

CÓDIGO TRIBUTARIO – NUEVO TEXTO- ART. 26 BIS – (ORD. N° 2207, DE 25.08.2021)

Se ha recibido en esta Dirección Nacional una presentación, mediante la cual el consultante solicita confirmar que no resulta aplicable la Norma General Antielusión a la estructura que se describe por no configurar abuso o simulación en los términos de los artículos 4 bis, 4 ter y 4 quáter del Código Tributario.

I. ANTECEDENTES

El consultante señala que la estructura que describe se ha elaborado con el objetivo específico de obtener una fuente alternativa de financiamiento para el desarrollo de proyectos inmobiliarios cuya construcción aún no se inicia (“venta en blanco”) o bien se encuentra en una etapa muy inicial (“venta en verde”), mediante el ofrecimiento a inversionistas tempranos de condiciones de entrada al negocio más atractivas que aquellas que se ofrecerían a inversionistas que ingresan más tarde, cuando ya el nivel de riesgo e incertidumbre del negocio es más bajo.

La estructura específica respecto de la cual consulta es la siguiente:

- i) Se constituiría un fondo de inversión (“Fondo”) conforme las normas de la Ley N° 20.712 sobre Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales (“LUF”). Los Inversionistas suscribirían cuotas del Fondo, aportando a este los dineros para el desarrollo del proyecto inmobiliario (“Proyecto”).
- ii) El Fondo constituiría una sociedad por acciones (“Inversiones SpA”), con un capital equivalente aproximadamente a un XX% de los recursos necesarios para el desarrollo del Proyecto.
- iii) El ZZ% restante de los recursos necesarios para el Proyecto sería proporcionado por el Fondo a Inversiones SpA por medio de un préstamo (“Préstamo”), suscribiendo Inversiones SpA un pagaré y pagando el Impuesto de Timbres y Estampillas (“ITE”) correspondiente. Así, el Fondo facilitaría la totalidad de los dineros a ser utilizados por Inversiones SpA, parte como capital y parte como préstamo.
- iv) A continuación, Inversiones SpA suscribiría contratos de promesa de compraventa (“Promesas”) con una inmobiliaria no relacionada (“Inmobiliaria”), pagando en ese momento la totalidad del precio de las compraventas prometidas, incluyendo el monto equivalente al Impuesto al Valor Agregado (“IVA”) que afectaría en el futuro al contrato de compraventa prometido, ya que el objetivo de las partes es adelantar la totalidad de los montos que sean susceptibles de garantizarse mediante las pólizas de seguro o boletas bancarias emitidas en base a lo dispuesto en el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. A cambio de esta forma de financiamiento temprano, Inmobiliaria ofrecería un precio para las promesas de compraventa considerando un descuento.
- v) En forma paralela a la suscripción de las Promesas, Inmobiliaria e Inversiones SpA suscribirían contratos de opción de resciliación entre y a favor de cada una de ellas, en cuya virtud se otorgan el derecho, pero no la obligación, de obtener la resciliación de las Promesas (a) en forma parcial en el caso de Inmobiliaria para aquellas unidades que sean vendidas a terceros (“Opción de la Inmobiliaria”); y (b) en forma total, a Inversiones SpA, si ésta decide no seguir adelante con la inversión (“Opción de Inversiones SpA”).
- vi) Como precio o prima de la Opción de la Inmobiliaria, ésta se obliga a pagar a Inversiones SpA una determinada cantidad, equivalente al costo financiero asociado a la recepción anticipada del precio pagado con ocasión de la firma de la Promesa.
- vii) Simultáneamente, se suscribe un contrato de opción de venta (“Opción de Venta”) que otorga a Inversiones SpA el derecho, pero no la obligación, de forzar a Inmobiliaria a recomprar aquellas unidades respecto de las cuales se haga efectiva la Promesa, en el mismo precio en que fueron originalmente adquiridas por Inversiones SpA.

El consultante agrega que, al tratarse de una operación de financiamiento alternativo, el destino natural de las Promesas sería su resciliación, para lo cual se generan los contratos de opción de resciliación antes señalados, destinados a permitir a la Inmobiliaria la venta a terceros de los inmuebles prometidos. En ese sentido, señala que la participación de Inversiones SpA no tendría como propósito la obtención de plusvalías o rentas inmobiliarias, sino replicar, a través de la estructura, una operación de financiamiento con las garantías que ofrecen actualmente las operaciones inmobiliarias “en verde” y “en blanco”.

