



“EFECTOS TRIBUTARIOS DEL USUFRUCTO”

**(SUB-TEMA: LEY 16.271 SOBRE LAS HERENCIAS, ASIGNACIONES Y
DONACIONES)**

Parte II

TESIS/AFE PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN TRIBUTACION

Alumna: María Francisca Orrego Canale

Profesor: Aida Andrea Gana Galarce

Santiago, septiembre de 2020

ÍNDICE

	Página
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	1
1. Planteamiento del problema: efectos tributarios del usufructo en relación a la ley 16.271	1
2. Objetivos	3
2.1. Objetivo general	3
2.2. Objetivos específicos	3
3. Hipótesis	4
4. Metodología	4
CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE	5
CAPITULO III: MARCO NORMATIVO Y TEÓRICO	7
1. Características del usufructo	7
1.1. Conformantes del usufructo	9
1.2. Elementos necesarios para el usufructo	11
2. Ley de Herencias, Asignaciones y Donaciones	12
3. Catálogo de esquemas tributarios (SII, 2019) y otros oficios relacionados.	14
3.1. Oficios del SII relacionados con esta investigación	14
3.1.1. Oficios generales	15
3.1.2. Oficios relativos a la paternidad del contribuyente	15
3.1.3. Oficios relativos a los bienes raíces	16
3.1.4. Oficios relativos al inmueble	16
3.2. Catálogo de esquemas y operaciones tributarios del SII (2019)	16

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO	17
1. Las personas jurídicas como titulares de derechos	17
2. Ley de Herencias, Donaciones y Asignaciones 16.271	17
3. La elusión y la reforma tributaria 2014	19
3.1. Artículo 4 bis	20
4. Usufructo	22
4.1. Constitución del usufructo	22
4.2. Efectos y derechos del usufructo	23
4.3. Obligaciones del usufructuario	24
4.4. Extinción del usufructo	26
4.5. Usufructo y tributación	26
5. Principios de legalidad tributaria	28
6. Buena fe y Código Tributario	30
7. Evasión y elusión tributaria	31
8. Catálogo de esquemas del SII	32
8.1. “Caso 25” del <i>Catálogo de esquemas</i>	33
CONCLUSIONES	35
BIBLIOGRAFÍA	36

ÍNDICE DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1: Relación tributaria del usufructo según la edad del usufructuario	14
Tabla 2: Oficios generales del SII	15
Tabla 3: Oficios sobre usufructo y paternidad	15
Tabla 4: Oficios relativos a bienes raíces	16
Tabla 5: Oficios relativos al inmueble	16

ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1: Características generales del usufructo	5
Figura 2: Elementos del usufructo	11
Figura 3: Elementos necesarios para constituir la figura de usufructo	12
Figura 4: Criterios para tasar el usufructo según la Ley de Herencias, Donaciones y Asignaciones.	14
Figura 5: efectos y derechos derivados del usufructo	23

Abreviaciones

Art	Artículo
CC	Código civil
CT	Código tributario
Incs	Inciso
SII	Servicio de Impuestos Internos

RESUMEN EJECUTIVO

El presente estudio se inserta en su contexto más amplio en la Ley 16.271 sobre las herencias, donaciones y asignaciones, y en el particular en los efectos tributarios de la figura del usufructo.

Para tales intereses se realiza un análisis conceptual de las variables incluidas en esta investigación para luego configurar un estudio dogmático con apoyo en la literatura existente y enfocado en los documentos normativos.

En el proceso se encontró que la literatura existente es bastante crítica con el marco normativo tributario chileno. Los estudiosos lo acusan de no proporcionar seguridad jurídica, a pesar de que al mismo tiempo infieren que existe el espíritu por parte de los redactores de proporcionarla.

La figura del usufructo está bien descrita en sendos documentos legales y fiscales. Notablemente se menciona la Ley 16.271, la reforma tributaria de 2014 que dota al SII de potestades para fiscalizar posibles actividades elusivas y finalmente el *Catálogo de esquemas* (última versión 2019).

El SII ha señalado que el *Catálogo* no pretende exponer operaciones *per se* elusivas, sino mostrar casos que pueden ser foco de atención fiscalizadora. Destaca para efecto de nuestro interés el “caso 25” donde aparece la figura del usufructo.

Finalmente se concluye que el usufructo es una forma de planificación tributaria válida y lícita. Actividades como “adelantar herencias” no son factibles de ser punibles, sino que en realidad son figuras de uso y costumbre de contrato lícito,

y como tales, se desprenden prácticas jurídicas constantes y aceptadas. Consecuentemente es posible de afirmar que son prácticas lícitas y describibles en su uso.

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento del problema: efectos tributarios del usufructo en relación a la Ley 16.271

El dominio está compuesto por la nuda propiedad y el usufructo. Estos elementos pueden recaer en la misma persona, natural o jurídica, en cuyo caso el dominio estaría consolidado. No obstante, si estos elementos recaen en personas distintas, el uso y goce del inmueble correspondería al usufructuario y el dominio al nudo propietario. En este contexto surge la figura del usufructo.

El usufructo es una herramienta ampliamente utilizada para la planificación tributaria que tiene sus orígenes en el Derecho Romano. El diccionario de la Real Academia Española señala que la entrada léxica “usufructo” proviene del latín *usufructus*. En su contexto, se trata de una composición técnica entre los términos *usus* y *fructus*, es decir, el uso de un fruto o bien. El término supone en español un término específico del Derecho que la RAE define así:

“1. m. Der. Derecho a disfrutar bienes ajenos con la obligación de conservarlos, salvo que la ley autorice otra cosa.

2. m. Der. Utilidades, frutos o provechos derivados del **usufructo**”.

Como se señaló anteriormente, el usufructo es una herramienta comúnmente utilizada para planificación tributaria familiar, notablemente en el caso de las herencias. Se trata de una fórmula de uso frecuente, que se erige en una función económica con el fin de atribuir facultades de goce y disfrute a una persona, ya sea con carácter vitalicio o temporal. Terminado el beneficio, el usufructo vuelve a consolidarse en conjunto con la propiedad.

Bajo un contexto social en que la figura del usufructo ha aumentado como fórmula de planificación familiar, el SII ha puesto su foco de atención en la figura. Desde esta actividad revisoría del ente regulador, se ha sucedido la incorporación de la figura da en la publicación del *Catálogo de Esquemas Tributarios* (SII, 2019).

