

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA EN EL CASO DENOMINADO “EMBONOR”, POR RECLAMO PRESENTADO POR DICHA EMPRESA EN CONTRA DE UNA ACTUACIÓN DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ

RESUMEN: La sentencia analizada fue la primera dictada por la Excma. Corte Suprema, en el contexto del nuevo sistema judicial tributario. Además, la misma da cuenta de una operación compleja y transnacional, en donde el sentenciador debió hacerse cargo de una forma de organizar un negocio que puede calificarse de planificación tributaria elusiva. En el contexto de un sistema legal donde no existe una cláusula antielusiva ni general ni especial, para concluir como lo hizo el sentenciador debió realizar –en realidad, en los hechos, validar– una interpretación de ciertas normas que estimamos cuestionable, creando, en los hechos, una verdadera cláusula antielusiva general no prevista en nuestra legislación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Descripción de los hechos relevantes. 3. Resumen de la sentencia la Excma. Corte Suprema. 4. Evaluación de la sentencia. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En autos Rol N° 5118-2012, con fecha 23 de julio de 2013, la Excma. Corte Suprema dictó sentencia de término (en adelante la “Sentencia”) rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones de Arica. Este tribunal de alzada, por su parte, había rechazado un recurso de apelación presentado en contra de la sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero de Arica, en un reclamo presentado por Coca Cola Embonor S.A. (en adelante “Embonor”) en contra de la Resolución Exenta N° 85, de 9 de mayo de 2011 (en adelante la “Resolución”). La Resolución se dictó en el contexto de una so-

licitud de devolución de impuestos por absorción de pérdidas y se tradujo, finalmente, en una modificación de la pérdida de arrastre de Embonor. En dicho proceso, la pérdida de arrastre bajó finalmente de \$188.815.467.515 a \$91.904.837.374.

Lo anterior se traduce en que, en definitiva y considerando la tasa actual del impuesto de primera categoría (20%), de producirse renta líquida imponible en el futuro por Embonor, dicha empresa deberá pagar impuestos por alrededor de US 40 millones (cuarenta millones de dólares) o dejar de recibir, como devolución por utilidades absorbidas, otro tanto. Ello, en el entendido que de haber mantenido la pérdida que tenía registrada en el Fondo de Utilidades Tributarias (“FUT”), habría contado con la misma para ser deducida como gasto, conforme lo dispuesto en el número 3° del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

La importancia de la Sentencia tiene relación no solo con el hecho de ser considerada la primera que cierra un ciclo completo desde la creación de los Tribunales Tributarios y Aduaneros¹ o con el monto involucrado, sino también con el hecho de enfrentar con las normas en vigor un conjunto de operaciones, nacionales y transfronterizas, que califica planificación elusiva. En este sentido, la Sentencia marca un cambio de posición, por cuanto se deja de considerar lícita la elusión (doctrina de la sentencia conocida como “Inmobiliaria Bahía”) y, apelando a normas específicas, se controvierten sus efectos.

A este respecto, es importante aclarar ciertos conceptos tributarios relevantes a nuestro análisis. La *elusión* –más allá de determinar si es una actividad lícita, ilícita o anómala²– consiste simplemente en evitar, *ex ante* y por medios legales, incurrir en un hecho gravado, en todo o en parte. Se trata de un concepto claramente diferente al de *evasión* y al de *economía de opción*. La *evasión* es *per se* ilegal y consiste en ocultar los alcances o la existencia de un hecho gravado en el que se ha incurrido. Por su parte, la *economía de opción* es el derecho que le reconoce la ley al contribuyente de elegir entre diferentes alternativas de tributación (v.gr. renta presunta o efectiva; depreciación acelerada o normal; tipo social, etc.), sin que exista

¹ O, al menos, así se considera en el medio. Aclaro no haber hecho una revisión sobre este punto, el que en todo caso, es meramente anecdótico.

² En nuestra opinión, en el sistema chileno, es una actividad normalmente lícita. No obstante, dejamos testimonio que es un asunto no pacífico.

ánimo elusivo (evitar el hecho gravado) ni evasivo (ocultarlo). La *planificación tributaria*, finalmente, es un concepto neutro que tiende a proyectar la tributación de un determinado conjunto de actos jurídicos y situaciones contables y, ante ello, determinar la organización del negocio para optimizar su carga tributaria, haciendo uso de medios legales (*economías de opción y elusión*, normalmente) o ilegales (*evasión*).

