

## PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA SUCESORIA MEDIANTE UTILIZACIÓN DE FUNDACIONES

### **Eduardo Iribarra Sobarzo**

Alumno de Magíster en Tributación,  
Universidad de Chile.  
Socio Estudio Iribarra & Cía,  
Abogado.



### **RESUMEN**

Este artículo trata sobre las ventajas desde el punto de vista tributario, económico y legal de utilizar una fundación para la planificación sucesoria por causa de muerte de una persona. También se analizan en este artículo las características de las fundaciones, normativa aplicable, y alguno de los pronunciamientos emitidos tanto por el Servicio de Impuestos Internos como los tribunales de justicia en relación con dicha entidad.

Existe una normativa ordinaria en nuestro país que regula tanto el modo de heredar, como también la tributación aplicable a dicho modo, la cual no impide en ningún caso la utilización de otros mecanismos existentes en nuestra legislación, que permitan programar con mayor eficiencia la sucesión de una persona, e incluso con resultados tributarios más convenientes desde el punto de vista económico.

Se ha postulado en el presente artículo que la decisión de una persona de utilizar mecanismos no ordinarios para determinar su sucesión por causa de muerte, como la utilización de fundaciones, no constituye la realización de actos ilícitos o impugnables desde el punto de vista tributario, ni menos desde la óptica civil. En este sentido, se apela a un concepto de elusión o planificación sucesoria, absolutamente lícito, en tanto

se cumplan los requisitos señalados en la definición del mismo que se presentará en este artículo.

## 1.- INTRODUCCIÓN

La utilización de fundaciones con el objeto de obtener ahorro tributario en planificaciones sucesorias por causa de muerte, ha tenido un fecundo desarrollo en el exterior, pero muy escaso dentro de Chile. Probablemente ello pueda deberse a un cierto conservadurismo de los operadores tributarios nacionales, a la falta de reflexión y literatura sobre asuntos tributarios en Chile, al formalismo de nuestro sistema jurídico, y a un cierto legado de instituciones a veces excesivamente reguladas o codificadas provenientes del derecho continental o napoleónico, opuesto a la amplitud y flexibilidad de formas y opciones que permite el *common law*.

Esta rigidez ha impedido en gran parte la posibilidad de materializar innovadoras alternativas de planificación tributaria lícita -como por ejemplo la utilización de este mismo formalismo en favor de un ahorro tributario-, redundando constantemente en las mismas herramientas y actos jurídicos.

Por planificación tributaria lícita, o simplemente planificación tributaria o elusión, se entiende la realización de un acto o conjunto de actos de relevancia jurídica, que siendo material y formalmente válidos, tienen consecuencias tributariamente más ventajosas que otros actos o conjunto de actos. Esta definición reconoce el derecho de las personas de tomar las decisiones que les resulten menos costosas, inclusive cuando el único costo a reducir sea el tributario, siempre y cuando el o los actos jurídicos realizados sean reales.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup>Sin perjuicio de que el objeto de este artículo no sea definir y/o legitimar la elusión o planificación tributaria, se citan algunas definiciones del mismo que nos parecen interesantes:

- a. *“Las expresiones planificación tributaria y elusión tributaria indican perspectivas distintas de un mismo fenómeno. Planificación es la actividad ejercida por el contribuyente, en tanto que elusión es el efecto de someterse a una menor carga tributaria, obtenida por la planificación”* Greco, Marco Aurelio, *Planificación Tributaria*, 2da. Edición, Sao Paulo: Dialéctica. 2008, p. 13.
- b. *“La elusión fiscal es la práctica que apunta a evitar el surgimiento de la obligación tributaria; son actos que ocurren en un momento anterior a la ocurrencia del hecho imponible, impidiendo la producción de efectos de eventual norma tributaria. Sin hecho imponible, no hay materialidad, no hay conducta tipificada pasible de tributación, ni siquiera en constitución de obligación de pagar tributo. La evasión fiscal, por su vez, es la conducta posterior a la realización del hecho jurídico tributario, o sea, la constitución de*

Como es posible apreciar, la elusión se diferencia con la evasión, en que en este último caso, el o los hechos gravados ya se constituyeron como tales, luego de lo cual, se oculta su reconocimiento o bien se impide su declaración y/o pago.

La mayoría de los contratos y actos de relevancia jurídica deben ser comprendidos antes que todo como premisas esencialmente modificables en virtud del principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes, y es aquí donde erramos, pues en general en Chile tendemos a utilizarlos y además a interpretar las leyes desde el mismo ángulo. Esta rigidez tiene efectos nocivos en el desarrollo de los negocios, y además se manifiesta en una carencia de literatura y doctrina, y en una jurisprudencia previsible y conservadora. Es cosa de adentrarse un poco en el desarrollo que ha tenido la planificación tributaria en el resto del mundo, para percibir este contraste.

Esta innovación tributaria en el derecho comparado, tiene sí su contrapeso en la utilización de herramientas antielusivas cada vez más agresivas por parte de los Estados. En muchos países de la OCDE, y en otros como Brasil o Estados Unidos, podemos apreciar una actitud ya resuelta del Fisco de adentrarse cada vez más en la sustancia de los actos jurídicos impugnando su forma, lo que constituye una

---

*la obligación principal, que configure como acto ilícito. Perciba que estamos atendiendo en la materialidad, coordenadas de tiempo y espacio, sujeción activa y pasiva y valor de tributo a pagar; criterios individuales y concretos mínimos para la constitución de crédito tributario no identificados cuando tratábamos de elusión fiscal, dada la inexistencia de hecho jurídico tributario. La evasión fiscal es el comportamiento ilícito que tiene el objetivo claro de incumplir la obligación tributaria, sea por el incumplimiento de los tributos, por la omisión del reconocimiento de ingresos, elaboración de balances patrimoniales ficticios, o bien por cualquier otra conducta fraudulenta prevista en la ley". Sistema Tributario Brasileño y las Relaciones Internacionales, X Congreso Nacional de Estudios Tributarios, autora: Flavia Holanda, Brasil, 2012, p. 351. Traducción libre del autor.*

- c. *"La elusión tributaria empieza donde termina la economía de opción. Ambas figuras se caracterizan por ser una finalidad perseguida por las partes que se puede lograr a través de diversos medios y que tiene como fin la obtención de un ahorro fiscal mediante una conducta consistente en evitar, desde la actuación negocial de los particulares, que se produzca el hecho imponible. En ambas se busca la realización de un hecho no gravado, exonerado o sometido a una menor imposición, con la diferencia que en una economía de opción, hay una realización real, válida y lícita del hecho no gravado, exonerado o sometido a un menor gravamen, mientras que en la elusión tributaria se busca alcanzar la realización de un hecho no gravado, exonerado o sometido a menor gravamen a través de negocios anómalos; a saber, negocios simulados, en fraude a la ley, fiduciarios o indirectos".* García Novoa, César, La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 122.

herramienta muy eficaz para el sujeto activo de la relación tributaria, pero que es muy escasamente utilizada por el Servicio de Impuestos Internos. Y al referirme a la sustancia versus la forma no queremos hacer alusión solamente a las conocidas facultades de tasación, sino a la posibilidad de atacar en sede judicial derechamente acciones como las de simulación de actos y contratos y/o fraude a la ley, para hacer ineficaz los acuerdos externos de los contribuyentes, descubriendo las verdaderas intenciones de éstos, las cuales en su mayoría apuntan a un ahorro tributario.

