



EFFECTOS TRIBUTARIOS EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 G DE LA LEY DE LA RENTA A LOS TRUSTS

Parte I

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN**

**Alumno: Christian Azócar
Profesor Guía: Boris León**

Santiago, Marzo 2018

ÍNDICE

<u>CAPÍTULO</u>	<u>PÁGINA</u>
1 INTRODUCCIÓN.....	1
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
1.2 HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	3
1.3 PLANTEAMIENTO DE OBJETIVOS	3
1.3.1 <i>Objetivo General</i>	3
1.3.2 <i>Objetivos Específicos</i>	3
1.4 METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS.....	4
2 MARCO TEÓRICO: RENTAS PASIVAS Y EL TRUST BAJO EL ENFOQUE DEL ARTÍCULO 41 G DE LA LIR.....	5
2.1 TRATAMIENTO DE LAS RENTAS EXTRANJERAS EN CHILE	5
2.2 INCLUSIÓN EN CHILE DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL PARA EVITAR LA ELUSIÓN Y/O ABUSO	6
2.3 ARTÍCULO 41 G: ACCIÓN EN CHILE PARA CUMPLIR REGULACIÓN INTERNACIONAL BEPS 9	9
2.3.1 <i>Definición de Control sobre Entidades en el Extranjero</i>	12
2.3.2 <i>Rentas que deben ser consideradas como Pasivas</i>	13
2.3.3 <i>Créditos a Impuestos pagados por Rentas Pasivas</i>	16
2.4 EL TRUST COMO RENTA PASIVA.....	18
2.4.1 <i>Descripción de los Trusts</i>	18
2.4.2 <i>Características de los Contratos Trusts</i>	21
2.4.3 <i>Experiencia Internacional respecto a los Trusts</i>	23
2.5 ENTENDIMIENTO DEL SII RESPECTO DEL TRUST.....	25
3 DESARROLLO DE LA HIPOTESIS PLANTEADA.....	33
3.1 DESARROLLO DE LA HIPOTESIS.....	33
3.1.1 <i>Obligación de Declarar y Tributar un Trust como Renta Pasiva</i>	34
3.1.2 <i>Determinación del partícipe que ejerce el control del Trust</i>	35
3.1.3 <i>Evaluación de la Propiedad sobre el Capital</i>	36
3.1.4 <i>Cuándo el beneficiario se hace controlador de la propiedad?</i>	43
3.1.5 <i>Resumen de la demostración de la hipótesis</i>	52
3.1.6 <i>Conclusiones de la Hipótesis</i>	56
4 CONCLUSIÓN GENERAL	58
BIBLIOGRAFÍA.....	60

1 INTRODUCCIÓN

El nuevo artículo 41 G incorporado a la Ley de Impuesto a la Renta a través de la Ley número 20.780 del año 2014, sobre reforma tributaria, y la Ley número 20.899 del año 2016, sobre perfeccionamiento de la Reforma Tributaria, vigente a partir del 1 de enero de 2017, corresponde a la respuesta jurídica a las recomendaciones que la OCDE planteó en la acción número 3 de las normas BEPS, y que tienen como fin evitar el traslado de utilidades a países de baja o nula tributación, que es un mecanismo utilizado para la erosión de las bases sobre las cuales se determina la correcta carga tributaria.

El nuevo artículo 41 G define el tratamiento de las rentas pasivas que son generadas por entidades extranjeras, pero cuyo control se centra en personas, naturales o jurídicas, con residencia en Chile, dentro de los cuales considera a los trusts.

El trust es un tipo de contrato para la administración de bienes, físicos o financieros, cuya figura jurídica no existe en la legislación chilena. La razón fundamental de porque no existe en Chile, se debe a que entre sus principales características definen la propiedad de los mismos en más de una persona, condición que es contraria a la definición de propiedad según nuestro código civil, que considera que ésta sólo puede radicar en una persona.

Se suma a lo anterior, la existencia de un tercer partícipe en estos contratos, relacionados a la figura de los beneficiarios, quienes son definidos por el originador del trust y que corresponde a quienes serán los destinatarios de los réditos asociados al trust.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Al no considerar el legislador un tratamiento especial para los contratos trust, generó los siguientes problemas en su inclusión en el artículo 41 G:

- ✓ Al ser la propiedad un elemento fundamental que define el artículo 41 G para determinar la existencia de control, se produce una ambigüedad desde el punto de vista tributario, respecto a quién es el controlador de estos contratos y por tanto respecto a quién es el que debe tributar estas rentas pasivas.
- ✓ Al no haber certeza de quién es el responsable de la tributación por las distintas rentas que generan los trusts, no es claro en la norma quién podría utilizar los créditos por los impuestos pagados en el extranjero, pudiendo generar una doble tributación para el contribuyente.
- ✓ Además, las características de estos contratos, tales como la condición de revocabilidad de sus beneficiarios, incorporan otras complejidades respecto de quién es el contribuyente responsable de tributar con los impuestos en Chile.

Estos problemas serán abordados en el marco de esta tesis considerando:

- ✓ La normativa internacional que existe respecto a los trusts y como abordan problemas de carácter tributario asociado a las características del mismo.
- ✓ Una revisión de los trusts según la normativa chilena, en particular la visión que el Servicio de Impuestos Internos tiene sobre esta figura y que ha expresado en oficios emitidos en los últimos años como respuesta a consultas efectuadas por contribuyentes, el cual es el único referente para la aplicación del artículo 41 G en Chile.

1.2 HIPÓTESIS DE TRABAJO

Lo que esta tesis busca validar, es que el artículo 41 G presentaría ambigüedades en el tratamiento de las rentas pasivas que se originan en un Trust, respecto a quien debe tributarlas cuando se configura el incremento patrimonial o la tenencia del patrimonio, al no considerar las características de estos contratos los cuales son fundamentales para definir su tributación en Chile.

1.3 PLANTEAMIENTO DE OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Analizar la aplicación del artículo 41 G a las rentas pasivas que originan los trusts y sus efectos tributarios para contribuyentes con residencia o domicilio en Chile.

1.3.2 Objetivos Específicos

- i) Definir las entidades controladas que no tienen residencia ni domicilio en Chile.
- ii) Determinar las rentas pasivas que deben computarse en Chile.
- iii) Identificar los sujetos que están obligados a declarar rentas pasivas por su condición de controlador.
- iv) Detallar los créditos que pueden ser utilizados por contribuyentes que declaran rentas pasivas.
- v) Analizar los diferentes tipos de trusts bajo la normativa chilena y los efectos tributarios sobre los contribuyentes con residencia en Chile.
- vi) Exponer las razones de la inclusión del trust en el artículo 41 G.

1.4 METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS

Se abordará el desarrollo de la tesis a través del método inductivo, analizando las definiciones y tratamientos tributarios realizados por el Servicio de Impuestos Internos en diversos oficios que hacen mención al trust y sus partícipes, en consultas efectuadas por contribuyentes. También será necesario un análisis de la norma internacional respecto a los contratos trusts, para entender las características y la incidencia que de los mismos se puede derivar en la aplicación de los tratamientos a las rentas pasivas que define el artículo 41 G.

