



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

**“LA INVERSIÓN COLECTIVA EN CHILE A TRAVÉS DE FONDOS DE INVERSIÓN.
FUNDAMENTOS Y ANÁLISIS CRÍTICO DE SU ESPECIAL RÉGIMEN TRIBUTARIO”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumna: María Isabel Espinoza Cifuentes

Profesor guía: Sr. Ricardo Escobar

SANTIAGO DE CHILE, 2012

INDICE

INDICE	2
INTRODUCCIÓN	8
PRIMERA PARTE: FONDOS DE INVERSIÓN	12
I. GENERALIDADES	12
II. CONCEPTO	13
1. Definición Doctrinal	13
2. Legislación comparada	13
3. Legislación Nacional	15
III. BENEFICIOS ASOCIADOS A LA INDUSTRIA DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN	15
1. Inversionistas o aportantes	15
1.1 Diversificación y disminución de riesgos	16
1.2 Administración profesional	16
1.3 Reducción de los costos de transacción	17
1.4 Posibilidad de acceso a diversos mercados	17
1.5 Seguridad	17
2. Administradores de fondos de inversión	17
3. El Estado	18
IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN	18
1. Teoría de la comunidad	19
2. Teoría del patrimonio fiduciario	23
3. Teoría del patrimonio de afectación	27
V. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN EN CHILE	31
VI. CLASIFICACIÓN DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN	34

1.	De acuerdo al carácter rescatable o no de sus cuotas	34
2.	De acuerdo al objeto de sus inversiones.....	36
3.	De acuerdo al origen de los activos del fondo	37
4.	De acuerdo al origen de los aportes al fondo.....	38
5.	De acuerdo a si sus cuotas se transan o no en el mercado formal.....	38
 SEGUNDA PARTE: LOS FONDOS DE INVERSIÓN EN CHILE		39
 I. REGULACIÓN Y ORIGEN DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN EN CHILE		39
 II. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN		41
1.	Naturaleza jurídica de patrimonios de afectación	42
2.	Administración a cargo de una sociedad anónima.....	42
3.	Integración por aportes de personas naturales o jurídicas	43
4.	Cuotas de participación no rescatables.....	44
5.	Objeto: la inversión en los valores y bienes que la ley permite	46
 TERCERA PARTE: CLASIFICACIÓN DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN REGULADOS POR LA LEY 18.815		47
 A. FONDOS DE INVERSIÓN PÚBLICOS.....		47
 I. ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN		48
1.	El Fondo de Inversión	48
1.1	Constitución	48
1.2	Reglamento Interno.....	49
1.3	Número mínimo de aportantes.....	51
1.4	Valor mínimo patrimonial.....	51
1.5	Causales de liquidación.....	51
2.	La Sociedad Administradora.....	53
2.1	Constitución	54
2.2	Requisitos aplicables a los directores y ejecutivos.....	56
2.3	Prohibición de delegación de funciones.....	57
2.4	Deberes de información	57
3.	Los Aportantes	58

3.1	Mecanismos para adquirir la calidad de aportante.....	59
3.2	Límites de participación.....	60
3.3	Asamblea de aportantes	61
a)	Asamblea ordinaria de aportantes	61
b)	Asamblea extraordinaria de aportantes	62
c)	Citación y toma de acuerdos de la asamblea de aportantes	63
3.4	Derechos de los Aportantes	64
a)	Derecho a participar en la distribución de beneficios.....	64
b)	Derecho a participar en las asambleas de aportantes.....	65
c)	Derecho a la información	65
d)	Derecho de suscripción preferente de las cuotas.....	65
e)	Derecho a retiro	66
f)	Derecho a indemnización.....	66
3.5	Comité de Vigilancia	66
II.	LAS CUOTAS.....	67
1.	Características de las cuotas.....	68
1.1	Características formales.....	68
1.2	Carácter no rescatable	68
1.3	Libre cesibilidad de las cuotas.....	68
2.	Procedimiento de colocación de cuotas en el mercado	69
2.1	Inscripción en el Registro de Valores de la SVS	69
2.2	Precio de colocación.....	70
2.3	Plazo para la emisión, suscripción y pago de las cuotas	71
2.4	Inscripción de las cuotas en bolsa de valores.....	71
III.	POLÍTICA DE INVERSIONES	71
1.	Límites a la cartera de inversiones.....	72
2.	Respeto a la política de diversificación	74
3.	Prohibición de tomas de control.....	75
3.1	Tratamiento de los excesos de inversiones	75
4.	Límites a la constitución de gravámenes	76
5.	Límites a la inversión con personas relacionadas y otros.....	76
6.	Participación en la constitución de sociedades	77
B.	FONDOS DE INVERSIÓN PRIVADOS	78

I. ORIGEN Y CONCEPTO	78
II. REGULACIÓN ESPECIAL	78
III. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FIP	79
IV. ORGANIZACIÓN DEL FIP	81
V. RESTRICCIONES A LAS INVERSIONES DE LOS FIP	82
VI. LAS CUOTAS DE LOS FIP	84

CUARTA PARTE: TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN86

I. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LOS RÉGIMENES TRIBUTARIOS APLICABLES A LOS VEHÍCULOS	
COLECTIVOS DE INVERSIÓN	86
1. Neutralidad tributaria	87
2. Incentivo al ahorro	88
3. Análisis aplicabilidad de los principios anteriores a la normativa chilena	89
II. TRIBUTACIÓN APLICABLE A LOS FONDOS DE INVERSIÓN	91
1. Tributación del Fondo de Inversión	91
1.1 Impuesto a la Renta.....	91
a) Exención del Impuesto de Primera Categoría.....	91
b) Aplicación del impuesto único del artículo 21 de la LIR.....	101
1.2 Impuesto a las Ventas y Servicios	103
a) Hecho gravado.....	103
b) Sujeto pasivo. Análisis situación de los Fondos de Inversión.....	104
c) Aplicación del mecanismo de recuperación de IVA a los Fondos de Inversión	107
1.3 Impuesto de Timbres y Estampillas.....	110
a) Hecho gravado.....	110
b) Sujeto pasivo. Análisis situación de los Fondos de Inversión.....	111
1.4 Patente municipal.....	112
a) Hecho gravado.....	112
b) Sujeto Pasivo. Análisis situación de los Fondos de Inversión	113
c) Base Imponible	114
d) Deducción de inversiones efectuadas en Fondos de Inversión	116
e) Análisis de la aplicabilidad de Patente Municipal a la actividad de inversión.....	119
2. Tributación aplicable a los aportantes de los Fondos de Inversión	121
2.1 Tributación aplicable a los repartos de dividendos.....	121
a) Personas naturales residentes en Chile	122

b)	Personas jurídicas con domicilio en Chile	125
c)	Personas naturales o jurídicas sin domicilio ni residencia en Chile.....	128
d)	Orden de imputación de las utilidades del Fondo de Inversión.....	131
2.2	Tributación del mayor valor obtenido en la enajenación de cuotas	135
a)	Primer régimen: Ingreso no renta	136
b)	Segundo régimen: Impuesto único de Primera Categoría.	137
c)	Tercer régimen: Tributación general a la renta.....	138
2.3	Tributación del mayor valor obtenido en el rescate de cuotas	138
a)	Contribuyentes obligados a determinar su renta efectiva según contabilidad	139
b)	Contribuyentes no obligados a determinar su renta efectiva en base a contabilidad 139	
c)	Situación de los Fondos de Inversión que mantengan un 90% de sus inversiones en acciones con presencia bursátil.....	139
III.	TRIBUTACIÓN ESPECIAL APLICABLE A LOS FONDOS DE INVERSIÓN DE CAPITAL DE RIESGO	141
1.	Franquicia tributaria a favor de los aportantes de Fondos de Inversión Públicos de Capital de Riesgo	141
1.1	Fondos de Inversión susceptibles de calificar al régimen	142
1.2	Acciones susceptibles de calificar al régimen.....	143
1.3	Requisitos de la enajenación.....	144
2.	Franquicia tributaria en favor de los aportantes de Fondos de Inversión Públicos y Privados que inviertan en pequeñas empresas	145
2.1	Fondos de Inversión susceptibles de calificar al régimen	146
2.2	Acciones susceptibles de calificar al régimen.....	147
2.3	Requisitos de la enajenación.....	148
3.	Sanciones aplicables bajo ambos regímenes	148
4.	Vigencia de las franquicias.....	149
IV.	OTRAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS QUE AFECTAN A LOS FONDOS DE INVERSIÓN.....	150
1.	Obtención de RUT	150
2.	Mantención de registros contables	151
3.	Presentación declaraciones juradas al SII	151
V.	APLICACIÓN A LOS FONDOS DE INVERSIÓN DE LOS BENEFICIOS CONTENIDOS EN LOS CONVENIOS TRIBUTARIOS CELEBRADOS POR CHILE.	152
1.	Planteamiento del problema.....	152

2. Análisis de la situación de los Fondos de Inversión de acuerdo a las directrices impartidas por la OCDE	153
2.1 Análisis de la calidad de “persona” de los Fondos de Inversión	154
2.2 Análisis de la calidad de “residente” de los Fondos de Inversión	156
2.3 Análisis de la calidad de “beneficiario efectivo” de los Fondos de Inversión.....	158
2.4 Conclusiones.....	161
3. Análisis del tratamiento otorgado a los Fondos de Inversión en los Convenios Tributarios celebrados por Chile	162
3.1 Convenios Tributarios que otorgan la calidad de residente a los Fondos de Inversión.	162
3.2 Convenios Tributarios que establecen el derecho de Chile de gravar las rentas de Fondos de Inversión	165
3.3 Convenios Tributarios que establecen el derecho a aplicar la legislación interna sobre las rentas de Fondos de Inversión.....	166
3.4 Conclusión.....	167
4. Riesgo de generar el denominado “Treaty Shopping”	168
 CONCLUSIONES	 170
 BIBLIOGRAFÍA	 178

INTRODUCCIÓN

La inversión por medio de vehículos colectivos, entendidos como aquellos cuyo objeto es la inversión colectiva y profesionalizada de los capitales obtenidos del público, y cuyo funcionamiento se rige por el principio de reparto de riesgos, se ha tornado en un fenómeno de gran auge a nivel mundial.

Esta situación se ha visto motivada en razón de los beneficios asociados a la inversión a través de estos vehículos.

Una persona que decida invertir de forma directa en valores tendría que cumplir con elevadas exigencias. En efecto, la teoría económica sugiere a los inversionistas diversificar sus inversiones en valores, bienes raíces, instrumentos de deuda, y otros activos a fin de disminuir el riesgo asociado a las mismas. Por otro lado, en la actualidad, además, se exige la inversión en valores internacionales que permitan diversificar los riesgos asociados a la inversión en un mercado único. Por último, se recomienda modificar el portafolio de inversiones cada cierto tiempo a fin de ajustarlo al perfil de riesgo del inversionista de acuerdo a su edad.

Sin duda, cumplir con cada una de estas exigencias involucraría un alto costo en tiempo y dinero que, comúnmente, los inversionistas individuales no pueden cubrir.

Ante ello, los vehículos colectivos de inversión se presentan como una alternativa que permiten a los inversionistas individuales acceder a un portafolio diversificado de inversiones y a los beneficios de la economía de escala aún cuando sus aportes sean relativamente pequeños. Por otra parte, éstos ofrecen una administración profesionalizada de los recursos obtenidos del público, por medio de la actuación de órganos que gozan de un profundo conocimiento del mercado, lo que permite optimizar los réditos provenientes de los mismos.

Los vehículos colectivos de inversión pueden adoptar diversas estructuras jurídicas dependiendo de la legislación del país donde se establezcan. Entra estas formas las

más comunes son la societaria, es decir, sociedades de inversión, los “trust” y los fondos de inversión.

Nuestro ordenamiento jurídico organiza a estos organismos bajo la forma de fondos de inversión, los que se clasifican en fondos de inversión propiamente tal, de aquellos regulados en la Ley N° 18.815, fondos de mutuos, fondos de inversión de capital de extranjero y fondos de inversión de capital extranjero de riesgo.

Si bien el posicionamiento de los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815 en Chile ha sido un proceso relativamente lento, el crecimiento que han experimentado en los últimos años hace necesario un estudio profundo sobre los mismos.

Lo anterior se justifica en la necesidad de comprender de forma acabada el funcionamiento y estructura de estos organismos. Asimismo, en la necesidad de determinar la tributación a la que se encuentran afectos, siendo este punto de extrema relevancia en razón de la confusión que existe en esta materia, lo que sin duda puede constituir un desincentivo para los inversionistas a la hora de optar por este tipo de instrumento de inversión.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo se avoca al estudio de los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815, tanto en el ámbito de sus principales aspectos corporativos, como del tratamiento tributario al que se encuentran afectos.

Con dicho objeto, en la primera parte de este trabajo se entrega una reseña de lo que son los fondos de inversión en general, sus objetivos y los principales beneficios asociados a los mismos como vehículos colectivos de inversión. Asimismo, se efectúan un análisis pormenorizado sobre su naturaleza jurídica, cuestión determinante a la hora de analizar la tributación que les afecta.

En la segunda parte, se inicia el estudio específico de los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815. De esta forma, se analiza su origen, estructura y los elementos característicos que los definen.

La tercera parte de este trabajo se refiere a la clasificación de los fondos de inversión que efectúa la Ley N° 18.815, en fondos de inversión públicos y fondos de inversión privados. En esta parte se analiza la estructura y principales características de ambos tipos de fondos, comprendiendo el estudio de los tres actores principales que intervienen en ellos: el fondo propiamente tal, su sociedad administradora y los aportantes.

Por último, ante la limitada normativa y prácticamente nula doctrina que existe sobre la materia, la cuarta parte de este trabajo intenta dilucidar la tributación que afecta a los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815. Lo anterior, en base al estudio de las normas impositivas especiales contenidas en la Ley N° 18.815, y, a falta de ellas, de las normas generales que rigen los diferentes tipos de impuestos que contempla nuestro ordenamiento tributario, todo ello a la luz de los principios que gobiernan los regímenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión.

Con el objetivo anterior, en una primera parte se estudia la tributación aplicable a los fondos de inversión en sí mismos por las rentas que obtengan de sus inversiones, en relación a los gravámenes más relevantes que regula nuestro ordenamiento jurídico tributario, incluyendo el Impuesto a la Renta, el Impuesto a las Ventas y Servicios, El Impuesto de Timbres y Estampillas y de Patente Municipal. Luego se analiza la tributación aplicable a los aportantes por las rentas que les distribuya el fondo de inversión, así como por las utilidades que obtengan de la enajenación o rescate de sus cuotas de participación.

Por otra parte, se dedica un apartado especial al análisis de la tributación que afecta a los denominados Fondos de Inversión de Capital de Riesgo, de acuerdo a las franquicias establecidas por la Ley N° 20.190.

Con posterioridad, se hace una breve referencia a las obligaciones tributarias que pesan sobre la sociedad administradora del fondo de inversión en su calidad de tal.

Finalmente, tomando en consideración el importante auge en la internacionalización de las inversiones de este tipo de organismos, se estudia con especial dedicación la aplicación a los fondos de inversión de los beneficios contenidos en los Convenios Tributarios celebrados por Chile de acuerdo al Modelo de Convenio Tributario de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

De esta forma, el propósito de este trabajo es el de dar una visión general acerca de la función que cumplen los fondos de inversión y de su importancia en cuanto canales de ahorro e inversión. Asimismo, y de forma especial, se intenta dilucidar de forma clara el tratamiento tributario al que se encuentran afectos, atendiendo a la necesidad de tener absoluta certeza sobre esta materia a fin de propender a la inversión a través de ellos.

PRIMERA PARTE: FONDOS DE INVERSIÓN

I. Generalidades

La complejidad y diversificación que presenta el mercado de valores en la actualidad, así como la sofisticación de sus instrumentos de inversión, hace que los fondos de inversión se presenten como una alternativa atractiva frente a la inversión individual. Ello derivado del alto nivel de especialización en materias financieras y profundo conocimiento y manejo del mercado de valores que se requiere para tomar adecuadas decisiones de inversión, y los costos asociados a la obtención de dicho conocimiento. Asimismo, a la imposibilidad de diversificar riesgos de manera eficaz cuando se cuenta con pequeños volúmenes de capital.

Los fondos de inversión, suplen la falta de especialización y la necesidad de diversificar riesgos de los pequeños inversores mediante la reunión de capitales “para conseguir una gestión unitaria, con una administración eficiente y una distribución de riesgos a través de una cartera diversificada”¹.

En este orden de ideas, se ha señalado que “la base de un fondo inversionista está orientada en la agrupación de capitales para poder brindar una gestión especializada, la que sólo puede ser obtenida en perfecto conocimiento de la complejidad financiera de las entidades industriales, que las organizaciones inversionistas están en aptitud de fiscalizar mediante la concentración de capitales, pues tiene medios para utilizar los servicios de técnicos y expertos para la vigilante y activa gestión de la cartera”².

¹ SOLDEVILLA García, Emilio. Los fondos de inversión. Gestión y valoración. Madrid: Ediciones Pirámide, 1999. Pág. 45.

² PAOLANTONIO, Martín E. Fondos comunes de inversión. Buenos Aires: Depalma, 1994. Pág. 23.

II. Concepto

1. Definición Doctrinal

La doctrina define a los fondos de inversión como “organizaciones que captan recursos financieros de múltiples sujetos, con el objeto de invertirlos en activos financieros sobre la base de criterios de profesionalidad y diversificación de riesgos”³.

Asimismo, se definen como una “conjunción de diversos capitales, materializados en aportes, que realizan tanto las personas naturales como las personas jurídicas, delegando la administración de los mismos en una entidad especializada –la sociedad administradora- a fin de obtener una rentabilidad que por sí solos difícilmente podrían alcanzar”⁴.

2. Legislación comparada

Las economías más evolucionadas han mostrado un fuerte desarrollo de los fondos de inversión. En este sentido, cabe destacar a Estados Unidos, donde al año 2010 se registraron más de 13.000 fondos de inversión⁵, con activos contabilizados en más de 11 billones de dólares y más de 90 millones de partícipes y accionistas⁶. Asimismo, cabe destacar el fuerte auge que ha experimentado este tipo de fondos en España, donde a enero del año 2011 las Instituciones de Inversión Colectiva (que incluyen a las sociedades y fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios) registraron un patrimonio superior a 218.000 millones de euros y más de 6.500.000 partícipes y accionistas⁷.

³ Ibid. Pág. 25

⁴ GORICHÓN Gómez, Eugenia. Fondos de inversión en la ley N° 18.815. Memoria de prueba licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Valparaíso. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1999. Pág. 48

⁵ Dentro de estos se incluye a los “*Mutual funds*”, “*Closed-end funds*”, “*Exchange-traded funds*” y “*Unit investment trusts*”.

⁶ INVESTMENT Company Institute (U.S.). 2010, Annual Report to Members. [en línea]. <http://www.ici.org/pdf/10_ici_annual.pdf> [consulta: marzo, 2011]

⁷ ASOCIACIÓN de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. Nota de prensa, 31 de enero de 2011. [en línea]. <http://www.inverco.es/documentos/notas_prensa/fondos_inversion/1101_Enero%202011.pdf> [consulta: marzo, 2011]

En Estados Unidos, la Sección 3 de “*The Investment Company Act of 1940*” define a los fondos de inversión en torno a su objeto, comprendiendo dentro de este tipo de entidades, en general, a aquellas que emiten valores y están principalmente involucradas en el negocio de invertir en valores, sin atender a la forma jurídica que adopten. En este sentido, la citada norma dispone lo siguiente:

When used in this title, "investment company"⁸ means any issuer which:

- A. is or holds itself out as being engaged primarily, or proposes to engage primarily, in the business of investing, reinvesting, or trading in securities;*
- B. is engaged or proposes to engage in the business of issuing face-amount certificates of the installment type, or has been engaged in such business and has any such certificate outstanding; or*
- C. is engaged or proposes to engage in the business of investing, reinvesting, owning, holding, or trading in securities, and owns or proposes to acquire investment securities having a value exceeding 40 percentum of the value of such issuer's total assets (exclusive of Government securities and cash items) on an unconsolidated basis.*

En España, la Ley Nº 35/2003, sobre Instituciones de Inversión Colectiva (“IIC”), en su artículo 3º, define a los fondos de inversión señalando: “Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos.”

⁸ La legislación americana clasifica a las denominadas “*investment companies*” en tres tipos básicos: (i) *mutual funds* (denominados legalmente como *open-end companies*), (ii) *Closed-end funds* (denominados legalmente como *Closed-end companies*) y, (iii) *Unit Investment Trusts (UITs)*.

En Argentina, la Ley N° 24.083 de 11 de junio de 1992, sobre Fondos Comunes de Inversión, en su artículo 1º, define a éstos como el “patrimonio integrado por valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones de futuro y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina y dinero, pertenecientes a diversas personas a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuotas partes cartulares o escriturales. Estos fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica.”

3. Legislación Nacional

El artículo 1º de la Ley N° 18.815, sobre Fondos de Inversión, define a éstos como “un patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas, para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes”.

De la definición legal citada podemos extraer cuatro principales elementos que caracterizan a un fondo de inversión en Chile: (i) es un patrimonio; (ii) se integra por el aporte de personas naturales o jurídicas; (iii) su objeto es la inversión en los valores y bienes que la ley permite; y (iv) su administración la ejerce una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes⁹.

III. Beneficios asociados a la industria de los fondos de inversión

La inversión a través de fondos de inversión busca la consecución de diversos objetivos según los intereses de los diversos actores involucrados.

⁹ Cada uno de estos elementos característicos serán analizados en la segunda parte de este trabajo que se dedica al estudio de los Fondos de Inversión de la Ley N° 18.815.

1. Inversionistas o aportantes

Si nos planteamos desde el punto de vista de los inversionistas o aportantes, éstos persiguen la obtención de rentabilidad por medio de la entrega de sus ahorros a entidades profesionalizadas, las que a través de la acumulación de capitales tienen la capacidad de invertir en una cartera diversificada de valores, que, a su vez, permite reducir el riesgo asociado a toda inversión.

A través de este mecanismo los aportantes de un fondo de inversión tienen la posibilidad de acceder a los beneficios de la economía de escala, con un elevado nivel de diversificación de inversiones, aún cuando sus aportes individuales sean relativamente pequeños.

De acuerdo a lo anterior, podemos identificar los siguientes beneficios de invertir a través de un fondo de inversión:

1.1 Diversificación y disminución de riesgos

La reunión colectiva de capitales permite que los fondos de inversión mantengan un portafolio diversificado de inversiones, incorporando gran variedad de valores y activos. Esto, a su vez, permite compensar las alzas y bajas y combinar distintos plazos y rendimientos de activos, con lo que se logra reducir el riesgo asociado a la inversión¹⁰.

1.2 Administración profesional

La gestión de la cartera de inversiones de los fondos de inversión se encomienda a profesionales en la materia, que analizan la evolución y perspectivas de los diferentes activos financieros. De esta forma pueden detectarse las mejores oportunidades de inversión¹¹.

¹⁰ PAOLANTONIO, Martín E. Op. Cit. Pág. 24.

¹¹ Ibid.

La falta de tiempo y experiencia de los aportantes para dedicarse al seguimiento continuo del mercado resulta un factor importante para confiar sus inversiones en quienes se dedican a vigilar los movimientos imprevistos del mercado financiero¹².

1.3 Reducción de los costos de transacción

Los mayores volúmenes de operación que manejan los fondos de inversión permiten reducir los costos de transacción asociados, frente al inversionista particular¹³.

1.4 Posibilidad de acceso a diversos mercados

La inversión a través de fondos de inversión permite a los pequeños ahorristas acceder a mercados a los cuales no tendrían acceso de forma particular, por ejemplo, a mercados internacionales.

1.5 Seguridad

Los inversionistas suelen ser precavidos a la hora de colocar su dinero, optando por aquellas entidades operadoras de fondos de inversión que tengan solvencia financiera y que se encuentren en disposición de hacer frente a sus obligaciones de reembolso, lo que les concede gran seguridad¹⁴.

2. Administradores de fondos de inversión

Si nos planteamos desde el punto de vista de los administradores de los fondos de inversión, éstos persiguen la obtención de ingresos por medio del cobro de comisiones a los aportantes del respectivo fondo.

¹² SOLDEVILLA García, Emilio. Op. Cit. Pág. 46.

¹³ Vid nota 10.

¹⁴ SOLDEVILLA García, Emilio. Op. Cit. Pág. 47

En Chile, por regla general, las sociedades administradoras reciben una comisión fija y en algunos casos una variable. La primera se deduce mensualmente del fondo invertido, mientras que la segunda está sujeta a las ganancias que se obtengan del ejercicio de la cartera.

Estas comisiones deben cubrir todos los gastos de operación de las sociedades administradoras de los fondos de inversión, entre ellos, gastos de estudios, inversión y *back office*, por nombrar los más relevantes. Estos gastos son variables y dependen del reglamento particular del fondo¹⁵. Asimismo, las comisiones deben cubrir la rentabilidad esperada por las sociedades administradoras por su gestión.

3. El Estado

El Estado se encuentra interesado en que las personas inviertan sus ahorros ya que, además de generarles a éstas rentabilidad, ello permite inyectar nuevos capitales a las diferentes áreas productivas del país, activando los distintos sectores de la economía.

Como se analiza con posterioridad, los incentivos tributarios constituyen una herramienta de política económica fundamental para el logro de dicho objetivo. En este sentido, en Chile se han incorporado diversas franquicias tributarias a fin de incentivar la inversión a través de fondos de inversión en determinados sectores de nuestra economía, en especial en la industria de capital de riesgo.

IV. Naturaleza jurídica de los fondos de inversión

La importancia del análisis de la naturaleza jurídica de los fondos de inversión radica en que ésta determina el régimen jurídico supletorio aplicable respecto de todas aquellas materias que no se encuentren tratadas en forma específica en las normas

¹⁵ ASOCIACIÓN Chilena Administradoras de Fondos de Inversión. El IVA en las Remuneraciones y Comisiones de los Fondos Mutuos y Fondos de Inversión. [en línea]. http://www.acafi.com/pdf/5_estudios/02_IVA_en_FM_y_FI-Informe_Final-28_Julio_08.pdf [consulta: marzo, 2011]

jurídicas que los regulan. En especial, para los efectos de este trabajo, nos ayudará a esclarecer la tributación que afecta a este tipo de entidades.

Se han esbozado diversas teorías entorno a la naturaleza jurídica de los fondos de inversión. A continuación se analizan las más relevantes de ellas.

1. Teoría de la comunidad

Conforme a esta teoría, entre los aportantes del fondo se formaría una comunidad de bienes, la que recaería sobre los activos del fondo, siendo cada aportante dueño de una parte de los mismos.

Esta teoría es seguida en países como Argentina y Francia. Así, en el caso de Argentina, la última parte de la definición de Fondos Comunes de Inversión, citada con anterioridad, al referirse a los aportantes, señala que se trata de “personas a las cuales se les reconoce derechos de copropiedad representados por cuotas partes”. Por su parte, el artículo L214-20 del Código Monetario y Financiero francés, define a los Fondos de inversión como una copropiedad de instrumentos financieros y de depósitos¹⁶.

Nuestro Código Civil, consagra a la comunidad como un cuasicontrato. Al efecto, el artículo 2.304 del Código Civil dispone: “La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato.”

Como puede observarse, el artículo citado no define exactamente lo que debe entenderse por comunidad, sino sólo se refiere a algunas de sus características.

¹⁶ La norma citada dispone lo siguiente: “*le fonds commun de placement, qui n'a pas la personnalité morale, est une copropriété d'instruments financiers et de dépôts dont les parts sont émises et rachetées à la demande des porteurs à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions.*”

La doctrina suele distinguir entre comunidad y copropiedad, sin embargo difiere en el significado de dichos términos. Para algunos, hay comunidad cuando dos o más sujetos tienen derecho de idéntica naturaleza jurídica (propiedad, usufructo, servidumbre) sobre la totalidad de un mismo objeto y existe copropiedad cuando dos o más sujetos tienen el dominio sobre la totalidad de un mismo objeto. En este sentido, la comunidad sería el género que comprende cualquier derecho común sobre un mismo objeto y la copropiedad la especie, que sólo se refiere al dominio común sobre un mismo objeto. Para otros, comunidad es la indivisión sobre una universalidad jurídica y copropiedad la que recae sobre especies o cuerpos ciertos¹⁷.

Por otra parte, la doctrina ha elaborado, principalmente, dos concepciones para explicar la naturaleza de la comunidad, la doctrina romana y la doctrina germánica. La doctrina romana considera a la comunidad como una modalidad del dominio en la que cada comunero tiene una cuota-parte en la cosa común y, además, tiene derecho a la cosa en su totalidad¹⁸. Sobre su cuota-parte cada comunero tiene un derecho de dominio pleno y absoluto y puede, por tanto, disponer de ella sin el consentimiento de los otros. Sobre la cosa misma, cada comunero no tiene ninguna propiedad exclusiva, pues los derechos de uno se encuentran limitados por los de los otros, por lo que cualquier acto material o jurídico sobre la cosa necesita el consentimiento de todos los comuneros¹⁹. Por su parte, la doctrina germánica abandona la noción de propiedad exclusiva. Conforme a ésta, la comunidad es una propiedad colectiva, en la que el objeto pertenece a todos los comuneros considerados colectivamente como un solo titular²⁰.

La doctrina nacional estima que el Código Civil chileno adopta, fundamentalmente, la doctrina romana de la comunidad²¹.

¹⁷ PEÑAILILLO Arevalo, Daniel. Los bienes: la propiedad y otros derechos reales. 1ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. Pág. 161.

¹⁸ Ibid. Pág. 163.

¹⁹ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVICH H., Antonio. Tratado de los derechos reales. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. Pág. 109.

²⁰ PEÑAILILLO Arevalo, Daniel. Ob. Cit. Pág. 164.

²¹ Ibid.

A partir de lo anterior, podría calificarse a los fondos de inversión como un tipo especial de comunidad, donde los aportantes compartirían el derecho de propiedad sobre la totalidad del fondo, siendo cada uno de ellos dueño de forma exclusiva de su cuota²².

No obstante, esta calificación pugnaría con algunos de los elementos característicos de la comunidad, que terminaría por desnaturalizar a esta institución. Entre dichos elementos cabe destacar los siguientes:

a) Pluralidad de sujetos

Una característica básica de la comunidad es la pluralidad de sujetos. Así se deriva del propio artículo 2.304 del Código Civil al disponer “La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas (...)”.

Si bien, la regla general es que un fondo de inversión se forme por el aporte de un gran número de inversionistas, ello no es requisito para su existencia. En este sentido, el artículo 1º de la Ley N° 18.815 reconoce la posibilidad que un fondo de inversión público pueda contar con un solo inversionista, en la medida que se trate de un inversionista institucional.

De ello se deriva, que la estructura de los fondos de inversión, más que atender a los aportantes, atiende al capital disponible para ser destinado a la inversión.

b) Derechos de los comuneros sobre la cosa común

Cada comunero puede servirse para uso personal de las cosas comunes, con tal que las emplee según su destino ordinario y no entrase el justo uso de los demás comuneros²³.

²² Como veremos más adelante, los aportantes no contratan entre ellos, si no que cada uno de ellos contrata con la Sociedad Administradora del Fondo.

²³ Artículo 2.305 en relación con el artículo 2.081, ambos del Código Civil.

Los aportantes de los fondos de inversión no tienen ninguna injerencia en los activos del fondo, no pueden usarlos ni gozar de ellos aún con la autorización del resto de los aportantes.

c) Administración de la comunidad

La comunidad puede ser administrada por los comuneros en común o por un administrador elegido por los comuneros que gestione los intereses comunes²⁴.

La administración de los fondos de inversión está siempre entregada a una entidad especializada denominada sociedad gestora o administradora y no puede ejercerse directamente por los aportantes.

d) Obligaciones de los comuneros

Los comuneros deben contribuir a las expensas necesarias para la conservación de la cosa en común. Asimismo, cada comunero es obligado a las deudas de la cosa común, a prorrata de su respectiva cuota de interés en la comunidad.

Los aportantes, en cambio, no contraen ninguna obligación con el fondo, más allá de enterar sus aportes.

e) Derecho a pedir la partición.

Uno de los principales derechos que ampara a los comuneros, y que es un rasgo característico de la comunidad, es la posibilidad de solicitar la partición de la misma. Este derecho, de acuerdo a la doctrina, es de carácter imprescriptible e irrenunciable. En este sentido el artículo 1.317 del Código Civil dispone que “Ninguno de los consignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión, la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los

²⁴ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVICH H., Antonio. Op. Cit. Pág. 115.

consignatarios no hayan estipulado lo contrario”. Por otra parte, de acuerdo al mismo artículo, en caso que las partes acuerden la indivisión, esta no puede pactarse por más de 5 años, sin perjuicio de poder renovarlo.

Los aportantes de los fondos de inversión no pueden solicitar la partición del fondo. Sólo pueden disponer de sus propias cuotas.²⁵

La imposibilidad de aplicar esta característica propia de la comunidad a los fondos de inversión la reconocen, incluso, aquellas legislaciones que les otorgan esta naturaleza jurídica. En este sentido, en Francia, el artículo L214-20 del Código Monetario y Financiero dispone que no se aplican al fondo mutuo de inversión, las disposiciones del Código Civil relativas a la indivisión²⁶.

El análisis anterior permite concluir que los fondos de inversión reúnen características especiales que contrarían los elementos propios de la comunidad, lo que deriva en que la mayoría de las normas básicas que rigen a esta última resulten inaplicables a los primeros.

2. Teoría del patrimonio fiduciario

Tomando en consideración la posibilidad de que goza la sociedad administradora de ejercer sobre el fondo las facultades que corresponden al titular del derecho de dominio, algunos autores han sostenido que ésta es la propietaria fiduciaria del fondo de inversión²⁷.

²⁵ Lo anterior, sin perjuicio de poder acordarse por la asamblea extraordinaria de aportantes la disolución anticipada del fondo. Asimismo, es posible efectuar disminuciones de capital en los términos que lo establezca el reglamento interno del fondo, siempre y cuando persiga los fines señalados en el artículo 36 del Reglamento de la Ley N° 18.815, contenido en el Decreto N° 864 de 23 de febrero de 1990, según será analizado con posterioridad.

²⁶ La norma citada dispone lo siguiente: *“Ne s’appliquent pas au fonds commun de placement, les dispositions du code civil relatives à l’indivision...”*

²⁷ PAOLANTONIO, Martín E. Op. Cit. Pág 75

Nuestro Código Civil, en su artículo 733, define a la propiedad fiduciaria como “la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición”.

Así entendida, conforme a esta teoría los aportantes entregarían la propiedad de su aporte a la sociedad administradora, la que detentaría dicha propiedad hasta que se cumpla la condición, cual es la disolución del fondo. Cumplida esta condición, el fideicomiso se extingue y se consolida la propiedad en el fideicomisario, quien es el aportante. Por tanto, para esta teoría el constituyente y el fideicomisario serían una misma persona, los aportantes.

Si bien esta figura explica la estructura de los fondos de inversión, éstos no se adaptan por completo a la naturaleza jurídica de un fideicomiso, en los términos definidos por el Código Civil, por las siguientes razones:

a) Los requisitos del fideicomiso no coinciden con los elementos del fondo de inversión en los siguientes aspectos:

(i) En el fideicomiso siempre intervienes tres personas distintas: el constituyente, el propietario fiduciario y el fideicomisario.

En los fondos de inversión sólo existirían dos personas, reuniéndose en el aportante el carácter de constituyente y fideicomisario. Es decir, se trataría de un fideicomiso constituido por el aportante en su propio beneficio.

(ii) Sólo se puede constituir un fideicomiso sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos²⁸. Como el fiduciario debe restituir la cosa que se le ha entregado en fideicomiso, la que está obligado a conservar en su integridad y valor, no son susceptibles de fideicomiso las

²⁸ Artículo 734 del Código Civil.

cosas genéricas ni las consumibles. De esta forma, el fideicomiso no puede versar sobre dinero, que es una cosa jurídicamente consumible²⁹.

Los aportes a los fondos de inversión, en cambio, se hacen esencialmente en dinero³⁰, para que éste sea invertido en diferentes valores.

(iii) La condición de la que pende la restitución de un fideicomiso no puede demorar más de 5 años en cumplirse, si no se tiene por fallida radicándose definitivamente el dominio en el propietario fiduciario.

La condición en el caso de los fondos de inversión sería la liquidación del fondo, la cual no tiene un plazo máximo dentro del cual deba llevarse a cabo.

b) El propietario fiduciario es dueño de la cosa entregada en fideicomiso mientras pende la condición. De ello derivan una serie de consecuencias que no concurren en el caso de los fondos de Inversión:

(i) El propietario fiduciario puede enajenar la propiedad fiduciaria con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, a menos que el constituyente haya prohibido la enajenación³¹.

La sociedad administradora no puede delegar la administración del fondo en otra sociedad administradora³². Por tanto, menos podría enajenarlo.

(ii) El propietario fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, pudiendo mudar su forma, pero conservando su integridad y valor.

²⁹ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVICH H., Antonio. Op. Cit. Pág. 94.

³⁰ Como veremos este requisito no aplica respecto de los fondos de inversión privados.

³¹ Artículo 751 del Código Civil.

³² Artículo 3 C de la Ley N° 18.815.

La sociedad administradora no es completamente libre en la administración del fondo. Al contrario, en el ejercicio de su función de administración debe respetar siempre las restricciones impuestas por ley con el objeto de cautelar los intereses de los aportantes. Asimismo, debe respetar aquellas restricciones contenidas en el reglamento interno del fondo.

(iii) El propietario fiduciario puede gravar los bienes que posea en fideicomiso previa autorización judicial, con conocimiento de causa y con audiencia de aquellos que tienen derecho a impetrar medidas conservatorias, ya sea para cautelar obligaciones propias, ajenas, o de los bienes dados en fideicomiso.

En cambio, de acuerdo al artículo 13 de la Ley N° 18.815, la sociedad administradora sólo puede someter a gravámenes o prohibiciones los activos del fondo cuando se trate de garantizar obligaciones propias de éste, de las sociedades en que participe, o que se trate de gravámenes que sean condición de una inversión.

(iv) El propietario fiduciario tiene derecho a gozar de los frutos de la cosa dada en fideicomiso.

La sociedad administradora, en cambio, no tiene derecho a gozar de las utilidades que genere el fondo de inversión. Al contrario, todas ellas corresponden a los aportantes, a quienes debe distribuir anualmente al menos un 30% de los beneficios netos percibidos durante el ejercicio.

La sociedad administradora sólo percibe una comisión por su administración.

c) En relación al fideicomisario, éste debe existir al momento de cumplirse la obligación, de otra forma la propiedad se radica definitivamente en el propietario fiduciario.

En el caso de los fondos de inversión, si el aportante muere antes de la liquidación del fondo, la cuota se transmite a sus herederos, quienes gozarán de los mismos derechos que su causante.

En consecuencia, el análisis anterior permite advertir que el fideicomiso reúne una serie de características particulares que no se adaptan al funcionamiento de los fondos de inversión.

3. Teoría del patrimonio de afectación

La concepción de los fondos de inversión como patrimonios de afectación se enmarca dentro de la doctrina finalista u objetiva del patrimonio, a la que nos referimos brevemente.