En relación con la utilización de fundaciones para fines de ahorro tributario en una planificación sucesoria, es necesario previamente analizar su naturaleza jurídica, y la normativa tributaria que le incide.

## 2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES

Las fundaciones se encuentran reguladas en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil. Su artículo 545 inciso segundo señala que ***“las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Las corporaciones de derecho privado se llaman también asociaciones.”***

El inciso tercero del artículo referido señala que ***“una asociación se forma por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados. Una fundación, mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general”***. Su inciso cuarto expresa que ***“hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”***.

Por su parte, el artículo 547 del Código Civil señala algunas personas excluidas de la regulación de este título: a) ***“las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio”***; y b) ***“las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales”***. Se aclara que las llamadas ***“sociedades industriales”*** comprenden las sociedades con fines de lucro, según se expondrá a continuación, reguladas por sus normas respectivas (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, empresas individuales de responsabilidad limitada, etc.).

De acuerdo a lo expresado por los artículos anteriormente citados, por la regulación que el Título XXXIII del Código Civil establece para las fundaciones, y por lo que se

dirá a continuación, podríamos definir las como aquellas **personas jurídicas, sin fines de lucro, cuyo objeto es beneficiar intereses generales o particulares.**

La definición de las fundaciones sugerida, puede ser explicada y analizada de la siguiente manera:

### **2.1.- Las fundaciones son personas jurídicas.**

Sobre este punto parecen no existir controversias, puesto que las fundaciones están comprendidas dentro de las personas jurídicas según lo dispuesto por el artículo 545 citado del Código Civil, y por lo tanto, pueden ser sujetos de derechos y obligaciones, cuentan con patrimonio distinto al patrimonio de los fundadores, y pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente.

### **2.2.- Las fundaciones no tienen fines lucrativos.**

La afirmación de que las fundaciones no tienen fines de lucro debe ser entendida bajo un correcto entendimiento sobre lo que significa el lucro en las personas jurídicas. *Una persona jurídica tendrá fines lucrativos si se constituye para que sus socios o accionistas obtengan ganancias por las actividades que ella realice*, siendo esencial entonces que sus socios o accionistas puedan retirar las ganancias desde dicha persona jurídica para su patrimonio personal. Y como el artículo 556 inciso tercero del Código Civil, aplicable a las fundaciones, impide que sus rentas, utilidades, beneficios o excedentes puedan distribuirse entre los asociados ni aún en caso de disolución, podríamos concluir que las fundaciones no deben tener fines de lucro. Además, las fundaciones están prohibidas de remunerar a los directores por el ejercicio de su cargo (art. 551-1 Código Civil).

En cuanto a la posibilidad de que una fundación pueda determinar libremente el destino de su patrimonio al momento de su disolución –excluyendo sus ganancias-, no vemos inconveniente alguno en esta posibilidad, dado que el artículo 561 del Código Civil otorga expresamente tal libertad, al señalar: “*Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Tocaré al Presidente de la República señalarlos*”. Esta norma tiene aplicación también a las fundaciones, en virtud del artículo 563 del Código Civil, que hace aplicable las normas de las asociaciones o corporaciones, a las fundaciones. A mayor abundamiento, la misma Corte Suprema confirmó este derecho, luego de que el Ministerio de Justicia estableciera ilegal y arbitrariamente que el destino del

patrimonio de una corporación disuelta debía ser sólo una persona jurídica, también sin fines de lucro<sup>119</sup>.

Ahora bien, cosa distinta es la posibilidad de que la fundación, aun no pudiendo distribuir las ganancias a los fundadores, ni tampoco adjudicar sus bienes a sus fundadores al momento de su disolución, pueda realizar actividades lucrativas para la prosecución de sus fines, situación que en ningún caso convierte a la fundación en una entidad con fines lucrativos en los términos expuestos precedentemente. Esta posibilidad la contempla el mismo Código Civil que regula las fundaciones, al establecer en su artículo 557-2 que *“podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración”*. Por su parte, el Servicio de Impuestos Internos ha recogido pacíficamente esta posibilidad legal, al señalar que *“todas las personas, naturales o jurídicas, revisten la calidad de “contribuyentes” en la medida que puedan estar sujetas a alguno de los tributos que en ella se establecen. En tal sentido, las personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, dentro de las cuales se encuentra la Fundación, estarán afectas con impuesto en la medida que obtengan rentas clasificadas en la primera categoría de la Ley de la Renta, atendiendo a la fuente generadora de sus ingresos, los cuales pueden provenir, entre otros, de actividades rentísticas, de inversiones mobiliarias, del comercio, industriales, de servicios o cualquiera otra que se encuentre comprendida en los números 1 al 5 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.”*<sup>120</sup>

### **2.3.- Las fundaciones pueden tener como objeto beneficiar intereses generales o particulares.**

Esta afirmación podría generar cierta controversia. En efecto, si bien es cierto que el artículo 545 del Código Civil señala que las fundaciones se forman mediante la afectación de bienes a un *“fin determinado de interés general”* (a diferencia de la asociación que tiene como objeto el interés común de sus asociados), la misma norma establece más adelante que hay personas jurídicas (fundaciones o asociaciones) *“que participan de uno y otro carácter”*. ¿Qué quiere decir esto? A nuestro juicio, que sobre la base del enunciado, dejando de lado la absoluta imposibilidad de que los fundadores de una fundación se beneficien con las ganancias que ella genere, y considerando que las asociaciones pueden tener como fin el beneficiar exclusivamente a sus socios, no es una incoherencia aceptar que una fundación pueda tener como objeto beneficiar intereses particulares, sean terceros (empresas o personas), o inclusive el propio

<sup>119</sup>Corte Suprema, Rol N° 264 de 2002.

<sup>120</sup>Oficio SII N° 3.623 de 2004.

fundador. Podrán algunos formalistas sorprenderse con lo último; sin embargo, si nos adentramos en el sentido literal del artículo 556 inciso tercero del Código Civil, podemos apreciar además que la prohibición de que los fundadores puedan beneficiarse de las ganancias de la fundación se refiere sólo a las “*rentas, utilidades, beneficios o excedentes*”, esto es, ***el mayor valor que el patrimonio que conforma la fundación genere por la realización de una actividad lucrativa***. En consecuencia, constituir una fundación con el objeto de que su patrimonio, compuesto de \$100 pesos, sea utilizado para la ejecución de proyectos determinados cuyo beneficiario es el mismo fundador, no se encuadra dentro de la prohibición, ya que según el sentido literal de la norma, la prohibición aplicaría sólo si el objeto de la fundación fuese que las ganancias que el patrimonio de \$100 pesos genere, beneficie al fundador.

Por tanto, y apoyándonos en la facultad legal de incluir en las fundaciones, características de las asociaciones, específicamente la de poder tener como objeto el beneficio de sus asociados, no habría ilicitud de objeto, y por ende sería totalmente factible constituir una fundación, cuyo patrimonio sea destinado a favorecer a personas o entidades particulares, sin que exista un “*fin determinado de interés general*”, como sería por ejemplo su utilización como herramienta de planificación sucesoria del o de los fundadores en favor de sus herederos.

