

EL EXAMEN DE RAZONABILIDAD DEL REINO UNIDO Y LOS PARÁMETROS PARA EVALUAR LA ELUSIÓN

Gonzalo Vergara Quezada

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
Magíster en Derecho con mención en derecho tributario,
Pontificia Universidad Católica de Chile.
Profesor de derecho tributario Pontificia Universidad Católica de
Chile, Universidad de los Andes y Universidad de Concepción.
Gerente senior en PwC.

RESUMEN:

Analiza el examen de razonabilidad de la normativa antielusiva general del Reino Unido la cual, si bien al igual que el Código Tributario nacional utiliza conceptos como el de razonabilidad, a diferencia de la legislación chilena, la ley británica contempla parámetros que permiten efectuar una evaluación objetiva de los hechos. Ello posibilita que personas diferentes lleguen a un resultado similar, evitando de esa forma que las resoluciones se puedan basar sobre elementos que han sido seleccionados para justificar decisiones que, en el mejor de los casos, están motivadas por los valores y sentimientos de justicia de quien resuelve, y en el peor de ellos, pueden buscar encubrir acciones discrecionales en una materia regida por principios constitucionales que buscan una aplicación uniforme de la ley.

Palabras clave: abuso de las formas, elusión, razonabilidad.

1. INTRODUCCIÓN

La elusión es un tema un tanto nebuloso. La doctrina ha explicado que, si bien existen métodos serios para evaluar el riesgo de elusión a nivel internacional¹, a nivel nacional “no hay una forma directa de medir cuántos contribuyentes emplean esquemas de elusión tributaria o cuántos ingresos se pierden debido a la elusión tributaria”².

Además, como veremos en este trabajo, la ley chilena no ha delimitado adecuadamente el concepto de abuso de las formas, que es clave en esta materia, existiendo diferencias en las opiniones de los autores y, como veremos, incluso contradicciones en las interpretaciones administrativas que se ocupan de la materia.

Entonces, si no hay herramientas para medir un fenómeno que ni siquiera se ha delimitado legalmente, no se pueden evaluar medidas aplicadas al efecto. Además, el hecho de que, en general, no existan datos verificables por terceros para poder evaluar las políticas fiscales, dificulta tremendamente una evaluación pragmática de las mismas³.

Por esos y otros motivos, la regulación antielusiva general ha implicado agravar los problemas de seguridad jurídica⁴, por lo que es tan necesario revisar las experiencias comparadas que han intentado mitigarla.

Como examinaremos en este trabajo, el concepto de abuso y su excepción, la legítima opción, se diferencian por conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso de los *efectos relevantes* y *opciones razonables*, conceptos que en sí son imprecisos.

Debemos tener presente que una política pública que afecte derechos protegidos por la Constitución no debería recurrir a conceptos jurídicos indeterminados dejando el derecho a merced de quien aplica la regla. Es decir, la ley al menos debería contemplar parámetros que permitan una aplicación objetiva de ese tipo de normativa.

Entonces, analizar cómo funciona el llamado examen de razonabilidad en el Reino Unido, puede servir como es un referente útil para efectos de evaluar e incluso aplicar la reglamentación local, que también contempla la razonabilidad en su texto.

1 MOSQUERA *et al.* (2022) pp. 37-40.

2 MOSQUERA *et al.* (2022) 19.

3 CANTUARIAS RUBIO *et al.* (2020) pp. 157-171.

4 GONZÁLEZ (2021).

2. SOBRE LA NECESIDAD DE PARÁMETROS

No se puede exagerar la importancia de los parámetros objetivos en materias reguladas por los principios de juridicidad, legalidad e igualdad ante la ley, ya que, como lo ha resaltado la doctrina, aquellos principios se hacen efectivos solo cuando las decisiones de la administración o de los jueces puedan controlarse objetivamente⁴. La existencia de parámetros legales permite la sujeción de la administración y la judicatura a ella, posibilitando el control superior de actos y resoluciones, comparados con una norma vinculante que, al decir de los neoconstitucionalistas, tenga la densidad normativa necesaria.

Ante la ausencia de parámetros legales, las decisiones se tomarán sobre la base de las valores personales, preferencias éticas o tendencias políticas de quienes deban resolver los casos. Esto hace imposible controlar de manera objetiva una decisión, posibilitando que la corrupción o el abuso de poder sean fácilmente enmascarados, recurriendo a interpretaciones caprichosas⁵.

Por esos motivos, la ausencia de parámetros legales que permitan una calificación objetiva violenta los principios básicos que rigen al derecho tributario. Así, la igualdad ante la ley exige que distintas personas puedan ser tratadas de la misma forma ante la ley⁶, lo que no se puede lograr si, en definitiva, quienes son llamados a resolver un caso no tienen parámetros legales a los que recurrir, por lo que fundamentarán sus resoluciones seleccionado los elementos que permitan justificar decisiones basadas, en definitiva, sobre sus propios sentimientos de justicia o valores políticos⁷.

Si examinamos el derecho comparado, veremos que en Europa son al menos tres las exigencias copulativas que deben cumplir los hechos de un caso para efectos de calificarlos como elusivos⁸. Estos tres elementos son comúnmente empleados en Chile como parámetros doctrinales y administrativos para calificar un acto como abusivo⁹.

El primer elemento al que nos referimos es el elemento subjetivo, que es la intención del contribuyente de obtener una ventaja fiscal¹⁰. Esta intención, dependiendo de la tradición jurídica de cada país, puede tender a la subjetividad psicológica del agente o a una apreciación supuestamente objetiva de quien hace la calificación. Como la intención es un hecho psíquico, su demostración efectiva

5 VERGARA QUEZADA (2020a) p. 51.

6 VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2019) pp. 6-23.

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

8 SAYDÉ (2016) pp. 78-101.

9 VERGARA QUEZADA (2022a) pp. 97-107.

10 GARCÍA PRATS *et al.* (2018) p. 19.

en algunos sistemas se hará mediante presunciones, mientras que, en otros, se limitará a una apreciación de quien está llamado a resolver.

La intención estuvo al inicio de la discusión de esta materia, y cuando el Ejecutivo envió el mensaje que dio origen a la regla nacional, en una actitud un tanto pre beccariana¹¹, sostuvo que nuestro “sistema tiene dificultades para sancionar las planificaciones que tienen el sólo propósito de sacar ventajas tributarias en la realización de una operación o conjunto de operaciones relacionadas entre sí”¹².

Durante la tramitación de la mencionada ley, las comisiones que analizaron esta normativa hicieron declaraciones semejantes referidas a la intención o motivos del contribuyente¹³. A pesar de lo dicho, en definitiva, la intención o motivaciones del contribuyente no fueron incorporadas en el texto de la norma antielusiva general del Código Tributario.

En paralelo, aquel hecho psíquico es un elemento previsto en la cláusula llamada prueba del propósito principal de los convenios sobre doble tributación, que son reglas vigentes en nuestro país, por lo que no está del todo ausente la intención o motivación del contribuyente en nuestro derecho fiscal¹⁴.

El segundo elemento es el teleológico, que implica que, a través de los actos del contribuyente, son derrotados los objetivos del legislador¹⁵. Estos objetivos pueden ser llamado espíritu de la ley, propósito de la normativa, coherencia entre los actos del contribuyente y los principios implícitos o explícitos de las disposiciones, entre otros nombres.

La exigencia de que concurra copulativamente este elemento evita que la apreciación del abuso quede a la arbitrariedad de quien debe resolver el caso¹⁶. Además, como indicamos, ir en contra del propósito de las normas permite descartar el error de creer que cualquier tratamiento más ventajoso es abuso que, muchas veces buscan hacer artificialmente más conveniente cierta conducta.

También sirve para prevenir el activismo político, que se presenta cuando se desea

11 Calificación efectuada debido a que no parecía entender la necesidad de tipificar previamente una conducta en la ley para sancionarla. Es importante recordar que esta es una normativa sancionatoria y, si se prueba en juicio el abuso, no se sanciona a quien -para efectos didácticos- podríamos calificar de autor material de la conducta, que es el contribuyente, sancionándose a quien planificó los hechos, que en ese supuesto sería el autor intelectual.

12 Historia de la Ley N° 20.780 p. 4, 109 y 842.

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

14 VERGARA QUEZADA (2020b).

15 GARCÍA PRATS *et al.* (2018) p. 19.

16 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Centros C-212/97, apartado 25, en el mismo sentido Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Paletta C-206/94, apartado 25.

hacer primar una postura derrotada en el congreso recurriendo a la normativa antielusiva general. Esto también podría verse como una forma de burlar el propósito de una regulación en favor del fisco, empleando una norma creada para evitar que eso ocurra.

El tercer elemento que debe estar presente de manera copulativa es considerando por la doctrina como objetivo¹⁷. Se refiere a si los actos del contribuyente son tortuosos, artificiosos, anormales. A veces, se recurre a algún adjetivo que implica que, aunque los hechos declarados por el contribuyente son reales, se puede demostrar que se apartan de la normalidad o de los usos y prácticas del sector referido en el caso.

Lo anterior es importante, porque el abuso requiere que el contribuyente cumpla con el supuesto de hecho de una norma más beneficiosa que desea sea aplicada. Entonces, concurriendo los tres elementos analizados “a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria”¹⁸.

Ahora, en lo que es particular de este trabajo, a lo dicho antes el Reino Unido agrega una serie de parámetros, varios de ellos parecidos a instituciones que nos son aplicables, como el principio de la confianza legítima y sus corolarios. De esta manera, en el Reino Unido la ley exige que se evalúe, junto con otros factores que permiten descartar el abuso, si los actos del contribuyente, en el momento en que se realizaron, hubieran sido aceptados por la autoridad fiscal británica¹⁹.

3. ELUSIÓN, SIMULACIÓN Y ABUSO EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO: EL PROBLEMA DE LA AUSENCIA DE ELEMENTOS QUE PUEDAN SER EMPLEADOS COMO ESTÁNDARES PARA UNA RESOLUCIÓN OBJETIVA

En este acápite revisaremos qué es lo que efectivamente contempla el Código Tributario en esta materia. En los artículos 4° bis al 4° quinquies del mencionado cuerpo legal no define el concepto de elusión, limitándose a establecer que la elusión existe en dos casos, a saber, la simulación y abuso de las formas.

Respecto de la simulación, el artículo 4° quater del Código Tributario nos lleva a preguntar hasta qué punto el haber sancionado la simulación, dejando al autor material de ella sin sanción, y aplicando solamente una multa al autor intelectual, nos lleva a concluir que despenalizó, al menos parte, conductas

17 GARCÍA PRATS *et al.* (2018) p. 20.

18 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Emsland-Stärke, C-110/99 apartado 52.

19 Finance Act 2013, sección 207, N° (5).

previstas en el artículo 97 N° 4 del Código Tributario²⁰. Si creemos que no existe una despenalización, la aplicación de esta disposición nos obliga a resolver un concurso de normas sobre la simulación, porque dicha institución estaba previamente regulada en el mencionado artículo 97 N° 4 y en los artículos 63 y 64 de la Ley sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

Pasando al concepto de abuso de las formas, que es el que interesa a este trabajo, el Código Tributario contempla dos conceptos que, en teoría, deberían permitir delimitar el abuso en materia fiscal. Evidentemente, el primero es el propio concepto de abuso de las formas. El segundo concepto que debería establecer los límites del anterior es el de legítima opción.