La primera teoría que se desarrolló en torno al patrimonio fue la denominada teoría clásica o subjetiva³³. Conforme a ésta, el patrimonio debe ser entendido como una “universalidad jurídica de bienes y deudas apreciables en dinero, que constituye un atributo de la personalidad”³⁴. “La persona humana es el centro de esta universalidad; la idea de patrimonio se deduce directamente de la idea de personalidad; existe entre persona y patrimonio una vinculación imposible de romper”³⁵. Para los seguidores de esta doctrina “sólo una persona física o moral puede tener un patrimonio, incluso cuando no posea nada; el patrimonio es, en efecto, una abstracción y representa más bien la aptitud de poseer; es una consecuencia de la personalidad humana”³⁶. De acuerdo a estos postulados, el patrimonio se caracteriza por ser intransferible, inalienable, indivisible, imprescriptible e inembargable³⁷.

³³ Esta teoría fue desarrollada por los franceses Aubry y Rau. (FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. El Patrimonio. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008. Pág. 28)

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ STITCHKIN Branover, David. Teoría General del Patrimonio. Curso de Derecho Civil profundizado. Mimeógrafo. Santiago, 1974, citado por BUSTAMANTE Salazar, Luis. Exposición de la dogmática jurídica del patrimonio. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1978. Pág. 20.

³⁷ Nuestro Código Civil no define ni trata de forma orgánica al patrimonio, sino que sólo contiene disposiciones dispersas que permiten llegar a ciertas conclusiones generales. A partir de ellas, algunos autores, entre ellos, Carlos Ducci, considerarían que el Código Civil se conformaría más bien con la teoría

Si bien, la teoría clásica logró explicar importantes instituciones del derecho, como el derecho de prenda general de los acreedores y la herencia o sucesión por causa de muerte a título universal, demostró ser incapaz de explicar algunas figuras jurídicas fundamentales en las que no concurría el requisito de indivisibilidad o que carecían de titular, al menos de forma temporal, las que fueron tratadas como excepciones o ficciones. Entre estas últimas destacan, la herencia yacente, los bienes del ausente y del que está por nacer, el peculio del hijo de familia, el patrimonio separado de la mujer casada y las fundaciones³⁸.

En atención a las deficiencias que presentaba la teoría clásica, los autores alemanes³⁹ desarrollaron la teoría finalista u objetiva del patrimonio, la que se opone, principalmente, al carácter de atributo de personalidad que le otorgaba al patrimonio la doctrina clásica. En este sentido, se postula que pueden existir personas sin patrimonio, así como patrimonios sin personas. Estos últimos fueron llamados “patrimonios de afectación”, “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 tenía importancia alguna”.^{40 41}

Conforme a ello, el rasgo fundamental del patrimonio de afectación, es la existencia de un fin en torno al cual se reúnen un conjunto de activos y pasivos, sin necesidad de acceder a una persona determinada.

clásica o subjetiva del patrimonio, considerándolo un atributo de la personalidad (DUCCI Claro, Carlos. Derecho civil. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. Pág. 143.). Otros, sin embargo, consideran que nuestro código no refleja en su integridad ni la teoría subjetiva ni objetiva del patrimonio, sino que adoptó ante cada caso la solución pragmática y realista que le pareció más lógica (FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 86)

³⁸ FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 30.

³⁹ Los principales exponentes alemanes de esta teoría fueron Windscheid, Brinz y Bekker. (Ibid. Pág 40)

⁴⁰ Ibid. Pág. 39.

⁴¹ Algunos autores distinguieron entre patrimonios independientes y dependientes de afectación. Los primeros “son complejos patrimoniales destinados a un fin y carentes de sujeto; los segundos, por el contrario, son patrimonios en el patrimonio de una persona destinadas a un fin especial y dotados de propia autonomía”. (BEKKER, Zweckvermögen insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschafts-Handelsrecht, 1861, citado por BUSTAMANTE Salazar, Luis. Op. Cit. Pág. 23.)

De acuerdo a esta doctrina, los patrimonios de afectación, al igual que las personas, constituyen “sujetos de derecho”, entendiéndose por éstos a todo interés jurídicamente protegido⁴². En el caso de los patrimonios de afectación, el interés jurídicamente protegido lo constituye la finalidad a la que adscribe el patrimonio ligado por ella.

Los patrimonios de afectación, al no ser personas, deben ser administrados necesariamente por una persona física, que es la única forma que tiene de manifestar su voluntad jurídica. Este administrador no puede hacer con el patrimonio lo que le plazca, sino que debe destinarlo al interés que desea proteger, está subordinado a ese interés⁴³.

En síntesis, la teoría objetiva entiende al patrimonio como “una universalidad jurídica de bienes corporales e incorporeales y de deudas, que tienen significación económica, afectos a algún interés jurídico subjetivo u objetivo, individual o colectivo, que tienen un administrador, que siempre es la persona humana”⁴⁴.

De acuerdo al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, el patrimonio en su concepción objetiva reuniría los siguientes elementos: (i) la finalidad; (ii) el administrador; (iii) el destinatario final; (iv) los bienes, derechos o relaciones jurídicas positivas; y (v) las deudas u obligaciones.

Todos ellos se presentan en el caso de los fondos de inversión, como se analiza a continuación:

⁴² La doctrina objetivista distingue dos clases de intereses que la ley puede estar interesada e proteger, intereses subjetivos y objetivos. Los subjetivos se refieren a la persona y a las agrupaciones humanas. Los intereses objetivos consisten en una finalidad que la ley estima conveniente proteger y en torno al cual adscribe un patrimonio desligado de una relación de dependencia con ningún titular.

⁴³ El administrador puede confundirse con el propio titular de los bienes y derechos.

⁴⁴ FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Ob. Cit. Pág 45.

a) La finalidad

Los fondos de inversión 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.

Esta finalidad se encuentra consagrada en artículo 161 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, que establece el deber de la sociedad administradora de efectuar todas las gestiones que sean necesarias para cautelar la obtención de una adecuada combinación de rentabilidad y seguridad de las inversiones del fondo.

b) El administrador

El fondo de inversión es administrado por una sociedad anónima, la que dirige las operaciones del fondo, siguiendo los lineamientos trazados en el reglamento interno, procurando generar la mayor rentabilidad y seguridad a los aportantes.

c) Destinatario final

Conforme a la teoría del patrimonio de afectación, el destinatario final es aquel o aquellos en cuyo beneficio se establece el patrimonio, aquel o aquellos cuyo interés el ordenamiento ha resuelto proteger⁴⁵.

En el caso de los fondos de inversión, los destinatarios finales serían los aportantes del fondo, quienes a través del éste pueden acceder a una administración profesionalizada de sus inversiones, con un menor nivel de riesgo, obteniendo una rentabilidad que de manera individual difícilmente habrían alcanzado.

⁴⁵ FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Ob. Cit. Pág 52.

d) Bienes, derechos o relaciones jurídicas positivas, ligados por su destinación

Estos bienes no constituyen una cosa distinta del patrimonio, sino que conforman el patrimonio mismo.

Los fondos de inversión se conforman por lo 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.

e) Deudas u obligaciones

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 pos de sus fines de inversión.

En conclusión, el análisis anterior permite observar que los fondos de inversión se subsumen en la naturaleza jurídica de los patrimonios de afectación sin necesidad de crear ni establecer condiciones especiales de carácter artificiosas para ello, como ocurría en el caso de las teorías estudiadas con anterioridad.

V. Naturaleza jurídica de los fondos de inversión en Chile

Nuestra legislación en materia de fondos de inversión se encarga de establecer de forma expresa su naturaleza jurídica en cuanto a patrimonios de afectación.

En este sentido, el artículo 1º de la Ley N° 18.815 define a los fondos de inversión como un “patrimonio formado por el aporte de personas naturales y jurídicas (...)”.

Esta materia no ha sido objeto de discusión. Tanto los órganos administrativos, entre ellos, el Servicio de Impuestos Internos, la Superintendencia de Valores y Seguros y la Contraloría General de la República, como la doctrina están contestes en

reconocer a los fondos de inversión el carácter de patrimonios de afectación, lo que difícilmente podría ser de otra forma atendiendo a la claridad de nuestra normativa al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores han cuestionado la adopción de esta estructura colectiva de inversión⁴⁶, en vez de, por ejemplo, haber optado por las sociedades de inversión, que armonizan de mejor manera con nuestra corriente jurídica.

No obstante haber sido éste un tema brevemente discutido durante la tramitación legislativa de la Ley Nº 18.815, la historia de esta ley nos permite entender alguno de los motivos que llevaron al legislador de la época a adoptar este tipo de estructura.

El primero de dichos motivos consistió en la tendencia existente en los mercados internacionales, donde este tipo de fondos habían aparecido con gran fuerza, reflejando ser un medio eficiente de canalización de ahorro de mediano y largo plazo y de capitalización de empresas. Asimismo, se habían constituido en un cauce natural de inversión para los inversionistas institucionales como los fondos de pensiones y compañías de seguros. Así, por ejemplo, se citó los casos de Estados Unidos, Europa y Japón que eran líderes en la materia.

En segundo lugar, era necesario crear nuevas estructuras jurídicas de inversión que permitieran la entrada a los inversionistas institucionales, en especial a los fondos de pensiones. En efecto, los fondos de inversión permitirían a los fondos de pensiones diversificar sus inversiones al permitirles acceder en forma indirecta a un amplio espectro de instrumentos financieros y bienes raíces, a través de la inversión en cuotas de fondos de inversión. Por ejemplo, podrían acceder a invertir de forma indirecta en sociedades anónimas cerradas e instrumentos financieros no registrados en la Superintendencia de Valores y Seguros, que al canalizarse a través de estos fondos

⁴⁶ LETELIER P., Álvaro. Los Fondos de inversión privados como instrumentos de planificación tributaria. En: Charla Técnica de Instituto Chileno de Derecho Tributario (21 de abril de 2009). Charlas Técnicas 2008-2009, Santiago-Chile. Instituto Chileno de Derecho Tributario, 2009. Pág. 7.

sujetos a requisitos de diversificación y de clasificación, permitirían disminuir el riesgo asociado a estas inversiones⁴⁷.

En tercer lugar, la adopción de la estructura de los fondos de inversión buscaba atraer a los inversionistas extranjeros. En este sentido, la comisión legislativa consideró que la independencia existente entre los aportantes de los fondos de inversión y su administración hacían a este tipo de entidades más atractivas que a las sociedades anónimas de inversión. En efecto, la estructura jurídica de los fondos de inversión expresan de forma clara su carácter de meros vehículos de inversión pasiva, donde los aportantes se adhieren a objeto de obtener rentabilidad de las políticas de inversión que adopte la sociedad administradora en cumplimiento del reglamento interno del fondo, y que por otro lado, genera seguridad y confianza en virtud de la existencia de normas legales mínimas de control e información que estas entidades deben cumplir. En cambio, la inversión en sociedades anónimas de inversión implica adquirir el carácter de accionista, lo que importa -al menos desde un punto de vista teórico en el caso de los pequeños accionistas- involucrarse de forma más activa y cercana con la administración y toma de decisiones de la sociedad. Esto se expresa, principalmente, en la participación en juntas de accionistas, donde se toma decisiones de gran relevancia que influyen de manera directa en la administración de la sociedad, por ejemplo, se elige y remueve al directorio, se aprueba repartos de utilidades, se acuerda la disolución de la misma, entre otras.

En relación a este último punto, cabe señalar que si bien, al menos conceptualmente, los fondos de inversión presentan las diferencias anotadas con las sociedades de inversión, lo cierto es que en Chile, producto del alto número de modificaciones que ha sufrido la Ley N° 18.815, su texto actual no permite evidenciar diferencias estructurales fundamentales entre los fondos de inversión y las sociedades anónimas, que justifiquen su formulación como tal⁴⁸. Lo anterior se ve reflejado

⁴⁷ Historia de la 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. Santiago, Chile. 29 Feb. 1989. Informe técnico emitido por el ministro del trabajo y previsión social. Pág. 110.

⁴⁸ Lo anterior, sin perjuicio de las diferencias trascendentales que se presentan entre las sociedades anónimas de inversión y los fondos de inversión en el ámbito tributario. En efecto, según se analiza en la cuarta parte de este trabajo, mientras las primeras se encuentran sujetas al régimen general de tributación

principalmente en la gran cantidad de atribuciones que se ha entregado a la asamblea de aportantes, la que, incluso, puede remover a la sociedad administradora que dio origen al fondo de inversión.

VI. Clasificación de los Fondos de Inversión

Los fondos de inversión pueden ser clasificados de acuerdo a diversos criterios, los que “dan cuenta de la gran variedad y desarrollo que las instituciones de inversión colectiva han alcanzado en los mercados financieros más desarrollados”⁴⁹.

1. De acuerdo al carácter rescatable o no de sus cuotas

1.1 Fondos de inversión abiertos: este tipo de fondos admite que sus cuotas de participación sean rescatadas por los aportantes en cualquier tiempo durante la vida del fondo. Conforme a ello, la sociedad administradora está obligada a pagar a los aportantes el valor de sus cuotas al momento que estos lo requieran, sin perjuicio de los plazos o condiciones especiales que se establezcan en el reglamento interno del fondo respectivo.

En Chile, los fondos mutuos se estructuran como fondos de inversión abiertos.

1.2 Fondos de inversión cerrados: sus cuotas no pueden rescatarse si no hasta la disolución del fondo.

Los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815 tienen el carácter de fondos de inversión cerrados.

Del carácter rescatable o no de las cuotas de un fondo de inversión derivan las siguientes consecuencias:

a la renta, los segundos están exentos de impuesto de Primera Categoría, régimen que, sin embargo, en opinión de este trabajo, se podría haber adoptado de todas formas bajo la estructura societaria.

⁴⁹ PAOLANTONIO, Martín E. Op. Cit. Pág. 26

- a) Los fondos de inversión abiertos emiten constantemente nuevas cuotas de participación para que se integren nuevos aportantes. En cambio, los fondos de inversión cerrados, por regla general, contemplan un número fijo de cuotas de participación.
- b) Por regla general, las cuotas de los fondos de inversión abiertos no son transables, sino que la única forma que tienen los aportantes de liquidar su inversión es mediante el rescate de sus cuotas⁵⁰. En contraste, las cuotas de participación de los fondos de inversión cerrados si son transables⁵¹.
- c) El valor de la cuota de participación de un fondo de inversión abierto equivale a un porcentaje del valor neto del patrimonio del fondo⁵². En cambio, el valor de la cuota de un fondo de inversión cerrado lo determina el mercado a través del libre juego de la oferta y demanda.

⁵⁰ Cabe señalar que el artículo 1° de la Ley N° 20.448, de 13 de agosto de 2010, modificó el artículo 1° del Decreto Ley N° 1.328, de 1976, sobre Fondos Mutuos, estableciendo la posibilidad de adquirir la calidad de aportante por medio de la adquisición de cuotas de participación en el mercado secundario, con lo que se les otorga a estas últimas el carácter de instrumentos transables. Conforme al artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.448, esta modificación entrará en vigencia el primer día del mes subsiguiente al de dictación del decreto supremo N° 1.179 de Hacienda, de 6 de mayo de 2011, que reemplazó al antiguo decreto supremo N° 249, de Hacienda, de 1982, es decir, el día 1 de julio de 2011.

⁵¹ Acorde con ello, el inciso final del artículo 15 de la Ley N° 18.815 establece que las cuotas de participación de los fondos de inversión son valores de oferta pública, es decir, se transan en el mercado secundario formal, entendiéndose por éste “aquel en que los compradores y vendedores están simultánea y públicamente participando en forma directa o a través de un agente de valores o corredor de bolsa en la determinación de los precios de los títulos que se transan en él, siempre que diariamente se publiquen el volumen y el precio de las transacciones efectuadas y cumpla con los requisitos relativos a número de participantes, reglamentación interna y aquellos tendientes a garantizar la transparencia de las transacciones que se efectúen en él, que establezca la Superintendencia mediante norma de carácter general.” (Artículo 4, letra a), de la Ley N° 18.045). Cabe señalar, que las cuotas de los fondos de inversión privados no son valores de oferta pública, por lo que se deben transar fuera del mercado secundario formal.

⁵² En concordancia con lo anterior, el artículo 26 del reglamento de Decreto Ley N° 1.328, que regula a los Fondos Mutuos, contenido en el Decreto Supremo N° 249 de 29 de julio de 1982, al referirse a la forma de determinar el valor del patrimonio fondo dispone que “Este valor se dividirá por el número de cuotas emitidas y pagadas y el cociente que resulte será el valor de cada cuota en ese momento, el que permanecerá vigente hasta la próxima valorización diaria”.

2. De acuerdo al objeto de sus inversiones⁵³

2.1 Fondos de inversión mobiliaria: corresponden a aquellos fondos que concentran sus inversiones en valores mobiliarios.

2.2 Fondos de inversión inmobiliaria: corresponden a aquellos fondos que concentran sus inversiones en inmuebles o títulos representativos de derechos sobre inmuebles.

El texto original de la Ley N° 18.815, en su artículo 6º, distinguía tres tipos de fondos de inversión según su objeto de inversión: (i) fondos de inversión mobiliaria, los que tenían por objeto la inversión en valores de oferta pública; (ii) fondos de inversión de capital de riesgo, que tenían por objeto la inversión en valores no sujetos a registro ante la Superintendencia de Valores y Seguros, dirigidos a financiar nuevos proyectos empresariales o la ampliación de los existentes, excluyendo los inmobiliarios; y (iii) fondos de inversión inmobiliaria, los que tenía por objeto la inversión en bienes raíces, mutuos hipotecarios endosables y acciones de sociedades anónimas inmobiliarias de las que antiguamente establecía la letra h) del artículo 45 del Decreto Ley N° 3.500 de 1980, sobre Fondos de Pensiones. Con posterioridad, por medio de la Ley N° 19.301, de 19 de marzo de 1994, se incorporó un cuarto tipo de fondo denominado “fondo de inversión de créditos securitizados”, cuyo objeto consistía en la inversión en carteras de crédito o de cobranzas, de aquellas a que se refiere el artículo 135 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores. Además, por medio de esta ley se modificó la denominación de “fondos de Inversión de capital de riesgo” a la de “fondos de Inversión de desarrollo de empresas”, con el objeto de identificar de mejor forma el objetivo de estos fondos cual era el de impulsar nuevos proyectos. Finalmente, la ley N° 19.469, de 3 de septiembre de 1996, incorporó un último tipo de fondos denominado “fondo de inversión internacional”, el que tenía por objeto invertir en valores emitidos por entidades extranjeras y bienes raíces ubicados en el extranjero.

⁵³ Este criterio admite tantas clasificaciones como tipos de valores o bienes existen. Aquí nos referimos a la clasificación más genérica de ellas.

Por medio de la ley N° 19.705, de 20 de diciembre del año 2000, el artículo 6° de la ley N° 18.815 fue reemplazado por su texto actual, eliminando la clasificación de los fondos señalada en el párrafo anterior y estableciendo un fondo único. Conforme se desprende de la historia de la ley N° 19.705, esta modificación tuvo por objeto liberalizar la diversificación de las inversiones de los fondos de inversión reservando la determinación de las políticas de inversión al reglamento interno de cada fondo. Esto, a fin de disminuir las trabas a la inversión de este tipo de fondos y fomentar su utilización. Por otra parte, se incorporaron los denominados fondos de inversión privados, a fin de que desarrollaran aquellas inversiones vedadas para los fondos de inversión públicos⁵⁴.

3. De acuerdo al origen de los activos del fondo

3.1 Fondos internacionales: corresponde a aquellos fondos que invierten en activos extranjeros.

Como mencionamos con anterioridad, la ley N° 19.469 incorporó este tipo de fondos a nuestra legislación. Sin embargo, fueron eliminados como categoría especial por la ley N° 19.705.

3.2 Fondos locales: corresponde a aquellos que limitan sus inversiones relevantes a activos nacionales.

3.3 Fondos mixtos: aquellos fondos que invierten tanto en bienes o valores extranjeros y locales.

Luego de la eliminación de los distintos tipos de fondos efectuada por medio de la ley N° 19.705, los fondos de inversión en Chile pueden mantener inversiones

⁵⁴ Como veremos más adelante, por medio de la ley 20.190, de 5 de junio de 2007 se limitó la libertad de inversión de la que gozaban los fondos de inversión privados a fin de poner freno a los abusos en su utilización. En este sentido se restringió sus posibilidades de inversión a aquellos valores señalados en el artículo 5° de la Ley N° 18.815, sin perjuicio de poder invertir, además, en toda clase de valores, derechos sociales, títulos de crédito y efectos de comercio.

tanto en valores de emisores nacionales como extranjeros, de acuerdo a las políticas de diversificación de inversiones que establezca el reglamento interno de cada fondo.

4. De acuerdo al origen de los aportes al fondo

4.1 Fondos de inversión de capital extranjero: son aquellos cuyo patrimonio está formado con aportes realizados en el extranjero para su inversión en valores locales y que son administrados por una sociedad domiciliada en el país de emisión de los valores.

En Chile, la Ley N° 18.657 regula esta clase fondos, distinguiendo entre fondos de inversión de capital extranjero y fondos de inversión de capital extranjero de riesgo.

4.2 Fondos de inversión de capital local: son aquellos cuyo patrimonio está formado por aportes de personas o entidades locales para su inversión en valores locales o extranjeros y que son administrados por una sociedad del domicilio de los aportantes.

5. De acuerdo a si sus cuotas se transan o no en el mercado formal

5.1 Fondos de Inversión Públicos: son aquellos cuyas cuotas constituyen valores de oferta pública y, por tanto, se transan en el mercado secundario formal, lo que les impone el cumplimiento de una serie de obligaciones de registro, control e información, así como restricciones en sus inversiones, todas dirigidas a velar por la protección de la fe pública.

5.2 Fondos de inversión privados: son aquellos cuyas cuotas no son valores de oferta pública y, por tanto, se transan de forma privada, lo que implica que en sus transacciones no se vea involucrada la fe pública.

SEGUNDA PARTE: LOS FONDOS DE INVERSIÓN EN CHILE

I. Regulación y origen de los fondos de inversión en Chile⁵⁵

Los fondos de inversión en Chile se encuentran regulados por la Ley N° 18.815, publicada con fecha 29 de julio de 1989 (en adelante, nos referimos a estos fondos como “Fondos de Inversión”).

El inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 18.815, los define como “un patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas, para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes”.

De acuerdo a la Ley N° 18.815, estos Fondos se clasifican en Fondos de Inversión Públicos y Fondos de Inversión Privados.

Los primeros hacen oferta pública de sus cuotas y son fiscalizados por la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, la “SVS”). Estos Fondos se rigen por los títulos I al VI de la Ley N° 18.815, por el reglamento de la Ley N° 18.815, contenido en el Decreto Supremo N° 864 de 23 de febrero de 1990 (en adelante, el “Reglamento”), por las normas legales y reglamentarias relativas a las sociedades anónimas abiertas, por la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, por sus respectivos reglamentos internos aprobados para cada Fondo por la SVS y por las instrucciones obligatorias que este organismo les imparta.

Los Fondos de Inversión Privados, en cambio, no hacen oferta pública de sus cuotas, por lo que no se encuentran sujetos a la fiscalización de la SVS. Estos Fondos

⁵⁵ Como se ha venido adelantando, en Chile existen diversos tipos de fondos de inversión, entre ellos, los fondos mutuos, fondos de inversión de capital extranjero, fondos de inversión de capital extranjero de riesgo y fondos de inversión de la Ley N° 18.815. No obstante, ante la excesiva extensión que implicaría el estudio particular de cada uno de estos tipos de fondos de inversión, y ante el escaso estudio doctrinario que han recibido los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815, este trabajo se ha limitado al análisis específico de estos últimos.

se encuentran regulados en el título VII de la Ley N° 18.815 y se rigen, prácticamente, de forma exclusiva por sus respectivos reglamentos internos.

Como se desprende del mensaje e informe técnico de la Ley N° 18.815, la creación de los Fondos de Inversión tuvo dos principales objetivos. El primero de ellos, consistió en la necesidad de dar respuesta a un constante crecimiento de la demanda de títulos de valores, principalmente de parte de inversionistas institucionales como fondos de pensiones y compañías de seguro de vida, presente en el mercado de valores de la época. El segundo objetivo consistió en incentivar la inversión, especialmente de inversionistas institucionales, en proyectos de mediano y largo plazo, como proyectos inmobiliarios y de capital de riesgo.

A fin de alcanzar este segundo objetivo, a las cuotas de participación de los Fondos de Inversión se les dio el carácter de no rescatables, otorgando a estos Fondos el perfil de fondos de inversión cerrados. De esta forma, al contrario de lo que ocurría con los fondos mutuos, que por el carácter rescatable de sus cuotas debían invertir en valores de alta liquidez, los Fondos de Inversión tenían la posibilidad de invertir en valores de mediana o baja liquidez, como proyectos de capital de riesgo, ya que sus cuotas no podrían ser rescatadas si no hasta la liquidación del fondo.

Estos objetivos fueron difícilmente alcanzados en un principio debido al lento crecimiento de los Fondos de Inversión y por la falta de incentivos a la inversión en la industria de riesgo.

No obstante, estos problemas iniciales se han ido corrigiendo por medio de una serie de reformas legislativas dirigidas principalmente a liberalizar la diversificación de las inversiones, así como por medio del establecimiento de incentivos concretos para incentivar la inversión en capitales de riesgo⁵⁶.

⁵⁶ Nos referiremos a estos incentivos en la cuarta parte de este trabajo que se dedica al estudio de la tributación de los Fondos de Inversión.

Estas reformas han permitido que a septiembre de 2010 los activos administrados por los Fondos de Inversión Públicos en Chile hayan ascendido a US\$8.949 millones, lo que representa un incremento de 369% respecto a diciembre de 2004 cuando esta cifra llegaba a US\$ 2.422 millones⁵⁷.

II. Concepto y elementos característicos de los Fondos de Inversión

A fin de comprender de manera acabada la configuración legal de los Fondos de Inversión, en este apartado se analizan sus principales elementos definitorios.

Como se señaló, el inciso primero del artículo 1º de la Ley N° 18.815, los define como “un patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas, para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes”.

Luego, el inciso segundo de la norma citada agrega que “Los aportes quedarán expresados en cuotas de participación no rescatables”.

De la definición legal citada, se pueden extraer cinco principales elementos que caracterizan a un Fondo de Inversión:

1. Es un patrimonio;
2. Su administración la ejerce una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes;
3. Se integra por el aporte de personas naturales o jurídicas;

⁵⁷ Con respecto a septiembre de 2009, la industria logró un incremento de US\$ 3.170 millones en el total de sus activos administrados, lo que representa un aumento de 54,9% a septiembre de 2010, reafirmando así la recuperación de los niveles precrisis. Los Fondos de Inversión Privados, por su parte, se han mantenido más estables en cuanto a márgenes de crecimiento. Estos fondos pasaron de administrar activos por US\$ 154 millones en 2004 a US\$ 253 millones a septiembre del año 2010⁵⁷.

4. Sus cuotas no son rescatables; y
5. Su objeto es la inversión en los valores y bienes que la ley permite.

A continuación analizamos cada uno de estos elementos:

1. Naturaleza jurídica de patrimonios de afectación

Conforme se analizó en la primera parte de este trabajo, el artículo 1º de la Ley Nº 18.815 declara de manera expresa la naturaleza jurídica de los Fondos de Inversión en Chile, la que corresponde a la de un patrimonio de afectación.

Por lo tanto, se puede fácilmente afirmar que los Fondos de Inversión no son una sociedad ni constituyen cualquier otro tipo de entidad con personalidad jurídica propia. Por el contrario, son netamente un conjunto de bienes, derechos y obligaciones adscritos a un fin específico.

2. Administración a cargo de una sociedad anónima

Los fondos de inversión son administrados por sociedades anónimas (en adelante, la(s) “Sociedad(es) Administradora(s)”), las que actúan por cuenta y riesgo de los aportantes.

Las Sociedades Administradoras pueden administrar uno o más Fondos de Inversión.

En el ejercicio de sus funciones, la Sociedad Administradora se encarga de la toma de decisiones de inversión y de las operaciones del Fondo, procurando generar los mayores beneficios a sus aportantes.

El Fondo de Inversión es titular de los instrumentos representativos de las inversiones realizadas y de los bienes adquiridos, los que se deben registrar de forma

separada de las operaciones realizadas por la Sociedad Administradora con sus recursos propios⁵⁸.

La naturaleza y obligaciones que afectan a la Sociedad Administradora varían según se trate de un Fondo de Inversión Público o un Fondo de Inversión Privado. Así, los Fondos de Inversión Públicos deben ser administrados por una sociedad anónima especial, cuyo objeto exclusivo sea tal administración. Estas Sociedades Administradoras deben cumplir con una serie de requisitos relativos a su constitución y funcionamiento. Los Fondos de Inversión Privados, en cambio, pueden ser administrados por una sociedad anónima especial, de aquellas que administran los Fondos de Inversión Públicos, o por una sociedad anónima cerrada no afecta al cumplimiento de los requisitos que afectan a las primeras.

3. Integración por aportes de personas naturales o jurídicas

El patrimonio que conforma al Fondo de Inversión se integra por aportes efectuados por personas, las que pueden ser naturales o jurídicas. Estas personas adoptan el nombre de aportantes o partícipes.

Los aportantes, “en su búsqueda de una buena rentabilidad, encuentran en este tipo de inversión dos fuentes de retribución por su inversión, la primera es la variación en el precio de las cuotas, el que será determinado por el mercado; mientras que la segunda fuente son los dividendos, los que se recibirán anualmente, siendo a los menos, un 30% de los beneficios netos percibidos durante el ejercicio”.⁵⁹

Los aportantes se reúnen en la asamblea de aportantes, la que funciona como un organismo de control de la gestión que realiza la sociedad administradora del fondo y en donde se discuten materias de interés común de los aportantes en cuanto afectan directamente sus inversiones.

⁵⁸ Artículo 30 de la Ley N° 18.815.

⁵⁹ MEJÍAS Guerrero, Cristián Igor. Los Fondos de Inversión. Manual de Consultas Tributarias. (N° 348): 63-87, 2006. Pág. 63.

4. Cuotas de participación no rescatables

Los aportes a los Fondos de Inversión se expresan en cuotas de participación, las que por expresa disposición de la ley, no pueden ser rescatadas por los partícipes del fondo.

De acuerdo con ello, los fondos regulados por la ley 18.815 clasifican como fondos de inversión cerrados.

A fin de establecer con claridad lo que significa que una cuota de participación sea rescatable o no, conviene citar el inciso final del artículo 2º de la ley Nº 18.657, que regula a los fondos de inversión de capital extranjero, que señala que “es valor rescatable la cuota de participación que confiere el derecho de recibir la parte proporcional de los activos netos del Fondo que ella presenta, o su equivalente en dinero, antes del vencimiento del plazo de duración del Fondo”.

A contrario sensu, las cuotas de participación no rescatables son aquellas que no otorgan el derecho a recibir la parte proporcional de la participación en el fondo sino hasta el vencimiento del plazo de duración del mismo y su consecuente liquidación.

Es decir, los partícipes de los Fondos de Inversión no pueden solicitar el reembolso del valor proporcional de sus cuotas en el activo del fondo durante la vida del fondo. Éstas sólo pueden ser rescatadas al momento de la liquidación.

Como señalamos con anterioridad, esta característica permite que los Fondos de Inversión dirijan sus inversiones a proyectos de mediano y largo plazo, sin el riesgo que los aportantes soliciten el rescate de sus cuotas de participación de forma anticipada.

No obstante, lo anterior no significa que los aportantes de los Fondos de Inversión deban mantenerse ligados a éstos hasta su liquidación, ya que pueden liquidar su

inversión mediante la venta de sus cuotas de participación en el mercado secundario formal o fuera de él según el tipo de fondo de inversión de que se trate⁶⁰.

De acuerdo a lo señalado al referirnos a la clasificación de los fondos de inversión en cerrados y abiertos, del carácter no rescatable de las cuotas de participación de los Fondos de Inversión derivan las siguientes consecuencias:

a) Emiten un número fijo de cuotas de participación.

Ello, sin perjuicio de poder efectuar nuevas colocaciones de cuotas para efectos de realizar aumentos de capital, cuando así lo acuerde la asamblea extraordinaria de aportantes.

b) Las cuotas de participación son de carácter transables.

En razón del carácter no rescatable de las cuotas de participación, se otorga a los aportantes la posibilidad de liquidar de forma anticipada su inversión mediante la venta de éstas en el mercado secundario.

Asimismo, los aportantes tienen la posibilidad de obtener la restitución de su aporte de forma anticipada mediante la realización de una disminución de capital acordada por la asamblea extraordinaria de aportantes, en la medida que así lo permita el reglamento interno del Fondo.

c) El valor de las cuotas de los Fondos de Inversión se determina por el valor que les otorgue el mercado, de acuerdo a la oferta y demanda de las mismas.

En el caso de los Fondos de Inversión Públicos, cuyas cuotas son valores de oferta pública, el valor de éstas lo determina el mercado secundario formal. En el caso de los Fondos de Inversión Privados, cuyas cuotas de participación no son valores de

⁶⁰ Las cuotas de participación de los Fondos de Inversión Privados se transan fuera del mercado secundario formal ya que no constituyen valores de oferta pública.

oferta pública, su valor de se determina por el precio que libremente fijen las partes interesadas en la transacción de las cuotas.

5. Objeto: la inversión en los valores y bienes que la ley permite

El objetivo de los Fondos de Inversión es el de servir como vehículos de inversión pasiva. En este sentido, constituyen una alternativa de inversión que consiste en reunir aportes de distintas personas, naturales o jurídicas, para ser invertidos en los diferentes bienes y valores que autoriza la ley.

El artículo 5º de la Ley Nº 18.815 establece un listado taxativo, pero abierto, de los bienes y valores en los que pueden invertir los Fondos de Inversión⁶¹. Se señala que el listado es de carácter taxativo pues los Fondos de Inversión sólo pueden invertir en los bienes y valores que en él se indican. Sin embargo, es abierto ya que la misma norma legal contempla la posibilidad de que los Fondos de Inversión inviertan en otros valores o instrumentos que autorice la SVS⁶².

El referido listado incluye valores emitidos por organismos públicos y privados. En el caso de estos últimos, se incluyen valores de oferta pública y valores cuya emisión no se haya registrado en la SVS, siempre que la sociedad emisora cuente con estados financieros anuales dictaminados por auditores externos⁶³. Asimismo, se admite la inversión en valores de oferta pública emitidos por entidades extranjeras y en otros valores o instrumentos emitidos por entidades extranjeras que autorice la SVS.

⁶¹ Como analizaremos en profundidad con posterioridad, las restricciones a la inversión establecidas por el artículo 5º de la Ley Nº 18.815 se aplica tanto a los Fondos de Inversión Públicos como a los Fondos de Inversión Privados. Sin embargo, el artículo 41 de la Ley Nº 18.815, autoriza a estos últimos a invertir, además, en toda clase de valores, derechos sociales, títulos de crédito y efectos de comercio.

⁶² Así lo establecen los numerales 9º, 26º y 27º del artículo 5º en comento.

⁶³ En este sentido, el numeral 8º del artículo 5º de la Ley 18.815 contempla la posibilidad que los Fondos de Inversión inviertan “en acciones, bonos, efectos de comercio u otros títulos de deuda cuya emisión no haya sido registrada en la Superintendencia de Valores y Seguros, siempre que la sociedad emisora cuente con estados financieros anuales dictaminados por auditores externos, de aquellos inscritos en el registro que al efecto lleva la Superintendencia”.

TERCERA PARTE: CLASIFICACIÓN DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN REGULADOS POR LA LEY 18.815

El texto original de la Ley N° 18.815 contemplaba tres tipos de fondos de inversión, los “Fondos de Inversión Mobiliaria”, “Fondo de Inversión de Capital de Riesgo” y los “Fondos de Inversión Inmobiliaria”. Mediante modificaciones posteriores, se incorporaron, además, los “Fondos de Inversión de Créditos Securitizados” y los “Fondos de Inversión Internacional”. Como se desprende de sus nombres, esta clasificación atendía al objeto de inversión de cada uno de ellos.

La Ley N° 19.705 puso fin a esta clasificación. Por otra parte, creó un nuevo tipo de Fondos de Inversión denominados “Fondos de Inversión Privados”, incorporando un nuevo título VII a la Ley N° 18.815, que regula a estos últimos.

Conforme a lo anterior, la Ley N° 18.815 hoy regula dos tipos de Fondos de Inversión, los Fondos de Inversión Públicos y los Fondos de Inversión Privados.

La diferencia fundamental entre ambos tipos de Fondos, y que da origen a esta nueva clasificación, es el carácter de valores de oferta pública o no de sus cuotas. De este carácter derivan, a su vez, una serie de otras diferencias en cuanto a su regulación fundadas en el hecho que respecto de las transacciones de los primeros existe un interés público comprometido, cuestión que no ocurre con los segundos.

A continuación se exponen las particularidades de cada uno de estos tipos de Fondos.

A. Fondos de Inversión Públicos

Los Fondos de Inversión Públicos se caracterizan, principalmente, por hacer oferta pública de sus cuotas. En razón de ello, y por existir un elemento de fe pública comprometido en las operaciones que realizan, estos Fondos, así como sus Sociedades Administradoras, están sujetos a una serie de obligaciones y restricciones,

dispuestas en la Ley N° 18.815 y en el Reglamento, así como en la Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas y Ley N° 18.045, de Mercado de Valores.

I. Estructura y organización

Como se ha venido adelantando, en el funcionamiento de un Fondo de Inversión intervienen tres principales actores: (i) El Fondo de Inversión propiamente tal, entendido como el conjunto de aportes efectuados por los partícipes; (ii) la Sociedad Administradora, que se encarga de la gestión del Fondo; y (iii) los aportantes.

En el caso de los Fondos de Inversión Públicos, la ley regula las principales características de cada uno de estos actores, incluyendo la estructura y funcionamiento del Fondo de Inversión propiamente tal, las obligaciones que recaen en la Sociedad Administradora, y los deberes y derechos de los aportantes, los que se analizan a continuación.

1. El Fondo de Inversión

El Fondo de Inversión consiste en el patrimonio formado por la reunión de los aportes efectuados por los aportantes con el objeto de ser invertidos en los valores y activos que el artículo 5° de la Ley N° 18.815 establece. En este sentido, como se ha señalado, el Fondo de Inversión tiene la naturaleza jurídica de un patrimonio de afectación.

1.1 Constitución

La Ley N° 18.815 no detalla el procedimiento por el cual debe constituirse un Fondo de Inversión, por lo que esta materia ha sido entregada a la práctica.

De acuerdo con ella, el Fondo de Inversión se organiza por la Sociedad Administradora, la que mediante una sesión de directorio aprueba (i) la constitución del Fondo de Inversión, (ii) su reglamento interno, y (iii) los contratos de suscripción de

cuotas que se celebrarán entre la Sociedad Administradora y los aportantes del fondo. Una copia del reglamento interno es protocolizada en una notaría.

La SVS debe aprobar el reglamento interno del Fondo, así como los textos de los contratos de suscripción tipo que la Sociedad Administradora celebrará con los aportantes. Este organismo tiene 30 días para dar su aprobación, el que se suspende en caso que solicite información adicional o la rectificación de alguna materia por no ajustarse a la normativa que rige a los Fondos de Inversión. Una vez corregidos los defectos o atendidas las observaciones y vencido el plazo de 30 días, la SVS aprueba el reglamento interno y los respectivos contratos⁶⁴.

1.2 Reglamento Interno

El reglamento interno del Fondo de Inversión establece las reglas del juego iniciales a las que debe ajustarse la Sociedad Administradora en la gestión de las inversiones del Fondo. Una vez iniciada la actividad de Fondo, cualquier modificación que la Sociedad Administradora considere necesaria efectuar al reglamento interno, como por ejemplo, a la política de diversificación de inversiones de éste, requiere la aprobación de los aportantes reunidos en asamblea extraordinaria.