Las legislaciones se hacen cargo del fenómeno de la elusión a través de diferentes mecanismos, sean jurisdiccionales, administrativos o legales. Por ejemplo, en materia judicial, en el derecho anglosajón se han elaborado principios al respecto (*sustancia sobre la forma*; test de la *legítima razón de negocio*; *transacciones de paso*; *levantamiento del velo*, etc.), los que son difícilmente conciliables con nuestro sistema de reserva de ley sin que medie una norma de tal rango. En relación a los mecanismos legales, el primero de ellos es, simplemente, crear hechos gravados nuevos.

El segundo, es establecer normas especiales que enfrentan la elusión, las denominadas *cláusulas antielusivas especiales*. En nuestro medio estas son, por ejemplo, aquellas que permiten cuestionar los valores asignados a determinados negocios y solo con alcances tributarios (v.gr. la facultad de tasación del Servicio de Impuestos Internos contenida en el artículo 64 del Código Tributario); la noción de legítima razón de negocios; las normas sobre subcapitalización y la tributación de intereses (artículo 59 número 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta); el control de la onerosidad real y del cumplimiento de las obligaciones (Ley sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones), entre otras normas.

Finalmente, el tercer sistema que se conoce es el de las denominadas *cláusulas antielusivas generales*. Estas presentan diferentes modalidades, se encuentran en muchos países y, como característica común, se podría decir que son herramientas que permiten a la autoridad gravar conforme las normas aplicables operaciones de diferente naturaleza que, por sus formas jurídicas, podrían no constituir un hecho gravado conforme la descripción legal. En este punto, hacemos presente que las tendencias en esta materia no van en una sola línea, pues en algunos países se han establecido estas cláusulas, en otros se han modificado e, incluso, dejado sin efecto por razones constitucionales.

Dicho lo anterior, y asumiendo que la situación de la que se hace cargo la Sentencia es una planificación internacional que presenta características de elusiva, correspondía determinar si en nuestro sistema constitucional ortodoxo de reserva de ley en materia tributaria, existía o no una norma aplicable a la situación o, por el contrario, la Sentencia realizó una forma de interpretación de las normas que pudiere pugnar con las reglas aplicables.

Es este análisis el que, en nuestra opinión, reviste la mayor importancia, en el contexto que el nuevo sistema de justicia tributaria se funda, principalísimamente, en la independencia de los tribunales frente a los criterios e interpretaciones del Servicio de Impuestos Internos.

Adelantando nuestras conclusiones, en nuestra opinión la Sentencia no profundiza sobre la materia, no obstante valida una interpretación que parece haber extremado una norma legal para llevarla a regular situaciones que no se encuentran naturalmente comprendidas en ella, creando en los hechos una verdadera cláusula antielusiva general no prevista en nuestra ley.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

Mediante la declaración de renta del año tributario 2010, Embonor solicitó una devolución. La Resolución rechazó parcialmente la misma, rebajando la pérdida tributaria de arrastre. La razón de esta rebaja fue que, en opinión del Servicio de Impuestos Internos, no se habría acreditado la procedencia de rebajar como gasto los intereses pagados por una agencia de Embonor en el exterior. En contra de la Resolución, Embonor presentó el correspondiente reclamo (el “Reclamo”), dándose inicio al procedimiento tributario que terminó finalmente con la dictación de la Sentencia.

Como antecedente, y simplificando al máximo los hechos (pues además no se ha tenido acceso a la documentación de fondo), se da cuenta de la realización de las siguientes operaciones por parte del contribuyente³:

³ Atendido el acceso limitado a los antecedentes, es posible que exista alguna falta de comprensión de los pasos de este Negocio o de sus partícipes, pero entendemos que lo sustancial para el análisis se encuentra en la descripción realizada.