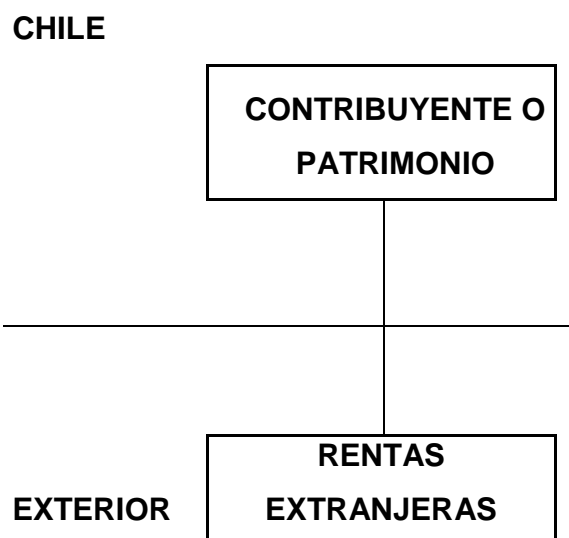
2 MARCO TEÓRICO: RENTAS PASIVAS Y EL TRUST BAJO EL ENFOQUE DEL ARTÍCULO 41 G DE LA LIR

2.1 TRATAMIENTO DE LAS RENTAS EXTRANJERAS EN CHILE

El artículo número 3 de la Ley Sobre Impuesto a la Renta, según Decreto Ley N°824, (en adelante LIR) indica que *“las personas domiciliadas o residentes en Chile, pagan impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de la renta esté situada dentro del país o fuera de él”*, por lo tanto deben tributar en base a sus rentas tanto de fuente chilena como de fuente mundial.

Para la aplicación del artículo 3 de la LIR, debe entenderse por rentas de fuente mundial, o extranjeras, aquéllas que provienen de bienes situados en el extranjero o de actividades desarrolladas fuera de Chile.

Artículo 3º.- *Salvo disposición en contrario de la presente ley, toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entradas esté situada dentro del país o fuera de él, y las personas no residentes en Chile estarán sujetas a impuesto sobre sus rentas cuya fuente esté dentro del país.* (LIR)



La inclusión de las rentas extranjeras en la tributación de contribuyentes con residencia en Chile representa un desafío para el Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII), en lo que respecta a su fiscalización, debido a que este organismo no cuenta con información ni control suficiente sobre las mismas, y por ende no dispone de los mecanismos adecuados que permitan asegurar la recaudación de los impuestos que se derivan de dichas rentas, quedando sujeto a la voluntad y arbitrio de los contribuyentes para su declaración y tributación.

A pesar de lo anterior, actualmente existe un convenio entre el SII con las autoridades tributarias de diversos países para el intercambio de información bancaria con fines tributarios¹, la cual es parte de los compromisos adquiridos tras la incorporación de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico² (en adelante OCDE) el 11 de enero de 2010, pero que sin embargo sigue siendo insuficiente para los fines del control de las rentas que se generan por actividades en el extranjero y que no ingresan materialmente a Chile.

2.2 INCLUSIÓN EN CHILE DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL PARA EVITAR LA ELUSIÓN Y/O ABUSO

Desde la década de los 80 Chile ha propiciado una economía abierta al mundo, y como parte de esta apertura ha suscrito a la fecha más de 32 Convenios Internacionales para evitar la doble tributación.

La tendencia mundial hacia la globalización ha ocasionado la interacción de distintos sistemas tributarios, lo cual trajo a su vez consecuencias nuevas e

¹ “Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria”, acuerdo impulsado por la OCDE y suscrito por más de 80 países. Fue firmado por Chile el 24 de Octubre de 2013 y aprobado en el Senado el 04 de noviembre de 2015, fecha desde la cual se encuentra vigencia.

² Organismo internacional fundado en el año 1961 que a la fecha agrupa a 35 países como miembros activos, y cuyo objetivo principal es “*promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo*”

impensadas en cuanto al abuso de los Convenios de Doble Tributación y de la utilización de paraísos fiscales para planificaciones tributarias agresivas, lo que llevó a la OCDE a definir un plan con diversas acciones para mejorar la transparencia y la recaudación fiscal según la potestad tributaria que le corresponde a cada país.

BEPS, en sus siglas en inglés “Base Erosion and Profit Shifting”, (erosión de bases y traslado de utilidades), es el nuevo estándar en materia de tributación internacional impulsado por la OCDE, el cual pone foco en la transparencia, la información, la sustancia en lugar de la forma, en las medidas anti-elusión y el no diferimiento de los impuestos sobre las utilidades.

En su primer reporte del año 2013, BEPS pone énfasis en los siguientes aspectos que fundamentan los planes de acción que posteriormente promulgaría como recomendaciones que deben ser implementadas por los países miembros:

- a) Los efectos adversos de la erosión de las bases tributables y el traslado de utilidades, tanto en los mercados nacionales como internacionales.
- b) Se hace necesario la claridad y la predictibilidad de la información tributaria para un adecuado funcionamiento de los mercados (Transparencia).
- c) Cada vez es más complejo establecer la jurisdicción tributaria respecto a la economía digital y la masividad de los intangibles.
- d) Enfatiza que los países deberían tomar soluciones en conjunto con el fin de evitar los problemas de la doble tributación (Coherencia).
- e) Los modelos para evitar la doble tributación tendrían debilidades respecto a la asignación de la potestad tributaria.
- f) En materia de precios de transferencia es necesario darle mayor importancia a la creación de valor que al solo uso de intangibles y mecanismos financieros (Sustancia).

Ser un miembro activo y colaborador de la OCDE ha significado para Chile adherir a las recomendaciones que se emiten a través de las acciones del plan BEPS, para lo cual el SII está aplicando un plan de auditoría, fiscalización y de cumplimiento tributario llamado plan BEPS CHILE.

Esto ha dado pie a un nuevo foco de atención de parte de la fiscalización que ya no sólo se da a nivel nacional, sino también a nivel internacional, todo en vista de la internacionalización de la economía. Este último tiempo, se han conocido casos de grandes empresas multinacionales que no están pagando los impuestos que corresponden de acuerdo a las utilidades obtenidas en cada país donde están establecidas, lo que hace tomar medidas urgentes frente a este tema. BEPS representa un Plan de Acción con 15 medidas concretas, las que los distintos países de la OCDE están adoptando en sus legislaciones internas y en los Convenios Internacionales, que se están revisando y actualizando en vista de las nuevas condiciones internacionales y tributarias.

Entre las 15 medidas antes indicadas, la OCDE plantea la acción número 3, que establece el fortalecimiento de las normas que regulan a las entidades extranjeras controladas, conocidas como CFC por sus siglas en inglés de *Controlled Foreign Companies*.

Las recomendaciones del plan de acción número 3 se presentan en seis bloques fundamentales para el diseño de normas efectivas sobre las CFC:

- i) Definición de una CFC (incluida la definición de control),
- ii) Exenciones a CFC y umbrales para la aplicación,
- iii) Definición de rentas CFC,
- iv) Normas para el cálculo de las rentas,
- v) Normas para la atribución de rentas / ingresos sujetos al régimen, y
- vi) Normas para prevenir o eliminar la doble tributación.

En Chile la complejidad de lograr acuerdos para modificar las leyes indujo a aprovechar la oportunidad del plan de reforma tributaria del año 2014 para adaptar en la propia ley algunas de las acciones de BEPS que eran de aplicación obligatoria para países miembros de la OCDE, entre ellas el plan de acción número 3.

Es así como la Ley número 20.780 y la Ley número 20.899 de 2016, que la modifica, incorporaron los principios y recomendaciones que BEPS promueve, lo cual quedó reflejado en la modificación de diversos artículos de la LIR y en la incorporación de los nuevos artículos 41 G y 41 H (este último derogó el artículo 41 D).