El reglamento interno debe contener, a lo menos, las siguientes menciones:

- a) Denominación del Fondo, en la que obligatoriamente se debe incluir la expresión “fondo de inversión”;
- b) Plazo de duración;
- c) Política de inversión. Se debe detallar: (i) los tipos de activos en que se invertirán los recursos, (ii) la política de diversificación de las inversiones, (iii) el tratamiento de los excesos de inversión, y (iv) su política de liquidez;
- d) Política de reparto de beneficios;
- e) Comisión de administración;
- f) Gastos de cargo del fondo;

⁶⁴ Artículo 4º de la Ley N° 18.815.

- g) Normas sobre información obligatoria a entregar a los aportantes;
- h) Indicación del diario en que se efectuarán las publicaciones que exija la ley;
- i) Política sobre aumentos de capital y para el caso que se contemple realizar disminuciones voluntarias y parciales de capital de acuerdo al Reglamento, los términos, condiciones y plazos para llevarlas a efecto⁶⁵;
- j) Política de endeudamiento;
- k) Política de retorno de los capitales;
- l) Materias que correspondan al conocimiento de la asamblea extraordinaria de aportantes;
- m) Atribuciones y deberes del Comité de Vigilancia;
- n) Forma y periodicidad de entrega de información al Comité de Vigilancia, sobre inversiones en acciones emitidas por las entidades señaladas en los números 8, 12, 15 y 22 del artículo 5º de la ley N° 18.815, por las que el Fondo pase a ser controlador⁶⁶.
- ñ) Naturaleza del arbitraje al que será sometidas las diferencias entre los aportantes, o entre estos y la sociedad o sus administradores. Si nada se dice, se entiende que el árbitro tiene la calidad de arbitrador.
- o) Materias que otorguen derecho a retiro.

⁶⁵ El artículo 36 del Reglamento dispone que los fondos de inversión pueden efectuar disminuciones voluntarias y parciales de capital, en la forma, condiciones y plazo que señale su reglamento interno, el que deberá contemplar, además, las informaciones mínimas para optar a la devolución de capital, fechas para el pago y metodologías para el cálculo del valor de devolución de las cuotas. Conforme a la citada norma, las disminuciones de capital sólo pueden perseguir los siguientes fines: (i) restituir a los aportantes, durante la vigencia del fondo, la proporción que les corresponda en la disminución de capital, pudiendo incrementar equitativamente su derecho a la restitución del valor de las cuotas cuando los demás no lo ejerzan. No obstante, la sociedad administradora, con el informe previo del Comité de Vigilancia, puede citar a asamblea extraordinaria de aportantes para adoptar el acuerdo de no llevar a efecto la disminución de capital, acuerdo que deberá contar con el voto favorable de las dos terceras partes de las cuotas emitidas y pagadas al fondo; (ii) restituir a los aportantes disidentes el valor de sus cuotas si optaren por retirarse, cuando en asamblea de aportantes se acuerde prorrogar el plazo de duración del fondo, o se modifiquen o supriman materias que otorgan este derecho; y (iii) para absorber pérdidas generadas en las operaciones del fondo, previo acuerdo de la mayoría absoluta de las cuotas pagadas adoptado en asamblea de aportantes.

⁶⁶ Los referidos numerales se refieren, respectivamente, a acciones emitidas por: (i) sociedades anónimas cerradas; (ii) sociedades anónimas cuyo único objeto sea el negocio inmobiliario; (iii) sociedades anónimas cuyo único objeto sea participar en concesiones de obras de infraestructura de uso público y; (iv) sociedades anónimas extranjeras que no hagan oferta pública de sus acciones.

1.3 Número mínimo de aportantes

Transcurrido un año contado de la aprobación del reglamento interno, los Fondos de Inversión Públicos deben contar permanentemente con a lo menos 50 aportantes, salvo que entre éstos hubiere un inversionista institucional, en cuyo caso es suficiente contar con este último⁶⁷.

En caso que se infrinja la regla anterior, la Sociedad Administradora debe informar dicha situación a la SVS al día siguiente hábil. Asimismo, empieza a correr un plazo de 6 meses para corregir la situación. En caso que ello no se logre, se debe proceder a la disolución y liquidación del Fondo⁶⁸.

1.4 Valor mínimo patrimonial

Transcurrido un año desde el inicio de las operaciones de un Fondo de Inversión Público, el valor total de su patrimonio debe ser igual o superior a 10.000 unidades de fomento. Si cumplido el referido año existe un déficit, la Sociedad Administradora cuenta con un plazo de 180 días, prorrogable por la SVS por 180 días más, para corregirlo. Si transcurrido dicho plazo no se regularizare la situación se debe proceder sin más trámite a la liquidación del Fondo

1.5 Causales de liquidación

Los Fondos de Inversión Públicos se pueden liquidar por las siguientes causales:

- a) Término del plazo de duración

⁶⁷ Inciso final del artículo 1º de la Ley N° 18.815

⁶⁸ El plazo de 6 meses se suspende en caso que se efectúe un aumento de capital mediante una nueva emisión de cuotas, con el objeto de atraer a nuevos aportantes, reanudándose una vez inscrita tal emisión en el Registro de Valores.

El reglamento interno debe establecer el plazo de duración del Fondo. Esta mención resulta de la esencia, ya que, como se ha señalado, por regla general, los aportantes sólo pueden rescatar sus cuotas a la fecha de liquidación del Fondo.

La ley no establece plazos mínimos o máximos de duración de los Fondos de Inversión Públicos, por lo que esta materia queda al arbitrio de la Sociedad Administradora.

b) Por acuerdo de la asamblea extraordinaria de aportantes

Dentro de las atribuciones de la asamblea extraordinaria de aportantes se encuentra la de acordar la disolución anticipada del Fondo de Inversión. Para ello, debe designar un liquidador, fijando sus atribuciones, deberes y remuneración. Asimismo, debe aprobar la cuenta final al término de la liquidación.

Para el caso que la asamblea extraordinaria de aportantes decida poner término anticipado al Fondo, el reglamento interno puede establecer el pago de una indemnización a la Sociedad Administradora por los perjuicios que le sean irrogados, cuando la disolución no se haya debido a una causal imputable a ella.

c) Por incumplimiento del número mínimo de aportantes

Como se señaló los Fondos de Inversión Públicos deben contar con un mínimo de 50 aportantes, salvo que entre ellos exista un inversionista institucional, en cuyo caso es suficiente contar con este último.

En caso que se infrinja este requisito y no se subsane dentro de plazo establecido por la ley, el Fondo debe ser liquidado.

d) Por incumplimiento del monto mínimo de capital

Los Fondos de Inversión Públicos deben contar con un patrimonio mínimo de 10.000 unidades de fomento. De infringirse este requisito sin que se subsane dentro del plazo que establece la ley el Fondo debe ser liquidado.

- e) Por la no celebración de la Asamblea Extraordinaria de Aportantes correspondiente una vez disuelta la Sociedad Administradora

En el evento que se disuelva la Sociedad Administradora, el Comité de Vigilancia del Fondo debe convocar a asamblea extraordinaria de aportantes a celebrarse dentro de los 60 días siguientes a la disolución. En caso que ésta no se celebre por falta de quórum, se debe proceder sin más trámite a la liquidación del Fondo respectivo por un liquidador designado por la SVS.

2. La Sociedad Administradora

Conforme al artículo 3º de la Ley N° 18.815, los Fondos de Inversión Públicos deben ser administrados por sociedades anónimas especiales, cuyo objeto exclusivo sea tal administración⁶⁹, las que deben incluir en su nombre la expresión “administradora de fondos de inversión”.

La Sociedad Administradora ejerce la administración a nombre del Fondo respectivo y por cuenta y riesgo de los aportantes, es decir, los beneficios y pérdidas que dicha administración reporta se radica en el patrimonio de estos últimos.

En el ejercicio de sus funciones, la Sociedad Administradora se encarga de la toma de decisiones de inversión y de las operaciones del Fondo, procurando generar los mayores beneficios a sus aportantes. El Fondo de Inversión es titular de los instrumentos representativos de las inversiones realizadas y de los bienes adquiridos,

⁶⁹ Sin perjuicio de ello, la ley permite que las Sociedades Administradoras incluyan en su objeto la administración de cualquiera de los fondos regulados por la ley N° 18.657, estos es los Fondos de Inversión de Capital Extranjero y los Fondos de Inversión de Capital Extranjero de Riesgo, y la administración de Fondos de Inversión Privados de que trata el Título VII de la Ley N° 18.815. Además, pueden realizar las actividades complementarias que les autorice la SVS.

los que se deben registrar de forma separada de las operaciones realizadas por la Sociedad Administradora con sus recursos propios⁷⁰. Asimismo, la Sociedad Administradora está a cargo del manejo de los estados financieros y registros contables del Fondo y debe cumplir con las obligaciones de carácter tributarias que recaen sobre éste, las que analizaremos en la cuarta parte de este trabajo.

Como retribución por sus servicios, la Sociedad Administradora puede percibir una comisión, la que se deduce del fondo de inversión respectivo.

2.1 Constitución

La Sociedad Administradora debe constituirse de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 126 de la Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas. Conforme a ello, se forma, existe y prueba cumpliendo con los siguientes requisitos copulativos:

- a) Constitución por escritura pública.
- b) Obtención de una resolución de la SVS que autorice su existencia.

Para obtener la autorización de existencia por parte de la SVS, las Sociedades Administradoras deben cumplir con lo siguiente:

- (i) Acreditar un capital pagado no inferior al equivalente a 10.000 unidades de fomento^{71 72}.

⁷⁰ Artículo 30 de la Ley N° 18.815.

⁷¹ Artículo 3° A de la Ley N° 18.815.

⁷² Conforme al inciso segundo del artículo 3° del Reglamento, la Sociedad Administradora debe mantener en todo momento un patrimonio a lo menos equivalente a 10.000 unidades de fomento o al 1% de la suma de los patrimonios promedios diarios de cada uno de los fondos administrados, correspondiente al semestre calendario anterior a la fecha de su determinación, si este último resultare mayor. Si por cualquier causa se produjera una pérdida o variación que afecte el cumplimiento de este requisito, la Sociedad Administradora debe informar este hecho a la SVS dentro de 48 horas de producido el mismo y estará obligada a reestablecer el déficit dentro del plazo que fije la SVS el que no podrá ser superior a 180 días, prorrogables por otros 180 días.

(ii) Someter a la aprobación de la SVS el reglamento interno de cada uno de los Fondos que la Sociedad Administradora administre, los textos tipos de los contratos que deberá suscribir con los aportantes y los facsímiles de los títulos de cuotas del o de los fondos^{73 74}.

(iii) Constituir una garantía en beneficio del Fondo de Inversión para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones por la administración de fondos de terceros, previo al funcionamiento de cada Fondo que administre y hasta su total extinción⁷⁵. Dicha garantía debe ser por un monto inicial de 10.000 unidades de fomento⁷⁶. La Sociedad Administradora debe designar a un banco como representante del fondo de inversión beneficiario de la garantía⁷⁷.

c) Inscripción y publicación del certificado especial que otorgue la SVS.

Una vez obtenida la resolución que aprueba la existencia de la Sociedad Administradora, la SVS emite un certificado que acredita dicha aprobación y que contiene un extracto de las cláusulas del estatuto de la sociedad.

Este certificado debe inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio social y publicarse en el Diario Oficial dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la resolución que aprueba la existencia de la sociedad⁷⁸.

Las actas de las juntas de accionistas donde se acuerde la modificación de los estatutos o la disolución anticipada de la Sociedad Administradora deben ser reducidas a escritura pública para luego ser aprobadas por la SVS. Una vez aprobadas, la SVS

⁷³ Artículo 4º del Reglamento.

⁷⁴ Transcurrido un año desde su autorización de existencia, la Sociedad Administradora debe mantener, permanentemente, la administración de al menos un Fondo, de otra forma debe disolverse.

⁷⁵ Artículo 226 de la Ley N° 18.045.

⁷⁶ Conforme al inciso segundo del artículo 226 de la Ley 18.045, el monto de la garantía debe actualizarse anualmente, para cada fondo, de manera que dicho monto sea siempre equivalente, a lo menos, a 10.000 unidades de fomento o al 1% del patrimonio promedio diario del fondo de que se trate, correspondiente al año calendario anterior a la fecha de su actualización, si este último resultare mayor.

⁷⁷ Artículo 227 de la Ley N° 18.045

⁷⁸ Inciso final del artículo 126 de la Ley N° 18.046.

emite un certificado que debe ser inscrito y publicado del mismo modo que el certificado de existencia de la Sociedad Administradora⁷⁹.

Las Sociedades Administradoras que en su constitución omitan la escritura pública, la resolución aprobatoria de la Superintendencia o la oportuna inscripción y publicación del certificado que emita ésta se sancionan con su inexistencia. Asimismo, se considera inexistente la reforma de estatutos que omita cualquiera de los referidos requisitos⁸⁰.

Por otra parte, cualquier disconformidad que exista entre los certificados que emite la SVS y su inscripción o publicación origina la nulidad absoluta del pacto social o de los acuerdos modificatorios en su caso⁸¹.

En todo lo demás, las Sociedades Administradoras se rigen por las mismas disposiciones legales y reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas abiertas⁸².

2.2 Requisitos aplicables a los directores y ejecutivos

Los directores y ejecutivos principales de la Sociedad Administradora deben cumplir con los siguientes requisitos⁸³:

- a) Ser mayor de edad;
- b) Haber aprobado cuarto año medio o estudios equivalentes;
- c) No estar sometido a proceso, ni haber sido condenado por los delitos que establece la Ley N° 18.045 o que merezcan pena aflictiva; y
- d) No haber sido declarado en quiebra o no haber celebrado convenios judiciales o extrajudiciales con sus acreedores.

⁷⁹ Artículo 127 de la Ley N° 18.046

⁸⁰ Inciso primero del artículo 128 de la Ley N° 18.046.

⁸¹ Inciso segundo del artículo 128 de la Ley N° 18.046.

⁸² Artículo 129 de la Ley N° 18.046.

⁸³ Artículo 3° B de la Ley N° 18.815, en relación con el artículo 229 de la Ley N° 18.045.

2.3 Prohibición de delegación de funciones

La responsabilidad por la función de la administración de un Fondo de Inversión Público es indelegable. Esto, sin perjuicio que la Sociedad Administradora pueda conferir poderes especiales o celebrar contratos por servicios externos para la ejecución de determinados actos, negocios o actividades necesarias para el cumplimiento de su giro⁸⁴.

2.4 Deberes de información

Las cuotas de participación en los Fondos de Inversión Públicos constituyen valores de oferta pública. En razón de ello, y por existir un elemento de fe pública involucrada en las operaciones que realizan, la ley impone a la Sociedad Administradora cumplir con una serie de deberes de información, con el objeto de mantener suficientemente informados a los inversionistas y demás actores del mercado de valores sobre las principales características e inversiones del Fondo.

En este sentido, la Sociedad Administradora de los Fondos de Inversión Públicos debe informar de forma veraz, suficiente y oportuna a los partícipes de los Fondos y al público general, sobre las características de los Fondos que administra, considerando especialmente: (i) la política de inversión de cada uno de ellos; (ii) mercado al cual están dirigidos; (iii) estructura de sus carteras de inversiones; (iii) evolución de la rentabilidad de sus cuotas; (iv) remuneración de la Sociedad Administradora por su administración; (v) estructura de comisiones y gastos de operación que se pueden atribuir al Fondo; y (vi) cualquier otro hecho relevante relacionado con la administración.

Asimismo, es obligación de la Sociedad Administradora divulgar oportunamente cualquier hecho o información esencial respecto de sí misma y de los fondos que

⁸⁴ En el reglamento interno se debe señalar si los gastos derivados de la contratación de servicios externos son de cargo de la Administradora o del Fondo. Sin embargo, cuando dicha contratación consista en la administración de cartera de recursos del fondo, los gastos derivados de estas contrataciones deben ser asumidos por la Administradora.

administre⁸⁵. Además, debe informar cualquier hecho o información esencial respecto de las empresas o sociedades en que los fondos mantengan sus inversiones, desde el momento que lleguen a su conocimiento.

Para este efecto, la Sociedad Administradora debe enviar la información respectiva a la SVS y a las bolsas de valores, consignando claramente el efecto que el hecho o la información produce en la Sociedad Administradora o en el Fondo correspondiente. No obstante, la Sociedad Administradora puede adoptar medidas adicionales de divulgación a través de los medios de prensa cuando lo estime necesario o conveniente⁸⁶.

La Sociedad Administradora también debe publicar los estados financieros del o de los Fondos que administre, en la misma fecha en que efectúe la publicación de su propio balance⁸⁷ y la nómina de las inversiones del Fondo con su correspondiente valorización, la que además deberá mantener en sus oficinas a disposición del público.

Finalmente, la sociedad debe enviar a la SVS, en las oportunidades que ésta determine, todos los datos que requiera para imponerse del estado, desarrollo y solvencia de las administración del Fondo; de los ingresos producidos y las inversiones y gastos realizados; de las suscripciones contratadas y, en general, de la forma en que cumple con las obligaciones estatutarias, legales y reglamentarias, y las administrativas que les imparta⁸⁸.

3. Los Aportantes

Los aportantes son las personas, naturales o jurídicas, que con cuyos aportes concurren a la formación del Fondo de Inversión, recibiendo, a cambio, cuotas de participación en el mismo.

⁸⁵ El artículo 9 de la Ley N° 18.045 define a la información esencial como “aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión”.

⁸⁶ Inciso segundo del artículo 8 del Reglamento.

⁸⁷ Artículo 9 del Reglamento.

⁸⁸ Artículo 10 del Reglamento.

Los aportantes tienen un derecho real de dominio sobre sus cuotas de participación, gozando de todas las facultades que dicho derecho les otorga, por lo que las pueden gravar, enajenar y se transmiten a sus herederos.

3.1 Mecanismos para adquirir la calidad de aportante

a) Por suscripción de cuotas de primera colocación.

En este caso se adquiere la calidad de aportante al momento en que la Sociedad recibe el aporte del inversionista al contado, en dinero efectivo o vale vista bancario, o lo perciba del banco librado en caso de pago con cheque⁸⁹.

Conforme a ello, los aportes a los Fondos de Inversión Públicos deben ser efectuados únicamente en dinero, excluyendo la posibilidad de aportes en especie.

b) Por adquisición de cuotas en el mercado secundario.

La transferencia de las cuotas se hace por escritura privada suscrita por el cedente y el cesionario ante dos testigos mayores de edad, ante un intermediario de valores o ante un notario público. También se puede efectuar por escritura pública sin necesidad de testigos.

La Sociedad Administradora no puede pronunciarse sobre los traspasos de cuotas y está obligada a inscribir, sin más trámite, los traspasos que se le presenten. Ello, a menos que los referidos traspasos produzcan excesos de participación, ya sea por parte de algún aportante cualquiera o de la misma Sociedad Administradora, según analizamos en el numeral 3.3 siguiente.

c) Por sucesión por causa de muerte o por adjudicación de cuotas que se poseían en dominio.

⁸⁹ Inciso 1º el artículo 15 de la ley N° 18.815.

La Sociedad Administradora debe mantener a disposición de los aportantes, por cada Fondo que administre, una lista actualizada de los aportantes, con la indicación del domicilio y número de cuotas de cada cual.

3.2 Límites de participación

Los aportantes que no sean inversionistas institucionales no pueden controlar por sí solos o en acuerdo de actuación conjunta, más del 35% de las cuotas del Fondo. Es responsabilidad de la Sociedad Administradora velar porque el referido límite no sea excedido, ya sea en colocaciones o traspasos de cuotas. En caso que se exceda el límite en comento la SVS establecerá los plazos para que las personas que superen el límite de 35% enajenen las cuotas en exceso, sin perjuicio de las sanciones que al efecto la SVS pueda aplicar⁹⁰.

La Sociedad Administradora, así como sus personas relacionadas, accionistas y empleados, puede participar en el Fondo de Inversión que administre adquiriendo cuotas en ellos, pero esta participación no puede superar el 40% de las cuotas del fondo, o el porcentaje menor que establezca el reglamento interno del fondo⁹¹.

Este porcentaje de participación pareciera ser excesivo, ya que prácticamente permite reunir en una misma persona –la Sociedad Administradora- la función de administración del Fondo y de control de dicha administración. En efecto, uno de los derechos que reúnen los aportantes es el de controlar el desempeño de la Sociedad Administradora y ejercer su derecho a voz y voto en aquellas materias que puedan afectar sus intereses a través de la asamblea de aportantes. Sin embargo, estos derechos se ven truncados si entre ellos participa, asimismo como aportante, la Sociedad Administradora con un porcentaje de 40% en la participación del Fondo, asumiendo en la práctica el control de éste y quedando, por tanto, la dirección del Fondo sometida a su sola voluntad.

⁹⁰ Artículo 19 de la Ley N° 18.815.

⁹¹ Inciso segundo del artículo 14 de la Ley N° 18.815.

El inciso final del artículo 14 de la ley N° 18.815 remedia en parte esta situación al disponer que el exceso sobre el 25% de participación que tenga la Sociedad Administradora y sus personas relacionadas en el Fondo respectivo, no otorga derecho a voto en las asambleas de aportantes. En tal caso, su derecho a voto se rebaja proporcionalmente o se distribuye de la forma que acuerden hasta completar el límite de 25%.

3.3 Asamblea de aportantes

Los aportantes de los Fondos de Inversión Públicos se reúnen en la asamblea de aportantes, cuyo objetivo es tomar conocimiento de la gestión efectuada por la Sociedad Administradora en el ejercicio de sus funciones, constituyendo un organismo de control y fiscalización de las actividades que realiza esta última. Asimismo, la asamblea de aportantes, de alguna forma interviene en las decisiones de inversión y funcionamiento del Fondo, al ser requerida su aprobación para diversas materias, entre otras, la modificación del reglamento o acordar su fusión.

La asamblea de aportantes se reúne en juntas ordinarias o extraordinarias.

a) Asamblea ordinaria de aportantes

Las asambleas ordinarias de aportantes se celebran una vez al año, dentro de cuatrimestre siguiente a la fecha de cierre de cada ejercicio, para pronunciarse sobre materias propias de su conocimiento, sin que sea necesario señalarlas en la respectiva citación.

La asamblea ordinaria de aportantes debe conocer de las siguientes materias:

- (i) Aprobar la cuenta anual del fondo. Esta cuenta debe ser presentada por la Sociedad Administradora y debe referirse a la gestión y administración del fondo y a sus estados financieros;
- (ii) Elegir anualmente a los miembros del Comité de Vigilancia;

- (iii) Aprobar el presupuesto de ingresos y gastos del Comité de Vigilancia;
- (iv) Fijar las remuneraciones del Comité de Vigilancia, si procediere;
- (v) Designar anualmente a los auditores externos de aquellos inscritos en el registro que lleva la SVS, de una terna propuesta por el Comité de Vigilancia; y
- (vi) En general, cualquier otro asunto de interés común de los aportantes que no sea propio de una asamblea extraordinaria.

b) Asamblea extraordinaria de aportantes

La asamblea extraordinaria de aportantes puede celebrarse en cualquier tiempo, cuando así lo exijan las necesidades del fondo, para pronunciarse respecto de cualquier materia que la ley o el reglamento interno del fondo entreguen a su conocimiento. Las materias que debe conocer la asamblea extraordinaria de aportantes deben señalarse expresamente en la citación respectiva.

Conforme a la ley, la asamblea extraordinaria de aportantes debe conocer de las siguientes materias:

- (i) Aprobar las modificaciones que proponga la Sociedad Administradora al reglamento interno del fondo;
- (ii) Acordar la sustitución de la Sociedad Administradora;
- (iii) Tomar conocimiento de cualquier situación que pueda afectar los intereses de los aportantes;
- (iv) Acordar disminuciones de capital, en las condiciones que fija el Reglamento.
- (v) Acordar la fusión con otros fondos;
- (vi) Acordar la disolución anticipada del fondo y designar al liquidador, fijándole sus atribuciones, deberes y remuneraciones, y aprobar la cuenta final al término de la liquidación;
- (vii) Determinar, si correspondiere, las condiciones de la nueva o nuevas emisiones de cuotas del fondo, fijando el monto a emitir y el plazo y precio de la colocación de éstas; y

- (viii) Los demás asuntos que de acuerdo al Reglamento⁹² o al reglamento interno del fondo, correspondan al conocimiento de la asamblea extraordinaria de aportantes.

Las materias señaladas, sólo pueden acordarse en asambleas celebradas ante notario, quien deberá certificar que el acta es expresión de lo ocurrido y acordado en la reunión.

- c) Citación y toma de acuerdos de la asamblea de aportantes

Las asambleas, ordinarias o extraordinarias, de aportantes son convocada por la Sociedad Administradora. La Sociedad Administradora debe convocar a asamblea extraordinaria siempre que, a su juicio, los intereses del fondo lo justifiquen o cuando así lo solicite el Comité de Vigilancia o los aportantes que representen, a lo menos, el 10% de las cuotas pagadas. Asimismo, deberá convocar a asamblea ordinaria o extraordinaria cuando así lo requiera la SVS, sin perjuicio de la facultad de ésta de citar directamente. En caso que la asamblea de aportantes se convoque a solicitud del Comité de Vigilancia, los aportantes o la SVS, ésta deberá efectuarse en el plazo máximo de 30 días.

La citación a asamblea de aportantes debe convocarse por medio de un aviso destacado, publicado al menos 3 veces en días distintos, en el diario determinado en el reglamento interno del Fondo y a falta de aquel en el Diario Oficial dentro de los 20 días anteriores a su celebración.

Las asambleas se constituyen en primera citación con la asistencia de los aportantes que representen la mayoría absoluta de las cuotas pagadas y en segunda citación con los aportantes que asistan.

⁹² Entre estas materias, cabe referirse a aquella regulada en el artículo 36 del Reglamento que otorga a la Sociedad Administradora la posibilidad de citar a asamblea extraordinaria de accionistas para adoptar el acuerdo de no llevar a cabo una disminución de capital.

Los acuerdos se adoptan por la mayoría absoluta de las cuotas presentes. Por excepción, los acuerdos relativos a las materias de asamblea extraordinaria señalados en los numerales (i), (ii), (iv), (v), (vi) y (vii) del apartado anterior, requieren el voto conforme de los 2/3 de las cuotas pagadas.

3.4 Derechos de los Aportantes

Los derechos de los aportantes encuentran varias similitudes con los derechos que asisten a los accionistas de una sociedad anónima. En este sentido, los aportantes cuentan con los siguientes derechos:

a) Derecho a participar en la distribución de beneficios

Los Fondos de Inversión deben distribuir anualmente el 30% de los beneficios netos percibidos durante el ejercicio. Para estos efectos, se entiende por beneficios netos percibidos la cantidad que resulte de restar a la suma de utilidades, intereses, dividendos y ganancias de capital efectivamente percibidas, el total de pérdidas y gastos devengados en el período⁹³.

El reparto de beneficios debe hacerse dentro del plazo de 30 días de celebrada la asamblea ordinaria de aportantes que apruebe los estados financieros anuales, sin perjuicio del pago de dividendos provisorios con cargo a dichos resultados. En el evento que la Sociedad Administradora no efectúe el reparto de beneficio dentro del plazo señalado, los beneficios devengados deben ser reajustados de acuerdo a la variación que experimente la unidad de fomento entre la fecha en que éstos se hicieron exigibles y las de su pago efectivo y, además, devengan intereses corrientes para operaciones reajustables por el mismo periodo.

No obstante lo señalado con anterioridad, si el Fondo tuviere pérdidas acumuladas, los beneficios deben destinarse primeramente a absorber éstas. Por otra parte, en

⁹³ Artículo 31 de la Ley 18.815.

caso que haber pérdidas en un ejercicio, éstas deben ser absorbidas por las utilidades retenidas, de haberlas⁹⁴.

b) Derecho a participar en las asambleas de aportantes

Por medio de esta instancia, los aportantes controlan la gestión de la Sociedad Administradora. Además, ejercen su derecho a voto en aquellas materias que comprometen sus intereses.

c) Derecho a la información

Como correlativo al deber de información de la Sociedad Administradora, los aportantes tienen el derecho a ser informados de forma eficaz, suficiente y oportuna sobre las características del Fondo y de cualquier hecho o información esencial sobre la Sociedad Administradora, el Fondo o las sociedades donde éste mantenga inversiones. Además, tienen derecho a conocer los estados financieros y la nómina de inversiones del Fondo, los que deben ser publicados por la Sociedad Administradora. Asimismo, la Sociedad Administradora debe mantener una nómina de las inversiones del Fondo en sus oficinas, a disposición del público.

d) Derecho de suscripción preferente de las cuotas

Las opciones para suscribir cuotas en un aumento de capital del Fondo deben ser ofrecidas preferentemente a los aportantes a prorrata de las cuotas que posea⁹⁵. Este derecho es esencialmente renunciable y transferible.

El derecho de suscripción preferente debe ejercerse o transferirse dentro del plazo de 30 días contados desde que se publique la respectiva opción en la forma y condiciones que determine el reglamento.

⁹⁴ Artículo 31, inciso final del Reglamento.

⁹⁵ Artículo 17 Ley N° 18.815

A través de este derecho se permite a los aportantes mantener su participación relativa en el Fondo.

e) Derecho a retiro

Si bien la ley N° 18.815 reconoce este derecho, delega la determinación de las materias que otorgan derecho a retiro a los aportantes disidentes al reglamento interno de cada Fondo, así como la forma en que se valorarán las cuotas a restituir.

f) Derecho a indemnización

La Sociedad Administradora responde hasta de culpa leve por la gestión del Fondo que administre. Esta responsabilidad puede ser reclamada por cualquiera de los aportantes del Fondo ante los Tribunales Ordinarios de Justicia⁹⁶.

3.5 Comité de Vigilancia⁹⁷

Iniciada las operaciones del Fondo, la Sociedad Administradora debe designar a un Comité de Vigilancia provisorio que durará hasta la celebración de la primera asamblea ordinaria de aportantes. En esta última se debe designar sus integrantes definitivos.

El Comité de Vigilancia se compone de un número impar de representantes de los aportantes del Fondo, los que duran un año en sus cargos, pudiendo ser reelegidos por la asamblea ordinaria por igual periodo. Las personas que ocupen este cargo no pueden estar relacionadas con la Sociedad Administradora del Fondo.

Los miembros del Comité de Vigilancia pueden ser remunerados con cargo al Fondo según se establezca en el reglamento interno.

⁹⁶ Artículo 2, inciso final, del Reglamento.

⁹⁷ Nos referimos al Comité de Vigilancia dentro del apartado destinado al estudio de los aportantes debido a que este tiene por objeto justamente resguardar sus intereses por medio del control de la gestión de la Sociedad Administradora.

Entre las atribuciones del Comité de Vigilancia, destacamos las siguientes:

- a) Comprobar que la Sociedad Administradora cumpla con lo dispuesto en el reglamento interno del Fondo;
- b) Verificar que la información a los aportantes sea suficiente, veraz y oportuna;
- c) Constatar que las operaciones del fondo se ajusten a la ley N° 18.815, el Reglamento y el reglamento interno del Fondo. En caso de verificar alguna infracción debe citar, dentro del plazo de 15 días, a asamblea extraordinaria de aportantes para informarles la situación;
- e) Proponer a la asamblea extraordinaria de aportantes la sustitución de la Sociedad Administradora; y
- f) Asumir la administración provisoria del fondo en caso de disolución de la Sociedad Administradora. En este caso, debe citar dentro del plazo de 60 días a asamblea extraordinaria a fin que ésta nombre a una nueva Sociedad Administradora u opte por la liquidación del Fondo.

II. Las Cuotas

Los aportes de capital que integran el Fondo de Inversión quedan expresados en cuotas de participación. Estas cuotas califican como un “valor”, esto es, un título transferible, de crédito o inversión, según lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 18.045 de Mercado de Valores⁹⁸.

Como se ha señalado, las cuotas de participación de los Fondos de Inversión Públicos constituyen valores de oferta pública. En razón de ello, la ley se encarga de regular los requisitos que deben cumplir para ser colocadas en el mercado, así como sus características fundamentales, las que se analizan en este apartado.

⁹⁸ El artículo 3° de la Ley de Mercados de Valores dispone que “Para los efectos de esta ley, se entenderá por valores cualesquiera títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures, cuotas de fondos mutuos, planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión.”

1. Características de las cuotas

1.1 Características formales

Las cuotas de participación en un Fondo de Inversión Público deben ser de carácter nominativas, unitarias, de igual valor y características⁹⁹.

Conforme a lo anterior, estaría prohibido por ley el establecimiento de series diferenciadas de cuotas.

1.2 Carácter no rescatable

Las cuotas de participación de los Fondos de Inversión tienen el carácter de no rescatables. Es decir, no pueden ser recuperadas hasta la liquidación del fondo. Sin perjuicio de lo anterior, los Fondos de Inversión Públicos pueden realizar disminuciones de capital en la medida que cumplan con las condiciones exigidas en el artículo 36 del Reglamento¹⁰⁰.

1.3 Libre cesibilidad de las cuotas

Las cuotas de participación en un Fondo de Inversión Públicos pueden ser libremente cedidas por los aportantes por medio de su venta en el mercado

⁹⁹ Inciso segundo del artículo 15 de la Ley N° 18.815.

¹⁰⁰ El artículo 36 del Reglamento dispone que los fondos de inversión pueden efectuar disminuciones voluntarias y parciales de capital, en la forma, condiciones y plazo que señale su reglamento interno, el que deberá contemplar, además, la información mínima para optar a la devolución de capital, fechas para el pago y metodologías par el cálculo del valor de devolución de las cuotas. Conforme a la citada norma, las disminuciones de capital sólo podrán perseguir los siguientes fines: (i) restituir a los aportantes, durante la vigencia del fondo, la proporción que les corresponda en la disminución de capital, pudiendo incrementar equitativamente su derecho a la restitución del valor de las cuotas cuando los demás no lo ejerzan. No obstante, la sociedad administradora, con el informe previo del Comité de Vigilancia, puede citar a asamblea extraordinaria de aportantes para adoptar el acuerdo de no llevar a efecto la disminución de capital, acuerdo que deberá contar con el voto favorable de las dos terceras partes de las cuotas emitidas y pagadas al fondo; (ii) restituir a los aportantes disidentes el valor de sus cuotas si optaren por retirarse, cuando en asamblea de aportantes se acuerde prorrogar el plazo de duración del fondo, o se modifiquen o supriman materias que otorgan este derecho; y (iii) para absorber pérdidas generadas en las operaciones del fondo, previo acuerdo de la mayoría absoluta de las cuotas pagadas adoptado en asamblea de aportantes.

secundario. Para ello no se requiere ninguna autorización por parte de la Sociedad Administradora, la que está obligada a inscribir los traspasos que se le presenten.

2. Procedimiento de colocación de cuotas en el mercado

2.1 Inscripción en el Registro de Valores de la SVS

Para que las cuotas de participación de un Fondo de Inversión Público puedan colocarse en el mercado deben estar previamente inscritas en el Registro de Valores de la SVS. Esta inscripción requiere la presentación de un prospecto a la SVS, en el cual se informe al público inversionista respecto a la emisión de que se trate, debiendo incluir como mínimo la siguiente información:

- a) Características de la emisión, tales como monto y número de cuotas, precio y plazo de colocación y agentes colocadores, si los hubiere;
- b) Descripción de la política y estrategia de inversión. Se debe detallar, a lo menos, lo siguiente: tipos de activos en que invertirán; política de diversificación de las inversiones; tratamiento de excesos de inversión; política de endeudamiento; principales sectores o proyectos de inversión, u otros antecedentes que permitan entregar mayor información acerca de los riesgos y potenciales retornos del fondo;
- c) Descripción de la política de reparto de beneficios del Fondo;
- d) Descripción de la política sobre aumentos y disminuciones de capital;
- e) Descripción de la política de endeudamiento;
- f) Un detalle de las normas de información obligatoria a entregar a los aportantes;
y
- g) Descripción de la política de retorno de capitales, en caso que el Fondo contemplare en su reglamento interno la inversión en valores o bienes de los indicados en los números 17 al 28 del artículo 5º de la ley No 18.815 (valores emitidos por entidades extranjeras).

La SVS procede a la inscripción de la emisión emitiendo el certificado

correspondiente, para lo cual dispone de un plazo de 30 días desde presentada la solicitud, suspendiéndose dicho término en caso de que mediante comunicación escrita se pida información adicional al peticionario, o que modifique la petición o rectifique sus antecedentes por no ajustarse a las normas establecidas, reanudándose tan sólo cuando se haya cumplido con dicho trámite. Subsanaos los defectos o atendidas las observaciones, en su caso, y vencido el plazo antes referido, la SVS debe efectuar la inscripción dentro del tercer día hábil.

El prospecto debe estar a disposición del público en las oficinas de la Sociedad Administradora del Fondo y en las de los agentes colocadores, debiendo entregarse a cualquier inversionista que lo solicite.

2.2 Precio de colocación

En el caso de cuotas de participación de primera emisión, el precio de colocación lo determina el directorio de la Sociedad Administradora.

El precio de colocación de las emisiones siguientes lo determinan los aportantes reunidos en asamblea extraordinaria de aportantes. Para ello, la Sociedad Administradora debe dar a los aportantes información amplia y razonada acerca de los elementos de valoración de las cuotas, sustentada a los menos en dos informes de evaluadores independientes, los que deben estar a disposición de los aportantes con 5 días de anticipación a la celebración de la asamblea extraordinaria que debe aprobar las características de la respectiva emisión.

El precio de colocación se actualiza diariamente durante el período de suscripción, en la forma en que se establezca en la respectiva emisión.

Fuera del período de opción preferente, el precio no puede ser inferior al determinado para el período de opción preferente respectivo ni al que resulte de dividir el valor diario del patrimonio del fondo por el número de cuotas pagadas a la fecha¹⁰¹.

2.3 Plazo para la emisión, suscripción y pago de las cuotas

El directorio de la Sociedad Administradora respecto de la primera emisión y la asamblea extraordinaria de aportantes respecto de las emisiones siguientes, no pueden establecer un plazo superior a 6 años, contados desde la fecha de los acuerdos respectivos, para la emisión, suscripción y pago de las cuotas respectivas.

Vencido el plazo anterior sin que se haya enterado el capital, o el aumento de capital en su caso, este queda reducido al efectivamente pagado.

2.4 Inscripción de las cuotas en bolsa de valores

Las cuotas de participación deben registrarse en una bolsa de valores del país dentro del plazo de 30 días de iniciadas las operaciones del Fondo de Inversión, manteniéndose vigente dicho registro hasta el término de su liquidación. Para estos efectos, las operaciones del Fondo se entienden iniciadas desde el día que se coloquen una o más cuotas de la primera emisión.

Mediante esta exigencia la ley persigue asegurar a los titulares de las cuotas de los Fondos un adecuado y permanente mercado secundario.

III. Política de inversiones

Con la eliminación de los distintos tipos de Fondos de Inversión dispuesta por la Ley N° 19.705, la política de inversiones de éstos, incluyendo su política de diversificación, quedó entregada a su reglamento interno.

¹⁰¹ Estas prohibiciones no aplican para aquellas colocaciones efectuadas en bolsas de valores, en la medida que así se establezca en las condiciones de la emisión.

Estos cambios tuvieron por objeto liberalizar las políticas de diversificación de inversiones de los Fondos de Inversión Públicos a fin de promover su mayor utilización y transformar sus cuotas efectivamente en valores de oferta pública con transacción real en el mercado de valores.