Con todo, se hace la prevención de que esta interpretación sobre la posibilidad de que las fundaciones pueden avocarse a fines particulares, no parece ser invocada y utilizada por la práctica jurídica nacional.

### **3.- TRIBUTACIÓN DE LAS FUNDACIONES**

Pues bien, y concluyendo sobre la viabilidad de que las fundaciones puedan tener como objeto beneficiar un interés particular, inclusive del mismo fundador y de sus herederos, debemos hacernos cargo de la tributación de las fundaciones, antes de analizar su conveniencia para fines sucesorios.

#### **3.1.- Tributación en el aporte fundacional.**

En primer lugar, cabe preguntarse si el aporte o entrega de bienes que realiza el fundador de una fundación constituye un acto oneroso o si bien constituye una donación, y en consecuencia, un hecho gravado del impuesto a las Herencias y Donaciones de la Ley N° 16.271.

El contrato de donación se ha definido como “*un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la*

*accepta*” (art. 1386 Código Civil), siendo su característica esencial la de ser un contrato gratuito, lo que en términos concretos significa que debe haber un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento en el donatario producto del desplazamiento de bienes.

El hecho de que una persona constituya una fundación con la exigencia de que el bien aportado sea destinado a un fin determinado o a beneficiar a terceros o al mismo fundador, no convierte el aporte en un acto oneroso mientras el gravamen establecido (en el caso de que sea pecuniario) no supere a lo donado. Estos tipos de donaciones son los siguientes:

### **3.1.1.- Donaciones sujetas a modalidades.**

Reguladas en el artículo 1.403 del Código Civil al señalar que puede la donación pactarse “*a plazo o condición*”. Estas modalidades se rigen por las mismas normas que aplican a la sucesión por causa de muerte (artículo 1416, en relación con los artículos 1493 y 1089, todos del Código Civil).

### **3.1.2.- Donación con causa onerosa.**

Reguladas en el artículo 1404 del Código Civil que sólo las define a través de ejemplos: “*Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa...*”. Una definición de este tipo de donaciones puede ser: “*aquéllas que se sujetan a una determinada condición impuesta al donatario, como si, por ejemplo, se dona una casa a Pedro, sujeta a la condición de que éste siga la carrera de abogado*”<sup>121</sup>.

En este tipo de donaciones, no queda claro si existe una verdadera donación sujeta a condición resolutoria, como sería el caso de que mientras el donatario no se reciba de abogado, adquiere el dominio sobre el bien recibido, pero sujeto a resolución en el caso de no recibirse. Esto tiene relevancia para la eventualidad de que el hecho o condición no se cumpla, en cuyo caso se entendería que nunca hubo donación de nada, debiendo restituir lo donado; y tributariamente, queda la duda sobre la posibilidad de solicitar la devolución del impuesto a las donaciones pagado en el caso de no cumplirse la condición.

---

<sup>121</sup>Somarriva, Manuel, Derecho Sucesorio, T. II, Ed. Jurídica, 2003, p. 679.



La “*causa onerosa*”, según el autor Guzmán Brito<sup>122</sup>, debe ser una carga no pecuniaria, esto es, no apreciable en dinero, pues de ser pecuniaria, sería de aquellas donaciones con gravamen que veremos a continuación<sup>123</sup>.

### 3.1.3.- Donación con gravamen o con cargas.

Reguladas en el artículo 1.405 del Código Civil como aquellas donaciones “*en que se impone al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero*”, como cuando se da \$1.000 a María para que le entregue \$500 a Diego.

### 3.1.4.- Donaciones fideicomisarias.

Definidas en el artículo 1413 como aquellas “*donaciones con cargo de restituir a un tercero*”, y consistiría por ejemplo en la entrega de un inmueble a Juan para que éste lo entregue a Diego cuando se reciba de médico.

La propiedad fiduciaria detrás de esta figura, y que se define como aquella propiedad “*sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición*” (art. 733 del Código Civil), y que ha sido muy desarrollada en el derecho comparado mediante el *trust*<sup>124</sup>, ofrece múltiples oportunidades de ahorro tributario, según se comentará más adelante.

---

<sup>122</sup>Guzmán Brito, Alejandro, “*De las Donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*”, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2005, pp. 25.

<sup>123</sup>Sin perjuicio de este entendimiento, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado que la donación con causa onerosa es aquella donación sujeta a la condición de que lo donado “*se emplee en la construcción o reparación de templos destinados al servicio de un culto o para el mantenimiento del mismo culto*” (Oficio N° 4292 de 2006); donación que a nuestro juicio es más bien de aquellas llamadas con gravamen o con cargas del artículo 1405 del Código Civil.

<sup>124</sup>El Servicio de Impuestos Internos, consciente de la influencia de estas instituciones en la jurisdicción, chilena, emitió la Resolución Exenta N° 81 de 2013, en la cual define para efectos de dicha resolución el *trust*, de la siguiente manera: “*el término "trust" se refiere a las relaciones legales creadas de acuerdo a normas de derecho extranjero - por acto inter vivos o mortis causa - por una persona, el constituyente, mediante la transmisión o transferencia de bienes, los cuales quedan bajo el control de un trustee en interés de uno o más beneficiarios o con un fin determinado. Los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee. El título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee. El trustee tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley extranjera le imponga. El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el trustee posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un trust.*”

Por su parte, especial atención requieren las llamadas “*donaciones remuneratorias*”, que son aquellas definidas en el artículo 1433 del Código Civil como: “*las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse*”, y sería el caso del médico que recibe un regalo de su amigo por haberlo atendido gratuitamente.

En relación con esta última modalidad, cabe la duda de si verdaderamente este contrato es una donación, o bien un contrato oneroso, dado que el artículo 1434 lo exime del trámite de la insinuación cuando lo donado exceda el valor del servicio prestado. A nuestro juicio, mientras lo donado no supere el valor de dicho servicio, no existirá donación.

Los artículos 5 y siguientes de la Ley N° 16.271 permiten la deducción de dichas cargas o gravámenes de la base imponible del impuesto a las Herencias y Donaciones, sin perjuicio de la tributación que les quepa a los beneficiarios de dichas cargas.

Por su parte, existen diversos contratos análogos que no se encuadran totalmente en la definición de donación, los cuales ciertamente no deberían gravarse con el impuesto referido, lo que sucedería fundamentalmente con aquellos supuestos en que se quiebre la regla del artículo 1398 del Código Civil que contiene el quid de la donación, esto es, que “*no hay donación si habiendo, por una parte, disminución de patrimonio, no hay, por otra, aumento*”, como “*cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero*”.

