

FONDOS DE INVERSIÓN PRIVADOS: ANÁLISIS JURÍDICO Y TRIBUTARIO

Alejandro Leiva Villegas.

Magíster en Tributación. Universidad de Chile.

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

aleivav@fen.uchile.cl

Resumen: El presente trabajo busca demostrar que las disposiciones contenidas en los artículos 84 y 92 de la LUF aún permiten situaciones de planificación tributaria siendo esta finalidad contraria a lo deseado por la ley.

Para lo anterior, la investigación desarrolla un análisis del concepto de FIP, sus reglas de constitución y las normas de relación y parentesco aplicables en conjunto con las interpretaciones realizadas por la CMF, el SII y la Jurisprudencia. Posteriormente, se hace un análisis abstracto de modelación de negocios y sus resultados con el marco jurídico vigente.

Finalmente, se analizará dicho sentido de la ley en relación la aplicación de la NGA y la labor legislativa desarrollada que fijó el marco jurídico actual que rige sobre este instrumento de inversión.

Palabras claves: Instituciones de Inversión Colectiva, Fondos de Inversión Privados, Ley N° 20.712, Servicio de Impuestos Internos, Comisión para el Mercado Financiero.

1. INSTITUCIONES DE INVERSIONES COLECTIVAS

1.1 Fundamentos y características de los Instituciones de Inversión Colectiva

En la medida que las economías se expanden, resulta necesaria la creación de nuevas formas y esquemas para obtener financiamiento en el mundo de los negocios y el emprendimiento.

Al respecto, uno de los mecanismos más fuertemente desarrollados han sido los IIC¹. Cómo una primera aproximación, podemos entender como tales a aquellas entidades que tienen por objeto “la inversión colectiva y profesionalizada de los capitales obtenidos del público, y cuyo funcionamiento se rige por el principio de reparto de riesgos”².

En un mercado de capitales cada más exigente, los IIC aparecen como una alternativa al acceso de portafolio diversificado de inversiones y obtener beneficios económicos a gran escala para el financiamiento de diversos proyectos, aun cuando los aportes realizados en dichos vehículos sean inferiores en relación con la potencial ganancia que pueden obtener los partícipes de estos mecanismos.

De conformidad a las políticas económicas desarrolladas por nuestro país desde 1989 a la actualidad, los IIC han sido incorporados a través de fondos de inversión. Para estos efectos podemos entender por fondos de inversión como la “conjunción de diversos capitales, materializados en aportes, que realizan tanto las personas naturales como las personas jurídicas, delegando la administración de estos en una entidad especializada - la sociedad administradora - a fin de obtener una rentabilidad que por sí solos difícilmente podrían alcanzar”³.

A partir de lo señalado anteriormente, podemos afirmar que la estructuración de los fondos de inversión, tienen como propósito proveer una gestión especializada de agrupación de capitales, vigilancia y gestión de portafolios a partir del conocimiento técnico y profesional del mercado de capitales, que estas entidades pueden ofrecer por medio de sus organismos especializados⁴.

1 Instituciones de Inversión Colectivas.

2 ESPINOZA, M. 2012. “La inversión colectiva a través de los fondos de inversión”. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago de Chile. 182p.

3 GORICHÓN, E. “Fondos de inversión en la Ley N°18.815”. 1999. Memoria de prueba Licenciatura en Ciencias jurídicas y Sociales. Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 1999. 183p.

4 PAOLANTONIO, M. 1994. Fondos comunes de inversión: mercado financiero y mercado de capitales. Securitización o titulación. Buenos Aires, Depalma. 289p.

1.2 Fondos de inversión como patrimonio de afectación

Nuestra tradición jurídica ha entendido que los fondos de inversión consisten en patrimonios de afectación. Al respecto, el inciso primero del artículo 1° de la ley N°18.815, señalaba que tales fondos son “un patrimonio formado por el aporte 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”.

Mismo criterio indica el actual artículo 1° letra b) de la LUF⁵, al señalar que los fondos son “patrimonios de afectación integrado por los aportes realizados por partícipes destinados exclusivamente para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, cuya administración es responsabilidad de una administradora”.

Asimismo, parte de la doctrina ha entendido los patrimonios de afectación como “patrimonios objetivos, sin vinculación con persona alguna, consistentes en una agrupación de bienes y deudas apreciables en dinero, con valor pecuniario, en torno a un fin común, en que la existencia o no de una persona no tiene importancia alguna”⁶.

Conforme a lo anterior, podemos entender que los patrimonios de afectación se caracterizan por estar constituidos en la consecución de un fin, por el cual se reúnen un conjunto de activos y pasivos, sin necesidad de acceder a una persona en particular⁷. A su vez, dada la naturaleza de este tipo de patrimonios, estos deben ser administrados necesariamente por una persona física, que es la única forma que tiene de manifestar su voluntad jurídica, el cual debe ser acorde con la finalidad que el patrimonio tiene propuesto.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, los IIC cumplen con los criterios exigidos por la doctrina, toda vez que⁸:

- i. se constituyen con la finalidad de reportar la mayor rentabilidad posible a los aportantes, por medio de la inversión profesionalizada de sus aportes en una cartera diversificada de activos;
- ii. es administrado por entidades especiales, la que dirige las operaciones

5 Ley N°20.712 que regula la Administración de Fondos de Terceros y deroga los cuerpos legales que indica.

6 FIGUEROA, G., 2008. El Patrimonio. 3ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 686p.

7 Ibid.

8 ESPINOZA. Op. cit.

- del fondo siguiendo los lineamientos trazados en el reglamento interno, procurando generar la mayor rentabilidad y seguridad a los aportantes;
- iii. los destinatarios finales son los aportantes del fondo, quienes a través de éstos pueden acceder a una rentabilidad que de manera individual difícilmente habrían alcanzado;
 - iv. se conforman por los aportes de los partícipes y los activos adquiridos con dichos aportes, todos los cuales se encuentran ligados con el fin de obtener la mayor rentabilidad posible para los aportantes; y
 - v. el principal pasivo del fondo de inversión es aquel que mantiene con los partícipes a quienes debe restituir sus aportes al momento del rescate de sus cuotas. Asimismo, puede contraer deudas con terceros durante su funcionamiento en cumplimiento de sus objetivos de inversión.

2. REGULACIÓN DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN PRIVADOS (FIP) EN CHILE

2.1 Regulación de los FIP en la Ley N°18.815

2.1.1 Orígenes y características generales

Los FIP fueron incorporados a partir de la modificación realizada por la ley N°19.705. El objetivo de esta ley fue modernizar el mercado de capitales chileno⁹. De esta forma se incorporó a la ley N°18.815 un nuevo Título VII con regulación especial sobre la materia comprendidos entre los artículos 40 al 43 de la ley en comento.

Al respecto, el artículo 40 de la Ley N°18.815 definió a los FIP como “aquellos que se forman por aportes de personas o entidades, administrados por las sociedades a que se refieren los artículos 3° o 42 de esta ley, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores”. El artículo 3° de la ley en comento se refería a las sociedades administradoras de fondos de inversión (sociedades administradoras de objeto único)¹⁰ y el artículo 42 a sociedades distintas de las

9 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Historia de la Ley N°19.705 que Regula Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones y Establece Régimen de Gobiernos Corporativos. Valparaíso. 870p.

10 Artículo 3° inciso primero primera parte, de la Ley N°18.815: “La administración de los fondos de inversión será ejercida por sociedades anónimas especiales, cuyo objeto exclusivo sea tal administración”.

anteriores, las cuales debían constituirse de conformidad a las reglas dispuestas para las S.A. cerradas¹¹, para calificar como administradores de tales fondos. Por su parte, el artículo 33 de la mencionada ley indicaba la obligación de señalar en el reglamento interno las normas relativas a la inversión¹².

Una de las principales características que atribuyó esta ley a los FIP fue que las transacciones relativas a sus cuotas se realizaran de forma privada, por lo que, ni estas entidades ni sus cuotas debían inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero (CMF)

En cuanto a sus facilidades de inversión, de conformidad al inciso primero del artículo 41 de la Ley N° 18.815¹³, se indicaba que los FIP, a diferencia de otros tipos de fondos de inversión contemplados en esta ley, no tenían restricciones para el desarrollo de sus inversiones; facultados tanto para invertir en aquellos activos listados en el artículo 5° de la ley en comento como además en toda clase de valores, derechos sociales, títulos de crédito y efectos de comercio¹⁴.

Finalmente, cabe señalar que la Ley N°18.815 contenía una prohibición de operaciones contemplada en el inciso tercero del artículo 41 en relación con el artículo 53 del Decreto N°864 de 1990 del Ministerio de Hacienda (que establecía el Reglamento), entre los FIP y otros fondos regulados en esta ley, salvo en el caso que las administradoras de tales fondos no estuviesen relacionadas entre sí.

El término de personas o entidades “relacionadas” no se encontraba definido en la Ley N°18.815 y tampoco existía una remisión expresa en tal cuerpo normativo. No obstante, la CMF mediante el Oficio Ordinario N°15.103 de 2011 dio su entendimiento

11 Artículo 42 inciso primero de la Ley N°18.815: “Cuando los fondos a que se refiere este Título sean administrados por sociedades que no sean las del artículo 3°, éstas se constituirán conforme a las normas de las sociedades anónimas cerradas”.

12 Artículo 33 de la Ley N°18.815: “El reglamento deberá fijar las normas relativas a valorización de inversiones, disminuciones de patrimonio y otras que sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los fondos y las sociedades que los administren”.

13 Artículo 41 de la Ley N°18.815, inciso primero, primera parte: “Los fondos de inversión privados no estarán sujetos a las normas de los Títulos precedentes, salvo lo dispuesto en el Título V y el artículo 5° de esta ley, pero podrán invertir además en toda clase de valores, derechos sociales, títulos de crédito y efectos de comercio”.

14 Al respecto, cabe tener presente que el artículo 5° de la Ley N°18.815 señalaba que los recursos que una sociedad administradora manejaba para el cumplimiento de los fines del fondo de inversión, solamente debían efectuarse en: a) Títulos emitidos por la Tesorería General de la República, por el Banco Central de Chile, o que cuenten con garantía estatal por el 100% de su valor hasta su total extinción; b) Depósitos a plazo y otros títulos representativos de captación de instituciones financieras o garantizadas por éstas; c) Letras de crédito emitidas por Bancos e Instituciones Financieras; entre otros.

al respecto la mencionada calificación indicando que para estos efectos primaba las disposiciones del artículo 100 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores (en adelante, LMV), siendo esta interpretación coherente con la aplicación práctica que se daba a este planteamiento.

2.1.2 Normas de relación y parentesco aplicables a los aportantes

De conformidad a lo señalado en el inciso final artículo 41 de la Ley N°18.815 y en relación con el inciso final del artículo 1° de la misma ley, estos debían constituirse con un máximo de 49 aportantes. En caso de superar el número de aportantes exigidos quedaban sujetos a las normas de los FI que fijaba la ley¹⁵.

En cuanto a las restricciones en su participación, los FIP fueron creados para facilitar acceso al mercado de capitales por aquellos inversionistas que no podían participar en los Fondos de Inversiones Públicos (FI) para el financiamiento de sus inversiones. Dado lo anterior, el vehículo de inversión incorporado a partir de la Ley N°19.705, no estableció normas de relación y parentesco para su constitución y funcionamiento.