Sin perjuicio de ello, a fin de propender al mantenimiento de su naturaleza de vehículos de inversión y garantizar políticas básicas de diversificación de inversiones y protección de los aportantes, la Ley N° 18.815 mantiene ciertas restricciones respecto a las inversiones que pueden realizar estos Fondos, las que se pasan a analizar.

1. Límites a la cartera de inversiones

Las inversiones de los Fondos de Inversión Públicos pueden materializarse únicamente en los valores y bienes que describe el artículo 5° de la Ley 18.815.

Estos valores y bienes pueden ser agrupados en 5 principales grupos, atendiendo a los antiguos tipos de Fondos de Inversión que reconocía la Ley N° 18.815 según su objeto de inversión:

- a) Valores de oferta pública
- b) Valores de capital de riesgo, que incluye aquellos valores no registrados en la SVS, sin perjuicio del deber del ente emisor de contar con estados financieros anuales dictaminados por auditores externo.
- c) Bienes raíces, incluyendo bienes raíces ubicados en Chile y en el extranjero, mutuos hipotecarios y cuotas o derechos en comunidades sobre bienes raíces.
- d) Valores securitizados
- e) Valores extranjeros, incluyendo valores de oferta pública y privada, en este último caso, cuyos emisores cuenten con estados financieros dictaminados por auditores externos de reconocido prestigio.

Por otra parte, los Fondos de Inversión Públicos pueden celebrar contratos de futuro, tanto dentro como fuera de la bolsa; adquirir opciones de compra o venta sobre

activos, valores e índices; arrendar o dar en préstamos valores y celebrar contratos de ventas cortas sobre éstos, todo ello conforme a las instrucciones de la SVS. Asimismo, pueden celebrar contrato de promesa de compraventa de activos no financieros.

Cabe señalar que la ley N° 20.190, de 5 de junio de 2007 (conocida como Ley de Mercado de Valores II), por medio del numeral 4), de su artículo 8º, derogó los numerales 10, 13 y 23 del artículo 5º de la Ley 18.815, de manera de excluir a los bienes raíces de los activos en los que pueden invertir los Fondos de Inversión. De acuerdo con ello, se prohibió a los Fondos invertir en:

- (i) bienes raíces ubicados en Chile, cuya renta provenga de su explotación como negocio inmobiliario;
- (ii) cuotas o derechos en comunidades sobre bienes muebles o inmuebles;
- (iii) bienes raíces ubicados en el extranjero, cuya renta provenga de su explotación como negocio inmobiliario¹⁰².

El propósito perseguido por el legislador al prohibir a los Fondos de Inversión invertir de manera directa en bienes raíces fue la de ajustar su operatoria a los fines que les son propios y al espíritu con el que fueron creados, esto es la canalización de inversiones pasivas. Esto, ya que desde su creación por medio de la ley N° 18.815, muchos Fondos, en especial los Fondos de Inversión Privados, se encontraban desarrollando actividades económicas de manera directa con el fin de aprovechar los beneficios tributarios establecidos a su favor. Esa situación generó distorsiones, mayormente en el mercado inmobiliario, donde las empresas constituidas como Fondos de Inversión Privados se liberaban del pago de impuesto de primera categoría y, en cambio, las sociedades inmobiliarias debían asumir su costo^{103 104}.

¹⁰² Conforme al inciso final del artículo 5º de la ley 18.815 por "negocio inmobiliario" se entiende aquel referido a la compraventa, arrendamiento o leasing de bienes raíces, y a la renovación, remodelación, construcción y desarrollo de bienes raíces, siempre que estas últimas actividades sean encargadas a terceros mediante los procedimientos y con los resguardos que establezca la SVS, por norma de carácter general.

¹⁰³ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda, emitido durante la discusión legislativa de la ley N° 20.190. Historia de la Ley N° 20.190. Pág. N° 1288.

¹⁰⁴ De la historia de la Ley N° 20.190 se desprende que si bien la mayor parte de los parlamentarios estaba de acuerdo en prohibir a los Fondos de Inversión Privados invertir de manera directa en bienes raíces a fin

Conforme al artículo séptimo transitorio de la ley N° 20.190, la norma en comento sólo entrará en vigencia a partir del día 1° de enero del año 2012¹⁰⁵.

Aquellos Fondos de Inversión que a la referida fecha no hayan ajustado su activo y cartera de inversión conforme a lo dispuesto por el artículo 8°, número 4), de la ley N° 20.190, eliminando toda inversión directa que hubieren mantenido en bienes raíces, deberán ser liquidados, sin más trámite¹⁰⁶.

2. Respeto a la política de diversificación

Como hemos señalado, el reglamento interno de los Fondos de Inversión establece las reglas que guían las inversiones del Fondo y es en virtud de ellas que los aportantes deciden incorporarse a un Fondo u otro. Por ello, es deber de la Sociedad Administradora dar cumplimiento a las políticas de inversión y diversificación que debe contener el reglamento interno del Fondo respectivo.

En cumplimiento del cometido anterior, el reglamento interno debe detallar: (i) los tipos de activos en que el Fondo invertirá los recursos, (ii) la política de diversificación de las inversiones, (iii) el tratamiento de los excesos de inversión, y (iv) su política de liquidez.

de acabar con la asimetría tributaria existente, la extensión de esta prohibición a los Fondos de Inversión Públicos generó una fuerte discusión. Los parlamentarios disidentes basaban su desacuerdo en que ello iría directamente en contra de los Fondos de Pensiones, los que mantenía una importante participación en los Fondos de Inversión Públicos Inmobiliarios. Esto, ya que al prohibir a estos últimos desarrollar actividades inmobiliarias, éstas actividades tendrían que ser necesariamente trasladadas a una sociedad, gravando la actividad con 17%, el que no podría ser recuperado como crédito por los Fondos de Pensiones, ya que al no tener personalidad jurídica y, por tanto, no estar afectos a impuestos, no gozaban de ese derecho, situación que, a fin de cuentas, afectaba directamente a los pensionados. Sin perjuicio de estos argumentos, el ejecutivo insistió en esta medida argumentando que la aplicación del 17% tendría un efecto apenas residual en la pensiones, lo que llevó a que finalmente fuera aprobada, siendo aplicada a ambos tipos de Fondos de Inversión por igual.

¹⁰⁵ Conforme se desprende de la Historia de la Ley N° 20.190, este período de vacancia legal se estableció con el propósito de no afectar a aquellos Fondos de Inversión que desarrollaban de forma legítima actividades inmobiliarias a la fecha de dictación de la ley 20.190 y permitirles durante este plazo adecuar su actividad a la ley y poder aportar los proyectos de índole inmobiliario a una sociedad y seguir desarrollándolos a través de ellas. (Segundo Informe de la Comisión de Hacienda emitido durante la discusión legislativa de la ley N° 20.190, página 1.487 de la Historia de la ley N° 20.190). Consistente con dicho propósito, este período de vacancia debió establecerse sólo a favor de aquellos Fondos en ejercicio y no de aquellos que se constituyeran con posterioridad a la dictación de la Ley N° 20.190, cuestión que no fue considerada por el legislador.

¹⁰⁶ Inciso tercero del artículo séptimo transitorio de la Ley 20.190

En particular, respecto a la política de diversificación de inversiones, el reglamento debe contener, a lo menos, límites de inversión respecto del activo total del Fondo, en función de: (i) cada entidad; (ii) grupo empresarial y sus personas relacionadas; (iii) bienes raíces y complejos inmobiliarios.

3. Prohibición de tomas de control

La inversión de un Fondo de Inversión Público en acciones de una sociedad o cuotas de un Fondo no pueden significar la toma de control, directa o indirecta, del respectivo emisor¹⁰⁷.

En caso que una misma Sociedad Administradora administre más de un Fondo de Inversión u otros que la ley le autorice administrar, las inversiones de éstos en conjunto no pueden importar la toma de control de las sociedades o fondos en los cuales mantengan las referidas inversiones. Asimismo, en caso que dos o más Sociedades Administradoras pertenezcan a un mismo grupo empresarial sus inversiones en conjunto no pueden tampoco superar el referido límite¹⁰⁸.

3.1 Tratamiento de los excesos de inversiones

Los excesos de inversión deben eliminarse de acuerdo a las reglas que establezca el reglamento interno del Fondo respectivo.

No obstante, la Ley N° 18.815 establece medidas mínimas que debe adoptar la Sociedad Administradora en caso de producirse éstos. En este sentido, el artículo 9 de la Ley N° 18.815 dispone que en caso de producirse excesos de inversión por causas ajenas a la Sociedad Administradora, éstos deben eliminarse en el plazo de tres años. En caso que el exceso se haya producido por causa imputable a la Sociedad Administradora debe eliminarse dentro del plazo de 6 meses de producido cuando los valores o instrumentos sean de transacción bursátil, o de 12 meses en caso contrario.

¹⁰⁷ Artículo 9 de la Ley N° 18.815

¹⁰⁸ Artículo 10 de la Ley N° 18.815.

El Fondo no está obligado a enajenar los excesos que superen los límites de inversión en sociedades anónimas abiertas, si dicho exceso se hubiere producido como consecuencia de la apertura de la sociedad y el Fondo hubiere invertido en ella con al menos un año de anterioridad. Igual tratamiento se aplica a la inversión en sociedades anónimas cerradas en el extranjero que luego se abran al mercado.

4. Límites a la constitución de gravámenes

Los bienes y valores que integren el activo de un Fondo de Inversión Público no pueden sujetarse a gravámenes o prohibiciones de naturaleza alguna, salvo que se constituyan para garantizar obligaciones propias del Fondo o de las sociedades en que tenga participación¹⁰⁹, o que se trate de prohibiciones, limitaciones o modalidades que sean condición de una inversión¹¹⁰.

El Fondo puede endeudarse emitiendo bonos regulados por el Título XVI de la ley N° 18.045, los cuales pueden ser colocados en bolsas nacionales o extranjeras

5. Límites a la inversión con personas relacionadas y otros

Los Fondos de Inversión Públicos no pueden invertir en cuotas de otro Fondo de Inversión administrado por la misma Sociedad Administradora, ni en instrumentos emitidos o garantizados por personas relacionadas a la Sociedad Administradora.

Además, se les prohíbe efectuar operaciones con deudores de la Sociedad Administradora o sus personas relacionadas, cuando esos créditos sean iguales o superiores a 2.500 unidades de fomento, o a 20.000 unidades de fomento cuando la persona relacionada sea un banco o institución financiera^{111 112}.

¹⁰⁹ Para garantizar deudas de sociedades en las que el fondo tenga participación se requiere la aprobación de la asamblea de aportantes.

¹¹⁰ Artículo 13 de la Ley N° 18.815.

¹¹¹ Este último tipo de operaciones podrían ser realizadas si se informa previamente al Comité de Vigilancia por escrito y con no menos de cinco días hábiles de anticipación a que éstas se realicen, como mínimo, lo siguiente: tipo de operación, fecha en que se efectuará, monto comprometido, nombre o razón social de la persona deudora y el tipo de relación. Asimismo, el Comité de Vigilancia debe informar en la

Finalmente, los Fondos de Inversión Públicos no pueden invertir en acciones emitidas por Sociedades Administradoras de fondos autorizados por ley.

6. Participación en la constitución de sociedades

Para el cumplimiento de sus objetivos de inversión, los Fondos pueden concurrir a la constitución de sociedades, siempre que se constituyan como sociedades anónimas o mineras del párrafo 2º del título XI del Código de Minería y en sus estatutos se establezca que sus estados financieros serán dictaminados por auditores externos.

misma forma, en la primera asamblea de aportantes que se celebre con posterioridad a la realización de las operaciones mencionadas, las condiciones, plazos o modalidades en que éstas se hubieren llevado a cabo.

¹¹² Artículo 7 de la Ley Nº 18.815

B. Fondos de Inversión Privados

I. Origen y Concepto

Los Fondos de Inversión Privados, (en adelante, “FIP”) se encuentran regulados en el título VII de la Ley N° 18.815. Fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico el año 2000, por medio de la ley N° 19.705¹¹³, dentro del marco del proceso de mejoramiento y modernización del mercado de capitales, como un nuevo instrumento para facilitar el financiamiento de proyectos de inversión.

El artículo 40 de la Ley N° 18.815 define 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° ó 42 de esta ley, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores”.

De su definición legal, se desprende que la principal característica que diferencia a los FIP de los Fondos de Inversión Públicos es que no pueden hacer oferta pública de sus cuotas. Por el contrario, las cuotas de los FIP se transan de forma privada, por lo que, ni éstos ni sus cuotas deben inscribirse en el Registro de Valores de la SVS.

Del hecho que los FIP no hagan oferta pública de sus cuotas deriva una serie de características especiales, que se pasan a analizar.

II. Regulación especial

Los FIP no se encuentran afectos a las restricciones y obligaciones que rigen a los Fondos de Inversión Públicos. Al contrario, los FIP se rigen prácticamente de forma exclusiva por sus reglamentos internos, sin perjuicio de la aplicación de algunas restricciones que la Ley N° 18.815 establece especialmente para ellos.

¹¹³ La ley 19.705, comúnmente conocida como ley de OPAS, introdujo una serie de modificaciones a nuestro mercado de valores regulando los procedimientos de ofertas públicas de adquisición de acciones y estableciendo el régimen de gobiernos corporativos.

En este sentido, el artículo 40 de la ley N° 18.815, en su parte final, señala que “Estos fondos se regirán exclusivamente por las cláusulas de sus reglamentos internos y por las normas de este Título”. Por su parte, el artículo 41 de la misma norma legal continúa señalando que, “Los fondos de inversión privados no estarán sujetos a las normas de los Títulos precedentes, salvo lo dispuesto en el título V y artículo 5° de esta ley...”.

Conforme a lo anterior, por regla general, los FIP se rigen por sus reglamentos internos y por las normas especiales que establece a su respecto el Título VII de la ley N° 18.815. Sin embargo, le son aplicables las normas que rigen a los Fondos de Inversión Públicos en aquello que dice relación con: (i) los beneficios y franquicias tributarias que los amparan y (ii) los bienes y valores en los que pueden materializar sus inversiones¹¹⁴.

III. Sociedad Administradora del FIP

La Sociedad Administradora del FIP puede ser de dos tipos, a saber:

- a) Una sociedad anónima especial, de aquellas que administran a los Fondos de Inversión Públicos y, por tanto, sujeta a la fiscalización de la SVS¹¹⁵.
- b) Una sociedad anónima cerrada no sujeta a la fiscalización de la SVS.

Las Sociedades Administradoras de esta segunda clase se forman conforme a las reglas generales que rigen la constitución de las sociedades anónimas. Esto es, debe constituirse por escritura pública, cuyo extracto debe ser inscrito en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces correspondiente al domicilio de la

¹¹⁴ Sin perjuicio de estar sujetos al artículo 5° de la ley N° 18.815, los FIP pueden invertir, además, en toda clase de valores, derechos sociales, títulos de crédito y efectos de comercio, según lo dispone expresamente el inciso primero, del artículo 41 de la Ley N° 18.815.

¹¹⁵ Respecto a las normas que rigen la constitución y funcionamiento de este tipo de Sociedades Administradoras especiales, véase las reglas descritas en el numeral 2.1, del apartado III, de la segunda parte de este trabajo.

sociedad y publicado en el Diario Oficial dentro del plazo de 60 días desde el otorgamiento de la misma¹¹⁶.

No existen requisitos especiales respecto a su nombre, salvo que por su naturaleza de sociedad anónima debe incluir las palabras “Sociedad Anónima” o la abreviación “S.A.”. Por otra parte, la ley les prohíbe utilizar la expresión “administradora de fondos de inversión” en cualquier tipo de publicidad o información que emitan y, además, las obliga a señalar su carácter de administradoras de fondos no regulados y no fiscalizados.

No existe capital mínimo para su constitución, salvo el suficiente para solventar, al menos, los costos de puesta en marcha de la misma.

De acuerdo al artículo 43 de la ley N° 18.815, las Sociedades Administradoras que se constituyan como sociedades anónimas cerradas deben presentar al Servicio de Impuestos Internos (en adelante, el “SII”) la siguiente información: (i) identificación completa de los partícipes del fondo; (ii) monto de los aportes, y (iii) fecha y monto de las distribuciones de beneficios¹¹⁷.

El SII reguló esta materia por medio de la Resolución Exenta N° 203, de 30 de septiembre de 2009. Por medio de ella, establece el deber de los FIP de presentar anualmente una declaración jurada sobre información relativa a su constitución, patrimonio, partidas de Balance, control de utilidades y repartos de beneficios a sus aportantes, así como los gastos rechazados señalados en el inciso final del artículo 32 de la Ley N° 18.815. Esta obligación debe cumplirse por la Sociedad Administradora del FIP, debiendo presentar la declaración jurada hasta el día 31 de marzo de cada año por medio del Formulario N° 1.804.

No obstante la ley sólo exige la entrega de esta información a las Sociedades Administradoras que se constituyan como sociedades anónimas cerradas, la

¹¹⁶ Artículo 3° de la ley 18.046 en relación con artículo 5° del mismo cuerpo legal.

¹¹⁷ Artículo 43 de la ley 18.815.

Resolución Exenta N° 203 extiende esta obligación a todo FIP, cualquiera sea la forma que adopte su Sociedad Administradora¹¹⁸.

El incumplimiento de la obligación de presentar, dentro de plazo, la declaración jurada en comento, o presentarla con errores u omisiones, configura la infracción sancionada en el N° 15 del artículo 97 del Código Tributario, siendo aplicable una multa de entre el 20% al 100% de una unidad tributaria anual.

IV. Organización del FIP

El FIP se organiza por la Sociedad Administradora, la que al igual que en el caso de los Fondos de Inversión Públicos debe aprobar en sesión de directorio: (i) la constitución del FIP, (ii) su reglamento interno, y (iii) los contratos de suscripción de cuotas a celebrarse entre la Sociedad Administradora y los aportantes del FIP. Una copia del reglamento interno es protocolizada en una notaría.

Al no realizar los FIP oferta pública de sus cuotas, su reglamento interno y los contratos de suscripción de cuotas no deben ser aprobados por la SVS. Por otra parte, no existe ninguna obligación de emitir un prospecto en relación con las cuotas, ni obligación de registro ante la SVS, ni contenido o información mínimo que se deba entregar a los potenciales inversionistas del mismo. Las únicas exigencias legales del FIP son que sus estados financieros sean auditados por auditores externos inscritos en el Registro que al efecto lleva la SVS¹¹⁹.

Los FIP deben tener siempre menos de 50 aportantes. Es decir, no pueden superar un límite de 49 aportantes. En caso de superar este límite, el FIP, como su Sociedad

¹¹⁸ Lo anterior se desprende del considerando 3° de la Resolución Exenta en comento, el que hace alusión al artículo 60 del Código Tributario que faculta al SII, para que en el desarrollo de las labores de la aplicación, fiscalización o investigación del cumplimiento de las leyes tributarias, pueda pedir a toda persona domiciliada dentro de la jurisdicción de la oficina del Servicio que la cite, una declaración jurada por escrito sobre hechos, datos o antecedentes de cualquiera naturaleza relacionados con terceras personas. Asimismo, se desprende de su resolutive N° 1, que exime de la obligación de presentar esta declaración jurada, únicamente, a las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión Públicos y a las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión Extranjeros regulados por la Ley N° 18.657, de 1987.

¹¹⁹ Inciso 2° del artículo 41 de la ley 18.815

Administradora, quedan sujetos a todas las normas que regulan a los Fondos de Inversión Públicos. Este hecho debe ser comunicado a la SVS el día siguiente de aquel en que se supere el referido límite¹²⁰.

V. Restricciones a las inversiones de los FIP

Los FIP fueron creados para canalizar aquellas inversiones que no podían ser realizadas por los Fondos de Inversión Públicos, en atención a los límites que establecía respecto de sus inversiones el artículo 5º de la ley N° 18.815. En razón de ello, cuando fueron creados no se estableció a su respecto restricciones en cuanto a los valores y activos en lo que podían invertir.

Esta libertad de inversión provocó que los FIP fueran utilizados como titulares directos de negocios comerciales o industriales, principalmente en el ámbito inmobiliario, con el objeto de aprovechar los beneficios tributarios que los amparan.

En efecto, como analizaremos en la cuarta parte de este trabajo, los Fondos de Inversión, Públicos como Privados, no están afectos al pago de impuestos a la renta, recayendo éstos únicamente en los aportantes. Como consecuencia de ello, mientras las utilidades que genere un FIP se mantengan invertidas en él, éstas no generan el pago de impuesto a la renta.

Esta situación, sin duda, generaba una asimetría tributaria en desmedro de aquellos empresarios que organizaban sus negocios bajo la estructura societaria y no en la forma de un FIP.

Con el objeto de poner fin a esta situación, durante la tramitación de la Ley N° 20.190, se discutió la posibilidad de someter a los FIP al tratamiento tributario de las sociedades anónimas, en la medida que la Sociedad Administradora tuviera un 10% de participación, que luego fue aumentado a un 25%, en el FIP, o los accionistas de la Sociedad Administradora estuvieren relacionados con los aportantes del FIP y estos

¹²⁰ Inciso cuarto del artículo 40 de la ley 18.815.

mantuviera en conjunto un porcentaje de participación en el FIP igual o superior a los señalados. Así fue despachado por la cámara de diputados.

Sin embargo, esta normativa, de todas formas mantenía la asimetría en determinados casos.

En razón de lo anterior, finalmente se optó por limitar las inversiones de los FIP, de manera que no pudieran ser titulares de actividades comerciales sino, únicamente, servir de canales de inversión, de acuerdo al espíritu con el que habían sido creados, debiendo realizarse dichas actividades por sociedades con el debido pago de los impuestos aplicables.

Esta decisión se vio reflejada en la limitación de las inversiones del FIP a aquellos valores y bienes señalados en el artículo 5º de la ley 18.815, eliminando del referido listado las inversiones directas en bienes inmuebles, lo que como se dijo, sólo regirá a partir del 1º de enero del 2012¹²¹.

Sin perjuicio de lo anterior, además se mantuvo la facultad de los FIP de invertir en toda clase de valores, derechos sociales, títulos de crédito y efectos de comercio.

Por otra parte, cabe señalar que los FIP no puede realizar transacciones u operaciones con Fondos de Inversión Públicos cuyas Sociedades Administradoras se encuentre relacionadas entre sí¹²². La SVS puede requerir a las Sociedades Administradoras y a sus auditores externos, información sobre los FIP que administren, a fin de verificar el cumplimiento de esta prohibición¹²³.

¹²¹ Los FIP constituidos con posterioridad al 27 de noviembre de 2006 se rigen por lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley N° 18.815 desde la fecha de publicación de ésta (5 de junio de 2007). En el caso de los FIP constituidos con anterioridad a la referida fecha, se les aplicará el artículo 5º de la Ley N° 18.815 sólo a partir del 1º de enero del 2012. No obstante ello, atendiendo a que la derogación de los números 10, 13 y 23 del artículo 5º de la Ley N° 18.815 rige sólo a partir del 1 de enero de 2012, hasta dicha fecha cualquier FIP, sin importar su fecha de constitución, puede invertir de forma directa en bienes inmuebles.

¹²² Inciso tercero del artículo 41 de la ley 18.815.

¹²³ Artículo 53 del Reglamento.

VI. Las Cuotas de los FIP

Como se señaló con anterioridad, los FIP se rigen casi de forma exclusiva por sus reglamentos internos, siéndoles aplicables únicamente las normas contenidas en los Títulos V y VII, así como el artículo 5º, de la Ley N° 18.815.

De acuerdo a ello, las normas que regulan la forma en que se deben materializar los aportes a los Fondos de Inversión Públicos, así como aquellas que regulan las características de las cuotas de participación en éstos no serían aplicables a los FIP.

Conforme a lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los Fondos de Inversión Públicos, donde se acepta únicamente aportes en dinero, las cuotas de los FIP podrían ser suscritas y pagadas al contado en dinero efectivo, ya sea en moneda nacional o extranjera, o mediante la transferencia y aporte en dominio de bienes.

Asimismo, no existiría ningún impedimento para que el directorio de la Sociedad Administradora, respecto de la primera emisión de cuotas, o la asamblea de aportantes, para los aumentos de capital, estableciera series de cuotas con distintas preferencias o privilegios o series de cuotas enfocados a distintos perfiles de riesgo.

Por otra parte, también sería posible establecer series de cuotas rescatables. En efecto, si bien de acuerdo a las normas que rigen a los Fondos de Inversión Públicos las cuotas de éstos tienen el carácter de no rescatables, no existe ninguna norma que guíe a la misma conclusión respecto a las cuotas de los FIP.

En este sentido, cabe referirse al artículo 40 de la Ley N° 18.815 que define a los FIP como “aquellos que se forman por aportes de personas o entidades, administrados por las sociedades a que se refieren los artículos 3º ó 42 de esta ley, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores”.

Como puede observarse, la definición citada no hace referencia alguna al carácter de rescatables o no de las cuotas de inversión de los FIP. Tampoco se refieren a esta

materia las otras normas contenidas en el Título VII de la Ley N° 18.815 que rige a los FIP.

Por otra parte, como señalamos, los FIP no se rigen por las normas aplicables a los Fondos de Inversión Públicos –excepto por el Título V y artículo 5° de la Ley N° 18.815– por lo que las normas que establecen el carácter de no rescatables de las cuotas de los Fondos de Inversión Públicos no serían aplicables a éstos.

Finalmente, no parece haber sido el espíritu del legislador el restringir a los FIP a las mismas restricciones establecidas para los Fondos de Inversión Públicos, sino por el contrario, crear un nuevo vehículo de inversión, sujeto a exigencias mínimas, de manera de hacer posible el desarrollo de aquellas inversiones impedidas para éstos últimos. En este sentido, se dejó en manos del reglamento interno de los FIP la determinación de las características propias de éstos, así como de reglas que rigen sus inversiones¹²⁴.

Conforme a lo anterior, no debería existir inconveniente alguno en que un FIP decidiera enfocar sus inversiones en activos altamente liquidables que hagan posible el establecimiento de cuotas de carácter rescatables bajo las condiciones que establezca el propio reglamento.

¹²⁴ Así se desprende de forma patente de la parte final del artículo 40 de la Ley N° 18.815, el que establece que “Estos fondos se regirán exclusivamente por las cláusulas de sus reglamentos internos y por las normas de este Título”.

CUARTA PARTE: TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN

Nuestra legislación tributaria no trata de forma sistemática la tributación que afecta a los Fondos de Inversión. Muy al contrario, la Ley N° 18.815 sólo dedica un artículo a esta materia, el que sólo se refiere de manera expresa a la tributación a la renta aplicable a los aportantes del Fondo de Inversión por los beneficios que éste les reporta, pero que, sin embargo, no indica, al menos de forma clara, la tributación aplicable al Fondo propiamente tal.

Esta situación, sin duda, dificulta la tarea de determinar la tributación que afecta a estos organismos.

No obstante, el análisis detallado del artículo 32 de la Ley N° 18.815, efectuado a la luz de los principios que gobiernan los regímenes tributarios aplicables a los vehículos de inversión colectiva en general, permitirá establecer las bases del régimen tributario especial que rige a los Fondos de Inversión y con ello, esclarecer la tributación que les afecta.

Atendiendo a lo anterior, antes de entrar al análisis propio del régimen tributario aplicable a los Fondos de Inversión y sus aportantes, resulta fundamental referirnos a los principios que inspiran los regímenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión en general.

I. Principios que gobiernan los regímenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión

Como se señaló en la primera parte de éste trabajo, los Fondos de Inversión persiguen diferentes objetivos según el punto de vista en que uno se plantee. Si nos situamos en la posición de los aportantes, éstos buscan la obtención de una mayor rentabilidad a aquella que podrían probablemente obtener de forma individual, con un bajo riesgo asociado. Por su parte, los gobiernos ven en los Fondos de Inversión un

vehículo capaz de inyectar importantes volúmenes de capital a la industria, mediante la reunión de los aportes de múltiples inversionistas.

Pues bien, el régimen tributario aplicable a estos organismos juega un rol fundamental para la consecución de dichos objetivos.

En efecto, por una parte, la inversión a través de vehículos colectivos solo resulta viable en términos prácticos, en la medida que quienes inviertan a través de ellos se encuentren en una posición de neutralidad tributaria frente a la inversión directa. Es decir, que la carga tributaria que deban soportar sea igual a aquella que habrían soportado de invertir de forma directa.

Lo contrario, es decir, la imposición de una mayor carga tributaria, podría significar un desincentivo a la inversión a través de estos vehículos colectivos.

Por otra parte, el régimen tributario aplicable a los vehículos de inversión colectiva debe ser capaz de promover el ahorro e inversión a través de ellos, a fin de poder reunir capitales para ser invertidos en los diferentes sectores productivos de un país.

Conforme a lo anterior, la tributación aplicable a los vehículos colectivos de inversión se debe regir esencialmente por dos principios, asegurar la neutralidad tributaria e incentivar el ahorro e inversión.

1. Neutralidad tributaria

De acuerdo a este principio, la carga tributaria que afecta a quienes inviertan a través de un vehículo de inversión colectiva debe ser equivalente a aquella que habrían debido soportar de haber invertido directamente.

Al respecto, la doctrina comparada ha señalado como uno de los fundamentos básicos, que justifica el establecimiento de un tratamiento tributario especial para los

vehículos de inversión colectivos, el evitar la doble imposición¹²⁵. En este sentido, Yawar Nazir Alonso¹²⁶ señala que “la interposición de una Institución de Inversión Colectiva produce una doble imposición con respecto a la inversión directa, en el supuesto de no contar con un régimen tributario especial, por lo que estas Instituciones resultarían inviables en el marco del régimen fiscal ordinario y, por tanto, requieren de un tratamiento “*ad hoc*” que elimine el exceso de gravamen que se produce al mediar una entidad como instrumento de inversión.”

En efecto, de no existir normas que impidan una doble tributación, las utilidades provenientes de las inversiones de un vehículo colectivo de inversión estarían afectas a tributación en dos instancias. En primer lugar, se afectarían a nivel del vehículo de inversión y luego, volverían a afectarse al ser distribuidas a los partícipes.

Esta situación, sin duda, dejaría a la inversión a través de organismos colectivos en desventaja frente a la inversión directa, desincentivando su utilización y, en definitiva, privando a los pequeños inversionistas de los beneficios que la inversión a través de estos vehículos trae aparejada.

2. Incentivo al ahorro

Un segundo principio invocado por la doctrina comparada para justificar el establecimiento de un régimen tributario especial para los vehículos colectivos de inversión es el de servir como un incentivo al ahorro¹²⁷.

En este sentido, la tributación especial que aplica a los vehículos colectivos de inversión sería utilizada por los gobiernos como un instrumento de política económica dirigido a incentivar el ahorro frente al gasto y así generar capital para la inversión.

¹²⁵ Esta doble imposición debe ser entendida en su veta económica y no jurídica. Es decir, aquella que consisten en la aplicación de impuestos similares, a distintos contribuyentes respecto de la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo.

¹²⁶ NAZIR Alonso, Yawar. Fiscalidad de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria. Valladolid: LexNova. 1999. Pág. 23.

¹²⁷ NAZIR Alonso, Yawar. Ob. Cit. Pag. 32.

3. Análisis aplicabilidad de los principios anteriores a la normativa chilena

Respecto al principio de neutralidad tributaria que inspira los regímenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión, cabe señalar que, atendiendo a la forma en que se estructura el sistema tributario chileno, este principio se encontraría recogido en la normativa nacional.

En efecto, nuestro ordenamiento tributario consiste en un sistema integrado de tributación donde las rentas se afectan con dos niveles de impuestos, los impuestos de categoría (de Primera o Segunda) y los impuestos finales (Global Complementario y Adicional), siendo los primeros un crédito contra los segundos. En este sentido, según señala Patricio Figueroa Velasco, “el Impuesto de Primera Categoría representa un anticipo de la tributación final de propietario, ya sea con el Impuesto Global Complementario o con el Adicional”¹²⁸.

De acuerdo a lo anterior, nuestro sistema tributario impide que se produzca una doble tributación respecto a las rentas que genere, por ejemplo, una sociedad anónima, y que luego sean distribuidas a sus accionistas, ya que el Impuesto de Primera Categoría que afecte a las referidas rentas a nivel societario constituye un crédito contra los impuestos finales que pudieran afectar a los accionistas.

Por otra parte, los dividendos pagados por sociedades anónimas, así como las distribuciones de utilidades efectuadas por sociedades de personas, se encuentran exentos del Impuesto de Primera Categoría¹²⁹, por lo que éstas rentas nunca se verían afectas a doble tributación respecto de dicho impuesto.

Por lo tanto, en el evento que los Fondos de Inversión estuvieran afectos a tributación a la renta, la sola aplicación del régimen tributario general aplicable en Chile

¹²⁸ FIGUEROA Velasco, Patricio. Manual de derecho tributario. El impuesto a la renta. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1997. Pág. 126.

¹²⁹ Lo anterior, conforme a los dispuesto en los artículos 39 y 33 N° 1 de la LIR, respectivamente.

bastaría para evitar una doble tributación respecto de los dividendos que éstos distribuyeran a sus aportantes.

Sin perjuicio de lo anterior, aún a pesar de las características de nuestro sistema tributario, todavía se podrían presentar situaciones en que los aportantes tuvieran que soportar una mayor carga tributaria que aquella que habrían soportado de invertir de forma directa.

En efecto, esta situación se podría producir, por ejemplo, en el caso que producto de un rescate de cuotas un aportante recibiera rentas que hubieren estado afectas al pago de Impuesto de Primera Categoría a nivel de Fondo y que luego, se vean afectas nuevamente a dicho impuesto a nivel de aportante. Por ejemplo, si el Fondo obtuviera una ganancia producto de la venta de acciones y ésta se afectara con Impuesto de Primera Categoría, luego, al ser distribuída a los aportantes al momento del rescate de sus cuotas ésta podría verse nuevamente afecta a Impuesto de Primera Categoría al formar parte del mayor valor obtenido por el aportante en su inversión.

Lo anterior, si bien no constituiría una situación de doble tributación propiamente tal, por no ser una misma renta la que se gravaría dos veces, en definitiva podría implicar una mayor carga tributaria para los aportantes, cuestión que de alguna forma podría desincentivar la inversión a través de los Fondos de Inversión y, por tanto, justificaría el establecimiento de un régimen tributario especial para ellos.

Respecto al segundo principio que rige a los regímenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión, consistente en presentarse como un incentivo al ahorro, cabe señalar que éste se refleja con claridad en nuestra legislación.

En efecto, al estar los Fondos de Inversión exentos de impuesto a la renta, mientras los aportantes no retiren su inversión en ellos (ya sea mediante la venta o rescate de las cuotas) las utilidades que genere el Fondo pueden ser reinvertidas de manera eficiente e indefinida sin quedar afectas al pago de impuestos. Esto permite, por un parte, que los Fondos cuenten con mayores recursos destinados a la inversión

y, por otra, permite a los aportantes obtener un mayor rédito, lo que genera un incentivo al ahorro a través de ellos.

II. Tributación aplicable a los Fondos de Inversión

1. Tributación del Fondo de Inversión

A continuación se analiza la tributación aplicable a los Fondos de Inversión, tanto desde el punto de vista del Impuesto a la Renta como del Impuesto a las Ventas y Servicios (en adelante, "IVA"). Asimismo, por su relevancia, se analiza la aplicabilidad del Impuesto de Timbres y Estampillas y de Patente Municipal a estos organismos.

Con dicho objeto, se parte del estudio pormenorizado de las normas especiales contenidas en el artículo 32 de la Ley N° 18.815, así como de las reglas generales que rigen la imposición de los referidos tributos. Asimismo, se analiza de forma crítica las opiniones emitidas por el SII sobre la materia, por medio de su jurisprudencia administrativa.

1.1 Impuesto a la Renta

a) Exención del Impuesto de Primera Categoría

En breve, el régimen general de impuestos que afecta a las rentas de capital¹³⁰ en Chile se compone de dos etapas. En una primera etapa, las rentas se gravan con un impuesto anual con tasa de 17%¹³¹ denominado "Impuesto de Primera Categoría"¹³².

¹³⁰ Utilizamos el término rentas de capital por oposición a aquellas rentas provenientes de actividades donde predomina el trabajo, por ejemplo las rentas provenientes del trabajo dependiente o independiente.

¹³¹ Cabe señalar que la ley N° 20.455, que modifica diversos cuerpos legales para obtener recursos destinados al financiamiento de la reconstrucción del país, dictada con ocasión del terremoto sufrido en Chile en febrero de 2010, aumentó de forma transitoria la tasa de Impuesto de Primera Categoría, aplicándose el año 2011 una tasa de 20%, el año 2012 una tasa de 18,5% y retornando el año 2013 a la tasa general de 17%.

¹³² El Impuesto de Primera Categoría grava las rentas de capital comprendidas en el artículo 20 de la LIR. Por regla general, el Impuesto de Primera Categoría se aplica sobre base devengada y, en su defecto, sobre base percibida. Se declara en forma anual en el mes de abril, sin perjuicio del deber de efectuar pagos provisionales mensuales ("PPM").

Este impuesto se aplica, por regla general, a nivel corporativo, es decir, a nivel de la sociedad o empresa que genera las rentas afectas a impuestos. En una segunda etapa, cuando las rentas son distribuidas a los socios o accionistas, las rentas se gravan con “Impuesto Global Complementario¹³³” o “Impuesto Adicional¹³⁴”, según si el beneficiario de la renta tiene domicilio o residencia en Chile o no, respectivamente. El Impuesto de Primera Categoría pagado sobre las rentas constituye un crédito deducible del Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional. Finalmente, cabe señalar, que las distribuciones de dividendos entre sociedades domiciliadas en Chile se encuentran exentas del pago de impuestos¹³⁵.

Los Fondos de Inversión constituyen una excepción al régimen general, por cuanto no tributan con el Impuesto de Primera Categoría por las utilidades que hayan devengado o percibido¹³⁶.

Existen dos órdenes de argumentos para fundar la afirmación anterior. El primero de ellos atiende a la naturaleza jurídica de los Fondos de Inversión en cuanto a patrimonios de afectación. El segundo, en cambio, atiende de forma exclusiva al texto del artículo 32 de la ley N° 18.815.

A continuación se analiza cada uno de ellos.

¹³³ El Impuesto Global Complementario afecta únicamente a las rentas percibidas por personas naturales con domicilio o residencia en Chile. Es de carácter progresivo y sus tasa oscila entre 0% a 40% atendiendo al monto de la renta percibido. Se declara anualmente durante el mes de abril.

¹³⁴ El Impuesto Adicional afecta a la rentas que se paguen, abonen en cuenta, distribuyan, retiren, remesen o pongan a disposición de una persona natural o jurídica sin domicilio ni residencia en Chile. Es un impuesto de tasa proporcional, siendo esta, por regla general, de 35%. Se declara anualmente en el mes de abril.

¹³⁵ Así se desprende de los artículos 39, N° 1 y 33, N° 2, letra a) de la Ley sobre Impuesto a la Renta. El primero de dicho artículos declara exentos del Impuesto de Primera Categoría a los dividendos pagados por sociedades anónimas o en comandita por acciones, respecto de sus accionistas. El segundo obliga a deducir de la renta líquida afecta a Impuesto de Primera Categoría a las utilidades que distribuyan las sociedades de personas.

¹³⁶ Tampoco podrían aplicarse a su respecto los Impuestos Global Complementario o el Impuesto Adicional por no corresponder al sujeto pasivo de estos impuestos. En efecto, el Impuesto Global Complementario grava las rentas que perciban las personas naturales con domicilio o residencia en Chile. Por su parte, el Impuesto Adicional grava las rentas de fuente chilena que obtengan personas sin residencia ni domicilio en el país.