Destaca en el *Catálogo* el caso 25, donde se incorpora de la distinción de usufructo y nuda propiedad. Aunque el documento regulatorio intenta proporcionar seguridad jurídica a los contribuyentes al establecer que esta práctica no puede considerarse por sí sola elusiva, el mismo hecho de que se le haya incorporado al *Catálogo* provoca ciertos efectos contradictorios. Ello se desprende de que la incorporación al *Catálogo* podría atentar contra la libertad económica de los contribuyentes, particularmente del causante.

La situación mencionada ha problematizado la forma de constituirse el usufructo y la tasación de éste, complejizando los efectos tributarios del mismo, ámbito que es necesario revisar a través de la aplicación de la normativa vigente.

Desde lo planteado, la pregunta que guiará esta investigación es si el usufructo se encuentra correctamente configurado en tanto que como herramienta de planificación tributaria garantice la seguridad jurídica. Se investigará la existencia de dos titulares de derechos sobre un mismo bien y estos mismos como posibles contribuyentes, determinando cuales son los efectos tributarios para cada uno de estos.

2. Objetivos

2.1. Objetivo general

-Comprobar si el derecho real de usufructo, por su propia naturaleza jurídica, faculta al causante para planificar el destino del patrimonio propio, mediante la identificación de dos contribuyentes (usufructuario y propietario nudo) que emergen al constituirse la figura en cuestión.

2.2. Objetivos específicos

-Estudiar los elementos que constituyen la figura del usufructo, en particular a partir de la revisión las formas en que pudiere constituirse por propia voluntad del causante.

-Estudiar la existencia de dos titulares de derecho, nudo propietario y usufructuario, así como la relación de estos con el usufructo y la masa hereditaria respectivamente.

- Analizar las normas expresas que regulan los efectos tributarios del usufructo, tanto para el nudo propietario como para el usufructuario.
- Analizar principios tributarios distintos del *Catálogo de esquemas* del Servicio de Impuestos Internos (2019).
- Identificar si la Ley de Herencia, Donaciones y Asignaciones constituye una norma de control en relación con la valorización del usufructo.
- Estudiar el origen de la elusión del usufructo de bienes y su efecto en la carga impositiva del contribuyente.

3. Hipótesis

El usufructo, como herramienta de planificación tributaria, no es elusivo dada su propia naturaleza jurídica y su amplio uso históricamente para traspasar patrimonio familiar sin afectar la herencia.

4. Metodología

Se realizará un análisis dogmático sobre la normativa vinculada a los efectos tributarios del usufructo como herramienta de planificación.

CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE

Durante la construcción teórica de la temática a tratar se pudo observar que no existen suficientes estudios específicos. No obstante, recientemente el Servicio de Impuestos Internos ha incorporado en su *Catálogo operaciones* el usufructo como figura en el proceso de reorganización empresarial y familiar. De ello se supone que comenzarán a aflorar estudios respecto a la temática de esta indagación.

Se observa la emergencia de investigaciones de grado recientes, particularmente en el seno de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, en los cuales se aborda temáticas similares.

Interesa destacar dos casos, el primero la investigación *Impuesto sobre las herencias, cuantificación de la base de estructuras de planificación frente a la elusión tributaria* (Henríquez, 2019). Este estudio que la finalidad de ahorro impositivo, sin una razón económica, constituye la presencia de situaciones cuya valorización podría ser observada por el SII, por lo que podría aplicar sanciones y por lo tanto solicitar el pago de las diferencias de impuestos que de ello se determine.

Otra investigación de grado es *Planificación tributaria: un problema frente a las normas destinadas a evitar la elusión tributaria* (Saavedra, 2018). En este caso se concluye que resulta lícito para los contribuyentes efectuar planificaciones tributarias no agresivas, a través del cumplimiento creativo de la norma tributaria, precisamente porque este tipo de planificación es una de las 37 manifestaciones del

derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en los términos garantizados en el artículo 19 n° 21 de la Constitución Política.

CAPITULO III: MARCO NORMATIVO Y TEÓRICO

1. Características del usufructo

En esta sección se explica las características principales del derecho real de usufructo, la forma en que se constituye y las obligaciones para ambos contribuyentes. Se analiza algunos principios tributarios necesarios para el desarrollo de la problemática, así como la forma en que podrían afectar o no los oficios y circulares, en particular el *Catálogo de esquemas tributarios* del Servicio de impuestos internos (2019) al uso de esta herramienta y sus posibles efectos tributarios.

El Derecho Real de Usufructo, establecido en los Artículos 764 del C.C. y siguiente, lo define como “El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

- a) *Es un derecho real* de goce por particular del usufructuario como titular de éste.
- b) *Es temporal*, por lo tanto, está limitado en el tiempo (Artículo 765, incs 2): “Tiene por consiguiente una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad”. Como se observa, su duración es establecida en relación con un lapso o bien a la vida del usufructuario.
- c) *No es heredable*, no obstante, puede ser enajenado, siempre y cuando el causante de este derecho no la haya prohibido en virtud del Artículo 793 C.C.” El

usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito”.

Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario, pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición: “El usufructuario que contraviniera a esta disposición, perderá el derecho de usufructo”.

d) Pincheira agrega que es divisible: “Se podrán dividir los frutos que produzca una cosa. Esto puede hacerse en relación a la utilidad que genere o a los

frutos que produzcan distintas partes de la cosa fructuaria”. (2019, 32)