3. TRATAMIENTO DE LOS FIP A PARTIR DE LA LUF

3.1 Antecedentes y fundamentos de la LUF

A partir de la vigencia de la LUF se da un nuevo marco jurídico e integral a los fondos de inversión en el país. En este sentido, el Mensaje N°153-359 que inició la discusión legislativa señaló, que con la finalidad de convertir a nuestro país en un exportador de productos y servicios financieros ligados a la administración de carteras, se propuso crear un único cuerpo legal aplicable a los fondos que se constituían con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico¹⁶.

15 Artículo 41 de la Ley N°18.815, inciso final: “Los fondos de inversión privados quedarán sujetos a todas las normas de los Títulos anteriores, así como su administradora, cuando el número de aportantes sea igual o superior a los que señala el inciso final del artículo 1° de esta ley, debiendo comunicarse a la Superintendencia al día siguiente hábil de ocurrido el hecho”. Por su parte, señalaba la primera parte del inciso final del artículo 1° de la Ley N°18.815: “Transcurrido un año contado desde la aprobación del Reglamento Interno, el Fondo deberá contar permanentemente con, a lo menos, 50 aportantes, salvo que entre éstos hubiere un inversionista institucional, en cuyo caso será suficiente contar con este último”.

16 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la Ley N°20.712 sobre administración de fondos de terceros y carteras individuales y deroga los cuerpos legales que indica. Valparaíso. 596p.

En lo que respecta a los FIP, mantuvo en términos generales el marco de acción contemplados en las Leyes N° 18.815 y 19.705. Sin embargo, estableció innovaciones que buscaron poner fin al uso de estos IIC con objetivos distintos que el de generar riqueza a cuenta de terceros y de forma independiente; y evitar su utilización para administrar una menor carga tributaria del patrimonio propio o para realizar transacciones circunstanciales¹⁷.

Así las cosas, la LUF fijó un nuevo cuerpo normativo para los FIP, los cuales adquirieron las siguientes características:

- i. la administración es ejercida por una sociedad administradora, por cuenta y riesgo de los aportantes. La cual puede ser: i) una sociedad administradora de fondos; o ii) una S.A. cerrada inscrita en el registro de entidades informantes de la CMF, según señala el artículo 90 de la LUF¹⁸;
- ii. se rigen exclusivamente por lo dispuesto en las disposiciones contenidas en sus reglamentos internos, con excepción de los artículos 57 (aplicando por primera vez un marco de inversiones y actividades prohibidas¹⁹) y 80 de la LUF (obligación de distribución del 30% de los beneficios netos percibidos²⁰), según expresado en el artículo 85 de la ley del ramo;
- iii. no pueden invertir en activos que su propio reglamento interno prohíba (artículo 85 de la LUF); y

17 Ibid.

18 Artículo 90 de la LUF, inciso primero: “La administradora. Los fondos privados podrán ser administrados por las administradoras de fondos fiscalizados por la Superintendencia a que se refiere esta ley, o por sociedades anónimas cerradas que deberán estar inscritas en el registro de entidades informantes que lleva la Superintendencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7° de la ley N°18.045, y quedarán sujetas a las obligaciones de información que ésta establezca mediante norma de carácter general”.

19 Artículo 57 de la LUF: “Inversiones y Actividades Prohibidas. Los fondos regulados en los capítulos III y V del Título I de esta ley 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”.

20 Artículo 80 de La LUF, primera parte: “Dividendos. Los fondos de inversión distribuirán anualmente como dividendos a los aportantes, a lo menos, el 30% de los beneficios netos percibidos durante el ejercicio, debiendo quedar establecidas en el reglamento interno las demás características de sus políticas al respecto”.

- iv. no deben contar con más de 49 partícipes (artículo 84 de la LUF), los que debían cumplir con normas de relación y parentesco para su correcta constitución.

3.2 Nuevas normas de relación y parentesco

Con la finalidad de acotar el uso de los FIP como herramientas de planificación tributaria, se estableció un marco normativo más complejo en lo que respecta a su constitución, aportantes y tenencias de cuotas de participación.

A partir de la de la LUF, los FIP se encuentran definidos en el artículo 84 de la ley en comento como aquellos fondos de inversión que tengan menos de 50 partícipes que no sean integrantes de una misma familia.

En relación con lo anterior, el artículo 1° de la LUF en su letra d) señala que son integrantes de una misma familia “quienes mantengan entre sí una relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad y las entidades controladas, directa o indirectamente por cada una de estas personas”.

Cómo reforzamiento adicional, la LUF incorporó nuevas reglas de relación respecto de los aportantes. En este sentido, manifestaba el artículo 92 de la ley en comento que después de transcurrido un año contado desde la creación del fondo, y mientras se encuentre vigente, éste debía tener al menos cuatro aportantes no relacionados entre sí, no pudiendo ninguno de ellos tener menos de un 10% de las cuotas pagadas del fondo; restricción que no aplicaría en caso de que dentro de los aportantes hubiese un inversionista institucional.

De acuerdo a lo señalado en la letra f) del artículo 1° de la LUF los inversionistas institucionales son, los bancos, sociedades financieras, compañías de seguros, entidades nacionales de reaseguro, administradoras de fondos autorizados por ley, y aquellas entidades autorizadas por la CMF bajo ciertos requisitos (según remisión al artículo 4° bis de la LMV).

Para efectos de clarificar las normas de relación, la LUF a diferencia de lo establecido en la Ley N°18.815, define expresamente el término “personas relacionadas”. En este sentido, la letra l) del artículo 1° de la LUF se remite al artículo 100 de la LMV, por lo que entiende que están relacionadas con una sociedad:

- i. las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad (artículo 96 LMV);

- ii. las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la en el título VIII de la LSA;
- iii. quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos;
- iv. toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta (artículo 98 LMV), pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto; y
- v. aquellas que establezca mediante Norma de Carácter General la CMF, a través de un sistema de presunciones basado en las relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación²¹.

4. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 21.210²²

La LMT tuvo uno de sus principales propósitos aumentar la recaudación fiscal²³. Por lo anterior, se modificó el artículo 92 de la LUF, fijando requisitos más estrictos para la constitución de un FIP, señalando que éstos deberán contar al menos con ocho aportantes, no pudiendo ninguno de ellos, en conjunto con sus relacionados, tener más de un 20% de las cuotas pagadas del fondo. No obstante, esta nueva exigencia, el artículo cuadragésimo sexto transitorio de la LMT, dispuso que esta nueva regla no resultaba no aplicable a los FIP que, a la fecha de la publicación de la Ley, hayan recibido aportes de la CORFO.

21 Cabe señalar que la emisión de la Norma de Carácter General es una norma facultativa de la CMF. A la fecha de la presente investigación la autoridad no ha emitido dicho texto reglamentario. Lo anterior, sin perjuicio de las vigencias de la Circulares N°109 de 1981, N°574 de 1981 y el Oficio N°15.103 de 2011, a través del cual la CMF (como SVS) definió el concepto “entidades relacionadas” para las personas jurídicas y naturales sujetos a fiscalización por dicha autoridad.

22 En adelante, indistintamente como LMT.

23 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2020. Historia de la Ley N°21.210 que Moderniza la Legislación Tributaria. Valparaíso. 2.457p.

5. NORMAS DE RELACIÓN Y PARENTESCO EN LOS FIP

5.1 Análisis del artículo 84 de la LUF

De acuerdo a lo señalado en el artículo 84 de la LUF, un FIP debe estar constituido por menos de 50 aportantes que no sean integrantes de una misma familia.

Para la aplicación de lo anteriormente expuesto, la CMF en virtud de su facultad interpretativa en lo atinente a las normas del mercado de valores, señaló mediante el Oficio N°34.250 de 2017 que “para determinar si un fondo de inversión es un FIP deben considerarse los partícipes que no sean integrantes de una misma familia, en los términos contemplados en la letra d) del artículo 1° de la Ley”.

En virtud de lo anterior, la autoridad administrativa concluyó que “el artículo 84 de la Ley no limita que sean partícipes de un FIP únicamente los integrantes de una misma familia ni impide la configuración de un FIP que dos de sus partícipes sean integrantes de una misma familia (...), sin perjuicio de la exigencia contemplada en la norma citada de número máximo de partícipes que no sean integrantes de una misma familia, así como las exigencias contempladas en los artículos 91 y 92 de la Ley, en relación con el máximo de cuotas en manos de la administradora y mínimo de aportantes no relacionados”.

Teniendo en consideración lo mencionado por la CMF en su interpretación del artículo 84 de la LUF, podemos señalar que la referida disposición establece las siguientes reglas en cuanto al parentesco y número de aportantes:

- i. **REGLA N°1:** Los FIP deben estar constituidos por no más de 50 aportantes; la cual es una regla estricta que no admite interpretación. En este sentido, el artículo 89 de la LUF señala que en caso que una FIP deje de cumplir lo establecido “quedarán sujetos a todas las disposiciones contenidas en la presente ley aplicables a los fondos y administradoras fiscalizadas por la Superintendencia²⁴ (...)”, debiendo además adecuarse los reglamentos internos del FIP y la naturaleza social de la sociedad administradora, en caso de ser procedente.
- ii. **REGLA N°2:** Todos los aportantes no pueden pertenecer a una misma familia. Dada la amplitud de la redacción, esta regla es flexible y permite las siguientes excepciones:

24 Actual CMF.

- a) **EXCEPCIÓN N°2.1:** Pueden existir aportantes de integrantes de una misma familia en un FIP siempre que los demás aportantes no pertenezcan a la misma familia.
- b) **EXCEPCIÓN N°2.2:** Pueden ser aportantes de un FIP integrantes de una misma familia siempre y que al menos uno de los restantes aportantes no sea integrante de esa familia.
- iii. **REGLA N°3:** Pueden ser aportantes de un FIP los integrantes de un grupo familiar de acuerdo a los lineamientos de la letra d del artículo 1° de la LUF, vale decir, “quienes mantengan entre sí una relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad”.
- iv. **REGLA N°4:** Se entenderá dentro del concepto de integrantes de una misma familia, las sociedades que las personas mencionadas en la regla anterior controlen, directa o indirectamente²⁵.

5.2 Análisis del artículo 92 de la LUF

5.2.1 Antes de la LMT

De acuerdo a lo señalado en el inciso primero del artículo 92 de la LUF antes de la LMT, transcurrido un año desde la creación del fondo y durante su completa vigencia, el FIP constituido debía tener a lo menos 4 aportantes no relacionados entre sí no teniendo ninguno de ellos menos de un 10% de las cuotas pagadas del fondo. La restricción anterior no aplicaba en caso de que el fondo tuviese como aportantes uno o más inversionistas institucionales que con al menos un 50% de las cuotas pagadas del fondo.

Para una mejor comprensión del alcance de la norma, la CMF mediante el Oficio N°18.947 de 2017, señaló que lo dispuesto consiste en un listado de requisitos copulativos para un FIP que no tenga como aportante un inversionista institucional con menos del 50% de las cuotas pagadas del fondo, para efectos de tener el tratamiento tributario especial contenido en la LUF.