(i) Argumento que atiende a la naturaleza jurídica de los Fondos de Inversión

De acuerdo a esta postura, los Fondos de Inversión estarían exentos del pago de Impuesto de Primera Categoría por cuanto no gozan de personalidad jurídica¹³⁷.

En específico, se argumenta que los Fondos, en su calidad de patrimonios de afectación, no estarían comprendidos dentro del concepto de contribuyente establecido en el artículo 3° de la Ley sobre Impuesto a la Renta (en adelante, la “LIR”).

En efecto, de acuerdo a la referida norma legal, ““Salvo disposición en contrario de la presente ley, toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas (...)”

Como puede observarse, la norma citada se refiere a los contribuyentes como a “toda persona”.

En consecuencia, los Fondos de Inversión, en cuanto carecen de personalidad jurídica, quedarían excluidos del concepto de contribuyente establecido en la LIR, y, por tanto, no estarían afectos a los impuestos que ésta establece.

(ii) Argumento basado en el texto del artículo 32 de la Ley N° 18.815

Conforme a esta postura, los Fondos de Inversión se encontrarían exentos del pago de Impuesto de Primera Categoría, únicamente, por así disponerlo de forma expresa el artículo 32 de la Ley N° 18.815.

Es decir, de no existir dicha norma, por aplicación de las reglas generales de la LIR, las rentas que obtuvieran los Fondos de Inversión estarían afectas al pago del referido impuesto.

¹³⁷ En este sentido, CAMPOS Bastidas, Constanza. Fondos de inversión privados y sus implicancias tributarias. Revista de Estudios Tributarios. (N° 1): 195-204, 2010. Págs. 198.

Esta es la posición que mantiene el SII, la que se basa, principalmente, en la definición de “contribuyente” contenida en el artículo 8º, Nº 5, del Código Tributario, que define a éstos como “las personas naturales y jurídicas o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos”.

Conforme al SII, de esta norma resultaría patente que tratándose de bienes ajenos afectos a impuestos, como es el caso de los Fondos de Inversión, los contribuyentes no serían los mismos bienes, sino que los administradores y los tenedores de éstos¹³⁸.

De esta forma, de acuerdo a la posición del SII, en el caso de los Fondos de Inversión quienes adoptarían la calidad de contribuyente por los impuestos que pudieran generar éstos serían las Sociedades Administradoras, en cuanto administradoras de bienes ajenos afectos a impuestos. Esto, sin perjuicio que sean también contribuyentes por sus actividades y rentas propias.

Por tanto, de acuerdo a la opinión del SII, la circunstancia de carecer los Fondos de Inversión en sí mismos de la calidad de contribuyentes no alteraría de modo alguno el régimen general impositivo en cuanto a los impuestos y demás obligaciones tributarias, con que las actividades, inversiones o negocios de los Fondos debiesen afectarse, pues quien asumiría la calidad de contribuyente a su respecto serían sus respectivas Sociedades Administradoras. Por tanto, siendo indudable que las actividades que realizan los Fondos se enmarcan dentro de aquellas gravadas con el Impuesto de Primera Categoría, los Fondos de Inversión, en principio, estarían afectos a dicho impuesto por las rentas que obtengan de su actividad.

No obstante, en definitiva, los Fondos de Inversión estarían exentos del Impuesto de Primera Categoría, por disponerlo así los artículos 31 y 32 de la Ley Nº 18.815, los que trasladarían la carga tributaria a los aportantes del Fondo.

¹³⁸ Oficio 1.091 y 1.836, ambos del año 2005.

(iii) Análisis crítico de las posiciones anteriores

Las dos posiciones señaladas con anterioridad adolecen de ciertas incorrecciones que merecen ser atendidas.

Respecto a la posición mantenida por el SII, si bien es cierto que el artículo 8, N° 5, del Código Tributario comprende dentro del concepto de “contribuyente” a los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos, cabe hacer notar que el artículo 3° de la LIR, el cual prima por especialidad, no se remite a dicho concepto a la hora de determinar quienes son contribuyentes de la LIR.

En efecto, el artículo 3° de la LIR define de manera autónoma quienes son contribuyentes para los efectos de dicha ley, comprendiendo dentro de éstos a “toda persona domiciliada o residente en Chile” y “las personas no residentes en Chile”, por lo que, en principio, quedarían excluidos de dicho concepto aquellos organismos que no gocen de personalidad jurídica, como los Fondos de Inversión.

Por tanto, la remisión al artículo 8, N° 5 del Código Tributario no sería aplicable en este caso y, por tanto, no permitirían atribuir a los Fondos de Inversión el carácter de contribuyentes de la LIR.

Por otra parte, fundar la exención de Impuesto de Primera Categoría de que gozan los Fondos de Inversión en no encontrarse éstos comprendidos en el concepto de “persona” contenido en el artículo 3° de la LIR tampoco constituye un argumento satisfactorio. Esto, debido a que el artículo 3° de la LIR, no define qué debe entenderse por “persona”, ni menos lo restringe a las personas naturales y jurídicas.

En atención a ello, a fin de determinar de forma acabada quienes son considerados contribuyentes conforme al artículo 3° de la LIR, necesariamente debemos atender al concepto de “persona” establecido en el artículo 8°, N° 7° del Código Tributario.

Conforme a esta norma se entiende por persona “las personas naturales o jurídicas y los representantes”. En relación a estos últimos, el número 6, del citado artículo 8 del Código Tributario, señala que por “representante” se entiende a “los guardadores, mandatarios, administradores, interventores, síndicos y cualquier persona natural o jurídica que obre por cuenta o beneficio de otra persona natural o jurídica”.

De acuerdo a lo anterior, el término “persona” contenido en el artículo 3º de la LIR no comprendería únicamente a las personas naturales o jurídicas, sino también a los administradores y cualquier persona natural o jurídica que obre por cuenta o beneficio de otra persona natural o jurídica.

Por lo tanto, si bien el Fondo en sí mismo no quedaría comprendido dentro del término de “persona” del artículo 3º de la LIR, si lo estaría la Sociedad Administradora, en cuanto administradora del Fondo por cuenta y riesgo de los aportantes.

Por tanto, sería esta última la que adoptaría el carácter de contribuyente para los efectos de la LIR por las rentas que pueda generar el Fondo de Inversión que administre¹³⁹.

En respaldo de esta interpretación, se encuentra la definición de “contribuyente” contenida en el antes referido artículo 8, N° 5, del Código Tributario, la que permite confirmar que los bienes pueden generar rentas afectas a impuestos, en cuyo caso, actúa como contribuyentes el administrador o tenedor de los mismos¹⁴⁰.

¹³⁹ Se entiende que esto es así, y que su carácter de contribuyente no se limita a sus propias rentas, debido a que en dicho caso no sería necesario incluir dentro del concepto de persona a los representantes, bastando con comprender a las personas naturales o jurídicas.

¹⁴⁰ Sobre esta materia, Pedro Massone Parodi, refiriéndose al sentido del artículo 8 N° 5 del Código Tributario, señala que “Esta disposición nos da a entender que el contribuyente es una persona natural o jurídica, incluso cuando se trata de bienes afectados por impuestos, ya que, en tal caso, el contribuyentes es el administrador o tenedor de los mismos. Este administrador no podrá ser sino una persona natural o jurídica, sin que podamos concebir otro ente capaz de administrar bienes.” De igual forma, Patricio Figueroa Velasco señala que “La obligación de declarar y pagar el impuesto correspondiente a las rentas obtenidas en virtud de encargos fiduciarios, debe ser cumplida por la persona encargada de la administración de estos bienes, ya que la ley lo califica de “contribuyente” en el artículo 8º del Código Tributario”. Continúa este autor señalando que, “además debe tenerse presente que el artículo 65 de la Ley de la Renta expresamente indica que los encargados fiduciarios y administradores de cualquier genero están obligados a presentar anualmente una declaración jurada de las rentas devengadas,

Por lo demás, esta materia no resulta en absoluto ajena a las normas de la LIR, la que en su artículo 7º grava con impuestos las rentas generadas por determinados bienes que carecen temporalmente de un titular o cuyos titulares no están completamente determinados¹⁴¹, en cuyo caso, quienes deben asumir la obligación de pagar los impuestos que pudieren derivar de ellos necesariamente deben ser las personas naturales o jurídicas en cuyo poder estén estos bienes, ya sea como simples tenedores, administradores o depositarios.

El análisis anterior permite afirmar que, en principio, conforme a las reglas generales de la LIR, los Fondos de Inversión estarían afectos al pago de Impuesto de Primera Categoría y que, por tanto, cualquier exención que los favorezca no se fundaría en su especial naturaleza jurídica de patrimonios de afectación, sino en la disposición expresa de la Ley.

En este sentido, se comparte la opinión del SII, que funda la exención de Impuesto de Primera Categoría de que gozan los Fondos de Inversión en lo dispuesto en el 32 de la Ley N° 18.815.

Ahora bien, atendiendo que el citado artículo no señala de forma clara el hecho de encontrarse los Fondos de Inversión exentos de Impuesto a la Renta, a continuación se analiza los fundamentos que dirigen a dicha conclusión.

- Argumento de texto

Si bien, el artículo 32 de la ley N° 18.815 no regula de manera expresa la tributación que afecta a los Fondos de Inversión, ésta se puede inferir de su redacción.

percibidas o presuntas. Naturalmente que el administrador fiduciario cargará al patrimonio administrado el monto del tributo”.

¹⁴¹ En este sentido, el artículo 7º de la LIR grava las rentas provenientes de: (i) depósitos de confianza en beneficio de las criaturas que están por nacer o de personas cuyos derechos son eventuales, (ii) depósitos hechos en conformidad a un testamento u otra causa y (iii) bienes que tenga una persona a cualquier título fiduciario y mientras no se acredite quienes son los verdaderos beneficiarios de las rentas respectivas.

Conforme al inciso primero del artículo 32 de la Ley N° 18.815, los beneficios que distribuyen los Fondos de Inversión a sus aportantes están afectos al mismo tratamiento tributario que la LIR establece para los dividendos de una sociedad anónima abierta. No obstante, se establece que “el crédito a que se refieren los artículos 56, número 3), y 63 de dicha ley corresponderá sólo al monto que representen los ingresos afectos al Impuesto de la Primera Categoría percibidos por el fondo, dentro del total de rentas provenientes de sus inversiones.”

Por su parte, el inciso 3° de la referida norma establece que “Será obligación de la sociedad administradora determinar la parte proporcional de los dividendos distribuidos con derecho al crédito referido en el inciso primero (...).”

Pues bien, el crédito a que se refieren los artículo 56, N° 3 y 63 de la Ley de la Renta es aquel correspondiente al Impuesto de Primera Categoría que hubiere gravado a una determinada renta, el que puede ser utilizado contra el impuesto final –Global Complementario o Adicional- que grave a la misma a nivel de sus destinatarios finales.

Este crédito procede siempre respecto de los dividendos que distribuyan las sociedades anónimas a sus accionistas, en la medida que se trate de dividendos distribuidos con cargo a utilidades que se hubieren afectado con Impuesto de Primera Categoría a nivel societario. Es decir, los accionistas tienen siempre el derecho de acreditar contra los impuestos finales que graven los dividendos que les reparta la sociedad en la que participan el Impuesto de Primera Categoría que hubiere gravado a las mismas a nivel societario.

Esta metodología del crédito, que inspira todo nuestro sistema impositivo a la renta, tiene por objeto evitar que una misma renta tribute dos veces bajo un mismo impuesto.

No obstante, en el caso de los Fondos de Inversión, el crédito por Impuesto de Primera Categoría que beneficia a los aportantes se limita a aquellas rentas que se hubieren afectado con dicho tributo antes de ser percibidas por el Fondo.

De ello se desprende que las rentas obtenidas por los Fondos de Inversión no están afectas al pago del Impuesto de Primera Categoría, puesto que de gravarse con dicho impuesto, todas las rentas que distribuyan los Fondos de Inversión a sus aportantes, que resulten afectas a Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional, darían derecho al crédito por Impuesto de Primera Categoría, y no sólo, aquellas que se hubieren afectado con dicho impuesto antes de ser percibidas por el Fondo.

- Argumento lógico

De acuerdo al artículo 22 del Código Civil, “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. La doctrina ha encuadrado esta norma dentro del denominado elemento lógico de interpretación, el que tiene por objeto atender a las relaciones lógicas que unen las diferentes partes de la norma¹⁴².

Pues bien, de la lectura de las diferentes partes del artículo 32 de la Ley N° 18.815, es posible establecer que ésta tiene por propósito gravar, únicamente, a los aportantes del Fondo de Inversión y no al Fondo mismo. En efecto, de otra forma, así como iguala a las cuotas de los Fondos de Inversión a las acciones de una sociedad anónima abierta, habría igualado a los Fondos de Inversión mismos a una sociedad anónima abierta para los efectos de determinar su tributación¹⁴³.

¹⁴² SAVIGNY. *Traité de Droit Romain*. Libro I, Capítulo IV, párrafo XXIII. Citado por STREETER, JORGE. *La interpretación de la Ley Tributaria*. Santiago: Revista de Derecho económico N° 21 y 22. 1967.

¹⁴³ En este sentido, el inciso primero del artículo 32 de la Ley N° 18.815 dispone que “Las cuotas de participación de los aportantes y su enajenación tendrán el mismo tratamiento tributario que contempla la Ley sobre Impuesto a la Renta para las acciones de sociedades anónimas abiertas.”

En respaldo de este argumento, cabe referirse al inciso final del artículo 32 en análisis, el que grava con el impuesto establecido en el artículo 21 de la LIR determinados desembolsos u operaciones efectuados por los Fondos de Inversión, para lo cual los considera expresamente como sociedades anónimas¹⁴⁴.

De esta norma se derivan dos conclusiones. En primer lugar, que de haber sido la intención del legislador extender el carácter de sociedad anónima a los Fondos de Inversión para todos los efectos tributarios, así lo habría señalado de forma expresa, tal como lo hace a fin de aplicar el artículo 21 de la LIR. Por otra parte, permite descartar que el legislador haya otorgado de manera implícita a los Fondos de Inversión el carácter de sociedades anónimas, ya que de ser así no habría sido necesario extender dicho carácter de manera expresa a fin de hacerles aplicable el artículo 21 de la LIR.

Finalmente, cabe atender a la denominación del título V de la Ley N° 18.815, donde se encuentra contenido el artículo 32 en comento, “De los beneficios y franquicias”.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define franquicia, en su primera acepción, como “Exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público”. De dicha definición podemos establecer que el término franquicia implica la concesión de una exención, o al menos, de un trato más favorable al previsto de forma general.

De lo anterior, necesariamente se infiere que el espíritu de la Ley es el de conceder a los Fondos de Inversión un tratamiento tributario más favorable a aquel aplicable de forma general, el que consistiría en eximirlos de tributación a la renta.

¹⁴⁴ Al respecto, el inciso final del artículo 32 de la Ley N° 18.815 dispone: “Se aplicará el impuesto previsto en el artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a las Rentas, considerando al Fondo como sociedad anónima, respecto de los siguientes desembolsos u operaciones (...)”.

- Argumento histórico

De la historia de la ley se deriva que la intención del legislador era la de aplicar a los Fondos de Inversión la misma tributación aplicable a los fondos mutuos, donde se gravaba únicamente a los aportantes de éstos.

(iv) Conclusión

Una interpretación acabada del artículo 32 de la ley N° 18.815, considerando el análisis de su texto, la lógica del mismo y la historia de su establecimiento, permite concluir que los Fondos de Inversión se encuentran exentos del Impuesto de Primera Categoría.

Este tratamiento se condice con los principios que deben inspirar a los regimenes tributarios que rigen a los vehículos colectivos de inversión, cuales son los de neutralidad tributaria e incentivo al ahorro e inversión por medio de ellos.

b) Aplicación del impuesto único del artículo 21 de la LIR

El artículo 21 de la LIR contempla el tratamiento tributario de los denominados gastos rechazados y retiros presuntos, los que en el caso de las sociedades anónimas son gravados con un impuesto único a la renta de 35%.

La ley N° 20.190 incorporó un nuevo inciso 4° al artículo 32 de la ley N° 18.815, por medio del cual extiende a los Fondos de Inversión el tratamiento tributario a los gastos rechazados regulado en el artículo 21 de la LIR, sobre aquellos desembolsos que en general, no sean necesarios para el desarrollo de su giro o que puedan constituir retiros presuntos por parte de los aportantes.

Conforme a esta norma, se aplica el impuesto establecido en el artículo 21 de la LIR, considerando al Fondo como sociedad anónima, sobre los siguientes desembolsos u operaciones efectuados por un Fondos de Inversión: (i) aquéllos que no

son necesarios para el desarrollo de las actividades e inversiones que la ley permite efectuar al fondo; (ii) los préstamos que los fondos efectúan a sus aportantes personas naturales o contribuyentes del impuesto adicional; (iii) la cesión del uso o goce, a cualquier título, o sin título alguno, a uno o más aportantes, su cónyuge o hijos no emancipados legalmente de éstos, de los bienes del activo del fondo, y (iv) la entrega de bienes del fondo en garantía de obligaciones, directas o indirectas, de los aportantes personas naturales o contribuyentes del impuesto adicional. El pago de este impuesto es de responsabilidad de la Sociedad Administradora respectiva.

De acuerdo al inciso tercero del artículo 21 de la LIR, sobre las cantidades señaladas en el párrafo anterior, se debe aplicar, un impuesto multa de 35%, el que tiene el carácter de impuesto único a la renta.

Este impuesto es de cargo del Fondo de Inversión, así como en el caso de las sociedades anónimas es de cargo de la sociedad misma. Ello, sin perjuicio, que al carecer el Fondo de Inversión de personalidad jurídica, deba la Sociedad Administradora hacerse cargo del pago de éste¹⁴⁵.

La incorporación de esta norma tuvo por objeto sancionar aquellas prácticas que se estaban haciendo comunes entre quienes utilizaban a los Fondos de Inversión y, en especial, a los FIP, con el único objeto de aprovecharse de sus franquicias tributarias¹⁴⁶. En este sentido, por ejemplo, se podía utilizar un FIP para que obtuviera utilidades de determinadas inversiones, las que no se afectaban con impuestos a nivel de FIP, y que luego eran retiradas por los aportantes en forma de préstamos, evitando con ello el pago de los impuestos que habrían afectado a una distribución de dividendos.

¹⁴⁵ Conforme a las instrucciones impartidas por el SII por medio de la Circular N° 58 de 2007, este impuesto debe ser determinado, declarado y enterado al Fisco por parte de la Sociedad Administradora en el mes de abril de cada año, utilizando para tales efectos el Formulario N° 22 sobre Declaración de Impuestos Anuales a la Renta.

¹⁴⁶ LETELIER P., Álvaro. Los Fondos de inversión privados como instrumentos de planificación tributaria. En: Charla Técnica de Instituto Chileno de Derecho Tributario (21 de abril de 2009). Charlas Técnicas 2008-2009, Santiago-Chile. Instituto Chileno de Derecho Tributario, 2009. Pág. 14.

Conforme al artículo 7º transitorio de la ley N° 20.190, esta norma rige a contar de su fecha de publicación para los Fondos de Inversión constituidos con posterioridad al 27 de noviembre de 2006. Para los Fondos constituidos con anterioridad a dicha fecha regirá a partir del 1º de enero del 2012. Tal como expone Álvaro Letelier¹⁴⁷, no parece razonable que se haga diferencia entre la fecha de constitución del Fondo de Inversión para los efectos de la aplicación del tratamiento al gasto rechazado, por cuanto, en el hecho, se está “premiando”, a aquellos contribuyentes que llevan más tiempo ejerciendo estas prácticas, al otorgarle más años para continuar con ellas.

1.2 Impuesto a las Ventas y Servicios

No existe ninguna norma especial relativa al tratamiento tributario aplicable a los Fondos de Inversión en relación al Impuesto a las Ventas y Servicios (en adelante, “IVA”). En consecuencia, sólo cabe determinar éste conforme a las reglas generales que rigen la materia.

a) Hecho gravado

De acuerdo al artículo 1º del Decreto Ley N° 825 (en adelante, “Ley de IVA”), el IVA grava las ventas y servicios.

Para estos efectos, el artículo 2, N° 1 de la Ley de IVA define “venta” como “toda convención independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles, bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora construidos totalmente por ella o que en parte hayan sido construidos por un tercero para ella, de una cuota de dominio sobre dichos bienes o de derechos reales constituidos sobre ellos, como, asimismo, todo acto o contrato que conduzca al mismo fin o que la presente ley equipare a venta.”

Por su parte, en N° 3 de la norma citada define “servicio” como la “acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe un interés, prima,

¹⁴⁷ Ibid.

comisión o cualquiera otra forma de remuneración, siempre que provenga del ejercicio de las actividades comprendidas en los números 3 y 4, del artículo 20, de la Ley sobre Impuesto a la Renta.”

Asimismo, el artículo 8° de la Ley de IVA establece otros hechos gravados especiales, los que asimila a ventas o servicios.

b) Sujeto pasivo. Análisis situación de los Fondos de Inversión

El artículo 3° de la Ley de IVA define quienes son contribuyentes del IVA. Al respecto, la citada norma señala que “Son contribuyentes, para los efectos de esta ley, las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en ella”.

Conforme se analizó en la primera parte de este trabajo, los Fondos de Inversión no tienen el carácter de persona natural o jurídica, ni son una comunidad o sociedad de hecho. Al contrario, su naturaleza es la de un patrimonio de afectación.

En consecuencia, los Fondos de Inversión no se enmarcarían dentro del concepto de contribuyente establecido en el artículo 3° de la Ley de IVA¹⁴⁸ y, por tanto, no quedarían a afectos a los impuestos que ésta establece.

Al respecto, cabe señalar que en este caso no resultaría aplicable el concepto de “persona” que establece el artículo 8, N° 7, del Código Tributario, que comprende también a los administradores de bienes por los impuestos que afecten a estos últimos, ya que el artículo 3° de la Ley de IVA específicamente se refiere a las personas naturales o jurídicas, además de las comunidades y sociedades de hecho, quedando, por tanto, fuera cualquier referencia a los administradores de bienes ajenos por las rentas que éstos generen.

¹⁴⁸ En este mismo sentido, CAMPOS Bastidas, Constanza. Ob Cit. Pág. 199 y LETELIER P., Álvaro. Ob Cit. Pag. 15.

No obstante la claridad de la norma en análisis, el SII ha sostenido que los Fondos de Inversión si son contribuyentes de IVA¹⁴⁹.

En este sentido, por medio del Oficio N° 814 de 2007, el SII señaló que “Los Fondos de Inversión sí pueden ser contribuyentes del Impuesto al Valor Agregado, en la medida que desarrollen actividades gravadas con este impuesto y, por lo tanto, deben cumplir con todos los deberes tributarios que impone tanto el Código Tributario como la Ley del IVA, todos los cuales deben ser cumplidos por la Sociedad Administradora por cuenta del respectivo Fondo, en atención a que éste carece de personalidad jurídica propia y es, precisamente, la Sociedad Administradora quien actúa como representante del Fondo y los respectivos aportantes y por cuenta de éstos.”

Respecto a la opinión sostenida por el SII, cabe señalar que ésta no cuenta con ningún fundamento jurídico que la avale. En efecto, en los oficios en que se refieren a esta materia, al contrario de cómo generalmente ocurre, el SII no señala ningún antecedente normativo en el que funde su opinión. Muy al contrario, en los Oficios N° 5.008 y N° 5011 de 2006, el SII se limita a confirmar las afirmaciones sometidas a su consulta por el contribuyente y, en el oficio N° 814 de 2007, se limita a afirmar que los Fondos de Inversión son contribuyentes de IVA, sin señalar la razón por la que detentarían dicho carácter.

La falta de análisis jurídico de que adolecen los oficios citados se observa, asimismo, del hecho que en ellos el SII califique a los Fondos de Inversión como contribuyentes de IVA. Esto, sin perjuicio, de haber sostenido con anterioridad, por medio de los oficios N° 1.091 y 1.836, ambos del 2005, que los Fondos de Inversión no tienen el carácter de contribuyentes, sino que es su Sociedad Administradora la que asume dicho carácter por las obligaciones tributarias que puedan derivar de éstos.

De lo anterior pareciera derivar que la postura sostenida por el SII ha tenido por único propósito limitar los beneficios tributarios de los que han gozado aquellas

¹⁴⁹ Oficios N° 5.008 y N° 5.011, ambos del año 2006, ratificados por el Oficio N° 814 del año 2007.

personas que han utilizado a los Fondos de Inversión, en específico a los FIP, como titulares de actividades empresariales, contrariando los fines que le son propios.

Así pareciera desprenderse de lo señalado en el último párrafo del Oficio N° 5.008 de 2006 el que, al referirse a la utilización del crédito fiscal IVA por parte de los Fondos de Inversión, señala que “será la sociedad administradora quien deberá efectuar la imputación de los créditos fiscales a los debitos fiscales que resulten relacionados exclusivamente con las operaciones gravadas con IVA que realice el respectivo fondo. Para ello, y dado que el sentido de la Ley 18.815 es el establecimiento de un vehículo de inversiones pasivas y no el desarrollo de actividades propias de la construcción, esta administradora deberá llevar registros separados de las operaciones efectuadas por cada uno de los fondos que administre, así como de las operaciones propias de la sociedad administradora, ello con la finalidad de evitar que se confundan los gastos y los créditos y débitos fiscales de cada uno de los patrimonios y proyectos administrados”.

Si bien no es claro el sentido de lo señalado por el SII en el párrafo citado, pareciera dar a entender que si los Fondos de Inversión fueran utilizados para los fines que fueron creados, es decir la inversión, no deberían generar mayores créditos ni débitos fiscales, al no estar gravada esta actividad con IVA¹⁵⁰. Con lo que permite entrever una especie de reproche a su utilización para el desarrollo de actividades propias de sociedades inmobiliarias.

Sin perjuicio que el SII pueda considerar incorrecta la utilización de los Fondos de Inversión para el desarrollo de actividades empresariales, con el sólo propósito de aprovechar los beneficios tributarios de que gozan, no por ello puede pretender asumir la labor del legislador de forma de aplicar impuestos a situaciones o a sujetos no contemplados en la ley. Lo contrario significaría una flagrante transgresión al principio

¹⁵⁰ En efecto, la compra y venta de acciones, derechos sociales y cualquier otro valor, no se encuentra gravada con IVA por tratarse de transacciones efectuadas sobre bienes incorporeales. Así lo ha confirmado el SII, entre otros, por medio del Oficio N° 3.093 de 2008. Por otra parte, sólo se encuentra afecta a IVA la venta de inmuebles de propiedad de empresas constructoras que cumpla con determinados requisitos, y no así la venta de inmuebles efectuada por entidades que tengan por giro el de inversión.

de reserva legal que impera en nuestro ordenamiento jurídico tributario, conforme al cual la ley debe determinar cada uno de los elementos del hecho gravado, cuya configuración da nacimiento a la obligación tributaria.

c) Aplicación del mecanismo de recuperación de IVA a los Fondos de Inversión

Como se señaló con anterioridad, el SII ha calificado a los Fondos de Inversión como contribuyentes de IVA. Producto de ello, asimismo, el SII ha aceptado que los Fondos puedan generar créditos y débitos fiscales de acuerdo a las reglas generales que gobiernan a este tributo¹⁵¹.

En atención a ello, surge la interrogante si los Fondos de Inversión pueden acceder al sistema de recuperación de IVA contemplado en el artículo 27 de la Ley de IVA.

De acuerdo a esta norma, los contribuyentes de IVA que tengan remanentes de crédito fiscal durante seis o más períodos tributarios consecutivos, originados en la adquisición de bienes corporales muebles o inmuebles destinados a formar parte de su activo fijo o de servicios que deban integrar el costo de éste, pueden imputar ese remanente a cualquier clase de impuestos fiscales u optar por pedir su reembolso a la Tesorería General de la República.

Conforme a lo anterior, para que proceda el beneficio descrito, se debe cumplir las siguientes condiciones:

- i) Sólo pueden acceder a este beneficio los contribuyentes de IVA y los exportadores;
- ii) Deben existir remanentes de crédito fiscal acumulados durante seis períodos tributarios consecutivos como mínimo;

¹⁵¹ En este sentido, el Oficio N° 5011 del año 2006 señala que “el FIP, no obstante ser un patrimonio de afectación y no una persona jurídica, es un contribuyente de IVA. En consecuencia puede generar débitos y créditos fiscales de acuerdo con las reglas generales”.

- iii) Los respectivos remanentes deben haberse originado en la adquisición de bienes corporales muebles o inmuebles destinados a formar parte del activo fijo o en la utilización de servicios que deban integrar el valor del costo del activo fijo; y
- iv) Los bienes adquiridos deben ser destinados a una actividad gravada con IVA o a exportaciones^{152 153}.

Asumiendo el carácter de contribuyentes de IVA que el SII ha otorgado a los Fondos de Inversión, no se ve impedimento para que éstos puedan solicitar y obtener, a través de su Sociedad Administradora, la devolución del crédito fiscal acumulado por la adquisición de bienes destinados a formar parte de su activo fijo, o en la contratación de servicios que deban ser incorporados al costo del activo fijo. Esto, en la medida que se dé cabal cumplimiento a los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 27 bis de la Ley del IVA, descritos previamente.

- c.c) Análisis aplicabilidad del artículo 27 bis de la Ley de IVA respecto a inmuebles adquiridos con posterioridad a la dictación de la Ley N° 20.190

Como se señaló, en virtud de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 20.190, los Fondos de Inversión no podrán mantener inversiones en bienes inmuebles a partir del día 1° de enero del año 2012. La sanción en caso de incumplir con esta norma es su liquidación inmediata.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse si los bienes inmuebles adquiridos por los Fondos de Inversión con posterioridad a la dictación de la Ley N° 20.190 pueden considerarse como parte de su activo fijo, cuestión que es fundamental

¹⁵² Este requisito se deriva de lo dispuesto en el artículo 23, N° 2 de la Ley de IVA, el cual señala que “No procede el derecho al crédito fiscal por la importación o adquisición de bienes o la utilización de servicios que se afecten a hechos no gravados por esta ley o a operaciones exentas o que no guarden relación directa con la actividad del vendedor.”

¹⁵³ Para el caso de optar por la imputación, se debe solicitar al Servicio de Tesorerías que emita un Certificado de Pago por una suma de hasta el monto de los créditos acumulados. Para el caso de optar por devolución del remanente, se debe presentar una solicitud ante el SII a fin de que éste verifique y certifique, en forma previa a la devolución por la Tesorería General de la República, la correcta constitución de éste.

para determinar la procedencia del beneficio contemplado en el artículo 27 bis de la Ley de IVA.

En efecto, como se indicó, uno de los requisitos para que proceda el beneficio contemplado en el artículo 27 bis de Ley de IVA es que el remanente de IVA cuya imputación a otros impuestos o devolución se solicita se haya originado en la adquisición de bienes destinados a formar parte del activo fijo del contribuyente.

De acuerdo a los artículos 20 y 21 del Código Civil, a falta de definición legal, las palabras técnicas de toda ciencia o arte se deben tomar en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte.

En este sentido, a fin de esclarecer el concepto de “activo fijo” cabe atender a lo dispuesto en el Boletín Técnico N° 33 del Colegio de Contadores el que define activo fijo como aquel “formado por bienes tangibles que han sido adquiridos o construidos para usarlos en el giro de la empresa, durante un período considerable de tiempo y sin el propósito de venderlos.”

En un sentido similar, el SII ha definido activo fijo como “todos aquellos bienes que han sido adquiridos o construidos con el ánimo de usarlos en forma permanente en la explotación del giro del contribuyente, sin el propósito de negociarlos, revenderlos o ponerlos en circulación.”¹⁵⁴

De ambas definiciones se extrae que la característica principal que define al activo fijo es el haber sido adquirido para ser usado en el giro de la empresa por un período considerable de tiempo, sin ánimo de revenderlo.

Atendiendo a lo anterior, los inmuebles adquiridos por los Fondos de Inversión con posterioridad a la dictación de la Ley N° 20.190 podrían ser considerados como activos adquiridos con el ánimo de ser revendidos. En efecto, encontrándose vigente una norma que impide a los Fondos de Inversión mantener inversiones en bienes

¹⁵⁴ Servicio de Impuestos Internos. Oficios N° 2219 de 1997 y N° 1.636 de 2010.

inmuebles a partir del 1º de enero de 2012, bajo sanción de liquidación de los mismos, podría presumirse que estos inmuebles fueron adquiridos con el ánimo de enajenarlos dentro de dicho periodo.

Conforme a ello, el beneficio que establece el artículo 27 bis de la Ley de IVA, en principio, no procedería respecto de los remanentes de crédito IVA originados en la adquisición o construcción de bienes inmuebles por parte los Fondos de Inversión con posterioridad a la dictación de la ley N° 20.190.

No obstante, para determinar de forma certera el ánimo con que fue adquirido un determinado inmueble, sería necesario analizar las circunstancias específicas que rodearon y motivaron su adquisición.

Así, por ejemplo, la presentación de una importante oportunidad de negocios para explotar un inmueble por medio de su entrega en arrendamiento podría justificar la adquisición del mismo con el ánimo de ser dado en arrendamiento y no con el ánimo de ser revendido, lo que permitiría calificar al inmueble como parte del activo fijo¹⁵⁵.

1.3 Impuesto de Timbres y Estampillas

a) Hecho gravado

El Impuesto de Timbres y Estampillas (“ITE”) es un impuesto de carácter eminentemente documentario. En este sentido, el hecho gravado por este impuesto

¹⁵⁵ Esta posición se encontraría respaldada por la opinión sostenida por el SII por medio del Oficio N° 360 del año 2007, en el cual sostiene que los bienes inmuebles adquiridos con el ánimo de ser arrendados forman parte del activo fijo de las empresas. En este sentido señala: “los bienes corporales muebles o inmuebles adquiridos con ánimo de ser arrendados deben ser clasificados como bienes del activo inmovilizado de la empresa que los cede en arrendamiento, independientemente que, en forma eventual, dichos bienes sean posteriormente vendidos ya sea por el ejercicio de una opción de compra, o bien porque ya no son susceptibles de ser arrendados debido a su deterioro u obsolescencia”.

consiste en la emisión de aquellos documentos que dan cuenta de los actos jurídicos descritos en los artículos 1° al 4° del Decreto Ley N° 3.475 (“Ley de ITE”)¹⁵⁶.

Los referidos artículos establecen hechos gravados especiales y un hecho gravado genérico. Entre los primeros, debido a su frecuencia y relevancia, reviste especial importancia la emisión de letras de cambio, pagarés, documentos que den cuenta de depósitos a interés¹⁵⁷, emisiones de bonos y debentures.

Por su parte, el hecho gravado genérico del ITE consiste en la emisión de cualquier documento que contenga una operación de crédito de dinero¹⁵⁸.

b) Sujeto pasivo. Análisis situación de los Fondos de Inversión

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de ITE, el sujeto pasivo genérico de este impuesto es el acreedor o beneficiario del documento, sin perjuicio de su derecho de recuperar el monto del impuesto de los obligados al pago del documento, de forma solidaria¹⁵⁹.

Al respecto, la norma citada no establece requisitos especiales que deba reunir el sujeto pasivo, basta con que sea el beneficiario o acreedor del documento.

De lo anterior se deriva que el hecho gravado por ITE atiende exclusivamente al hecho material consistente en la emisión de aquellos documentos gravados con este impuesto, siendo irrelevante la naturaleza jurídica que revista el sujeto pasivo.

¹⁵⁶ De forma excepcional, en el caso de operaciones de crédito de dinero provenientes del extranjero, en las que no se haya emitido o suscrito documentos, el ITE se devenga de todas formas al momento en que la operación es contabilizada en Chile.

¹⁵⁷ De acuerdo al inciso tercero, del número 3, del artículo 1° de la Ley de ITE, los depósitos bancarios no están afectos a ITE.

¹⁵⁸ El artículo 1° de la Ley N° 18.810, sobre Operaciones de Crédito de Dinero, define a éstas como “aquellas 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. Constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente”

¹⁵⁹ De acuerdo a lo dispuesto en el N° 7 del artículo 9 en comento, en el caso que el acreedor o beneficiario del documento afecto a ITE no tenga domicilio o residencia en Chile, es el deudor quien asume la calidad de sujeto pasivo de este impuesto.

Por tanto, Los Fondos de Inversión se encontrarían afectos a este impuesto, en la medida que concurren los supuestos que originan su pago.

En relación al momento en que los Fondos de Inversión deben pagar este impuesto, el SII ha señalado que les sería aplicable el plazo dispuesto en el artículo 15 N° 1 de la Ley de ITE, es decir, dentro de los cinco primeros día hábiles a contar de la emisión del documento gravado¹⁶⁰.

Conforme a la posición del SII, a los Fondos de Inversión no les sería aplicable el plazo señalado en el artículo 15, N° 2, en cuanto éstos no cumplirían con el requisito de ser contribuyentes obligados a declarar su renta efectiva mediante un balance general determinado de acuerdo a contabilidad completa¹⁶¹.

1.4 Patente municipal

a) Hecho gravado

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Ley 3.063, sobre Rentas Municipales (“Ley de Rentas Municipales”), el impuesto de Patente Municipal grava, el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria y, en el caso que concurren determinados requisitos, también de actividades primarias¹⁶².

¹⁶⁰ Oficio N° 632 de 2004.

¹⁶¹ De acuerdo al artículo 15, N° 2, de la Ley de ITE, los contribuyentes obligados a declarar su renta efectiva mediante un balance general determinado de acuerdo a contabilidad completa, deben pagar este impuesto dentro del mes siguiente a aquél en que se emiten los documentos.

¹⁶² Al respecto, el inciso 2° del artículo 23 del decreto ley 3.063 de 1979, dispone que, “Asimismo, quedarán gravadas con esta tributación municipal las actividades primarias o extractivas en los casos de explotaciones en que medie algún proceso de elaboración de productos, aunque se trate de los exclusivamente provenientes del respectivo fundo rústico, tales como aserraderos de maderas, labores de separación de escorias, moliendas o concentración de minerales, y cuando los productos que se obtengan de esta clase de actividades primarias, se vendan directamente por los productores, en locales, puestos, kioscos o en cualquiera otra forma que permita su expendio también directamente al público o a cualquier comprador en general, no obstante que se realice en el mismo predio, paraje o lugar de donde se extraen, y aunque no constituyan actos de comercio los que se ejecuten para efectuar ese expendio directo.”

b) Sujeto Pasivo. Análisis situación de los Fondos de Inversión

La ley no trata de forma específica al sujeto pasivo de este impuesto, ni menos establece requisitos especiales que deban recurrir a su respecto. Los artículos que se refieren a él, en general, utilizan las expresiones “contribuyente” o “persona”, de lo que se puede inferir que el impuesto de Patente Municipal grava a todo contribuyente que realice las actividades que el artículo 23 del Decreto Ley N° 3.063 especifica.

Como señalamos con anterioridad, del artículo 8, N° 5, del Código Tributario se infiere que en el caso de los Fondos de Inversión, quien ocupa la calidad de contribuyente respecto de los impuestos que pudieran derivar de las actividades desarrollados por éstos, es su respectiva Sociedad Administradora, quien deberá hacerse cargo del pago de los mismos.

Por tanto, el Impuesto de Patente Municipal, resultaría plenamente aplicable a los Fondos de Inversión en la medida que desarrollen las actividades que grava este impuesto¹⁶³.