Usaremos la expresión que aparece en la ley, es decir, no emplearemos aquella creada por José Larraz en su famosa obra publicada 1952, a pesar de que es muy popular en la academia nacional e incluso fue utilizada por los legisladores nacionales cuando se estableció esta regulación²¹. De todas maneras, es apropiado recordar que Larraz está hablando de actos que se conforman con la letra de la ley, pero se apartan de su espíritu. Es decir, su análisis se acerca a lo que ocurre hoy en el derecho europeo.

Al respecto, Larraz dice que su “economía de opción tiene en común con el *fraus legis* la concordancia entre lo formalizado y la realidad. De ningún modo se da simulación. También coincide en no contrariar la letra legal y en procurar el ahorro tributario. Pero, fuera de estos trazos comunes, el fraude a la ley y la economía de opción divergen. La economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la ley, en tanto que sí atenta el *fraus legis*”²².

Dicho lo anterior, es necesario hacerse cargo de un problema evidente: en el foro y en la academia la regulación antielusiva nacional parece ser una especie de prueba de Rorschach fiscal, porque cada experto parece ver algo diferente en el texto del Código Tributario.

Es más, el propio Servicio de Impuestos Internos ha proclamado que “el artículo 4° ter del Código Tributario establece un criterio objetivo y no un análisis de las intenciones o fines que pudieron tener los contribuyentes”²³, para luego afirmar que desde la vigencia de esas reglas puede fiscalizar “a objeto de verificar que tales actos [efectuados por el contribuyente] no tengan como único objeto obtener

20 VERGARA QUEZADA (2016) pp. 223–276.

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

22 LARRAZ (1951) pp. 61-62.

23 Circular SII N° 65, de 2015.

la liberación del pago de IVA”²⁴. Esta contradicción está presente en muchas de sus opiniones²⁵.

Por otro lado, si intentamos recurrir al derecho común para buscar un concepto general de abuso, nos enfrentamos a lo que se ha llamado la proliferación del abuso, fenómeno en el que la ley crea conceptos de abuso que son muy diferentes unos con otros como para encontrar un patrón común²⁶.

Entonces, entre el abuso del derecho, el abuso circunstancial en materia doctrinal²⁷, el abuso sexual, el abuso de publicidad, el abuso de poder, el abuso de confianza en materia penal, en definitiva, es imposible encontrar un mínimo común denominador que permita entender que el abuso es algo determinado en nuestro derecho.

Luego, si recurrimos a la letra de la ley para definir el abuso de las formas, vemos que, tal como lo ha constatado la doctrina, los elementos que componen el concepto de abuso no difieren de aquellos que observamos en el concepto de opción razonable²⁸.

Es más, tampoco está claro si la opción razonable es la ausencia de abuso o es una excepción al abuso. Esto es relevante porque si la opción razonable es la ausencia de abuso, ella daría cuenta del grueso de las operaciones de los contribuyentes. Eso, hasta cierto punto, vuelve un poco inútil el concepto, porque describe operaciones regulares. También es criticable que sea la ausencia de abuso porque los elementos del abuso y los de la opción legítima, como veremos, se repiten.

Dicho eso, si consideramos que la opción legítima es una excepción al concepto de abuso, tiene sentido que se repitan los elementos, nos encontraríamos ubicados dentro del supuesto de hecho de la norma. Por lo mismo, evidentemente existen elementos comunes.

En ese caso, habría que buscar cuál o cuáles son los elementos que excluyen de la aplicación de la cláusula antielusiva general a la opción legítima, para lo que podemos comparar los elementos de cada concepto en la siguiente tabla.

24 Circular SII N° 42, de 2015.

25 Declaraciones similares ha realizado en una serie de pronunciamientos posteriores, por ejemplo, oficios SII N° 2.109, de 2017; N° 1.303, de 2018; N° 2.514, de 2018; N° 868, de 2019; N° 1.594, de 2019; N° 4, de 2021 y N° 1.223, de 2021.

26 VERGARA QUEZADA (2017) p. 59.

27 RODRÍGUEZ GREZ (2004) pp. 157-161.

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

Elemento	Abuso	Razonable opción
No se realiza un hecho gravado	Se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado	El acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno
Disminuye la carga fiscal	Se disminuya la base imponible o la obligación tributaria	Los genere de manera reducida / en menor cuantía / el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria
Se posterga la carga fiscal	Se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación	Diferida en el tiempo
Efectos extra impositivos	No produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios	Siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria

Como podemos apreciar de la comparación de los textos, en los dos vemos que no se realiza el hecho gravado, lo que es un elemento común al abuso y a la opción razonable. También en los dos conceptos puede disminuir la carga fiscal. En los dos se puede postergar la carga fiscal.

Parecen tener una diferencia en existencia de efectos extrafiscales. Sin embargo, en el caso de la opción razonable expresamente se contempla que los actos del contribuyente puedan no producir esos efectos extrafiscales, agregando que eso tendría que ser consecuencia de la ley tributaria.

El problema de pensar que tiene que ser la ley tributaria la que presupone o contempla efectos es que, las leyes tributarias no hacen eso. Por regla general, las leyes impositivas no se refieren a un tipo de operación, lo que podría ocurrir con algunos ingresos que no constituyan renta, pero la norma es que la ley tributaria no lo hace.

Surge un segundo problema de la idea de buscar la diferencia entre el abuso de las formas y la legítima opción en los efectos provenientes de leyes propiamente tributarias. Este es que, para las leyes tributarias, el resto de las leyes son derecho común²⁹. Por eso, las interpretaciones del Servicio de Impuestos Internos recurren al Código de Comercio y a toda una serie de normas que no son propiamente

29 Vergara Quezada (2023) pp. 11–57.

fiscales para determinar la tributación de una operación. Así se llenan los vacíos de las reglas impositivas sin apartarse de fuentes de rango legal por expresa disposición del Código Tributario.

Es más, ni siquiera el Servicio de Impuestos Internos toma en serio la distinción entre abuso y opción legítima por el tipo de ley que causa los efectos tributarios. Por lo mismo, cuando le han preguntado por contratos innominados que producen un efecto previsto en el art. 4° ter del Código Tributario, ha concluido en varios casos que perfectamente puede ser una legítima opción³⁰. Es decir, en casos en los que los efectos no pueden estar previstos en ley alguna, porque el acuerdo no está regulado, en la práctica la autoridad ha descartado que sea relevante para el análisis de la elusión el tipo de ley que provoca el efecto fiscal.

Luego, si la diferenciación entre el abuso y la opción razonable son los efectos extratributarios relevantes, entonces la calificación de *relevante*, nuevamente, es un concepto jurídico indeterminado. De la misma manera, en el caso de la opción *razonable*, la calificación de racionalidad de lo que hizo el contribuyente es el otro elemento que marcaría la división entre los dos conceptos.

Ahora, vale la pena recordar que “bien la racionalidad es un concepto jurídico de por sí difuso, la no racionalidad es, en rigor, un concepto bastante restringido, así se puede constatar tanto de los ejemplos que hemos expuesto, como surge de comparar la forma en que diferentes jurisdicciones resuelven problemas cotidianos con reglas completamente opuestas”³¹.

Si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados carentes de parámetros legales es un problema recurrente en nuestra ley, ello no lo hace menos grave. A modo de ejemplo de la inseguridad jurídica que esto ocasiona, podemos recordar el caso del concepto de habitualidad que, a pesar de que haber sido incorporado en la ley fiscal en 1925³², por lo que tuvo casi 90 años para llegar a un punto de estabilidad, jamás fue delimitado, debido a que la jurisprudencia administrativa estuvo repleta de giros, modificaciones a criterios establecidos, contradicciones, excepciones y contra excepciones, lo que llevó a que el propio Servicio de Impuestos Internos reconociera que era imposible predecir la tributación de los bienes cuya tributación dependía de ese concepto³³.

Quien esté familiarizado con el derecho comparado, podría pensar que lo que describimos es similar a los estándares del derecho norteamericanos, conceptos difusos que van tomando forma con las decisiones de la Corte Suprema de ese

30 Oficio SII N°1.303, de 2018; Oficio N° 42, de 2021 y Oficio N° 180, de 2020.

31 Vergara Quezada (2022b) p. 160.

32 Art. 4° del DL N° 330, de Hacienda de 1925, publicado el 18 de marzo de 1925.

33 Oficio SII N° 2.557, de 2015.

país respecto de un caso concreto, lo que crea una regla vinculante tanto para la administración como para los contribuyentes³⁴.

Sin embargo, ello no es así, debido a que en Chile la postura del Servicio de Impuestos Internos afirma que, debido a que los precedentes judiciales no son vinculantes sino respecto del caso sobre el que se pronuncia³⁵. Por su parte, la Corte Suprema tampoco sigue sus propios precedentes³⁶, lo que es especialmente cierto cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados³⁷. Por lo mismo, nunca tenemos seguridad jurídica ante estos conceptos jurídicos indeterminados, aunque se puedan resolver casos concretos.

4. EL ESTADO DE LAS NORMAS SOBRE ELSUSIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Debido a que las leyes y la jurisprudencia de Alemania, Francia, Estados Unidos y España³⁸ han dado paso a las distintas familias de leyes en el derecho comparado, examinaremos el estado del problema que revisamos en dichas jurisdicciones, poniendo un énfasis en Reino Unido, que será objeto de un acápite separado. Sin perjuicio de eso, incluiremos el estado del asunto en España y otros países que, como se verá, no parece prudente imitar.

4.1. Alemania

Actualmente, en Alemania “los criterios de diseño legal de un esquema, arreglo o transacción de elusión fiscal gravitan en torno a la noción de un «arreglo legal inapropiado» y un «beneficio fiscal legalmente no pretendido»”³⁹.

La doctrina germana resalta que “el mero hecho de que un arreglo legal esté diseñado para optimizar la carga fiscal no lo hace automáticamente inadecuado. Una fórmula repetitiva aplicada por los tribunales, en consecuencia, argumenta que un arreglo que ahorra impuestos no es necesariamente elusión fiscal. En cambio, podría verse como una mitigación fiscal o como una optimización fiscal permitida si el ahorro fiscal se alinea con el espíritu de la ley o fue contemplado o pretendido ser fomentado por la legislatura”⁴⁰.

Es decir, en Alemania lo primero se declara es que el hecho de que algún tipo

34 VERGARA QUEZADA (2020b) pp. 41-42.

35 Oficio SII N° 2.557, de 2015.

36 Incluso en el mismo caso cuando se divide en varios años tributarios. SCS rol 18.483-2016, SCS rol 15.514-2017, SCS rol 15.514-2017 y SCS rol 31.777-2017.

37 Cattán Espinosa (2022) pp. 143-164.

38 Thuronyi, Brooks y Kolozs (2016) pp. 6-8.

39 Kraft (2018) p. 5.

40 Kraft (2018) p. 17.

de arreglo del contribuyente tenga como propósito disminuir su carga tributaria eso no implica automáticamente que ese ese arreglo sea abusivo. Por eso, la sola intención de rebajar la carga fiscal no es un elemento que, por sí solo, afecte la tributación.

