

Tributación aplicable a encargo fiduciario en el ámbito de proyectos inmobiliarios.

Se ha consultado a este Servicio una serie de aspectos tributarios relacionados con un encargo fiduciario en el ámbito de proyectos inmobiliarios.

I ANTECEDENTES

De acuerdo con su presentación, una empresa del rubro inmobiliario, dedicada al desarrollo y posterior venta de proyectos de edificios residenciales de departamentos, tiene como modelo la constitución de una sociedad inmobiliaria por cada proyecto.

Para llevar a cabo la inversión del negocio propiamente tal en ciertos proyectos invita a personas a participar como inversionistas. Para ello, los inversionistas realizan un aporte en dinero, en unidades de fomento, a cambio de una participación determinada en los resultados del proyecto inmobiliario. En general se trata de colaboradores, ejecutivos, directores o asesores de la empresa, los que invierten en su mayoría directamente como personas naturales y en menor medida a través de sociedades comerciales o de inversión.

Para formalizar la operación se celebra un contrato de “asociación o de cuentas en participación” entre la sociedad inmobiliaria y cada uno de los inversionistas, donde la sociedad inmobiliaria asume como gestor y los inversionistas como partícipes inactivos. En su mayoría, los inversionistas o partícipes no tienen la calidad de comerciantes, de acuerdo lo indica el Código de Comercio en sus artículos 507 y siguientes, y en general se trata de personas naturales que no han iniciado actividades como empresarios individuales.

En lo pertinente, el contrato establece que, respecto del porcentaje de participación del partícipe, “las ganancias y pérdidas que se deriven de la explotación del negocio materia del presente contrato se distribuirán entre las partes de acuerdo con los porcentajes que se indican (...)”. Asimismo, que “se podrán efectuar y pagar anticipos parciales de utilidades o ganancias, a partir de la fecha en que estas se comiencen a producir”.

Agrega que, en la práctica, la empresa restituye, en primer lugar, el capital aportado para luego pagar a los partícipes las utilidades una vez que estas se van generando con la venta de los departamentos, estacionamientos, bodegas o locales comerciales que considere el proyecto inmobiliario respectivo, lo que puede suceder en años distintos.

Esta modalidad de pago se debe a que no existe claridad respecto del monto de las utilidades que genere el proyecto, considerando que en estos casos existen gastos relacionados con post venta que pueden durar años, por lo que primero se devuelve el capital para luego, año a año, ir pagando utilidades a medida que estas se van generando. En otras palabras, si se llega a considerar que solo se puede efectuar las devoluciones del capital aportado una vez distribuida toda la utilidad del proyecto podría suceder que los partícipes terminen tributando por dichas devoluciones de capital y que años después deban rectificar sus declaraciones de impuesto, atendido el hecho que finalmente el proyecto no generó la utilidad esperada.

Tras indicar la forma en que tributarían el gestor y los partícipes supuesto que la operación produce consecuencias análogas a un contrato de asociación o cuentas en participación, solicita ratificar o aclarar los siguientes criterios:

- 1) Sin perjuicio que formalmente se denomine al contrato suscrito entre las partes como un “contrato de asociación o de cuentas en participación”, en los hechos, se trata de un encargo fiduciario innominado.
- 2) Los aportes en dinero de los partícipes recibidos por el gestor no constituyen ingresos tributables ni hechos gravados con IVA. Asimismo, que tales aportes no constituyen una operación de préstamo gravada con el Impuesto de Timbres y Estampillas.

- 3) Dado que los porcentajes de participación en el contrato están claramente establecidos con anterioridad a la distribución de las utilidades, corresponde que tanto gestor como partícipe declaren y paguen sus propios impuestos en forma separada e independiente.
- 4) Asimismo, consulta si los partícipes personas naturales no comerciantes deberán declarar el impuesto global complementario (IGC) en el año en que se les distribuya la utilidad, sin crédito por IDPC, dado que dicha utilidad no estuvo afecta a ese impuesto. Asimismo, solicita aclarar el tratamiento en caso de que el partícipe sea una persona jurídica sujeta a IDPC por sus rentas efectivas o si se trata de un empresario individual.
- 5) No siendo los partícipes contribuyentes de IDPC, las distribuciones efectuadas por el gestor no se sujetan a un orden de imputación como el existente para los regímenes de renta establecidos en el artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR).
- 6) Si el pago efectuado a los partícipes consiste en una renta esporádica y el efecto que tiene esto en relación con los pagos provisionales mensuales o con una potencial obligación de declarar y pagar el IDPC dentro del mes siguiente a la recepción del pago.
- 7) Al momento de restituir el capital aportado a los partícipes, que primero se pueda restituir este y que, posteriormente, sobre cualquier suma recibida en exceso de ese aporte que es devuelto, el partícipe deba tributar.

