

RENTA – ACTUAL LEY SOBRE IMPUESTO A LA – ART. 17 N° 8 Y ART. 41 – LEY N° 18.815 – LEY N° 20.630, ARTÍCULO 1° TRANSITORIO – LEY N° 20.712 – LEYES N°s 20.780 Y 20.899 – CIRCULARES N°s 13 Y 15 DE 2014 Y 44, 67 Y 71 DE 2016 – OFICIOS N°s 413 DE 1995, 194 DE 2011 Y 1332 DE 2017 (ORD. N° 24 DE 07.01.2019).

Incidencia de las normas de relación, contenidas en el anterior texto del artículo 41 de la LIR, y letra b), del artículo 1° transitorio de la Ley N°20.630, respecto de la cesión de derechos de una sociedad a un Fondo de Inversión Privado.

Se ha recibido en esta Dirección Nacional, su presentación indicada en el antecedente, mediante la cual solicita un pronunciamiento sobre la incidencia de las normas de relación, que estaban contenidas en el anterior texto del artículo 41 de la LIR, y en letra b), del artículo 1° transitorio de la Ley N°20.630, en caso de una cesión de derechos de una sociedad a un Fondo de Inversión Privado.

I.- ANTECEDENTES:

Señala que se está evaluando la venta que un contribuyente hará, de una sociedad en la que participa, a un Fondo de Inversión Privado (FIP).

Indica que los FIP¹ constituyen un patrimonio de afectación, porque se conforman por un fondo que se forma por aportes y que tiene o puede tener sólo los fines específicos que la misma ley establece. Agrega que el FIP no se administra por sí mismo, sino que existe una sociedad que lo administra, y que lo hace “*por cuenta y riesgo de sus aportantes*”.

Añade que los FIP no pueden ser considerados empresa ni tampoco sociedad, en base a lo que la misma Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos (SII), ha señalado. No pueden ser calificados como empresa², ya que carecen de un trabajo propio que integre el capital y se aplique por sí mismo al desarrollo de actividades industriales o mercantiles o con fines de lucro; y quien lo hace es la entidad en la que el FIP participa como dueño o inversionista; además no se administran por sí mismos sino que requieren de una sociedad que lo haga. Tampoco son una sociedad, conforme a la definición del artículo 2053 del Código Civil, ya que no cuentan con una personalidad jurídica, y tampoco con la calidad de contribuyente del Impuesto de Primera Categoría.

El hecho que la Ley N° 20.190 del año 2007, les haya otorgado el tratamiento de “*sociedad anónima*” solo para efectos tributarios, no sólo no implica que los FIP hayan pasado a serlo, sino que al revés corrobora o ratifica que no lo son.

El razonamiento que pide corroborar se sustenta además en el Oficio Ordinario N° 2.352, de fecha 04 de septiembre del año 2012, en el que se consignó que conforme al artículo 40 de la Ley N°18.815, los FIP son Fondos que se forman por aportes de personas o entidades, administrados por las sociedades a que se refieren los artículos 3° o 42° de la Ley N°18.815, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores, y que su tratamiento tributario estaba contenido en los artículos 31 y 32, del Título V, de la citada Ley N° N°18.815, pues el artículo 41, contenido en el Título VII de la Ley, establece que estos fondos no están sujetos a las normas de los títulos precedentes, salvo lo dispuesto en el Título V.

Es decir, y considerando lo que el propio Servicio ha establecido, los FIP carecen de la calidad de contribuyentes, calidad que sí tienen las empresas y las sociedades, al tenor de los oficios del propio Servicio, lo que se confirmaría en su opinión en el Oficio Ordinario N° 4.998, del año 2006, esto es, que los FIP no son contribuyentes, y no califican por lo tanto como sociedades, siempre revestidas de personalidad jurídica.

En consecuencia, solicita se corrobore:

1.- Que el artículo 41 de la LIR, modificado por la Ley N°20.630 en su tenor actual, sigue vigente conforme lo dispone el artículo primero transitorio de la misma Ley para las ventas realizadas con posterioridad a su vigencia;

¹ Señala que estos vehículos de inversión fueron modificados con motivo de la publicación de la Ley N°19.705 del año 2000, que introdujo una serie de innovaciones a la Ley N°18.815 de 1989.

² Indica que mediante Oficio N°2501, se definió la Empresa como “Una entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de producción, y dedicada a las actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con las consiguientes responsabilidades.”

2.- Que los FIP constituyen un patrimonio de afectación; y

3.- Que en mérito de esa calificación jurídica – patrimonio de afectación – no son ni pueden ser considerados ni como sociedades ni tampoco como empresas.

