPCIÓN INICIAL Y SUS CRÍTICOS

Frente a la confusa situación actual, cabe preguntarse si las normas mencionadas consagran la Interpretación Económica en nuestro ordenamiento y, de ser así, si ella puede entenderse y aplicarse de forma compatible con la NGA prevista en ellas y el principio de legalidad tributaria. El primer paso de tal indagación es, desde luego, analizar qué es la Interpretación Económica.

La doctrina de la Interpretación Económica se sostiene en la idea de que los tributos se explican sustancialmente por consideraciones económicas. Sostiene que aunque el hecho gravado la mayoría de las veces se vincula a ciertas formas jurídicas privadas, lo hace bajo el prisma de la capacidad económica. Lo decisivo, en consecuencia, es la realidad económica que se tuvo en vista al establecer el tributo. Por todo ello, al aplicar e interpretar la ley tributaria se debe mirar primordialmente al núcleo económico de las transacciones, no a sus formas jurídicas. Si las formas jurídicas no reflejan adecuadamente el negocio que el legislador tuvo en vista al establecer el tributo, debe entenderse, simplemente, que son irrelevantes.<sup>30</sup> Si, por ejemplo, el legislador ordena aplicar impuestos a la venta de un inmueble y los contribuyentes logran el mismo resultado económico, pero no a través de una venta, sino que mediante la creación de una sociedad en que uno aporta el predio y el otro una suma de dinero, para enseguida disolver la sociedad y adjudicar el dinero al dueño primitivo y el predio al segundo; dado que finalmente se logró traspasar el inmueble y recibir a cambio dinero, el hecho de que se haya hecho mediante la creación de una sociedad es irrelevante, y deberá aplicarse el impuesto como si se hubiese realizado una venta.

La doctrina de la Interpretación Económica aparece por primera vez en la Ordenanza Tributaria Alemana de 1919,<sup>31</sup> en dos artículos que establecían, respectivamente, la regla de la Interpretación Económica propiamente tal y la

---

30 La doctrina se ha descrito desde numerosos puntos de vistas y posturas doctrinarias. La descripción utilizada proviene de, MARÍN BENÍTEZ, G., ob. cit., p. 147.

31 Doctrinariamente, la Interpretación Económica se vincula a las escuelas que a principio del siglo XX resaltaban la naturaleza financiera del derecho tributario. Destacan, al respecto, tres autores: B. Griziotti, que en Italia funda la “Escuela de Pavia”; Dino Jarach, discípulo del anterior y que influirá profundamente en las normas tributarias argentinas; y E. Becker, que en Alemania dará lugar a las normas contra la elusión de 1919. Véase, ALTAMIRANO, A.C., 2012. Derecho tributario Parte General. Buenos Aires. Marcial Ponds. 839p. Pp.42 ss.

figura del Abuso de Formas Jurídicas. En particular, las normas mencionadas señalaban:

Artículo 4. En la interpretación de las leyes tributarias debe tenerse en consideración el objetivo, el significado económico y la evolución de las situaciones de hecho.

Artículo 5. La obligación tributaria no puede eludirse o reducirse mediante el empleo abusivo de formas y formulaciones de derecho civil.

Habrá abuso en el sentido del inciso 1:

(1) Cuando, en los casos en que la ley someta a un impuesto fenómenos, hechos y relaciones económicas en su forma jurídica correspondiente, las partes contratantes elijan formas o negocios jurídicos inusitados con el fin de eludir el impuesto, y

(2) cuando, según las circunstancias y la forma de cómo es o cómo debe ser procesado, las partes contratantes obtienen, en sustancia, el mismo resultado económico que obtendrían, si la elección fuera la forma jurídica correspondiente a los fenómenos, hechos y relaciones económicas.<sup>32</sup>

Aunque en el tiempo inmediatamente posterior se dictaron normas similares en diversos ordenamientos jurídicos,<sup>33</sup> a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado paulatinamente se fueron eliminando. Actualmente son pocos los países que las mantienen. El ordenamiento alemán solamente mantiene la figura de Abuso de Formas Jurídicas.<sup>34</sup> En Perú, la antigua Norma VIII del Código Tributario Nacional de Perú, fue modificada en el año 2012, eliminando la mención a la Interpretación Económica. En España existían normas que parecían admitir ciertas formas de Interpretación Económica, pero en 1995 se excluyó expresamente tal posibilidad.<sup>35</sup>

---

32 Traducción al español, en TAVEIRA TORRES, H., ob. cit., p. 204.

33 GARCÍA VIZCANO, C. 2017. Manual de Derecho Tributario. 3ª edición ampliada y actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1051p. P. 199.