25 En este sentido, se debe tener presente la noción de control señalada en el artículo 97 de la LMV que indica que es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones: (a) asegurar la mayoría de los votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, (b) asegurar la mayoría de los votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o (c) influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Por lo tanto, un FIP debe cumplir con las siguientes reglas, transcurrido un año de su constitución y durante toda su vigencia:

- i. **REGLA N°1:** contar con al menos 4 aportantes. Esta es una regla estricta que no permite interpretación en contrario. Al respecto, los incisos segundo y tercero del artículo 92 de la LUF, indican que en caso de no regular esta situación dentro del plazo de 6 meses desde acaecido el incumplimiento el FIP, será considerado como S.A. y sus aportantes accionistas en lo que respecta a su tratamiento tributario, tributarán en las formas y oportunidades establecidas para estas entidades²⁶.
 - ii. **REGLA N°2:** los aportantes no deben estar relacionados entre sí. Al respecto, cabe tener presente que el concepto de relación utilizado en el artículo 92 de la LUF es el mismo que se contempla en el artículo 100 de la LMV. Para efectos de delimitación alcances del término “relación” de la última ley mencionada, la CMF mediante el Oficio N°3.267 de 2017, señaló que esta se refiere únicamente a los vínculos que existe entre las personas (naturales o jurídicas) y una “sociedad” (persona jurídica).
- A mayor abundamiento, señala el comentado Oficio que “la legislación establece que una persona natural puede ser relacionada con una sociedad, pero no contiene casos en los cuales una persona natural pueda estar “relacionada” con otra persona natural. De lo cual podemos colegir que no sería factible establecer que personas naturales puedan ser consideradas “relacionadas entre sí” a la luz de la LMV”.
- iii. **REGLA N°3:** cada uno de los aportantes debe tener al menos el 10% de las cuotas pagadas del fondo.
 - iv. **REGLA N°4:** las reglas N°1, 2 y 3 no aplicarán, mientras el FIP cuente

26 Artículo 92 de la LUF inciso tercero: “Si ello no ocurriere (adecuación de incumplimiento dentro del plazo de 6 meses), el fondo se considerará sociedad anónima y sus aportantes accionistas de la misma para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, respecto de los beneficios y utilidades que obtengan a contar del ejercicio comercial en que se hubiera producido la infracción, o bien, a contar de la fecha de creación del fondo, en caso que se trate del primer ejercicio de funcionamiento del mismo, tributando el respectivo fondo de inversión privado en la misma forma y oportunidad que establece la ley para las sociedades anónimas”. El paréntesis fue incluido por el autor. Para efectos de su aplicación, el SII señaló mediante el Oficio N°817 de 2021, manifestó que este tratamiento sólo resulta aplicable a los beneficios y pérdidas que se obtengan a contar del ejercicio en que se produzca la infracción, “el resultado de utilidad o pérdida que corresponda al reajuste o actualización de los activos y pasivos, desde la fecha de su adquisición y el 1 de enero del ejercicio en que se produce el incumplimiento, y que se deba registrar en el balance de apertura, no deberá considerarse para efectos de determinar la base afecta al IDPC, al no corresponder a beneficios y utilidades que se obtengan a contar del ejercicio en que se produzca el incumplimiento”.

entre sus aportantes uno o más inversionistas institucionales que tengan al menos un 50% de las cuotas pagadas del fondo. Esta regla, contiene una norma de excepción para cuando estos IIC cuenten con inversionistas de gran envergadura.

5.2.2 Después de la LMT

A partir de la entrada en vigor de la LMT, cambia la interpretación y aplicación del artículo 92 de la LUF en lo que corresponde a los requisitos de a la cantidad de aportantes y la tenencia de cuotas del respectivo fondo, realizando las siguientes adecuaciones las reglas N° 1 y 3:

- i. **NUEVA REGLA N°1:** transcurrido un año desde la creación de fondo y durante su vigencia, debe tener a lo menos 8 aportantes. Por tanto, se aumenta la cantidad de partícipes necesarios para su validez.
- ii. **NUEVA REGLA N°3:** los aportantes del fondo en conjunto con sus partes relacionadas no podrán tener más del 20% de las cuotas pagadas del fondo.

Lo anterior, significa un cambio relevante para la permanencia de los beneficios tributarios para los aportantes del fondo. Con la nueva ley vigente, los fondos deben tener mayores aportantes partícipes y deben cumplir con un máximo de participación, con lo que se buscaría en principio evitar la utilización artificial de estos IIC.

Sin perjuicio de las sanciones señaladas, el último párrafo del inciso tercero del artículo 92 de la LUF (incorporado por a LMT), permite recobrar al FIP el tratamiento tributario aplicables a este tipo de entidades en la medida que vuelva a dar cumplimiento las reglas establecidas en el artículo en comento. A mayor abundamiento, la Circular SII N°34 de 2021 señala que el tratamiento tributario una vez vuelto a cumplir las reglas del FIP, se aplicarán nuevamente respecto de aquellas rentas obtenidas a contar del 1° de enero del ejercicio inmediatamente siguiente a aquel en que hubiere logrado dicho cumplimiento, teniendo la obligación de comunicar al SII a más tardar el 30 de abril del ejercicio inmediatamente siguiente al que vuelva a dar cumplimiento a los referidos límites.

Junto con lo anteriormente señalado, el artículo cuadragésimo sexto de la Ley N°21.210 otorga el plazo de un año desde la publicación de la mencionada Ley para que los FIP que no cumplan con los nuevos límites establecidos en el artículo 92 de la LUF, informen esta situación al SII y regulen su situación de acorde con la nueva normativa aplicable. De no realizar las adecuaciones dentro en tiempo

y forma, el FIP será considerado S.A y sus aportantes accionistas de la misma para los efectos de la LIR, respecto de los beneficios y utilidades que obtengan a contar del ejercicio comercial en que se hubiera producido dicho incumplimiento.

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo al artículo cuadragésimo sexto de la LMT el referido nuevo límite no será aplicable respecto de los FIP que, a la fecha de la publicación de la ley en comento, hayan recibido aportes de la CORFO y hayan cumplido con los lineamientos de inversión señalados, aliviando de costos de implementación legal a los FIP con negocios en marcha con el Estado.

6. FIP COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA

6.1 Tributación general de los FIP

Cabe señalar que la LMT mantuvo en términos generales la estructura tributaria de los FIP, la que corresponde al mismo tratamiento tributario de los FI y FFMM (artículos 81 y 96 de la LUF). No obstante, precisó que, para efectos de tributación, todos beneficios percibidos por estas entidades serán considerados como dividendos distribuidos por S.A constituidas en Chile sujetas al régimen 14 A de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR), esto es, declaración del IPDC determinado con contabilidad completa (artículo 82 de la LUF) y eliminando por extensión la obligación de controlar separadamente en el SAC créditos sujetos a restitución y los créditos que no dan derecho a devolución (artículo 81 N° letra c) LUF).

Además, para determinar el SAC por impuestos soportados en el extranjero por las rentas obtenidas, se elimina la referencia al artículo 41 C LIR (suprimido por la LMT), por lo que este registro deberá llevarse por lo dispuesto en el nuevo artículo 41 A LIR, que establece las nuevas normas sobre tributación internacional respecto de contribuyentes o entidades domiciliados, residentes, constituidos o establecidos en Chile, que obtengan rentas que hayan soportado impuestos en el extranjero.

Uno de los principales beneficios tributarios de los FIP es que no son considerados contribuyentes de IDPC. En este sentido, lo señalado en el N°1 del inciso primero del artículo 81 de la LUF resulta aplicable a los FIP por la remisión del artículo 85 de la ley en comento, sin perjuicio de las obligaciones de registros tributarios que los FIP deban cumplir.

Lo anterior, tiene como fundamento el incentivo de la ley para la utilización de este tipo de IIC. Cabe recordar que la incorporación del FIP tenía como propósito

“dar oportunidad de apertura a bolsa de empresas emergentes que (...) no pueden acceder al mercado de capitales”, tal como se indica en Segundo Informe de Comisión de Hacienda del Senado en la tramitación de la Ley N°19.705²⁷.

Sin perjuicio de no ser un contribuyente de IDPC, la LUF los obliga al pago del impuesto único contemplado en el artículo 21 de la LIR en la ocurrencia de los siguientes casos:

- i. desembolsos no necesarios para el desarrollo de las actividades e inversiones permitidas por la ley para los fondos;
- ii. préstamos de fondos a sus aportantes contribuyentes de impuestos finales,
- iii. uso o goce a cualquier título de activos del fondo que beneficie a los aportantes que sean contribuyentes de impuestos finales;
- iv. entrega de bienes del fondo para obtener garantías de obligaciones en beneficio de uno o más aportantes; y
- v. diferencias que se determinen en virtud de la facultad de tasación del SII.

En el caso de los gastos considerados en la letra a) y e) anteriores, se aplica el inciso 1° del artículo 21 de la LIR, es decir, Impuesto Único del 40%. La administradora de los fondos es responsable que dicho impuesto se entere en arcas fiscales, sin perjuicio que el fondo será el que soportará económicamente dicho impuesto.

Para los casos de las letras b), c) y d) anteriores, se aplicará el inciso 3° del artículo 21 de la LIR, es decir, impuestos finales (Impuesto Global Complementario (IGC) o Impuesto Adicional (IA)) más su tasa adicional de 10%, por lo que serán los respectivos aportantes los responsables de soportar económicamente y declarar este impuesto.

Junto con todo lo anteriormente expuesto, la LUF establece que los FIP se encontrarán también afectos a las normas del artículo 41 F de la LIR, es decir, el impuesto único de 35% por exceso de endeudamiento.

6.2 Criterios establecidos por el Servicio de Impuestos Internos (SII) y a CMF sobre la utilización de los FIP

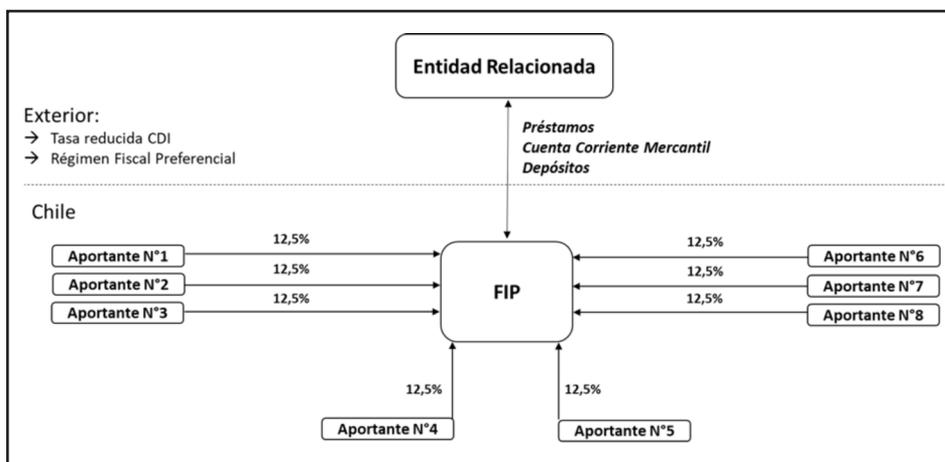
Para evitar el uso artificioso de este vehículo de inversión y aprovecharse de la exención contemplada del IDPC, el SII incorporó en su Catálogo de Esquemas

27 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Op. cit.