II.- ANÁLISIS:

Este Servicio entiende de su requerimiento, que a esta fecha se está considerando efectuar una venta de derechos sociales de una sociedad de personas a un FIP, consultando al respecto si en este caso se aplican las normas de relación que establecía el anterior texto del artículo 41 de la LIR, en relación a la letra b), del artículo 1° transitorio de la Ley N°20.630, del año 2012.

Bajos estos supuestos, el presente análisis se efectúa solo respecto de las situaciones que se derivan de la aplicación de esas normas legales:

1.- Vigencia del artículo 41 de la LIR, modificado por la Ley 20.630; y de la letra b) del artículo 1° transitorio, de esta última Ley.

1) Vigencia de los incisos 3°, 4° y 5° del anterior texto del artículo 41 de la LIR.

La Ley N°20.630³ uniformó en términos generales la forma de determinar el costo tributario y el régimen de tributación aplicable a los resultados obtenidos en la enajenación de derechos en sociedades de personas, respecto al obtenido en la enajenación de acciones de una sociedad anónima⁴.

Para estos efectos, entre otras modificaciones, se suprimió los tres últimos incisos del artículo 41 de la LIR⁵; y se sustituyó la letra a), del número 8°, del inciso primero, del artículo 17, de la LIR, el que en términos generales, en lo fundamental, equipara las normas aplicables a la determinación del costo tributario de las acciones de sociedades anónimas y de los derechos en sociedades de personas.

Por lo tanto, y en relación a su primera consulta, cabe señalar que, para efectos de determinar el costo tributario de los derechos sociales a la fecha de su enajenación, se deberán aplicar las normas vigentes a dicha época, de modo que no tienen cabida las normas de los incisos 3°, 4° y 5°, del anterior texto del artículo 41 de la LIR, para efectos de determinar el valor o costo tributario de dichos derechos, ya que estas normas legales se encuentran derogadas.

2) Vigencia de la letra b), del artículo 1° transitorio de la Ley N°20.630.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, la citada Ley N°20.630⁶, agregó en el inciso segundo del artículo 17 N° 8, de la LIR, lo siguiente: *"Tratándose de la enajenación de derechos en sociedad de personas o de acciones emitidas con ocasión de la transformación de una sociedad de personas en sociedad anónima, 10% o más de las acciones, a la empresa o sociedad respectiva o en las que tengan intereses, para los efectos de determinar el mayor valor proveniente de dicha operación, deberán deducir del valor de aporte o adquisición de los citados derecho o acciones, según corresponda, aquellos valores de aporte, adquisición o aumentos de capital que tengan su origen en rentas que **no hayan pagado total o parcialmente los impuestos de esta ley**. Para estos efectos, los valores indicados deberán reajustarse de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor entre el último día del mes anterior a la adquisición o aporte, aumento o disminución de capital, y el último día del mes anterior a la enajenación."*

Sin embargo, el N° 4, del artículo segundo de las disposiciones transitorias de la Ley N°20.780, modificó a partir del 1° de enero de 2015, el inciso 2°, del N° 8, del artículo 17 de la LIR, eliminando la norma de relación citada en el párrafo precedente.

No obstante, cabe tener presente que la letra b) del artículo primero transitorio de la Ley N°20.630 –que cita en su consulta- dispuso que los derechos en sociedades de personas adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley que, con posterioridad a ella, enajenen los socios de sociedades de personas o

³ Publicada el 27 de septiembre de 2012. De acuerdo a su artículo 8°, salvo en aquellas disposiciones que contengan una regla especial de vigencia, regirá a partir del día primero de enero de 2013.

⁴ Las instrucciones sobre la materia fueron impartidas por este Servicio mediante la Circular N°13 de 2014; complementada por las Circulares N°s. 15, de 2014 y 44, de 2016.

⁵ Conforme a la letra b) del N° 15), del artículo 1°, de la Ley N°20.630.

⁶ Letra d) del N° 5, del artículo 1°.

accionistas de sociedades anónimas cerradas o accionistas de sociedades anónimas abiertas dueños del 10% o más de las acciones, **a la empresa o sociedad respectiva o en las que tengan intereses**, deberán disminuir del valor de costo de adquisición de tales derechos, los valores de aporte, adquisición o aumentos de capital que tengan su origen en rentas que **no hayan pagado total o parcialmente los impuestos establecidos en la Ley sobre Impuesto a la Renta**. Para estos efectos, los valores indicados deberán reajustarse de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre el último día del mes anterior a la adquisición o aporte o aumento de capital, y el último día del mes anterior a la enajenación.

Conforme a esta disposición transitoria, para determinar el costo de los derechos sociales, se debía deducir aquellos valores que no hubieran pagado el impuesto a la renta, ajuste que procedía respecto del costo tributario que se determine en la enajenación de derechos en sociedades de personas cuya adquisición se haya efectuado con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.630⁷, y siempre que se hubieran enajenado a la empresa o sociedad respectiva o en las que tengan intereses.