Así lo ha confirmado el SII, por medio del oficio N° 1.202 del año 2008.

La Contraloría General de la República (“Contraloría”), en cambio, ha sostenido la posición contraria. En este sentido, ha señalado que los Fondos de Inversión, no se encuentran afectos al pago de Patente Municipal atendido que es la Sociedad Administradora respectiva, y no el Fondo de Inversión -que es sólo un patrimonio afectado a un fin común-, la que ejerce una actividad gravada con patente municipal, en los términos del artículo 23 del Decreto Ley N° 3.063, de 1979¹⁶⁴.

No se comparte el razonamiento de Contraloría ya que, si bien, es la Sociedad Administradora la que administra el Fondo de Inversión y determina las actividades a las que será destinado éste, ésta siempre actúa a nombre del Fondo, el que es titular

¹⁶³

¹⁶⁴ Contraloría General de la República. Dictámenes N° 48.683 de 2008 y N° 8.321 de 2011.

de los instrumentos representativos de la inversiones realizadas y de los bienes adquiridos, los que se contabilizan de forma separada de las operaciones que realiza la Sociedad Administradora con sus recursos propios.

Por tanto, es el Fondo de Inversión quien debe asumir el Impuesto de Patente Municipal que pueda gravar a las actividades a que se destinen sus activos.

c) Base Imponible

De acuerdo al inciso segundo del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, la base imponible del impuesto de Patente Municipal corresponde al capital propio del contribuyente. Para estos efectos, se entiende por capital propio, el inicial declarado por el contribuyente si se trata de actividades nuevas o el registrado en el balance terminado al 31 de diciembre inmediatamente anterior a la fecha de la declaración de éste impuesto, considerando los ajustes que deban practicarse conforme a las normas del artículo 41 de la LIR.

Por otra parte, de acuerdo al inciso quinto del artículo 24 en comento, aquellos contribuyentes que no estén legalmente obligados a demostrar sus rentas mediante un balance general, deben pagar una Patente Municipal por doce meses igual a una unidad tributaria mensual.

Al respecto, cabe preguntarse si los Fondos de Inversión se encuentran legalmente obligados a demostrar sus rentas mediante un balance general.

Para estos efectos, entenderíamos que dicha obligación consiste en el deber de presentar declaraciones juradas de renta ante el SII, para los efectos de pagar los impuestos de la LIR que procedan.

Lo anterior se derivaría del contexto del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, el que al definir los que debe entenderse por capital propio se remite a los ajustes que contempla en el artículo 41 de la LIR, el rige respecto de aquellas personas

que declaren sus rentas efectivas ante el SII. Asimismo, del hecho de disponer el deber del SII de aportar a las municipalidades la información de capital propio declarado por los contribuyentes.

Pues bien, como se señaló con anterioridad, los Fondos de Inversión no se encuentran afectos al pago de impuesto a la renta.

Conforme a ello, no estarían legalmente obligados a presentar declaraciones juradas de sus rentas ante el SII y, por tanto, estarían afectos a una Patente Municipal igual a una unidad tributaria mensual.

La conclusión anterior no se vería alterada por el hecho que la Sociedad Administradora deba llevar los registros contables de los Fondos de Inversión que administre. Ello, en cuanto dicha obligación deriva de su deber de rendir cuenta a los aportantes de su gestión mediante el examen de los estados financieros de los Fondos y no del deber de demostrar las rentas de éstos para efectos fiscales.

Por otra parte, si bien el SII, por medio de la Resolución N° 203 de 24 de diciembre de 2009, para efectos de una mejor fiscalización, estableció el deber de las Sociedades Administradoras de los FIP de presentar una declaración jurada con información relativa a sus partidas de balance, control de utilidades y repartos de beneficios a sus aportantes, dicha obligación no incluye el deber de éstos de determinar su renta mediante un balance general.

Por lo demás, este deber de información se fundaría en una instrucción de orden administrativa y no legal, por lo que los Fondos de Inversión seguirían cumpliendo con el requisito de no estar legalmente obligados a demostrar sus rentas mediante balance general, y por tanto, cumplirían con la condición legal para quedar afectos al pago de una unidad tributaria mensual por concepto de Patente Municipal.

Respecto a la obligación de la Sociedad Administradora de declarar en abril de cada año, mediante Formulario 22, el impuesto único del inciso tercero del artículo 21

de la LIR (gastos rechazados) que afecte a los Fondos de Inversión que administre, cabe señalar que esta obligación se limita a la declaración de dicho impuesto y no ha de declarar la renta líquida imponible de éstos. Por lo tanto, la obligación de declarar el impuesto único del artículo 21 de la LIR que afecta a los Fondos de Inversión tampoco derivaría en un deber de éstos de demostrar su rentas mediante balance general.

Finalmente, el deber de la Sociedad Administradora de llevar el Fondo de Utilidades Tributables (“FUT”) de los Fondos que administre, dispuesto a través de diversos oficios del SII, tendría por único propósito determinar la parte proporcional de los dividendos distribuidos a los aportantes con derecho a crédito por Impuesto de Primera Categoría, por lo que ello tampoco devengaría en una obligación del Fondo de demostrar sus rentas a través de un balance general.

Por último, esta posición se encontraría respaldada por lo señalado por el SII por medio del Oficio N° 632 de 2004, donde al referirse al momento del pago del ITE por parte de los Fondos de Inversión señaló que no les era aplicable el plazo dispuesto en el artículo 15 N° 2 (dentro del mes siguiente a su devengo), en cuanto no cumplirían con el requisito de ser contribuyentes obligados a declarar su renta efectiva mediante un balance general determinado de acuerdo a contabilidad completa.

En consecuencia, en la medida que los Fondos de Inversión desarrollen algunas de las actividades contempladas en el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, quedarían afectos al pago de impuesto de Patente Municipal, el que, atendiendo al hecho que éstos no están obligados a demostrar su renta mediante balance general, sería equivalente a una unidad tributaria mensual.

d) Deducción de inversiones efectuadas en Fondos de Inversión

De acuerdo al inciso final del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, los contribuyentes pueden deducir de su capital propio aquella parte del mismo que se encuentre invertida en otros negocios o empresas afectos al pago de Patente

Municipal, lo que se debe acreditar mediante certificado extendido por la o las municipalidades correspondientes a las comunas en que dichos negocios o empresas se encuentran ubicados.

Esta norma tiene por objeto evitar una doble tributación en relación al Impuesto de Patente Municipal. En efecto, de no existir esta norma, el valor de los aportes efectuados por lo socios o accionistas de una sociedad se afectaría con Patente Municipal a nivel de la sociedad respectiva por formar parte de su capital propio y a nivel de los socios por formar sus inversiones, asimismo, parte de su capital propio.

Respecto a esta materia ha surgido la discusión sobre si los aportantes de un Fondo de Inversión tendrían derecho a deducir las inversiones efectuadas en éstos de su capital propio tributario.

Por una parte, los contribuyentes han argumentado que de no autorizarse esta deducción se produciría una situación de doble tributación. Lo anterior, en cuanto, se pagaría dos veces Patente Municipal sobre un mismo capital. Primeramente, a nivel de las sociedades en la cuales el Fondo mantenga sus inversiones y luego, nuevamente, a nivel de los aportantes del Fondo, al no poder deducir éstos de su capital propio el monto de sus aportes en el Fondo, cuyo capital consistiría precisamente en las referidas inversiones.

Por otra parte, las municipalidades y la Contraloría han rechazado dicha deducción. Ello, en razón de que los Fondos de Inversión no estarían afectos al pago de Patente Municipal, por lo que no cumplirían con el requisito establecido en el inciso final del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, el que permite deducir aquella parte del capital propio invertido en negocios o empresas que paguen Patente Municipal¹⁶⁵.

Pues bien, como señalamos en la letra c) anterior, en opinión de este trabajo, los Fondos de Inversión si estarían afectos a Patente Municipal, por lo que sí cumplirían

¹⁶⁵ Ibid.

con el requisito dispuesto en el inciso final del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales para que proceda la deducción de las inversiones mantenidas en ellos.

Por otra parte, como bien argumentan los contribuyentes, de no permitirse dicha deducción se produciría una situación de doble tributación, cuestión que atentarían contra el espíritu de la norma contenida en el inciso final del referido artículo 24, cuyo objeto es justamente prevenir una doble tributación.

Asimismo, esta situación atentaría contra el principio de neutralidad tributaria que gobierna los regímenes de tributación aplicables a los vehículos colectivos de inversión.

Ahora bien, a fin de evitar situaciones de abuso, para determinar el monto a deducir sería necesario distinguir dos situaciones.

En primer lugar, en caso que el Fondo de Inversión participe en sociedades afectas al pago de Patente Municipal, se debería autorizar a los aportantes deducir el monto total de sus aportes de su capital propio afecto a Patente Municipal. Con ello, se impediría que un mismo capital se afecte dos veces con Patente Municipal.

En cambio, en caso que el Fondo no mantenga inversiones en sociedades afectas al pago de Patente Municipal, y que, por el contrario, desarrolle de forma directa actividades empresariales afectas a dicho tributo (actividades inmobiliarias), atendiendo a que, conforme a lo expuesto en la letra c) anterior, el Fondo sólo pagaría una Patente Municipal de una unidad tributaria mensual, los aportantes sólo tendrían derecho a deducir la parte proporcional de dicho monto que les corresponda de acuerdo a su participación en el Fondo.

Permitir que estos pudieran deducir en este caso el monto total de sus aportes implicaría eludir el pago de Patente Municipal sobre dichas inversiones.

e) Análisis de la aplicabilidad de Patente Municipal a la actividad de inversión.

En la medida que las actividades que realice el Fondo se limiten exclusivamente a la inversión, éstas no deberían gravarse con Patente Municipal por no comprenderse dentro del hecho gravado con el referido impuesto.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, el Impuesto de Patente Municipal grava, únicamente, el ejercicio de actividades secundarias, terciarias y, en el caso que concurren determinados requisitos, también de actividades primarias¹⁶⁶. Es decir, dicho impuesto sólo grava la elaboración, producción y distribución de bienes, y la prestación de servicios.

Pues bien, la inversión no se encuentra comprendida dentro de ninguna de dichas actividades por lo que su ejercicio no está afecto al pago de Patente Municipal.

Esta posición se encuentra respaldada por Contraloría, la que por medio del Dictamen N° 27.677, de 25 de mayo de 2010, ratificado por variados dictámenes posteriores¹⁶⁷, declaró a la inversión pasiva, como una actividad no afecta al pago del impuesto de Patente Municipal por no constituir una actividad que configure el hecho gravado contemplado por los artículos 23 y siguientes de la Ley de Rentas Municipales.

¹⁶⁶ Los incisos 1° y 2° del artículo 23 del decreto ley 3.063 de 1979, al respecto disponen que: “El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley.” Asimismo, quedarán gravadas con esta tributación municipal las actividades primarias o extractivas en los casos de explotaciones en que medie algún proceso de elaboración de productos, aunque se trate de los exclusivamente provenientes del respectivo fundo rústico, tales como aserraderos de maderas, labores de separación de escorias, moliendas o concentración de minerales, y cuando los productos que se obtengan de esta clase de actividades primarias, se vendan directamente por los productores, en locales, puestos, kioscos o en cualquiera otra forma que permita su expendio también directamente al público o a cualquier comprador en general, no obstante que se realice en el mismo predio, paraje o lugar de donde se extraen, y aunque no constituyan actos de comercio los que se ejecuten para efectuar ese expendio directo.

¹⁶⁷ Entre estos, cabe mencionar el Dictamen N° 33.030, de 18 de junio de 2010, Dictamen N° 43.843, de 3 de agosto de 2010 y Dictamen N° 79.507, de 30 de diciembre de 2010.

En consecuencia, los Fondos de Inversión que efectúen únicamente inversiones pasivas, definidas éstas como aquellas que consisten en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos¹⁶⁸, no estarían afectos al pago del impuesto de Patente Municipal por no desarrollar actividades primarias, secundarias ni terciarias y por tanto, no configurarse a su respecto el hecho gravado por dicho tributo.

No obstante, las municipalidades han mantenido un criterio contrario, en virtud del cual la actividad de inversión si estaría afecta al pago del Impuesto de Patente Municipal por corresponder a una actividad de tipo terciaria. En razón de ello, continúan gravando dicha actividad, aún en contra de lo resuelto en forma expresa por Contraloría, cuyas instrucciones les son vinculantes¹⁶⁹.

La actitud de las municipalidades ha sido respaldada por nuestros Tribunales de Justicia, los que han rechazado de forma sistemática los reclamos de ilegalidad presentados contra los referidos cobros.

Cabe señalar que la posición que mantienen nuestros Tribunales pareciera responder más bien a razones financieras que a razones jurídicas. En efecto, suprimir el cobro del impuesto de Patente Municipal a las sociedades de inversión significaría para las municipalidades perder una de sus principales fuentes de financiamiento. No obstante, en materia tributaria rige el principio de reserva legal de los tributos, por lo que cualquier argumento que escape de la ley no tiene cabida para la aplicación de un tributo. En razón de ello, si por razones de financiamiento municipal se considera fundamental la aplicación del impuesto de Patente Municipal a la actividad de inversión, así debería establecerse de forma clara por medio de una reforma legal.

Finalmente, cabe mencionar que de aplicarse esta interpretación, los aportantes de los Fondos de Inversión no podrían deducir de su capital propio las inversiones que

¹⁶⁸ Esta definición corresponde a aquella entregada por la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 27.677.

¹⁶⁹ Conforme al artículo 52 de la Ley Orgánica de Municipalidades, éstas se encuentran sujetas a la fiscalización de Contraloría.

mantengan en estos, ya que no cumplirían con el requisito de estar afectos a Patente Municipal, dispuesto en el inciso final del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales.

2. Tributación aplicable a los aportantes de los Fondos de Inversión

Los aportantes perciben utilidades por su inversión en un Fondo de Inversión cuando reciben distribuciones de utilidades, enajenan una cuota o reciben el producto de una disminución de capital o de la liquidación del Fondo de Inversión.

El artículo 32 de la Ley N° 18.815 se encarga de establecer la tributación en renta aplicable en cada uno de dichos casos. Para estos efectos, otorga a las cuotas de los Fondos de Inversión, y a los beneficios a que dan derecho, el mismo tratamiento tributario aplicable a las acciones y dividendos de sociedades anónimas abiertas¹⁷⁰.

2.1 Tributación aplicable a los repartos de dividendos

De acuerdo al artículo 31 de la ley 18.815, los Fondos de Inversión deben distribuir anualmente como dividendos, a los menos, un 30% de los beneficios netos percibidos durante el ejercicio. Para estos efectos, se entiende por beneficios netos percibidos la cantidad que resulte de restar a la suma de utilidades, intereses, dividendos y ganancias de capital efectivamente percibidas, el total de pérdidas y gastos devengados en el período.

La tributación aplicable a estos dividendos dependerá de la calidad del aportante de que se trate, como se analiza a continuación.

¹⁷⁰ En este sentido, el inciso primero del artículo 32 de la Ley N° 18.815 dispone lo siguiente: “Las cuotas de participación de los aportantes y su enajenación tendrán el mismo tratamiento tributario que contempla la Ley sobre Impuesto a la Renta para las acciones de sociedades anónimas abiertas. En iguales términos, se considerará como dividendo de este mismo tipo de acciones el reparto de los beneficios que provengan del fondo de inversión (...)”

a) Personas naturales residentes en Chile

A fin de determinar la tributación aplicable a las personas naturales con residencia en Chile por los dividendos que perciban del Fondo de Inversión, se debe distinguir si éstas determinan o no sus rentas en base a contabilidad completa.

(i) Personas naturales residentes en Chile sin contabilidad completa

En primer lugar, y como regla general, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 N° 1 de la LIR, los dividendos que paguen las sociedades anónimas se encuentran exentos del Impuesto de Primera Categoría.

Esta norma resulta plenamente aplicable a los Fondos de Inversión de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 32 de la Ley N° 18.815. Por lo tanto, los aportantes de los Fondos de Inversión, ya sean personas naturales o jurídicas, con o sin residencia o domicilio en Chile, no se encontrarían afectos a Impuesto de Primera Categoría por los beneficios que éstos les distribuyan.

Teniendo presente lo anterior, los aportantes personas naturales, con domicilio o residencia en Chile, que no lleven contabilidad completa, tendrían que incorporar los beneficios o dividendos que les distribuya el Fondo de Inversión a la base imponible del Impuesto Global Complementario que les afecte.

Siendo este impuesto de carácter progresivo, la tasa aplicable dependerá de la base imponible que determine cada contribuyente al final del ejercicio.

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 32 de la Ley N° 18.815, estos contribuyentes podrían utilizar como crédito contra el Impuesto Global Complementario que les afecte el Impuesto de Primera Categoría que hubiere gravado a las rentas antes de ser percibidas por el Fondo¹⁷¹.

¹⁷¹ Al efecto, al referirse al crédito por Impuesto de Primera Categoría, la norma citada dispone lo siguiente: “pero el crédito a que se refieren los artículos 56, número 3), y 63 de dicha ley corresponderá

Para estos efectos, la Sociedad Administradora debe determinar la parte proporcional de los dividendos distribuidos con derecho a crédito por Impuesto de Primera Categoría. Con dicho objeto, debe poner a disposición de los aportantes los certificados que correspondan dentro de los plazos que permitan por parte de éstos el cumplimiento oportuno de sus obligaciones tributarias¹⁷².

De esta forma, si las rentas que distribuye el Fondo de Inversión corresponden, por ejemplo, a dividendos distribuidos por una sociedad anónima que hubieren estado afectos al pago de Impuesto de Primera Categoría, el aportante podría usar este impuesto como crédito contra el Impuesto Global Complementario que le afecte.

En cambio, si las rentas que distribuye el Fondo corresponden a utilidades provenientes de sus propias operaciones, por ejemplo, de la explotación del giro inmobiliario, o del mayor valor obtenido en la venta de derechos sociales, al no haberse afectado estas rentas a Impuesto de Primera Categoría a nivel de Fondo, no podría imputarse éste como crédito contra el Impuesto Global Complementario que afecte al aportante.

(i.i) Beneficios tributarios que amparan a los pequeños aportantes

Los artículos 57 y 57 bis de la LIR establecen ciertas franquicias tributarias que podrían beneficiar a los aportantes de Fondos de Inversión analizados en este apartado.

De acuerdo al artículo 57 de la LIR, aquellos contribuyentes que obtengan únicamente rentas de los artículo 42 N° 1 (trabajadores dependientes) y/o 22 (pequeños contribuyentes), ambos de la LIR, están exentos del pago de Impuesto Global Complementario por las rentas del artículo 20 N° 2 que obtengan (incluyendo

sólo al monto que representen los ingresos afectos al Impuesto de la Primera Categoría percibidos por el fondo, dentro del total de rentas provenientes de sus inversiones.”

¹⁷² Inciso 3° del artículo 32 de la ley 18.815.

los beneficios que les distribuyan los Fondos de Inversión), en la medida que el monto total de ellas no exceda en conjunto 20 unidades tributarias mensuales¹⁷³.

Por su parte, el artículo 57 bis de la LIR establece un mecanismo de incentivo al ahorro por medio del cual las personas gravadas con los impuestos de los artículos 43, N° 1, (Impuesto de Segunda Categoría aplicable a trabajadores dependientes) o 52 (Impuesto Global Complementario), ambos de la LIR, tienen derecho de deducir de su base imponible un determinado porcentaje de los saldos de ahorro netos positivos que obtengan en su inversión en diferentes instrumentos, entre ellos, cuotas de Fondos de Inversión. Para acogerse a este sistema es necesario que el aportante así lo declare expresamente.

Bajo este régimen, los aportantes gravados con los impuestos establecidos en los artículos 43, N° 1, o 52 de la Ley de la Renta, que tengan un saldo de ahorro neto positivo producto de la tenencia de cuotas de Fondos de Inversión (sus aportes o inversiones son mayores a sus giros o retiros) tienen derecho a un crédito de un 15% sobre el saldo de ahorro neto positivo que pueden imputar contra el Impuesto de Segunda Categoría o Global Complementario, según corresponda. Si el crédito es mayor al impuesto del año, el exceso se devuelve al contribuyente.

Por el contrario, si el saldo de ahorro neto del aportante es negativo se le genera un débito por Impuesto de Segunda Categoría o Global Complementario, equivalente al 15% sobre el saldo negativo. Sin embargo, si el aportante tiene un saldo de ahorro neto positivo durante cuatro años consecutivos, a contar de dicho período, el débito por los retiros anuales siguientes, se aplica sólo sobre la parte que exceda de 10 Unidades Tributarias Anuales.

¹⁷³ De acuerdo a la clasificación de las rentas efectuada por el artículo 20 de la LIR, los dividendos que distribuya un Fondo de Inversión, clasificarían como rentas de capitales mobiliarios del artículo 20 N° 2 de la LIR. En este sentido se ha pronunciado el SII en Circular N° 41 de 1989. No obstante, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del N° 2 del artículo 20 LIR, en el caso de aquellos contribuyentes que desarrollen actividades de los números 1°, 3°, 4° y 5° del artículo 20 de la LIR, que demuestren su renta efectiva mediante balance general y que mantengan inversiones en cuotas de Fondos de Inversión, las rentas provenientes de éstas se entenderían comprendidas en los referidos números, respectivamente.

- (ii) Personas naturales residentes en Chile con contabilidad completa (empresario individual)¹⁷⁴

En la medida que las cuotas de participación en el Fondo se encuentren contabilizadas en el patrimonio de la empresa individual, los beneficios que distribuya el Fondo se tendrían que contabilizar en el FUT de ésta, con o sin crédito por Impuesto de Primera Categoría, según corresponda, según lo explicado en el número (i) anterior.

Mientras los dividendos se mantengan en la empresa individual no se afectarían con ningún tributo por tratarse de rentas exentas de Impuesto de Primera Categoría, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39, N° 1, de la LIR y por no estar la empresa individual sujeta al pago de impuestos finales.

Luego, al momento que los dividendos fueran retirados por el titular de la empresa individual se afectarían con Impuesto Global Complementario, pudiendo utilizar como crédito el Impuesto de Primera Categoría asociado a dicha renta, de haberlo.

- b) Personas jurídicas con domicilio en Chile

Al igual que en el caso de las personas naturales, para determinar la tributación aplicable a los dividendos que perciban las personas jurídicas por parte de un Fondo de Inversión, se debe distinguir entre aquellas que determinan su renta efectiva en base a contabilidad completa y aquellas que no lo hacen.

¹⁷⁴ El empresario individual es una categoría creada específicamente para efectos tributarios. De acuerdo a la definición entregada por el SII, consiste en “una entidad integrada por el capital, dedicada a actividades industriales, mercantiles, y no está organizada como una persona jurídica, si no que se encuentra formada por una sola persona natural, es decir, se trata de una empresa individual, empresa unipersonal.” (http://www.sii.cl/contribuyentes/contribuyentes_individuales/empresario_individual.htm)

- (i) Personas jurídicas con domicilio en Chile que determinen su renta efectiva en base a contabilidad completa

Los dividendos que distribuya el Fondo se contabilizarían en el FUT de la sociedad, con o sin crédito por Impuesto de Primera Categoría, según corresponda.

La sociedad no se vería afectada a ningún impuesto por los referidos dividendos en cuanto, como hemos señalado, éstos se encuentran exentos de Impuesto de Primera Categoría.

Luego, al momento en que las rentas fueren retiradas o distribuidas a los contribuyentes finales -socios o accionistas personas naturales o que no tengan residencia ni domicilio en Chile- éstas se afectarían con los impuestos finales, Global Complementario o Adicional, según corresponda, pudiendo utilizar como crédito el Impuesto de Primera Categoría asociado a dichas rentas, de existir éste.

- (ii) Personas jurídicas con domicilio en Chile que no determinen su renta efectiva en base a contabilidad completa

Dentro de este grupo de contribuyentes encontramos a aquellos que tributan en base a renta presunta¹⁷⁵, los pequeños contribuyentes a que se refiere el artículo 22 de la LIR, los rentistas del artículo 20 N° 2 de la LIR y aquellos contribuyentes que dan en arrendamiento, subarrendamiento, usufructo u otra forma de cesión o uso temporal bienes raíces agrícolas los que tributan en base a renta efectiva acreditada mediante el respectivo contrato, según lo dispuesto en el artículo 20, N° 1, letra c) de la LIR.

Los dividendos que perciban los citados contribuyentes del Fondo de Inversión estarían exentos del Impuesto de Primera Categoría en virtud de la exención establecida en el artículo 39 N° 1 de la LIR, ya comentada¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Entre estos contribuyentes encontramos a los agricultores, mineros de mediana importancia y transportistas que exploten vehículos destinados al transporte de pasajeros y carga ajena, regulados en los artículos 20 N° 1, 34 N° 1 y 34 bis, N° 2 y 3 de la LIR, respectivamente.

¹⁷⁶ La exención de Impuesto de Primera Categoría de que gozan estos contribuyentes por los dividendos que perciban no se fundaría en el especial régimen de tributación al que están afectos, sino que en la regla general aplicable en materia de dividendos. En efecto, el hecho que los contribuyentes en comento se

Por otra parte, los referidos dividendos se afectarían con los Impuestos Global Complementario o Adicional, los que serían aplicados a nivel de sus beneficiarios finales.

Respecto al momento en que los Impuestos Global Complementario o Adicional deben ser declarados y pagados, el SII, refiriéndose al caso de los contribuyentes sujetos al régimen de renta presunta, ha señalado que respecto a las rentas del artículo 20 N° 2 de la LIR que estos contribuyentes perciban resulta aplicable la regla contenida en el artículo 14, letra B), N° 1, de la LIR^{177 178}. Conforme a ello, tales rentas se gravarían respecto del empresario individual, socio, accionista o contribuyente del artículo 58, N° 1, con el Impuesto Global Complementario o Adicional en el mismo ejercicio en que se perciban, devenguen o distribuyan.

De acuerdo a lo anterior, los dividendos que un Fondo de Inversión distribuya a un aportante sujeto al régimen de tributación en base a renta presunta se afectarían con los Impuestos Global Complementario o Adicional, aplicables a nivel del beneficiario final de dichos dividendos, en el mismo periodo en que se perciban, devenguen o

encuentren sometidos a un régimen especial de tributación respecto de determinadas rentas no los libera de cumplir con la tributación general que afecta a otros tipos de renta que perciban. Así, por ejemplo, en el caso de los contribuyentes agricultores sometidos al régimen de renta presunta, si bien, en la medida que cumplan con los requisitos legales, las rentas provenientes de la actividad agrícola (artículo 20 N° 1 de la Ley de la Renta) tributan en base a renta presunta, dicha presunción no cubre las rentas del artículo 20 N° 2 de la Ley de la Renta, por lo que por estas últimas deben tributar en base a las reglas generales. No ocurriría lo mismo con las rentas de los números 3, 4 o 5 del artículo 20 de la LIR, ya que en caso que un contribuyente sometido al régimen de renta presunta percibiera este tipo de rentas perdería su derecho a mantenerse en el referido régimen, según lo dispuesto en el artículo 20, N° 1, letra b), inciso 3° de la LIR. Asimismo, en el caso de los contribuyentes del artículo 22, si bien ellos tributan con un impuesto de carácter especial, en carácter de único, por las rentas que obtengan de sus actividades, ello no los libera de tributar conforme a las reglas generales por otras rentas que obtengan distintas a las de su giro. Esta situación es confirmada por el artículo 57 de la Ley de la Renta, que exime a los contribuyentes del artículo 22 de la LIR del Impuesto Global Complementario por las rentas del artículo 20 N° 2 de la LIR que obtengan, sólo en la medida que cumplan con determinados requisitos.

¹⁷⁷ Servicio de Impuestos Internos. Oficio 1.159 de 2004.

¹⁷⁸ El artículo 14, letra B, N° 1, de la LIR dispone que “En el caso de contribuyentes afectos al impuesto de primera categoría que declaren rentas efectivas y que no las determinen sobre la base de un balance general, según contabilidad completa, las rentas establecidas en conformidad con el Título II, más todos los ingresos o beneficios percibidos o devengados por la empresa, incluyendo las participaciones percibidas o devengadas que provengan de sociedades que determinen en igual forma su renta imponible, se gravarán respecto del empresario individual, socio, accionista o contribuyente del artículo 58, número 1°, con el impuesto global complementario o adicional, en el mismo ejercicio en que se perciban, devenguen o distribuyan.”

distribuyan. La misma norma aplicaría respecto de todos aquellos aportantes no obligados a determinar sus rentas en base a contabilidad completa¹⁷⁹.

Conforme a las reglas generales contenidas en el artículo 32 de la Ley N° 18.815, los referidos contribuyentes podrían utilizar como crédito contra el impuesto final que les afecte, el Impuesto de Primera Categoría que hubiere gravado las rentas distribuidas por el Fondo.

c) Personas naturales o jurídicas sin domicilio ni residencia en Chile

Conforme a lo dispuesto en el artículo 3° de la LIR, las personas sin domicilio ni residencia en Chile pagan impuestos en el país únicamente por sus rentas de fuente chilena.

Por tanto, para determinar la tributación aplicable a estas personas por los dividendos que obtengan de un Fondo de Inversión debemos determinar, primeramente, si éstos constituyen rentas de fuente chilena o no.

(i) Análisis de la fuente de los dividendos

De acuerdo al artículo 10 de la LIR, se consideran rentas de fuente chilena las que provienen de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera sea el domicilio o residencia del contribuyente.

Para los efectos del artículo anterior, el artículo 11 de la LIR dispone que se entienden situadas en Chile las acciones de una sociedad anónima constituida en el país. Igual norma aplica para los derechos en sociedades de personas.

¹⁷⁹ De acuerdo a lo señalado por el inciso final del N° 1 del artículo 54° e inciso penúltimo del artículo 62° de la ley, los dividendos que distribuya el Fondo de Inversión, obtenidos por contribuyentes no obligados a declarar sus rentas mediante contabilidad, para los efectos de su declaración en los impuestos personales mencionados, pueden compensarse con los resultados positivos o negativos obtenidos por los mismos contribuyentes en las demás operaciones a que se refieren los artículos 20° N° 2 y 17° N° 8 de la ley del ramo.

Conforme a ello, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la LIR, que hace aplicable a las cuotas de participación en Fondos de Inversión el tratamiento tributario que la LIR contempla para las acciones, en principio, se considerarían situadas en Chile las cuotas de un Fondo de Inversión constituido en el país.

No obstante lo anterior, la parte final del inciso tercero del artículo 11 de la LIR establece una norma especial para determinar el lugar donde se deben considerar situadas las cuotas de participación en Fondos de Inversión. Conforme a ella, no se consideran situadas en Chile las cuotas de Fondos de Inversión siempre que se encuentren respaldadas en al menos un 90% por títulos, valores o activos extranjeros¹⁸⁰.

De esta forma, para definir el lugar donde se entienden situadas las cuotas de un Fondo de Inversión, la ley ha atendido al lugar donde están situados los activos subyacentes en los que el Fondo mantiene sus inversiones.

Por lo tanto, a contrario sensu, se entenderían situadas en Chile las cuotas de Fondos de Inversión que no estén respaldadas en al menos un 90% por títulos, valores o activos extranjeros. O, en un sentido positivo, se entenderían situadas en Chile las cuotas de Fondos de Inversión que estén respaldadas en más de un 10% por títulos, valores o activos situados en Chile.

En consecuencia, sólo serían rentas de fuente chilena los dividendos que provengan de cuotas de Fondos de Inversión que mantengan más del 10% de sus inversiones en títulos, valores o activos situados en Chile.

Sólo respecto de estas rentas estarían afectos al pago de impuesto en Chile los aportantes sin domicilio ni residencia en el país.

¹⁸⁰ Conforme a la parte final del artículo en comento, el porcentaje restante podría ser invertido en Chile sólo en instrumentos de renta fija cuyo plazo de vencimiento no sea superior a 120 días, contado desde su fecha de adquisición.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10 de la LIR, el análisis anterior se extendería a toda renta que provenga de la tenencia o enajenación de cuotas de participación en Fondos de Inversión, incluyendo el mayor valor que se obtenga en la enajenación y rescate de éstas.

- (ii) Tributación aplicable a los dividendos provenientes de cuotas situadas en Chile distribuidos a aportantes en el exterior.

Conforme al artículo 58 N° 2 de la LIR, los accionistas sin domicilio ni residencia en Chile de sociedades anónimas constituidas en el país, están afectos a Impuesto Adicional con tasa de 35% por los dividendos que éstas les distribuyan. Lo anterior, sólo con excepción de aquellas cantidades que constituyan ingresos no renta o que se encuentre exentas de Impuesto Adicional, o cuando los referidos dividendos se paguen con acciones total o parcialmente liberadas, o mediante el aumento del valor nominal de las acciones.

De acuerdo al artículo 63 de la LIR, estos contribuyentes gozan de un crédito equivalente al Impuesto de Primera Categoría que hubiere afectado a las rentas que les distribuyan.

Conforme a lo anterior, los dividendos que constituyan utilidades tributables que un Fondo de Inversión distribuya a sus aportantes en el exterior estarían afectos al pago de Impuesto Adicional con tasa de 35%, pudiendo usar como crédito el Impuesto de Primera Categoría que hubiere afectado a las rentas objeto de distribución antes de ser percibidas por el Fondo.

Conforme a las reglas generales dispuestas en el artículo 74 N° 4 de la LIR, el Impuesto Adicional que afecte a los referidos dividendos tendría que ser retenido por el pagador en Chile, en este caso la Sociedad Administradora, actuando en representación del Fondo¹⁸¹.

¹⁸¹ En este sentido, el artículo 74 N° 4 de la LIR, refiriéndose a las obligación de retención, establece: "Estarán igualmente sometidos a la obligación del artículo anterior (...) 4°.- Los contribuyentes que

d) Orden de imputación de las utilidades del Fondo de Inversión

Si bien los Fondos de Inversión, al carecer de personalidad jurídica, no son contribuyentes por sí mismos, la Sociedad Administradora asume dicho carácter en representación del Fondo, cuestión que, como vimos, deriva de las definiciones de “persona” y “contribuyente” contenidas en los números 7º y 5º, respectivamente, del artículo 8º del Código Tributario.

En base a lo anterior, el SII ha señalado que el hecho de carecer el Fondo de Inversión de personalidad jurídica no alteraría el régimen general impositivo en cuanto a los impuestos y demás obligaciones tributarias que pudieren afectarles, las que debe asumir la Sociedad Administradora. En este sentido, el SII ha indicado que es responsabilidad de la Sociedad Administradora llevar la documentación contable y los registros obligatorios que permitan verificar todos los ingresos, gastos, retenciones, inversiones y distribuciones de los beneficios con cargo al Fondo de Inversión, incluyendo el FUT, puesto que este registro es exigible para efectos del Impuesto Global Complementario o Adicional, a los que están afectos los aportantes del Fondo¹⁸².

Asimismo, por medio del Oficio N° 699 del año 2006, el SII fue enfático en señalar que las utilidades de los Fondos de Inversión deben pasar a formar parte de su FUT o FUNT (fondo de utilidades no tributables), según corresponda, siéndoles aplicables a las distribuciones de beneficios que efectúen el orden de imputación establecido en la letra d), del N° 3, de la letra A, del artículo 14 de la LIR.

(i) Breves nociones sobre el registro FUT

El registro FUT es “un registro obligatorio para los contribuyentes que declaren rentas efectivas en Primera Categoría demostradas mediante Contabilidad Completa y

remesen al exterior, retiren, distribuyan, o paguen rentas afectas al impuesto adicional de acuerdo a los artículos 58, 59, 60 y 61.”

¹⁸² Servicio de Impuestos Internos. Oficios N° 1091 y N° 1836, ambos de 2005.

Balance General, en el cual se encuentra la historia de las utilidades tributables y no tributables generadas por la empresa, tales como la Renta Líquida Imponible de Primera Categoría, como asimismo, de las utilidades generadas por terceros, como los son las utilidades cuyo origen proviene de participaciones sociales, de dividendos percibidos de sociedades anónimas, o bien, de retiros de utilidades tributarias efectuados en otras empresas que han sido recibidos en calidad de reinversión en los términos prescritos en el artículo 14, letra A N° 1, letra c), de la Ley de Impuesto a la Renta.”¹⁸³

De la definición citada, así como de lo dispuesto en el artículo 14, letra A, N° 3, de la LIR, se desprende que el registro FUT comprende dos registros, el FUT propiamente tal y el FUNT. En el primero se deben registrar todas a aquellas rentas que perciba una empresa que estén afectas a los Impuestos Global Complementario o Adicional cuando se retiren o distribuyan, junto al crédito por Impuesto de Primera Categoría que corresponda. En el segundo, conforme a lo dispuesto en el artículo 14, letra A, N° 3, letra b), de la LIR, se debe anotar las cantidades no constitutivas de renta y las rentas exentas de los Impuestos Global Complementario o Adicional percibidas, y su remanente de ejercicios anteriores reajustado¹⁸⁴.

De acuerdo al artículo 14, letra A, N° 3, letra d), de la LIR, los retiros o distribuciones de utilidades que se hagan del Registro FUT deben seguir el siguiente orden de imputación:

1º. FUT

Utilidades cuya tributación con los Impuestos Global Complementario o Adicional se encuentra pendiente, comenzando por las más antiguas, con derecho a crédito por el Impuesto de Primera Categoría que les hubiere afectado.

¹⁸³ CATRILEF Epuyao, Luis A. FUT Fondo de utilidades tributables. 4° ed. Santiago: Legal Publishing, 2010. Pág. 23.

¹⁸⁴ Conforme a lo anterior, se utilizará el concepto Registro FUT para referirse tanto al FUT propiamente tal como al FUNT, y el término FUT para referirse al FUT propiamente tal.

2º. FUF

Utilidades financieras generadas por la diferencia de depreciación acelerada sobre la depreciación normal, aplicada a los bienes del activo fijo, sin crédito por Impuesto de Primera Categoría al no haber sido afectadas con dicho impuesto.

3º FUNT

Utilidades exentas de Impuesto Global Complementario o Adicional, ingresos no renta del artículo 17 de la LIR y utilidades afectas a Impuesto de Primera Categoría en carácter de impuesto único a la renta.

(ii) Aplicación de las normas que rigen al Registro FUT a los Fondos de Inversión

Como señalamos, conforme a la opinión sostenida por el SII, la obligación de llevar Registro FUT y de respetar el orden de imputación establecido en el artículo 14, letra A, N° 3, letra d) de la LIR, sería plenamente aplicable a los Fondos de Inversión.

Al respecto, cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo al 14, letra A, N° 3, de la LIR, el Registro FUT debe ser llevado por todo contribuyente sujeto al Impuesto de Primera Categoría sobre la base de un balance general, según contabilidad completa.

Pues bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 18.815, los Fondos de Inversión están exentos del pago de Impuesto de Primera Categoría, por lo que, en principio, no recaería sobre ellos la obligación de llevar Registro FUT.

No obstante, atendiendo al hecho que los Fondos de Inversión, sin perjuicio de estar exentos del Impuesto de Primer Categoría, distribuyen rentas afectas a los Impuestos Global Complementario y Adicional, pareciera razonable exigir a éstos mantener el registro detallado de las rentas que distribuyen junto con sus créditos asociados, objetivo que se cumple mediante el Registro FUT.

En efecto, el Registro FUT tiene como objetivo fundamental determinar la correcta aplicación de los Impuestos Global Complementario y Adicional sobre las rentas que distribuyan los contribuyentes afectos a Impuesto de Primera Categoría y no la tributación que afecta a estos últimos. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 de la LIR que encabeza la normativa aplicable al Registro FUT señalando: “Para aplicar los impuestos global complementario o adicional sobre las rentas obtenidas por dichos contribuyentes se procederá en la siguiente forma:”.