Tributarios del año 2020 el Caso Ejemplar N°19 el cual supone los siguientes hechos:

- i. Un grupo de contribuyentes constituyen un FIP que cumple con todos los requisitos de la LUF.
- ii. Dentro de los bienes que posee se encuentran bonos, acciones y capitales mobiliarios, que generan flujos de dinero que son recibidos por el FIP.
- iii. El FIP a su vez, realiza operaciones con entidades domiciliadas en el extranjero (incluyendo países con regímenes fiscales preferenciales), los cuales están relacionados a los aportantes del FIP.
- iv. Dentro de las operaciones con estas entidades se cuentan depósitos, préstamos de dinero y cuentas corrientes mercantiles.

Figura 1: Esquema FIP Catálogo Tributario SII



Al respecto, señala la autoridad tributaria que este esquema podría afectar indebidamente la carga del contribuyente beneficiado por las remesas enviadas por el fondo, en caso que él no residente se beneficie económicamente por el no pago del IDPC de las utilidades generadas por el fondo y por el uso de instrumentos para el flujo de remesas al extranjero, reduciendo las tasas de impuestos o bien postergando el pago de los impuestos correspondientes.

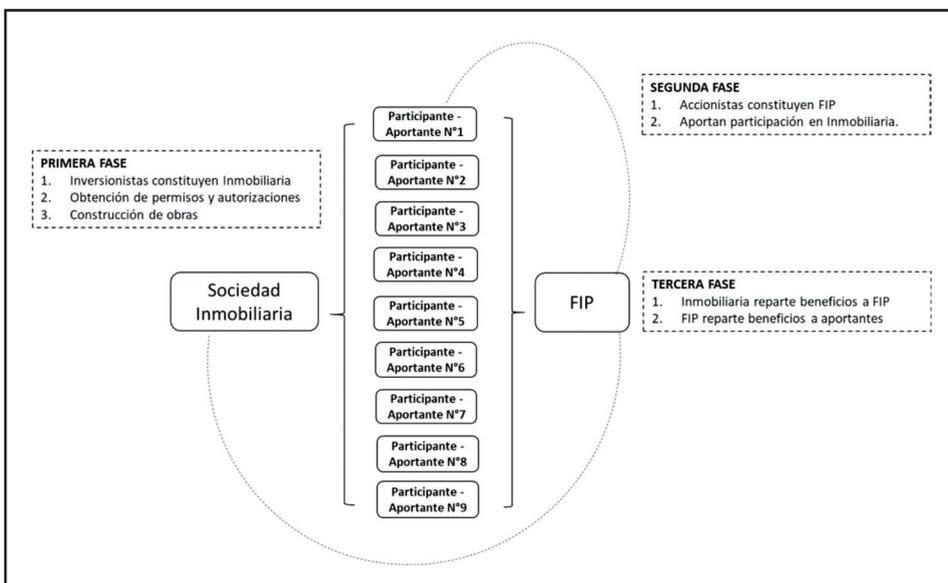
Considerando lo anterior, la autoridad tributaria señala que para este tipo de esquemas se debe analizar, entre otros factores, (i) las condiciones de los contratos que respaldan el envío de flujos al extranjero y si éstas sean de mercado; (ii) la política de remesas al extranjero del grupo empresarial; (iii) los resultados o

ganancias obtenidos por la contraparte en el extranjero. Considerando los elementos anteriores, el SII podría evaluar la aplicación de la Norma General Antielusiva (NGA) en caso de concluir que el modelo de negocios si verifica que las operaciones tienen como objeto relevante evitar el pago de impuestos.

Asimismo, la autoridad tributaria mediante su jurisprudencia administrativa ha establecido criterios para la utilización de los FIP como vehículo de inversión dentro del marco de la economía de opción de los contribuyentes. Al respecto, mediante el Oficio N°1332 de 2017 se pronunció respecto de la siguiente estructura en el marco de procedimiento de consultas de aplicación de NGA del artículo 26 bis del Código Tributario (CT):

- i. 9 inversionistas no relacionados entre sí, para el desarrollo de un proyecto inmobiliario a largo plazo, constituirían una sociedad, la cual será financiada con préstamos que hagan los socios a la sociedad y con deuda de terceros (bancos e instituciones financieras).
- ii. El proyecto consistiría en dos etapas: la primera etapa en la gestión de permisos y autorizaciones de edificación. La segunda etapa consistía en la construcción de los inmuebles, momento en el cual se permitía la incorporación de nuevos socios mediante aportes de capital o préstamos.

Figura 2: Esquema FIP Oficio SII N°1332 de 2017



- iii. Terminado la fase de construcción, los aportantes constituirían un FIP en el que los accionistas de la sociedad inmobiliaria aportan sus acciones al fondo. De esta forma el FIP concentraría la propiedad de la sociedad inmobiliaria y distribuiría a cada inversionista la utilidad que le corresponda sobre la inversión.
- iv. Esta estructura, permitiría a largo plazo levantar capitales para desarrollar nuevos proyectos inmobiliarios e incorporar nuevos inversionistas en el futuro:

Considerando este esquema, el SII concluye que el FIP propuesto no constituiría en principio una actuación elusiva en los términos de los artículos 4° bis, ter y quáter del CT, teniendo en consideración los siguientes argumentos:

- a. Dada la redacción de artículo 57 de la LUF que regula las actividades e inversiones prohibidas para los fondos contemplados en dicha ley, los FIP tendrían el carácter de vehículo de inversión pasivo.
- b. En concordancia con lo anterior, las actividades del FIP no implicarían la adquisición directa de bienes raíces para su explotación ni para el desarrollo de actividades prohibidas. Al respecto, el FIP recibirá como aportes participación social de una sociedad inmobiliaria que sería contribuyente de IDPC e impuestos finales. Dichas participaciones generarían rentas pasivas (p.e. dividendos) las que la sociedad inmobiliaria repartirá o distribuirá al FIP, el que provocará el pago de los impuestos finales que correspondan en la medida que se distribuyan los beneficios a los aportantes.
- c. Señala además que este tipo de estructura es adecuada para el desarrollo de inversiones. Lo anterior, se enmarca en un comportamiento esperado por el mercado “si se entiende que toda inversión conlleva la expectativa de obtener una rentabilidad”.
- d. Finalmente, concluye 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 afecto al pago del impuesto de primera categoría, por no ser los FIP contribuyentes del impuesto de primera categoría de la LIR; y que se gravarán con los impuestos finales la distribución de los beneficios que el FIP haga a los aportantes. Por lo tanto, concluye la autoridad tributaria 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 o simulación contenidas en los artículos 4 ter y quáter del CT.

Cabe mencionar que el pronunciamiento del SII resulta coherente y alineado con los pronunciamientos de la CMF sobre los puntos observados. La autoridad regulatoria señaló mediante el Oficio N°25.032 de 2018 que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 57 de la LUF “la inversión directa de FIP en bienes raíces se encuentra prohibida y que no existe prohibición para la inversión indirecta de los mismos en esos bienes” (el énfasis es nuestro).

En sintonía con lo anterior, mediante el Oficio N°21.180 de 2018 la referida autoridad manifestó que era viable aportar bienes de cualquier naturaleza (p.e. derechos de propiedad industrial o intelectual) a un FIP, no siendo aplicable a estos fondos lo señalado en el artículo 32 de la ley en comento y la Norma de Carácter General N°390 de 2015 sobre pago de los aportes aplicables a los fondos de inversión en general.

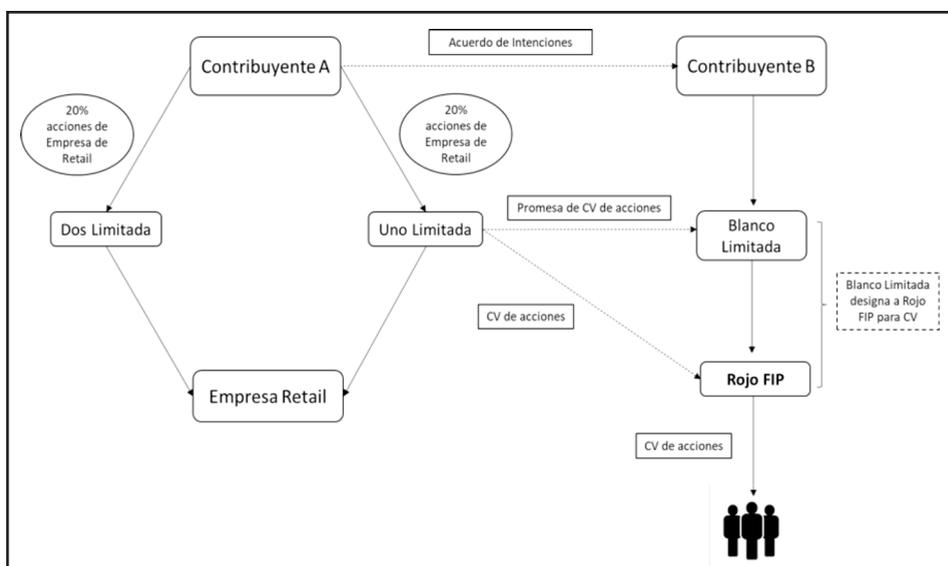
- i. Por lo tanto, podemos desprender los siguientes criterios contemplados por la autoridad tributaria para enmarcar un FIP como una herramienta de planificación tributaria susceptible de ser sancionada con NGA:
- ii. aplicaría NGA cuando el FIP es utilizado como herramienta como para evitar el pago de los impuestos contemplados en la ley respecto de sus aportantes;
- iii. para la aplicación de la NGA no basta por si sola un menor o no pago de impuestos, sino que se debe analizar la estructura de negocios, teniendo antecedentes como las condiciones de contratos comerciales, política de reparto de utilidades y los resultados de las entidades involucradas en la planificación tributaria;
- iv. no aplicaría NGA en los eventos que un FIP se enmarque como vehículo de inversión pasivo; y
- v. no aplicaría NGA en que el FIP como vehículo de inversión pasivo reciba beneficios provenientes de entidades que desarrolla actividades e inversiones que tenga prohibido realizar por su cuenta.

6.3 Jurisprudencia aplicable a los FIP como herramienta de planificación tributaria

Por su parte, la Jurisprudencia reciente se ha pronunciado sobre la utilización de los FIP en estructuraciones de operaciones complejas. En este sentido en autos ROL 865 – 2018 la Excma. Corte Suprema (CS), acogió un recurso de casación en el fondo a favor del reclamante en una operación que concluyó en un no pago de IDPC de un FIP. La planificación se desarrolló en los siguientes términos:

- i. Contribuyente A, persona natural, era propietario del 40% de las acciones de una empresa de retail, a través de las sociedades Inversiones Uno Limitada e Inversiones Dos Limitada, ambos en propiedad de un 20% cada uno de las acciones de dicha empresa de retail.
- ii. Contribuyente A firmó con Contribuyente B, persona natural, un acuerdo de intenciones el cual tenía como objetivo (i) convertirse en controladores del 40% de la propiedad de la empresa de retail mediante una sociedad controlada por el holding del Contribuyente B y (ii) simultáneamente, suscribir con el Contribuyente B un pacto de control y actuación conjunta con la familia del Contribuyente A.
- iii. Simultáneamente al acuerdo, se celebró un contrato de promesa de compraventa entre Inversiones Uno Limitada (como promitente vendedor) e Inversiones Blanco Limitada, sociedad del holding del Contribuyente B (como promitente comprador), por el 20% de las acciones de la empresa de retail. En una de las cláusulas del contrato se estipula que “el promitente comprador podrá adquirir todo o parte de las acciones directamente o a través de cualquier persona jurídica designada por éste”.
- iv. En el cumplimiento del contrato de promesa, Inversiones Uno Limitada celebró 5 contratos de compraventa mediante los cuales vendió a Rojo FIP, representado por la sociedad administradora Inversiones Rojo limitada,

Figura 3: esquema Rol CS 865-2018.



el 20% de las acciones. Para éstos efectos, Inversiones Blanco Limitada hizo ejecución de la cláusula anterior y designó a Rojo FIP para celebrar y adquirir las acciones objeto de la compraventa.