Por otro lado, la Ley N°20.780 -modificada por la Ley N°20.899-, efectuó algunas adecuaciones a partir del 1 de enero de 2017, al régimen tributario aplicable al mayor valor obtenido en la cesión de derechos en sociedades de personas y acciones de sociedades anónimas o en comandita por acciones, sustituyendo íntegramente el N° 8, del artículo 17 de la LIR.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma permanente del citado artículo 17, N°8, de la LIR, el número 7, del artículo tercero de las disposiciones transitorias de la Ley N°20.780, incorporó algunas normas que establecen el ajuste que se debe efectuar al costo tributario en determinadas enajenaciones, norma que reemplazó, como se dirá a continuación, la que se contiene en la disposición legal cuya aplicación se solicita en el requerimiento⁸. En efecto, el citado N° 7 establece lo siguiente:

“7.- Tratándose de la enajenación de derechos en sociedad de personas o de acciones emitidas con ocasión de la transformación de una sociedad de personas en sociedad anónima, para los efectos de determinar el mayor valor proveniente de dicha operación, deberán deducirse del valor de aporte o adquisición de los citados derechos o acciones ocurridas con anterioridad al 1° de enero de 2015, según corresponda, aquellos valores de aporte, adquisición o aumentos de capital que tengan su origen en rentas que no hayan pagado total o parcialmente los impuestos de esta ley, incluidas en éstas las reinversiones.”

En relación a lo dispuesto en la norma transitoria referida, en la Circular N° 44, del año 2016⁹ se instruyó que, respecto de las enajenaciones efectuadas a partir del 1° de enero de 2017, el costo tributario que procede deducir del precio o valor de enajenación o cesión, para efectos de determinar el mayor o menor valor obtenido en estos casos, deberá ajustarse, deduciendo de dicho costo, determinado en la época y en la forma señalada por dicho instructivo, los valores de aporte, adquisición o aumentos de capital **ocurridos con anterioridad al 1° de enero de 2015**, que tengan su origen en rentas que no hayan pagado total o parcialmente los impuestos de la LIR, incluidas en éstas las reinversiones. Continúa esta Circular señalando que lo anterior se aplicará, ya sea que la enajenación se efectúe a partes relacionadas o en las que se tengan intereses o no, es decir, **el ajuste se debe llevar a cabo cualquiera sea la persona o entidad a la cual se enajenen o cedan los derechos sociales respectivos**.

Por consiguiente, y en relación a la consulta específica formulada, a juicio de este Servicio, respecto de los derechos sociales que se hubieran adquirido con anterioridad a la vigencia de la Ley N°20.630 y que a esta fecha no se han enajenado, no corresponderá aplicar al momento de su cesión, el ajuste que establecía el texto de la letra b) del artículo 1° transitorio de la citada Ley, ya que la nueva disposición legal (número 7 del numeral I.-, del artículo tercero transitorio de la Ley N°20.780) ha regulado expresamente el ajuste al costo en caso de enajenaciones de derechos sociales adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 2015¹⁰, sin hacer distingo o reserva alguno, por lo que se debe entender que la letra b) del artículo primero transitorio de la Ley N°20.630, está derogado; ya que, de acuerdo al artículo 52 del Código Civil, existe derogación tácita cuando la nueva Ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la Ley anterior.

⁷ Es decir, antes del 1 de enero de 2013, de acuerdo al artículo 8° de dicha Ley.

⁸ Esto es, la letra b) del artículo 1° transitorio de la Ley N°20.630.

⁹ Capítulo II, 3.1.1., C), letra e), numeral iii (Págs. 11-13).

¹⁰ Respecto de los derechos sociales adquiridos mediante reinversiones de rentas a partir del 1 de enero de 2015 y hasta el 31 de diciembre de 2016, será aplicable el ajuste que establece el N° 2, del numeral I, del artículo tercero transitorio de la Ley N°20.780, sea que la enajenación se efectúe a partes, personas o entidades relacionadas o no. A partir del 1° de enero de 2017, con la entrada en vigencia del artículo 14 de la LIR, se elimina el régimen de reinversiones, por lo que no corresponderá efectuar ajuste alguno por este concepto.