Si bien en ese país se tiende a emplear el concepto de «arreglo legal inapropiado» y de «beneficio fiscal legalmente no pretendido»⁴¹, para hacer dicha calificación se analiza “si el ahorro fiscal se alinea con el espíritu de la ley o fue contemplado o pretendido ser fomentado por la legislatura”⁴¹. Entonces, hay un contraste entre lo que se está haciendo el contribuyente y lo que buscaba el legislador alemán cuando se estableció una regla.

La Administración debe probar lo anterior, por lo que las meras declaraciones o aserciones son insuficientes, exigiéndose evidencia concluyente⁴². Así, de manera similar a lo que ocurre en Chile toda la carga probatoria está en la administración.

4.2. Francia

En el caso de Francia, la doctrina tiene un historial bastante largo en anunciar que existe “una buena gestión fiscal como existe una buena gestión financiera o una buena gestión comercial. Esta libertad de gestión explica que, enfrentados a dos soluciones posibles, una más costosa y otra más económica fiscalmente, es posible optar por el camino en el que se paga menos impuestos. Pagar impuestos, es un deber, una «honrosa obligación», decía gravemente la antigua Constitución de 1793. Pero la obligación no se extiende a pagar la mayor cantidad de impuestos posible”⁴³.

La ley vigente fue modificada para satisfacer los estándares del Tribunal de Justicia Europeo, por lo que se exige que los actos busquen “beneficiarse de una aplicación literal de las leyes o decisiones en contra de los objetivos perseguidos por sus autores, estos actos no podrían haber sido inspirados en cualquier otro propósito que el de evitar o mitigar la carga fiscal que normalmente habría soportado el interesado, dada su situación o actividades reales, si estos actos no hubieran sido ejecutados o cometidos”⁴⁴.

Los tribunales galos establecieron que es fundamental revisar la intención del parlamento a partir del caso Janfin, que fue el hito principal que llevó a modificar la ley francesa. En ese caso, se hacía un préstamo de acciones francesas cerca de las fechas de pago de dividendos, estando la transacción estuvo motivada

41 Kraft (2018) p. 17.

42 Drüen (2016) p. 292.

43 Cozian, Deboissy y Chadeaux (2021) p. 999

44 Artículo L64 del Código de Procedimientos Fiscales.

puramente por la transferencia de créditos fiscales (*avoir fiscal*) de entidades deficitarias⁴⁵.

En casos posteriores, el tribunal supremo, teniendo en cuenta los trabajos preparatorios de la Ley de 1965, que creó ese crédito fiscal, consideró que el objetivo de esta ley era proporcionar este impuesto crédito a los accionistas en el momento en que se recibieron los dividendos. En consecuencia, se resolvió que, incluso si las partes perseguían un objetivo exclusivamente fiscal, ello no fue contrario a los objetivos perseguidos por el legislador, ya que el contribuyente era realmente accionista en el momento del pago del dividendo⁴⁶.

Dicho de otra forma, a pesar de que en esos casos las empresas solo querían rebajar la carga tributaria, no se estaba en presencia de abuso porque el único efecto de esta reglamentación era rebajar la carga fiscal.

4.3. Estados Unidos

Si bien, al dictarse el fallo que inauguró las doctrinas antielusión norteamericanas se advirtió que las personas pueden “organizar sus asuntos para que sus impuestos sean lo más bajo posible; nadie está obligado a elegir el camino que más convenga al Tesoro; ni siquiera existe un deber patriótico de incrementar los impuestos propios”⁴⁷, el recurso a conceptos carentes de contenido, que usan la expresión económica, que en Europa dio paso a las más oscuras teorías, ha causado una gran incertidumbre en los países que ha recurrido a conceptos similares.

Sin embargo, los autores más destacados han explicado que hoy “la doctrina de la sustancia económica no es relevante cuando un contribuyente busca aprovechar un beneficio fiscal posiblemente previsto por el Congreso. Este requisito reconoce que el Congreso ha promulgado muchas leyes fiscales que permiten a los contribuyentes estructurar transacciones en forma particular únicamente para obtener beneficios fiscales. Si los beneficios que el contribuyente busca aprovechar no están específicamente previstos por la ley, la doctrina de la sustancia económica podría ser relevante”⁴⁸.

Igualmente destacan que el “Congreso de los EE. UU. se preocupa cada vez más de que los contribuyentes estuvieran usando el lenguaje técnico de la ley tributaria para estructurar transacciones para obtener beneficios tributarios que no estaban directamente dentro del propósito del Congreso al crear esas leyes”⁴⁹.

45 CALLOUD (2018) pp. 8-9.

46 CONSEJO DE ESTADO, 7 DE SEPTIEMBRE DE 2009, N° 305586, AXA Y CONSEJO DE ESTADO, 7 DE SEPTIEMBRE DE 2009, DE N° 305596, HENRI GOLDFARB.

47 HELVERING V. GREGORY, 69 F.2D 809 (2D CIR. 1934).

48 LEE Y TURNER (2018) p. 5.

49 LEE Y TURNER (2018) p. 5.

Ahora, como el propósito del legislador está en el centro de este tema, se ha resuelto que no se pueden considerar como abusivas operaciones que fueron examinadas por el Congreso y no fueron excluidas de un beneficio o tratamiento fiscal más beneficioso⁵⁰. Esto parece ser evidente, debido a que la impugnación por parte de la autoridad de operaciones no cuestionadas por el Congreso implicaría alterar el resultado del proceso democrático⁵¹.

Todo esto fue novedoso en su momento respecto de los norteamericanos, los alemanes e ingleses quienes, tradicionalmente, intentaban que la interpretación de la ley fuera lo más objetiva posible⁵², por lo que no recurrían a los materiales preparatorios.

4.4. España y países con grave inseguridad jurídica

Los autores han explicado que una parte de la doctrina española se aproxima de manera restrictiva a la elusión, mientras que otra tiene “un enfoque «intuitivo» o «extra positivo» de la elusión fiscal, una especie de prueba del olfato que se centra únicamente en el ahorro fiscal «no aceptable»”⁵³. Si “uno debería describir la posición de las autoridades fiscales y los tribunales, estaría más cerca del enfoque intuitivo”⁵⁴.

Al respecto, Palao Taboada concluye que “la jurisprudencia española sobre los problemas planteados por la elusión fiscal no sigue una línea coherente y es confusa y en muchos casos dogmáticamente poco rigurosa, causando por ello un serio deterioro de la seguridad jurídica en este ámbito”⁵⁵. Otros autores agregan que, en el último tiempo, se “ha reforzado la tendencia de las autoridades fiscales españolas de eludir las GAAR y recurrir a otros dispositivos legales (transacciones simuladas y razón comercial válida doctrinas o enfoques aún más exóticos)”⁵⁶.

De los países en desarrollo se ha dicho que en ellos no “se puede verificar la necesidad de una GAAR en ningún lugar dada la inevitable incertidumbre en la definición de la elusión y la imprevisibilidad de los resultados judiciales correspondientes”⁵⁷.

50 TERENCE J. HORN AND JEAN HORN V. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE (1992). CORTE DE APELACIONES DEL CIRCUITO DEL DISTRITO DE WASHINGTON, 968 F.2D 1229 (D.C. CIR. 1992), 26 DE JUNIO DE 1992.

51 VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2019) PP. 190-192 Y VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2020) PP. 20-21

52 ZIMMERMANN (2009) PP. 118-119.

53 ZORNOZA Y BÁEZ (2016) P. 659.

54 Zornoza y Báez (2016) p. 659.

55 Palao Taboada (2020) p. 25.

56 Báez Moreno y Zornoza Pérez (2018) p. 21.

57 Rosenblatt (2015) p. 3.

5. LOS ESTÁNDARES EN EL REINO UNIDO

La normativa del Reino Unido, al decir de los civilistas, tiene una redacción poco feliz, debido a que se centra en la palabra razonable, que es usada de manera poco acertada, como veremos⁵⁸. Ella establece dos análisis, el primero tiene que ver con el concepto de arreglo fiscal, mientras que el segundo se relaciona con la calificación de abusivo de dicho arreglo.

Respecto del acuerdo fiscal, es necesario indicar que en el derecho comparado el solo hecho que la motivación sea principalmente tributaria no lo transforma en ilegítimo. Esto ha sido reconocido en muchas instancias, partiendo por la propia definición de planificación del antiguo *Glosario de la OCDE*⁵⁹, siguiendo por el concepto del derecho europeo, que antes explicamos, inclusive el agresivo concepto previsto en los convenios sobre doble tributación exige que el resultado obtenido por el contribuyente sea contrario a los propósitos de las cláusulas respectivas⁶⁰.

Entonces, igual que en los casos anteriores, la calificación de arreglo fiscal no implica que las acciones del contribuyente sean abusivas. Luego, la regulación británica agrega la primera prueba de razonabilidad al disponer que un arreglo es fiscal si, teniendo en cuenta todas las circunstancias, sería razonable concluir que la obtención de una ventaja fiscal era el objetivo principal, o uno de los objetivos principales, de los acuerdos. Como se puede apreciar, la redacción es similar a la de la cláusula del propósito principal de los convenios.

Aquí aparece algo que puede ser considerado una contradicción, debido a que se entiende que “parte de la prueba de «conclusión razonable» la convierte en objetiva, evaluada teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes. La intención real y subjetiva de cualquier persona involucrada en ese acuerdo es irrelevante”⁶¹.

No declara que la intención deje de cumplir una función en el derecho. Es más, en el derecho comparado ella sigue estando en el centro del derecho privado, tanto por su importancia en el acto jurídico en general, como porque “un contrato sólo se entiende celebrado cuando las partes que intervienen en él indican su intención de obligarse jurídicamente”⁶².

Es necesario tener presente que la intención no siempre es apreciada de la misma forma en las diferentes legislaciones. Así, por ejemplo, “una vez constituido el

58 Finance Act 201, sección 207.

59 OECD (2021).

60 VERGARA QUEZADA (2020B) PP. 28-65.

61 BURCHNER, CAPE Y HODKIN (2018) P. 5.

62 LANDO Y BEALE (2003) P. 196.

acto jurídico, si para atribuirle todo su alcance o interpretarlo, deben desatenderse los términos empleados por los interesados y tomar en consideración su voluntad interna y psicológica, o si por el contrario, abandonando esta última voluntad, es necesario atenerse a los términos del acto jurídico, so pretexto de que la voluntad que determinó su creación definitivamente se concreta y traduce en las fórmulas del acto, es decir, en la declaración de voluntad”⁶³.

Ahora, la mencionada objetividad de la normativa del Reino Unido puede referirse a la apreciación de factores externos comprobables, que separan la tradición francesa de la alemanas e inglesas.

Es importante tener presente que en Francia la teoría clásica “atribuye la función predominante a la voluntad real, subjetiva, y solamente otorga a la manifestación una función accesoria, instrumental; según ella hay que proceder a la investigación de esa voluntad”⁶⁴. En contraste, hoy en Europa es mayoritaria la teoría objetiva⁶⁵, que primero se afianzó en el derecho alemán, y sostiene respecto de la intención real que no “es finalidad de la interpretación el averiguar la verdadera voluntad interna que no ha llegado a expresarse”⁶⁶.