Una de las formas en que vislumbramos con mayores potencialidades la posibilidad de configurar actos fuera de la definición de donación, es a través de fideicomisos. La utilidad de esta figura, en lo que a la tradición romana se refiere, apuntaba originariamente a eludir incapacidades o indignidades a la hora de suceder, por lo cual la entrega del fideicomiso al fiduciario era la vía jurídicamente posible de traspasar ciertos bienes del testador a quienes según las normas testamentarias romanas no podían suceder. A esta finalidad inicial se fueron agregando con el paso del tiempo otras tales como la necesidad de mantener dentro de una determinada familia ciertos bienes, los cuales para cumplir dicho objetivo se iban adquiriendo con la imposibilidad de ser enajenados<sup>125</sup>. También el fideicomiso tuvo en nuestro sistema continental una finalidad de garantía, al que se le llamó *fiducia cum creditore*, y que consistía en la obligación de un deudor de traspasar la propiedad de una determinada cosa a su acreedor cuando éste necesitare una garantía real para una deuda contraída, quien en el caso de satisfacerla, se hallaba en la obligación de restituírle la cosa caucionada a su

---

<sup>125</sup>Estas figuras eran las llamadas sustituciones fideicomisarias, que dieron lugar posteriormente a otras como los mayorazgos, patronatos y capellanías.

deudor. Por último, el fideicomiso también tuvo una finalidad más apegada a su sentido de encargo de confianza, figura que se le denominó como *fiduciae cum amico*, y que consistía en la transferencia del dominio de determinados bienes a una persona de su confianza cuando el dueño inicial, por ejemplo, debía ausentarse por largos periodos de tiempo, cuya disposición le otorgaría a quien se quedase con esos bienes por un lapso definido, mayores facultades que si los tuviera por un título de mera tenencia, lo que le daría mayor flexibilidad para obtener de ellos su mayor provecho económico.

En el derecho comparado, especialmente de tradición del *common law*, notamos el gran desarrollo que ha tenido el trust, y que es una figura similar al fideicomiso, pero con muchas variaciones y diferencias. Y si aplicáramos la autonomía de la voluntad a figuras cuya base es el fideicomiso, podríamos pactar figuras tales como que la propiedad fiduciaria no penda de una condición resolutoria, que se constituya a cambio de una contraprestación, que no haya entrega en propiedad del bien al propietario fiduciario y que lo destine para los fines que haya establecido el constituyente<sup>126</sup>, entre otros muchas figuras.

En relación con el impuesto a las donaciones por la constitución de un fideicomiso, a pesar de que sea discutible que el propietario fiduciario (quien recibe el bien con la

---

<sup>126</sup>Respecto de esta variante del fideicomiso, existe un Oficio del Servicio de Impuestos Internos muy interesante, en el cual se concluye no existir donación cuando lo entregado gratuitamente tiene como objeto utilizarlo en beneficio de un programa determinado: “(...) *habida consideración de lo expuesto en su solicitud, en el sentido que su representada asumiría “el rol de intermediaria para que YYYYYY aportara a las familias XXX determinadas sumas de dinero”, lo cual se confirma de la redacción de la cláusula séptima del documento denominado “Memorándum de Entendimiento Propietarios XXX– YYYYYY y Gobierno”, cabe señalar que a juicio de este Servicio, el aporte que la empresa YYYYYY efectúa a la Fundación Educacional y de Beneficencia XXXXXX, en cumplimiento de acuerdos entre la referida empresa las familias XXX y el Estado de Chile, no constituiría una donación. Ello por cuanto, si bien es cierto que dicha Fundación no es parte de la Transacción que originó el traspaso de \$300.000.000, no es menos cierto que ella no recibe en propiedad tales recursos sino que expresamente se le hace el encargo que dichos recursos se utilicen “para impulsar un programa de desarrollo que beneficiara mediante subsidios a los afectados indirectos...”*, según se establece en la señalada cláusula séptima del documento referido precedentemente.

*A mayor abundamiento confirma el aserto anterior lo dispuesto en el artículo 1398, del Código Civil, que señala que no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio no hay por la otra un aumento, como ocurre por ejemplo, según señala dicha norma, cuando se dona para un objeto que consume el importe de lo donado. Lo anterior es precisamente lo que ocurre en la especie por cuanto, todo lo que recibe la Fundación es para otorgar subsidios a los llamados “afectados indirectos”.* (Oficio SII N° 3.532 de 2004).

obligación de entregarla a otra persona) se enriquezca con el bien que recibe, dado que su propiedad está sujeta a condición resolutoria, y también porque según el art. 445 N° 14 del Código de Procedimiento Civil, el bien recibido es inembargable, el artículo 8° de la Ley N° 16.271 obliga a deducir del acervo sujeto al pago del impuesto la mitad del valor de la cosa sobre la cual el fideicomiso se constituye. Distinto es el caso del albacea fiduciario, quien no se hace dueño de lo que deja una persona a su muerte, sino mero tenedor.

Otros ejemplos de situaciones en que no existe donación tenemos cuando se repudia una herencia, legado o donación; en dejar de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque se hagan para beneficiar a un tercero; en pactar un mutuo sin interés; en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o censo; en constituirse fiador o quien constituye una prenda o hipoteca; en exonerar de sus obligaciones al fiador, o remitir una prenda o hipoteca mientras está solvente el deudor; en dejar de interrumpir la prescripción; en la prestación de servicios gratuitos; en la resolución de contratos por nulidad o por el evento de condiciones resolutorias; y resciliación de actos y contratos cuyas obligaciones se encuentren pendientes<sup>127</sup>, entre otros.

Ante la escasa jurisprudencia sobre este asunto, una sentencia de 1994 dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>128</sup>, entendiendo que el aporte de activos realizado por una sociedad anónima a una fundación constituye una donación, señaló: “*Que no se divisa la posibilidad de considerar la decisión de donar gratuitamente los bienes de una sociedad anónima como dentro de los casos en que existe objeto y causa ilícita según los artículos 1462, 1464 y 1467 del Código Civil (...) debe señalarse que la decisión de la junta de accionistas de donar gratuitamente sus activos a la fundación corporación que se acordó formar y la disolución anticipada de la sociedad, no produjo ningún menoscabo a los actores en sus expectativas de obtener una utilidad o beneficio (...) Que en cuanto a la argumentación de que la donación a título gratuito de que se trata, sería nula por no haberse cumplido con el trámite de insinuación contemplado en el artículo 1401 del Código Civil y a las normas de carácter tributario que gravan tales actos, cabe señalar que según se ha establecido, los bienes fueron*

---

<sup>127</sup> “Consecuentemente con lo anterior, esta Dirección ha declarado que una resciliación a la que los contratantes han querido dar un efecto retroactivo, no puede ser absoluta, toda vez que la voluntad de las partes destinada a extinguir obligaciones sólo puede alcanzar los derechos y obligaciones pendientes, por lo tanto la afectación de las obligaciones cumplidas no alcanzaría a los terceros que funden sus derechos en actos previos al nuevo acuerdo de voluntades, entre los cuales, para los efectos tributarios, se encuentra el Fisco de Chile” (Oficio SII N° 2.994 de 2012).

<sup>128</sup>Rol 129298-1994.

*donados a una corporación fundación creada de acuerdo con las normas establecidas en el título XXXIII del libro I del citado código que son personas jurídicas de beneficencia pública, que tuvo su aprobación del Presidente de la República de acuerdo con la legislación vigente, por lo que le es plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 5° del decreto ley 359 de 1974 que libera a las corporaciones y fundaciones de carácter benéfico de todo tipo de impuestos y dispone que las donaciones que se hagan a estas corporaciones o fundaciones están exentas del trámite de insinuación contemplado en el artículo 1401 del Código Civil y 889 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.”.*

Por otro lado, consideremos lo que sucede con relación al aporte o aumento de capital en comparación con el aporte a una persona jurídica sin fines de lucro. En el aporte o aumento de capital de sociedades no existe donación de parte del socio/accionista aportante, dado que como contraprestación del desembolso que realiza, recibe derechos o acciones en la sociedad respectiva, lo que convierte el aporte social en un acto integrante de un contrato oneroso, en tanto tiene por objeto la utilidad tanto del socio como de la sociedad. Este entendimiento parece no coincidir con los aportes fundacionales, dado que el fundador al realizar el aporte, no recibe ningún tipo de derechos ni acciones respecto de la fundación, habiendo sólo una disminución en su patrimonio sin recibir nada a cambio. Podríamos decir entonces que el aporte fundacional es un acto gratuito, que sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes (la fundación), sufriendo la otra el gravamen (fundador), ubicándose en contraposición a los actos onerosos, que son aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (art. 1440 Código Civil).