2.3 ARTÍCULO 41 G: ACCIÓN EN CHILE PARA CUMPLIR REGULACIÓN INTERNACIONAL BEPS

Antes de la promulgación de las leyes que fundamentan la reforma tributaria del año 2014, para efectos de reconocimiento de rentas de fuente extranjera estaba vigente únicamente el artículo 12 de la Ley de la Renta, donde el tratamiento definido para su reconocimiento quedaba en forma exclusiva supeditado a la ocasión en que eran percibidas por el contribuyente, por lo que mientras no ingresaran materialmente al patrimonio de aquel no tributaban en Chile.

Entonces es relevante entender el concepto de renta y de cuando se debe entender percibida, las cuales se definen en la Ley de la Renta como sigue:

✓ Por “renta”, los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación.

✓ A su vez "renta percibida", aquella que ha ingresado materialmente al patrimonio de una persona. Debe, asimismo, entenderse que una renta devengada se percibe desde que la obligación se cumple por algún modo de extinguir distinto al pago.

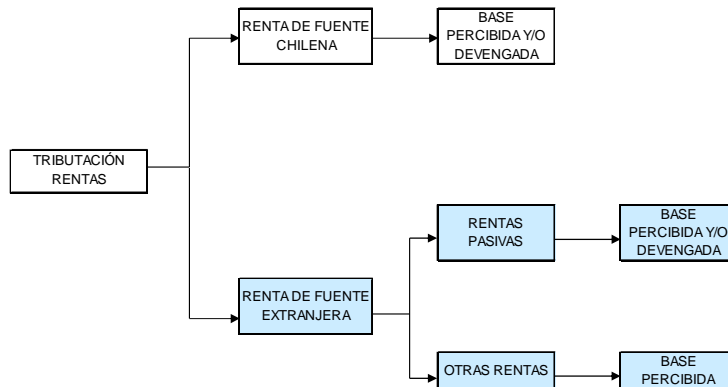
La reforma tributaria modificó el artículo 12 incorporando "cuando deban computarse rentas de fuente extranjera, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 G, se considerarán las rentas líquidas percibidas, excluyéndose aquellas de que no se pueda disponer en razón de caso fortuito o fuerza mayor o de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen", con lo cual no basta, para su tributación, que una renta sea percibida siendo además necesario, para una adecuada evaluación del cumplimiento tributario, revisar las condiciones que impone el nuevo artículo 41 G en relación a las rentas que sin ser percibidas hayan sido devengadas en entidades del extranjero sobre las cuales el contribuyente tiene participación por la existencia de control.

El nuevo artículo 41 G, expresa así la obligación respecto a rentas cuando no son percibidas:

"No obstante lo dispuesto en el artículo 12 y en los artículos precedentes de este Párrafo, los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile, que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en el país, deberán considerar como devengadas o percibidas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas, conforme a las reglas del presente artículo".

Con lo cual establece la obligación de reconocer las rentas de fuente extranjera al momento de devengarse, cuando estas son generadas en entidades que tienen domicilio y residencia en el extranjero, pero considerando la **existencia de control** desde la entidad chilena sobre ésta.

Luego el nuevo esquema para evaluar el cumplimiento tributario por rentas provenientes del extranjero, queda del siguiente modo:



Entonces este nuevo articulado incorpora dos conceptos fundamentales que son el **control**, o su presunción, sobre entidades en el extranjero y las rentas derivadas de éstas que deberán ser consideradas como **rentas pasivas**.

En particular el artículo 41 G indica que “*se obliga a los controladores a considerar como devengadas o percibidas las rentas percibidas o devengadas por entidades sin domicilio ni residencia en el país que controlen directa o indirectamente*”.

Es importante tener en cuenta que la legislación considera que una renta está *devengada*³ desde el momento en que existe un título o un derecho y la renta está *percibida* desde que ingresa materialmente al patrimonio de una persona. Como ejemplos de devengo se puede enunciar entre otros: las cuentas por cobrar, ventas a crédito, arriendos por cobrar, en los servicios cuando éstos se hayan ejecutado. Por otro lado, para que una renta sea percibida no requiere ser remesada a Chile, debiendo considerarse como tal cualquier mecanismo que haya servido para la extinción de la deuda. Ejemplos de extinción en nuestra legislación

³ Corresponde al concepto de renta devengada de acuerdo a la definición del número 2 del Artículo 2° de la LIR: “*aquella sobre la cual se tiene un título o derecho, independientemente de su actual exigibilidad y que constituye un crédito para su titular*”.

son: pago en efectivo, transacción, compensación, prescripción, novación, remisión y confusión⁴.

2.3.1 Definición de Control sobre Entidades en el Extranjero

El nuevo artículo 41 G clasifica, pero no limita, como entidades en el extranjero susceptibles de ser controladas, en forma directa o indirecta, a las siguientes: trust, un patrimonio de afectación o fiduciario, cualquier tipo de sociedad, fondos, comunidades entre otros, constituidos o establecidos en el extranjero, posean o no personalidad jurídica. Siempre que cumplan los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que sus rentas no deban computarse en Chile de acuerdo al Art. 41 B de la LIR, el cual trata en forma especial a los establecimientos permanentes y por lo tanto no son considerados en el tratamiento de rentas pasivas.
- b) Que sean **controladas**, entendiéndose por tal que quien ejerce el control lo hace bajo una de las siguientes condiciones:
 - i) Participa a lo menos sobre el 50% de: el capital, el derecho a las utilidades y/o el derecho a voto.
 - ii) Puede influir significativamente en la administración de la entidad extranjera por: tener el derecho a elegir o hacer elegir o bien remover a la mayoría de los directores o administradores; o bien por poseer facultades unilaterales para modificar sus estatutos.
 - iii) Cuando la entidad se encuentre en un país con nula o baja tributación (nominados en el artículo 41H de la LIR), en cuyo caso se presume legalmente el control, o bien

⁴ Modos de extinguir una obligación según los define el Artículo 1.567 del Título XV del Código Civil.

- iv) Posee una opción de compra igual o superior al 50% o más del capital, derecho a utilidades o votos.

Algunas apreciaciones respecto al control son:

- ✓ Se configura en cualquier momento durante un ejercicio comercial.
- ✓ Se puede configurar en forma individual o bien por actuación conjunta con personas o entidades relacionadas de acuerdo a como lo establece las letras a), b) y d) del artículo 100 de la Ley 18.045.
- ✓ En caso de que el control se ejerza en forma indirecta a través de un establecimiento permanente en el extranjero, se deberá considerar que las rentas de este último deben separarse de las que pueden ser consideradas como pasivas y ser tratadas bajo las instrucciones del artículo 41 B y las segundas bajo el artículo 41 G.

2.3.2 Rentas que deben ser consideradas como Pasivas

Así de estas entidades extranjeras que califican como entidades controladas, para efectos del artículo 41 G, se debe entender que son las que potencialmente generan las rentas que se denominan pasivas respecto al contribuyente que las controla.

Como concepto general de **Rentas Pasivas** se debe entender aquéllas que corresponden o provienen principalmente del mundo financiero por ser las de fácil traslado o movilidad entre países, y que no tienen como destino constituir una actividad operativa como puede ser una fábrica de bienes.

Se destacan entre las más conocidas, y que son detalladas en la norma, las siguientes:

- i) los dividendos, retiros y distribuciones o devengo de utilidades que provienen del extranjero, dejando fuera a los dividendos que provienen de sociedades operativas⁵,
- ii) intereses y rentas que corresponden al artículo número 2 de la LIR, a menos que provengan de una entidad bancaria regulada⁶,
- iii) rentas derivadas de la cesión del uso, goce o explotación de marcas, fórmulas y regalías, ganancias de capital por enajenación de bienes, derechos, inmuebles, rentas de arrendamiento, rentas por cesión de derechos rentas pasivas,
- iv) rentas pasivas obtenidas por entidades constituidas en paraísos tributarios.