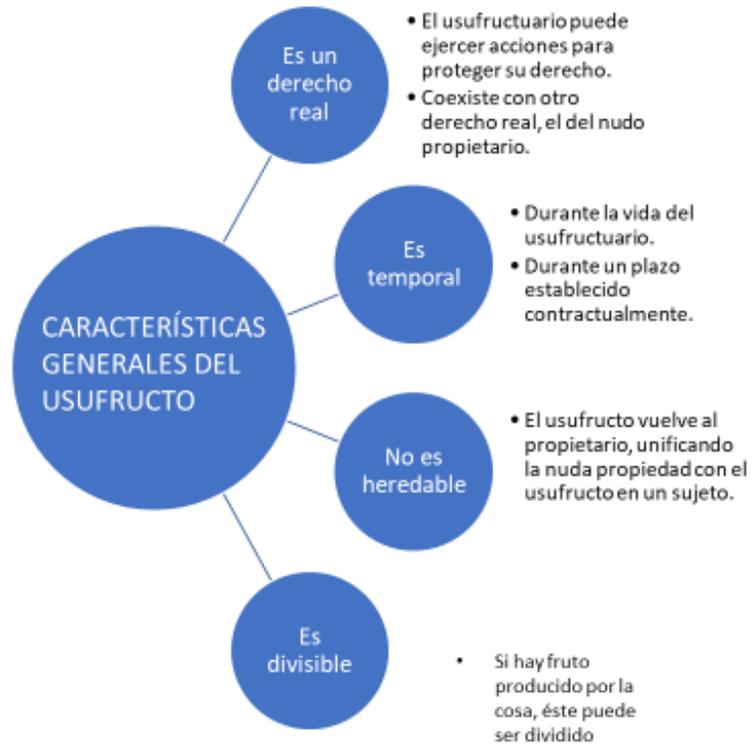


Figura 1: Características generales del usufructo

1.1. Conformantes del usufructo

El usufructo tiene como uno de sus elementos principales el objeto de un bien inmueble o mueble susceptible de ser apropiable, es decir, que esté dentro del comercio, pueda ser usado y gozado. “También es admisible sobre derechos, y puede recaer sobre particular de éste o sobre toda la cosa”. (Díaz Picazo, 329,)

Desde el punto de vista de función económica o tributaria, el usufructo se constituye o utiliza para atribuir facultades de disfrute o goce a una persona con carácter vitalicio o temporal. Su mayor utilización temporal alcanza a situaciones de naturaleza hereditaria o sucesoria.

Considerando que este derecho real es bastante extenso, me limitaré a definir los elementos relevantes para esta investigación.

a) *Constituyente*: es quien crea el usufructo, sea porque se despoja solo del uso y goce, conservando la nuda propiedad o porque enajena o transmite el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra.

b) *Nudo propietario*: es quien tiene la propiedad de la cosa fructuaria, despojada del uso y goce. Puede ser el mismo constituyente, en cuyo caso conserva la nuda propiedad, o un tercero a quien se le atribuye. La nuda propiedad está definida en el inciso 2º del Artículo 582: “La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.

c) *Usufructuario*: es el titular del derecho real de usufructo, quien detenta el uso y goce de la cosa.

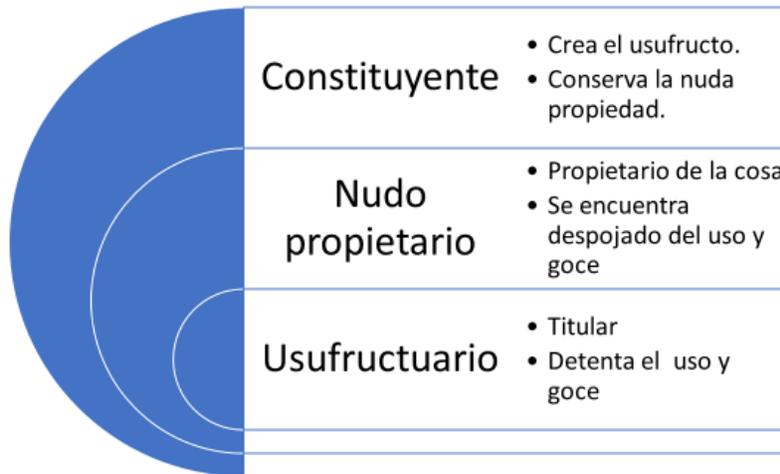


Figura 2: Elementos del usufructo

Es relevante señalar que, respecto a los elementos descritos, no hay inconveniente en que haya pluralidad en cada uno ellos. Asimismo, el usufructuario y el nudo propietario no existe comunidad debido a que, si bien los derechos de ambos titulares recaen sobre el mismo objeto, son de distinta naturaleza.

1.2. Elementos necesarios para el usufructo

Pincheira (2019) señala que para poder constituirse la figura del usufructo deben converger tres elementos para que la figura del usufructo sea viable: el bien

o la cosa, los conformantes del usufructo, definidos anteriormente y el plazo.

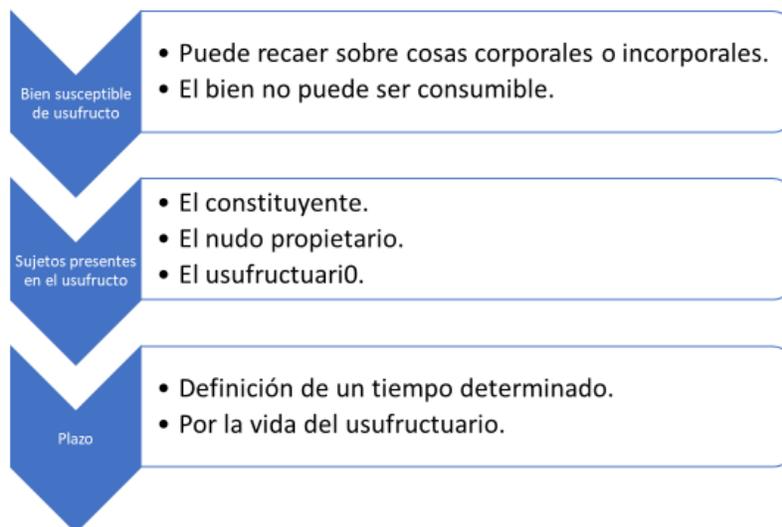


Figura 3: Elementos necesarios para constituir la figura de usufructo

2. Ley 16.271 de impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones

En su Artículo 6, la ley analiza una valoración del usufructo y utiliza una serie de mecanismos en dependencia de la forma de constitución de éste. Por tanto, el testador constituye usufructo por testamento, y es la comunidad hereditaria quien se puede ver afectada por esto, porque existen dos titulares de derechos nuevos o dos contribuyentes: la comunidad hereditaria que le queda con la nuda propiedad y el usufructuario que fue destinado como tal por testamento y que tendrá que pagar el impuesto analizado. Por tanto, para la comunidad hereditaria como tal será una

baja en su valoración y será el usufructuario quien pagará el impuesto en relación con la siguiente norma:

Artículo 6°: cuando el gravamen con que se defiera una asignación o se haga una donación consista en un usufructo en favor de un tercero o del donante, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto:

1° Si el usufructo es por tiempo determinado, un décimo de la cosa fructuaria por cada cinco años y fracción que el usufructo comprenda;

2° Si el usufructo es por tiempo indeterminado, por estar su duración sujeta a condición o a plazo que signifique condición, la mitad del valor de la cosa fructuaria;

3° Si el usufructo es vitalicio, la fracción de la cosa fructuaria que resulte de aplicar la siguiente escala, según sea la edad del beneficiario.