34 En el artículo 42 del Código Tributario alemán.

35 El artículo 25 de la Ley General Tributaria española de 1963 señalaba:

*Artículo veinticinco*

*Uno. El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible.*

*Dos. Cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, se calificará conforme a su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran afectar a su validez.*

*Tres. Cuando el hecho imponible se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que, efectivamente, existan*

Entre los ordenamientos, actualmente más bien excepcionales, que mantienen la Interpretación Económica se encuentra Argentina, que la considera en el artículo 7° del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires y los artículos 1° y 2° de la Ley de Procedimientos Tributarios de Argentina.<sup>36</sup>

Desde sus inicios, y a lo largo de toda su historia, la técnica de la Interpretación Económica ha sido objeto de severas críticas.<sup>37</sup> Se argumenta que incorpora elementos

---

*o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.*

Para eliminar impedir la aplicación de la Interpretación Económica, el texto fue reemplazado en 1995 por el artículo 28, que señalaba:

*Artículo veintiocho*

*Uno. El hecho imponible es el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria.*

*Dos. El tributo se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.*

Las normas actuales, contenidas en los artículos 23 y 24 de la LGT resaltan, como la norma de 1995, el carácter jurídico del hecho imponible.

36 Las normas argentinas, en las secciones que interesan, son las siguientes:

*Artículo 7° CFBA: Para determinar la verdadera naturaleza de los hechos imposables, se atenderá a los hechos, actos o situaciones efectivamente realizados, con prescindencia de las formas o de los actos jurídicos de Derecho Privado en que se exterioricen... Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la Ley Tributaria se aplicará prescindiendo de tales formas.*

*Artículo 1° LPT: En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica...*

*Artículo 2° LPT: Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos.*

37 Véase, por ejemplo, MARÍN BENÍTEZ, G., ob. cit., p. 85. Palao Taboada, por su parte, considera errónea la distinción entre hechos imposables de naturaleza jurídica y de naturaleza económica afirmando que “no existe un solo hecho imponible que se delimite atendiendo (exclusivamente) a conceptos económicos; incluso para definir el concepto de más pura raíz económica, como es el de renta, el legislador utiliza constantemente conceptos jurídicos como los bienes muebles e inmuebles, sociedad, asociación, propiedad intelectual e industrial, seguro, título oneroso y lucrativo, etc.”, PALAO TABOADA, C., ob. cit. p. 59. García Novoa destaca que el método ha sido objeto de amplias críticas, que expone ampliamente, GARCÍA NOVOA, C., ob. cit., pp. 224 ss. Ya dentro de la doctrina argentina, véase, ALTAMIRANO, A.C., ob. cit., pp. 255 ss.; GARCÍA VIZCANO, C., ob. Cit., pp. 199 ss.; y, en general, aunque con un acercamiento algo más polémico, GOTLIB, G. 2005. Vicios y Mitos de la Interpretación Tributaria: Del principio de la realidad económica al derecho común. Buenos Aires. Abaco de Rodolfo Depalma. 277p. De especial interés resultan al respecto la introducción del autor y el capítulo primero. Pp. 21-66

extrajurídicos al análisis de la Elusión, tales como el negocio efectivo realizado, y que supone la idea ya superada de que el derecho tributario cuenta con completa autonomía dentro del ordenamiento jurídico. Tal herramienta, además, limitaría gravemente el principio de legalidad tributaria, esto es, la idea de que solo el legislador puede fijar el hecho gravado, consagrado en la mayoría de los países a nivel constitucional.<sup>38</sup> Y es que, aunque evidentemente el legislador, al momento de definir los hechos gravados considera hechos económicos, tal labor solo puede realizarla la ley, no la administración tributaria o los tribunales. El tributo es un fenómeno jurídico. Una vez fijado el hecho gravado por el legislador, no es posible que la administración o los tribunales, sin violar el principio de legalidad, y a pretexto de considerar el sustento económico que explica la fijación del hecho gravado, apliquen el tributo a figuras no expresamente previstas en la ley. Desde el punto de vista práctico, en fin, semejante teoría supondría entregar excesivas facultades a la autoridad tributaria, reduciendo en forma inaceptable la seguridad jurídica.