Las rentas que se consideran pasivas deberán ser reconocidas, cuando éstas se devenguen o perciban en la entidad controlada, en la declaración de impuestos del contribuyente controlador en la participación que le corresponde respecto a la entidad extranjera.

En primera instancia deberá determinarse el Impuesto de Primera Categoría sobre las rentas pasivas, considerando las disposiciones de los artículos 29 al 33 de la LIR y cualquier norma que sea pertinente para la determinación de una renta líquida imponible, posteriormente deberá considerarse la aplicación de los Impuestos Global Complementario o Adicional según sea el caso.

En caso de que diera una RLI negativa, ésta no puede ser reconocida en Chile.

⁵ Corresponde a sociedades que se establecen con un giro y fin comercial, y para lo cual cuentan con una infraestructura que sustenta la operación.

⁶ De acuerdo a la Circular número 40 del año 2016, se considera regulada si lo son por las autoridades del país donde residen o se encuentran constituidas.

Consideraciones adicionales respecto al reconocimiento de rentas pasivas:

- ✓ Si en una entidad extranjera que se considera controlada, el 80% o más de sus ingresos corresponde a rentas que califican como pasivas, entonces el contribuyente residente en Chile deberá considerar que todas las rentas devengadas o percibidas por la entidad extranjera son rentas pasivas y, por lo tanto, todas ellas computan para efectos de evaluar su declaración en Chile bajo las indicaciones del artículo 41 G, de acuerdo a la participación que le corresponda.
- ✓ Si la participación es sobre una entidad, que está constituida o establecida en un país de baja o nula tributación de acuerdo a la calificación que define el artículo 41 H, entonces se considera por presunción legal que el 100% de las rentas de la entidad son pasivas⁷. Si no se dispone de información respecto a las rentas que se generan, la norma presume que esta corresponde a la tasa promedio del sistema financiero del país sobre el valor de adquisición de la participación o el valor de la participación patrimonial, el mayor.

Por otro lado, es importante entender en qué circunstancias las rentas provenientes del extranjero que corresponde a pasivas, o bien califican por presunción legal como tal, son eximidas por la norma de ser consideradas rentas pasivas para efectos de su declaración y por lo tanto no obligan al contribuyente controlador con residencia en Chile a declararlas sino hasta su percepción⁸:

- i) Cuando las rentas de la CFC, que califican como pasivas, no superan el 10% de sus ingresos totales para un ejercicio determinado.

⁷ Al ser una presunción legal acepta prueba en contrario, siendo carga del contribuyente su demostración.

⁸ Si las rentas se eximen de ser reconocidas por el contribuyente bajo la norma del artículo 41 G por no calificar como pasivas, entonces quedan sujetas al régimen general que obliga a declararlas una vez que son percibidas de acuerdo al artículo 12 de la LIR.

- ii) Cuando el valor de los activos susceptibles de producir rentas pasivas no exceda de un 20% del valor total de los activos.
- iii) No se aplica el artículo 41 G, si las rentas pasivas son gravadas, en el país de residencia de la entidad extranjera, con impuestos a la renta cuya tasa efectiva⁹ sea igual o superior a un 30%.
- iv) No se reconocen rentas pasivas si el conjunto de los ingresos brutos son menores a UF 2.400 en un ejercicio comercial, respecto de cada persona o entidad que se entiende controladora, considerando el porcentaje que sobre cada entidad controlada le corresponda¹⁰.

2.3.3 Créditos a Impuestos pagados por Rentas Pasivas

Nuestro sistema tributario reconoce como crédito en Chile, ya sea los impuestos pagados o adeudados en el extranjero, como una solución a la doble tributación que se puede producir debido a que normalmente estas rentas han debido tributar en el país en el cual reside o se constituyó la entidad o patrimonio que las ocasiona.

El artículo 41 G, en su letra E concede el derecho al crédito por los impuestos a la renta pagados o adeudados en el exterior y que correspondan a rentas pasivas. Estos créditos se imputan contra el Impuesto de Primera Categoría, en caso de exceder el monto de este impuesto sólo puede rebajar Impuestos finales (Global Complementario o Impuesto Adicional dependiendo de la calidad del contribuyente), en ningún caso puede ser devuelto.

⁹ La tasa de tributación efectiva corresponde al cociente del impuesto efectivamente pagado por la empresa y las utilidades antes de rebajar impuestos y beneficios tributarios. El objetivo es conocer la tasa que realmente se aplicó a partir de la carga tributaria efectiva respecto a las utilidades de la empresa.

¹⁰ El SII define los ingresos brutos como las rentas pasivas que computan para efectos de determinar el cumplimiento del límite de las UF 2.400. en su Oficio número 2.399 emitido con fecha 06 de noviembre de 2017.

Los impuestos soportados en el exterior por rentas pasivas que se deben computar en Chile, tendrán derecho a crédito y serán aplicados según las normas que fijan el Artículo 41 A, en su letra B, si no existe un Convenio de Doble Tributación con el país desde el cual provienen las rentas pasivas y el artículo 41 C en caso de que exista uno.

Se hace la distinción entre:

- ✓ Utilización créditos con Convenio Artículo 41C LIR Tope 35%
- ✓ Utilización créditos sin Convenio Artículo 41 A LIR Tope 32%.

Igualmente procederá la deducción como crédito de los impuestos pagados en el exterior, aun cuando la CFC no se encuentre domiciliada en el mismo país donde se encuentra la renta pasiva obtenida, siempre que, el país de residencia de las rentas pasivas, tenga convenio de doble tributación con Chile y/o exista un convenio de intercambio de información.

Se debe recalcular el crédito total disponible del ejercicio en que se computaron en Chile las rentas pasivas del extranjero hasta completar los límites que establece la normativa.

Exigencias para la utilización de los créditos:

- a) La inversión efectuada en la entidad o patrimonio que genera las rentas que califican como pasivas, debe haber sido inscrita en el Registro de Inversiones del SII.
- b) Debe corresponder a impuestos obligatorios a la renta pagados o retenidos en forma definitiva en el exterior, por rentas presuntas o efectivas.
- c) Los impuestos pagados deberán ser sustentados a través del recibo o con un certificado oficial emitido por la autoridad competente, debiendo pasar por el Consulado en el país de la renta pasiva y por el Ministerio de Relaciones Exteriores en Chile para validar dichos documentos.

- d) El crédito no puede exceder los topes indicados en los artículos 41 A o 41 B según exista o no un convenio de doble tributación.
- e) No hay derecho a devolución por los créditos que excedan los montos del impuesto local que rebajan.

2.4 EL TRUST COMO RENTA PASIVA

El nuevo artículo 41 G hace mención expresa al trust como una renta pasiva, por lo cual es fundamental entender sus características y las razones por las cuales se constituyen. Así mismo los problemas y convenios que a nivel internacional se han adoptado para su resolución.

Luego se abordará la crónica de las distintas normas del SII en las cuales ha fijado su posición respecto a la constitución de un trust y de quienes debieran obligarse en la tributación de las rentas que estos generan.

2.4.1 Descripción de los Trusts

El trust es un patrimonio de afectación¹¹ en donde la titularidad de uno o más bienes o activos es separado del uso y goce de los mismos, siendo estos designados a una persona o entidad jurídica para que los administre y gestione respecto a determinados beneficiarios por medio de un contrato privado.