Edad del beneficiario	Fracción de la cosa
> 30	9 /10
> 40	8 /10
> 50	7 /10
> 60	5 /10
> 70	4 /10
> 70	2 /10

Tabla 1: relación tributaria del usufructo según la edad del usufructuario

Artículo 6° - Ley de herencias		
Usufructo por tiempo determinado	Usufructo por tiempo indeterminado	Usufructo vitalicio

Figura 4: Criterios para tasar el usufructo según la Ley de Herencias, Donaciones y Asignaciones.

3. Catálogo de esquemas tributarios (SII, 2019) y otros oficios relacionados

3.1. Oficios del SII relacionados con esta investigación

La selección del corpus de oficios emanados del SII, se ha hecho en la medida al interés que competan para esta investigación. No obstante, la extensión y variación no hacen viable un análisis acabado dentro de los alcances de esta investigación. Se indexan los oficios organizados según su naturaleza.

3.1.1. Oficios generales

Número de oficio	Fecha
21	24/01/1996
770	04/01/1996
485	04/03/1997
95	13/01/1998
2972	04/01/1998
3328	10/08/2001

Tabla 2: oficios generales del SII

3.1.2. Oficios relativos a paternidad de contribuyente

Número de oficio	Fecha	Descripción
1482	29/03/2004	Consulta sobre usufructo a título gratuito sobre acciones
3604	29/07/2004	Determinación del valor de costo en la enajenación de la nuda propiedad
488	09/09/2004	Determinación del valor de costo en la enajenación de la nuda propiedad
4888	09/12/2006	Tributación del usufructo constituido sobre acciones
1279	18/06/2007	Usufructo constituido sobre acciones.
2151	03/10/2013	Tratamiento tributario de las sumas pagadas por el derecho de usufructo

Tabla 3: Oficios sobre usufructo y paternidad

3.1.3. Oficios relativos a bienes raíces

Número de oficio	Fecha	Descripción
1278	12/06/2013	Vigencia de las normas del código civil en materia tributaria
1839	23/06/2016	Enajenación del derecho real de usufructo y de la nuda propiedad

Tabla 4: Oficios relativos a bienes raíces

3.1.4. Oficios relativos al inmueble

Número de oficio	Fecha	Descripción
12	05/01/2017	Tributación de la cesión del derecho real del usufructo

Tabla 5: Oficios relativos al inmueble

3.2. Catálogo de esquemas tributarios del SII (2019)

En este documento se busca describir diversas situaciones que puedan inducir al contribuyente a un incumplimiento tributario. Con este fin órgano tributario realiza anualmente una guía destinada a entregar certeza jurídica, describiendo situaciones que no tienen carácter elusivo, pero respecto a las cuales el órgano tributario podría poner especial atención respecto a la fiscalización. En el siguiente capítulo se analizará el caso 25 del catálogo, pues es en él donde se atiende el particular caso de la división entre nuda propiedad y usufructo.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO

En esta sección se intentará realizar un análisis crítico de las normas relacionadas con la figura del usufructo y tributación.

1. Las personas jurídicas como titulares de derechos

El Artículo 770 C.C. inciso tercero permite expresamente a las personas jurídicas ser titulares de usufructos, sin embargo, exige limitar expresamente su duración: “El usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años”. Sin embargo, esta norma no dispone nada acerca de una sociedad civil o mercantil, en cuyo caso la duración será la que el constituyente haya señalado en el instrumento publico respectivo.

En tal sentido, en una sentencia de la Corte de Valparaíso del año 1901, se concluye que el Artículo 770 no se aplica a las “sociedades industriales”, pues sólo se refiere a las citadas personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro.

2. Ley de herencias y donaciones 16.271

La Ley de Herencia, Donaciones y Asignaciones tiene antecedentes desde principios de siglo XIX cuyo redito se asignaba a la instrucción primaria, como consigna en las llamadas “mandas forzosas”, así como varias normas y modificaciones insertas en estos dos siglos. En el caso de la Ley de Herencias, Donaciones y Asignaciones es una de las 37 manifestaciones del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en los términos garantizados es una de

las 37 manifestaciones del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, supone el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en los términos garantizados. Aquí quedo establecido que el gravamen que se aplique a una asignación o donación que devenga en un usufruto se deducirá el acervo de la siguiente manera: “Art. 6. Cuando el gravamen con que se defiera una asignación o se haga una donación consista en un usufruto en favor de un tercero o del donante, se deducirá del acervo sujeto al pago del impuesto”.

Cuando el inmueble entra en el acervo hereditario, éste debe ser tasado según la forma contenida en la Ley de 16.271. De ésta se desprende que hay distintas metodologías para su valorización y tasación, en relación con la edad del beneficiario, el plazo del usufruto, entre otros factores, y que ha sido reconocida por el ente fiscalizador como una norma de control.

En el particular de que el causante hiciere una cesión o venta de la nuda propiedad, reteniendo para sí el usufruto vitalicio y llegado el momento se consolidase en una persona la nuda propiedad y el usufruto, se considerará el valor de la propiedad a la fecha de la consolidación con deducción de lo gravado al donarse la nuda propiedad (Cfr. Pincheira, 2019). Existe la posibilidad de que al momento de la venta o cesión de la nuda propiedad se haya pagado la tributación correspondiente al total de la propiedad, caso en el cual la tributación se acumulará en el momento de la tributación.

Al separar los atributos de usufruto y nuda propiedad, estos se vuelven enajenables por separado teniendo un valor del bien en cuanto a una de las partes. Una de las problemáticas es cómo tasar un bien que, tal como es enajenable, es tasable.