II ANÁLISIS

Respecto de lo consultado, y a partir del texto vigente de la LIR, se informa lo siguiente:

- 1) No siendo una cuestión estrictamente tributaria, se estima que el contrato descrito en su presentación no calificaría propiamente¹ como uno de “asociación o de cuentas en participación” atendido que sería suscrito por partícipes (algunos) que no son comerciantes². Con todo, podría calificar bajo el concepto tributario más amplio de “encargo fiduciario”, a que aluden los artículos 28 del Código Tributario y 13 de la LIR.

En efecto, si bien la ley no ha definido qué se entiende por “encargo fiduciario”, este Servicio ha entendido³ que comprende, como figura genérica, cualquier tipo de acto, contrato u operación en que prime la confianza o la consideración especial respecto del gestor y que, por ejemplo, implique un traspaso de bienes o encargo de negocios.

Tal sería el caso de un mandato, en especial si es a nombre propio y con provisión de fondos.

Luego, en la medida que el modelo de negocio utilizado comparta las características señaladas, podría calificar como un encargo fiduciario, al menos para fines tributarios.

- 2) En tanto se acredite la efectividad, condiciones y monto de la participación en el encargo fiduciario, los aportes en dinero que el “gestor” reciba de los “partícipes”, con motivo del contrato en comento, no constituyen ingresos tributables para el gestor, porque conforman un pasivo a ser rendido con posterioridad y, a la vez, un activo representativo de la inversión recibida, razón por la cual no producen efectos en la determinación del capital propio tributario del gestor.

Para estos efectos, el gestor deberá controlar contablemente en forma separada los activos y pasivos que corresponden al contrato, con el fin de ser utilizados para determinar los registros tributarios (RAI, DDAN, REX y SAC), control del reparto de utilidades, rendición de cuentas, entre otros.

Respecto del IVA, se informa que el aporte de dinero no configura una operación gravada con dicho impuesto.

Finalmente, tampoco se observa una operación de crédito de dinero afecta con este impuesto, toda vez que el acuerdo consiste en participar de un negocio de resultados inciertos y la obligación de restituir lo entregado comparece en la medida que el negocio propuesto rinda frutos⁴.

¹ Oficio N° 4652 de 2006, reiterado en la Circular N° 40 de 2021.

² Oficios N° 1584 de 1992, N° 2688 de 1998, N° 350 de 2000, N° 2278 de 2003, N° 4843 de 2005 y N° 4.652 de 2006.

³ En este sentido Oficio N° 693 de 2018.

⁴ Ley N° 18.010. Artículo 1°. Son operaciones de crédito de dinero aquéllas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención.

- 3) Respecto de las consultas 3) y 4) se informa que, a la luz de los artículos 28 del Código Tributario y 13 de la LIR, el gestor, en principio, es el único responsable de los impuestos que se generan a propósito del encargo fiduciario, a menos que se pruebe la efectividad, condiciones y monto de la participación de los partícipes y, además, se haya efectuado la correspondiente rendición de cuentas.

En este último caso, cada partícipe será responsable de las rentas que en su proporción obtenga con ocasión del contrato⁵. Al efecto, habrá que distinguir a los partícipes según el régimen al cual se encuentren sujetos y del tipo de renta que les corresponda, en los siguientes términos:

- a) En el año en que se efectúe la rendición de cuentas, los partícipes que tributan sobre base devengada – por ejemplo, contribuyentes sujetos a la letra A) del artículo 14 de la LIR⁶ – deberán reconocer su participación en las utilidades acumuladas que les corresponden junto a sus respectivos créditos. Esta parte de la renta no se gravará con el IDPC y el crédito que puedan tener asociado se incorporará al registro SAC.

En el caso de las personas naturales deberán reconocer su participación como rentas efectivas sin contabilidad, de acuerdo con el N° 1 de la letra B) del artículo 14 de la LIR, pero no afectándola con el IDPC, sino que gravándola solamente con los impuestos finales y con derecho al crédito por IDPC que puedan tener asociado.

Por otra parte, cuando el partícipe está acogido a uno de los regímenes Pro Pyme establecidos en los números 3 u 8 de la letra D) del artículo 14 de la LIR, le corresponderá reconocer las utilidades acumuladas junto a sus respectivos créditos una vez que se materialice el reparto de aquellas por el gestor, atendido que por norma general tributan sobre rentas percibidas.

En dicho periodo, si el partícipe está acogido al régimen Pro Pyme del N° 3 de la letra D) del artículo 14, las rentas reconocidas no se gravarán con el IDPC y el crédito asociado se incorporará al registro SAC. Si el partícipe está acogido al régimen Pro Pyme del N° 8 de la letra D) del artículo 14, las rentas reconocidas se gravarán directamente con los impuestos finales y con derecho al crédito por IDPC que puedan tener asociado.