## 7. INTERPRETACIÓN ECONÓMICA COMO INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Las críticas mencionadas son sensatas. Es efectivo que la técnica de Interpretación Económica, al menos en su concepción original, difícilmente puede compatibilizarse con el principio de legalidad tributaria, tal como se le entiende generalmente. De hecho, para encontrar autores que apoyen la técnica de interpretación económica en su forma original se debe retroceder hasta la primera mitad del siglo XX.<sup>39</sup>

Puede resultar sorprendente, en consecuencia, que en diversos países siga entendiéndose que resulta aplicable la Interpretación Económica aunque, como se verá enseguida, entendida en forma diferente a su concepción original, discutida en el apartado anterior. En Alemania se sigue aplicando la Interpretación Económica, pero se la entiende como interpretación teleológica en materias tributarias, esto es, aquella que al momento de asignar el sentido y alcance de los textos jurídicos, considera su finalidad. El objeto de su utilización, bajo esta nueva visión, sería evitar la “petrificación” del hecho imponible, permitiendo su adaptación

---

38 *Idem*, p. 28.

39 El mayor exponente de esta posición es, desde luego, el distinguido profesor de origen italiano Dino Jarach, quien, utilizando los conceptos de *intentio juris* e *intentio facti*, propuso que eran irrelevantes las formas jurídicas cuando resultaban divergentes con el resultado económico previsto por la norma. Véase JARACH, D. 1982. *El Hecho Imponible: Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*. 3a ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 239p. Pp. 146 ss.

dinámica a la realidad económica.<sup>40</sup> Algo similar sucede en España. Aunque, como se señaló, la legislación tributaria fue modificada en 1995 para impedir el uso de la Interpretación Económica, la doctrina de dicho país sostiene en forma unánime que para enfrentar el fenómeno de la Elusión es indispensable recurrir a la interpretación teleológica o finalista.<sup>41</sup> En Argentina la situación es también similar. Aunque, como se ha visto, en dicho país persisten normas que parecen referirse a la Interpretación Económica tradicional, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que deben leerse como un llamado a investigar los hechos reales, teniendo presente que fue la valoración económica del acto o hecho gravado lo que originó la imposición, motivo por el que al investigarse esta valoración, el intérprete debe considerar el fin de la ley.<sup>42</sup>

Así, pues, en el derecho comparado la idea de cierto tipo de Interpretación Económica sigue vigente, aunque en una modalidad diversa a la de la primera mitad del siglo pasado. No se trata ya de normas que obligan a considerar irrelevantes las formas utilizadas por las partes o las previstas por el legislador al fijar los hechos que serán objeto de tributación. Más bien se apunta a cierta forma de investigar los hechos, de acuerdo a la valoración económica del acto o hecho gravado que se tuvo al momento de establecer el hecho gravado. Tal herramienta permitiría una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas tributarias.<sup>43 44</sup>

---

40 GARCÍA NOVOA, C., ob. cit., pp. 222-226. En el mismo sentido, FALCÓN Y TELLA, R. 2016. Derecho Financiero y Tributario, Parte General. 5a ed. Madrid. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 461p. P. 145.

41 MARÍN BENÍTEZ, G., ob. cit., pp. 146, 160 ss.

42 GARCÍA VIZCANO, C., ob. cit., p. 199.

43 Desde luego, la reconducción de la Interpretación Económica a técnicas de interpretación finalistas no siempre es aceptada y ha sido objeto también de severas críticas. Ver, por ejemplo, TAVEIRA TORRES, H., ob. cit., pp. 1181 ss.

44 Aunque excede el ámbito del trabajo analizar el punto, es importante al menos observar que no debe confundirse la interpretación finalista o teleológica con la (seudo) psicológica. En efecto, la interpretación (seudo) psicológica propone atribuir a los textos legales el significado que se derive de considerar la “voluntad”, “mente” o “intención” del legislador. Sin perjuicio de las numerosas limitaciones propias de esta técnica (¿existe acaso una voluntad única en los entes colectivos modernos que forman las leyes, donde no solo participan numerosas personas, sino que habitualmente con opiniones contradictorias?) lo cierto es que la interpretación finalista apunta a una cuestión completamente distinta: pretende atribuir a los textos legales el significado sugerido por la *ratio* o propósito objetivo de la disposición (interpretación teleológica- funcional) y del conjunto de normas que se refieren al área a que pertenece la disposición (interpretación teleológica- sistemática). La interpretación teleológica es objetiva porque no mira a la supuesta voluntad del legislador histórico, asumiendo que el derecho tiene finalidades. Véase al respecto CHIASSONI, P. 2011. Técnicas de Interpretación Jurídica. Madrid. Marcial Pons. 366p. Pp. 94-105. Para una crítica de los supuestos de la interpretación “intencionalista”, véase NUÑEZ VAQUERO, A., 2017. Teorías Normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas, Lima. Palestra Editores. 543p. Pp.403.404.