Pincheira señala que “Erróneamente, se ha indicado en ocasiones que el antecedente que se debe considerar para esta valoración corresponde al artículo 6° de la Ley de Herencias y Donaciones” (2019, p. 52). El artículo descrito anteriormente, como se mencionó, establece la duración del usufructo como la medida para fijar la tasación. El error consiste a que esta tasación sólo corresponde a las herencias y donaciones. En cambio, cuando se trata de acciones comerciales, estas se establecen basadas en el valor del mercado.

En este punto, Pincheira (2019) se pregunta cómo valorizar una sociedad cuando no se tienen valores de referencia y plantea como respuesta que en el caso de que se desagregue la propiedad nuda y el usufructo, estos pueden ser representados como las rentas que se espera genere el patrimonio a futuro. Esta expectativa es bien conocida desde un paradigma financiero y por lo tanto es factible establecer la tasación. Por lo tanto, ésta dependerá del patrimonio que devenga y de cuántos y cuales sean vinculables al usufructo y a la nuda propiedad.

El beneficio de este modelo en que se separa nuda propiedad de usufructo está en la seguridad que para ambas partes devenga. El usufructuario podrá generar frutos en base a una actividad mientras que el nudo propietario no se verá afectado, en términos financieros y jurídicos.

3. La elusión y la reforma tributaria 2014

La reforma tributaria del año 2014 atribuyó al SII potestades interpretativas sobre las conductas de los contribuyentes, en particular con el objeto de detectar actos de elusión. Esí actos potencialmente elusivos se configurarían por dos vías.

De un lado abuso de normas configurativas de tributación y de otro la simulación (Cfr. Yáñez, 2014).

Taboada (2003), Pincheira (2019) y Yáñez (2014) señalan que la tensión entre norma tributaria y los límites de las prácticas de éstas, son inherentes a la existencia de la tributación, y que, aunque las normas se actualicen, el antagonismo siempre estará vigente. “Y es además un problema un problema que nunca podrá ser resuelto, en cuenta es consecuencia de la tensión que existe en el Derecho Tributario entre la exigencia de tipicidad derivada del principio de legalidad tributaria y el deseo de los contribuyentes de sustraerse en lo posible en lo posible de la tributación”. (Yáñez, 2014)

El encuadre mencionado supone un desafío toda vez que en lo concreto está permeado por elementos ideológicos que no son estáticos en el tiempo. Es así que la norma antielusiva pretende a través de sus disposiciones correlativas (artículos 4 bis, 4 ter. 4 quater y 4 quinquies) anteponerse a un número no discreto de posibles acciones a las que puede y podrá recurrir un contribuyente.

3.1. Artículo 4 bis.

Lo innovador que en este artículo los hechos se interpretan primariamente en conformidad al modo en que se les configure y denomine por parte de los particulares. (Yáñez , 2014). No obstante la orientación “privatista”, “la ley tributaria ya no se interpretaría teniendo en cuenta a la autonomía privada, sino que la atención se pondría primordialmente en la naturaleza jurídica de dicha actividad, suponiendo que ésta sea claramente identificable” (Yáñez, 2014, p. 235). Es lógico que el problema de fondo en el asunto está en que la naturaleza jurídica no es obvia

para todo tipo de actos y negocios. Surge la pregunta, ¿cómo se puede normar con una legislación en principio estática de actos privados que se configuran en forma dinámica dada la naturaleza social que emana del interés de reducir tributaciones?

En efecto, la naturaleza social y cambiante de los negocios es potencialmente atípica, no discreta e imposible de predecir al menos en todas sus potencialidades realizables en el ámbito del derecho privado. “Sin embargo, la nueva norma parece suponer que en todos los casos es posible determinar esa naturaleza jurídica, de forma unívoca e irrefutable. Por el contrario, la realidad jurídica suele sugerirnos lo contrario”. (Yáñez, 2019, p. 235). Asimismo, el jurista interpreta que la intención del legislador chileno “fue probablemente dirigirse a las obligaciones sustantivas dejando de lado las adjetivas” (p. 236).

Por lo tanto en la comparación con la norma española de la cual se inspira la chilena, interpreta que la legislación chilena limita su aplicación a obligaciones tributarias puramente sustantivas y haga referencia a los hechos imponible y no a las obligaciones tributarias generales como sí hace la legislación española. “Si ésa fue la intención del redactor, nos parece que su intento fue fallido. La redacción no logra limitar la aplicación del nuevo principio a las puras obligaciones sustantivas, al poner énfasis en las leyes donde se contienen la fijación de hechos imponible (o mejor, de hechos gravados) en lugar de concentrarse en las normas que contienen dichas fijaciones (p. 236).

La cuestión para observar en este asunto es que el derecho sustantivo suele venir ligado a derecho adjetivo con los elementos procedimentales que corresponde. Si sucede que no hay normas adjetivas, las normas fijadoras de los hechos gravados en una parte importante de los casos, carecería de relevancia práctica (cfr. Yáñez).

El corolario emerge dentro de un análisis jurídico del que se desprende que la intención de la reforma fue cambiar desde una interpretación de lógica formal jurídica a un enfoque realista. A pesar de ello el proyecto de adoptar un modelo moderno como el español resulta fallido pues en las variaciones de la versión chilena parece haberse desestimado el espíritu de la norma española.

A pesar de que son varios los autores que señalan problemas de forma, estructura y operacionalidad de la norma tributaria nacional, probablemente la más grave es la que señala Malagueño “que la diferencia entre la regla sobre abuso y lo que sería la excepción de legítima opción, son conceptos jurídicos indeterminados carentes de parámetros objetivos para su aplicación” (2019, p.17).

4. Usufructo

4.1. Constitución del usufructo

Casos típicos de constitución del usufructo son los siguientes:

- a) Cuando el causante ha dejado consignada su voluntad de favorecer a un beneficiario vitaliciamente y que, terminado el usufructo, la propiedad sea heredada por los herederos del causante original y no por los herederos de quien gozó el usufructo.
- b) Un propietario puede ceder o vender una propiedad en vida, pero reservándose el usufructo vitalicio de la misma para su propio goce.

Para ser constituido, el usufructo requiere de un título, lo que está descrito en el Artículo 766 C.C.:

1º. Por la ley;

2º. Por testamento;

3º. Por donación, venta u otro acto entre vivos;

4º. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.

