

CÓDIGO TRIBUTARIO-ACTUAL TEXTO-ARTÍCULOS 26 BIS, 4° BIS, TER Y QUÁTER (Ord. N° 1332, de 19-06-2017)

CONSULTA SI EN EL CASO CONCRETO, LA UTILIZACIÓN DE UN FONDO DE INVERSIÓN PRIVADO COMO VEHÍCULO DE INVERSIÓN, NO CONSTITUYE UNA ACTUACIÓN ELUSIVA EN LOS TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 4° BIS, TER Y QUÁTER DEL CÓDIGO TRIBUTARIO.

Se ha consultado a esta Dirección Nacional, en el sentido si, en el caso concreto, la utilización de un Fondo de Inversión Privado como vehículo de inversión, no constituye una actuación elusiva en los términos de lo dispuesto en los artículos 4° bis, ter y quáter del Código Tributario.

I. ANTECEDENTES:

Se expone en la presentación que nueve inversionistas, ninguno relacionado entre sí, se encuentran analizando distintas estructuras jurídicas y económicas para iniciar el desarrollo de un emprendimiento financiero en el giro inmobiliario a largo plazo.

Dicho proyecto supone la creación de una sociedad inmobiliaria en la cual participarían todos los inversionistas, y será financiada con préstamos que hagan los socios a la sociedad y con deuda con terceros (bancos e instituciones financieras).

Indica el peticionario que el proyecto será ejecutado en dos etapas, la primera comprende las gestiones de permisos y autorizaciones de edificación; y la segunda etapa, consiste en la construcción de los inmuebles. En esta segunda etapa se permitirá la incorporación de nuevos inversionistas (si los hubiere) quienes ingresarán al proyecto mediante aporte de capital en la sociedad inmobiliaria y/o préstamos documentados a la misma, en las proporciones y condiciones que se determine para cada caso.

Una vez concluida la construcción de los inmuebles e iniciada la explotación de los mismos, se analizará la conveniencia, de vender estos activos inmobiliarios, o de explotarlos con fines rentistas, según sean las condiciones del mercado para ese momento.

Agrega que, en este escenario, se considera como vehículo para prolongar en el largo plazo este proyecto inmobiliario, la creación de un Fondo de Inversión Privado de la Ley N° 20.712 (Ley única de Fondos o "LUF") al que los accionistas puedan aportar sus acciones en la sociedad inmobiliaria, en términos tales, que sea este fondo, quien concentre la propiedad de la sociedad inmobiliaria y distribuya a cada inversionista la utilidad que le corresponda sobre la inversión. Esta opción se plantea porque a largo plazo, permite levantar capital para desarrollar nuevos proyectos inmobiliarios e incorporar nuevos inversionistas en el futuro.

A continuación, el peticionario cita los artículos de la Ley N° 20.712 que definen lo que se entiende por fondo de inversión y por fondo de inversión privado y los requisitos adicionales que este último debe cumplir, concluyendo que, en el caso planteado, se dan todas las condiciones para constituir un FIP.

Continúa señalando, que el tratamiento tributario de los FIP se encuentra regulado en la Ley N°20.712 sin perjuicio que el Servicio instruyó al respecto en su Circular N° 67, de 07 de diciembre de 2016.

Expone que para que el SII aplique la norma general anti elusiva, deben ocurrir una serie de circunstancias, entre las que se pueden mencionar: i) que el contribuyente realice una o varias operaciones que excedan la buena fe tributaria y la economía de opción que la ley les reconoce; ii) que lo anterior se materialice en un abuso de las formas jurídicas o la realización de actos simulados; iii) que este abuso o simulación, pueda apreciarse con un criterio objetivo, es decir, que la realización de o los actos no pueda explicarse por razones a las meramente tributarias; y iv) que la legislación tributaria no contenga una norma especial para evitar la elusión aplicable al caso.

Continúa señalando el peticionario, que atendida la existencia de una regulación especial y propia aplicable a los fondos de inversión y a los fondos de inversión privados, que regula todos los aspectos legales y tributarios de éstos mediante reglas objetivas, es posible afirmar que la elección de un FIP como mecanismo para estructurar una determinada inversión, constituye una decisión que se enmarca dentro del concepto “economía de opción” y no es posible entender a priori que pueda existir “objetivamente” abuso o simulación en su elección e implementación.