¿Es posible leer el confuso pasaje del artículo 160 *bis* del Código Tributario que se ha reproducido de esta forma? Antes de responder tal pregunta puede resultar conveniente retroceder unos pasos y aclarar, previamente, qué relación existe entre interpretación de la ley y establecimiento de los hechos. En efecto, si como tradicionalmente se entiende la interpretación de la ley y el establecimiento de los hechos son dos cuestiones completamente diversas, el artículo 160 *bis* del Código Tributario, en la sección que interesa, parecería violar esta fundamental distinción dado que regulando el establecimiento de los hechos se refiere a la interpretación de la ley.<sup>45</sup>

## 8. INTERPRETACIÓN EN ABSTRACTO Y EN CONCRETO

Dentro del derecho, el vocablo “interpretación” es ambiguo desde múltiples puntos de vista.<sup>46</sup> Lo es, desde luego, en el sentido proceso/producto, dado que la palabra se utiliza para referirse tanto a las operaciones interpretativas (“para conocer el sentido de la ley es necesario interpretarla”) como al resultado de tales operaciones (“tal es una interpretación restrictiva/extensiva, etc.”). Sin embargo, la fuente de ambigüedad que parece originar los mayores desconciertos en el análisis de la Elusión es la que lleva a confundir la “interpretación en abstracto” y la “interpretación en concreto”.

En efecto, para determinar si una norma es aplicable, es necesario realizar dos operaciones diversas, aunque ambas suelen llamarse “interpretación”. En primer lugar, debe procederse a la interpretación en abstracto de los textos legales, sin referencia a un caso concreto.<sup>47</sup> Tal actividad tendrá por objeto los textos o documentos normativos que resultan aplicables y su resultado serán las normas sobre la materia.<sup>48</sup> En segundo lugar, es necesario establecer el campo de aplicación de la norma así interpretada, esto es, definir si un caso concreto que se analiza es o no un individuo de la clase caracterizada por medio de la interpretación textual.

Ambas operaciones son en la práctica simultáneas y resultan difíciles de distinguir, particularmente si se analizan desde el punto de vista del proceso mental del juez (o del administrador) que llega a una decisión sobre un caso determinado. Sin embargo, y desde un punto de vista lógico, evidentemente primero se interpreta en abstracto la norma y luego se define si el caso particular es uno de la clase prevista en la norma.

---

45 Vergara Quezada, afirma que el principio de realidad económica confunde las reglas sobre prueba y calificación jurídica de los hechos. Ver VERGARA QUEZADA, G., ob. cit., p. 267.

46 También lo es entre sus usos jurídicos y no jurídicos, véase GUASTINI, R., ob. cit., pp. 24 ss.

47 *Idem*, p. 33.

48 Como señala Guastini, no se interpretan normas, sino textos. GUASTINI, R., ob. cit., p. 26.

Chiassoni afirma que llamar “interpretación” a ambas operaciones induce a confusiones porque la segunda no es realmente una interpretación, sino que un proceso lógico de inclusión, que prefiere llamar calificación.<sup>49</sup> Guastini, en cambio, aunque reconoce la existencia de operaciones diversas, prefiere denominarlas a ambas “interpretación”, individualizándolas respectivamente como “interpretación en abstracto u orientada a los textos” e “interpretación en concreto u orientada a los hechos”. Lo cierto es que más allá de las disquisiciones terminológicas, ambas operaciones, aunque conceptualmente diversas, se presentan, en la práctica, íntimamente unidas. Parece en consecuencia sensato considerarlas como especies dentro del fenómeno general de interpretación.

## 9. ELUSIÓN: UN PROBLEMA DE LA VAGUEDAD AGRAVADO POR EL USO DE CLÁUSULAS GENERALES INDETERMINADAS

Conforme se ha visto, dentro de la Planificación Fiscal conviven fenómenos diversos y el legislador, para enfrentarlos, puede utilizar también diversas estrategias. Pero cualquiera sea la estrategia utilizada, finalmente el problema se intenta solucionar proporcionando a los jueces (y a la administración tributaria) reglas para permitan la subsunción, o el encuadre de ciertos hechos o negocios bajo una norma que establece un hecho gravado, aunque en apariencia o formalmente tales negocios no resulten, en un primer análisis o *prima facie*, subsumibles o encuadrables en ella.