4.2. Efectos y derechos del usufructo

El usufructo produce derechos y obligaciones tanto para el usufructuario (los más relevantes), como para el nudo propietario.

a) *Derecho a usar*: La facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que implique su destrucción inmediata.

b) *Derecho a gozar*: llamado también *Ius Fruendi*, es la facultad que habilita para apropiarse los frutos que da la cosa. El usufructuario tiene derecho tanto a los frutos naturales y civiles que la cosa produzca.

c) *Derecho a administrar*, como establece el Artículo 777 C.C.

d) *Derecho a arrendar y ceder*: el Artículo 793 dispone que el usufructuario, en principio, puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera, a título oneroso o gratuito. Cabe consignar que el usufructo podría arrendarse incluso al nudo propietario, sin que por ello cambie su calidad. Es decir, sin que por ello opere la consolidación de su dominio y se transforme en pleno propietario.

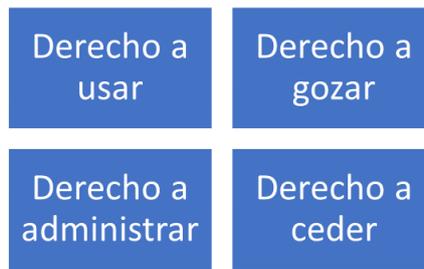


Figura 5: efectos y derechos derivados del usufructo

4.3. Obligaciones del usufructuario.

Uno de los factores más relevante para esta indagación es la contenida en el Artículo 796, del C.C., “Serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer nuevas cargas sobre ella en perjuicio del usufructo”. Corresponde asimismo al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales, que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se haya establecido. Si el usufructuario no realizase el pago de alguno de estos elementos, y se concretase algunos de los siguientes escenarios:

- a) Que los pagos sean hechos por el propietario nudo
- b) Que se enajenare o embargare la cosa fructuaria.

El usufructuario tiene la obligación de indemnizar de todo perjuicio al último. Así lo establece el Artículo 13 de la Ley de Impuesto a la Herencia: “El pago de los

impuestos que correspondan por las rentas que provengan de bienes recibidos en usufructo o a título de mera tenencia, serán de cargo del usufructuario o del tenedor, en su caso, sin perjuicio de los impuestos que correspondan por los ingresos que le pueda representar al propietario la constitución del usufructo o del título de mera tenencia, los cuales se considerarán rentas”.

Al constituirse el usufructo, el precio determinado en el contrato de compraventa libremente por las particulares puede ser objeto de tasación respecto del nudo propietario, quien enajena ese derecho. Es el nudo propietario quien puede ser

a) Objeto de tasación en la transacción porque es quién valoriza el bien, a través de una norma de control Contendida en el Artículo 64 del código tributario.

b) Objeto de los impuestos periódicos fiscales y municipales, que graven la cosa fructuaria, en cualquier tiempo que se hayan establecidos (Artículo 796). Por ende, si fuera un impuesto “extraordinario” y no periódico, no sería de cargo del usufructuario, sino de cargo del nudo propietario. Si usufructuario hubiese satisfecho la imposición, deberá abonarle lo correspondiente al nudo propietario. Se entiende entonces que estas obligaciones específicas de naturaleza tributaria son de reparto interno entre nudo propietario y usufructuario.

En este sentido el oficio n° 882, de 05.04.2016 establece: “I. Impuesto Territorial o contribuciones de bienes raíces será pagado por el dueño o por el ocupante de la propiedad, ya sea este usufructuario, arrendatario o mero tenedor, sin perjuicio de la responsabilidad que afecte al nudo propietario”.

De las deudas hereditarias y testamentarias, en la proporción que establece el artículo 1368 del CC y demás normas de la sucesión por causa de muerte, si el usufructo se hubiere constituido por testamento, “Si el testador deja el usufructo de una particular de sus bienes o de todos ellos a una persona y la nuda propiedad a otra, el propietario y el usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que cupieren a la cosa fructuaria. Las obligaciones que unidamente les quepan se dividirán entre ellos conforme a las normas que siguen:

1ª. Será del cargo del propietario el pago de las deudas que recayere sobre la cosa fructuaria, quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que continuare el usufructo.

2ª. Si el propietario no se allanare a este pago, podrá el usufructuario hacerlo, y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital sin interés alguno.

3ª. Si se vende la cosa fructuaria para cubrir una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del Artículo 1366”

4.4. Extinción del usufructo

Se extingue el usufructo por las siguientes causales:

a) Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición establecidos (Artículo. 804).

b) Por muerte del usufructuario (Artículos 806, 773, inciso 2º).

- c) Por resolución del derecho del constituyente (Artículo. 806).
- d) Por consolidación del usufructo con la nuda propiedad (Artículo 806).
- e) Por prescripción (Artículo 806).
- f) Por renuncia del usufructuario (Artículo 806).

4.5. Usufructo y tributación

En Chile, el usufructo se encuentra regulado en el Título IX del Libro II del Código Civil, y el artículo 764 lo define como el “El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

Para el particular de este análisis es necesario desarrollar la noción de coexistencia de dos titulares de derechos respecto de un mismo bien. Al respecto el Artículo 765 del C.C., expresa lo siguiente “El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario. Tiene por consiguiente una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad”.

La norma en cuestión, así como la misma figura del usufructo, no se contraponen a una de las principales características del derecho de la propiedad, esto es, el que el derecho a la propiedad sea un derecho exclusivo. Por su esencia, el derecho de propiedad supone un titular único facultado para gozar, usar y disponer del bien. Esta exclusividad no limita a que puedan existir sobre un bien otros

derechos. El usufructo, en realidad, sólo limita la libertad de acción del propietario, en este caso del nudo propietario.

Para el objeto principal de este estudio es relevante desarrollar este punto, ya que a ojos del ente fiscalizar tendremos dos sujetos o bien dos contribuyentes, donde antes existía uno solo, sobre un mismo bien.