Como consecuencia de lo anterior, quien constituye o aumenta el capital de una fundación a título gratuito, “*dona*” en vez de “*aportar*” los bienes, gravándose la enajenación con el impuesto a las Herencias y Donaciones de la Ley N° 16.271, sin perjuicio de que pueda beneficiarse de supuestos de exención de este impuesto, establecidos en esta misma ley o en otras normas especiales.

Como corolario, el Oficio N° 3.924 del Servicio de Impuestos Internos se refirió a la territorialidad del impuesto a las donaciones, señalando que “*si el donante tiene su domicilio en el país, resultan afectas a impuesto a las donaciones de bienes ubicados en el país y en el extranjero. En caso contrario, si el donante no tiene domicilio en Chile, únicamente se aplica el impuesto respecto de donaciones de bienes ubicados en el país*”.

### **3.2.- Impuesto al Valor Agregado en el aporte fundacional.**

En cuanto a si el aporte fundacional se grava con el impuesto al Valor Agregado, ello se descarta, por cuanto la transferencia de bienes se realiza gratuitamente, siendo requisito del hecho gravado con IVA, que haya una remuneración como contraprestación por la entrega. El Servicio de Impuestos Internos lo confirmó en el Oficio N° 2.394 de 2008, en el cual se deja entrever también que el aporte fundacional es gratuito y no oneroso, en estos términos: *“El aporte que se efectúa a la Corporación, sea por los asociados a ella o por CONICYT vía asignación directa, para la contratación de las suscripciones señaladas, no se encuentran afectas a IVA, ya que no se trata de un servicio de aquellos a que se refiere el artículo 2 N° 2 de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, puesto que dichos aportes no constituyen precio o remuneración por alguna prestación que realice la citada Corporación.”*

### **3.3.- Facultades de tasación del Servicio de Impuestos Internos en el aporte fundacional.**

Los aportes fundacionales al constituir enajenaciones, y en virtud del artículo 46 bis de la Ley N° 16.271 que hace aplicable la tasación del art. 64 del Código Tributario para los fines de determinar el impuesto a las donaciones y asignaciones, podrán ser tasadas en la forma dispuesta en este último artículo, cuando el precio o valor asignado de la cosa donada sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación. Con todo, podría objetarse la aplicación de la tasación del art. 64 mencionado, si la donación fuere beneficiada con una exención del impuesto a las Donaciones, en consideración a que la tasación sólo es aplicable en el caso de que el precio o valor asignado a la cosa enajenada *“sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto”*, según expresamente se establece en la norma, y dado que la donación puede encontrarse exenta del impuesto a las Donaciones, en tal caso no constituye base ni elemento de este impuesto.

### **3.4.- Tributación de la fundación por los bienes recibidos en calidad de aporte.**

Para la fundación que recibe el aporte fundacional, y sin perjuicio de que no se tenga claridad sobre la norma aplicable, es posible entender que dicho ingreso es no constitutivo de renta para ella. En efecto, el Servicio de Impuestos Internos ante consultas sobre este tenor, ha señalado que para una fundación que recibe un aporte, el ingreso es no renta en virtud del artículo 17 N° 11 de la Ley sobre Impuesto a la Renta referido a las cuotas que eroguen los asociados (Oficio N° 3.672 de 2003); en virtud del artículo 17 N° 5 de la norma citada referido al valor de los aportes recibidos, al

asimilar el aporte al capital de la persona jurídica (Oficio 1.296 de 2011); en virtud del artículo 17 N° 29 al calificar el aporte a capital por definirlo así una ley (Oficio N° 1.040 de 2011); y en virtud del artículo 17 N° 9 en el caso de que el aporte se grave con el impuesto a las Donaciones (Oficio N° 4.104 de 1999).

### **3.5. Tributación de la fundación por actividades propias.**

Las fundaciones pueden actuar como meros agentes de gastos al destinar los fondos recibidos de donaciones a sus fines, sin realizar actividades económicas susceptibles de generar impuestos. Sin embargo, no existe imposibilidad de que ellas puedan realizar dichas actividades, tanto así que el mismo Código Civil lo permite en su artículo 557-2 al establecer que las fundaciones *“podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración”*. Por su parte, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado reiteradamente que *“para los efectos de la Ley de la Renta, todas las personas, naturales o jurídicas, revisten la calidad de “contribuyentes” en la medida que puedan estar sujetas a alguno de los tributos que en ella se establecen. En tal sentido, las personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, dentro de las cuales se encuentra la Fundación, estarán afectas con impuesto en la medida que obtengan rentas clasificadas en la primera categoría de la Ley de la Renta, atendiendo a la fuente generadora de sus ingresos, los cuales pueden provenir, entre otros, de actividades rentísticas, de inversiones mobiliarias, del comercio, industriales, de servicios o cualquiera otra que se encuentre comprendida en los números 1 al 5 del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.”*<sup>129</sup>

Ejerciendo entonces las fundaciones actividades lucrativas (lo que es distinto de que consideren personas con fines de lucro), deberán tributar según las reglas generales con el impuesto de Primera Categoría, salvo si pueden invocar la exención de este impuesto según el artículo 40 N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en los casos de *“instituciones de beneficencia que determine el Presidente de la República”* cuando éstas *“no persigan fines de lucro y que de acuerdo a sus estatutos tengan por objeto principal proporcionar ayuda material o de otra índole a personas de escasos recursos económicos”*. Por su parte, el impuesto Global Complementario o impuesto Adicional no tiene cabida en las rentas generadas por una fundación, dado que no existen personas que tengan derechos o acciones sobre ella. Además, los fundadores se encuentran prohibidos de retirar los bienes que sean de propiedad de la fundación.

Por otro lado, y aunque las fundaciones estén por regla general obligadas a llevar contabilidad completa y particularmente registro FUT, salvo cuando estén exentas del

---

<sup>129</sup>Ver cita N°.1.

impuesto de Primera Categoría<sup>130</sup>, a nuestro juicio no les son aplicables en lo absoluto la tributación del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por cuanto no son sociedades anónimas, contribuyentes del artículo 58 N° 1 de la misma norma, empresarios individuales y sociedades de personas (inciso 1° art. 21); ni tampoco poseen socios o accionistas contribuyentes de los impuestos Global Complementario o Adicional (inciso 3° art. 21)<sup>131</sup>.

### **3.6.- Tributación de los beneficiarios de la fundación.**

Por su parte, y en relación con la tributación por los beneficios que terceros perciban gratuitamente de las fundaciones (entre ellos el mismo fundador), se debe tener presente que en principio dichos beneficios tributan con el impuesto a las Donaciones de la Ley N° 16.271, sin perjuicio de que puedan invocarse las exenciones que establece esta misma ley en su artículo 18, o en otras leyes especiales.