En el caso de las NGA, ello será posible cuando se materialice la hipótesis prevista en la norma antielusiva, la que normalmente se vinculará con la realización de un acto artificioso y/o carente de una justificación económica o comercial distinta a la mera búsqueda de ahorro fiscal. En el caso de la Interpretación Económica tradicional, ello será posible cuando se haya materializado el núcleo económico que tuvo en vista el legislador al establecer el hecho gravado, sin importar las formas utilizadas por las partes. En fin, en el caso de la Interpretación Económica entendida como interpretación teleológica, ello ocurrirá cuando se interprete la norma que establece el hecho gravado teniendo en particular consideración su objeto.

Ahora bien, si el derecho en general, porque depende del lenguaje, es siempre irreductiblemente vago, tal situación se ve agravada en el campo de la regulación de la Elusión por la necesidad de usar cláusulas amplias. Por ejemplo, tal como

---

49 No obstante ello, incluye esta operación que denomina “calificación de los concretos supuestos de hecho” en una clase de operaciones no textuales que denomina, en conjunto, “Interpretación Metatextual”. La palabra “interpretación”, en consecuencia, termina siendo utilizado en más de un sentido incluso por quienes pretenden aclarar su uso y evitar ambigüedades. Ver CHIASSONI, P., op. cit. pp. 70, 71.

puede existir un texto legal que prohíba el ingreso de vehículos al parque, puede existir otra que someta a tributación las donaciones. Frente a tales normas surgirá el problema de establecer si, por ejemplo, el ingreso de una bicicleta viola la prohibición, o si una aparente compraventa con los mismos efectos que una donación debe tributar. Para resolver la cuestión, en primer lugar se deberá establecer cuáles son las normas que emanan de los textos jurídicos. El trabajo será, pues, en primer lugar, determinar por medio de la interpretación en abstracto, qué normas son las que componen el ordenamiento jurídico.<sup>50</sup> Pero lo anterior no será suficiente. Se requiere, en segundo lugar, analizar si los casos particulares que interesan son subsumibles o encuadrables en las normas, esto es, y mediante la interpretación en concreto, deberá establecerse si la bicicleta o la compraventa quedan cubiertas por las normas respectivas.<sup>51</sup>

Como se ha señalado, aunque puede reducirse la vaguedad de los predicados legales (vehículo motorizado es menos vago que vehículo, donación entre vivos lo es más que donación), y debido a que son siempre dependientes del lenguaje, un cierto nivel de vaguedad es inevitable. Y es que la interpretación en concreto es una operación lógica que incluye un caso a una clase. Y dado que todos los predicados tienen una referencia dudosa, necesariamente existirán casos que claramente se incluyen en la clase y otros en que tal inclusión resulte difícil (una motocicleta, ¿es un vehículo motorizado?, ¿Lo es una “bicimoto”?). La vaguedad, en definitiva, se puede reducir, pero jamás suprimir.<sup>52</sup>

Y si el problema anterior es común al derecho en general, la situación se ve agravada en el caso de la Elusión. Porque en estos casos las normas pretenden, precisamente, dificultar que por medio de maniobras formales se impida la aplicación de otras normas, esto es, de aquellas que identifican hechos gravados o imponen obligaciones tributarias. La norma que impide el ingreso de vehículos al parque es, claro está, vaga, pero tal vaguedad puede reducirse (aunque no eliminarse) explicitando, por ejemplo, que la prohibición apunta a vehículos ruidosos, o que sean peligrosos para los transeúntes, de manera que el juez, al momento de analizar el problema pueda resolverlo con mayor facilidad. Tal explicitación es deseable porque aumenta la previsibilidad del sistema jurídico. Si se establece, por ejemplo, que la prohibición apunta a vehículos ruidosos, seguramente las bicicletas estarán permitidas, si se precisa que lo que importa es la seguridad de los transeúntes, probablemente serán las bicicletas las que queden prohibidas.

---

50 Para un estudio de las fuentes de indeterminación del ordenamiento jurídico, GUASTINI, R., ob. cit., pp. 55-67.

51 *Idem*, pp. 68-76.

52 *Idem*, pp. 69, 71.