Este instrumento legal radica en el derecho anglosajón debido a que este permite la fragmentación de las facultades propias del derecho de propiedad (titularidad y goce y uso del mismo) entre dos personas distintas, condición que no está

¹¹ Corresponde a un patrimonio que es autónomo respecto a una persona, se mantiene fuera de su patrimonio, afectando un conjunto de bienes para conseguir o destinados a un fin específico.

permitida en naciones que se rigen por el derecho civil como es el caso de Chile y España, entre otros.

Es un instrumento simple que no conlleva ninguna complejidad respecto a cómo se debe constituir, y permite mantener la confidencialidad respecto de quienes se benefician de él, razones por la cual ha sido de amplio uso para diversos fines, siendo uno de los principales su uso como un instrumento de planificación sucesoria.

La figura del trust considera tres partícipes:

- **SETTLOR**, o constituyente, corresponde a la persona o propietario titular que dispone de los bienes o activos con los cuales se crea el fondo. Es quien establece los fines para el cual se crea el fondo, siendo estos de carácter comercial, fiscal, sucesorio o familiar, entre los más comunes, y fija los criterios bajo los cuales se administrarán estos bienes o quienes se beneficiarán de él.
- **TRUSTEE**, es una persona, natural o jurídica, de plena confianza del settlor a quien se encarga la administración y gestión del fondo, la cual ejerce con todos los derechos que son propios de un propietario legal, pero sobre los cuales no puede ejercer el dominio completo ya que tiene una obligación legal respecto de los mismos, definida en el contrato del trust, con los beneficiarios
- **BENEFICIARIO**, persona que es designada, por el settlor o el trustee, para recibir las ganancias obtenidas por el fondo o los propios bienes que lo conforman en algún plazo y forma que se define en el contrato del trust.

Al ser el trust un contrato muy flexible, permite que estas tres funciones se puedan solapar entre sí, pudiendo el Constituyente autonombrarse trustee y/o Beneficiario del fondo, o bien uno de los beneficiarios puede actuar como trustee. Cuando esto ocurre, normalmente los contratos se estructuran de modo tal que no se produzca una confusión de las funciones.

Como ya se indicó, un trust se asemeja a un Fondo fiduciario, operando bajo la lógica de un patrimonio separado, donde la gran diferencia es que quien lo administra es también propietario de los mismos, lo cual permite utilizarlo para uno de sus usos más comunes que es la transferencia patrimonial entre distintas generaciones de una familia.

A la condición de la propiedad ejercida por dos personas distintas se suma la imposibilidad de embargar los bienes del trust.

Es fundamental la figura del trustee y sus obligaciones quedan definidas en el contrato o trust deed, siendo las principales, y más comunes, las siguientes:

- ✓ Es titular de los bienes y/o inversiones que conforman el trust.
- ✓ Está obligado a administrar los bienes y/o inversiones en beneficio de los beneficiarios designados.
- ✓ Goza de plena autonomía en la gestión y ejecución del encargo recibido del settlor.
- ✓ Goza de los poderes de un auténtico propietario y en su deber de administrador.
- ✓ No se pueden extraer beneficios personales de la gestión.
- ✓ Debe informar debidamente al beneficiario sobre la gestión del trust.
- ✓ Debe distribuir entre los beneficiarios los réditos generales por la administración del fondo conforme a lo estipulado en el documento constitutivo.
- ✓ Al término del trust, entregará los bienes restantes a los beneficiarios.

2.4.2 Características de los Contratos Trusts

Al momento de establecerse un trust por medio de un contrato privado, los bienes o inversiones que son incluidos como el fondo del trust, y cuya propiedad legal se transfiere al Administrador, pasan a constituir un fondo de patrimonio separado respecto al patrimonio personal tanto del settlor como del trustee.

Esta separación de los patrimonios protege al fondo de los posibles embargos a los que, tanto el settlor como el trustee, se pudieran ver afectados por parte de sus acreedores.

El fondo creado por la constitución de un trust carece de personalidad jurídica, por lo cual no tiene derechos ni obligaciones, lo cual refuerza aún más la condición de blindaje que le otorga la imposibilidad de embargo antes mencionado.

Al momento de analizar las características de estos contratos, un aspecto fundamental es como definen las facultades tanto del Constituyente como del Administrador, teniendo en consideración que estos pueden reportar impactos fiscales para todos o algunos de sus partícipes. Siendo los tipos de contrato con impactos más significativos, los siguientes:

- a) Según la facultad del Constituyente para anular o modificar el trust:
 - i) Contrato Revocable: en este tipo de contratos el Constituyente puede en forma unilateral, modificar los términos, beneficiarios y condiciones del contrato, o incluso anularlo.
 - ii) Contrato Irrevocable: en este tipo de contratos el Constituyente no puede modificarlo ni anularlo, sin el consentimiento del trustee, y por tanto la transferencia de la propiedad legal que a través del fondo recae sobre el Administrador, no se puede disolver en forma unilateral.

b) Según facultad del Administrador de designar los beneficiarios del trust:

i) Contrato Discrecional: en estos contratos el Administrador puede a su arbitrio designar a quiénes, cómo y cuándo se beneficiarán del fondo, dentro del marco de lo establecido por el Constituyente del trust.

ii) Contrato No Discrecional o de Participación: queda definido en el trust los beneficiarios y todos los aspectos de cómo éstos participarán de los beneficios del fondo, sin discrecionalidad alguna del Administrador.

c) Según el momento en el que surte efectos el contrato:

i) Trust Testamentario: es creado al amparo de un testamento y sus consideraciones tienen efecto a partir de la muerte del Constituyente. En este caso siempre serán de carácter irrevocable.

ii) Trust Intervivos: los efectos de los beneficios del mismo tienen efecto estando el Constituyente vivo.

Otro punto relevante en el análisis de los contratos de trusts, y que es parte de la flexibilidad que los caracteriza y los hace tan apetecibles a la hora de realizar planificaciones de transmisión patrimonial, es que consideran en el documento de su constitución todos los aspectos de su funcionamiento, tales como:

- Beneficiarios, de un modo tan general que puede abarcar distintas generaciones de una familia.
- Condiciones bajo las cuales, y plazos en que, se puede efectuar la distribución de los beneficios o de los bienes del fondo.

2.4.3 Experiencia Internacional respecto a los Trusts

En el ámbito internacional un Trust es un contrato que opera dentro del derecho de la Common Law¹², por lo cual la suscripción de ellos se efectúa normalmente en países que se rigen por estas normas, vale decir, países que pertenecen o pertenecieron a la Comunidad Británica, siendo el más importante Estados Unidos, país que además ha sostenido en el tiempo una serie de restricciones que han sido sujeto de discusión en el contexto europeo.

No obstante lo anterior, debido a los aspectos de flexibilidad por las múltiples posibilidades que ofrece, han hecho del trust una herramienta que es utilizada por personas, naturales y jurídicas, cuya residencia no es necesariamente en países que se rigen por el derecho de la Common Law, para fines que en muchos casos permiten efectuar planificaciones tributarias.

Debido a las complejidades que tiene para los países que se rigen por el derecho civil, en los cuales la figura jurídica del trust no existe, ha generado la necesidad de la intervención de la Conferencia de la Haya¹³, emitiendo un documento que fija la Convención respecto a los aspectos formales del trust para todos aquellos países miembros que quieran ratificar su aplicación.

El Convenio aborda los siguientes tópicos:

- Ámbito de aplicación
- Ley aplicable
- Reconocimiento
- Disposiciones generales
- Cláusulas finales

¹² Familia del Derecho que basa sus sentencias en la jurisprudencia y a la cual adhieren además de Estados Unidos países como Inglaterra y Gales, Irlanda, la mayor parte del Canadá, la India, Australia, Nueva Zelanda y algunos países de África Central.