Por lo tanto, en caso que el aporte o adquisición de los derechos sociales se hubieran efectuado con anterioridad al 1 de enero de 2015, se deberá deducir del costo de adquisición, los valores de aporte, adquisición o aumentos de capital ocurridos con anterioridad a esa fecha, que tengan su origen en rentas que no hayan pagado total o parcialmente los impuestos de la LIR, incluidas en éstas las reinversiones. Dicho ajuste se deberá efectuar cualquiera sea la persona o entidad a la cual se enajenen o cedan los derechos sociales respectivos, incluyendo por consiguiente los Fondos de Inversión Privados; ya que dicha disposición transitoria (número 7 del numeral I.-, del artículo tercero transitorio de la Ley N°20.780) no considera el requisito de que, para efectuar el ajuste, la cesión de derechos se debe efectuar a la empresa o sociedad respectiva o en las que tengan intereses.

2.- Los FIP constituyen un patrimonio de afectación.

El artículo 1° de la Ley N°18.815¹¹ definía los fondos de inversión como un patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en los valores y bienes que esta Ley permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes. En términos similares, el artículo 1° letra b) de la nueva Ley Única de Fondos, contenido en el artículo 1° de la Ley N°20.712, dispone que por Fondo se entenderá 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.

Por su parte, el artículo 81 N°1 de la LUF -aplicable a los FIP conforme al artículo 86 letra A) de este texto legal- declara expresamente que los Fondos no serán considerados contribuyentes del impuesto de primera categoría de la LIR, hecho que es reconocido por este 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*”.

Teniendo en consideración dichas normas legales, este Servicio ha sostenido que los fondos de inversión constituyen un patrimonio de afectación, que no tiene personalidad jurídica propia, pero sí autonomía patrimonial¹².

Por consiguiente, no cabe sino confirmar su planteamiento en cuanto a que los FIP, regulados anteriormente por la Ley N°18.815, y actualmente por la LUF, constituyen un patrimonio de afectación.

3.- Los FIP no pueden ser considerados como sociedades ni tampoco como empresas.

El artículo 2053 del Código Civil establece que la sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. Agrega que la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

Por su parte, el artículo 545 del mismo Código define a la persona jurídica como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

En cuanto al término empresa, al no existir en la Ley Tributaria un término que la defina, esta debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es -de acuerdo a la jurisprudencia judicial- el que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como “Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”.

En atención a que el concepto de ‘empresa’ importa la formación de un todo constituido por el capital y el trabajo, encaminado a la realización de actividades mercantiles, industriales o de prestación de servicios con fines lucrativos¹³, un Fondo de Inversión Privado no puede ser considerado como una empresa ya que dichos elementos constitutivos no concurren en el caso de estos vehículos de inversión.

Tampoco puede ser considerado como sociedad, ya que esta presume la existencia de personalidad jurídica, atributo que no concurre en el caso de los Fondos de Inversión Privados.

¹¹ Esta Ley fue derogada y reemplazada por la Ley N°20.712; cuyo artículo primero aprobó el texto de la Ley que regula la administración de Fondos de terceros y carteras individuales, conocida como Ley Única de Fondos (LUF), la que luego fue modificada a partir del 1 de enero de 2017 por las Leyes N°s. 20.780 y 20.899.

¹² Oficio N°1332 de 2017.

¹³ Oficios N° 194, de 2011; y N° 413, del año 1995

III.- CONCLUSIONES:

1.- Para efectos de determinar el costo de enajenación de derechos sociales, se deberá aplicar, en su caso, el ajuste que establece el N° 7, de numeral I.-, del artículo tercero transitorio de la Ley N°20.780, independientemente de si la cesión se efectúa o no a personas, partes o entidades relacionadas o en las que se tengan intereses, incluyendo por consiguiente las enajenaciones que se efectúen a un FIP.

De acuerdo a dicha disposición legal, en el caso del aporte o adquisición de derechos sociales efectuado con anterioridad al 1 de enero de 2015¹⁴, se deberá deducir del costo de adquisición al momento de su enajenación, los montos correspondientes a las sumas que no hubieran pagado los impuestos de la LIR, incluyendo las reinversiones.

La norma de ajuste al costo tributario de derechos sociales, contenida en la letra b), del artículo 1° transitorio de la Ley N°20.630, que era aplicable a las enajenaciones efectuadas a determinadas personas o partes relacionadas, no se encuentra vigente, ya que fue derogada tácitamente por la disposición legal citada en el párrafo primero precedente.

2.- Los Fondos de Inversión Privados constituyen un patrimonio de afectación, que no tiene personalidad jurídica propia, pero sí autonomía patrimonial.

3.- Los Fondos de Inversión Privados no pueden ser considerados como sociedades ni como empresas.

Saluda a Ud.,

FERNANDO BARRAZA LUENGO
DIRECTOR

Oficio N° 24 del 07-01-2019
Subdirección Normativa
Depto. de Impuesto Directos

¹⁴ Norma legal cuyas instrucciones están contenidas en la Circular N° 44, de 2016.