- v. Posteriormente y en distintas fechas, a través de 4 contratos de compraventa Rojo FIP vendió a distintos compradores el 20% de las acciones representativas de la empresa de retail que había comprado a Inversiones Uno Limitada, ingresando el producto de la venta a su patrimonio. De esta forma, la operación analizada por la Corte Suprema tiene el siguiente el siguiente esquema operativo:

Considerando lo anteriormente expuesto, el SII realizó liquidaciones a Inversiones Blanco Limitada, entendiendo que el mayor valor en la operación recaía en esta entidad y estaba afectos con IDPC según lo dispuesto en los artículos 17 N°8 letra a²⁸ y 18 inciso segundo de la LIR de la época²⁹.

El fundamento de la autoridad tributaria fue que Rojo FIP habría actuado en calidad de mandatario de Inversiones Blanco Limitada, pues hizo valer los derechos y dio cumplimiento a las obligaciones que a ésta última correspondían en el contrato de promesa de compraventa, señalando la existencia de un mandato en las cláusulas ejecutadas por Rojo FIP. Adicionalmente, señaló que, si bien Rojo FIP no es una persona jurídica, compareció a comprar las acciones de la empresa de retail expresamente autorizada por Inversiones Blanco Limitada, actuando además como representante, habiéndose radicado el resultado de la operación en el patrimonio de la sociedad limitada en cuestión.

En respuesta a la citación practicada por el SII, Inversiones Blanco Limitada argumentó que la compra fue realizada por Rojo FIP y que en él se radica la mayor ganancia. Asimismo, señala que tal operación de compra fue ejerciendo los derechos adquiridos de acuerdo a los términos del contrato de promesa de compraventa celebrado con anterioridad. Manifiesta finalmente, que el SII aplica la legislación civil y mercantil de manera errada, porque Rojo FIP no actuó como mandatario, sino que esta operación se enmarcó en un acuerdo de intenciones, por lo que la autoridad tributaria exige probar la inexistencia de un mandato que según la entidad fiscalizadora celebraron la reclamante con RCC FIP.

28 Artículo 17 LIR: “No constituye renta: a) Enajenación o cesión de acciones de sociedades anónimas, siempre que entre la fecha de adquisición y enajenación haya transcurrido a lo menos un año”.

29 Artículo 18 LIR, inciso segundo: “Cuando el Servicio determine que las operaciones a que se refiere el inciso anterior son habituales considerando el conjunto de circunstancias previas o concurrentes a la enajenación o cesión de que se trate, corresponderá al contribuyente probar lo contrario”.

En la revisión del recurso interpuesto por la reclamante en contra de la sentencia del tribunal fallador, que revocó sentencia favorable a sus intereses dictado por el tribunal de base, la CS tomó como antecedente para fallar en el considerando SEXTO lo señalado en el Oficio SII N°1332 de 2017 ya analizado que manifiesta que la utilización de un FIP como vehículo de inversión no constituye en principio una actuación elusiva en los términos del artículo 4 ter y quáter del CT. En este sentido, la CS señaló en el considerando NOVENO que la discusión se encuentra centrada fundamentalmente en la calificación jurídica que se hace de una cláusula de uno de los contratos (promesa de compraventa).

Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto, la CS resuelve que del contrato en controversia no hay nada que indique la existencia de un mandato, al no concurrir los elementos que son propios a este tipo de contrato (representación, remuneración y gestión de negocios), por lo que las actuaciones de Rojo FIP en la compra de acciones fueron realizados a nombre propio (considerando VIGÉSIMO PRIMERO).

Finalmente, señala la CS que la sentencia del tribunal fallador vulneró lo dispuesto en el artículo 1564 CC - sobre interpretación de las cláusulas del contrato - y 1560 CC - sobre primacía de la intención de los contratantes – (Considerando VIGÉSIMO SEGUNDO). Por lo tanto, resuelve acoger el recurso de casación en el fondo, invalidando la sentencia y dictando una de reemplazo a favor del reclamante.

Como podemos apreciar, la dispuesto señala por el tribunal toma en consideración lo pronunciado por el SII en el Oficio N°1332 de 2017, no obstante haber resuelto que la existencia y utilización del FIP como parte del proceso de compraventa de acciones no haya sido la cuestión central de la litis.

Así las cosas, el centro del debate consistió en analizar la intención de los contratantes a la hora de pactar el contrato de promesa de compraventa y la cláusula que permitió a Rojo FIP adquirir las acciones de Uno Limitada y obtener un mayor valor por la venta de este a terceros. En este sentido, el razonamiento de la CS fue desarrollado desde una perspectiva civil, primando el principio de la autonomía de la voluntad y estableciendo formalmente intención de las partes a partir de la regla de interpretación de los contratos, por sobre los efectos tributarios de la operación.

Si bien, podríamos entender la operación de los contribuyentes se enmarca dentro de a razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la ley tributaria, se genera una fuga en la recaudación de impuestos por la interposición de un FIP, cuyos beneficios tributarios pueden ser utilizados con un fin diverso al originalmente deseado por legislador que incorporó este tipo de IIC.

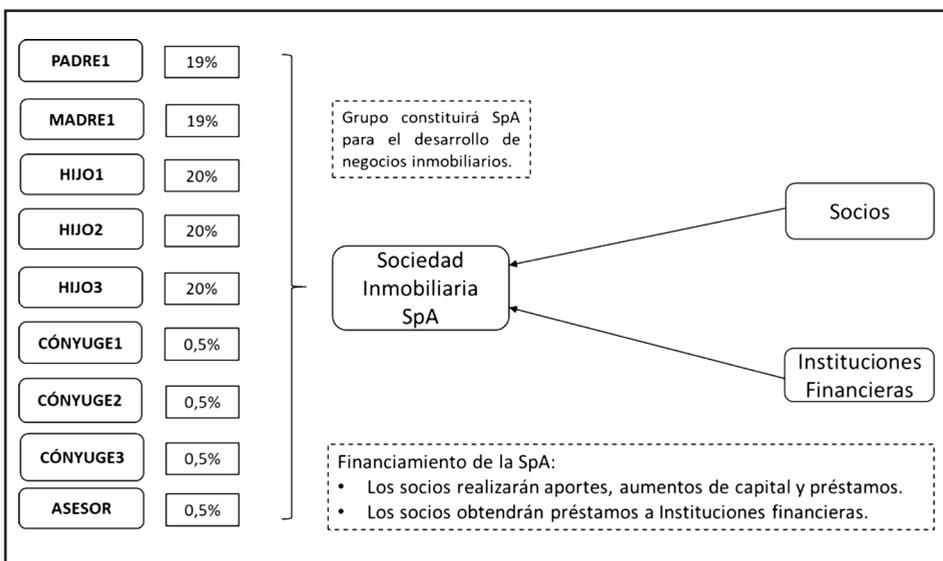
7. CASO PRÁCTICO

Teniendo en consideración el marco legal definido para los FIP y lo señalado tanto por el SII, la CMF y la Jurisprudencia analizada en la aplicación de las normas relativas a dichos IIC, podemos estructurar la siguiente implementación:

i. FASE 1

- a. Una familia, constituida por un padre, una madre y 3 hijos, para generar ingresos al grupo familiar, decide desarrollar negocios en el rubro inmobiliario. A su vez, sus hijos incorporarán al negocio a sus respectivos cónyuges y al asesor del grupo familiar.
- b. Para la implementación del negocio, se constituirá una Sociedad por Acciones (SpA) con todos los integrantes designados para el desarrollo del negocio.
- c. La SpA gestionará los permisos administrativos necesarios y las labores de estudio, diseño y construcción del proyecto inmobiliario. El financiamiento lo obtendrá la SpA a partir de los aportes de los socios, aumentos de capital y préstamos obtenidos que tenga con los mismos e instituciones financieras.

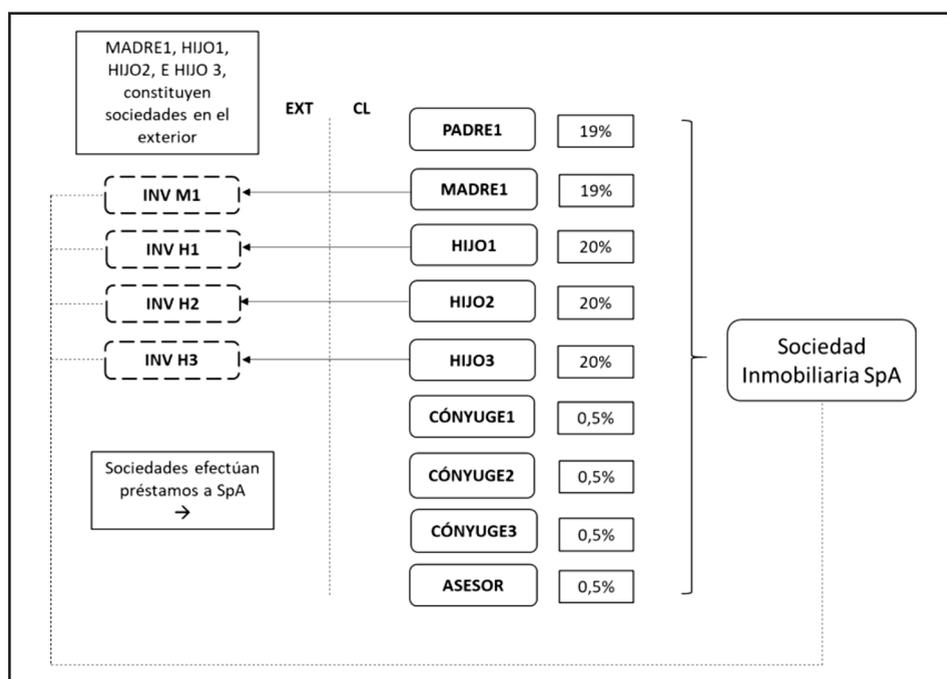
Figura 4: Fase 1 estructura de inversión FIP



ii. FASE 2

- a. Madre1, Hijo1, Hijo2 e Hijo3 constituyen sociedades en el extranjero. El aporte a las sociedades consiste en sus participaciones en la SpA, las cuales se efectúan a costo para efectos de lo dispuesto en el artículo 17 N°8 letra a) de la LIR.
- b. Las sociedades extranjeras constituidas realizan préstamos a la SpA para el financiamiento de sus actividades.