¹³ Organismo intergubernamental de carácter mundial que tiene como objetivo unificar las normas de derecho internacional privado. A la fecha cuenta con 83 Miembros (82 Estados y la Unión Europea) de todos los continentes.

El Convenio fue realizado el 1 de julio de 1985 y entró en vigor el 1 de enero de 1992

La definición de trust del Convenio indica que *“el término trust se refiere a las relaciones jurídicas creadas – por acto inter vivos o mortis causa – por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado.”*

El convenio sólo aplica sobre los trusts que están creados en forma voluntaria y siempre que consten por escrito.

El Convenio detalla las siguientes principales características del trust:

- a) Los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee*
- b) El título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee*
- c) 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 le imponga*

El convenio no inhabilita que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el trustee posea ciertos derechos tal como la posibilidad de ser un beneficiario, los cuales no cambian la existencia del trust.

El trust se regirá por la ley con la que se escoja y en caso de no haberse efectuado una elección, entonces aplicará la ley con la cual se encuentre más estrechamente vinculado. Para determinar este punto considera los siguientes criterios:

- a) El lugar de administración del trust designado por el constituyente.*
- b) El lugar donde se encuentren situados los bienes del trust.*
- c) El lugar donde resida o ejerza sus actividades el trustee.*

d) Los objetivos del trust y los lugares donde deben cumplirse.

Define la separación de los patrimonios del trust respecto del que le corresponde al trustee y regula la separación o reivindicación en caso de que estos se hayan confundidos.

El convenio no afecta la competencia o potestad tributaria de los estados que la ratifican.

2.5 ENTENDIMIENTO DEL SII RESPECTO DEL TRUST

El 10 de septiembre del año 2013, el SII emitió su Resolución Exenta número 81 fundamentado en la necesidad de conocer información de contribuyentes chilenos que posean o participen de los beneficios de activos que se encuentran en el extranjero amparado en la figura del trust, así mismo de aquéllos extranjeros en Chile que hayan adquirido residencia y que tengan la calidad de administrador de un fondo trust.

La emisión de esta Resolución marca un antes y un después para los inversionistas residentes en Chile, quienes avalados en las características de los trusts, especialmente en la confidencialidad que estos ofrecían, se enfrentaron a la obligación de informar respecto a sus operaciones con este tipo de instrumentos.

Pero, qué motivó que el SII apuntara a este tipo de herramientas que corresponden a una figura jurídica que no es válida en Chile?.

Por un lado, en el año 2012 se emite una modificación a la LIR a través de la ley 20.630, la cual incorpora la obligación de tributar la venta de activos subyacentes en Chile al efectuarse una enajenación de sociedades o patrimonios establecidos o constituidos en el extranjero. Esto pone de relieve una necesidad del SII, que es

la de obtener información respecto a cualquier transacción de activos en el extranjero y los trusts caen bajo esta definición.

Por otro lado, en el año 2013 se da a conocer información de activos e inversiones que poseen familias de altos patrimonios en paraísos tributarios, siendo muchos de estos casos a través de trusts constituidos bajo leyes extranjeras, cuyo objetivo parecía ser el rebajar o no pagar los impuestos a la renta y de herencia según fuera la situación.

Todo lo anterior en un contexto de la formulación de los planes de acción que formuló la OCDE a través de BEPS, abordado extensamente en un título anterior, para evitar las rebajas de cargas tributarias y el diferimiento de impuestos, a través de traslado de utilidades, a través de herramientas como los Trusts.

En vista de lo anterior el SII emite la indicada Resolución 81, que posteriormente modifica a través de la Resolución Exenta número 47 del 19 de mayo del año 2014, en la cual define a los trusts y sus partícipes con el fin de fijar el alcance lo que se debe informar.

Para estos efectos la Resolución toma las definiciones que se establecen en el Convenio referente a los Trusts, emitido por la Conferencia de La Haya y que fue detallado en el título anterior.

El SII sustenta así en la Resolución 81, modificada por la número 47, los principios fundamentales para este nuevo requerimiento de información:

- a) Que tiene un mandato legal para velar por una eficiente administración de fiscalización y su deber es combatir la evasión fiscal en beneficio de la equidad tributaria, para lo cual hace hincapié que está facultado para ejercer las atribuciones que la ley le confiera.

- b) Que el artículo 60, inciso octavo del Código Tributario lo faculta a exigir a los contribuyentes una declaración jurada por escrito de los hechos, datos o antecedentes de cualquier naturaleza de terceras personas, en cumplimiento de su rol fiscalizador.
- c) Que el artículo 63, inciso primero del Código Tributario, indica que podrá hacer uso de todos los medios para obtener información y antecedentes de los contribuyentes, relacionados a impuestos adeudados o pudieran adeudarse.
- d) Que se hace necesario que pueda contar con información sobre las obligaciones y derechos que contribuyentes de la LIR deben asumir con respecto a los trusts constituidos, según la disposición del derecho internacional.

El 16 de enero del año 2015 emite la Circular número 8, en la cual instruye a los contribuyentes respecto a la aplicación del artículo 24 transitorio de la Ley 20.780 del año 2014, que establece un mecanismo de declaración voluntaria y extraordinaria para el pago del impuesto único y sustitutivo sobre rentas en el extranjero que en su origen no fueron declaradas.

Esta declaración voluntaria se enmarca en la reforma tributaria y es una medida que es propiciada por los países adscritos a la OCDE para la regularización tributaria de cierta clase de bienes o rentas que no hayan sido declaradas o bien fueron omitidos en su oportunidad por el contribuyente y quedaron fuera del sistema.

Se siguieron los más estrictos estándares de la OCDE, para esta regulación extraordinaria y transitoria que tuvo una duración de 1 año calendario (entre el 01.01.2015 al 31.12.2015) y comprende las inversiones que se realizaron hasta antes del 1 de enero de 2014.

La naturaleza de los bienes y rentas que se declararon, corresponde a las Acciones o derechos en sociedades constituidas en el extranjero, los beneficios de un trust o fideicomiso. Se incluyeron también instrumentos financieros tales como: bonos, cuotas de fondos, depósitos, y cualquier otro título de crédito o inversión nominativos que sean pagaderos en moneda extranjera. Quedan excluidos los títulos al portador, pues no cumplen con los requisitos solicitados para acogerse a esa declaración.

En relación al mismo artículo 24 transitorio, el SII emite el 27 de julio del año 2015 el Oficio Ordinario 1934, el cual obedece a responder a diversas dudas planteadas por contribuyentes en relación a la declaración voluntaria de inversiones omitidas.

Este Oficio incorpora por primera vez la distinción del trust cuando tiene la condición de ser irrevocable o revocable.

Se aclara en este Oficio que, en el caso de los trusts revocables, quien está obligado a declarar los bienes y/o rentas que se encontraban en incumplimiento tributario es el constituyente del trust, *“de cuya voluntad pende la posibilidad de recuperar los bienes o rentas, salvo que los beneficiarios del trust o la fundación hayan ya recibido los bienes o rentas, caso en el cual, por mucho que el constituyente o fundador pueda dejar sin efecto tales instituciones, esos bienes o rentas ya han ingresado al patrimonio de esos beneficiarios, caso en el cual serán estos últimos los que deberán presentar la respectiva declaración, en su caso.”*

Si el constituyente no tiene facultades para dejar sin efecto el trust, es decir, el trust es irrevocable, en este caso enuncia el Oficio, serán los beneficiarios del trust quienes deben declarar las rentas que de ellos provengan.