También podríamos explicar la aparente contradicción indicando que esta regla operaría de manera similar a una presunción administrativa, en la que se construye la intención, que en rigor es un hecho psíquico que no admite prueba directa, mediante hechos demostrables, previo análisis de “todos los hechos y circunstancias relevantes”.

Tras eso, esta reglamentación sigue con el segundo análisis, que se ha llamado de doble razonabilidad, señalando que los hechos que han sido calificados como acuerdos fiscales serán considerados abusivos si su celebración o ejecución no puede considerarse razonablemente como un curso de acción razonable en relación con las disposiciones fiscales pertinentes, teniendo en cuenta todas las circunstancias, tras lo que agrega ejemplos que examinaremos en un momento.

La doctrina, en una interpretación bastante generosa de esta normativa, ha dicho que esa redacción “cambia el enfoque de la NAG del Reino Unido de (a) simplemente considerar si llevar a cabo un acuerdo fiscal era un curso de acción razonable en relación con las disposiciones fiscales pertinentes, a (b) la consideración mucho más sutil de si es razonable concluir que llevar a cabo los acuerdos fiscales en cuestión fue un curso de acción razonable”⁶⁷.

63 BONNECASE (1993) p. 766.

64 PLANIOL Y RIPERT (1940), TOMO SEXTO, PRIMERA PARTE, p. 130.

65 LANDO Y BEALE (2003) pp. 199-200.

66 LEHMANN (1956) VOL. I, p. 305.

67 BURCHNER, CAPE Y HODKIN (2018) p. 6.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema jurídico, los británicos tienen una tradición respecto del análisis de razonabilidad⁶⁸.

Lo relevante de esta normativa es que ella contempla ejemplos claros que descartan la aplicación de la regulación antielusiva inglesa. Es decir, a diferencia de lo que hace nuestro Código Tributario, la reglamentación británica establece parámetros que, si bien no son exhaustivos, es bastante más de lo que hace la legislación nacional.

Entre los parámetros que descartan el abuso están (a) si los resultados sustantivos de los acuerdos son coherentes con los principios en los que se basan esas disposiciones (ya sean expresos o implícitos) y los objetivos de política de esas disposiciones, (b) si los medios para lograr esos resultados implican uno o más pasos artificiales o anormales, y c) si los acuerdos están destinados a explotar cualquier deficiencia de dichas disposiciones.

Al contrario, permitirían calificar como abusivo un arreglo si (a) los acuerdos dan lugar a un importe de ingresos, beneficios o ganancias a efectos fiscales que es significativamente menor que el importe a efectos económicos, (b) los acuerdos dan lugar a deducciones o pérdidas de un importe a efectos fiscales que es significativamente mayor que el importe a efectos económicos, y (c) los acuerdos dan lugar a un reclamo por el reembolso o acreditamiento de impuestos (incluidos impuestos extranjeros) que no han sido pagados y es poco probable que sean pagados, pero en cada caso sólo si es razonable suponer que tal resultado fue no el resultado previsto cuando se promulgaron las disposiciones fiscales pertinentes.

Dicho todo lo anterior, existe una regla expresa que recoge algo que es asimilable a nuestro principio de la confianza legítima. Así, dispone que, si los acuerdos fiscales se ajustan a una práctica establecida cuando se celebraron, y la autoridad fiscal los hubiera aceptado, ello permite concluir que esos acuerdos no son abusivos.

Al respecto, la doctrina ha señalado que “esto significa que los acuerdos o prácticas que reflejen una «práctica común» y que se pueda demostrar que son suficientemente similares a acuerdos que son aceptables para HMRC no serán abarcados por la NGA del Reino Unido. El obstáculo que hay que superar aquí tiene que ver con si HMRC ha «indicado» o no su aceptación. Se puede encontrar en cualquier «declaración clara hecha por HMRC en sus boletines fiscales publicados, o en sus manuales internos, o en correspondencia con algún representante»⁶⁹.

68 BURCHNER, CAPE Y HODKIN (2018) p. 14.

69 BURCHNER, CAPE Y HODKIN (2018) p. 15.

6. LA CONFIANZA LEGÍTIMA, LA CONDUCTA DE LA ADMINISTRACIÓN FISCAL COMO PARÁMETRO DEL CONCEPTO DE ABUSO

Como vimos en el acápite anterior, la normativa del Reino Unido contempla una regla expresa que recoge lo que, entre nosotros, sería una manifestación del principio de la confianza legítima que vincula a la administración con sus actos previos. Eso parece muy importante y justifica su estudio en nuestro medio porque sirve para evaluar dos casos en los cuales el Servicio de Impuestos Internos ha inducido las conductas de los contribuyentes.

Violentaría el principio de la confianza legítima que, una vez que las empresas han actuado tal como la administración les indicó lo hicieran, la autoridad luego sostenga que haber confiado en sus pronunciamientos es elusión.

Para explicar mejor esta materia, es posible analizar dos casos muy interesantes que sirven para ilustrarla. En ambos no existía una regulación legal exhaustiva, por lo que quedaban importantes vacíos que, en la práctica, fueron llenados por el Servicio de Impuestos Internos.

Partamos por el caso más reciente, que debería estar en la memoria de la mayoría de las personas que ejercen una profesión. La Ley N° 21.420, dispuso que a partir del 1° de enero de 2023, toda prestación calificable como servicio por el DL N° 825, de 1974, pasaría a estar afecta al IVA. La misma ley estableció nuevas exenciones y modificó algunas de las existentes.

Entre ellas, agregó a la exención del art. 12 N° 8), que se refiere a las rentas de los directores de empresas y a las rentas de la segunda categoría, que las sociedades de profesionales -que pueden optar por tributar en la primera o en la segunda categoría- quedarán exentas del IVA “aun cuando hayan optado por declarar sus rentas de acuerdo con las normas de la primera categoría”.

La Ley N° 21.420, salvo por la vigencia diferida en el tiempo, no cumplió con las características que, en el derecho comprado, se consideran adecuados para que una modificación legal satisfaga los requisitos de proveer certeza jurídica, a saber, que el legislador considere las circunstancias especiales de los distintos operadores económicos y prevea, para esos casos, reglas transitorias que permitan una adecuación las nuevas reglas⁷⁰.

El vacío dejado por el legislador fue llenado por el Servicio de Impuestos Internos quien, mediante resolución, indicó que “la Circular N° 50 de 2022 dejó expresa constancia que los contribuyentes que se reestructuren para tributar como

70 VILLAMÁN RODRÍGUEZ (2019) P. 127.

sociedad de profesionales y aquellos que, cumpliendo con los requisitos para ser calificados como sociedad de profesionales, no iniciaron actividades como tales, podrán, de manera extraordinaria y por única, vez acogerse a la normativa señalada en la Circular N° 21 de 1991 con el objeto de ejercer su opción de tributar conforme a las normas de la primera categoría”⁷¹. Igualmente, estableció un procedimiento para informar esas transformaciones en un registro especial⁷².

Ahora, a la luz de las reglas del Código Tributario, que no contemplan los parámetros que hemos mencionado antes y si, además, ignoramos el principio de la confianza legítima⁷³, podríamos perfectamente sostener que la autoridad indujo a los contribuyentes a eludir el IVA, debido a que, en general, el único efecto relevante de las transformaciones de las sociedades era el fiscal. Es decir, nadie seriamente creería que, dados los plazos y las instrucciones admirativas, algún socio o accionista transformaba su sociedad buscando efectos diferentes de los tributarios que se producían al seguir las instrucciones del Servicio de Impuestos Internos.

Por lo mismo, si en el futuro un director decide comenzar a presentar requerimientos de elusión en contra de todas las sociedades de profesionales que se transformaron para cumplir los requisitos creados por el Servicio de Impuestos Internos, porque eludieron el IVA, justificadamente todos los afectados considerarían que está siendo violentado el principio de la confianza legítima, porque fue la propia administración quien indujo a los contribuyentes a comportarse de esa forma e, implícitamente, ello se hacía para no pagar el IVA. Por ello, como veremos en la opinión del Panel de Elusión de Reino Unido, es fundamental analizar las interpretaciones de la administración fiscal relacionadas con la materia discutida, considerando que la autoridad es un operador del derecho altamente informado.

Entonces, teniendo el primer registro creado por el Servicio de Impuestos Internos donde se inscribían quienes habían adaptado sus asuntos para no pagar un impuesto, pasemos al segundo caso, en el que también hay un cambio legal carente de la prolijidad exigida para dar certeza jurídica, también la administración llenó ese vacío e, igualmente, creó un registro para que quienes deseaban mantener una tributación preferencial, se inscribieran.

En este segundo caso, la Ley N° 19.768 derogó la normativa que exigía a las instituciones financieras extranjeras pedir al Banco Central una autorización que les permitía acceder a la tasa preferencial del 4% por los pagos de intereses.

71 Resol. Ex. SII 150, de 2022.

72 Resol. Ex. SII 115, de 2022.

73 Bermúdez Soto (2005) pp. 83-105.

Ello, como dijimos, sin que el legislador satisficiera las exigencias de la certeza jurídica estableciendo una regulación de transición⁷⁴.

Igual que en el caso anterior, el Servicio de Impuestos Internos vino a llenar este vacío mediante una interpretación en la que dijo que “ante diversas consultas planteadas por los contribuyentes, a fin de otorgar certeza respecto del concepto de institución financiera extranjera e internacional, para efectos de lo previsto en el artículo 59, N° 1, letra b), de la Ley sobre Impuesto a la Renta, este Servicio entenderá por institución financiera extranjera a aquella entidad constituida en el extranjero y que tenga por objeto otorgar préstamos o financiamientos, y por institución financiera internacional a la que tenga el mismo giro y cuyo capital esté formado con aportes de diferentes países miembros o por instituciones de diferentes países, siempre que dichas instituciones cuenten con un monto de capital pagado y reservas igual o superior a la cuarta parte del mínimo que se exija para la constitución de los bancos extranjeros en Chile, por la Ley General de Bancos, DFL N° 3, de 1997”⁷⁵.

De la misma manera que lo hizo con las sociedades de profesionales, el Servicio de Impuestos Internos creó un registro en el que se podían inscribir quienes cumplieran los requisitos establecidos en la interpretación antes mencionada. Así, resolvió la autoridad fiscal que una “vez verificado que la entidad que solicita la inscripción cumple con los requisitos para calificar como una institución financiera extranjera o internacional, este Servicio realizará su inscripción en el «Registro Voluntario de Instituciones Financieras Extranjeras e Internacionales», cuya nómina se mantendrá publicada para estos efectos en el sitio de Internet www.sii.cl. Se notificará al interesado copia de la resolución que se dicte aceptando o rechazando la solicitud de incorporación”⁷⁶.

Los requisitos establecidos por la autoridad fiscal fueron bastante laxos. Así, por ejemplo, no existían limitaciones por relación, de manera que muchas instituciones financieras extranjeras se dedicaban a financiar al grupo de compañías que estaban relacionadas con ella de alguna forma⁷⁷.