En el caso de las normas contra la Elusión, y cualquiera sea la estrategia que se utilice, en cambio, la clarificación no necesariamente resulta deseable precisamente porque se pretende cubrir la totalidad de las operaciones elusivas posibles. En el Abuso de Formas Jurídicas se pretende impedir cualquier operación que sea inusual; en la Interpretación Económica, tradicional o reconducida a la interpretación finalista, cualquiera en donde el resultado económico sea equivalente al previsto, o que tuvo por finalidad, la norma impositiva. Las normas que pretenden enfrentar la Elusión son cláusulas generales que obligan al intérprete a efectuar una valoración esencialmente vaga: Si el negocio es *inusual*, si los efectos son *relevantes*, si los efectos económicos de las formas usadas son sustancialmente *equivalentes* a las gravadas. No es viable transformar estas normas en un catálogo de reglas de baja indeterminación porque, el momento de hacerlo, se eliminaría su efectividad práctica.

## 10. UN POSIBLE ROL PARA LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA

Antes de continuar, cabe acá una breve recapitulación: La Elusión es un problema de vaguedad, originado en la dificultad de establecer la extensión de las normas que establecen los hechos gravados, particularmente cuando los contribuyentes utilizan formas jurídicas que, *prima facie*, no coinciden con el hecho gravado previsto por el legislador pero, no obstante ello, obtienen por su intermedio resultados sustancialmente idénticos a los que obtendrían con los hechos que tributan. Nuestro legislador optó por utilizar una NGA, pero agregó una referencia a la naturaleza económica de los hechos imponibles. Como se ha visto, en el derecho comparado, la interpretación económica se ha reconducido a la interpretación teleológica y extensiva. Así entendido, no existe inconveniente en utilizar como estrategia central una NGA y, además, como ocurre en Alemania y España, una interpretación finalista.

Señalado lo anterior, se comprende que si el pasaje del artículo 160bis del Código Tributario que interesa se entiende como un llamado al uso de la interpretación teleológica, ello no supondría contradicción alguna con reconocer la naturaleza jurídica de los hechos o actos realizados por los contribuyentes. Se trataría, simplemente, de un llamado a que en la interpretación que hace el juez se tenga en especial consideración el fin que tuvo en vista el legislador al establecer el hecho gravado, consideración que deberá tenerse tanto al momento de asignar un significado a los textos legales que establecen los hechos gravados, como al momento de proceder a la subsunción o encuadre de los hechos correspondientes. Tal lectura implicaría, simplemente, reconocer que el derecho tributario no es distinto a otras ramas del derecho, por lo que no existe justificación alguna para que en esta materia impere el formalismo e interpretación literal que en ocasiones se propone o utiliza. Más importante aún, la posible lectura que se propone es compatible con el principio de legalidad.

## 11. UNA PROPUESTA GENERAL. DOS PROBLEMAS PARTICULARES

Afirmar que el artículo 160 *bis* del Código Tributario, en la sección que interesa, constituye un llamado a aplicar la interpretación teleológica o finalista no es más que una afirmación inicial. Semejante propuesta, desde luego, no resuelve en caso alguno los múltiples problemas vinculados a la Elusión. Al contrario, abre la puerta a diversos análisis adicionales que exceden el ámbito de este ya extenso trabajo. Con el solo objeto de dar una idea sobre el tipo de materias que tal análisis debiera abrazar, se plantearán a continuación dos elementos.

En primer lugar, la interpretación teleológica o finalista puede ser entendida de diversas formas. Chiassoni, bajo su modelo de los Códigos Interpretativos,<sup>53</sup> distingue al menos nueve variantes de directivas de interpretación según la voluntad del legislador, y al menos dos propiamente teleológicas. En efecto, y respecto de la primera, los resultados interpretativos pueden ser diversos si se busca el significado querido por el legislador o el sugerido por el fin que tuvo en vista al momento de dictarse la norma; y lo mismo sucede si se tiene en consideración un legislador ideal o al menos racional o el histórico. Y respecto de la interpretación propiamente teleológica, los resultados serán diferentes según si se busca atribuir el significado sugerido por la ratio o propósito objetivo de la propia disposición (directiva de interpretación teleológica funcional), o el significado sugerido por la pertinente norma final, explícita o implícita, del instituto, sector o subsector al que pertenece la disposición (interpretación teleológica sistemática)<sup>54</sup> En necesario, en consecuencia, precisar qué se quiere decir exactamente, con interpretación teleológica o finalista, y avanzar en su delimitación en materia tributaria.