En consideración a los antecedentes señalados, solicita que este Servicio confirme que no resulta aplicable la Norma General Antielusión a la estructura descrita por no configurar abuso o simulación en los términos de los artículos 4 bis, 4 ter y 4 quáter del Código Tributario.

Atendido el tenor de la presentación, se verifica que se trata de una consulta no vinculante, de acuerdo con lo instruido en el resolutivo 1° de la Resolución Exenta N°69 de 2016, emitida por este Servicio, por lo que el presente oficio contendrá un pronunciamiento general sobre los efectos eventualmente elusivos o no de la estructura que se llevaría a cabo.

II. ANÁLISIS

En primer lugar, se analizarán los actos y negocios que componen la estructura de financiamiento planteada, comprendiendo aspectos normativos relacionados a ella y, luego aquellos relacionados a la norma general anti elusiva.

Sobre la resciliación, el artículo 1567 del Código Civil dispone que “toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula”.

Por su parte, la promesa es un contrato preparatorio que tiene por finalidad celebrar otro contrato, en este sentido, la obligación derivada de él es precisamente la de otorgar el contrato prometido. Ello se extrae del artículo 1554 del Código Civil –que contempla los requisitos de la promesa¹ - el cual concluye indicando que concurriendo dichas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente. Esta referencia del artículo 1554 al artículo 1553 del mismo Código², pone de manifiesto que de la promesa nace una obligación de hacer, que sería la de celebrar el contrato objeto de la promesa.

De este modo, si se está ante un contrato de promesa de compraventa de inmuebles, la obligación derivada del mismo es que las partes precisamente suscriban la escritura pública en que conste el contrato de compraventa prometido en la época convenida y/o cumplida que sea la condición prevista. Por lo tanto, mientras ello no ocurra las obligaciones del contrato de promesa se encontrarían pendientes, siendo por ende susceptible de dejarse sin efecto por mutuo disenso o resciliación, en los términos previstos en los artículos 1545 y 1567 del Código Civil.

Por otra parte, el anticipo del precio de la compraventa efectuado por el promitente comprador no implica la celebración del contrato de compraventa prometido, constituyendo sólo un adelanto, que la misma Ley sobre Impuesto a la Renta reguló en el artículo 29, disponiendo que “*Los ingresos obtenidos con motivo de contratos de promesa de venta de inmueble se incluirán en los ingresos brutos del año en que se suscriba el contrato de venta correspondiente.*” Como se observa los ingresos recibidos por la Inmobiliaria contra la suscripción de las Promesas como anticipo del precio de las compraventas solo se deberán incluir en los ingresos brutos del año en que se suscriba el contrato de compraventa correspondiente.

Asimismo, las celebraciones de promesas de compraventa de inmuebles no se encuentran gravadas con IVA, incluso en el caso de que el promitente comprador adelante todo o parte del precio al promitente vendedor, por ello, la Inmobiliaria no debería emitir una factura de venta con ocasión de la celebración de las Promesas conforme lo establecido en el artículo 55 de la Ley del IVA.

Finalmente, los precios o valores de las opciones, compraventas, intereses y comisiones deberán ser acordes a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobrarían en convenciones de similar naturaleza³, contando este Servicio con la facultad de fiscalización contenida en el artículo 64 del Código Tributario, o bien aquella establecida en el artículo 17 N° 8 de la LIR, según corresponda.

¹ Art. 1554. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1ª. Que la promesa conste por escrito; 2ª. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; 3ª. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; 4ª. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

² Art. 1553. Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

³ Considerando específicamente las circunstancias que rodean la operación, en este caso, que se trata de una estructura alternativa de financiamiento.