- a. Embonor decidió adquirir una serie de sociedades operativas de propiedad del grupo Williamson Balfour⁴, las que se encontraban situadas en Chile (el “Negocio” y las “Operativas”, respectivamente);
- b. A efectos de llevar adelante el Negocio, el año 1999 Embonor estableció una agencia en Islas Caimán (la “Agencia”). La Agencia obtuvo financiamiento, sujeto al pago de intereses, mediante la emisión en el año 1999 de bonos en Estados Unidos de América. Posteriormente, en el año 2004, la Agencia celebró un contrato de crédito sindicado de manera de refinanciar y pagar sus deudas conforme la emisión de bonos. Luego, en el año 2007, la Agencia celebró un nuevo contrato de crédito a objeto de prepagar parcialmente el crédito anterior. Lo relevante es que, en adelante, la Agencia se mantuvo pagando intereses;
- c. Para realizar el Negocio, el año 1999 la Agencia creó y capitalizó una sociedad filial en Islas Caimán, denominada Embotelladora Arica Overseas (en adelante la “Compradora”), aportándole la cantidad de US\$160.000.000.-, cifra obtenida mediante la emisión de los bonos;
- d. El año 1999 la Compradora procedió a adquirir de manos de la entidad Inchcape PLC (Williamson Balfour) la totalidad de las acciones de Inchcape Latin American Bottling S.A. (la “Holding Extranjera”), sociedad controladora de las Operativas a través de una sociedad anónima chilena (la “SA”). De esta forma, Embonor, sucesivamente a través de la Agencia, la Compradora, la Holding Extranjera y la SA, adquirió el control de las Operativas;
- e. Posteriormente, una filial chilena de Embonor (la “Holding Local”) compró a la Holding Extranjera las acciones de la SA, quedando como deudora del precio, puesto que la operación se financió directamente por el vendedor en cuenta corriente. El precio de compra de las acciones de la SA fue superior al pagado originalmente por las acciones de la Holding Extranjera. Atendido lo anterior, la Agencia quedó como propietaria de la

⁴ Embotelladoras Williamson Balfour de Viña del Mar, Concepción, Temuco, Talca y Puerto Montt.

- Compradora y, a través de ella, de la Holding Extranjera, entidad que no mantuvo la propiedad final de las Operativas;
- f. Luego, en el año 2005, la Holding Local se dividió en dos sociedades, radicándose en la nueva sociedad (la “Nueva Holding Local”) las acciones de la SA;
 - g. Finalmente, el cien por ciento de las acciones de la Nueva Holding Local fue adquirido por Embonor, desapareciendo la primera y radicándose en la segunda las acciones de la SA e, indirectamente, de las Operativas, así como el pasivo con la Holding Extranjera;
 - h. Luego, Embonor no obstante recibir dividendos de las Operativas, al reconocer como propio anualmente la pérdida de la Agencia, generada por los intereses pagados, se ve forzada a solicitar la devolución del impuesto pagado por utilidades absorbidas (los denominados “PPUA”).

Más allá de que al parecer existieron algunas deficiencias en el aporte de antecedentes documentales por parte del contribuyente durante el procedimiento administrativo, el fundamento central de la Resolución radica en el hecho que, anualmente, Embonor reconoce una pérdida producto de los intereses que paga en el exterior la Agencia. No obstante ello, la Agencia –entidad que realiza el gasto– no tiene un ingreso correlativo afecto al impuesto de primera categoría y, en razón de ello, no procede la deducción de los intereses como gasto para efectos fiscales. Por su parte, se cuestiona también que Embonor no haya adquirido directamente las Operativas y lo haya hecho, luego de este conjunto de operaciones, a un precio mayor y obligando a generar un flujo no tributable al exterior⁵, el que es recibido a su vez por una sociedad domiciliada en un paraíso fiscal, sin tributación ni información sobre los partícipes finales. Finalmente, la situación de pérdida de Embonor permite, además, recuperar los impuestos pagados por las Operativas.

El Reclamo, en definitiva, se basó en los siguientes argumentos:

⁵ No tenemos antecedentes que nos permitan entender, en el supuesto descrito, si se produjo en esta operación una ganancia de capital afectada a impuesto en Chile y, en su caso, si los mismos fueron o no pagados.