- b) En el año en que se efectúe la rendición de cuentas, los partícipes sujetos a cualquier régimen tributario o se trate de personas naturales, por las rentas obtenidas por el contrato durante el ejercicio de la rendición, deberán reconocer su participación como una renta del artículo 20, clasificándola de acuerdo a la actividad que se está desarrollando mediante el contrato, por ejemplo como una renta del N° 3 del artículo 20 de la LIR en el caso de la construcción. Luego, la renta deberá formar parte o constituirá, según corresponda, la renta líquida imponible (RLI) o base imponible de cada partícipe, con el fin de afectarse con el IDPC en la oportunidad que corresponda, según si debe tributar sobre rentas devengadas o solo percibidas.
- c) Si ocurren repartos de utilidades con posterioridad a la rendición de cuentas, y estos flujos son con cargo a las utilidades sobre las cuales los partícipes tributaron previamente sobre base devengada, tales partícipes no deben afectarse nuevamente con impuestos por tales sumas.
- 4) En cuanto a sus consultas 5) y 7), el actual N° 7 del artículo 17 de la LIR dispone que las devoluciones de capital no constituyen renta hasta el valor de aporte o adquisición de la participación y sus reajustes. Añade que las sumas retiradas, remesadas o distribuidas por estos conceptos se imputarán y afectarán con IDPC, IGC o impuesto adicional, según corresponda, en la forma dispuesta por el artículo 14.

Esta norma tiene un sentido de carácter general, aplicable también a las asociaciones y encargos fiduciarios, puesto que considera como capital (para efectos tributarios) la “adquisición de participaciones”, concepto amplio que incluye por cierto a este tipo de contratos que no constituyen una persona jurídica, de lo contrario, su devolución podría considerarse incremento patrimonial o renta para quien la recibe.

- a) En caso que el reparto de utilidades o devolución de capital ocurra en forma posterior a la acreditación, pero antes de la rendición de cuentas, debe aplicarse íntegramente el orden de imputación dispuesto por el artículo 14 en relación con el N° 7 del artículo 17 de la LIR. Por lo tanto, corresponderá que los montos devueltos por concepto de devolución de capital se

⁵ Ver Circular N° 40 de 2021, páginas 2 y siguientes.

⁶ Esto incluye a los contribuyentes personas jurídicas y personas naturales que actúan como empresarios individuales.

imputen y afecten con impuesto finales según el régimen del artículo 14 en el cual se encuentre sujeto el socio gestor. Es decir, si el gestor se encuentra en el régimen de la letra A) del artículo 14 de la LIR, la calificación tributaria de la devolución de capital será definida por las imputaciones que se efectúen a los registros tributarios del contrato, que es administrado por el gestor.

- b) En el caso que el reparto de utilidades y la devolución de capital ocurra en forma posterior a la rendición de cuentas, deberá estarse a lo indicado en el N° 3) anterior, considerando en todo caso que en primer lugar la imputación de los repartos de utilidades es con anterioridad a la devolución de capital.
- 5) Respondiendo la consulta 6), y considerando que con motivo de este tipo de contratos no necesariamente se percibirán los resultados solo en una oportunidad, sino que estos pueden ser recurrentes a lo largo de la vigencia del contrato en cuestión, este Servicio considera que las rentas que beneficien a los partícipes que no son contribuyentes del IDPC no pueden ser calificadas como rentas esporádicas en los términos dispuestos en el N° 3 del artículo 69 de la LIR.

Por lo anterior, y al no aplicarse dicha norma, corresponde efectuar la declaración de impuestos de acuerdo a lo dispuesto en la primera parte del inciso primero del artículo 69 de la LIR, esto es, en el mes de abril de cada año en relación a las rentas obtenidas en el año calendario comercial anterior. Asimismo, quedarán los partícipes sujetos a las reglas generales para los PPM contenidas en los artículos 14, letra D), y 84 de la LIR, de acuerdo al tipo de contribuyente de que se trate⁷.

III CONCLUSIÓN

Considerando el alcance y extensión de su presentación, sírvase tener por respondidas las consultas en los términos expuestos en el Análisis.

Saluda a usted,

FERNANDO BARRAZA LUENGO
DIRECTOR

Oficio N° 530 del 22-02-2022
Subdirección Normativa
Depto. de Impuesto Directos

⁷ Ver también Circular N°16 de 1991, que interpreta, en consonancia con la letra a) del artículo 84 de la LIR, que los contribuyentes que perciban únicamente rentas del artículo 20 N°2 de la LIR, no tienen la obligación de efectuar pagos provisionales mensuales.