Análisis de la estructura de financiamiento en el marco de la norma general anti elusiva

Habiendo sido analizados los aspectos normativos de la estructura presentada, corresponde determinar, en el contexto de la norma general anti elusiva, si ella produce resultados o efectos económicos o jurídicos relevantes, más allá de los meramente tributarios, al respecto se observa que:

- i) Un Fondo constituido de acuerdo con las normas de la LUF, podría –como indica el consultante- dar transparencia en la administración de los recursos, junto con el hecho de que el negocio sería gestionado por un administrador profesional.
- ii) El Fondo facilitaría a Inversiones SpA la totalidad de los recursos a ser utilizados para el Proyecto, en parte como capital (XX%) y en parte como préstamo (ZZ%). En el caso del financiamiento con préstamo, la remuneración que percibe el acreedor de la deuda corresponderá a intereses, mientras que, en el aporte de capital, el acreedor recibirá dividendos o retiros de utilidades. Ambos tipos de rentas poseen tratamiento tributario diferente que incide en la carga tributaria que debe enfrentar el inversionista, ya que la regla general es que los intereses sean deducibles de la base imponible del impuesto corporativo, a diferencia de los dividendos o retiro de utilidades.

En el presente caso, el préstamo que el Fondo le otorgaría a Inversiones SpA permitiría a los inversionistas obtener una rentabilidad producto de éste, lo que podría significar condiciones más atractivas para ellos, además de no tener que verse la sociedad en la necesidad de recurrir a préstamos de terceros. Por otro lado, sobre el financiamiento vía capital, éste evitaría que la sociedad tuviese un balance con un nivel de deuda demasiado elevado y además ayudaría a limitar en parte el gasto financiero por concepto de intereses que habría que pagar por el préstamo. Por tanto, se aprecia que el no optar por un solo medio de financiamiento, sino que combinar distintos métodos, otorgaría eficiencias económicas y financieras para los partícipes de la estructura.

- iii) En relación a las garantías que daría lugar la estructura se debe tener presente que el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece, en términos generales, que los promitentes vendedores que no cuenten con recepción definitiva y que celebren contratos de promesa de compraventa en los cuales el promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía se incorpora al contrato a favor del promitente comprador para el evento de que dicho contrato no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor, debiendo permanecer vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador.

En virtud, de lo anterior, se aprecia que las celebraciones de los contratos de promesa le permitirían a Inversiones SpA contar con garantías, ya sea pólizas de seguro o boletas de garantía, que le posibilitan recuperar íntegramente los montos anticipados en virtud de la Promesa, protegiéndola de eventuales estados de insolvencia de la Inmobiliaria. Esta situación podría estimarse más ventajosa, a la de un acreedor que cuenta con garantías reales y/o personales para caucionar los montos que entregue contra el préstamo que haga, debido a los riesgos inherentes de dicho modelo, tales como que el valor del inmueble hipotecado u otras garantías resulten insuficientes, además de los costos asociados a iniciar un procedimiento judicial de cumplimiento de la garantía y eventual venta de la garantía a un menor valor en la venta forzada.

Junto con ello, se estima que los contratos de Opción de la Inmobiliaria y Opción de Inversiones SpA, permitirían por un lado que la Inmobiliaria pueda vender los inmuebles a terceros en valores más favorables a los montos anticipados por Inversiones SpA; y a su vez facilitarían que esta última pueda retirarse de la inversión cuando lo estime conveniente. Asimismo, se observa que el contrato de Opción de Venta que otorgaría a Inversiones SpA el derecho de forzar a Inmobiliaria a recomprar aquellas unidades respecto de las cuales se haga efectiva la Promesa, en el mismo precio en que fueron originalmente adquiridas, sería consecuente con la finalidad de Inversiones SpA de no perseguir plusvalías o rentas inmobiliarias, sino lograr una operación de financiamiento con las garantías que ofrecen actualmente las operaciones inmobiliarias “en verde” y “en blanco”.

En consecuencia, la estructura de financiamiento descrita, en principio, no constituye un acto o negocio jurídico o conjunto de ellos que pueda ser considerado elusivo en los términos señalados en los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, lo que no obsta a que las circunstancias concretas del caso puedan modificar la conclusión anterior, por ejemplo, que el Fondo sea utilizado con fines meramente tributarios, sin que se observen efectos económicos o jurídicos relevantes que lo justifiquen.

III.- CONCLUSIÓN

Conforme a lo expuesto, los actos jurídicos ejecutados en el contexto de la estructura de financiamiento descrita podrían ampararse en una razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria, no constituyendo, una actuación elusiva en los términos de lo dispuesto en los artículos 4° bis, ter y quáter del Código Tributario.

FERNANDO BARRAZA LUENGO

DIRECTOR

Oficio N° 2207 de 25.08.2021

Subdirección Fiscalización

Oficina Análisis de Elusión