- a. Que conforme lo dispuesto en el artículo 41 B, inciso segundo, N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, los contribuyentes de primera categoría deben agregar a su renta líquida el resultado de sus establecimientos permanentes o agencias en el exterior, sea positivo o negativo;
- b. Que el resultado negativo proveniente de la Agencia se genera por el pago de intereses asociados a la capitalización de una filial y posterior adquisición de las Operativas, las que a su vez generan renta afecta a impuesto de primera categoría;
- c. Que conforme el artículo 31, inciso tercero, N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en la medida que se relacionen con el giro del negocio, es posible deducir los intereses pagados a adeudados dentro del ejercicio por créditos obtenidos, directa o indirectamente, para adquirir, mantener o explotar bienes que generen rentas gravadas en primera categoría;
- d. Que existen oficios del Servicio de Impuestos Internos que dan cuenta que el requisito de que los gastos se asocien a bienes que generen rentas afectas a impuesto de primera categoría se satisface con la potencialidad de generarlos, aunque en los hechos ello no ocurra. Siendo así, se aplicaría la norma del artículo 26 del Código Tributario sobre prohibición de girar impuestos retroactivamente cuando un contribuyente se ha amparado, de buena fe, en una interpretación oficial del Servicio de Impuestos Internos;
- e. Que siendo la matriz y la agencia una misma persona jurídica, no corresponde realizar la distinción en que se funda la Resolución, misma que no considera que los gastos por intereses de la Agencia se asocien a los potenciales ingresos por dividendos de Embonor.

Por su parte, el fundamento de la contestación del reclamo por parte del Servicio de Impuestos Internos se puede resumir de la siguiente manera:

- a. No se acompañaron los antecedentes necesarios para acreditar la pérdida y los gastos que la generaron;
- b. La ausencia de la debida correlación entre ingresos y gastos, pues la Agencia solo ha tenido gastos. Además, tampoco existía la posibilidad de recibir ingresos afectos a impuesto de primera

categoría, razón por la que no se da la relación inmediata entre ingresos y gastos.

La sentencia de primera instancia recaída en el Reclamo, misma que lo rechazó con costas pese a que los puntos de prueba fijados daban espacio para la alegación de Embonor, se fundó en las siguientes consideraciones:

- a. La Agencia, en más de diez años, ha tenido solo resultados negativos y no ha tenido ingresos. No hay rentas vinculadas a los créditos que generan la pérdida;
- b. La Compradora es una persona jurídica diferente de Embonor, que no tributa en Chile sino que lo hace conforme las normas de su territorio. Embonor solo tendría ingresos afectos en Chile sobre base percibida si, en definitiva, se remesan fondos a Chile, todo ello conforme el artículo 12 de la Ley sobre Impuesto a la Renta;
- c. Embonor no ha cuestionado el hecho de no haber acompañado todos los documentos necesarios en la etapa administrativa;
- d. El hecho de que Caimán sea un territorio considerado en el Decreto de Hacienda N° 638 de 2003 como un régimen preferencial nocivo, exige que con mayor razón se deba acreditar la vinculación entre los gastos de la Agencia y las rentas afectas al impuesto de primera categoría, no bastando una potencial producción de rentas;
- e. Que el problema de la deducibilidad de los intereses pagados por la Agencia no se habría producido si la misma Agencia hubiere adquirido las Operativas;
- f. En la especie, no existe una relación “insustituible” entre ingresos y gastos;
- g. Que, además, la venta realizada por la Compradora a la Holding Local dejó una renta en el extranjero, que no tributará en Chile;
- h. Que carece de sentido económico que se hayan adquirido las Operativas a través de la Agencia para luego, finalmente, adquirirlas directamente. Ante ello, no se entiende la razón de no haberlas adquirido directamente desde el comienzo. Además, carecería de sentido comprar indirectamente las Operativas a un

valor y luego, mediante un acto posterior, pagar un valor superior por ellas dejando una utilidad en el extranjero y sin efecto tributario en Chile⁶. El tribunal concluye que el crédito y los intereses carecen de causa;

- i. Que el Tribunal “ha llegado a la convicción de que las operaciones descritas realizadas por Embonar... no son una gestión eficiente para la compra de las plantas, sino, por el contrario, han generado la duplicación del costo de los activos, que van a acarrear pérdidas tributarias en Chile de manera artificial, pero que disminuye o evita el pago de impuestos a la renta; a favor de la producción de utilidades, también artificial, en la filial extranjera, ubicada en un territorio donde no existe la carga de los impuestos a la renta; por lo que, tratándose de costos artificiales, evidentemente no corresponden a aquellos necesarios para producir la renta”⁷. Asimismo, indica que más que buena fe al momento de seguir el criterio interpretativo del Servicio de Impuestos Internos, lo que habría hecho Embonar sería asilarse en él “solo para dar la apariencia de plausible a una operación de planificación tributaria destinada a eludir la carga tributaria, en una operación que, a todas luces, no puede ser vista como una legítima razón de negocios”⁸.