Por otro lado, la interpretación teleológica, como todas aquellas que no se limitan al mero sentido gramatical, suele llevar a la interpretación correctiva, esto es, aquella que lleva a concluir que la voluntad de la ley va más allá del texto literal de sus palabras.<sup>55</sup> Será extensiva si se entiende que el mandato va más allá de sus palabras, será restrictiva si se excluyen presupuestos que, de acuerdo al texto literal de la norma, quedarían incluidos. Ahora bien, dado que en materia tributaria no resulta aplicable la analogía, la aplicación de la interpretación extensiva parece suscitar un problema práctico importante. Porque si se prohíbe el uso de la analogía en la aplicación del derecho tributario, pero se admite la interpretación de las

---

53 CHIASSONI, P, ob. cit., pp.94 ss.

54 *Idem*, pp.103-105.

55 *Idem*, p. 183.

normas impositivas en forma extensiva, surge la necesidad de distinguir entre una y otra y tal distinción no siempre es sencilla. Es cierto, a primera vista la distinción parece evidente: la interpretación extensiva se mantiene dentro de los límites del sentido posible de las palabras de la ley mientras que la analogía colma las lagunas legislativas, rebasando tales límites. La interpretación determina el alcance de la ley, la analogía crea derecho en su ausencia.<sup>56</sup> Lo cierto, sin embargo, es que la *analogía legis*, o analogía legal, resulta muchas veces indistinguible de la interpretación extensiva. Son las palabras de la ley las que dan cuenta de su sentido posible. La interpretación extensiva va más allá de tales palabras con el objeto de identificar el sentido de la norma. Pero esto, precisamente, es lo que hace la *analogía legis*: se reconoce que la regla legal ya existe, pero fundado en su justificación subyacente, se admite su aplicación a casos no previstos en sus términos. En consecuencia, entre la analogía legis y la interpretación extensiva no parece existir una diferencia sustancial alguna sino, tal vez, apenas una de grado.<sup>57</sup> Será necesario, en consecuencia, abordar esta aparente contradicción o tensión, y delimitar, si es posible, el ámbito de ambas instituciones en materia tributaria.

## 12. CONCLUSIONES

Conviene, para evitar confusiones, comenzar estas conclusiones aclarando qué es lo que *no* se ha pretendido cuestionar en el presente artículo. La Reforma Tributaria del año 2014, no cabe duda de ello, optó por enfrentar el fenómeno de la Elusión principalmente a través de una NGA, no por medio de la técnica de la Interpretación Económica. Este segundo método -en su forma original y conforme se ha explicado-, resulta incompatible con el principio de legalidad y, en consecuencia, no es hoy aplicable en Chile. Como señala el artículo 4 *bis* del Código Tributario, los tributos nacen con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos y negocios realizados. En consecuencia, las formas jurídicas, salvo que resulte aplicable la hipótesis reglada de la Elusión, siguen siendo centrales. En fin, es el legislador quien define el hecho gravado, no el Servicio de Impuestos Internos -ni los jueces-, por muy justas, razonables o económicamente sensatas que puedan resultar las razones propuestas para aplicar tributos a otras figuras o hechos similares o de alguna forma equivalentes.

La propuesta del presente trabajo es que, sin perjuicio de todo lo anterior, el artículo 160 *bis* del Código Tributario, en la sección que interesa, aporta un elemento

---

56 HUGO OSORIO et al., ob. cit., p. 47.

57 MARÍN BENITEZ, G., ob. cit., p. 182.

adicional y de interés al análisis. La Interpretación Económica, entendida no en su formulación original, sino que como interpretación teleológica o finalista es un llamado a considerar adecuadamente el contexto económico del fenómeno tributario. La disposición orienta sobre la forma en que los textos impositivos deben interpretarse para proceder luego a la calificación de los hechos. Y lo hace llamando a considerar la finalidad de los textos que fijan los hechos impositivos. No es, por cierto, la única lectura posible del texto. Podría decirse, por ejemplo, que se trata de nada más que una norma procedimental, que ordena considerar el contexto económico en el marco de la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. La lectura que se propone, sin embargo, tiene la virtud de acercar de mejor forma la aplicación de las reglas tributarias a la realidad de los hechos económicos en que se insertan, enfrentando de mejor forma el problema de la Elusión.