Expone que las razones financieras que explican la conveniencia de estructurar una inversión para inversionistas independientes y no relacionados entre sí, mediante la constitución de un FIP, serían las siguientes: i) constituye una garantía de transparencia en la administración de sus recursos, que se manifiesta, entre otros aspectos, en que el FIP debe ser administrado por sociedades fiscalizadas e inscritas en la SVS; en que éstas deben reportar a la autoridad financiera la información que ésta establezca mediante norma de carácter general (artículo 90 de la LUF); y que los fondos de inversión privados deben ser auditados anualmente por los auditores externos inscritos en el registro que lleva la SVS (artículo 87 de la LUF); ii) garantizan un control externo de la administración, pues los FIP se encuentran sujetos a una serie de obligaciones de información y control tanto del SII como con la SVS (artículos 92 y 94 de la LUF); y iii) los FIPs garantizan un reparto mínimo del 30% de la utilidad del ejercicio dentro de los 180 días siguientes al cierre del ejercicio, no pudiendo modificarse este porcentaje por acuerdo de los aportantes (artículo 80 de la LUF).

Por último, señala que la consulta se efectúa al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 bis del Código Tributario y Res. Ex. N° 69 de 2016.

Del tenor de la presentación, se entiende que se trata de una consulta no vinculante de acuerdo a lo instruido en el resolutivo 1° de la Res. Ex. N° 69, de 2016.

II.- ANÁLISIS:

Tal como se ha señalado precedentemente se ha solicitado confirmar que utilizar un FIP como vehículo de inversión, no constituye, en este caso particular, una actuación elusiva pues su implementación obedecería a una serie de consideraciones financieras y no tributarias que se enmarcan dentro del concepto de economía de opción.

Al respecto, cabe señalar, que la Ley N° 20.712 de 7 de enero de 2014 regula la Administración de fondos de terceros y carteras individuales y, específicamente, en su capítulo V trata los Fondos de Inversión Privados (FIP).^[1]

En cuanto a la naturaleza jurídica de los fondos de inversión, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 letra b) de la Ley N° 20.712, éstos constituyen un patrimonio de afectación integrado por aportes realizados por partícipes destinados exclusivamente para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, cuya administración es de responsabilidad de una administradora. Es decir, consiste en un patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, pero sí autonomía patrimonial.

La naturaleza jurídica del fondo de inversión como patrimonio de afectación es concordante con lo señalado en el artículo 81 N°1 de la Ley N° 20.712, que declara expresamente que éstos no serán considerados contribuyentes del impuesto de primera categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta, hecho que es reconocido por el Servicio en la Circulares N° 67 y N°71, ambas de 2016 al disponer que *“(...) los beneficios, rentas o cantidades que un Fondo genere directamente por cuenta y riesgo de sus aportantes, conforme a las condiciones establecidas por la Ley, su reglamento y el reglamento del mismo Fondo, no provocan en principio, al momento de su percepción o devengo por parte de éste ninguna incidencia tributaria, atendido que no es contribuyente del IDPC”*.

Por su parte, en lo que respecta a los aportantes del FIP, tanto en el caso de inversionistas domiciliados o residentes en Chile como aquellos domiciliados en el extranjero, el reparto de beneficios y el mayor valor originado en la enajenación o rescate, tendrá el mismo tratamiento tributario aplicable al reparto de dividendos de sociedades anónimas, es decir, están sujetos a los Impuesto Global Complementario o Adicional respectivamente.

En lo que dice relación con el esquema consultado, el artículo 57 de la Ley N° 20.712 enumera las inversiones y actividades que un FIP tiene prohibido desarrollar, señalando que éstos no podrán invertir directamente en bienes raíces, pertenencias mineras, derechos de agua, derechos de propiedad industrial o intelectual y vehículos de cualquier clase; ni podrán desarrollar directamente actividades industriales, comerciales, inmobiliarias, agrícolas, de minería, exploración, explotación o extracción de bienes de cualquier tipo, de intermediación, de seguro o reaseguro o cualquier otro emprendimiento o negocio que implique el desarrollo directo de una actividad comercial, profesional, industrial o de construcción por parte del fondo y en general de cualquiera actividad desarrollada directamente por éste distinta de la de inversión y sus actividades complementarias.

Según señala la historia de la Ley N° 20.712, el artículo 57 anteriormente citado buscó precisar una prohibición que ya se encontraba incorporada en la Ley N°18.815^[2], en el sentido que los fondos no se encontraban habilitados para invertir en bienes raíces urbanos ubicados en Chile o en el extranjero, cuya renta proviniera de su explotación como negocio inmobiliario. El inciso final del artículo 5° de la Ley N° 18.815, vigente en la época de discusión de la actual Ley Única de Fondos, disponía que *“... se entiende por negocio inmobiliario el referido a la compraventa, arrendamiento o leasing de bienes raíces, y a la renovación, remodelación, construcción y desarrollo de bienes raíces”*.