En contra de la sentencia de primera instancia se recurrió de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Arica. El recurso fue rechazado, sobre la base de las siguientes consideraciones adicionales a las antes expresadas:

- a. En primer lugar, sostuvo que la competencia dada por las partes al Tribunal Tributario y Aduanero, como se desprendería de los escritos y los puntos de prueba, le permitiría analizar la reorganización o “planificación tributaria” como un todo;
- b. En segundo lugar, considera que las fiscalizaciones previas realizadas por el Servicio de Impuestos Internos a Embonar no tuvieron relación con las materias objeto del Reclamo y no limitan el ejercicio de las facultades legales de la autoridad;

⁶ No tenemos antecedentes relativos a las razones por la que dicha renta –si existió– no tributó en Chile.

⁷ Considerando 49°.

⁸ Considerando 49°.

- c. Asimismo, señala que no se aportó prueba documental suficiente (la que habría adjuntado en segunda instancia), desatendiéndose la fase de fiscalización administrativa y la judicial, en la primera instancia;
- d. Además, indica que los pronunciamientos administrativos sobre deducibilidad de intereses en que ha pretendido ampararse Embonor se referirían, en definitiva, a situaciones de hecho diferentes;
- e. Que, en la especie, no se ha presumido mala fe y, en los hechos, no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 26 del Código Tributario dado que no existe un cobro retroactivo de impuestos;
- f. Que no se acreditó la relación “directa” entre gastos e ingresos, o que los gastos eran los “estrictamente necesarios” para producir la renta;
- g. Que, en materia de intereses, para que proceda su deducción, no solo debe cumplirse con los requisitos del número 1 del inciso tercero del artículo 31 sino también con los del inciso primero de dicha norma de la Ley sobre Impuesto a la Renta;
- h. Que “en este sentido, y siguiendo a la sentencia apelada, el contribuyente no logró acreditar la necesidad del gasto para lograr producir su renta, más aún cuando el gasto ha sido de una sociedad distinta, que si bien se encuentra relacionada, constituye una unidad independiente con una tributación separada. Además de ello, concuerdan estos juzgadores con el rechazo del gasto por cuanto no existe la relación directa entre ingresos y gastos, toda vez que la Agencia no recibió ingresos que se relacionaran con los gastos generados por los endeudamientos, situación que arrastra por diez años, a partir del año tributario 2000. De este modo, la reorganización empresarial que realizó la reclamante no obedece a una legítima razón de negocios que la justifique, es decir, aquello que la jurisprudencia anglosajona denomina “*business purpose test*”, esto es, la planificación es aceptable en la medida que tenga un propósito comercial o económico diferente que el solo objetivo de evitar un impuesto y, en consecuencia, lo actuado ha sido derechamente con el objeto de evitar el pago de impuestos, configurándose en los hechos una duplicidad de costos que la misma ha volcado en su declaración de impuestos, siendo, por ende, correcto el rechazo efec-

tuado por el Servicio de Impuestos Internos y, por ello, correcta la Resolución 85/2011 cuya impugnación se ha pretendido mediante el presente litigio”⁹.

- i. Que, habiendo existido mala fe y habiendo sido completamente vencida, la condena en costa a Embonor resulta procedente.

Asimismo, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica se recurrió de casación en el fondo, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a. Infracción de lo dispuesto en el N° 1 del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, puesto que dicha norma indica que para ser deducibles los intereses pagados como gasto tributario debe haberse destinado el capital a adquirir bienes susceptibles de generar rentas afectas al impuesto de primera categoría. Señala que los jueces de fondo habrían agregado un requisito al respecto, no contemplado en la ley, cual es exigir la correlación entre ingreso y gasto en el mismo ejercicio.
- b. Infracción al artículo 707 del Código Civil (presunción de la buena fe); al artículo 3 de la ley 19.880 (procedimiento administrativo y presunción de legalidad del acto administrativo) y al artículo 26 del Código Tributario (sobre la prohibición de girar retroactivamente impuestos cuando el contribuyente, de buena fe, se ha acogido a interpretaciones sostenidas por el Servicio de Impuestos Internos). Argumenta que en oficios como el N° 5.007 de 1978 y N° 3.424 de 2006, el Servicio de Impuestos Internos reconocería la posibilidad de deducir intereses como gastos, en la medida que el capital adeudado haya sido destinado a adquirir inversiones susceptibles de generar rentas afectas al impuesto de primera categoría. Además, señala que ciertas actuaciones del Servicio de Impuestos Internos le llevaron a entender que se obraba conforme al derecho. Finalmente, indica que el artículo 26 del Código Tributario no tiene aplicación solamente en caso de cobros retroactivos (como indicaría la sentencia de segunda instancia) y, por su parte, que si se estimaba que hubo mala fe, debió probarse conforme el artículo 707 del Código Civil.