Figura 5: Fase 2 estructura de inversión FIP

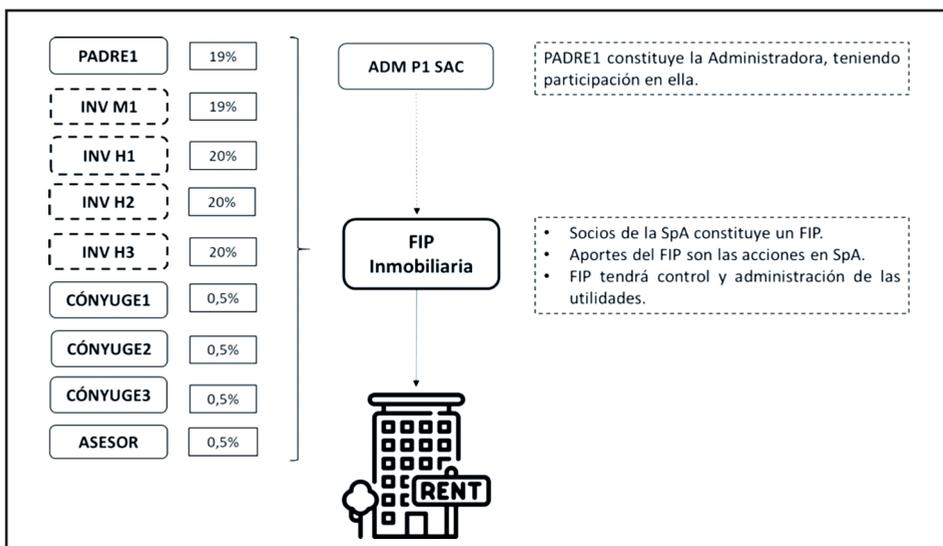


iii. FASE 3

- a. Finalizado el procedimiento de construcción de los inmuebles, se da paso a la fase de explotación de los mismos. De esta forma y con la finalidad de obtener la mayor cantidad de utilidades posibles, los socios de la deciden constituir un FIP.
- b. El FIP tendrá la misma distribución de cuotas de conformidad con la participación de los socios en la respectiva SpA, de esta forma se cumple lo dispuesto en el artículo 92 de la LUF. Asimismo, dada las relaciones

- de parentesco entre los aportantes, se daría cumplimiento a lo señalado en el artículo 84 de la ley en comento, dado que el asesor es el único aportante no integrante del grupo familiar.
- c. Los aportes al FIP consistirán en las acciones de la SpA. Esto estaría permitido por la libre regulación en la forma de hacer los aportes de acuerdo a lo señalado en el artículo 85 de la LUF y lo interpretado por la CMF en el Oficio N°20.180 de 2018. Además, esta forma de aportar no estaría en contradicción con lo dispuesto en el artículo 57 de la LUF y lo interpretado por la CMF en el Oficio N°25.032 de 2018 (vinculación con negocios o actos prohibidos).
 - d. La administración del FIP estará a cargo de una S.A. cerrada en la cual Padre tendrá participación, no contradiciendo lo dispuesto en el artículo 90 de la LUF y la Norma de Carácter General CMF N°364 de 2014³⁰. A su vez, cabe tener presente que no existe impedimento para que los socios de la sociedad administradora sean también aportantes del FIP, considerando la regulación existente a la fecha aplicable a estas entidades³¹.

Figura 6: Fase 3 estructura de inversión FIP



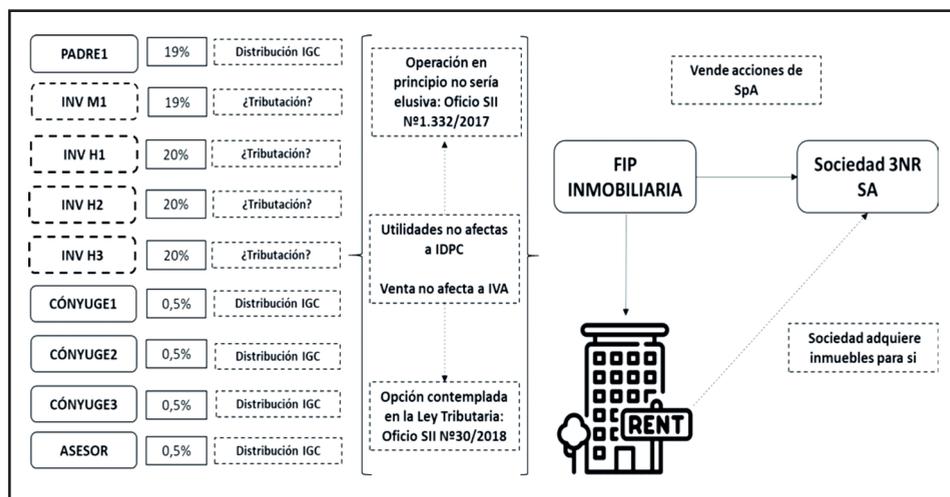
30 Establece los requisitos de inscripción en el Registro Especial de Informantes para el caso de administradoras de FIP.

31 Cabe recordar que el artículo 85 de la LUF, deja la mayoría de los derechos y obligaciones a los partícipes de un FIP a lo que acuerden en sus reglamentos internos.

iv. FASE 4

- a. Para efectos de obtención de utilidades, se analiza la venta del proyecto inmobiliario a un tercero no relacionado.
- b. La estrategia consistirá en la venta de las acciones de la SpA en poder del FIP. A propósito de la operación de venta de proyectos de negocios, el SII ha señalado mediante el Oficio N°30 de 2018 “que en cuanto al IVA en la compra de proyectos (...) dependerán del alcance de dicho concepto y la manera en que la respectiva operación de compra se materialice”, dejando abierta la posibilidad de planificar dentro del concepto de “economía de opción” la estrategia tributaria más óptima.
- c. Al respecto, señala el comentado oficio que en caso de escoger la venta de un proyecto a través de la enajenación de acciones esta “no se encuentra comprendida en la definición de “venta” del N° 1, del artículo 2°, de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (LIVS), contenida en el artículo 1°, del D.L. N° 825, de 1974, por recaer en bienes incorpóreos, de tal manera que dicha operación no se encontraría afecta a IVA”.
- d. De esta forma, el tercero no relacionado compra las acciones que tiene el FIP en la SpA. De acuerdo con la estructura de la operación, la compraventa de acciones no estaría afecta a IVA y el mayor valor obtenido por el FIP no estaría afecto a IDPC por lo dispuesto en el artículo 81 inciso primero N°1 de la LUF (por remisión del artículo 85 de la misma ley en comento).

Figura 7: Fase 4 estructura de inversión FIP



- e. Posteriormente, las utilidades obtenidas serán distribuidas a los aportantes del fondo. En caso de las sociedades de inversiones Madre1, Hijo1, Hijo2 e Hijo 3 se entregarán flujos de dinero mediante contratos de cuenta corriente mercantil, con la finalidad de cumplir con obligaciones contraídas al exterior por los primeros préstamos para el desarrollo de proyecto y para el desarrollo de su propio giro; cumpliendo los requisitos del artículo 602 del Código de Comercio (CCom) y el Oficio SII N°5.115 de 2004 y dejando a tributación en suspenso.

8. SITUACIONES CRÍTICAS OBSERVADAS

Tomando como referencia la estructura de negocios e inversiones en bienes raíces desarrollada, podemos entender como primera aproximación que el modelo propuesto cumple formalmente con las normas de relación y parentesco de los artículos 84 y 92 de la LUF; aplicación que se realizó de conformidad a la ley y lo manifestado tanto por la CMF, el SII y la jurisprudencia respectivamente.

No obstante, el cumplimiento normativo y las interpretaciones aplicables generan efectos que son contrarios a los presupuestado en el espíritu de la ley, el cual podemos desprender en las historias legislativas previamente señaladas.

En este sentido, resultan evidentes las siguientes contradicciones en la normativa de la LUF que aún distorsionan la aplicación de los FIP como IIC:

- i. La redacción del artículo 84 de la LUF y las interpretaciones de la CMF, permiten una incorporación extensiva de parientes por afinidad y/o parentesco, con la consecuencia de beneficiar con utilidades a personas que no realizan aportes significativos al desarrollo del negocio. En el caso desarrollado, los cónyuges de los hijos sólo obtendrían utilidades por su mera participación marginal.
- ii. A su vez, las interpretaciones de la CMF sobre el artículo 84 de la LUF permiten la incorporación de aportantes instrumentales en beneficio de patrimonios familiares. En el caso desarrollado, este se graficaría en la participación del asesor y los cónyuges.
- iii. El artículo 92 de la LUF exige un máximo de 8 aportantes no relacionados entre sí que no tengan más de un 20% de las cuotas pagadas del FIP. Si bien es una adecuación correcta aumentar la cantidad de aportantes y considerar una participación significativa en dicho IIC, el máximo fijado por la ley facilita aún más la incorporación de aportantes instrumentales

con participación marginal, con la finalidad de cumplir con el máximo de “49 aportantes” exigido en el artículo 84 de la LUF.

- iv. El mismo artículo 92 de la LUF, de acuerdo a las interpretaciones de la CMF supone el concepto de relación entre persona – sociedad, excluyendo a relación persona natural – persona natural. Esto permite que personas naturales puedan estar vinculadas o asociadas (por ejemplo, a través de un matrimonio como en el caso de los hijos y sus cónyuges) y sobrepasar el máximo de participación del 20%, siendo la norma de relación ineficaz parcialmente para evitar la concentración patrimonial.
- v. La incorporación artificiosa de un FIP se ve reforzado por lo dispuesto por la falta de regulación de los administradores de los FIP señalado en los artículos 89 y 90 de la LUF. Dada las escasas reglas para su constitución y dirección, no existen impedimentos para que aportantes de un FIP puedan ser socios y de la misma sociedad que administre dicho fondo, facilitando la conducción del fondo con fines distintos al desarrollo de las inversiones.
- vi. Finalmente, existe gran facilidad para relocalizar las utilidades obtenidas por aportante de un FIP al exterior y la falta de regulación entre operaciones de financiamiento vía deuda entre los aportantes y el FIP en cuestión. Esta problemática se grafica en el ejemplo propuesto con una reasignación de las cuotas de aportantes en el exterior y una estructura de cuentas corrientes mercantiles que permitiría postergar la tributación con impuestos finales (en este caso, IA).

De esta forma los FIP pueden ser parte de una planificación tributaria que exceden lo pretendido por el legislador y el espíritu de la ley y con el mero propósito de aminorar carga tributaria y concentrar patrimonio.

9. NORMA GENERAL ANTIELUSIVA Y ESPÍRITU DE LA LEY

Al respecto, debemos señalar en primer lugar que la normativa de NGA reconoce como principio general la sustancia sobre la forma de los actos jurídicos celebrados por el contribuyente (inciso primero del artículo 4° bis del CT).

Junto con lo anterior, consagra como segundo principio la buena fe del contribuyente (inciso segundo del artículo 4° bis del CT) la que supone admitir y reconocer, tanto por el SII como por los propios contribuyentes, la totalidad de los efectos que surjan de los actos o negocios jurídicos que hubieren llevado a cabo, cualquiera sea la forma o denominación que las partes le hubieren dado. Lo anterior, ya que

en definitiva lo que determina el nacimiento y exigibilidad de las obligaciones tributarias, es la naturaleza jurídica propia de los hechos, actos o negocios realizados más que los formalismos contractuales o las denominaciones que los interesados les hayan atribuido, tal como indica la Circular SII N°65 de 2015.

A contrario sensu, el contribuyente no actúa de buena fe en materia tributaria cuando desarrolla hechos, actos, o negocios con intencionalidad elusiva, esto es, busca dejar sin aplicación la ley tributaria a través del abuso de las formas jurídicas o la simulación.