Por otro lado, y como es normal, la legislación tributaria ha sufrido cambios diacrónicamente según las circunstancias político-jurídicas del momento. No obstante, no son pocos los autores que observan que no hay lineamientos coherentes y que las modificaciones son “parches” (Cfr Yáñez, 2014; Pincheira, 2019). Consecuentemente, para los autores los privados han debido ser “inventivos” frente a los cambios que se suceden en la legislación

El usufructo, como se ha señalado, es una herramienta de planificación fiscal que viene desde el Derecho Romano y que, en el tenor de los cambios, se ha adaptado a las necesidades contextuales y pragmáticas. Es importante destacar que la figura del usufructo nueva, ha sido de hecho una herramienta en estructuras empresariales fiscales simples (Pincheira, 2019).

5. Principio de legalidad tributaria

El principio de legalidad en materia tributaria recae en que únicamente en virtud de una ley se pueden establecer tributos, como lo establece nuestra Constitución desde el año 1812. En este sentido, la legalidad de los tributos adquiere

forma de reserva legal: sólo por Ley puede crear impuestos y todo gravamen requiere un fundamento legal

”En concreto, cabe precisar que en el ejercicio de la potestad tributaria el legislador debe respetar los principios y valores generales en que se basa nuestra Ley Fundamental, aquellos que derivan expresamente de la libre iniciativa, del mercado como distribuidor de recursos y del rol subsidiario del Estado, al igual de la prohibición expresa consignada en el Artículo 19, n° 20, inciso segundo de nuestra constitución, que a la letra dice: “En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.” (Dr. Teodoro Ribera Neumann; Conferencia para el Seminario “La Constitución Económica” Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 20 de octubre de 1999).

De este principio se pueden desprender algunas limitaciones respecto a su interpretación y aplicación de las normas tributarias. Destacan entre otras:

a) El sujeto obligado, la base imponible, la tasa y demás elementos del hecho gravado, deben emanar de una Ley formal y no de principios jurídicos, interpretaciones, analogías u otras fuentes del Derecho. Como consecuencia de este principio de legalidad tributaria, se desprende: “no puede por vía analógica o simple interpretación crearse obligaciones tributarias ni modificarse las ya existentes”. (Mejías, 2016)

b) La jurisprudencia tributaria en esta materia limita el actuar del ente fiscalizador del SII. “Este principio viene a ser una forma de asegurar a los contribuyentes el ejercicio del poder tributario sólo dentro del ámbito legal, quedando vedado a la autoridad administrativa el ejercicio de dicho poder”. Por lo tanto en “ningún caso éste ente

fiscalizador deberá ocuparse de trabajo interpretativo de los efectos de la norma tributaria”. (Varela, 2012).

6. Buena fe y Código Tributario

El Artículo 4 del Código Tributario señala: “las normas de este Código sólo rigen para la aplicación o interpretación del mismo y de las demás disposiciones legales relativas a las materias de tributación fiscal interna a que se refiere el Artículo 1º, y de ellas no se podrán inferir, salvo disposición expresa en contrario, consecuencias para la aplicación, interpretación o validez de otros actos, contratos o leyes”.

En virtud de lo señalado en el Artículo 4 antes descrito y a partir de la reforma tributaria, del año 2015 ley nº 20.780 que incorpora la norma general anti elusiva, se señala:

Artículo 4 bis del C.T.: “Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijan los hechos imposables, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles”.

El SII deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes.

En cambio, no hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imposables establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imposables en los casos de abuso o simulación establecidos en los Artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente.

En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los Artículos 4° ter y 4° quáter. “Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los Artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los Artículos 4° quinquies y 160 bis”,

Esta norma general anti-elusion reconoce el principio de buena fe en materia tributaria, en virtud de este el contribuyente podrá elegir diversas formas o mecanismos existentes y consecuencias que sus efectos deberán ser respetados por el ente fiscalizador, en virtud de la propia naturaleza de estos actos o contratos (Cfr. circular n° 55 de 2014).

7. Evasión y elusión tributaria

Evasión tributaria “se define como el uso de medios ilegales para reducir el pago de impuestos que le correspondería pagar a un contribuyente. El contribuyente evasor actúa de mala fe, en forma ilícita, incurriendo en dolo para pagar menos impuesto que lo que realmente le corresponde”. (Yáñez, 2014).

Por otro lado, elusión tributaria se define como "...la utilización de medios legales para reducir la cantidad de impuesto a pagar. Es decir, el contribuyente hace uso de las normas que están dentro de la ley para conseguir este propósito." (*Ibíd.*).

8. Catálogo de esquemas del SII.

En la tensión existente entre privados y fiscos, el SII elaboró el *Catálogo de esquemas* que se ve actualizado constantemente con oficios, instructivos y ejemplificaciones. Pincheira (2019) señala al respecto que la forma y plasticidad del catálogo "...ha obligado a los asesores a realizar un juicio *ex ante* de ciertas alternativas de reorganización, aumentando los requisitos más allá de lo que pide la ley. (p. 29). La figura del usufructo, como resulta razonable esperar, no es inmune a estos cambios y ello está expresado en el *Caso 25 Catálogo de esquemas del ente regulador*.

El contexto se vuelve algo menos nítido dada que Por otro lado, el mismo SII señala "El catálogo no es un esquema de planificaciones en las que nosotros digamos esta operación es elusiva, sino describe operaciones que presentan ciertos atributos que podríamos calificar de indiciarios de elusión" (Nuevo Poder, 2017).

8.1. “Caso 25” del *Catálogo de esquemas*

Según describe el SII, una aplicación de la figura del usufructo es la transferencia de nuda propiedad de gran parte de derechos sociales o acciones de sociedad controladora de empresa familiar por el líder o los líderes familiares a alguna sociedad controlada por miembros del mismo grupo familiar. En el caso se estaría frente transferencias de propiedad desde y hacia sociedades familiares para obtener ventajas impositivas, ya sea a nivel de Impuesto a la Renta o de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, según corresponda, pudiendo por lo tanto el SII iniciar el proceso de fiscalización que corresponda, con el objeto de determinar la correcta tributación de las partes.

Sin embargo, en el análisis del caso, el Servicio de Impuestos Internos reconoce que la operación, por sí sola, no puede considerarse elusiva, por lo que pondría una atención especial en aquellos elementos que harían distinta a esta operación respecto de otras transacciones llevadas a cabo en circunstancias similares.

Vista esta situación, la operabilidad del ente fiscalizador ha de considerar razones económicas y jurídicas, así como las características del contrato, como monto, plazo y sanciones (Paillacar, 2019).