Otra Circular relevante, dentro de la jurisprudencia que norma respecto al trust, es la número 40, que el SII emite el 8 de julio del año 2016, la cual instruye la aplicación del artículo 41 G posterior a la modificación de este artículo a través de la Ley 20.899 del año 2016.

En esta Circular el SII define al trust como *“patrimonio de afectación, aquel conjunto de bienes valorables en dinero y destinado a la realización de un fin específico como sucede con los fondos de inversión, fondos mutuos, trusts, bienes constituidos en fideicomiso, entre otros”*.

En Chile los trusts, a pesar que no existe como figura jurídica, quedan regulados en el nuevo artículo 41 G de la Ley de la Renta, pero sólo desde la perspectiva del reconocimiento de sus rentas como pasivas.

Finalmente, el artículo 14 E) N°2 de la Ley de la Renta, recoge el mismo concepto de trust o entidades similares desarrollado por la Resolución N° 47 de 2014.

Según el artículo 14 E) N°2, la obligación de información tiene como titulares no sólo a los sujetos individualizados en la Resolución N° 47 de 2014, vale decir a los administradores o trustees, sino además a los constituyentes y beneficiarios residentes o domiciliados en el país.

Los beneficiarios obligados a informar, son aquellos que se encuentren ejerciendo la calidad de tales, conforme a los términos del trust, agregando el artículo 14, a quienes hayan tomado conocimiento de dicha calidad, aun cuando no se encuentren gozando de los beneficios por no haberse cumplido el plazo, condición o modalidad fijada.

Es así como el SII, a través de la Circular N° 49 de 2016, interpreta las disposiciones del artículo 14 E) N°2, señalando que se entenderá que el beneficiario ha tomado conocimiento de su condición, al ejecutar o celebrar cualquier acto o contrato del cual se desprenda tal calidad indicando como ejemplos:

- Haber concurrido al acto de constitución del trust;
- Haber celebrado un contrato de promesa cuyo objeto sean bienes incluidos en el trust, y

- Haber recibido cualquier beneficio del trust.

La Circular 49 además establece una presunción general de conocimiento de la calidad de beneficiario en los siguientes términos: *“cualquier acto o contrato que sólo haya podido ser ejecutado sabiendo o debiendo saber su calidad de beneficiario”*.

El artículo 14 E) N°2, exige se informe al SII la siguiente información:

- Nombre o denominación de la entidad.
- Fecha, país de origen o la jurisdicción cuya legislación resulta aplicable.
- País de residencia fiscal.
- Número de identificación fiscal, o Tax ID, y aquél utilizado en los actos que afecten el patrimonio de la entidad.
- Patrimonio de la entidad. Debe especificarse la existencia de alguna finalidad determinada que afecte los bienes de la misma.

Respecto de las personas vinculadas a la entidad (constituyente, administrador y beneficiarios) se debe informar, entre los principales:

- Nombre, razón social o denominación.
- Domicilio, residencia e identificación fiscal.
- La forma en que el contrato define el otorgamiento de los beneficios: a voluntad del trustee, o condiciones, plazo y modalidades para su obtención.
- Existencia de clases o tipos de distintos beneficiarios, indicando quienes son conocidos o, por el contrario, clases que permitan incorporar beneficiarios que aún no sean conocidos.
- Definición de un fin específico para los bienes del trust.

- El carácter de revocable e irrevocable del trust, con las indicaciones de las causales de revocación.
- Se exige también informar respecto al cambio del trustee o de sus funciones o la revocación del trust.

Un aspecto importante de la Circular 49 es que define sanciones, en caso de que la información no sea presentada o bien se efectúe en forma incompleta, de tal magnitud que inhiba a los contribuyentes a la omisión o presentación de información en forma maliciosa, siendo éstas:

- En caso de no ser presentada información, respecto a nuevos trusts o sus modificaciones, define la presunción legal de abuso o simulación, según lo que establece los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, salvo prueba en contrario proporcionada por los partícipes del trust, aplicando la tributación que les corresponde, según la calidad de cada interviniente y la naturaleza jurídica de las operaciones.
- Si la información de esta circular, que obliga a los partícipes de un trust, es entregada maliciosamente falsa o incompleta, se exponen a las sanciones del artículo 97 del Código Tributario, primer párrafo Nro. 4.
- Se suma a las sanciones anteriores multas por retraso o no entrega de la información, que son del orden de las 10 UTA (Unidad Tributaria Anual) con una UTA adicional por cada mes retraso, teniendo como tope las 100 UTA, de acuerdo al artículo 161 del Código Tributario.

A través de estas sanciones el SII incorpora nuevos elementos para combatir el abuso, la disminución de la tributación y el diferimiento de los impuestos que tenían como objetivo recurrente quienes constituyen los contratos denominados trust.

De las Circulares y Oficios vistos a través de este título, sumados al Artículo 41 G, se puede observar como el SII ha sentado las definiciones y el tratamiento de los trusts respecto a sus partícipes para un tipo específico de contratos que corresponde al caso que denomina las facultades de modificación o anulación que tiene el Constituyente. Sin embargo aún no aborda ninguno de los otros tipos y/o particularidades de los trusts en lo que respecta a la obligación tributaria o la consideración que debe tenerse respecto a una posible doble tributación.

3 DESARROLLO DE LA HIPOTESIS PLANTEADA

En este apartado se efectuará un análisis con elementos técnicos, utilizando las normas chilenas, que permitan corroborar la hipótesis que fue planteada al final del marco teórico de esta tesis, la cual busca comprobar que la inclusión de los trusts en el artículo 41 G, como una renta pasiva que debe ser declarada por quien se entienda controlador, no define una regulación para el control de estas rentas que sea adecuada, al no considerar las variantes de estos instrumentos, situación que la OCDE ha indicado como una de sus directrices para los países que establezcan normas para el monitoreo de las rentas asociadas a las CFC según el plan de acción 3 de BEPS.

3.1 DESARROLLO DE LA HIPOTESIS

Hipótesis:

El nuevo artículo 41 G presentaría ambigüedades en el tratamiento de las rentas pasivas originadas en Trust, respecto a quien debe tributarlas cuando se configura el incremento patrimonial o la tenencia del patrimonio, al no considerar las características de estos contratos los cuales son fundamentales para definir su tributación en Chile.

Para efectos de demostrar la hipótesis planteada en el marco teórico de esta tesis, se abundará en los aspectos tributarios que el propio artículo 41 G indica deben ser considerados con el fin de establecer quién debe declarar y tributar en Chile la rentas que se ocasionan en la conformación de un trust y su posterior desempeño.

Con el fin de validar la hipótesis planteada, respecto a la ambigüedad en el tratamiento de las rentas de los trusts como pasivas, al aplicar el artículo 41 G, se abordará el análisis incorporando aspectos específicos de los tipos de contratos

que fueron indicados en el marco teórico de esta tesis, con el fin de evaluar quién de los partícipes, según la propia norma indica, está obligado a declarar como rentas pasivas los beneficios que se generan en los activos financieros o bienes que conforman estos fondos.

Se revisará también otros efectos impositivos que a partir del mismo contrato se pudieran generar, y cómo estos podrían ocasionar que un mismo evento se grave con impuestos en más de una ocasión.

3.1.1 Obligación de Declarar y Tributar un Trust como Renta Pasiva

Como fue analizado en el marco teórico, al ser el trust indicado como un fondo generador de rentas pasivas, de acuerdo a las disposiciones del artículo 41 G de la LIR, debe ser declarado y será sujeto de tributación por las rentas que genera, teniendo en consideración las exenciones que se indican en la misma norma.

Es necesario, entonces, analizar los aspectos que definen quien está obligado a considerar como renta pasiva las ganancias obtenidas u originadas en un contrato trust.