⁹ Considerando 14°.

- c. Infracción al artículo 41 A, letra B, N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que señala que en caso que contribuyentes de primera categoría que tributan con renta efectiva según contabilidad completa y que tengan agencias al exterior, al término del ejercicio deben agregar a su resultado, el resultado positivo o negativo de su agencia.

3. RESUMEN DE LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

La Sentencia misma objeto de este comentario, que rechazó en definitiva el recurso de casación en el fondo interpuesto por Embonor, dispone:

- a. En primer lugar, y luego de resumir los supuestos errores de derecho alegados por Embonor, la Excma. Corte Suprema realiza una descripción de los hechos, tal como han quedado establecidos ante los jueces de fondo. En lo relevante, da cuenta que desde su creación, la Agencia solo ha dado pérdida a la reclamante y la filial que hemos denominado Compradora no ha repartido utilidades. Asimismo, señala que no se probó la *unidad irrestricta* entre las sociedades y la relación entre ingresos y gastos. Luego, la Sentencia da cuenta de lo medular de lo resuelto por los jueces del fondo, esto es, que el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta obliga a considerar, incluso en el caso de los intereses que se regulan en su número 1), los requisitos generales de los primeros incisos. Que, en los hechos, no se acreditó la relación directa entre ingresos y gastos y que, en todo caso, esta planificación no obedece a una legítima razón de negocios sino que busca “evitar el pago de impuestos”.
- b. Indica que el objeto del recurso de casación es determinar la correcta interpretación y aplicación de las normas que resuelven la controversia, de cara a uniformar el derecho. Además, por la vía del recurso de casación, la Excma. Corte Suprema no puede revisar los hechos establecidos por los jueces de fondo, salvo que la infracción de ley denunciada tenga que ver con el *onus probandi* o las normas reguladoras de la prueba.
- c. Que el recurso se funda en una discusión sobre los hechos, por cuanto Embonor indica haber probado el carácter necesario

para producir la renta de los respectivos gastos. Que, por ello, el recurso no puede prosperar por basarse, sustancialmente, en la necesidad de modificar los hechos establecidos sin haber reclamado la infracción de las normas reguladoras de la prueba.

- d. Que la alegación relativa al artículo 26 del Código Tributario no puede prosperar, pues en la especie no hay un giro retroactivo de impuestos, sino que simplemente la negativa a dar lugar a la devolución solicitada.
- e. En relación a la supuesta infracción a lo dispuesto en el artículo 41 A, letra B, N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, estima que nuevamente se solicita modificar los hechos pues, ante los jueces de fondo, no se acreditaron ingresos por parte de la Compradora.

4. EVALUACIÓN DE LA SENTENCIA

En primer lugar, la Excma. Corte Suprema da cuenta que, conociendo del recurso de casación en el fondo, no puede revisar los hechos salvo en caso de la infracción en las normas reguladoras de la prueba, lo que es correcto. A continuación y consecuencialmente, en el considerando 9º, la Sentencia da cuenta que Embonor alega que acreditó que los intereses pagados por la Agencia fueron gastos necesarios para producir la renta, hipótesis no considerada en la sentencia apelada que señala que no existe correlación entre ingresos y gastos. Señala al respecto que al tratarse de supuestos de hecho diferente, se deberá rechazar el recurso. A mayor abundamiento, la Sentencia indica que la Corte Suprema podría haber tenido competencia en la materia si el recurso se hubiere planteado por infracción a las normas del valor probatorio de los medios de prueba incorporados al proceso.