Paillacar también releva que al analizar la situación expuesta en el catálogo, no se mencionan razones económicas y jurídicas, aunque se puede inferir el SII podría fiscalizar si observa que se persigue un beneficio tributario mayor. En cuanto a las características del contrato de compraventa: “Los enajenantes se reservan el usufructo de las acciones o derechos sociales, manteniendo para sí la

administración, derechos políticos y sobre utilidades que surgen de las acciones o derechos sociales enajenados”. (p. 31 – 32).

En la mirada antielusiva, si en las cláusulas contractuales se denotase la intención postergar indefinidamente el actuar del ente fiscalizador, éste podrá investigar, liquidar y girar el impuesto.

Por otro lado, al no presentarse razones de negocio en el caso analizado, no es del todo viable extender el análisis o establecer con claridad cuando se produce un precio rebajado en la transacción. Paillacar teoriza dos casos que podrían ser sujetos de fiscalización:

- a) Si existen condiciones en ciertos negocios en que desprenderse de la nuda propiedad y conservar el usufructo permitiese condiciones fiscales favorables.
- b) Negociar un precio más bajo que sea compensado por los flujos futuros de ingresos,

La conclusión, y ligados a que el *Catálogo* no pretende ser un indexamiento de casos de elusión y la falta de algunas precisiones en el caso 25, suponen que los ejemplos señalados por Paillacar no son con seguridad jurídica prácticas elusivas, sino situaciones en las que el SII podría poner atención.

CONCLUSIONES

No son pocos los autores que señalan que la norma tributaria vigente y sus consiguientes cambios son defectuosos al no otorgar certeza jurídica. Yáñez, ante la reforma tributaria 2014, señala que “Se echa de menos en la nueva normativa un grado mínimo de participación del contribuyente en el proceso administrativo de declaración de existencia de ‘abuso’ o ‘simulación’, ya sea por la vía de aportar información y la de impugnar actuaciones de la administración. (2014, p. 236)

Como ha señalado la doctrina, “si las consecuencias jurídicas de las reglas positivas quedan sujetas a hechos y circunstancias que no se anuncian expresamente de manera anticipada a que ellos ocurran, no existirá seguridad jurídica, debido a que no es posible aplicar de manera objetiva la ley”. (Villamán, 2019, p. 173).

Ahora bien, aunque en los documentos normativos se observe algún tipo de deficiencia jurídica, ello no indica que en los hechos, sí hay prácticas que deben ser reconocidas. Por lo mismo puede afirmarse que el usufructo es una figura válida para ejercer planificación tributaria, notablemente en empresas familiares, por ejemplo.

Si por el contrario, se da cuenta de que existen intereses elusivos a saber, sólo el ahorro tributario sin una razón jurídica, comercial u organizacional, el ente fiscalizador puede aplicar medidas correspondientes.

La planificación tributaria es un acto lícito constituido por actos jurídicos desde los cuales se elige un método lógico y sistemático una organización que

permita acceder a la menor carga tributaria. “Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria” (Vásquez, 2016, p. 20). Así se erige el derecho del constituyente de elegir un contrato entre distintos tipos de opciones, tal como el usufructo es lícito en la planificación en empresas familiares.

En los hechos, es la autoridad tributaria quién debe probar si el contrato no es lícito por su falta de veracidad en las formas y/o tasaciones. La falta de seguridad jurídica se expresa en casos tan cotidianos como cuando se considera que un traspaso a herederos antes de la muerte del constituyente es una forma de elusión. En nuestra opinión no es tal la situación, puesto que no es viable probar que se trata de un “anticipo de herencia”, sino más bien se trata el uso y costumbre de este contrato. Como se ha visto, su máximo ejemplo es que hay prácticas de tasación impositiva descritas en esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA

Centro de estudios tributarios de la Universidad de Chile, 2013, Norma antielusiva, n° 35, Santiago.

Diez, L. y Gullon, A. *Sistema de derecho civil*. Editorial Tecnos, Madrid.

Faúndez, A. Charla “Elusión y moral tributaria” del 15 de octubre de 2018. Disponible en <http://www.postgradouchile.cl/index.php/2018/08/06/magister-en-tributacionrealizo-charla-modernizacion-tribut>

Henríquez, X. y Paillacar, J. “Impuesto sobre las herencias, cuantificación de la base de estructuras de planificación frente a la elusión tributaria”. Tesis de magíster, Universidad de Chile, Santiago, 2019.

Montecinos, J., 2000, “De la elusión y la evasión tributaria”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 207, pp. 151 – 162.

Nuevo poder, “SII pone foco en operaciones con familiares y seguros de vida”, 2017, disponible en <http://www.nuevopoder.cl/elusion-sii-pone-foco-en-operaciones-con-familiares-y-seguros-de-vida/>

Pincheira, J. P. “El usufructo y sus efectos tributarios”. *Revista de Derecho Tributario de la Universidad de Concepción*, vol 6, pp. 28 – 57.

Saavedra, P. “Planificación tributaria: un problema frente a las normas destinadas a evitar la elusión tributaria”, Tesis de magíster, Universidad de Chile, Santiago, 2018.

Salfie, F., 2018, “El impuesto a las herencias como institución de justicia”, *Centro de estudios públicos*, p. 128.

Saffie, F, 2017, “Excepciones de tasar del artículo 64 del Código tributario”, *Centro de estudios tributarios* disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095919/rev126_FSaffie.pdf,

Servicio de Impuestos Internos, 2018, *Catálogo de esquemas tributarios*, Santiago.

Vergara, G. 2017. “Excepciones a la facultad de tasar del artículo 64 del Código tributario”. *Revista de estudios tributarios*, n° 18, pp. 63 – 97.

Vergara, S., 2006, “Planificación tributaria y tributación”, *Centro de Estudios Públicos de la Universidad de Chile*, vol., 2, pp. 187 y siguientes.

Vásquez, P. “Chile: la necesidad de un concepto de legítima razón de negocios” , Tesis de Magíster, Universidad de Chile, 2016.

Yáñez, F. 2014. “Análisis de la nueva cláusula general antielusiva”. *Revista de Estudios Tributarios*,, pp. 233-250.

Yáñez, J. “Evasión versus elusión”, *Diario Estrategia*, 10 de abril de 2010.