Tampoco es posible extender a estos beneficiarios la calificación de hechos no renta de los supuestos del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta a los hechos gravados de la Ley N° 16.271, dado que la primera sólo tiene aplicación para los efectos de los impuestos contemplados en el artículo 1° del Decreto Ley N° 824 de 1974, pero jamás para impuestos establecidos en otras normas.

### **3.7.- Breve resumen sobre exenciones establecidas por ley sobre donaciones, aplicables a las fundaciones.**

Aunque el objeto de este artículo no es analizar las exenciones existentes sobre donaciones, es necesario por lo menos mencionar brevemente las más importantes:

- A. La Ley N° 16.271 sobre impuestos a las Herencias y Donaciones en su artículo 18 señala diversas exenciones:
- i. Las que se dejen o hagan a la Beneficencia Pública Chilena, a las Municipalidades de la República y a las corporaciones o fundaciones de derecho público costeadas o subvencionadas con fondos del Estado;
  - ii. Las donaciones de poca monta establecidas por la costumbre, en beneficio de personas que no se encuentren amparadas por una exención establecida en el artículo 2°;

---

<sup>130</sup>Oficio SII N° 1.043 de 2011.

<sup>131</sup>Según la antigua redacción del artículo 17 N° 8 letra b) de la Ley sobre Impuesto a la Renta, el mayor valor en la enajenación de bienes raíces efectuado por una persona jurídica del Título XXXIII del Código Civil, se encontraba al margen de tributación (Oficio SII N° 210 de 2010).



- iii. Las que consistan en cantidades periódicas destinadas a la alimentación de personas a quienes el causante o donante esté obligado por la ley a alimentar.
  - iv. Cuando, a juicio del Servicio, la pensión pareciere excesiva, podrá pedir a la justicia ordinaria que determine cuál es la parte exenta del impuesto;
  - v. Las que se dejen para la construcción o reparación de templos destinados al servicio de un culto o para el mantenimiento del mismo culto;
  - vi. Aquellas cuyo único fin sea la beneficencia, la difusión de la instrucción o el adelanto de la ciencia en el país<sup>132</sup>;
  - vii. La destinada exclusivamente a un fin de bien público y cuya exención sea decretada por el Presidente de la República.
  - viii. Las asignaciones hereditarias que cedan en favor de alguna de las entidades consideradas beneficiarias, para los efectos de la Ley de Donaciones con Fines Culturales, contenida en el artículo 8° de la Ley N° 18.985, sea que ellas consistan en una cantidad de dinero, que se paguen de una sola vez o en forma periódica, o bien en especies.
- B. Ley N° 19.418 sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, establece una exención de todas las contribuciones, impuestos y derechos fiscales y municipales por las donaciones y asignaciones testamentarias efectuadas a las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, con excepción del impuesto al Valor Agregado (Decreto Ley N° 825, de 1974).
- C. Donaciones del artículo 31 N° 7 de la Ley sobre Impuesto a la Renta referidas a donaciones efectuadas cuyo único fin sea la realización de programas de instrucción básica o media gratuitas, técnica, profesional o universitaria en el país, ya sean privados o fiscales, o al Cuerpo de Bomberos, Fondo de Solidaridad Nacional, Fondo de Abastecimiento y Equipamiento Comunitario, Servicio Nacional de Menores, y Comités Habitacionales Comunales. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones.
- D. Donaciones del Decreto Ley N° 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales, efectuadas a establecimientos educacionales, hogares estudiantiles, establecimientos que realicen prestaciones de salud y centros de atención de menores que en virtud de lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, de 13 de junio de 1980, hayan sido traspasados a las municipalidades, ya sea que estas últimas los mantengan en su poder o los hayan traspasado a terceros,

---

<sup>132</sup>Cfr. Oficio SII N° 638, de 2010.

establecimientos privados de educación, reconocidos por el Estado, de enseñanza básica gratuita, de enseñanza media científico humanista y técnico profesional, siempre que estos establecimientos de enseñanza media no cobren por impartir la instrucción referida una cantidad superior a 0.63 unidades tributarias mensuales por concepto de derechos de escolaridad y otras que la ley autorice a cobrar a establecimientos escolares subvencionados; a establecimientos de educación regidos por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y a establecimientos de educación superior creados por ley o reconocidos por el Estado o al Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico. Asimismo, gozarán de este beneficio las instituciones sin fines de lucro cuyo objeto sea la creación, investigación o difusión de las artes y las ciencias o realicen programas de acción social en beneficio exclusivo de los sectores de mayor necesidad, creadas por ley o regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, que cumplan con los requisitos que determine el Presidente de la República, en el plazo de 180 días, mediante decreto expedido por intermedio del Ministerio de Hacienda. Las donaciones a que se refiere este inciso serán consideradas como gasto sólo en cuanto no excedan del 10% de la renta líquida imponible del donante. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones.

- E. Donaciones de la Ley N° 18.681 efectuadas a universidades e institutos profesionales estatales y particulares reconocidos por el Estado. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones.
- F. Donaciones de la Ley N° 18.985 o Ley de Donaciones Culturales, efectuadas a universidades e institutos profesionales estatales y particulares reconocidos por el Estado, a las bibliotecas abiertas al público en general o a las entidades que las administran, a las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro y a las organizaciones comunitarias funcionales constituidas de acuerdo a la Ley N° 19.418, que establece normas sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, cuyo objeto sea la investigación, desarrollo y difusión de la cultura y el arte, entre otras instituciones. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones.
- G. Donaciones de la Ley N° 19.247 sobre Donaciones para Fines Educativos, efectuadas a establecimientos educacionales administrados directamente por las Municipalidades o por sus Corporaciones; los establecimientos de educación media técnico-profesional administrados de conformidad con el decreto Ley N°

3.166, de 1980; las instituciones colaboradoras del Servicio Nacional de Menores, de acuerdo al artículo 13 del Decreto Ley N° 2.465, de 1979, que no tengan fines de lucro; los establecimientos de educación pre-básica gratuitos, de propiedad de las Municipalidades; de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, o de Corporaciones o Fundaciones, privadas, sin fines de lucro, con fines educacionales y los establecimientos de educación subvencionados de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 1992, del Ministerio de Educación, mantenidos por Corporaciones o Fundaciones sin fines de lucro. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones.

- H. Donaciones de la Ley del Deporte N° 19.712, efectuadas al Instituto Nacional de Deportes de Chile para ser destinadas a la Cuota Nacional o a una o más de las Cuotas Regionales establecidas en el Título IV, o para financiar proyectos destinados al cumplimiento de los objetivos indicados en las letras a), b), c) o d) del artículo 43, o proyectos deportivos establecidos en la norma. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones.
- I. Donaciones de la Ley N° 19.885 efectuados a corporaciones o fundaciones, cuyo objeto y ejercicio real sea proveer directamente servicios a personas de escasos recursos o con discapacidad, o a establecimientos educacionales que tenga proyectos destinados a la prevención o rehabilitación de adicciones de alcohol o drogas, para sus alumnos y, o apoderados. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones.
- J. Donaciones de la Ley N° 16.282 efectuadas con ocasión de la catástrofe o calamidad pública, al estado, a personas naturales o jurídicas de derecho público o fundaciones o corporaciones de derecho privado, a las Universidades reconocidas por el Estado, o que Chile haga a un país extranjero, que permitan satisfacer las necesidades básicas de alimentación, abrigo, habitación, salud, aseo, ornato, remoción de escombros, educación, comunicación y transporte de los habitantes de las zonas afectadas. Estas donaciones no requieren el trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos, inclusive del impuesto a las Herencias y Donaciones. Existen otros beneficios tributarios de similar tenor para donaciones por ocasión de catástrofes en la Ley N° 20.444.