A este respecto, debemos señalar que se comparte la afirmación del Tribunal en cuanto a que la competencia, conociendo de un recurso de casación en el fondo, se centra en determinar la correcta o incorrecta aplicación de la ley y no en modificar los hechos, a menos que se haya impugnado una norma sobre el valor probatorio. Coincidimos también en que, para que la Excma. Corte Suprema pueda ejercer esta competencia, debe haber sido requerida al efecto mediante la interposición del recurso por esta causal. Quizá, si la defensa

estimaba que había acreditado la necesidad del gasto y no se había valorado correctamente la prueba documental, por ejemplo, debió recurrir de casación con la dificultad que tiene en la especie el hecho de que la prueba se aprecia conforme a las normas de la sana crítica.

No obstante lo anterior, nos parecen a lo menos discutibles los siguientes elementos:

- a. Que invocar el hecho que un gasto ha sido necesario para producir la renta y que, en su caso, no ha sido así considerado por haberse incorporado al artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta un requisito que se estima extra legal, cual es la correlación gasto-ingreso, sí constituye una materia que puede ser conocida vía casación en el fondo. En otros términos, más que alegarse una diferencia en relación a los hechos, lo que se alegó fue que los hechos no se calificaron legalmente pues a la norma se le incorporaron elementos extra legales; y
- b. Que, en todo caso, al haberse invocado el artículo 707 del Código Civil se ha invocado una norma sobre *onus probandi* que entregaba espacio para ir al fondo, en cuanto el sentenciador de fondo agregó en su reproche –creemos innecesariamente– la existencia de un ánimo elusivo y la ausencia de una legítima razón de negocios. Ello, por cuanto en tal escenario, la prueba debió recaer en el Servicio de Impuestos Internos.

En cuanto a la supuesta infracción del artículo 26 del Código Tributario, la Excm. Corte Suprema concluye que la misma no existe pues, en la especie, no existe un cobro retroactivo de impuestos sino que, simplemente, la rebaja de una pérdida y una negativa parcial a dar lugar a una devolución. A este respecto, el tenor de la norma en cuestión ampara la conclusión a la que llega la Excm. Corte Suprema.

No obstante ello y más allá de dicha norma, en nuestra opinión es a lo menos digno de análisis determinar el efecto que podría tener en cuanto a la responsabilidad del Estado el hecho que un particular, de buena fe y basado en la presunción de la legalidad de los actos de la administración, adopte una decisión económica que, finalmente, resulta errada. Siendo así, y considerando que la operación se pudo fundar razonablemente sobre la base que se podrían rebajar de impuestos los intereses pagados por el crédito, un nuevo criterio podría dar lugar a la responsabilidad del Estado conforme las nor-

mas generales. En otros términos, puede ser razonable que no opere el artículo 26 del Código Tributario, pero ello no implica que no exista un efecto jurídico asociado a los cambios de interpretación que no incidan directamente en el giro retroactivo de impuestos. La dificultad de sostener este argumento estriba, en todo caso, en el hecho que las interpretaciones administrativas no son vinculantes para los particulares quienes siempre pueden, amparados en la ley, concurrir a Tribunales a hacer valer sus derechos.

Como un elemento de derecho que no fue analizado en la Sentencia, pero que estimamos relevante, debemos detenernos en la prescripción de las facultades fiscalizadoras del Servicio de Impuestos Internos. Existe una doctrina bastante estable en cuanto a que la facultad del Servicio de Impuestos Internos de fiscalizar las pérdidas que se invocan como gasto prescribe en tres años, precisamente, desde que se realiza la imputación de las mismas. Luego, ante una fiscalización, debe acreditarse la pérdida desde su origen, sin prescripción al efecto.

La duda es si esta interpretación –de suyo excepcional– tiene alcances solo a efectos de determinar la existencia de la pérdida (esto es, establecer mediante la contabilidad y sus respaldos que los gastos excedieron los ingresos) o también permite, sin límite temporal, discutir el carácter necesario de un gasto. Siendo la Excm. Corte Suprema por mandato expreso constitucional garante del estado de derecho, es válido preguntarse si es que no debió declarar que el Servicio de Impuestos Internos se habría excedido de sus facultades en cuanto al límite temporal previsto por la ley para su ejercicio.