Todo esto nos lleva a la sentencia reciente que da cuenta de que el Servicio de

74 Tras escribir estas líneas se dictó una sentencia al respecto sobre la cual se recomienda el análisis de Marcela Silva Parada y Javier Cortés Vivanco, quienes analizan, además, la importancia del elemento teleológico que, si es ignorado, termina convirtiendo una herramienta que busca hacer cumplir la voluntad del legislador en un arma para transgredirla. SILVA PARADA y CORTÉS VIVANCO (2024) pp. 151-179,

75 Circular SII N° 27, de 2008.

76 Resol. Ex. SII N° 59, de 2008.

77 Al efecto, los ejemplos más evidentes son Resol Ex. DRMSO N° 1.998, de 2019; Resol Ex. DRMSO N° 245, de 2018; Resol Ex. DRMSO N° 1.973, de 2019; Resol Ex. DRMSO N° 2.978, de 2017; Resol Ex. DRMSO N° 5.385, de 2009; Resol Ex. DRMSO N° 1.821, de 2020.

Impuestos Internos recurrió por elusión en contra de una presa que, aplicando la regulación creada por el propio Servicio de Impuestos Internos, estableció una entidad para financiar la operación en Chile y pagar la tasa reducida.

Esto, a pesar de que el año 2020, la N° 21.210 cambió esta reglamentación, implementando nuevas exigencias y, en lo que es importante para este caso, el parlamento decidió que las nuevas disposiciones se aplicarían a futuro. Es decir, la autoridad está actuando en contra del propósito del legislador en esta materia.

Al respecto, vale la pena indicar que el propio Fondo Monetario Internacional advirtió en su momento que no se deben emplear las normas antielusivas generales para dejar sin efecto las reglas especiales sobre relación entre deuda y capital, que es lo que está intentando hacer el Servicio de Impuestos Internos al recurrir en contra de normas laxas que la misma institución creó. Al respecto, el Fondo Monetario Internacional resaltó que es legítima la elección motivada por un beneficio fiscal estructurado, precisamente, para fomentar el uso deuda⁷⁸.

Dicho eso, podemos comprender la importancia de la regla positiva inglesa que, en nuestro sistema jurídico, es un principio básico del derecho.

7. LA OPINIÓN DEL PANEL ASESOR DE LA NGA DEL REINO UNIDO, DE 26 DE ABRIL DE 2022

A grandes rasgos, el caso se trata de un préstamo efectuado a socios que, debido a la restringida redacción de la ley, permitía que no se aplicara un tributo. Los detalles generales no parecen ser relevantes para este análisis, por lo que nos limitaremos a comentar los aspectos que fueron relevantes para la opinión del panel.

En el N°14 de la opinión que comentamos, el panel detalla la discusión que de la parte normativa del caso. Comienzan afirmando que se trata de un acuerdo fiscal, es decir, que consideraron razonable concluir que estaba motivado por el ahorro de impuestos. Como señalamos antes, eso no vuelve ilegítimo el arreglo, pero se admite su revisión.

Entonces, pasa a analizar si la celebración de dichos acuerdos tributarios fue o no un curso de acción razonable conforme al artículo S207 de la Ley de Finanzas de 2013. El panel estructura su análisis como una respuesta a cada una de las normas que sirven de parámetros para hacer la calificación.

La primera pregunta que se hace el panel es si resultados sustantivos de los acuerdos son consistentes con los objetivos de política de las disposiciones. El

78 IMF (2016) p. 4.

panel responde esto diciendo que no se devengó ningún impuesto producto de los acuerdos, y que el resultado no fue consistente con los objetivos de la política fiscal.

Luego, respecto de la normalidad de los acuerdos, el panel indica que no creen que los acuerdos tributarios involucrados hayan sido pasos controvertidos o anormales en el período analizado. En los hechos, no era una práctica inusual. Sobre la posible explotación de una deficiencia de la legislación, el panel considera que, efectivamente, se está explotando una deficiencia legislativa, debido a que la norma se refería a una empresa y no a un grupo de empresas.

Se consideró que los acuerdos eran aislados, por lo que no se requería el análisis de otros hechos.

Respecto de la carga fiscal, se consideró que algunos tributos no serían pagados, pero estos eran sustitutivos por otros que se devengarían en el futuro. Es decir, en la nomenclatura de norma nacional, se difería la tributación.

El panel sostuvo no tener conocimiento de que se tratara de una práctica aceptada por la administración fiscal.

Luego, en la parte más interesante, el panel sostiene que la cuestión relevante es si la omisión contenida en la legislación relativa a grupos y empresas del grupo es algo que justifique la aplicación de la normativa antielusiva general. Así, se pregunta si es tan obvio que se debería considerar que el Parlamento ha permitido préstamos grupales. Agregando que no cubrir los préstamos grupales parece un asunto importante y obvio, por lo que concluyen que no les parece que la norma antielusiva general pueda usarse para cubrir tal brecha.

Así, concluye la opinión que, si bien es una materia que puede ser analizada conforme a esa normativa, no se puede sostener que los actos del contribuyente no sean un curso de acción razonable, por lo que no ha existido abuso.

8. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, es posible indicar que, debido a que la normativa antielusiva general del Código Tributario no contempla parámetros legales que permitan a personas diferentes llegar a resultados similares, los principios de igualdad ante la ley y de juridicidad se ven severamente afectados.

Si bien la regulación del Reino Unido se aparta de los estándares tradicionales que se aplican en la Unión Europea en materia de elusión, los parámetros empleados por la ley británica dan cuenta del reconocimiento de los efectos jurídicos de la conducta de la administración fiscal, de manera similar cómo en nuestro derecho lo hace el principio de confianza legítima.

Adicionalmente, la aplicación de la normativa de Reino Unido da cuenta de cómo se puede aplicar un análisis de razonabilidad en materia tributaria. En ella, como en el ejemplo, se da cuenta de que no puede considerarse como elusión el aprovechamiento de regulaciones laxas que no contemplan restricciones evidentes para un operador del derecho informado.

Considerando que casos similares se presentan en Chile, la experiencia de Reino Unido es útil para efectos de analizar la legítima opción, que recurre igualmente a la razonabilidad.

9. BIBLIOGRAFÍA

- BÁEZ MORENO, Andrés y ZORNOZA PÉREZ, Juan (2018). Spain. *Cahier de Droit Fiscal International*, Vol. 103 A.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2005). El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 18 N° 2, pp. 83-105.
- BONNECASE, Julien (1993). *Tratado elemental de derecho civil*, México: trad. del francés de Enrique Figueroa, Harla).
- BURCHNER, Anna; CAPE, Jeremy y HODKIN, Matthew (2018). United Kingdom. *Cahier de Droit Fiscal International*, Vol. 103 A.
- CALLOUD, Ariane (2018). France, *Cahier de Droit Fiscal International*, Vol. 103 A.
- CANTUARIAS RUBIO, Rocío; MATUS FUENTES, Marcelo; MONTECINOS ARAYA, Jorge y VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2020) Legislar sin datos: El problema de las reformas chilenas, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 8, pp. 157-171.
- CATTAN ESPINOSA, Daniel (2022). Ravizza y Servera Ltda. con SII: el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; primeras aproximaciones jurisprudenciales en Chile, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 11, pp. 143-164.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: 2ª ed. Ediciones UC, Tomo I.
- COZIAN, Maurice; DEBOISSY, Florence y CHADEFaux, Martial (2021). Précis de fiscalité des entreprises 2021/2022. París, LexisNexis.
- DRÜEN, Klaus-Dieter (2016). Germany. En Lang, Michael et al. (2016). *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdam, IBFD, pp. 287-306.
- GARCIA PRATS, Alfredo; HASLEHNER, Werner; HEYDT, Volker; KEMMEREN, Eric; KOFLER, Georg; LANG, Michael; LÜDICKE, Jürgen; NOGUEIRA, João; PISTONE, Pasquale; RAVENTOS-CALVO, Stella; RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, Emmanuel; RICHELLE, Isabelle; RUST, Alexander; SHIERS, Rupert y VALENTE, Piergiorgio (2018). EU Report, *Cahier de Droite Fiscal International*, Vol 103 A.
- GONZÁLEZ, Darío (2021). Cláusula General Anti Elusión o Abuso (GAAR): su génesis y evolución en el Derecho Tributario. La certeza jurídica. CIAT. En línea <https://www.ciat.org/ciatblog-clausula-general-anti-elusion-o-abuso-gaar-su-genesis-y-evolucion-en-el-derecho-tributario-la-certeza-juridica/> [consultado el 18 de agosto de 2024].
- IMF (2016). Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR): Ensuring That a GAAR Achieves Its Purpose, *Tax Law Technical Note*, Vol. 2016 (1). En línea <https://doi.org/10.5089/9781513515823.008>.
- KRAFT, Gerhard (2018). Germany. *Cahier de Droit Fiscal International*, Vol. 103 A.

- LANDO, Ole y BEALE, Hugh, 2003: *Principios de derecho contractual europeo*, Madrid: trad. Pilar Barres, José Embid y Fernando Martínez, Colegios Notariales de España.
- LARRAZ, José (1952). *Metodología aplicativa del derecho tributario*. Madrid, Revista de Derecho Privado.
- LEE, Hoon y TURNER, Candice M. (2018). United States. *Cahier de Droit Fiscal International*, Vol. 103 A.
- LEHMANN, Heinrich (1956). *Tratado de derecho civil. Parte general*, Madrid: trad. del alemán de José Navas, Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. I.
- MOSQUERA, Irma; CUBILLOS, Juliana y HEITMULLER, Frederik (2022). *Juego de herramientas para el diseño y la aplicación efectiva de normas generales anti-abuso nacionales e internacionales*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT).
- OECD (2021). Glossary of Tax Terms, en línea. Rescatado de <https://web.archive.org/2021-02-12/78005-glossaryoftaxterms.htm>. [Consultado el 10 de mayo de 2024].
- PALAO TABOADA, Carlos (2020). En favor de la indispensable claridad y rigor en la reacción frente a la elusión fiscal (Al hilo de dos recientes obras sobre la jurisprudencia española sobre la elusión). *Nueva Fiscalidad*, N° 2, pp. 23-71.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George (1940). *Tratado práctico de derecho civil francés*, Habana: trad. del francés de Mario Díaz y Eduardo Le Riverend, Cultural, Tomo Sexto, primera parte.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial del derecho*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ROSENBLATT, Paulo (2015). *General Anti-avoidance Rules for Mayor Developing Countries*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer.
- SAYDÉ, Alexandre. (2016). *Abuse of Eu law and regulation of the internal market*. Oxford: Hart Publishing.
- SEGUEL MALAGUEÑO, Luis (2019). Análisis del Proyecto de modernización tributaria en materia de elusión y metodología, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 5, pp. 225-255.
- SILVA PARADA, Marcela y CORTÉS VIVANCO, Javier (2024). SII con Forestal Aurora SpA, comentario respecto la primera sentencia sobre elusión dictada en Chile, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción. Vol. 15, pp. 151-179.
- THURONYI, Victor; Brooks, Kim y Kolozs, Borbala (2016). *Comparative Tax Law*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2016). La despenalización de la simulación por la Ley N°20.780. *Revista de Estudios Tributarios*, (16), pp. 223–276.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2017). Abuso y elusión, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 2, pp. 57-97.

- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2020a). La interpretación administrativa de la ley tributaria en Chile de 1902 a 1964, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. N° 9, pp. 46-79.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2020b). La prueba del propósito principal y la problemática influencia norteamericana, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 8, pp. 28-65.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2022a). El abuso y las normas sobre acciones con presencia bursátil, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 11, pp. 77-118.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2022b). Tasación, abuso y simulación en el proyecto de reforma tributaria del 2022, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 12, pp. 153-170.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2023). Autonomía e integración de los vacíos del derecho tributario chileno, *Revista de Estudios Tributarios*, (29), pp. 11-57.
- VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca (2019). La certeza jurídica y el derecho tributario chileno, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 5, pp. 166-205.
- VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca (2020). ¿Es constitucional la calificación de la suficiencia del amoblado introducida por la Ley N° 21.210?, *Revista de Derecho Tributario* Universidad de Concepción, Vol. 7, pp. 6 - 23.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2009). *Europa y el derecho romano*. Trad. Ignacio Cremades Ugarte, Madrid, Marcial Pons.
- ZORNOZA, Juan José y BÁEZ, Andrés (2016). Spain. En Lang, Michel (ed). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdam, IBFD, pp. 655-682.

Sentencias

- Helvering v. Gregory*, 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934).
- Terence J. Horn and Jean Horn v. Commissioner of Internal Revenue* (1992). Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Washington, 968 F.2d 1229 (D.C. Cir. 1992), 26 de junio de 1992.
- Consejo de Estado, 7 de septiembre de 2009, N° 305586, Axa.
- Consejo de Estado, 7 de septiembre de 2009, N° 305596, Henri Goldfarb.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Centros C-212/97.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Paletta C-206/94.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Emsland-Stärke, C-110/99.
- SCS rol 18.483-2016.
- SCS rol 15.514-2017.
- SCS rol 15.514-2017.
- SCS rol 31.777-2017.

Instrucciones administrativas

- Resol Ex. DRMSO N° 1.998, de 2019, en línea. Rescatado de <https://www.sii.>

cl/documentos/normativa_ddrr/2019/oriente/reso1998_57928.pdf [consultado el 20 de junio de 2024].

Resol Ex. DRMSO N° 245, de 2018, en línea. Rescatado de https://www.sii.cl/documentos/normativa_ddrr/2018/oriente/reso2451_53537.pdf [consultado el 20 de junio de 2024].

Resol Ex. DRMSO N° 1.973, de 2019, en línea. Rescatado de https://www.sii.cl/documentos/normativa_ddrr/2019/oriente/reso1973_57921.pdf [consultado el 20 de junio de 2024].

Resol Ex. DRMSO N° 2.978, de 2017, en línea. Rescatado de https://www.sii.cl/documentos/normativa_ddrr/2017/oriente/reso2978_50568.pdf [consultado el 20 de junio de 2024].

Resol Ex. DRMSO N° 5.385, de 2009, en línea. Rescatado de https://www.sii.cl/documentos/normativa_ddrr/2009/oriente/reso5385.pdf [consultado el 20 de junio de 2024].

Resol Ex. DRMSO N° 1.821, de 2020, en línea. Rescatado de https://www.sii.cl/documentos/normativa_ddrr/2020/oriente/reso1821_62475.pdf [consultado el 20 de junio de 2024].

Circular SII N° 27, de 2008.

Circular SII N° 42, de 2015.

Circular SII N° 65, de 2015.

Oficio SII N° 2.557, de 2015.

Oficio SII N° N° 2.109, de 2017.

Oficio SII N° 1.303, de 2018.

Oficio SII N° 2.514, de 2018.

Oficio SII N° 868, de 2019.

Oficio SII N° 1.594, de 2019.

Oficio SII N° 180, de 2020.

Oficio SII N° 4, de 2021.

Oficio SII N° 42, de 2021.

Oficio SII N° 1.223, de 2021.

Oficio SII N° 2.557, de 2015.

Resol. Ex. SII N° 150, de 2022.

Resol. Ex. SII N° 115, de 2022.

Resol. Ex. SII N° 59, de 2008.

10. ANEXO

PANEL ASESOR DE LA NGA

Versión redactada y aprobada por el subpanel del requerimiento de opinión expedido el 26 de abril de 2022

Tema en cuestión

Préstamos o anticipos al socio. Amortización del préstamo a socio mediante

operaciones con empresas del grupo.

Impuestos

Importe a devengar como si del Impuesto sobre Sociedades se tratara.

Disposiciones fiscales pertinentes

Parte 10 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2010, especialmente la sección 455 y S464A-D.

Opinión

La celebración de acuerdos fiscales es un curso de acción razonable en relación con las disposiciones fiscales pertinentes; y la realización de los acuerdos tributarios es un curso de acción razonable en relación con las disposiciones tributarias pertinentes.

Este requerimiento de opinión se emite de conformidad con el párrafo 11 del Anexo 43 de la Ley de Finanzas de 2013 (“FA 2013”) por un subpanel compuesto por tres miembros del Panel Asesor NGA (el “Panel”) en la remisión de HMRC de fecha 30 septiembre de 2021 en relación con Z (“la compañía”).

El subpanel recibió una copia del requerimiento del párrafo 3 Anexo 43 FA 2013 enviado por HMRC a la compañía con fecha 15 de abril de 2021 y el aviso de los párrafos 6 y 8 enviado a la compañía el 30 de septiembre de 2021. Recibimos declaraciones de los asesores de la compañía (“los asesores”) conforme a los párrafos 4 y 9 del Anexo 43 FA 2013 de fecha 9 de julio de 2021 y 11 de noviembre de 2021.

El Panel desea pedir disculpas a las partes por la demora en completar esta opinión debido a la grave enfermedad de uno de los miembros originales del subpanel, quien tuvo que dimitir y ser reemplazado. El subpanel revisado ha desarrollado esta opinión.

1. Recordatorio de lo que debe cubrir el aviso de opinión del subpanel

“Un aviso de opinión es un aviso que establece que, en opinión de los miembros del subpanel, o uno o más de esos miembros:

(a) La celebración y ejecución de acuerdos tributarios es un curso de acción razonable en relación con las disposiciones tributarias pertinentes:

(i) teniendo en cuenta todas las circunstancias (incluidas las cuestiones mencionadas en los incisos (2)(a) a (c) y (3) del artículo 207), y

(ii) teniendo en cuenta los incisos (4) a (6) de dicha sección, o

(b) la celebración o ejecución de acuerdos fiscales no es un curso de acción razonable en relación con las disposiciones fiscales pertinentes teniendo en cuenta esas circunstancias y teniendo en cuenta esas subsecciones, o

(c) no es posible, con la información disponible, llegar a una opinión sobre ese asunto y los motivos de esa opinión”. (Párrafo 11(3) Anexo 43 FA 2013)
“A los efectos de emitir una opinión conforme a este párrafo, se asumirá que los acuerdos son acuerdos tributarios”. (Párrafo 11(4) Anexo 43 FA 2013)

2. Términos utilizados en esta opinión y partes de los acuerdos

2.1 Este caso se refiere a Z.

2.2 Además de lo anterior, este caso también involucra:

- Varias empresas filiales de Z, principalmente Y y X;
- “M”, accionista mayoritario de Z;
- Algunas otras empresas propiedad de M.

2.3 Cuando nos referimos a “Guía” nos referimos a la Guía NGA aprobada por el Panel. La Guía se actualiza periódicamente; la versión relevante en este caso es la de 30 de enero de 2015; la versión revisada de 31 de marzo de 2017 también puede tener cierta relevancia.

2.4 La referencia al Grupo Especial se refiere a Z. No se ha hecho ninguna referencia a Y ni a M.

3. Antecedentes

3.1 Z existe desde hace algunos años y era la matriz de un grupo activo de empresas; Para el período finalizado el 31 de mayo de 2014, registró un beneficio después de impuestos de más de 60 millones de libras esterlinas.

3.2 M fue el accionista mayoritario de Z durante el período analizado.

3.3 El grupo tiene amplias actividades comerciales. Hasta principios de 2014, Z era el holding del grupo; en la primavera de 2014 se llevó a cabo una reorganización.

3.4 La reorganización implicó la creación de una sociedad subholding Y, a la que se transfirió X. Para entonces, X se había convertido en propietario de todas las empresas activas del grupo. Los estados financieros correspondientes a los 13 meses transcurridos hasta el 31 de mayo de 2014 muestran un patrimonio atribuible a los propietarios (principalmente M) de más de 90 millones.

3.5 Después del 31 de mayo de 2014, el grupo redujo su participación en X, de modo que el 31 de mayo de 2018 tenía una participación minoritaria, todavía valorada en más de £100 millones. La reorganización y las ventas se llevaron a cabo para realizar fondos y para que Z pudiera convertirse en un holding de inversiones.

4. Cronología

Etapa 1: 2016 al 17

4.1 Este es un caso en un área del código tributario que es familiar para el Panel, a saber, la de préstamos a socios y el cargo a impuestos bajo el artículo 455 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2010 (“CTA 2010”). Sin embargo, a diferencia de algunas de las remisiones anteriores al Grupo Especial en esta esfera, no parece implicar lo que podría denominarse un plan comercializado preenvasado con pasos inusuales y aparentemente no comerciales.

4.2 Al 1 de junio de 2015, la cuenta de préstamo del director (“DLA”) de M con Z tenía un crédito por un importe de £188.415,49. Sin embargo, durante los siguientes 12 meses hubo varios débitos que dieron como resultado un saldo en el DLA de £9.994.451,97 que M a Z debía al 31 de mayo de 2016. Un débito importante fue de £4.100.000 el 27 de abril de 2016, el mismo día que Y pagó un dividendo de £4.050.000.

4.3 Si este saldo estuviera pendiente al 28 de febrero de 2017, se generaría un cargo fiscal equivalente al Impuesto sobre Sociedades en Z sobre el importe del préstamo en virtud del artículo s455 CTA 2010.

4.4 El saldo del DLA había aumentado a £10.846.583,55 al 22 de febrero de 2017.

4.5 Al 1 de junio de 2016, el DLA de M con Y mostraba un saldo de £0. Esto había aumentado a £8.395.495,48 el 20 de febrero de 2017. Ese día, Y adelantó £7 millones a M, quien devolvió £7 millones a Z el 22 de febrero de 2017. Además, el 22 de febrero M pidió prestados £3.860.000 adicionales a Y, y el 24 de febrero M devolvió £3.846.583,55 a Z. El DLA de M con Z se redujo a cero, mientras que su DLA con Y pasó a ser superior a £19 millones.

Etapa 2: 2017 a 18

4.6 M tomó prestadas sumas adicionales de Y, de modo que su saldo de DLA con Y se convirtió en un débito de £24 359 495,48 al final del año 31 de mayo de 2017. M tomó prestadas cantidades adicionales de manera que su saldo DLA con Y aumentó a £36 200 933,93 el 9 de enero de 2018.