#### **4.- NORMATIVA APLICABLE A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y DONACIONES.**

Una vez que hemos estudiado la naturaleza jurídica y tributación de las fundaciones, es momento de analizar la posibilidad de hallar un ahorro impositivo en una planificación sucesoria mediante esta institución.

Para una planificación sucesoria con el mayor ahorro tributario posible, es necesario tener presente los impuestos que inciden en materia sucesoria, el cual se encuentra en la Ley N° 16.271, aplicables sobre las donaciones y las asignaciones por causa de muerte.

El impuesto constante en la norma citada anteriormente, se aplica sobre un valor líquido, en forma progresiva según vaya alejándose el parentesco entre el donatario o asignatario y el donante o causante, con un tope de 25%, sin perjuicio de exenciones y recargos, dependiendo del parentesco.

Esta base imponible permite la deducción de ciertos ítems como los gastos de enfermedad adeudados a la fecha de la delación de la herencia y entierro del causante, gastos del testamento, deudas hereditarias y asignaciones alimenticias forzosas, estas dos últimas que pueden ser muy útiles para procurar un ahorro tributario. También es posible deducir gravámenes o cargas de la base imponible del impuesto, como en el caso de las donaciones o asignaciones remuneratorias, con cargas, bajo modalidades y fideicomisarias, sin perjuicio de la tributación del beneficiario de dichos gravámenes.

El Capítulo VI que trata la forma de determinar el valor de los bienes cuya transmisión o donación se gravarán con el impuesto de la Ley N° 16.271, contempla diversas alternativas que podrían ciertamente disminuir la carga tributaria. Un ejemplo de ello lo apreciamos en la donación de inmuebles adquiridos con una anterioridad superior a 3 años, en donde la base imponible del impuesto ya no será su valor corriente, sino sólo su avalúo fiscal. Lo mismo sucede con la donación o herencia de acciones versus derechos sociales, en cuyo primer caso se avaluarán según su valor comercial (art. 46 bis), a diferencia de las últimas, en que su valorización básicamente consiste en restar a los activos valorados según el mismo artículo 46, incluyendo los activos intangibles, solamente los pasivos acreditados. Finalmente, los vehículos se estimarán a su valor de tasación de acuerdo a las normas emitidas por el Servicio de Impuestos Internos (artículo 46 g)).

Las normas de control de la ley en comento son imprescindibles tenerlas presente a la hora de evaluar alternativas de planificación. Así, el inciso segundo del artículo 17 considera adquirido por sucesión por causa de muerte los bienes dados en pago a título

de renta vitalicia a personas que, a la fecha de la delación de la herencia, sean herederos del rentista, siempre que el instrumento constitutivo de la pensión se haya suscrito dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante. Por su parte, el artículo 23 obliga a acumular las donaciones reiteradas de un mismo donante a un mismo donatario, y a acumular a la herencia o legado el valor de los bienes que el heredero o legatario hubiere recibido del causante en vida de éste. Finalmente, la gran norma de control del Capítulo I del Título II (arts. 61 a 72), cuyos supuestos principales son los siguientes:

- i. El artículo 61 presume ánimo de ocultación de bienes siempre que, disuelta una sociedad conyugal por muerte de alguno de los cónyuges, dejen de manifestarse en el inventario que al efecto se practique, los bienes raíces que fueren del dominio del cónyuge difunto o de la sociedad conyugal.
- ii. El artículo 62 presume ánimo de eludir el pago de impuestos en el caso de bienes no manifestados en el inventario y que los herederos se hayan distribuido entre sí.
- iii. El artículo 63, en que se faculta al Servicio de Impuestos Internos a investigar si las obligaciones impuestas a las partes por cualquier contrato son efectivas, si realmente dichas obligaciones se han cumplido o si lo que una parte da en virtud de un contrato oneroso guarda proporción con el precio corriente en plaza, a la fecha del contrato, de lo que recibe en cambio. Si el Servicio comprobare que dichas obligaciones no son efectivas o no se han cumplido realmente, o lo que una de las partes da en virtud de un contrato oneroso es notoriamente desproporcionado al precio corriente en plaza de lo que recibe en cambio, y dichos actos y circunstancias hubieren tenido por objeto encubrir una donación y anticipo a cuenta de herencia, liquidará y girará el impuesto que corresponda, siendo antecedente suficiente para ejercer la facultad de investigar la no incorporación al patrimonio de un contratante la cantidad de dinero que declara haber recibido, en los casos de contratos celebrados entre personas de las cuales una o varias serán herederos *abintestato* de la otra u otras.
- iv. El artículo 64 hace aplicable la sanción del N° 4 del artículo 97 del Código Tributario a las personas a quienes se les compruebe el dolo dirigido a burlar el impuesto o a quienes se aprovechen de éste, considerándose agravante haber utilizado la asesoría de un profesional para estos fines.

Por su parte, y según comentamos precedentemente, el artículo 46 bis de la ley en comento, permite la aplicación de la facultad de tasación del artículo 64 del Código Tributario, en el caso de donaciones efectuadas a un valor notoriamente inferior a los

corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

Finalmente, es fundamental tener presente las normas de control sobre donaciones establecidas en el artículo 97 N° 24 del Código Tributario. El inciso primero de la norma señalada sanciona a aquellos donantes que dolosamente reciban contraprestaciones de las instituciones a las cuales efectúen donaciones, sea en beneficio propio o en beneficio personal de sus socios, directores o empleados, o del cónyuge o de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, de cualquiera de los nombrados. La contraprestación no podrá efectuarse dentro del lapso que medie entre los seis meses anteriores a la donación, y los veinticuatro meses siguientes a esa fecha. A mayor abundamiento, el artículo 11 de la Ley N° 19.885, complementada con la Circular SII N° 55 de 2003, prohíbe al donatario beneficiario de donaciones acogidas a franquicias tributarias, cualquier prestación al donante, directa o indirectamente, en forma exclusiva, en condiciones especiales o exigiendo menos requisitos que los que exijan en general. La parte final del inciso primero del artículo 97 N° 24, sanciona a su vez la simulación de una donación de las que otorga algún beneficio tributario, que implique en definitiva un menor pago de alguno de los impuestos.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 97 N° 24 del Código Tributario sanciona la destinación o utilización dolosa de aquellas donaciones que permiten rebajar la base imponible afecta a los impuestos de la Ley sobre Impuesto a la Renta o que otorgan crédito en contra de tales impuestos, a fines distintos de los que corresponden a la entidad donataria de acuerdo a sus estatutos.

## **5.- CONCLUSIONES**

Se debe reconocer en primer lugar que la utilización de una fundación en una planificación sucesoria, cumple con la finalidad de eximir al futuro causante de la obligación legal de instituir herederos a determinadas personas y respecto de ciertas cuotas de su patrimonio, sin perjuicio de que ello pueda conseguirse también mediante otros mecanismos.