Sin perjuicio de la aplicación y eficacia de las NGA, el legislador cautela el legítimo derecho de los contribuyentes a organizar sus actividades, actos o negocios afectados con impuestos, teniendo en consideración que no toda ventaja tributaria constituye una estructuración elusiva. Al respecto, el inciso segundo del artículo 4° ter del CT consagra el “derecho de opción” (también señalado como “economía de opción”, en la Circular N°65 de 2015), siendo legítima “la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria”.

A mayor abundamiento, la Circular SII N°65 de 2015 entiende que los contribuyentes en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual pueden buscar y utilizar los mecanismos más óptimos tributariamente para el desarrollo de sus actividades, esto es, actos y negocios que impliquen “una menor carga tributaria o que el acto escogido no genere efecto tributario alguno o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo, siempre que estos efectos estén contemplados por la ley tributaria”.

A partir de las incorporaciones de NGA, el SII realizó precisiones sobre el desarrollo de planificaciones tributarias. Señaló la autoridad tributaria mediante el Oficio N°154 de 2016 que, dado que el objetivo de incorporación de este tipo de normas es el pago correspondiente a los impuestos establecidos en las leyes y a cerrar los espacios de elusión y planificación tributaria agresiva, no toda planificación tributaria es susceptible de controversia.

Por lo tanto, tendiendo en consideración lo dispuesto en la NGA y las interpretaciones del SII, dentro de la economía de opción cabe una planificación tributaria no agresiva,

a través de las actuaciones y mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico y que permita la liberación, disminución o diferimiento de efectos tributarios en el tiempo a favor del contribuyente como consecuencia de la correcta aplicación de la ley tributaria³².

Por otro lado, resulta obligatorio analizar si la constitución de un FIP en lo que se refiere a la conformación de sus aportantes y sus normas de relación y parentesco, generan un contexto de panificación tributaria sancionable con NGA, por producir efectos contrarios al espíritu de la LUF y a la voluntad del legislador para la existencia y aplicación de tales fondos.

Tal como ya hemos señalado anteriormente, el artículo 84 de la LUF manifiesta que un FIP es aquel constituido por menos de 50 aportantes que no sean integrantes de una misma familia. Como primera aproximación podríamos entender que el artículo en comento tiene una redacción oscura toda vez que no señala claramente cuantos aportantes de una misma familia pueden ser aportantes de un FIP.

Ante lo anterior, nos encontramos frente a un problema formal de interpretación, en la que se requiere precisar el sentido y alcance de la norma en abstracto³³. Como forma de delimitar los objetivos de este artículo entendemos que debemos recurrir al elemento gramatical e histórico de interpretación, contemplados en el artículo 19 del CC.

Al respecto señala el inciso primero del artículo en comento que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. De esta forma podemos entender que esta etapa de interpretación tiene como finalidad el análisis exegético de la norma, descomponiendo gramáticamente la norma para analizar su semántica y sintaxis.

El elemento histórico establecido en el inciso segundo señala que “(...) bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Cabe destacar que ese proceso supone indagar no solamente el

32 Tomando a definición genera del “ley” señalado en el artículo 1° del CC y lo señalado por la doctrina (Streeter, 1968), podríamos definir como la ley tributaria “como aquella manifestación de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, establece la relación jurídica entre el Estado y un contribuyente consistente en el nacimiento de la obligación del pago de tributos, hasta su finalización”. El fundamento de la ley tributaria radica en la coerción ejercida por el Estado a través de su facultad de imperio para la obtención de recursos (Jarach, 1996).

33 Rodríguez, P., 2012. Teoría de la Interpretación Jurídica. 2ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 182p.

proceso formativo de la ley sino también el contexto histórico de su gestación con la finalidad de rescatar los fundamentos de la ley y no la mera voluntad del legislador.

Tal como se señaló en apartados anteriores, el artículo 84 de la LUF es parte de la nueva regulación de los FIP. De la Historia de la Ley N°20.712 se puede desprender que los fundamentos de esta regulación obedecían a las siguientes situaciones:

- i. garantizar la generación de riqueza a cuenta de terceros y de forma independiente;
- ii. evitar una administración artificiosa para pagar menos impuestos;
- iii. garantizar el correcto funcionamiento de los FIP para evitar ser usados como medio para realizar transacciones ocasionales; y
- iv. dar cumplimiento a la finalidad de este tipo de IIC que es la masividad y facilitar el acceso al mercado de capitales a entidades emergentes.

En el entendido que estos puntos corresponden a lo deseado por la LUF, podemos señalar que el artículo 84 de la ley en comento debiese tener una interpretación que busque la finalidad de los FIP como una herramienta de inversión profesionalizada para personas y empresas que no tienen facilidad de acceso al mercado de capitales.

No obstante, el pronunciamiento de la CMF en el Oficio N°34.250 de 2017 va en contra del espíritu de la ley al abrir el espectro de posibles aportantes del FIP haciendo extensivo a un número amplio de integrantes de un grupo familiar, facilitando su instrumentalización³⁴.

Por su parte, el artículo 92 de la LUF, presenta en parte una situación análoga a la del artículo 84 de misma ley. El Oficio CMF N°3267 de 2017, al acotar el término relación a binomio sociedad – persona (natural o jurídica), permite la instrumentalización de los FIP como herramientas de planificación tributaria tendiente a una y concentración patrimonial familiar; no siendo estos instrumentos unos facilitadores de la inversión a entidades que no tiene acceso al mercado de capitales.

34 Si bien la CMF no tiene facultades de fiscalización respecto de los FIP y estos se rigen principalmente a lo señalen sus propios reglamentos, de acuerdo con lo señalado en el N°2 del artículo 5 de la Ley N°21.000, tiene como atribución la absolución de las consultas y peticiones en materias relacionadas con el mercado financiero, lo que le ha permitido desarrollar una interpretación de este artículo de una forma contraria al espíritu de la LUF. Asimismo, de conformidad con el N°1 del artículo 5 de la ley en comento la CMF cuenta con atribuciones de interpretación administrativa de leyes, reglamentos y demás normas que regían a las personas, entidades o actividades fiscalizadas, lo que se ha plasmado para estos casos en la amplia jurisprudencia administrativa sobre FIP que ha desarrollado desde la creación de este IIC en el año 2000.

El caso del artículo 92 de la LUF presenta además una situación especial en los que respecta a la LMT. Si bien, la se señalada ley tenía como intención obtener una mayor recaudación cerrando toda planificación aumentando el requisito a 8 aportantes, la posibilidad evidente de tener aportantes instrumentales con participación marginal en el FIP aumenta.

En este sentido, antes de la reforma planteada se exigía un mínimo de participación del 10% de las cuotas del fondo a un mínimo de 4 aportantes no relacionados (mínimo). A partir de la actual ley aumenta a 8 aportantes que en conjunto con sus relacionadas no puede tener más de un 20% (máximo), lo que puede facilitar aún más la instrumentalización del fondo. Lo anterior, corresponde a una descoordinación entre la voluntad del legislador y la norma propuesta, la cual no tiene solución vía interpretación administrativa.

Lo anterior nos lleva a concluir la dificultad de aplicar la NGA en este tipo de supuestos con FIP. Los beneficios tributarios relativos a la exención del IPDC suponen un incentivo de este tipo de instrumentos. A su vez, dicha exención es creación de una ley de naturaleza tributaria, enmarcada en el contexto de obligaciones y derechos relativos al pago de tributos entre el Estado y el contribuyente.

Finalmente, esta situación elusiva se ve reforzada por en el marco normativo del mercado de capitales, por lo que todo origen de planificación artificiosa con FIP deriva también en lo dispuesto en la regulación vigente de mercado de capitales.

10. PROPUESTAS DE LA CTC&E PARA LA ADECUACIÓN TRIBUTARIA DE LOS FIP

Durante enero de 2021, la Comisión Tributaria para el Crecimiento y la Equidad (CTC&E), presentó el Informe sobre Exenciones y Regímenes Especiales, el que incluye recomendaciones sobre la mantención, eliminación o modificaciones de los diversos beneficios especiales existentes en el sistema tributario chileno. Uno de los puntos discutidos en el señalado reporte a nivel de impuesto corporativo fue específicamente el beneficio de exención del IDPC en los FIP. Siento este punto objeto de discrepancias, se diferenciaron dos posiciones distintas dentro de la comisión³⁵:

35 COMISIÓN TRIBUTARIA PARA EL CRECIMIENTO Y LA EQUIDAD. 2021. Informe sobre Exenciones y Regímenes Especiales. Santiago de Chile. 66p.

i. La posición mayoritaria recomienda la eliminación de exención de IDPC de los FIP y que tributen de conformidad a las reglas generales.

Para sostener esta recomendación, señalan que en la actualidad los FIP suelen ser un pool de inversiones de personas de mayores ingresos. Junto con lo anterior, señalan que el diferimiento en el pago de impuestos por las rentas obtenidas por el FIP por sus aportantes podría extenderse por años, asimilando su tratamiento como una renta exenta de impuestos.

Por último, concluye esta postura que no existe argumentos que justifiquen el tratamiento exento de las rentas generadas en comparación con los IIC contemplados en nuestro ordenamiento jurídico como los FI y los Fondos Mutuos (FFMM). A mayor abundamiento, siendo este IIC de carácter privado no estarán cumpliendo con el objetivo de generar transversalmente el acceso al mercado financiero.

ii. La posición minoritaria recomienda la mantención de la exención del IDPC en los FIP, aumentando la exigencia de distribución de los beneficios netos percibidos.

Por su parte, el sector minoritario de la comisión sostiene la idea de mantener la exención del IDPC en los FIP, señalando en términos generales, que a nivel internacional las entidades equivalentes a FIP no son sujetos de impuestos.

En lo que respecta a la liberación del pago de IDPC, destacan la exigencia de 8 aportantes no relacionados entre sí para que un FIP quede liberado del IDPC establecido por la LMT, dando a entender los mayores requisitos para acceder a la exención señalada.

Sobre las eventuales postergaciones en el pago de impuesto a la renta de los FIP, la posición minoritaria recomienda gravar a los inversionistas de los fondos que sean contribuyentes de IDPC, manteniendo la imputación de créditos que pudieren corresponder a utilidades que ya pagaron el IDPC para evitar situaciones de doble tributación, tal como se recomienda para los FI y FFMM.

Finalmente, recomiendan evaluar una modificación adicional que aumente la exigencia respecto del porcentaje a repartir del Beneficio Neto Privado (BNP), de forma similar a las disposiciones de la LUF.

En términos generales, resulta un avance importante en lo que respecta al sistema tributario chileno la revisión de las exenciones y beneficios. En el caso particular de los FIP, cabe señalar que resulta según información provista por el SII a principios del año 2020, la autoridad tributaria tenía registrados 585 FIP con una cantidad

total de 6.470 partícipes repartidos en tales fondos, representando un 39% de los IIC reconocidos por el SII tal como se señala en la muestra que se adjunta a más adelante³⁶. Además, la autoridad tributaria señaló que, desde la entrada en vigencia de la LUF a la fecha de la liberación de la presente información, se han fiscalizado 29 FIP por observaciones al Impuesto a la Renta y por Pago Provisional de Utilidades Absorbidas (PPUA), por lo que resulta conveniente estudiar y analizar el desempeño tributario de este tipo de contribuyentes en función a sus objetivos, de conformidad a la ley:

Figura N°8 IIC a inicio del 2020, SII.