4.7 El 9 de enero de 2018, el contable del proyecto del grupo X planteó la cuestión del DLA de M con Y al director financiero del grupo (que también era director de Z e Y). El correo electrónico enviado planteó la cuestión del posible cargo fiscal (presumiblemente según s455 CTA 2010, aunque esto no se indicó) en el DLA si aún estaba pendiente al 28 de febrero de 2018. El correo electrónico hacía referencia a la necesidad de “comenzar a reciclar el préstamo Y a M en Z.”

También pedía que hubiera un dividendo disponible para ‘gastar’ y que ‘el dinero se enviará a Z, para ser enviado a M, para ser enviado de regreso a Y para liquidar el préstamo del director’.

4.8 Entre el 9 y el 18 de enero de 2018, Y otorgó seis préstamos de £2 millones a Z y, a su vez, Z otorgó seis préstamos de £2 millones a M. Entre el 10 y el 19 de enero de 2018, M hizo una serie de pagos de £2 millones a Y. Luego, el 1 de febrero de 2018, Y prestó a Z £ 22 millones; esto se lo prestó a M, quien el 2 de febrero de 2018 devolvió £22 millones a Y. A continuación, el 8 de febrero de 2018, M pidió prestado £2.401.000 a Z y el 9 de febrero de 2018 devolvió el saldo restante a Y, que para entonces se había reducido a £2.200.933,93.

4.9 También hubo transacciones en este período con otras dos empresas propiedad de M y dos LLP relacionadas, que también le debían dinero a Y.

4.10 El efecto neto general de las diversas transacciones fue que, mientras que al comienzo del 9 de enero de 2018 M y sus empresas asociadas debían a Y £36 200 933,33 y no debían nada a Z, al final del 9 de febrero de 2018 debían colectivamente a Z £37 731 000 pero no le debían nada a Y. Ese saldo con Z había aumentado a £45.250.000 al 31 de mayo de 2018.

Etapas 3: 2018 al 19

4.11 Entendemos que después del 31 de mayo de 2018, en febrero de 2019, se implementaron acuerdos para liquidar en gran medida el saldo de Z DLA. Esas transacciones están fuera del alcance de esta referencia.

4.12 Hemos establecido un resumen completo de las transacciones que son objeto de la Notificación NGA y de las correspondencias de los asesores de la compañía, aunque, como se desprenderá de los siguientes párrafos, no creemos que necesitemos considerar una proporción significativa de las transacciones. para llegar a nuestra decisión.

5. Acuerdos fiscales

5.1 El argumento de HMRC es que surge una ventaja fiscal para Z al no tener que pagar la suma equivalente al impuesto de sociedades según s455 *et seq* CTA 2010 sobre el saldo de DLA al 31 de mayo de 2016, que entonces ascendía a £9.994.451,97.

5.2 El párrafo 71 del aviso del párrafo 3 de la HMRC establece
“Los acuerdos que considero acuerdos tributarios dentro del artículo 207(1) FA 2013 son:

- La concesión de préstamos por su parte a [M], uno de sus directores y su accionista mayoritario, durante su período contable finalizado el 31 de mayo de 2016.

- La concesión de préstamos a [M] por parte de Y (su filial de propiedad absoluta) el 20 de febrero de 2017 y el 22 de febrero de 2017.
- El uso por [M] de las cantidades que le prestó Y para financiar el reembolso de sus préstamos dentro de los nueve meses siguientes al final del período contable en el que se realizaron”.

5.3 HMRC en realidad no indica un monto de impuesto que creen que resultaría y, de hecho, en su requerimiento del párrafo 6 del 30 de septiembre de 2021 dicen en el párrafo 26 que considerarán el monto (en efecto) si proceden con una neutralización mediante la NGA. Los asesores han expresado algunas preocupaciones acerca de que la neutralización no esté cuantificada, pero tenemos que dejar que ellos sigan adelante con dichas preocupaciones ante HMRC. No creemos que esto impida llegar a una opinión.

6. Resultados fiscales defendidos por la sociedad y los asesores

6.1 Los asesores aceptan (párrafo 27 de su carta del 9 de julio de 2021) que las transacciones entre Y y M en febrero de 2017 ‘... representan préstamos y se realizaron con el propósito de permitirle pagar los préstamos Z y así evitar un impuesto responsabilidad que de otro modo surgiría de los préstamos Z según s455 CTA2010’.

6.2 Sin embargo, argumentan que otorgar el préstamo Y no es ‘abusivo’ sino que es ‘algo perfectamente razonable incluso si está motivado por la intención de evitar una obligación tributaria...’ Sugieren que (en efecto) no hace ninguna diferencia si M pidió dinero prestado a un tercero o a otra empresa del grupo (como Y).

6.3 Observan (párrafo 31) que a M se le cobró una tasa de interés comercial sobre el préstamo de Y.

6.4 Los asesores también sostienen que nunca hubo la intención de transferir ningún valor permanentemente de Z a M, como sugirió HMRC.

6.5 Por lo tanto, argumentan, en esencia, que los reembolsos fueron efectivos para extinguir el saldo de DLA a tiempo para obviar el posible cargo s455 CTA 2010.

6.6 Observamos que en su carta del 11 de noviembre de 2021 los asesores cuestionan la falta de cuantificación formal de la neutralización, a la que ya nos hemos referido. Reconocen que no se impide a HMRC plantear las NGA cuando pueda haber argumentos técnicos alternativos, pero se refieren a intentos de discutir un acuerdo, presumiblemente sobre estos argumentos técnicos, y solicitan una cuantificación del reclamo de HMRC.

7. ¿Cuáles son los principios de la legislación pertinente y sus objetivos políticos?

7.1 La principal disposición legislativa es ahora la s455 CTA2010, pero se trata de una medida de larga data que tiene su origen en la s75 FA 1965, una medida contra la elusión introducida como parte de la introducción del impuesto de sociedades. La base de la disposición es abordar una posible forma de eludir un cargo fiscal sobre la distribución de beneficios de una empresa. Si en lugar de pagar un dividendo (o salario) la empresa presta dinero a un accionista y no exige que el préstamo sea reembolsado, en realidad existe una distribución. De ahí lo que ahora es s455.

7.2 Si se reembolsa el préstamo, entonces se puede reclamar el impuesto pagado por la empresa o, si el reembolso se realiza antes de que venza el pago del impuesto de la empresa, ese impuesto ya no se debe pagar. Esto se establece en el artículo 458.

7.3 Cabe señalar que las disposiciones se aplican a los “participantes” de empresas cercanas. En este caso no hay duda de que la Sociedad es una sociedad cercana, dada la participación de M en ella; ni que la Persona Física sea un participante a los efectos de estas disposiciones (“participante” incluye, entre otros, accionistas).

7.4 Debido a los intentos de los contribuyentes de eludir estas disposiciones, el Gobierno anunció el 20 de marzo de 2013 su intención de introducir legislación en el Proyecto de Ley de Finanzas de 2013 para contrarrestar esos intentos. Las nuevas reglas se implementaron como ss464A-D CTA 2010 y cubren en líneas generales:

- Préstamos hechos por intermediarios
- Ampliación de las normas para cubrir otras extracciones de valor, enmarcadas en referencia a acuerdos de evasión fiscal (incluidos específicamente acuerdos para evitar, reducir u obtener una exención de un cargo según el artículo 455) como resultado de los cuales se confiere un beneficio a una persona relevante (s464A)
- Disposiciones contra la evasión relacionadas con el ‘alivio de pago de nueve meses’, particularmente en torno a lo que a menudo se denominan acuerdos de ‘alojamiento y desayuno’ donde el préstamo se reembolsa y luego se vuelve a girar de manera efectiva e inmediata. También se cubre la “sustitución de deuda”. (ss464C&D)

7.5 Las disposiciones contra la elusión de ‘alivio de pago’ del s464C mencionadas en el tercer punto anterior comprenden una regla de los ‘30 días’, que redefine cómo se casan los nuevos préstamos s455 y los reembolsos de los antiguos préstamos s455 dentro de un período de 30 días, y una regla de ‘acuerdos’ más general, en s464C(3), que contrarresta los acuerdos para reemplazar un antiguo préstamo s455 que se reembolsa con un nuevo préstamo s455.

8. ¿Qué transacciones debe considerar el Panel?

8.1 Antes de considerar los diversos criterios NGA, debemos tener claro qué transacciones debemos considerar para estos fines. Sería fácil considerar todas las transacciones en 2016-18 (y tal vez más allá) como relevantes, pero los acuerdos fiscales en el aviso de HMRC se refieren solo a los préstamos realizados por Y en febrero de 2017. El aviso NGA está dirigido únicamente a Z y apunta a los saldos con dicha sociedad a 31 de mayo de 2016 (lo que hemos denominado ‘etapa 1: 2016 a 17’ más arriba).

8.2 El aviso establece todas las transacciones posteriores que involucran a Y en lo que hemos denominado ‘etapa 2: 2017 a 18’ pero no ataca el saldo DLA con Y; tampoco hay un aviso que involucre a Y, ya sea como parte del aviso que tenemos o (hasta donde sabemos) un aviso separado.

8.3 Si bien es posible que los acuerdos tributarios formen parte de acuerdos más amplios, no hemos visto evidencia de que lo que hemos denominado Etapa 1 y Etapa 2 se estén planificando juntas y potencialmente constituyan en efecto un acuerdo único. Por lo que podemos ver, las transacciones relacionadas con el reembolso del DLA Y no estaban previstas cuando se tomaron las medidas para reembolsar el DLA Z en febrero de 2017. Las ideas sobre el reembolso de los importes del DLA Y recién comenzaron el 9 de enero de 2018. correo electrónico que hemos citado en el párrafo 4.7 anterior.

8.4 Si había evidencia de un plan en febrero de 2017 que no solo contemplaba los pasos para que Y prestara dinero para permitir que se reembolsara el DLA Z, sino que también incluyera pagos circulares y reembolsos como los que se efectuaron en enero/febrero de 2018, entonces podría haber llegado a una conclusión diferente. Pero según la evidencia que tenemos ante nosotros, solo deberíamos considerar las transacciones de la ‘etapa 1: 2016 a 17’ y es a estas a las que ahora aplicaremos los principios NGA.

8.5 Para completar, también debemos decir que no hemos visto nada que sugiera que las transacciones de la Etapa 3 se planificaron al mismo tiempo que las transacciones de la Etapa 1.

9. ¿Lo que se hizo implica medidas artificiales o anormales (sección 207(2) (b) FA 2013)?

9.1 Comenzamos señalando que el grupo Z es muy valioso, con activos y reservas considerables. Claramente, sería posible utilizar esos activos de diversas maneras, como sugiere HMRC, pero aquí nos preocupan los préstamos y los reembolsos que se produjeron y para los cuales había fondos disponibles.

9.2 Como solo estamos analizando la etapa de 2016 a 17, tenemos que considerar solo los dos préstamos de Y a M en febrero de 2017, con los reembolsos a Z. Como Y tenía activos propios sustanciales, no vemos que es artificial o anormal para que Y realice los préstamos. Sí, el dinero prestado a M fue utilizado por él para reembolsar rápidamente el DLA pendiente a Z y es muy posible que eso fuera contemplado por las partes cuando se otorgaron los préstamos Y. HMRC está abierto a cuestionar la efectividad de la supuesta descarga de la obligación tributaria s455 dadas las reglas antielusión a las que nos referimos en 7.4 y 7.5 arriba, pero ese no es un asunto NGA como tal.