Por tanto, sin perjuicio que los Fondos no estén afectos a Impuesto de Primera Categoría, el Registro FUT seguiría cumplimiento el rol que le es propio respecto de las rentas que estos distribuyan, esto es, determinar la aplicación de los Impuestos Global Complementario y Adicional sobre éstas.

Por lo demás, el propio artículo 32 de la Ley N° 18.815, en su inciso 3º, establece la obligación de la Sociedad Administradora de determinar los créditos asociados a las distribuciones de beneficios que efectúe el Fondo, cuestión que se logra con el Registro FUT.

Por otra parte, como se expuso con anterioridad, uno de los principios que debe regir el régimen de tributación de los Fondos de Inversión, en su carácter de vehículo de inversión colectivo, es el de neutralidad tributaria. Es decir, que el aportante soporte la misma carga tributaria que habría debido soportar de haber invertido directamente. Pues bien, con el Registro FUT se logra dicho objetivo en cuanto permite registrar de forma ordenada las rentas provenientes de las inversiones del Fondo que están afectas a impuestos finales, junto a sus respectivos créditos por Impuesto de Primera Categoría, y aquellas rentas que no se encuentran afectas a impuestos finales, permitiendo que éstas sean distribuidas a los aportantes sujetas a los mismos gravámenes a que hubieran estado afectas de haber sido percibidas directamente por estos.

Asimismo, parece fundado someter a los Fondos de Inversión al orden de imputación que rige los retiros y distribuciones del Registro FUT, ya que, de otro modo, la Sociedad Administradora podría distribuir a su arbitrio únicamente FUNT, manteniendo el FUT dentro del Fondo, suspendiendo la tributación con impuestos finales de forma indefinida. Esta situación sin duda significaría un beneficio desmedido en favor de las personas que opten por invertir a través de Fondos de Inversión versus aquellos que invierten de forma directa o través de sociedades, cuestión que no ha perseguido el legislador.

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 32 de la Ley N° 18.815, los beneficios que distribuyan los Fondos de Inversión deben afectarse con la misma tributación aplicable a los dividendos de sociedades anónimas abiertas. Por lo tanto, en la medida que la tributación aplicable a estos últimos se determine de acuerdo a las reglas de imputación del FUT, contenidas en el artículo 14 de la LIR, las mismas normas deberían aplicar para determinar la tributación aplicable a los beneficios que distribuyan los Fondos de Inversión.

En consecuencia, en virtud de las razones anteriores, se compartiría la opinión sostenida por el SII en orden exigir a los Fondos de inversión llevar el Registro FUT y respetar el orden de imputación establecido en el artículo 14, letra A, N° 3, letra d), de la LIR, quedando la tributación aplicable a los dividendos que estos distribuyan sujeta al cumplimiento de estas normas.

2.2 Tributación del mayor valor obtenido en la enajenación de cuotas

El mayor valor que obtengan los aportantes en la enajenación de una de sus cuotas puede estar afecto a tres regímenes distintos de tributación según las circunstancias que rodeen a dicha transacción. El primero de dichos regímenes, según se analizará, aplica únicamente al mayor valor obtenido en la venta de cuotas de Fondos de Inversión Públicos. Los otros dos regímenes aplican al mayor valor obtenido en la venta de cuotas de Fondos de Inversión Públicos y de FIP.

a) Primer régimen: Ingreso no renta

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 107, N° 2 de la LIR, no constituye renta el mayor valor proveniente de la venta de cuotas de un Fondo de Inversión Público en la medida que se cumpla con los siguientes requisitos:

- (i) Que la enajenación se efectúe en una bolsa de valores del país autorizada por la SVS¹⁸⁵.
- (ii) Que se trate de cuotas que tengan presencia bursátil.

De acuerdo a las instrucciones impartidas por la SVS sobre la materia, un valor tiene presencia bursátil cuando¹⁸⁶:

- Se encuentra inscrito en el registro de valores que lleva la SVS;
- Se encuentra registrado en una bolsa de valores en Chile; y
- Cuando tiene una presencia ajustada igual o superior al 25%¹⁸⁷.

No obstante, también se aplica el régimen en estudio, cuando la enajenación se efectúe dentro de los 90 días siguientes a aquel en que la cuota hubiere perdido presencia bursátil. En este caso, el mayor valor que se obtenga no constituye renta sólo hasta el equivalente al precio promedio que la cuota hubiere tenido en los últimos 90 días en que tuvo presencia bursátil. El exceso sobre dicho valor se grava con el Impuesto de Primera Categoría e Impuestos Global Complementarios o Adicional, según corresponda.

¹⁸⁵ Las cuotas de los FIP no son valores de oferta pública y, por tanto, no se transan en bolsa de valores, por lo que no les resultaría aplicable este especial régimen tributario.

¹⁸⁶ Norma de Carácter General N° 103, emitida por la SVS con fecha 5 de enero de 2001, aplicable de acuerdo a las aplicación conjunta del artículo 21 del D.S. de Hacienda N° 249, de 1982, reglamento del Decreto Ley N° 1.328, y el artículo 107, N° 4, de la LIR.

¹⁸⁷ Para estos efectos, la presencia ajustada de un valor se calcula determinando el número de días, dentro de los últimos 180 días hábiles bursátiles, en que las transacciones bursátiles totales diarias del valor hayan alcanzado un monto mínimo equivalente en pesos a 200 unidades de fomento. Luego dicho número debe ser dividido por 80, y el cociente resultante multiplicado por 100, quedando expresado en porcentaje.

Asimismo, se considera ingreso no renta el mayor valor proveniente de la enajenación de cuotas, efectuada en las bolsas de valores señaladas en el número (i), que no tengan presencia bursátil, siempre y cuando se establezca en la política de inversiones del reglamento interno del Fondo respectivo, que a lo menos el 90% de su cartera de inversiones se destinará a la inversión en acciones con presencia bursátil. Lo anterior no resulta aplicable si el Fondo deja dar cumplimiento al porcentaje de inversión contemplado en su reglamento interno por causas imputables a la Sociedad Administradora o, cuando no siendo imputable a ésta, dicho incumplimiento no hubiere sido regularizado dentro de los seis meses siguientes de producido.

La Sociedad Administradora debe certificar anualmente al SII, y a los partícipes que los soliciten, el cumplimiento de las condiciones señaladas.

b) Segundo régimen: Impuesto único de Primera Categoría.

De acuerdo a las normas generales contenidas en los artículos 17, N° 8, letra a), y 18 de la LIR, que rigen la tributación del mayor valor obtenido en la enajenación de acciones, el mayor valor obtenido en la enajenación de cuotas de Fondos de Inversión estaría afecto a Impuesto de Primera Categoría en carácter de impuesto único a la renta en la medida que se cumpla con los siguiente requisitos:

- (i) Que entre la fecha de adquisición o aporte y enajenación de la cuota haya transcurrido al menos un año;
- (ii) Que no exista relación entre el enajenante y el adquirente. Para estos efectos se entiende que existe relación en la enajenaciones que efectúan los socios de una sociedad de personas, accionistas de una sociedad anónima cerrada o accionistas de una sociedad anónima abierta, dueño del 10% o más de las acciones, a la sociedad respectiva o en las que tengan interés¹⁸⁸.

¹⁸⁸ De acuerdo a lo señalado en la Circular N° 20 del 8 de marzo de 2010, la que modificó el criterio antiguamente mantenido por el SII, debe entenderse que la persona que concurre a la formación o constitución de una sociedad a través del respectivo aporte, tiene interés en la sociedad que se constituye.

- (iii) Que la enajenación de cuotas de Fondos de Inversión no sea una actividad realizada habitualmente por el contribuyente¹⁸⁹.

No obstante lo anterior, está exento del Impuesto de Primera Categoría en carácter de único el mayor valor obtenido por personas que no estén obligadas a declarar su renta efectiva en la Primera Categoría y siempre que el monto total de rentas por este concepto no exceda de 10 unidades tributarias mensuales por cada mes, cuando el impuesto deba retenerse y de 10 unidades tributarias anuales al efectuarse la declaración anual correspondiente¹⁹⁰.

- c) Tercer régimen: Tributación general a la renta

En la medida que no se cumpla con los requisitos para acceder a los regímenes anteriores, el mayor valor obtenido en la enajenación de cuotas de Fondos de Inversión quedaría afecto al régimen general de tributación a la renta. Esto es, Impuesto de Primera Categoría e Impuestos Global Complementario o Adicional, pudiendo utilizar el primero como crédito contra los impuestos finales.

2.3 Tributación del mayor valor obtenido en el rescate de cuotas

Para determinar la tributación aplicable al mayor valor obtenido en el rescate de cuotas de Fondos de Inversión se debe distinguir entre aquellos contribuyentes que están obligados a determinar su renta efectiva según contabilidad y aquellos que no están sujetos a dicha obligación. Asimismo, debemos atender a la norma contenida en el artículo 107 de la LIR, que establece un tratamiento tributario especial para aquellas cuotas que cumplan con determinados requisitos.

¹⁸⁹ De acuerdo al inciso segundo del artículo 18 de la LIR, cuando el SII determine, considerando las circunstancias que rodean la enajenación, que ésta es una actividad habitual del contribuyente, corresponde a éste probar lo contrario.

¹⁹⁰ Artículo 17, N° 8, inciso cuarto de la LIR.

a) Contribuyentes obligados a determinar su renta efectiva según contabilidad

Conforme a las reglas generales, el mayor valor que obtengan los aportantes que determinen su renta efectiva en base a contabilidad completa, estaría afecto al régimen general de tributación, es decir, Impuesto de Primera Categoría e Impuestos Global Complementario o Adicional, pudiendo utilizar el primero como crédito contra estos últimos.

b) Contribuyentes no obligados a determinar su renta efectiva en base a contabilidad

Conforme al inciso segundo del artículo 32 de la Ley N° 18.815, el mayor valor que obtengan los contribuyentes que no declaren su renta efectiva mediante contabilidad completa en el rescate de cuotas de Fondos de Inversión no estaría afecto al Impuesto de Primera Categoría. Por lo tanto, esta renta se afectaría únicamente con los Impuestos Global Complementario o Adicional, según corresponda.

c) Situación de los Fondos de Inversión que mantengan un 90% de sus inversiones en acciones con presencia bursátil

Conforme al artículo 107 de la LIR, no constituye renta el mayor valor obtenido en el rescate de cuotas de Fondos de Inversión, cuando éste se liquide o los aportantes acuerden una disminución voluntaria de capital, siempre y cuando se establezca en la política de inversiones del reglamento interno de ambos tipos de Fondos, es decir, Fondos de Inversión Públicos y FIP, que a lo menos el 90% de su cartera de inversiones se destinará en la inversión en acciones con presencia bursátil.

Lo anterior no resulta aplicable a los rescates de cuotas de Fondos de Inversión que dejen de dar cumplimiento al porcentaje de inversión contemplado en sus respectivos reglamentos internos por causas imputables a la Sociedad Administradora, o cuando no siendo imputable a la Administradora, dicho incumplimiento no se subsane dentro de seis meses de producido.

La Sociedad Administradora debe certificar anualmente al SII y a los partícipes que así lo soliciten, el cumplimiento de las condiciones señaladas.

III. Tributación especial aplicable a los Fondos de Inversión de Capital de Riesgo

La Ley N° 20.190, con el propósito de incentivar la inversión en capital de riesgo, incorporó un régimen legal transitorio que establece un tratamiento tributario más favorable para los aportantes de aquellos Fondos de Inversión que se dediquen a la inversión en ciertos valores calificados como de capital de riesgo.

Para estos efectos, el artículo 1º transitorio de la ley 20.190 define capital de riesgo como “aquel capital que se invierte en proyectos que presentan, al momento de efectuar la inversión, una alta expectativa de retorno y alto riesgo.”

La norma en comento establece dos tipos de franquicias en beneficio de los aportantes de los Fondos que se dediquen a la inversión en capital de riesgo, los que analizamos a continuación.

1. Franquicia tributaria a favor de los aportantes de Fondos de Inversión Públicos de Capital de Riesgo

El N° 1 del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.190 otorga el carácter de ingreso no renta a aquella parte de los dividendos que distribuya un Fondo de Inversión Público de Capital de Riesgo a sus aportantes que corresponda al mayor valor obtenido por el Fondo en la enajenación de acciones de sociedades anónimas cerradas o sociedades por acciones que no se transen en bolsa.

Conforme a ello, la ganancia obtenida en la enajenación de este tipo de acciones estará exenta del pago de impuestos, tanto a nivel del Fondo (conforme a las reglas generales que los rigen), como a nivel de los aportantes, cuando estas rentas les sean distribuidas.

Conforme a las instrucciones impartidas por el SII sobre la materia, para determinar aquella parte de los dividendos distribuidos por el Fondo de Inversión que corresponda

efectivamente al mayor valor obtenido en la enajenación de acciones sujetas a esta franquicia, se debe aplicar las normas de imputación de retiros, remesas o distribuciones contenidas en la letra d), del N° 3, letra A del artículo 14 de la LIR¹⁹¹.

1.1 Fondos de Inversión susceptibles de calificar al régimen

Conforme al N° 1 del artículo primero transitorio de la ley 20.190, este beneficio se otorga a los Fondos de Inversión regidos por los títulos I al VI de la Ley N° 18.815, es decir a los Fondos de Inversión Públicos.

Para poder calificar a este régimen, estos Fondos deben incorporar a su reglamento interno los requerimientos y obligaciones establecidas en la norma en comento, adquiriendo el carácter de Fondos de Inversión Públicos de Capital de Riesgo.

Para acceder a esta franquicia, asimismo, deben cumplir los siguientes requisitos copulativos:

- (i) El monto de la inversión máxima a realizar por el Fondo en una misma sociedad no puede superar, al momento de efectuar cada inversión, el 40% del total de aportes pagados por los aportantes al Fondo, debiéndose regularizar cualquier exceso de inversión que se produzca, sea por la vía de aumentar el capital pagado o de reducir el monto invertido, dentro del plazo máximo de veinticuatro meses, salvo el caso de la primera inversión que realice el fondo de inversión, que podrá regularizarse hasta en treinta y seis meses;
- (ii) La Sociedad Administradora y los aportantes del Fondo, salvo que se trate de un aportante que califique como inversionista institucional, no puede poseer, directa o indirectamente, más de treinta por ciento de las cuotas del Fondo respectivo, y

¹⁹¹ Servicio de Impuestos Internos. Circular N° 34 de 20 de junio de 2007.

- (iii) El Fondo y su Sociedad Administradora deben registrarse ante el SII y entregar, en la forma y plazo que dicha autoridad señale, información periódica y pública relativa a la Sociedad Administradora, al Fondo y a cada uno de los proyectos que formen parte de su portafolio de inversiones.

Para el sólo efecto de esta franquicia, los Fondos de Inversión Públicos de Capital de Riesgo pueden contar con un mínimo de 25 aportantes¹⁹².

1.2 Acciones susceptibles de calificar al régimen

Para acceder a esta franquicia, el Fondo debe señalar en su reglamento interno que la totalidad de sus inversiones se destinarán a la inversión en sociedades que cumplan con los siguientes requisitos¹⁹³:

- (i) Sean sociedades anónimas cerradas o sociedades por acciones que no coticen sus acciones en Bolsa;
- (ii) Se hayan constituido en Chile dentro de los 7 años comerciales anteriores a la inversión por parte del Fondo;
- (iii) Realicen sus actividades mayoritariamente en Chile, sin perjuicio de sus exportaciones o prestación de servicios al exterior;
- (iv) Al momento de la inversión por parte del Fondo, no hayan alcanzado un volumen anual de ingresos por ventas o servicios, excluido el Impuesto al Valor Agregado que hubiere afectado dichas operaciones, que supere en cualquier ejercicio comercial las quinientas mil unidades de fomento, según su valor al término del año respectivo;

¹⁹² Conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 1º de la Ley N° 18.815, por regla general, los Fondos de Inversión Públicos deben contar con un mínimo de 50 aportantes, a menos que concurra un inversionista institucional en cuyo caso basta con sólo éste.

¹⁹³ De acuerdo a la opinión del SII, el concepto de inversión debe interpretarse en un sentido amplio, admitiendo otras formas de inversión además de la adquisición de acciones, como los títulos de crédito o valores emitidos por la sociedad. Con todo, estas inversiones no podrían acogerse al tratamiento tributario en comento ya que este es aplicable solamente al mayor valor obtenido en la enajenación de acciones (Circular N° 34 del año 2007).

- (v) Al momento de la inversión por parte del Fondo, no tengan utilidades tributables retenidas que, debidamente reajustadas, excedan del equivalente a veinte por ciento del monto de su capital pagado, también reajustado;
- (vi) No formen parte de ningún grupo empresarial incluido en la nómina publicada por la SVS en conformidad a lo dispuesto en el Título XV de la ley N° 18.045, y
- (vii) No tengan por giro, ni realicen negocios o actividades: (a) inmobiliarias o de casinos; (b) de concesiones de obras públicas o servicios sujetos a tarificación; (c) de importación de bienes o servicios; (d) de inversión, sea en capitales mobiliarios o en otras empresas; (e) de servicios financieros o de corretaje, ni (f) de servicios profesionales.

Excepcionalmente se permite el desarrollo de estas actividades en la medida que, no siendo parte del giro principal, sean indispensables para el desarrollo de la actividad principal de la sociedad.

1.3 Requisitos de la enajenación

Para acceder a este beneficio se debe cumplir con los siguientes requisitos al momento de efectuar la enajenación de las acciones:

- (i) Que entre la fecha de adquisición y enajenación de las acciones transcurra al menos 24 meses;
- (ii) Que al momento de la enajenación, el monto invertido por el Fondo en la sociedad cuyas acciones se enajenan no supere el 40% del total de aportes pagados por los aportantes. Esta restricción no se aplica en aquellos casos que, con motivo de la enajenación de las inversiones del fondo que hayan tenido lugar como consecuencia de la liquidación parcial del mismo, se hubiese dejado de cumplir dicho porcentaje¹⁹⁴, y
- (iii) Que el adquirente de las acciones, sus socios, accionistas o partícipes no estén relacionados con el Fondo enajenante, sus aportantes, su Sociedad Administradora o los accionistas de ésta, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045.

¹⁹⁴ La segunda parte de este párrafo fue incorporada por el artículo 10, N° 1, de la ley N° 20.448.

2. Franquicia tributaria en favor de los aportantes de Fondos de Inversión Públicos y Privados que inviertan en pequeñas empresas

El N° 3 del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.190 otorga el carácter de ingreso no renta a aquella parte de los dividendos que un Fondo de Inversión Público o Privado distribuya a sus aportantes, que corresponda al mayor valor obtenido por el respectivo Fondo en la enajenación de las acciones que se indican en el número 2.2 siguiente.

Sólo se considera ingreso no renta aquella parte del mayor valor que exceda del producto de multiplicar el valor de adquisición reajustado de las respectivas acciones, por el factor resultante de elevar 1,0003 a una potencia igual al número de días transcurridos entre la fecha de adquisición de las acciones y la de su enajenación.

Conforme ha expresado el SII, dicha formula produce como resultado el equivalente a una rentabilidad cercana al 12% anual real, calculado como interés diario compuesto, sobre el monto de la inversión efectuada. Con esta fórmula el legislador ha buscado beneficiar a aquellas inversiones que obtiene retornos extraordinarios, propios del capital de riesgo¹⁹⁵.

El SII ha graficado lo formula anterior en el siguiente ejemplo:

“Para una inversión de \$100 que ha permanecido invertida 900 días, período durante el cual el factor de reajuste por inflación que debe aplicarse al costo histórico de adquisición es de 1,07, el cálculo sería el siguiente:

$$“[\$100 * 1,07] * 1,0003^{900} = \$107 * 1,3099 = \$140”^{196}.$$

En el ejemplo citado, todo lo que se obtuviera por sobre \$140 en la enajenación de las acciones sujetas a esta franquicia se considerarían ingreso no renta, quedando, por

¹⁹⁵ Servicio de Impuestos Internos. Circular N° 34 de 20 de junio de 2007.

¹⁹⁶ Ibid.

tanto, libre de tributación. Por otra parte, quedaría afecto a tributación general el mayor valor que se obtenga de restar a los \$140, el costo de adquisición reajustado de las acciones (\$107).

Al igual como señaló en el número anterior, conforme a las instrucciones del SII, para determinar aquella parte de los dividendos distribuidos por el Fondo de Inversión que corresponde efectivamente al mayor valor obtenido en la enajenación de acciones sujetas a esta franquicia, se debe aplicar las normas de imputación de retiros, remesas o distribuciones contenidas en la letra d), del N° 3, letra A del artículo 14 de la Ley de la Renta.

2.1 Fondos de Inversión susceptibles de calificar al régimen

Pueden calificar a este régimen todos los Fondos de Inversión de la Ley N° 18.815, es decir, Fondos de Inversión Públicos y Privados.

Para poder acceder al régimen estos Fondos deben cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Los partícipes del Fondo que posean 10% o más de las cuotas del Fondo no puede estar relacionados, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, con la Sociedad Administradora, ni con los socios o accionistas de ésta, y
- (ii) El Fondo y su Sociedad Administradora deben registrarse ante el SII y entregar, en la forma y plazo que éste señale, información periódica relativa a la Sociedad Administradora, al Fondo y a cada uno de los proyectos que formen parte de su portafolio de inversiones.

2.2 Acciones susceptibles de calificar al régimen

Las acciones susceptibles de acogerse al tratamiento previsto en este número son aquellas emitidas por sociedades anónimas cerradas o sociedades por acciones que cumplan los siguientes requisitos:

- (i) No coticen sus acciones en Bolsa;
- (ii) Hayan sido constituidas en Chile dentro de los cinco años comerciales anteriores a la inversión por parte del Fondo;
- (iii) Realicen sus actividades mayoritariamente en Chile, sin perjuicio de sus exportaciones o prestación de servicios al exterior;
- (iv) Al momento de la inversión por parte del Fondo, no hayan alcanzado un volumen anual de ingresos por ventas o servicios, excluido el Impuesto al Valor Agregado que hubiere afectado dichas operaciones, que supere las doscientas mil unidades de fomento, según su valor al término del año respectivo;
- (v) Al momento de la inversión por parte del Fondo, no tengan utilidades tributables retenidas que, debidamente reajustadas, excedan del equivalente a diez por ciento del monto de su capital pagado, también reajustado;
- (vi) Al momento de la inversión por parte del Fondo, no se encuentren relacionadas, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, con el Fondo respectivo, sus aportantes o su Sociedad Administradora, ni con los socios o accionistas de ésta;
- (vii) No formen parte de ningún grupo empresarial incluido en la nómina publicada por la SVS en conformidad a lo dispuesto en el Título XV de la Ley N° 18.045, y
- (viii) No tengan por giro, ni realicen negocios o actividades: (a) inmobiliarias o de casinos; (b) de concesiones o servicios sujetos a tarificación pública; (c) de importación de bienes o servicios; (d) de inversión, sea en capitales mobiliarios o en otras empresas; (e) de servicios financieros o de corretaje, ni (f) de servicios profesionales.

Excepcionalmente se permite el desarrollo de estas actividades en la medida que, no siendo parte del giro principal, sean indispensables para el desarrollo de la actividad principal de la sociedad.

2.3 Requisitos de la enajenación

Para la procedencia de esta franquicia tributaria, al momento de la enajenación se debe cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

- (i) Que la enajenación de las acciones se verifique después de transcurridos a lo menos veinticuatro meses de haberlas adquirido;
- (ii) Que el adquirente de las acciones y sus socios o accionistas, en el caso de ser sociedad, o sus partícipes, en el caso de ser un Fondo, no se encuentren relacionados, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, con el Fondo enajenante, sus aportantes o su sociedad administradora, ni con los socios o accionistas de ésta;

3. Sanciones aplicables bajo ambos regímenes

Si un Fondo de Inversión acogido a los regímenes señalados en los N° 1 o 2 anteriores efectúa inversiones diversas a las permitidas por cada uno de ellos, es decir, invierte en sociedades que no cumplan con los requisitos exigidos por dichos regímenes, el SII puede aplicar a la Sociedad Administradora, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 161 del Código Tributario, una multa de hasta el equivalente a treinta por ciento del monto destinado por el Fondo a tales inversiones, debidamente reajustado.

Por otra parte, sin perjuicio de la aplicación de la multa, el resultado obtenido por el Fondo en aquellas inversiones efectuadas en contravención a su reglamento interno no podría acogerse a la franquicia señalada en el N° 1 anterior, quedando afecto al régimen general de tributación de la LIR o a la franquicia señalada en el N° 2 anterior, si cumple con sus requisitos.

4. Vigencia de las franquicias

De acuerdo al N° 4 del artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.190, la franquicia señalada en el N° 1 anterior se aplica respecto del mayor valor generado en la enajenación de acciones que se adquieran por los Fondos de Inversión Públicos de Capital de Riesgo, a contar de la fecha de publicación de la Ley N° 20.190 (5 de junio de 2007) y hasta el 31 de diciembre de 2022.

Por su parte, la franquicia indicada en el N° 2 anterior se aplica respecto del mayor valor generado en la enajenación de acciones que adquieran los Fondos de Inversión Públicos y FIP, a contar de la fecha de publicación de la Ley N° 20.190 y hasta el 31 de diciembre de 2017.

IV. Otras obligaciones tributarias que afectan a los Fondos de Inversión

La Sociedad Administradora, en su calidad de representante del Fondo de Inversión debe cumplir con una serie de obligaciones tributarias respecto de éste, las que señalamos a continuación.

1. Obtención de RUT

De acuerdo al artículo 66 del Código tributario, todas las personas jurídicas y las entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, pero susceptibles de ser sujetos de impuestos, que en razón de su actividad o condición causen o puedan causar impuestos, deben estar inscritas en el Rol Único Tributario ("RUT").

Como se analizó con anterioridad, los Fondos de Inversión, sin perjuicio de carecer de personalidad jurídica, pueden generar rentas afectas a impuestos.

En este sentido, el SII ha señalado que si bien los Fondos de Inversión carecen en sí mismos de la calidad de contribuyentes para efectos del Impuesto de Primera Categoría de la LIR, ello no altera en modo alguno el régimen general impositivo en cuanto a los impuestos y demás obligaciones tributarias que les afectan, como es el caso de la inscripción en el RUT, las que deben cumplir en forma independiente de su Sociedad Administradora, sin perjuicio que sea esta última la encargada o responsable en definitiva de dar cumplimiento a la misma¹⁹⁷.

Conforme a lo anterior, los Fondos de Inversión deben obtener RUT, independiente del RUT de sus Sociedades Administradoras.

¹⁹⁷ Servicio de Impuestos Internos. Oficio N° 1091 de 2005 y N° 1836 de 2005. La obligación de los Fondos de Inversión de obtener RUT se encuentra regulada por medio de las Resoluciones Exentas N° 32 de 2008 y N° 57 de 2008.

Por otra parte, los Fondos de Inversión no deben hacer inicio de actividades. Tampoco deben presentar declaraciones de impuestos anualmente, ya que no se encuentran afectos a éstos.

2. Mantención de registros contables

Como ya se ha señalado, la Sociedad Administradora está obligada a llevar la documentación contable y los registros obligatorios que permitan verificar todos los ingresos, gastos, retenciones, inversiones y distribuciones de los beneficios relativos al Fondo de Inversión, incluyendo el Registro FUT.

3. Presentación declaraciones juradas al SII

Las Sociedades Administradoras están obligadas a presentar al SII las declaraciones juradas N° 1804 y N° 1817. La declaración jurada N° 1804 aplica exclusivamente a los FIP, debiendo sus Sociedades Administradoras declarar por medio de ella los datos de constitución, patrimonio, partidas de Balance, control de utilidades y repartos de beneficios a sus aportantes, así como sus gastos rechazados. Esta declaración debe presentarse hasta el 31 de marzo de cada año.

Por otra parte, por medio de la declaración jurada N° 1817 las Sociedades Administradoras de ambos tipos de Fondos de Inversión deben entregar información sobre los aportantes, indicando su RUT y número de cuotas vigentes al 31 de diciembre de cada año. Asimismo deben indicar el monto de los beneficios que se repartan durante el año comercial correspondiente a sus aportantes afectos al Impuesto Global Complementario o Adicional, los exentos del Impuesto Global Complementario o los no constitutivos de renta y los respectivos créditos a que dan derecho dichas rentas. Esta declaración debe presentarse hasta el día 14 de marzo de cada año.

V. Aplicación a los Fondos de Inversión de los beneficios contenidos en los Convenios Tributarios celebrados por Chile.

La diversificación de las inversiones de los vehículos colectivos de inversión en portafolios internacionales se está volviendo cada vez más relevante. Esta internacionalización responde, entre otras razones, a la necesidad de diversificar los riesgos asociados al mercado local, así como a la necesidad de cubrir riesgos cambiarios.

Ante este fenómeno, resulta fundamental determinar si los vehículos colectivos de inversión, y en cuanto a este trabajo interesa, los Fondos de Inversión, se encuentran cubiertos por los beneficios contenidos en los Convenios Tributarios celebrados por Chile de acuerdo al Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) (los “Convenios Tributarios”).

1. Planteamiento del problema

Los Convenios Tributarios celebrados de acuerdo al Modelo de Convenio de la OCDE son convenios bilaterales cuyo principal objetivo es prevenir la doble tributación internacional respecto de aquellas rentas que provengan de uno de los estados contratantes (“Estado Fuente”) y que sean obtenidas por un residente del otro estado contratante (“Estado de Residencia”).

Con dicho propósito los Convenios Tributarios establecen reglas que determinan la facultad de gravar con que cuentan el Estado Fuente y el Estado de Residencia respecto de cada una de las diferentes clases de rentas. En algunos casos se limita el derecho a imponer tributos sólo a uno de los estados contratantes, el que, por regla general, es el Estado de Residencia. Respecto de otras rentas, se otorga el derecho a gravar a ambos estados contratantes, pero en este caso se establecen límites para el Estado Fuente.

Se desprende de lo anterior, que los beneficios que establecen los Convenios Tributarios se otorgan de forma exclusiva a los residentes de ambos estados contratantes¹⁹⁸.

En razón de ello, surge la duda si los vehículos colectivos de inversión, y en específico los Fondos de Inversión, pueden considerarse o no como residentes para los efectos de la aplicación a su respecto de los beneficios contenidos en los Convenios Tributarios.

2. Análisis de la situación de los Fondos de Inversión de acuerdo a las directrices impartidas por la OCDE

Debido a la importancia de la materia en análisis, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, por medio del reporte denominado *“The granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles”* (en adelante, el “Reporte de la OCDE”), de 23 de abril de 2010, se ha encargado de fijar las directrices que deben guiar a los países a fin de determinar si los vehículos colectivos de inversión se encuentran cubiertos por los beneficios que establecen los Convenios Tributarios o no¹⁹⁹.

En este sentido, el Reporte de la OCDE establece un test, el que señala los criterios que deben ser tomados en cuenta por los estados contratantes para establecer si un vehículo colectivo de inversión debe ser o no considerado como residente del mismo, a la luz de las cláusulas de los Convenios. Asimismo, respecto a las rentas reguladas en los artículos 10, 11 y 12 de los Convenios Tributarios (dividendos, intereses y regalías,

¹⁹⁸ Asimismo se establece de forma clara en el artículo 1º del Modelo de Convenio de la OCDE (replicado por todos los Convenios Tributarios celebrados por Chile), que dispone: “El presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes.”

¹⁹⁹ Las principales conclusiones contenidas en el Reporte de la OCDE fueron incorporadas a los Comentarios del artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2010, de forma que resultan vinculantes para los países miembros de esta organización, entre ellos, Chile. Por lo demás, cabe señalar que Chile no efectuó ninguna reserva a este artículo por lo que le sería plenamente aplicable.

respectivamente) el test establece los criterios para determinar si éstos pueden ser considerados como beneficiarios efectivos de las referidas rentas^{200 201}.

2.1 Análisis de la calidad de “persona” de los Fondos de Inversión

Conforme al artículo 3º, letra a), del Modelo de Convenio de la OCDE, el término “persona” incluye a las personas naturales, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas. Esta misma definición es recogida por todos los Convenios Tributarios celebrados por Chile²⁰².

A partir de la definición anterior, el Reporte de la OCDE indica que el análisis de la calidad de persona de un vehículo colectivo de inversión debe comenzar por su estructura jurídica. En efecto, como se señaló en la primera parte de este trabajo, los vehículos colectivos de inversión pueden adoptar diversas estructuras jurídicas, siendo las más comunes la societaria, la de “trust” y la de fondo de inversión.

Si el vehículo colectivo de inversión se estructura como sociedad, entonces constituiría una persona para los efectos del Convenio.

²⁰⁰ En el caso de los dividendos, intereses y regalías, para que apliquen los límites a las potestades tributarias del País Fuente, no basta con que estas rentas sean obtenidas por un residente del otro estado contratante, sino que éste además debe ser el beneficiario efectivo de dichas rentas. El establecimiento de este requisito tiene por propósito excluir del otorgamiento de este beneficio a aquellos casos en que interviene un intermediario como por ejemplo, un agente o representante del perceptor de la renta, con el objeto de evitar que el beneficio de la reducción de tasa sea aprovechado por una persona que no tiene residencia en el otro estado contratante

²⁰¹ Cabe mencionar que de acuerdo a lo señalado en el Reporte de la OCDE, el análisis y conclusiones alcanzadas por medio de él aplican exclusivamente a los vehículos colectivos de inversión en que participa un amplio número de partícipes de forma abierta (*widely held*), que mantienen un portafolio diversificado de inversiones y que están sujetos a normas que protejan los intereses de sus inversionistas en el país donde se encuentran establecidos. En cambio, no aplicarían a los fondos de inversión privados (*private equity funds*), trust, u otras entidades que no cumplan con dichos requisitos. Es decir, para nuestros efectos, el análisis y las conclusiones alcanzadas en el Reporte de la OCDE sólo aplicarían a los Fondos de Inversión Públicos y no a los FIP. Sin perjuicio que el Reporte de la OCDE no expresa los fundamentos de dicha limitación, esta podría fundarse en el hecho que estas entidades privadas, por regla general, no están sujetas a ningún tipo de fiscalización por organismos estatales y, en ellas, generalmente se confunde a los inversionistas con los propios administradores del vehículo respectivo, lo que podría guiar a tomar mayores prevenciones a su respecto a fin de evitar abusos en la utilización de los Convenios Tributarios, siendo tal vez insuficientes los criterios adoptados por medio del Reporte de la OCDE.

²⁰² La única excepción la constituye el Convenio Tributario con Canadá que incluye, asimismo, a los fideicomisos o “trust”.

La duda surge respecto de aquellos vehículos colectivos que no se estructuran como sociedad, como los Fondos de Inversión.

En efecto, los Fondos de Inversión no son personas naturales, sociedades, ni una agrupación de personas. Por tanto, en principio, de acuerdo a la definición de “persona” contenida en los Convenios Tributarios celebrados por Chile, los Fondos de Inversión no estarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación de éstos.

No obstante, tomando en consideración lo señalado en los Comentarios al artículo 3º del Modelo de Convenio de la OCDE, en relación a la definición de “persona”, este concepto debería interpretarse en un sentido amplio. Lo mismo se desprendería de la definición de “sociedad” contenida en el artículo 3º, letra b), del Modelo de Convenio de la OCDE, que comprende “cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos”. De lo anterior se seguiría que el término “persona” comprendería cualquier entidad, que a pesar de no tener personalidad jurídica, sea tratada como persona jurídica para efectos impositivos.

A partir de lo anterior, el Reporte de la OCDE, refiriéndose a los “*trust*”, señala que el hecho que la ley del estado contratante donde éstos se encuentren establecidos los considere como contribuyentes, indicaría que estos son personas para los efectos del Convenio.

Tomando en consideración lo anterior, los Fondos de Inversión deberían ser considerados como personas para los efectos de los Convenios Tributarios. En efecto, como se ha analizado a lo largo de este trabajo, si bien los Fondos de Inversión no son considerados en si mismos como contribuyentes, por no gozar de personalidad jurídica, de todas formas se encontrarían afectos al régimen general impositivo por las utilidades que puedan generar, asumiendo su Sociedad Administradora el carácter de contribuyente por las obligaciones que de ellas pudieran derivar²⁰³.

²⁰³ Lo anterior, sin perjuicio que como se explicó, en virtud de lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley N° 18.815, los Fondos de Inversión estén exentos de Impuesto de Primera Categoría.

Lo anterior ha sido expresamente reconocido por el SII quien ha señalado que “la circunstancia de carecer el Fondo en sí mismo de la calidad de contribuyente no altera de modo alguno el régimen general impositivo en cuanto a los impuestos y demás obligaciones tributarias, v.gr. la inscripción en el Rol Único Tributario con que las actividades, inversiones o negocios del Fondo se afecten (...)”²⁰⁴.

Por tanto, los Fondos de Inversión, conforme a la legislación interna, deberían considerarse como “personas” para efectos de los Convenios Tributarios.

2.2 Análisis de la calidad de “residente” de los Fondos de Inversión

El artículo 4º del Modelo de Convenio de la OCDE define “residente de un Estado Contratante” como a “toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga (...)”. Esta definición es adoptada por todos los Convenios Tributarios celebrados por Chile.

Conforme a lo anterior, para determinar si los Fondo de Inversión pueden ser considerados como residentes en Chile debemos atender a si están sujetos a imposición en el país o no.

Sobre esta materia, el Reporte de la OCDE indica que, en concordancia con lo dispuesto en los Comentarios al artículo 4º del Modelo de Convenio de la OCDE, un vehículo colectivo de inversión podría ser considerado sujeto de impuestos en un estado contratante, aún cuando en los hechos no se imponga ningún impuesto sobre él. Por ejemplo, cuando se exija el cumplimiento de determinados requisitos o de ciertos standards para quedar cubiertos por una exención, cuyo incumplimiento pudiera significar quedar afecto al pago de impuestos. Por otra parte, aquellos vehículos colectivos de inversión que sean considerados transparentes para fines fiscales (“*flow-through*”), esto es, que no se encuentren afectos a impuestos por las rentas que obtengan, sino que la tributación recaiga sobre sus partícipes, no serían considerados residentes, pues no serían sujetos de impuestos en ese estado. Tampoco lo sería un

²⁰⁴ Servicio de Impuestos Internos. Oficio N° 1091 del año 2005.

vehículo colectivo de inversión que esté de forma total e incondicional exento de impuestos.

Los Fondos de Inversión están exentos de Impuesto a la Renta por las rentas que obtengan de sus inversiones, recayendo la tributación que pudiera afectar a éstas en sus aportantes. Es decir, los Fondos de Inversión tendría el carácter de entidades transparentes para efectos fiscales.

En consecuencia, en principio, los Fondos de Inversión no serían sujetos de impuesto en Chile y por tanto, no tendrían el carácter de residentes en los términos señalados por el artículo 4º de los Convenios Tributarios celebrados por Chile.

No obstante, si bien los Fondos de Inversión no están afectos a Impuesto a la Renta directamente sobre aquellas rentas que obtengan de sus inversiones, si se encuentran afectos a un tipo de impuesto contenido en la LIR, este es, el impuesto al gasto rechazado establecido en el artículo 21.

Como se analizó con anterioridad, este impuesto aplica sobre aquellos desembolsos no necesarios para el desarrollo de las actividades propias de los Fondos de Inversión y otros desembolsos u operaciones consideradas como retiros presuntos. Por tanto, si bien las rentas que obtienen los Fondos de Inversión no se gravarían al ser éstas percibidas por el Fondo, se gravarían indirectamente al momento de ser utilizadas por el Fondo en actividades que no digan relación con su giro o cuando pueda considerarse que han sido presuntamente distribuidas a los aportantes.