Lo mismo puede decirse de la posibilidad del fundador de controlar y asegurar por medio de una fundación de mejor manera el bienestar de sus herederos o beneficiarios de la forma que más le acomode, por un periodo prolongado de tiempo, y sin grandes riesgos de eventuales disputas entre estos.

Por otro lado, y partiendo de la premisa de que la elusión consiste básicamente en optar por aquellos actos o contratos que resulten menos costosos tributariamente de

acuerdo a la definición señalada en la introducción de este artículo, la posibilidad de obtener resultados tributarios ventajosos a partir de la utilización de fundaciones para una planificación sucesoria, no debe constituir en caso alguno un supuesto de ilicitud cuestionable por parte del Servicio de Impuestos Internos y tribunales de justicia. En efecto, se ha presentado en este artículo la alternativa de una planificación sucesoria mediante fundaciones, sobre una premisa de realidad de los actos que formarían parte de dicha planificación. Mal podría impugnarse que el fundador realmente pretenda aprovechar estos mecanismos para programar la subsistencia de su familia con un costo menor y mayor flexibilidad que utilizando las normas ordinarias de sucesión. Incluso, tampoco es impugnable la decisión de dicho contribuyente si la única diferencia entre optar por someterse a la normativa ordinaria de sucesión y utilizar el mecanismo de una fundación fuere la obtención de ventajas desde el punto de vista impositivo. Otra cosa distinta es si ha optado por utilizar una fundación con el mero objetivo de obtener ventajas tributarias, sin tener presente en ningún caso una organización de su patrimonio para cuando muera. En cuando a las ventajas tributarias de planificar una sucesión por medio de una fundación, podrían señalarse las siguientes:

- i. La no aplicación del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta por los gastos rechazados efectuados por medio de la fundación, en el caso de que no se encuentre exenta del impuesto de Primera Categoría.<sup>133</sup>
- ii. La posibilidad de que los herederos puedan recibir remuneraciones de la fundación, por servicios prestados distintos de la función de director; o bien puedan beneficiarse de becas de estudios o bien de financiamiento para actividades de investigación, culturales, entre otras.
- iii. La posibilidad de constituir una fundación fuera de Chile, dentro de un ordenamiento jurídico que permita que ésta beneficie intereses particulares, liquidar sus ganancias al momento de su disolución y adjudicarlos a otras personas en vez de instituciones sin fines de lucro como sucede en Chile, entre otras diferencias de conveniencia para fines sucesorios.
- iv. Eximirse del Impuesto Municipal (art. 27 D.L. N° 3.063 de 1996), en la medida de que la fundación realice acciones de beneficencia, de culto religioso, culturales, de ayuda mutua de sus asociados, artísticas o deportivas no profesionales y de promoción de intereses comunitarios.

---

<sup>133</sup>De acuerdo al Proyecto de Ley de Reforma Tributaria, actualmente en tramitación, el nuevo inciso primero del artículo 21 de la LIR se ha redactado en términos más amplios que el actual, en estos términos: “*Los contribuyentes de la primera categoría (...)*” (el actual comprende sólo a las sociedades, empresarios individuales y contribuyentes del artículo 58 N° 1). Por tanto, y en la eventualidad de que una fundación deba tributar con el impuesto de Primera Categoría, sería aplicable el impuesto de este artículo para todos los gastos rechazados en que incurra.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, nos parece relevante citar como desventajas eventuales, el hecho de que el fundador se desprenderá totalmente de las ganancias que el patrimonio aportado a la fundación genere, perdiendo el control y la posibilidad de recuperarlo, dado que al disolverse, por ley chilena tales ganancias no pueden distribuirse al fundador.

Por otro lado, el cuestionamiento de que una fundación pueda utilizarse para un fin particular, de acuerdo a lo señalado respecto del objeto al cual pueden dedicarse las fundaciones, podría resolverse sin problemas al optar por una asociación o corporación, dado que respecto de estas últimas la ley les señaló expresamente la posibilidad de dedicarse a fines de interés común.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1965). *Ley 16.271: Ley de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones*. Chile.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1965). *D.F.L. N°1: Código Civil*. Chile.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1965). *Ley 16.271: Ley de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones*. Chile.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1974). *Decreto Ley N° 824: Ley sobre Impuesto a la Renta*. Chile

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1974). *Decreto Ley N° 825: Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios*. Chile

García Novoa, César. (2004). *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Marcial Pons, Perú.

Greco, Marco Aurelio. (2008). *Planificación Tributaria*. 2da. Edición, Sao Paulo: Dialéctica.

Guzmán Brito, Alejandro. (2005). *De las Donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*. Santiago de Chile. Editorial LexisNexis.

Servicio de Impuestos Internos. (2003). *Circular N° 55: Tratamiento tributario de las donaciones efectuadas con Fines Sociales y Público*. Chile.



Servicio de Impuestos Internos. (2013). *Resolución Exenta N° 81: Autoriza como emisores de documentos tributarios electrónicos y boletas electrónicas a contribuyentes que señala*. Chile.

Servicio de Impuestos Internos. (1999). *Oficio N° 4.104*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2003). *Oficio N° 3.672*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2004). *Oficio SII N° 3.532: Solicita pronunciamiento respecto de la Aplicación del Impuesto a las Asignaciones, Herencias y Donaciones, respecto de las transferencias que indica*. Chile.

Servicio de Impuestos Internos. (2004). *Oficio SII N° 3.623: Situación tributaria de Donaciones efectuadas a una Fundación Sin Fines de Lucro*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2006). *Oficio N° 4.292*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2008). *Oficio N° 2.394: Emisión de documento tributario para acreditar aportes efectuados por instituciones asociadas a una corporación y terceros ajenos a la misma por servicios prestados*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2012). *Oficio SII N° 210: No constituye renta el mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces por fundación de derecho público en el caso que indica*. Chile.

Servicio de Impuestos Internos. (2010). *Oficio SII N° 638: Solicita pronunciamiento sobre la aplicación de la exención establecida en el artículo 18°, N°5 de la Ley N° 16.271*. Chile.

Servicio de Impuestos Internos. (2011). *Oficio SII N° 1.043: Aplicación del artículo 3°, del Decreto Ley N° 1.528, de 1976, que creó la Fundación Chile*. Chile.

Servicio de Impuestos Internos. (2011). *Oficio N° 1.296: Aporte de acciones de sociedad anónima cerrada de propiedad de una organización comunitaria funcional que se disuelve a una corporación en formación que se organizará según las normas del Título XXXIII, del Libro I del Código Civil, representa un incremento patrimonial no gravado por la LIR, cuando se integran al haber inicial de la misma*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2011). *Oficio N° 1.040: Situación tributaria de aportes efectuados a Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudios Superiores, creada por la Ley N°20.027 de 2005*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2012). *Oficio N° 2.994*. Chile

Servicio de Impuestos Internos. (2000). *Oficio N° 3.924: Tratamiento tributario de donaciones realizadas en el extranjero, de bienes ubicados en el extranjero, en caso que el donante tenga domicilio en Chile*. Chile.

*Sistema Tributario Brasileño y las Relaciones Internacionales*, X Congreso Nacional de Estudios Tributarios, Brasil. 2012.

Somarriva, Manuel. (2003). *Derecho Sucesorio*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.