9.3 Los asesores sugieren que si M hubiera pedido prestado el dinero para pagar los préstamos Z de un banco o de otro lugar fuera del grupo, eso sin duda no se consideraría ofensivo. Eso es posible, pero lo que nos preocupa es lo que sucedió, no lo que se podría haber hecho. Aceptamos el argumento de los asesores de que los préstamos de M de Y que devengan intereses (párrafo 31 de su carta del 9 de julio de 2021) ayudan a que el recurso de M a fondos de Y sea un curso de acción más razonable para el grupo.

9.4 Dado que solo nos preocupa la etapa de las transacciones de 2016 a 2017, no vemos que lo que se hizo involucrara pasos artificiales o anormales.

10. ¿Lo que se hizo es coherente con los principios en los que se basa la legislación pertinente y los objetivos políticos de esa legislación (artículo 207(2)(a) FA 2013)?

10.1 El objetivo de la legislación s455 CTA2010 es imponer un cargo fiscal sobre los saldos adelantados a los participantes. Es un hecho no discutido que el saldo DLA de M estaba dentro del ámbito de las disposiciones y, por lo tanto, generaría una carga fiscal.

10.2 Las disposiciones del artículo 455 eliminan la responsabilidad por el cargo fiscal si el préstamo se liquida dentro de los nueve meses siguientes al final del año de la empresa. En el caso actual, se ha realizado un reembolso dentro del plazo, eliminando así la posible carga fiscal. Sin embargo, se cuestiona la eficacia de ese reembolso a efectos fiscales.

10.3 HMRC estableció un análisis extenso y cuidadoso de los objetivos de la legislación en los párrafos 98 a 113 de su aviso del 15 de abril de 2021. Señalan con razón el Ss464A-C CTA2010, introducido por FA2013 como relevante. Como señalan en el párrafo 112, la s464A apunta a lo que se denomina intentos más indirectos de extraer valor de una empresa cercana.

10.4 Las reglas contra la elusión de ‘alivio de pago’ s464C mencionadas en el punto 7.5 anterior son claramente pertinentes en este caso.

10.5 HMRC se refiere a los comentarios en los debates parlamentarios sobre estas disposiciones del 11 de junio de 2013 y a la Nota Técnica emitida el 20 de marzo de 2013 para dejar clara la intención de las disposiciones. Citamos dos extractos:

Debate parlamentario

“El cambio final exige que los reembolsos de los préstamos permanezcan en la empresa durante al menos 30 días, lo que reducirá el margen de manipulación. Además, si existen disposiciones para retirar fondos en el momento en que se realiza el reembolso, se denegará la exención del impuesto incluso si el nuevo pago se realiza fuera del período de 30 días”.

Nota técnica

Se introducirán nuevas disposiciones (la “regla de los 30 días”) en la Parte 10 que deniegan el alivio si dentro de un período de 30 días se realizan reembolsos de más de £5,000 a la empresa cercana con respecto a cantidades (ya sea un préstamo o un anticipo de dinero) de la empresa cercana o mediante una extracción de valor como se describe en el Capítulo 3 de esta Nota Técnica) que han dado lugar a un cargo al impuesto según la Parte 10 y los montos luego se vuelven a retirar ya sea a través de un préstamo o anticipo de dinero de la empresa cercana o mediante una extracción de valor como se describe en el Capítulo 3 de esta Nota Técnica.

10.6 El enfoque de las disposiciones sobre ‘la empresa’ es para la regla de los 30 días, en lugar de la regla de los ‘acuerdos’ s464C(3), donde las referencias son a ‘una empresa [cerrada]’. Nuestro papel es considerar los objetivos de política de las disposiciones, en lugar de determinar su alcance legal o la efectividad de los acuerdos tributarios. En este sentido, estamos satisfechos de que los acuerdos fiscales claramente pretenden frustrar los objetivos políticos.

11. ¿Existe alguna deficiencia en la legislación pertinente que se estaba aprovechando (artículo 207(2)(c) FA 2013)?

11.1 Siguiendo con la discusión de la sección anterior, los acuerdos aparentemente buscan explotar una deficiencia en la legislación.

11.2 La carta de HMRC del 30 de septiembre de 2021 (el aviso de los párrafos 6 y 8) retoma esta cuestión en los párrafos 26 y 27. La carta observa que:

“Cuando el Parlamento promulgó las normas contra la evasión en las secciones 464A-C CTA 2010 en 2013, lo hizo en respuesta a tipos particulares de acuerdos que se estaban utilizando en ese momento para eludir la sección 455. Acuerdos del tipo utilizado por la compañía no se habían visto, por lo que la legislación no se redactó teniendo en cuenta tales disposiciones. Si se hubieran considerado, es probable que la legislación hubiera previsto abordarlos, ya que de lo contrario sería sencillo para cualquier empresa que forme parte de un grupo intentar socavar los objetivos de la política, como se intenta aquí”.

11.3 En respuesta, los asesores sostienen en su carta del 11 de noviembre de 2021 en el párrafo 7 que:

“En el párrafo 26, el Oficial sostiene que la posición del grupo no había sido prevista en el momento de la promulgación de las reglas antievasión en 2013. Sin embargo, no tenemos conocimiento de ninguna evidencia que respalde esa declaración y el Oficial no parecen presentar alguno. De hecho, sería muy inusual que una legislación que obviamente trata cuestiones de impuestos sobre las empresas no considerara la cuestión del trato grupal en el Parlamento. Nos gustaría sugerir que no hay evidencia que respalde esta inferencia sobre las intenciones del Parlamento”.

11.4 Como se indicó anteriormente, existen diferencias entre la regla de los ‘30 días’ y la regla de los ‘arreglos’. No creemos que haya implicaciones NGA aquí, sino más bien cuestiones que plantean un desafío técnico si las partes deciden llevarlo a cabo.

12. ¿La planificación da como resultado?:

(i) Una cantidad de ingresos, beneficios o ganancias a efectos fiscales que sea significativamente inferior a la cantidad a efectos económicos, o
(ii) Deducciones o pérdidas a efectos fiscales que sean significativamente superiores al importe a efectos económicos, o
(iii) Un reclamo por el reembolso o acreditamiento de impuestos que no han sido pagados y es poco probable que sean pagados
y, de ser así, ¿es razonable suponer que ese resultado no era el esperado cuando se promulgaron las disposiciones fiscales pertinentes (sección 207(4) FA 2013)?

12.1 El resultado de los nuevos préstamos y reembolsos es que el saldo del DLA de M al 31 de mayo de 2016 se liquidó el 28 de febrero de 2017, por lo que no había nada que afectara al cargo fiscal s455 CTA 2010.

12.2 Sin embargo, en lugar del DLA adeudado a Z había un DLA adeudado a Y, por lo que aún existe la posibilidad de un cargo fiscal. No vemos que haya habido una extracción de valor que, por ejemplo, escape al Impuesto sobre la Renta.

13. ¿Lo que se hizo fue consistente con la práctica establecida y HMRC había indicado su aceptación de esa práctica (sección 207(5) FA 2013)?

13.1 Somos conscientes, sobre todo de otros casos que han llegado al Panel, que HMRC impugna regularmente casos que buscan eliminar una obligación tributaria según la legislación de préstamos a socios. Los casos que hemos visto involucran lo que podría denominarse medios artificiales para crear reembolsos o transferencia de valor fuera de la empresa. Ese no es el caso en el caso actual, pero aceptamos que los desafíos de HMRC en esta área no se limitan a casos en

los que se han utilizado estructuras artificiales.

13.2 Ninguna de las partes ha argumentado que lo que se hizo fue consistente con la práctica establecida ni que HMRC había indicado que aceptaba la práctica.

14. Discusión

14.1 Nos parece coincidente que existen acuerdos para evitar un cargo fiscal s455 en este caso y, según la legislación NGA, el Grupo Especial debe asumir que se trata de “acuerdos fiscales”.

14.2 Nuestro papel es considerar si la celebración de acuerdos tributarios es o no un curso de acción razonable. Para llegar a nuestro punto de vista debemos tener en cuenta las disposiciones del artículo s207 FA2013, como hemos comentado anteriormente. Tomando estos por turno:

- S207(2)(a): ¿Los resultados sustantivos de los acuerdos son consistentes con los objetivos de política de las disposiciones? Los acuerdos, de ser efectivos, no dieron como resultado ningún cargo fiscal según s455, etc. y, como se indicó en el punto 10.6 anterior, estamos satisfechos de que no eran consistentes con los objetivos de la política.
- S207(2)(b): ¿Fueron condenados o se tomaron medidas anormales? No creemos que los acuerdos tributarios involucrados hayan sido pasos controvertidos o anormales en el período analizado.
- S207(2)(c): ¿Se intenta explotar una deficiencia de la legislación? Sí, en el sentido de que la legislación se refiere a la/una empresa y no a un grupo.
- S207(3): ¿Estos acuerdos forman parte de otros acuerdos? La evidencia que hemos visto es que la consideración de acciones en relación con el saldo DLA consistente con Y no se inició hasta enero de 2018, lo que nos lleva a creer que este no es un conjunto compuesto de acuerdos que abarquen dos años que debamos tener en cuenta.
- S207(4): ¿Hubo (en efecto) una eliminación de un cargo fiscal? Sí, pero se sustituyó por uno posterior. No había ningún valor traspasar la empresa a M; M debía pagar intereses sobre los préstamos concedidos por Y.
- S207(5): ¿Había pruebas de que esta era una práctica aceptada? No hasta donde podemos ver.

14.3 En esencia, la cuestión es si la omisión contenida en la legislación relativa a grupos y empresas del grupo es algo a lo que debería aplicarse la NGA. ¿O es tan obvio que se debería considerar que el Parlamento ha

permitido préstamos grupales? No cubrir los préstamos grupales parece un asunto importante y obvio y no nos parece que el NGA pueda usarse para cubrir tal brecha.

14.4 Estamos obligados a tener en cuenta todas las circunstancias. Se observará que pensamos que hay aspectos aquí que deberían considerarse sujetos a las disposiciones de NGA. Pero tomando una base general, nuestra conclusión es que no se puede decir que los arreglos que se llevaron a cabo entre 2016 y 2017 y que son objeto del aviso pertinente de HMRC no sean un curso de acción razonable. Por lo tanto, concluimos que fue razonable que los contribuyentes hubieran actuado como lo hicieron.

14.5 Nada de lo contenido en esta opinión debe considerarse aplicable a acuerdos que tuvieron lugar en 2017 a 18 años o más.

15. Conclusión

Cada uno de los miembros del subpanel es de la opinión, teniendo en cuenta todas las circunstancias (incluidas las cuestiones mencionadas en las subsecciones 207(2)(a), 207(2)(b), 207(2)(c) y 207 (3) FA 2013) y teniendo en cuenta las subsecciones 207(4), 207(5) y 207(6) FA 2013, que:

- (a) La celebración de acuerdos fiscales fue un curso de acción razonable en relación con las disposiciones fiscales pertinentes; y
- (b) La realización de los acuerdos tributarios fue un curso de acción razonable en relación con las disposiciones tributarias pertinentes.

26 de abril de 2022