Más allá de que al parecer existió poco esfuerzo probatorio de Embonor en las etapas iniciales del procedimiento –sin que podamos juzgar si ello se debió o no a una estrategia–, y del hecho que la artificialidad de la planificación realizada, además de sus efectos evidentes, hace que el caso no genere simpatía por parte del que ha de juzgarlo, creemos que la Sentencia es, en primer lugar, excesivamente formal en su análisis, puesto que sí había elementos de derecho sobre los que valía la pena ir más al fondo y, por la vía de una sentencia del máximo tribunal, aportar a la uniformidad del derecho y la certeza jurídica.

Luego de la Sentencia se mantiene la duda relativa a que si para que un gasto sea necesario, además de obligatorio, debe asociarse a

un ingreso afecto recibido el mismo ejercicio, el que además debe de haberse producido en los hechos. En nuestra opinión, la norma del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta es clara, no siendo menester que en los hechos se produzca el ingreso –basta su potencialidad– ni menos que ello ocurra en el mismo ejercicio del gasto, o que, ingreso y gastos deban necesariamente concurrir en un mismo instante y en la misma entidad. La interpretación que finalmente sustentó la Sentencia –en los hechos, aunque no entró al fondo– nos parece errada.

Asimismo, al hacerse cargo de esta planificación que los jueces estiman artificial y sin contar con una norma legal especial claramente aplicable, ni con una cláusula antielusiva general, los sentenciadores acudieron a herramientas que tienen como efecto negativo el sembrar incertidumbre jurídica en una materia sensible donde, además, la propia Constitución Política de la República señala que debe existir una ley que la resuelva.

Así, la Sentencia –en realidad, las resoluciones que le preceden– va más allá de la competencia propia de un juez y entra a responder sobre la necesidad o no de contar con una norma antielusiva, sin esperar que la materia sea resuelta por quien corresponde: El legislador, a base de una ley presentada, además, por iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Por otra parte, una planificación de este tipo tiene el defecto evidente de su artificialidad, si se quiere falta de causa, existiendo en nuestro sistema mecanismos legales generales para hacerse cargo de estos casos, pero luego de un procedimiento de lato conocimiento. La Sentencia finalmente valida una vía rápida a este respecto, la que estimamos no es legal al menos en relación a estos hechos: la Sentencia aplicó el llamado *business purpose test* (determinación de la existencia o no de una legítima razón de negocios) y luego resolvió, agregando al artículo 31 tantas veces citado, un requisito que no contempla.

Es posible que no existiendo una cláusula antielusiva general se repitan estos fallos o, peor, que se confunda elusión con evasión y se aplique lo dispuesto en el número 4 del artículo 97 del Código Tributario para controlar el fenómeno. Ante esta constatación, y en el nuevo escenario que abrió la Sentencia –no de manera expresa pues no entró a conocer del fondo del asunto– vale la pena debatir abiertamente

a este respecto. Si la conclusión es establecer una cláusula antielusiva general, la misma deberá considerar los demás elementos de nuestro ordenamiento y, en particular, que no podrá dotar a la administración de espacios para desdibujar los alcances del hecho gravado establecido en la ley en cumplimiento de lo dispuesto en el número 20 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

5. CONCLUSIONES

Estimamos que la Sentencia, pese a no entrar a resolver detalladamente sobre el fondo del asunto, terminó validando una práctica que estimamos ilegal, cual es utilizar normas legales existentes y, so pretexto de interpretarlas, complementarlas creando requisitos adicionales. Entendemos que en los hechos existió un ánimo de hacerse cargo de una planificación particularmente artificial que, finalmente, tiende a duplicar los gastos. No obstante ello, la misma, al menos en nuestro sistema y en tanto no se cree un mecanismo antielusivo, es legal y debió validarse.

En concreto, se validó la posición del Servicio de Impuestos Internos en cuanto a que, además de los requisitos del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, por la vía de interpretarlo, para poder deducir un gasto se debe ser un empresario altamente exitoso y visionario, pues debe obtenerse el ingreso el mismo año del gasto. Esto rompe claramente la neutralidad que debe existir en toda norma tributaria y de la cual, interpretado correctamente, no es la excepción el artículo 31 tantas veces citado.

Ante ello, concluimos que la Sentencia –particularmente las decisiones intermedias– asumen una posición que debe ser resuelta legislativamente, afectando la certeza jurídica. Se rompe la doctrina del fallo Inmobiliaria Bahía y se abre un gran espacio para la decisión judicial de una materia que, previamente, debe ser resuelta por ley.