De conformidad a lo expuesto, cobra relevancia señalar que los Fondos de Inversión Privados (FIP) tendrían el carácter de vehículo de inversión pasivo, toda vez que la realización de actividades consideradas operativas se encuentra prohibida en los términos del artículo 57 de la Ley 20.712.

Para efectos del caso en análisis, la prohibición antes señalada incluiría el desarrollo y la inversión directa en actividades de carácter inmobiliario, entendiendo que estas últimas se refieren a compraventa, arrendamiento o leasing de bienes raíces, y a la renovación, remodelación, construcción y desarrollo de bienes raíces. En razón de ello, la actividad de los fondos quedaría limitada a la administración de participaciones societarias a través de derechos sociales y/o acciones, y a la inversión en instrumentos financieros, con distribución de beneficios de acuerdo a comportamientos esperados de mercado.

En concordancia con la legislación vigente sobre la materia y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para la constitución y funcionamiento de un FIP, se entiende que las actividades del FIP en el caso particular no implicarán la adquisición directa de bienes raíces para su explotación ni el desarrollo de alguna de las actividades prohibidas por ley. El FIP recibirá, como aportes, acciones de una sociedad que desarrollará actividades inmobiliarias, y que tributará con los impuestos de primera categoría y global complementario y adicional, en los casos en que sea procedente. En este contexto, lo que se espera de esta inversión es la generación de rentas pasivas, específicamente dividendos, que la sociedad inmobiliaria distribuirá al FIP, gatillándose el pago de los impuestos finales en la medida que el FIP distribuya a cada aportante el beneficio que le corresponda sobre dicha inversión, siendo esto último un comportamiento esperado de mercado si se entiende que toda inversión conlleva la expectativa de obtener una rentabilidad.

Por lo tanto, dado que la sociedad inmobiliaria tributará con el impuesto de primera categoría por las actividades que desarrolle en el marco de su giro; que la distribución de dividendos que efectúe al FIP no estará afecta al pago del impuesto de primera categoría, por no ser los FIP contribuyentes del impuesto de primera categoría de la ley sobre Impuesto a la Renta; y que se gravarán con los impuestos finales la distribución de los beneficios que el FIP haga a los aportantes, se concluye que en la medida que se cumplan los supuestos descritos en la presentación, en principio no se verificaría la existencia de alguna de las hipótesis de abuso contenidas en el artículo 4 ter del Código Tributario, toda vez que no se estaría evitando la realización de un hecho gravado, tampoco se estaría disminuyendo la base imponible o la obligación tributaria ni se estaría difiriendo el nacimiento de dicha obligación. Adicionalmente, en la medida que los actos celebrados en el marco del esquema consultado representen la realidad de las operaciones y cumplan con la legislación vigente tampoco se verificaría la hipótesis de simulación contenida en el artículo 4 quáter del Código Tributario.

En consecuencia, en virtud de las disposiciones legales citadas y las razones financieras expuestas que explicarían la conveniencia de estructurar la inversión mediante la constitución de un FIP, se concluye que la utilización de un FIP como vehículo de inversión no constituiría en principio abuso o simulación conforme a los artículos 4 ter y 4 quáter del Código Tributario.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de tasación establecida en los artículos 17, número 8, inciso cuarto, de la Ley sobre Impuesto a la Renta y 64 del Código Tributario, que facultan al Servicio para tasar el aporte de acciones efectuado por los partícipes al FIP, el precio de una eventual venta de dichas acciones, y el mayor valor originado en la enajenación o rescate de las cuotas del fondo.

III.- CONCLUSIÓN:

Conforme a lo expuesto, en el caso concreto y de acuerdo a los antecedentes aportados, la utilización de un Fondo de Inversión Privado como vehículo de inversión, no constituye, en principio, una actuación elusiva en los términos de lo dispuesto en los artículos 4° bis, ter y quáter del Código Tributario.

LUENGO

FERNANDO BARRAZA

DIRECTOR

Oficio N° 1332 de 14.06.2017

Subdirección Fiscalización

Oficina Análisis de Elusión

[1] La Circular N° 67 y N° 71 del Servicio, ambas del año 2016, contienen las instrucciones sobre esta materia.

[2] La Ley N° 18.815 de 1989 que regulaba los Fondos de Inversión fue derogada por la Ley N° 20.712.