Fondo De Inversión	Cantidad Fondos	Cantidad Partícipes	Representación Fondos	Representación Partícipes
Privado	585	6.740	39%	0,44%
Públicos	667	67.024	44,5%	4,5%
Fondos Mutuos	247	1.430.336	16,5%	95,1%
Totales	1.499	1.504.100	100%	100%

Sin perjuicio que la primera etapa del CTE&E es de aproximación y análisis, resulta de relevante importancia analizar la finalidad actual de los FIP en relación con la intención original de este IIC. Si bien fueron creados como una herramienta de acceso al mercado de capitales, la legislación actual y sus diversas interpretaciones tanto en sede administrativa como jurisdiccional, tienen a promover estos patrimonios como medios de gestión de recursos privados que en ocasiones sólo se utilizan como una herramienta para evitar el pago de IDPC en operaciones económicas relevantes.

Lo anterior es consecuencia de una promoción de políticas fiscales rentistas que incentivan solamente la práctica de generar ganancias sin una contribución real a la economía³⁷. Dado el contexto económico, social y cultural del país, resulta

36 SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2020. Resolución Exenta SII N°LTNot 0018120 de 2020 que da entrega parcial información solicitada mediante Peticiones AE006W50018020 y AE006W50018021.

37 SANHUEZA, S; LOBOS, J. 2014. Sistema Tributario Chileno: Características y Desafíos. En: ATRIA, J. (et al). 2014. Tributación en Sociedad. Impuestos y Redistribución en el Chile del siglo XXI. Santiago de Chile, Uqbar Editores, pp. 25-52.

importante pensar en las nuevas condiciones de un sistema tributario que incentive la Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D+i) que permita sacar adelante las fuertes demandas sociales que se han manifestado con fuerza en estos últimos años.

Por extensión, los propósitos de los FIP en nuestro ordenamiento jurídico también deben ser replanteados. Dado que estos IIC abarcan una cantidad considerable de contribuyentes, resulta imperioso analizar el actual marco normativo de estas entidades para garantizar que estos instrumentos sean una verdadera herramienta de crecimiento económico en aras a mejorar la capacidad productiva del país y consecuentemente, el bienestar y el desarrollo.

En lo que respecta a los beneficios tributarios actualmente vigentes, resulta adecuado a la equidad horizontal el pago de impuestos a los FIP que tengan fines exclusivamente rentistas. No obstante, creemos sensata la postura de algunos expertos, que recomiendan exención para aquellos que inviertan en Venture Capital, Fondos de Impacto y Sociales, por medio de registro CORFO³⁸. Lo anterior, permite validar y justificar la existencia de los FIP como una forma de acceso al mercado de capitales a entidades emergentes. Cabe señalar que la OECD ha señalado que el gasto en I+D+i en Chile es uno de los más bajos de Foro³⁹, por lo que este IIC puede ser una herramienta que permita mejorar nuestro desempeño material, y por ende, logra un mejor bienestar social.

11. CONCLUSIONES

La incorporación de los FIP tuvo como propósito permitir el acceso al mercado de capitales a inversionistas que no requerían mayor protección en la decisión de sus inversiones y que no les era necesario cumplir con normas estrictas contempladas en la Ley de Mercado de Valores y las regulaciones emitidas por la CMF, tal como se desprende de la Historia de la Ley N°19.705.

Posteriormente, las modificaciones contenidas en la LUF buscaron perfeccionar el marco legal de este IIC para evitar que se conviertan en vehículos de elusión tributaria, sino que fuesen genuinamente un vehículo para estimular la inversión.

38 Claudio Agostini, Andrea Butelmann, José Miguel Benavente, Luis Eduardo Escobar, Bernardo Fontaine, Manuel Marfán, Claudia Martínez, Alejandro Micco, y Claudia Sanhueza. COMISIÓN TRIBUTARIA PARA EL CRECIMIENTO Y LA EQUIDAD. Op. Cit.

39 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). 2018. Estudios Económicos de la OCDE, Chile (visión general). París, OECD Economics Surveys. 72 pp.

Finalmente, la LMT con la finalidad de obtener una mayor recaudación para el gasto público, aumentó los requisitos de los aportantes con la finalidad de restringir toda posibilidad de utilización de los FIP como herramienta elusiva y de planificación agresiva de impuestos.

No obstante, el espíritu de la ley (artículo 84 de la LUF) e inclusive la voluntad original del legislador (artículo 84 y 92 de la LUF) se han visto distorsionados generando la estructuración de FIP en esquemas de planificación tributaria que escapan de las ideas fundantes que subyacen en los IIC.

Lo anterior, se ve reforzado a partir de las interpretaciones administrativas de las autoridades que validan una aplicación de la ley contrario a su intención original. A mayor abundamiento, esto se agrava por la falta de normas de límites de control y relación no sólo entre aportantes de un FIP, sino que también con las sociedades administradoras de esta entidad.

Todo lo expuesto tiene como inicio, el desarrollo de normas del mercado de capitales ambiguas o redactadas de modo tal, que incentivan un uso artificioso de los FIP que alteran la potestad tributaria del Fisco, siendo a su vez la NGA difícil de aplicar en estos eventos, ya que los beneficios para este IIC son consecuencia de la ley tributaria.

El problema planteado requiere una solución a nivel legislativo en lo que respecta a limitar los integrantes de una misma familia que pueden ser aportantes, limitar los grados de consanguinidad y parentescos, asumir la existencia de personas naturales relacionadas, analizar nuevamente los montos de participación para los aportantes de un FIP y establecer claramente los vínculos entre tales aportantes y las sociedades administradoras, junto con establecer un estatuto de responsabilidad de sus funciones. Asimismo, se requiere analizar la conveniencia de la exención de IDPC de este instrumento como regla general a este tipo de IIC.

Lo anterior, no sólo implica una discusión meramente jurídica, sino una discusión transversal y multidisciplinaria que implique revisar el fundamento y necesidad de los IIC en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de las modificaciones tributarias y corporativas realizadas en nuestro país en los últimos 10 años (Leyes N°20.630, 20.780, 20.899, 20.956, y 21.210), el sistema tributario chileno sigue favoreciendo principalmente comportamientos rentistas de los contribuyentes. Por lo tanto, resulta un hito importante lo desarrollado por la CTC&E respecto a la tributación de los FIP, lo que puede permitir una nuevo enfoque y validación de estos IIC en nuestro ordenamiento jurídico.

12. BIBLIOGRAFÍA

Libros

Atria, J. (et al). 2014. *Tributación en Sociedad. Impuestos y Redistribución en el Chile del siglo XXI*. Santiago de Chile, Uqbar Editores.

Figueroa, G. 2008. *El Patrimonio*. 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Jarach, D., 1996. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. 3ª edición. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Rodríguez, P., 2012. *Teoría de la Interpretación Jurídica*. 2ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Paoloantonio, M. 1994. *Fondos comunes de inversión: mercado financiero y mercado de capitales. Securitización o titulización*. Buenos Aires, Depalma.

Artículos de revistas

Streeter, J. 1968. La interpretación de la ley tributaria. *Revista de Derecho Económico*, (21-22).

Tesis

Espinoza, M. 2012. “La inversión colectiva a través de los fondos de inversión”. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Gorichón, E. “Fondos de inversión en la Ley N°18.815”. 1999. Memoria de prueba Licenciatura en Ciencias jurídicas y Sociales. Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 1999.

Documentos públicos

Biblioteca del Congreso Nacional, 2000. *Historia de la Ley N°19.705 que Regula Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones y Establece Régimen de Gobiernos Corporativos*. Valparaíso.

Biblioteca del Congreso Nacional, 2012. Historia de la Ley N°20.712 sobre administración de fondos de terceros y carteras individuales y deroga los cuerpos legales que indica. Valparaíso.

Biblioteca del Congreso Nacional, 2020. Historia de la Ley N°21.210 Moderniza la Legislación Tributaria. Valparaíso.

Comisión Tributaria para el Crecimiento y la Equidad. 2021. Informe sobre Exenciones y Regímenes Especiales. Santiago de Chile.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). 2018. Estudios Económicos de la OCDE, Chile (visión general). París, OECD Economics Surveys.

Actos y resoluciones administrativas

Catálogo de Esquemas Tributarios del SII 2020.

Circular N°109 de 1981 de la CMF que imparte instrucciones sobre la forma de revelar transacciones entre partes relacionadas.

Circular N°574 de 1985 de la CMF que define entidades relaciones y sustituye párrafos 1 y 2 de la Circular N°109 de 1981.

Circular N°65 de 2015 del SII que imparte instrucciones acerca de las normas incorporada en el Código Tributario por la Ley N°20.780, en materia de medidas antielusión.

Circular N°34 de 2021 del SII que imparte instrucciones acerca de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.210, a la Ley única de fondos, contenida en el artículo primero de la Ley N°20.712, sobre administración de fondos de terceros y carteras individuales.

Norma de Carácter General CMF N°364 de 2014, que establece requisitos de inscripción en el Registro Especial de Entidades Informantes del artículo 7° de la Ley N°18.045 y de artículo 90 de la Ley N°20.712, y obligaciones de información a esas entidades. Deroga Norma de Carácter General N°284 de 2010, Norma de Carácter General N°285 de 2010 y Circular N°1.954 de 2009.

Norma de Carácter General CMF N°390 de 2015, que (1) autoriza instrumentos, bienes y contratos en que podrán efectuarse aportes y pagarse rescates; y (2) deroga Norma de Carácter General N°312 de 2011.

Norma de Carácter General CMF N°410 de 2016, que señala entidades que serán consideradas inversionista institucional. Precisa alcance de la definición contenida en la letra e) del artículo 4°bis de la Ley N°18.045. Modifica Norma de Carácter General N°291 de 2010.

Oficio CMF N°15.103 de 2011.

Oficio CMF N°3267 de 2017.

Oficio CMF N°18.947 de 2017.

Oficio CMF N°34.250 de 2017.

Oficio CMF N°21.810 de 2018.

Oficio CMF N°25.032 de 2018.

Oficio SII N°5.115 de 2004.

Oficio SII N°154 de 2016.

Oficio SII N°1.332 de 2017.

Oficio SII N°30 de 2018.

Oficio SII N°817 de 2021.

Resolución Exenta SII N°LTNot 0018120 de 2020 que da entrega parcial información solicitada mediante Peticiones AE006W50018020 y AE006W50018021.

Jurisprudencia

Sentencia Corte Suprema ROL 865-2018.

Leyes y Decretos

Código Civil.

Código de Comercio.

Decreto N°864 de 1990, Aprueba el Reglamento de la Ley N°18.815, sobre Fondos de Inversión.

Decreto N°129 de 2014, Reglamento de sobre Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales.

Decreto Ley N°824, Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Decreto Ley N°825, Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios.

Decreto Ley N°830, Aprueba texto que señala del Código Tributario.

Ley N°18.045 de Mercado de Valores.

Ley N°18.815, Regula Fondos de Inversión; modifica Decretos con Fuerza de Ley N°s 251 y 252, ambos del Ministerio de Hacienda, de 1931 y 1960, respectivamente, y la Ley N°18.045.

Ley N°19.705 que Regula Ofertas Públicas de Adquisición de acciones y establece gobiernos corporativos, Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece Régimen de Gobiernos Corporativos.

Ley N°20.712, Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales y deroga los cuerpos legales que indica.

Ley N°21.000, Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Ley N°21.210, Moderniza la Legislación Tributaria.