En virtud de lo anterior, los Fondos de Inversión si estarían sujetos a imposición sobre sus rentas en Chile, aunque sea de forma indirecta, al momento de ser desembolsadas o consumidas en determinados gastos u operaciones no autorizadas, y, por tanto, podrían ser considerados como residentes para los efectos de los Convenios Tributarios.

2.3 Análisis de la calidad de “beneficiario efectivo” de los Fondos de Inversión

Los artículos 10, 11 y 12 de los Convenios Tributarios celebrados por Chile, que regulan la tributación de los dividendos, intereses y regalías, respectivamente, exigen para hacer aplicables las restricciones a la potestad tributaria impuestas sobre el Estado Fuente de las referidas rentas, que el residente del otro estado contratante sea el beneficiario efectivo de las rentas que se le distribuyan²⁰⁵.

Los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE no definen que debe entenderse por “beneficiario efectivo”. Sin embargo, otorga algunas directrices y ejemplos en que una persona no puede ser considerada como tal.

El SII, a través de la Circular 57 de 2009, basándose en los criterios fijados en los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE y en los reportes emitidos por este organismo, señaló algunas directrices para determinar el sentido y alcance de la expresión “beneficiario efectivo”²⁰⁶.

Conforme a la referida Circular, el término “beneficiario efectivo” no debe ser interpretado en un sentido técnico sino que debe, más bien, interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos de los Convenios Tributarios, incluyendo la voluntad de evitar la doble tributación y de prevenir la evasión y la elusión fiscal. De esta forma, se excluiría del concepto de beneficiario efectivo a quienes actúen como agentes, mandatarios o simples intermediarios de otra persona que de hecho sea el beneficiario de la respectiva renta. Lo anterior se fundaría en el hecho que aún cuando estas personas tengan la calidad de residente del otro estado contratante, al no ser considerados como los beneficiarios de la renta para fines tributarios en el Estado donde son residentes, no existiría riesgo de doble tributación.

²⁰⁵ En el Convenio de Doble Tributación con Malasia también contempla el concepto de beneficiario efectivo en relación a las rentas por servicios técnicos reguladas en el artículo 14 del referido Convenio.

²⁰⁶ Cabe señalar que los dividendos que se paguen desde Chile a residentes de países con los que Chile mantenga un Convenio Tributario no se benefician de la tasa rebajada dispuesta en éstos. Lo anterior, en virtud de la reserva efectuada por Chile en cada uno de los Convenios Tributarios que ha celebrado en orden a aplicar su legislación interna en relación a la tributación de los dividendos. Por lo tanto, el concepto de beneficiario efectivo no tendría mayor relevancia para dichos efectos.

También se excluirían del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades instrumentales²⁰⁷.

A partir de lo anterior, cabe preguntarse si los Fondos de Inversión pueden ser considerados como beneficiarios efectivos de las rentas que perciben o no.

De acuerdo al Reporte de la OCDE, para establecer si los vehículos colectivos de inversión pueden ser considerados como los beneficiarios efectivos de las rentas que provengan de sus inversiones, y no así sus aportantes, se debe atender a la diferente posición en que se encuentra una persona que invierte a través de un vehículo colectivo y aquella que invierte de forma directa en valores y bienes.

Conforme se señala en el Reporte, existirían diferencias sustanciales entre uno y otro. Así, quien invierte a través de un vehículo colectivo de inversión no tiene derecho alguno sobre los activos subyacentes de éste. El único derecho que le asiste sería el de obtener el pago del valor proporcional de su cuota en el activo subyacente del vehículo colectivo, pero no a obtener directamente la entrega de los valores y bienes que conformen dicho activo.

Por otra parte, quien invierte de forma directa puede dirigir la compra o venta de determinados valores o bienes. En cambio, quien invierte en un vehículo colectivo no tienen ninguna injerencia en las decisiones de inversión de sus activos. Lo anterior, en la medida que se trate de un vehículo colectivo de inversión abierto, que mantenga un portafolio diversificado y se encuentre sujeto a regulación en el país donde opere. En este caso, la facultad de dirigir las inversiones del vehículo colectivo de inversión se radicaría de forma exclusiva en el administrador de éste.

Finalmente, la situación tributaria de quien invierte en forma directa versus quien invierte a través de un vehículo colectivo sería radicalmente distinta. En efecto, como

²⁰⁷ En su "Informe sobre sociedades instrumentales", la OCDE indica que una sociedad instrumental es aquella sociedad que reside en uno de los Estados contratantes y que actúa canalizando determinadas rentas a una persona de un tercer Estado, la cual en virtud de tal operación se beneficia indebidamente de un CDTI.

ocurre en la mayoría de los países, quien invierte a través de un vehículo colectivo se grava por el mayor valor que obtenga en el rescate o enajenación de su cuota de participación y no por la parte que le corresponda en las utilidades generadas por el Fondo. En razón de ello, la utilidad generada por un activo determinado no podría ser rastreada hasta un inversionista particular, incluso en aquellos países que traten a los vehículos colectivos como entidades transparentes.

En base a los argumentos anteriores, el Reporte de la OCDE concluye que los vehículos colectivos que cumplan con los requisitos de ser abiertos, de mantener inversiones en un portafolio diversificado y que se encuentren sujetos a normas que protejan los derechos de sus inversionistas, deberían ser tratados como los beneficiarios efectivos de las rentas que perciben.

Trasladando el análisis anterior a la situación de los Fondos de Inversión en Chile, cabría concluir que las condiciones anteriores se cumplirían en el caso de los Fondos de Inversión Públicos.

En efecto, en el caso de éstos, los aportantes no tienen derecho alguno sobre los activos en que mantienen sus inversiones el Fondo. Al contrario, sólo pueden disponer de su cuota, asistiéndoles el derecho a obtener, mediante su rescate (a la fecha de liquidación del Fondo o en una disminución de capital), el pago del valor que ésta representa en el activo subyacente del Fondo. Por otra parte, es la Sociedad Administradora la que determina el destino de las inversiones del Fondo, sin perjuicio de ceñirse a las directrices señaladas en el reglamento interno del mismo. Más aún, conforme se analizó con anterioridad, los aportantes, que no sean inversionistas institucional, no pueden tener más del 35% de participación en el Fondo, con lo que se busca impedir que alguno de ellos pueda tomar el control del mismo. Finalmente, los aportantes deben tributar por el mayor valor que obtengan en el rescate o enajenación de sus cuotas de participación y no por la parte de las utilidades que le correspondan de aquellas generadas por el Fondo.

En razón de lo anterior, conforme a las directrices señaladas en el Reporte de la OCDE, los Fondos de Inversión Públicos debieran considerarse como los beneficiarios efectivos de las rentas que perciben.

2.4 Conclusiones

Conforme a las directrices otorgadas en el Reporte de la OCDE, los Fondos de Inversión Públicos cumplirían los requisitos para ser considerados, para los efectos de los Convenios Tributarios celebrados por Chile, como residentes en Chile, así como para ser tratados como los beneficiarios efectivos de los dividendos e intereses que obtengan de sus inversiones en el exterior.

Por lo tanto, los Fondos de Inversión Públicos cumplirían con los requisitos para gozar de los beneficios tributarios establecidos en los Convenios Tributarios celebrados por Chile²⁰⁸.

Este tratamiento se condice con el principio básico que debe guiar los regímenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión, cual es, el de neutralidad tributaria.

En relación a los FIP, cabe señalar que aplicaría a su respecto el análisis efectuado en torno a la calidad de “persona” y de “residente”. Sin embargo, de acuerdo a las directrices fijadas por el Reporte de la OCDE, no cumplirían los requisitos para ser considerados beneficiarios efectivos de las rentas que pudieran obtener por concepto de dividendos o intereses. Lo anterior, básicamente debido a que en el caso de los FIP no existe necesariamente una independencia entre los aportantes y los administradores. Al contrario, por regla general, tienden a confundirse.

²⁰⁸ En relación a los FIP, aplicaría el mismo análisis para ser considerados como personas residentes en Chile. Sin embargo, no se cumpliría a su respecto los requisitos para ser considerados como los beneficiarios efectivos de los dividendos, intereses y regalías que puedan obtener de sus inversiones en el exterior.

Para este caso, a fin de evitar la doble tributación que pudiere afectar a los aportantes, sería necesario establecer un mecanismo que permitiera a los aportantes del FIP, o al FIP en representación de éstos, reclamar los beneficios tributarios derivados de los Convenios Tributarios celebrados por Chile (siempre que el referido aportante tenga domicilio o residencia en Chile).

3. Análisis del tratamiento otorgado a los Fondos de Inversión en los Convenios Tributarios celebrados por Chile

Chile mantiene vigentes 23 Convenios Tributarios.

En todos ellos se hace de alguna forma alusión a la situación de los Fondos de Inversión, generalmente es sus disposiciones misceláneas. En algunos se les declara de forma expresa como residentes en Chile. En otros, sin perjuicio de no declararlos como residentes en Chile, se establece el derecho de Chile de gravarlos por las rentas que obtengan de bienes situados en el país. Finalmente, en otros, se establece el derecho de ambos estados contratantes de aplicar su legislación interna respecto a las utilidades que éstos obtengan.

3.1 Convenios Tributarios que otorgan la calidad de residente a los Fondos de Inversión

Los Convenios Tributarios que establecen de forma expresa el carácter de residentes en Chile de los Fondos de Inversión son los celebrados con Corea, Croacia, Perú y Polonia²⁰⁹.

Al respecto, las cláusulas respectivas de los referidos Convenios Tributarios disponen lo siguiente:

²⁰⁹ En el Convenio Tributario con Reino Unido se otorga el carácter de residente en Chile únicamente a los Fondos de Inversión de Capital Extranjero, de aquellos regulados en la ley N° 18.657.

“Los Fondos de Inversión y otros fondos de cualquier tipo, organizados para operar en Chile como tal de acuerdo a las leyes chilenas serán, para los propósitos del presente Convenio, considerados residentes en Chile y sujetos a tributación de acuerdo a la legislación impositiva chilena respecto de los dividendos, intereses, ganancias de capital y otras rentas que obtengan de bienes o de inversiones en Chile. Lo dispuesto en este párrafo se aplicará no obstante otras disposiciones de este Convenio.”

Como se puede observar, la norma legal citada declara a los Fondos de Inversión como residentes en Chile, para los efectos del Convenio, y los sujeta de forma expresa a la tributación interna respecto de los dividendos, intereses, ganancias de capital y otras rentas que obtengan de bienes o de inversiones en Chile.

El objetivo de la norma en comento pareciera ser, además de hacer aplicables a los Fondos de Inversión las disposiciones del Convenio, dejar en claro que estos pueden someterse a imposición en Chile por las rentas de fuente chilena que obtengan.

Esta última aclaración tendría relevancia, por ejemplo, para el caso de las ganancias de capital, donde la mayor parte de los Convenios Tributarios celebrados por Chile, incluidos los Convenios Tributarios con Corea, Croacia, Perú y Polonia, establecen como norma residual que las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier bien no regulado de forma expresa sólo pueden someterse a imposición en el Estado de Residencia.

De considerarse que los Fondos de Inversión no tienen residencia en Chile por carecer éstos de personalidad jurídica, las ganancias de capital que pudieran obtener de la enajenación de bienes en Chile, cuya tributación no se encuentre regulada de forma expresa, no se gravaría en Chile, sino sólo en el Estado de Residencia de los aportantes.

La referida aclaración también tendría relevancia respecto a los dividendos e intereses que obtengan los Fondos de Inversión, especialmente respecto de estos últimos.

Conforme a los Convenios Tributarios, los dividendos e intereses se pueden gravar por ambos estados contratantes. No obstante, se establecen límites respecto a las tasas aplicables por el Estado Fuente (15% o menos, según el Convenio Tributario que se trate). En el caso de los dividendos que se remesen desde Chile al exterior, como se señaló, no aplican las tasa reducidas de los Convenios.

A partir de lo anterior, si se interpretase que los Fondos de Inversión no tienen residencia en Chile, los dividendos e intereses que obtuvieran de inversiones en Chile se entendería percibidos de forma directa por los aportantes, quedando gravados, al ser remesados, con la tasa de Impuesto Adicional correspondiente según el Convenio Tributario de que se trate. En cambio, al establecerse de forma expresa que los Fondos de Inversión tienen residencia en Chile, estas rentas quedan sujetas a tributación general en el país.

En el caso de los dividendos la norma en comento no tendría mayor relevancia práctica. Lo anterior, ya que al estar tanto los dividendos que distribuyen sociedades anónimas chilenas, como los Fondos de Inversión en si mismos, exentos de Impuesto de Primera Categoría, ya sea que éstos se entendieran percibidos directamente por los aportantes en el extranjero o por el Fondo en Chile y luego distribuidos como dividendos a los aportantes en el extranjero, en ambos casos aplicaría la tasa general de Impuesto Adicional (35%), pudiendo utilizar como crédito el Impuesto de Primera Categoría que les hubiere afectado.

En cambio, en el caso de los intereses esta norma si tendría relevancia, ya que al ingresar éstos al patrimonio del Fondo de Inversión y luego ser remesados en forma de dividendos a los aportantes, las utilidades obtenidas por concepto de intereses en Chile quedarían sujetas a Impuesto Adicional con tasa de 35% (con crédito por Impuesto de Primera Categoría) y no a las tasas reducidas que benefician a los intereses.

3.2 Convenios Tributarios que establecen el derecho de Chile de gravar las rentas de Fondos de Inversión

Existen Convenios Tributarios que, sin perjuicio de no establecer de forma expresa la calidad de residentes en Chile de los Fondos de Inversión, establecen el derecho de Chile de someter a imposición las rentas que estos remesen al exterior provenientes de sus inversiones en Chile.

Entre ellos, cabe mencionar los Convenios Tributarios con Bélgica, Colombia, Dinamarca, Francia, Irlanda, Malasia, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Tailandia, Suecia y Suiza.

En este sentido, las cláusulas respectivas de los referidos Convenios disponen lo siguiente:

“Con respecto a cuentas de inversión conjuntas o fondos (como por ejemplo los Fondos de Inversión de Capital Extranjero, Ley N° 18.657), que están sujetos a impuesto sobre la remesa y cuya administración debe efectuarse por un residente en Chile, las disposiciones de este Convenio no serán interpretadas en el sentido de restringir la imposición por Chile del impuesto sobre la remesa de esas cuentas o fondos con respecto a las inversiones en bienes situados en Chile.”²¹⁰

Esta cláusula parece tener por objeto evitar interpretaciones que pudieran limitar el derecho de Chile a gravar las rentas de fuente chilena que obtengan los Fondos de Inversión, por considerarse que no tienen residencia en Chile y primar, por tanto, la residencia de sus aportantes. Con dicho objeto, si bien no se concede a los Fondos de Inversión de forma expresa el carácter de residentes en Chile, se les considera como una entidad separada de sus aportantes, afectándose con los impuestos aplicables en

²¹⁰ El Convenio Tributario con Suecia difiere en la redacción, señalando en su artículo 28, N° 1, lo siguiente: “Para los efectos de este Convenio, los fondos de inversión o cualquier otra clase de fondos, que son administrados por una persona residente en Chile, pueden someterse a imposición en Chile con respecto a dividendos, intereses, ganancias de capital y otras rentas obtenidas de bienes o inversiones en Chile.”

Chile las remesas que éstos efectúen a sus aportantes en el exterior provenientes de inversiones en Chile.

La relevancia de esta disposición se refleja de la misma forma señalada en los casos analizados en el número 2.1 anterior.

3.3 Convenios Tributarios que establecen el derecho a aplicar la legislación interna sobre las rentas de Fondos de Inversión

Finalmente, existe un tercer grupo de Convenios Tributarios que se limitan a establecer el derecho de ambos estados contratantes de imponer su legislación interna sobre las rentas que obtengan los Fondos de Inversión.

Entre ellos, cabe mencionar los Convenios Tributarios con Canadá, Ecuador, México y Paraguay.

En este sentido, estos Convenios señalan lo siguiente:

“Nada en este convenio podrá evitar la aplicación del derecho interno de alguno de los Estados Contratantes en relación a la tributación de las rentas, beneficios, dividendos, ganancias o remesas de instituciones de inversión, o fondos de cualquier tipo incluyendo los fondos de inversión y de pensiones o sus participantes, que sean residentes del otro Estado Contratante, siempre que dicha renta no se someta a imposición de conformidad con las disposiciones de este Convenio.”

Por medio de la cláusula citada queda establecido el derecho de Chile de gravar, de acuerdo a su legislación interna, las rentas que obtengan los Fondos de Inversión y aquellas que éstos remesen a sus aportantes que residan en el otro estado contratante, a menos que apliquen las normas del Convenio.

La principal diferencia respecto de las cláusulas analizadas en el número 2.2 anterior, consistirían en que es este caso la facultad de ambos estados contratante de

gravar las rentas que obtengan los Fondos de Inversión no se limitaría a aquellas rentas de fuente nacional, sino que a cualquier renta que puedan obtener, sea de fuente nacional o extranjera. De esta forma se establecería de forma indirecta la calidad de residente en Chile de los Fondos de Inversión, en cuanto entidades susceptibles de quedar sujetas a tributación en el país por sus rentas de fuente mundial.

Por otra parte, cabe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula citada, la aplicación de la legislación interna de ambos estados contratantes se limitaría sólo a aquellas rentas que no se encuentren reguladas en el respectivo Convenio.

En consecuencia, en virtud de la cláusula en análisis, los Fondos de Inversión se considerarían como residentes en Chile.

3.4 Conclusión

El análisis anterior ha permitido observar que la mayor parte de los Convenios Tributarios celebrados por Chile se refieren a la situación de los Fondos de Inversión, otorgándoles, ya sea de forma directa o indirecta, la calidad de residentes en Chile. O, al menos, estableciendo de forma expresa el derecho de Chile de gravar las rentas de fuente chilena que estos obtengan, como si fueran obtenidas por un residente en Chile y luego remesadas al exterior.

Por lo tanto, de acuerdo a las cláusulas contenidas en los Convenios Tributarios celebrados por Chile, los Fondos de Inversión tendrían derecho a acceder a los beneficios establecidos en éstos.

Lo anterior, incluso en aquellos casos en que no se les considera de forma expresa como residentes en Chile. Esto, ya que si por un lado se establece una norma expresa para gravar en Chile a los Fondos de Inversión por cualquier renta de fuente chilena que obtengan, como si tuvieran residencia en Chile, no se les podría negar, por otro lado, el derecho a acceder a los beneficios tributarios contemplados en los Convenios

Tributarios. Lo contrario, significaría establecer una diferencia arbitraria y una tributación más gravosa en perjuicio de los aportantes de los Fondos de Inversión, lo que atentaría contra el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas que establece el artículo 19, N° 20, de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, ya sea mediante la aplicación de las reglas generales que rigen los Convenios Tributarios celebrados por Chile, de acuerdo a las directrices otorgadas por el Reporte de la OCDE, o por medio de la aplicación de las cláusulas especiales contenidas en los Convenios respectivos, los Fondos de Inversión quedarían cubiertos por sus beneficios.

Esta conclusión se ajustaría al principio fundamental que gobierna a los Convenios Tributarios, cual es evitar la doble tributación. Asimismo, se ajustaría al principio de neutralidad tributaria que debe gobernar a los regimenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión.

4. Riesgo de generar el denominado “*Treaty Shopping*”

La concesión sin límites de los beneficios contenidos en los Convenios Tributarios a los Fondos de Inversión podría incentivar a los inversionistas extranjeros a crear Fondos de Inversión en el país con el único objeto de favorecerse de los beneficios contenidos en los Convenios Tributarios celebrados por Chile, de los cuales no gocen en sus países de residencia. Por otra parte, y en virtud del principio de reciprocidad que gobierna a los Convenios Tributarios, el hecho que Chile otorgara iguales beneficios a los vehículos colectivos de inversión establecidos en países con los cuales Chile mantiene Convenios Tributarios, podría incentivar la instalación de dichos vehículos en éstos por residentes de terceros países con los que Chile no mantenga Convenios Tributarios.

No obstante, los posibles abusos en la utilización de los Fondos de Inversión podría corregirse adoptando ciertas medidas.

En este sentido, el Reporte de la OCDE ofrece diversos mecanismos. El primero de ellos consistiría en limitar la concesión de los beneficios establecidos en los Convenios Tributarios únicamente en aquellos casos en que los aportantes del respectivo vehículo colectivo de inversión residan en el mismo país en que éste se encuentre establecido o en un país con el cual el País Fuente mantenga un Convenio Tributario. Un segundo mecanismo consistiría en limitar el otorgamiento de beneficios a aquellos vehículos colectivos cuyas cuotas de transen públicamente (que constituyan valores de oferta pública). Este tratamiento se justificaría en el hecho que estos vehículos no pueden utilizarse de forma efectiva para el denominado “*Treaty Shopping*” debido a que sus aportantes no pueden ejercer de forma individual el control sobre los mismos.

Estos mecanismos podrían ser incorporados en los Convenios Tributarios celebrados por Chile y en aquellos que celebrará en el futuro a fin de evitar abusos en su utilización.

CONCLUSIONES

El presente trabajo se ha planteado como objetivo dar una reseña de la importante función que cumplen los fondos de inversión, como vehículos capaces de proveer una plataforma para que los inversionistas individuales puedan acceder a los beneficios de la economía de escala, mediante la administración profesionalizada de sus inversiones, en una cartera diversificada de activos, con un consecuente menor riesgo asociado.

Por otra parte, atendiendo al importante auge que han experimentado en el último tiempo los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815, así como su escaso desarrollo doctrinario, este trabajo se ha enfocado de forma especial al estudio de éstos.

En este sentido, se ha analizado sus orígenes, así como sus principales aspectos corporativos, incluyendo su estructura, funcionamiento, clasificación, y deberes que los rigen.

Por otra parte se ha intentado esclarecer la tributación a la que se encuentran afectos. Lo anterior, atendido a la confusión vigente debido a la escasa regulación que existe sobre la materia. Asimismo, debido a la prácticamente nula doctrina que se refiera a ella, siendo los oficios y circulares impartidos por el SII, prácticamente, las únicas fuentes interpretativas existentes, las que en ocasiones resultan contradictorias o carecen de suficientes fundamentos jurídicos.

Conforme a lo anterior, a fin de delimitar el objeto de estudio, en la primera parte de este trabajo se analizó el concepto de fondo de inversión, tanto desde un punto de vista doctrinario como de las legislaciones extranjeras y chilena. De esta forma se establecieron los lineamientos fundamentales de los fondos de inversión.

Por otra parte, se expuso los principales beneficios asociados a la inversión a través de fondos de inversión. En este sentido se resaltó aquellos beneficios asociados a los partícipes o aportantes, quienes por medio de aportes relativamente pequeños

pueden acceder a una cartera diversificada de inversiones, manejadas por un organismo profesionalizado, permitiendo disminuir el riesgo asociado a toda inversión. Beneficios que difícilmente podrían obtener mediante la inversión directa. Asimismo, se hizo referencia a los beneficios que obtienen las administradoras mediante el cobro de comisiones, y los gobiernos, quienes ven en los fondos de inversión un vehículo que permiten canalizar el ahorro e inversión con el fin de inyectarlos en las diferentes áreas productivas de los países.

Con posterioridad, se analizó la naturaleza jurídica de los fondos de inversión. Ello, en atención a la importancia de conocer ésta para determinar la normativa supletoria que les es aplicable, en especial respecto a su tributación. En este sentido, se analizaron las instituciones jurídicas que más se le asemejan, concluyendo que estos tendrían la naturaleza jurídica de un patrimonio de afectación. Como se señaló, esta interpretación se encontraría plasmada de forma expresa en nuestra legislación, siendo un punto no debatido por la doctrina, ni por las autoridades administrativas.

En la última parte de este primer capítulo introductorio se señalaron las principales clasificaciones de los fondos de inversión, lo que permitió observar el gran desarrollo que estos han tenido, al menos por parte de la doctrina comparada.

En la segunda parte de este trabajo, se entró de lleno al análisis de los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815. De esta forma se analizó la normativa que los regula, así como las circunstancias que motivaron su dictación. Asimismo, se analizaron los elementos característicos que definen a estos fondos, los que se derivan de su propia definición contenida en el artículo 1° de la Ley N° 18.815, cuales son: (i) ser un patrimonio; (ii) estar integrados por el aporte de personas naturales o jurídicas; (ii) tener por objeto la inversión en los valores y bienes que la ley permite; y (iv) ser administrados por una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes.

La tercera parte de este trabajo se refirió a la clasificación de los fondos de inversión, de acuerdo a la Ley N° 18.815, que los clasifica en fondos de inversión públicos y fondos de inversión privados. De esta forma se hizo un análisis

pormenorizado de las características, estructura, organización y funcionamiento de cada uno de ellos.

De dicho análisis fue posible derivar que la diferencia fundamental entre uno y otro, y de la que derivan el resto de sus diferencias, consiste en que los primeros hacen oferta pública de sus cuotas, cuestión que está vedada para los segundos.

Como se analizó, lo anterior involucra que exista en los primeros un interés público comprometido, lo que se traduce en la necesidad de someterlos a una estricta regulación. En este sentido, la Ley N° 18.815, así como su reglamento, se ocupan de regular de forma acabada las restricciones y obligaciones a las que se encuentran sujetos los fondos de inversión públicos. Entre ellas, aquí cabe destacar aquellas relacionadas con su cartera de inversiones, diversificación de inversiones, límites en su participación, características de sus cuotas, menciones obligatorias de su reglamento interno y número mínimo de aportantes. Asimismo cabe referirse a la obligación de la sociedad administradora de mantener informada a la SVS, así como al público general, de aquellos hechos de carácter esencial que ocurran en relación al fondo.

En cambio, en el caso de los fondos de inversión privados, al no existir un interés público comprometido en sus operaciones, la ley entregó de forma casi absoluta su regulación a su reglamento interno, no siendo aplicables a su respecto las obligaciones y restricciones establecidas para los fondos de inversión públicos. A partir de ello, concluimos, que los fondos de inversión privados podrían, por ejemplo, establecer diferentes series de cuotas, e incluso, cuotas que tengan el carácter de rescatables.

Como se señaló, las únicas obligaciones que sí recaería sobre estos últimos serían las de limitar sus inversiones a aquellos bienes y valores señalados en el artículo 5° de la Ley N° 18.815 (sin perjuicio de poder invertir además en toda clase de valores, derechos sociales, títulos de crédito y efectos de comercio) y de distribuir anualmente al menos el 30% de los beneficios netos percibidos durante el ejercicio.

Finalmente, la cuarta parte de este trabajo se dedicó al estudio de la tributación que afecta a los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815, siendo el análisis efectuado aplicable tanto a los fondos de inversión públicos como privados. Asimismo, se analizó la tributación aplicable a los aportantes por las rentas que obtengan de su participación en éstos.

Con dicho objeto, en una primera parte se expusieron los principios que, de acuerdo a la doctrina extranjera, deben regir los regímenes tributarios aplicables a los vehículos colectivos de inversión. En este sentido, nos referimos a los principios de neutralidad tributaria e incentivo al ahorro, ambos cuales se verían reflejados en la normativa nacional. El primero, básicamente por aplicación de los principios generales que rigen nuestro sistema tributario, el que se estructura como un sistema integrado donde los impuestos de categoría pueden ser usados como crédito contra los impuestos finales. El segundo, en la medida que mientras los aportes no sean retirados pueden ser reinvertidos por el Fondo, sin quedar sujetos a impuestos.

Con posterioridad se entró al análisis de la tributación que afecta a los fondos de inversión por las rentas que obtengan de sus inversiones. En primer lugar, se hizo referencia a la tributación en renta que afecta a los fondos de inversión. Para ello, se efectuó un examen acabado del artículo 32 de la Ley N° 18.815, así como de las normas de la LIR aplicables, concluyendo que éstos se encuentran exentos de Impuesto de Primera Categoría, no por su especial naturaleza jurídica, sino por así disponerlo de forma expresa el citado artículo 32. Por otra parte, se señaló que conforme a la disposición expresa del inciso final del artículo 32 de la Ley N° 18.815, los fondos de inversión se encuentran afectos al impuesto único que establece el artículo 21 de la LIR sobre aquellos desembolsos u operaciones que se consideren gastos rechazados o retiros presuntos.

En segundo lugar, se analizó la situación de los fondos de inversión en relación a la Ley de IVA. En esta materia concluimos que, contraria a la opinión del SII, los Fondos de Inversión no serían sujetos pasivos de este impuesto. Lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la Ley de IVA, conforme al cual son contribuyentes de

IVA las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, quedando, por tanto, excluidos los Fondos de Inversión.

En tercer lugar, se analizó la aplicación del Impuesto de Timbres y Estampillas sobre las operaciones que efectúen los fondos de inversión. Al respecto concluimos que siendo este impuesto de carácter documentario, y por tanto, atender al hecho material consistente en la emisión de los documentos que grava, los fondos de inversión estarían afectos a este impuesto en la medida que incurran en dichos actos.

Finalmente, se analizó la situación de los fondos de inversión en relación al impuesto de Patente Municipal. Al respecto concluimos que, tomando en consideración el hecho gravado por este impuesto, consistente en el desarrollo de actividades lucrativas de carácter primarias, secundarias o terciarias, sin atender al sujeto que desarrolle dichas actividades, los Fondos de Inversión quedarían sujetos a dicho impuesto en la medida que desarrollen las actividades que éste grava.

Ahora bien, atendiendo a que los fondos de inversión no se encuentran obligados a demostrar sus rentas mediante balance general, éstos quedarían afectos al pago de una patente anual equivalente a una unidad tributaria mensual.

Finalmente se hizo la prevención de que, en la medida que los fondos de inversión mantengan exclusivamente inversiones de carácter pasivas, estos no deberían quedar afectos a Impuesto de Patente Municipal por no ser ésta una actividad gravada con dicho tributo.

Finalizado el análisis de la tributación aplicable a los fondos de inversión, nos adentramos al análisis de la tributación que afecta a sus aportantes. De dicho examen se pudo concluir que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 32 de la Ley N° 18.815, rige a su respecto básicamente la misma tributación aplicable a los accionistas de una sociedad anónima respecto de los dividendos que ésta les distribuya. En este sentido, cabe hacer especial mención al hecho que, a pesar de no estar los fondos de inversión afectos a Impuesto de Primera Categoría, a los

aportantes les asiste el derecho a utilizar como crédito el Impuesto de Primera Categoría que hubiere gravado a las rentas que les distribuya el fondo antes de ser percibidas por éste.

Por otra parte, respecto a la tributación que afecta a los aportantes extranjeros, cabe destacar la conclusión extraída de la norma especial contenida en el artículo 11 de la LIR, conforme a la cual no se entienden situadas en Chile las cuotas de fondos de inversión que mantengan más del 90% de sus inversiones en el exterior, quedando por tanto exentas de tributación en Chile las rentas que deriven de éstas.

En un segundo apartado, se analizó las franquicias tributarias establecidas por medio de la Ley N° 20.190 a favor de los denominados Fondos de Inversión de Capital de Riesgo.

Como se señaló el establecimiento de dichas franquicias tuvo por objeto incentivar las inversiones en capital de riesgo, entendiendo por éste aquel que se invierte en proyectos que presentan, al momento de efectuar la inversión, una alta expectativa de retorno y alto riesgo.

Como se pudo apreciar, las franquicias en comento consistirían básicamente en otorgar la calidad de ingreso no renta a los dividendos que se distribuyan a los aportantes de los Fondos de Inversión de Capital de Riesgo con cargo al mayor valor (el total o una parte, según la franquicia de que se trate) que éstos obtengan en la venta de acciones de sociedades consideradas de capital de riesgo.

En un tercer apartado, se analizó las obligaciones de carácter tributarias a que debe dar cumplimiento las Sociedad Administradora en nombre del fondo que administre. Entre estas destacan, la obligación de obtener un RUT, llevar los registros contables del fondo, incluyendo el Registro FUT, y presentar determinadas declaraciones juradas con información sobre los fondos que administre.

Finalmente, en un cuarto apartado, atendiendo al auge en la internacionalización de las inversiones de los fondos de inversión, se analizó la aplicación a su respecto de los beneficios contenidos en los Convenios Tributarios celebrados por Chile.

Con dicho objeto se efectuó un examen detallado de las directrices emitidas por la OCDE sobre la materia, concluyendo que conforme a ellas los fondos de inversión públicos cumplirían con los requisitos para ser considerados como residentes en Chile, así como los beneficiarios efectivos de las rentas que obtengan, siéndoles, por tanto, aplicables los beneficios contenidos en los referidos Convenios Tributarios. En el caso de los fondos de inversión privados, concluimos que estos cumplirían con los requisitos para ser considerados residentes, sin embargo, no para ser considerados como beneficiarios efectivos de las rentas provenientes del exterior. En razón de ello, no se verían directamente beneficiados por las tasas reducidas establecidas en los Convenios Tributarios respecto de los dividendos e intereses que pudieran obtener del exterior.

Por otra parte, se efectuó un análisis detallado de las disposiciones contenidas en los Convenios Tributarios celebrados por Chile que se refieren sobre la situación de los fondos de inversión. En este aspecto, se pudo concluir que conforme a ellas, los fondos de inversión serían considerados residentes en Chile, tanto para los efectos de sujetarse a tributación en Chile respecto de toda clase de rentas fuente chilena que obtengan, como para quedar cubiertos por los beneficios contenidos en los referidos Convenios Tributarios.

A partir de lo anterior concluimos que, ya sea mediante la aplicación de los requisitos generales, de acuerdo a las directrices impartidas por la OCDE, o en virtud de las normas especiales contenidas en los Convenios Tributarios celebrados por Chile, los fondos de inversión serían considerados como residentes en Chile para los efectos de los referidos Convenios y se verían, por tanto, beneficiados por las disposiciones contenidas en ellos.

En conclusión, se espera que el estudio efectuado en este trabajo contribuya a esclarecer la tributación a la que se encuentran afectos los fondos de inversión regulados en la Ley N° 18.815, de forma de promover la inversión a través de ellos y con ello permitir que los inversionistas accedan a sus beneficios.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

1. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVICH H., Antonio. Tratado de los derechos reales. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
2. CASTRO Corbat, Marcelo J. Fondos Comunes de Inversión. Buenos Aires: Depalma, 1965.
3. CATRILEF Epuyao, Luis A. FUT Fondo de utilidades tributables. 4º ed. Santiago: Legal Publishing, 2010.
4. DUCCI Claro, Carlos. Derecho civil. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
5. FIGUEROA Velasco, Patricio. Manual de derecho tributario. El impuesto a la renta. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1997.
6. FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. El Patrimonio. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
7. MASSONE Parodi, Pedro. Principios de derecho tributario. 2ª ed. Valparaíso: EDEVAL, 1979.
8. NAZIR Alonso, Yawar. Fiscalidad de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria. Valladolid: LexNova. 1999.
9. PAOLANTONIO, Martín E. Fondos comunes de inversión. Buenos Aires: Depalma, 1994.
10. PEÑAILILLO Arevalo, Daniel. Los bienes: la propiedad y otros derechos reales. 1ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
11. SERVENTE, Alberto G. Sociedades de Inversión. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina S.A., 1959.
12. SOLDEVILLA García, Emilio. Los fondos de inversión. Gestión y valoración. Madrid: Ediciones Pirámide, 1999.
13. STREETER, JORGE. La interpretación de la Ley Tributaria. Santiago: Revista de Derecho económico N° 21 y 22. 1967

II. REVISTAS

1. CAMPOS Bastidas, Constanza. Fondos de inversión privados y sus implicancias tributarias. Revista de Estudios Tributarios. (Nº 1): 195-204, 2010.
2. MEJÍAS Guerrero, Cristián Igor. Los Fondos de Inversión. Manual de Consultas Tributarias. (Nº 348): 63-87, 2006.
3. STREETER, Jorge. La interpretación de la ley tributaria. Santiago. Revista de Derecho Económico. (Nº 21 y 22): 7-76, 1967.

III. TESIS

1. GORICHÓN Gómez, Eugenia. Fondos de inversión en la ley N° 18.815. Memoria de prueba licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Valparaíso. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1999.
2. VARGAS Rodríguez, Rubén Emilio. Fondos de inversión de capital extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002.
3. BUSTAMANTE Salazar, Luis. Exposición de la dogmática jurídica del patrimonio. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1978.

IV. DOCUMENTOS

1. COMITÉ de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). The granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles. [en línea] <http://www.oecd.org/dataoecd/59/7/45359261.pdf> [marzo 2011]
2. ASOCIACIÓN Chilena Administradoras de Fondos de Inversión (ACAFI). Reporte Anual 2010. [en línea] http://www.acafi.com/pdf/1_acafi/Reporte_Anual_ACAFI_2010.pdf [abril 2011]
3. LETELIER P., Álvaro. Los Fondos de inversión privados como instrumentos de planificación tributaria. En: Charla Técnica de Instituto Chileno de Derecho

Tributario (21 de abril de 2009). Charlas Técnicas 2008-2009, Santiago-Chile. Instituto Chileno de Derecho Tributario, 2009. Pág 7-16.

4. ORGANIZACIÓN para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version. July 2010. [en línea] <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/2310081E.PDF> [abril 2011].
5. HISTORIA DE LA 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. Santiago, Chile. 29 Feb. 1989. 20 p.
6. HISTORIA DE LA LEY N° 19.705. Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece régimen de gobiernos corporativos. 20 Dic. 2000. 45 p.
7. HISTORIA DE LA LEY N° 20.190. Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales. 5 Jun. 2007. 58 p.
8. HISTORIA DE LA LEY N° 20.448. Introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales. 13 Ago. 2010. 28 p.

V. CIRCULARES Y OFICIOS del SII

1. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 1 de 1989.
2. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 71 de 1998.
3. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 11 de 2001.
4. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular N° 57 de 2008.
5. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 1091 de 2005.
6. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 1836 de 2005.
7. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 699 de 2006.
8. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 5008 de 2006.
9. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 5011 de 2006.
10. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 4243 de 2006.

11. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 814 de 2007.
12. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 2726 de 2007
13. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio N° 1202 de 2008.

VI. NORMAS

1. 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. Santiago, Chile. 29 Feb. 1989. 20 p.
2. DECRETO N° 864. Aprueba Reglamento de la Ley N° 18.815, sobre Fondos de Inversión. Santiago, Chile. 23 Feb. 1992. 19 p.
3. LEY N° 18.657. Autoriza creación de Fondo de Inversión de Capital Extranjero. Santiago, Chile. 29 Sept. 1987. 8 p.
4. DECRETO N° 1019. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 1.328, de 1976, sobre Administración de Fondos Mutuos. 19 Feb. 1979. 12 p.
5. LEY N° 19.705. Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece régimen de gobiernos corporativos. 20 Dic. 2000. 45 p.
6. LEY N° 20.190. Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales. 5 Jun. 2007. 58 p.
7. LEY N° 20.448. Introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales. 13 Ago. 2010. 28 p.
8. CONVENIOS Tributarios celebrados por Chile conforme al Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

VII. SITIOS WEB

1. ASOCIACIÓN Chilena Administradoras de Fondos de Inversión. [en línea]. <<http://www.acafi.com/>>
2. SECURITIES and Exchange Commission. [en línea]. <<http://www.sec.gov/>>

3. INVESTMENT Company Institute. [en línea]. <<http://www.ici.org/>>
4. ASOCIACIÓN de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. [en línea]. <<http://www.inverco.es/welcome.do>>