Semejante propuesta supone, qué duda cabe, importantes desafíos. Es difícil delimitar exactamente esta herramienta interpretativa y, como se ha visto, no siempre resulta posible establecer con completa precisión el límite entre interpretación extensiva y la analogía. Son precisamente este tipo de dificultades –sumadas, en algunos casos, a evidentes motivaciones profesionales– las que han llevado tradicionalmente a los operadores del sistema tributario nacional a desconfiar de métodos de interpretación de mayor complejidad, asilándose en cierto tecnicismo formalista y a interpretaciones literalistas y descontextualizadas. Es lo que explica que las sentencias tributarias muchas veces se rodeen de lenguaje enfático (“resulta incontrovertible”, “no cabe duda”): buscan así, retóricamente, descartar cualquier tipo de duda sobre la corrección de las decisiones.<sup>58</sup> Es la opción que niega que las normas tributarias, como todo enunciado lingüístico, deben ser interpretadas y pueden tener significados distintos de acuerdo al contexto en que operan, particularmente, de índole económico.

Es posible que en el futuro próximo se intente eliminar tal texto alegando que genera incertidumbre en los contribuyentes, cuestión que seguramente acomodará especialmente a quienes desean volver a un sistema tributario caracterizado por interpretaciones y decisiones formalistas que faciliten la ingeniería tributaria. Pero, incluso aunque se derogara el texto, resulta sensato sostener que la discusión tributaria ya no puede seguir anquilosada en formalismos decimonónicos y debe abrirse a la realidad por medio de herramientas de interpretación de mayor sofisticación y flexibilidad. Es cierto: todo esto supone más y mejor elaboración, fundamentación y motivación de las decisiones de la administración. También mejores sentencias. Pero probablemente solo tales esfuerzos permita resolver adecuadamente, de manera sensata y no como se hacía hasta no hace mucho años, los graves problemas vinculados a la Elusión.

---

58 Que es, precisamente, como ATIENZA Describe el formalismo. Ver ATIENZA, M., ob. cit., p. 50.

### 13. BIBLIOGRAFÍA

ALTAMIRANO, A.C., 2012. Derecho tributario Parte General. Buenos Aires. Marcial Ponds. 839p.

ATIENZA, M. 2013. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid. Editorial Trotta. 870p.

CARRIÓ, G.R. 1986. Notas sobre derecho y lenguaje. 3ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 327p.

CHIASSONI, P. 2011. Técnicas de Interpretación Jurídica. Madrid. Marcial Ponds. 366p.

FALCÓN Y TELLA, R. 2016. Derecho Financiero y Tributario, Parte General. 5ª ed. Madrid. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 461p.

GARCÍA NOVOA, C. 2004. La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT. Madrid. Marcial Ponds. 452p.

GARCÍA VIZCANO, C. 2017. Manual de Derecho Tributario. 3ª edición ampliada y actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot. p. 1051p.

GOTLIB, G. 2005. Vicios y Mitos de la Interpretación Tributaria: Del principio de la realidad económica al derecho común. Buenos Aires. Abaco de Rodolfo Depalma. 277p.

GUASTINI, R., 2014. Interpretar y argumentar. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 281p.

HOSPERS, J. 1982. Introducción al análisis filosófico. 2ª ed. Alianza Universidad Textos. 758p.

JARACH, D. 1982. El Hecho Imponible: Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo. 3ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 238p.

MARÍN BENÍTEZ, G. 2013. ¿Es lícita la Planificación Fiscal?: Sobre los efectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario. Pamplona. Thomson Reuters (legal) Limited. 376p.

NOZICK, R. 1988. Anarquía, Estado y Utopía. México D.F. Fondo de Cultura Económica. P. 333p.

NUÑEZ VAQUERO, A., 2017. Teorías Normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas, Lima. Palestra Editores. 543p.

ELUSIÓN. UN ACERCAMIENTO AL ABUSO DE LAS FORMAS JURÍDICAS. 2016. Por HUGO OSORIO et al. Santiago. Librotecnia. 252p.

PALAO TABOADA, C. 2009. La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal. Valladolid. Lex Nova. 302p. P.10.

TAVEIRA TORRES, H. 2008. Derecho Tributario y Derecho Privado: Autonomía Privada, Simulación y Elusión Tributaria. Buenos Aires. Marcial Pons. 447p.

UGALDE, R. Y GARCÍA J. 2007. Elusión, Planificación y Evasión Tributaria. 2ª ed. Santiago. LexisNexis. 146p.

VERGARA QUEZADA, G. 2016. Norma Antielusiva General: sobre los fines en nuestras leyes tributarias. Santiago. Editorial Libromar. 475p.