Para tales efectos es necesario evaluar estos contratos desde la perspectiva de quien ejerce el **control** sobre el fondo, de acuerdo a los criterios que define el artículo 41 G para su determinación.

Un aspecto relevante del análisis para evaluar quien es el controlador del fondo, designado en la conformación de un trust, es la evaluación de las características de estos contratos, las cuales pueden hacer variar esta condición de control. Se considerará en este análisis los tipos de contratos que fueron definidos en el marco teórico de esta tesis.

Debido a que este tipo de contratos se basa en la norma jurídica del derecho anglosajón, e inexistente en el derecho civil, será necesario además evaluar el efecto de figuras jurídicas semejantes dentro del derecho civil chileno, de modo tal de buscar similitudes que pudiesen aclarar la condición de control.

Finalmente se confrontará los pronunciamientos del SII respecto a quienes deben declarar las rentas de un trust, con las conclusiones que se deriven de la corroboración de la hipótesis planteada.

3.1.2 Determinación del partícipe que ejerce el control del Trust

Desde el punto de vista de los partícipes, para evaluar la existencia de control, por parte de uno de ellos o todos, se considerará tres criterios, dentro de los que se mencionan en la letra A del artículo 41 G, como condicionantes de la tenencia del control y que, han sido considerados para efectos de este análisis como las que se relacionan con la forma jurídica del trust:

- a) Posesión, directa o indirecta, del 50% o más del capital.
- b) Posesión, directa o indirecta, del 50% o más del derecho a las utilidades.
- c) Poder para elegir, cambiar o remover a uno o todos los administradores de la entidad extranjera.

Para evaluar el control según quien tiene la posesión del capital, se considerará quien tiene la propiedad de los bienes y/o activos que conforman el trust al momento de su constitución o en forma posterior, lo cual se verá en función de la transferencia de la propiedad que define el constituyente del fondo, según el derecho anglosajón, tanto al trustee (propiedad legal) como a los beneficiarios del mismo (propiedad beneficiaria), y de acuerdo a las características de los contratos se conjugará con la posibilidad que tiene el settlor de retraer esta condición de cambio en la propiedad.

Para efectos de evaluar la condición de control basado en la posesión del derecho sobre las utilidades, revisaremos las características de algunos trusts respecto a la definición de los beneficiarios y cómo esta condición y su participación puede hacer variar a quien debe entenderse como controlador.

Finalmente se verá las opciones que estos contratos manejan para efectos de definir la posibilidad de cambiar o remover a quien administra el trust, que en este caso corresponde a las atribuciones y designios que respecto a los trustee define el propio settlor en el contrato de constitución del trust.

3.1.3 Evaluación de la Propiedad sobre el Capital

Como ya fue mencionado, para efectuar esta evaluación se ha considerado que el *capital* corresponde al total de los bienes aportados al trust al momento de constituirse.

Luego, para evaluar quien es el controlador, es necesario verificar quién tiene la *propiedad del capital o fondo constituido*, para lo cual se deberá analizar:

- ✓ Condición de *propietario legal* que se le asigna al trustee, o administrador, en el derecho anglosajón y como podría ser evaluado, para determinar su condición de controlador, según su equivalencia dentro del derecho civil chileno.
- ✓ Condición de *propietario beneficiario* que se le asigna a los beneficiarios del trust, y su equivalencia en el derecho civil chileno.
- ✓ Potestad que tiene el aportante de los bienes y/o activos en forma posterior a la constitución del fondo, en cuanto a si se desprende efectivamente de ellos o no.

Como ya se vio en el marco teórico, al momento de la conformación del fondo con el aporte del constituyente del trust, el derecho anglosajón permite la división de la propiedad en dos de los partícipes:

- ✓ Por un lado en el trustee, quien asume la *propiedad legal* que le confiere la titularidad sobre los bienes o activos que conforman el fondo y que tiene como fin permitirle cumplir con lo encomendado en el contrato del trust, en un rol de administración de los mismos,
- ✓ Por otro lado en los beneficiarios, quienes tienen la *propiedad beneficiaria* que les confiere el derecho a recibir los beneficios o los propios bienes de acuerdo a las condicionantes que fija el contrato y que son definidas en forma unilateral por el settlor o constituyente.

Esta forma jurídica de la división de la propiedad es la que no existe en el derecho civil que regula las relaciones contractuales en Chile, por lo cual se buscará formas jurídicas existentes para definir quién, desde la perspectiva de la regulación local, podría aparecer ejerciendo el control por efecto de la tenencia de la propiedad de los bienes y/o activos del trust. Estas similitudes podrían ser relevantes en caso de que bajo los criterios del regulador chileno no sea factible determinar quién es el controlador y este busque estas similitudes para transferir esta condición.

Asimismo, esta división de la propiedad se debe conjugar con la real disposición que tiene el constituyente del fondo de desprenderse de esos bienes y/o activos de su patrimonio personal al momento de constituir el trust y los efectos tributarios en Chile que esto puede tener, tanto desde la perspectiva de la aplicación del artículo 41 G como de su efecto sobre otras normas tributarias, pero que también pueden ser relevantes al momento de determinar quién es controlador y que debiera ser sujeto de impuestos como rentas pasivas.

3.1.3.1 Propiedad Legal del trustee

El trustee quien actúa como administrador del fondo, aun cuando tenga la facultad de designar a los beneficiarios del mismo, como es el caso de los contratos *discrecionales*, siempre lo hace bajo el rol para el cual fue designado por el constituyente, limitado a los aspectos propios de estos contratos donde los principales son:

- Separación del fondo, respecto a su patrimonio personal.
- Obligación de rendir cuenta respecto a su gestión sobre el fondo.
- Titular para todos los efectos de gestionar las inversiones y bienes que conforman el fondo, dentro de lo que permite el contrato de la constitución del trust.

Es decir, el trustee independiente de la propiedad legal (*legal ownership*) que le confiere el derecho anglosajón, en los hechos opera de un modo bastante similar a como lo haría un *mandatario en un mandato sin representación*, haciendo la equivalencia de esta figura en el derecho civil chileno, similitud que se profundizará en la siguiente sección.

Así el trustee, quien recibe la propiedad legal del fondo, como ocurre en la generalidad de estos tipos de contratos, no puede entenderse como la persona o que tiene el control de los mismos, ya que debe actuar como lo haría un mandatario, es decir, como un administrador que cumple con la gestión encomendada por el constituyente administrando los bienes, cuyo beneficio corresponde a un tercero.

Esta evaluación de control que puede ejercer el trustee se justifica si es un residente chileno, situación que es poco probable¹⁴.

¹⁴ Generalmente los trustees son personas naturales o jurídicas que residen en la misma jurisdicción de la constitución del Trust, es decir en el extranjero, siendo normalmente no residentes en Chile. En la regulación de algunos países que se rigen por el derecho anglosajón, eso es una condición para la constitución de un contrato Trust.

3.1.3.2 Análisis del Mandato en la legislación chilena

El artículo número 2.116 del código civil chileno define el mandato como un contrato a través del cual una persona confía la gestión de uno o más de sus negocios o activos a otra persona, de su confianza, la cual se hace cargo de ellos, por cuenta y riesgo de la primera persona.

La persona que otorga el mandato se llama comitente o mandante, y la que acepta el mandato es el apoderado, procurador o mandatario.

Obligaciones de un Mandatario, entre otras, son:

- i) Cumplir con el encargo confiado por el mandante, lo cual debe hacerlo con el sigilo de no atentar en el beneficio que este reporta al mandante o a sus herederos en caso de muerte del mandante.
- ii) Rendir cuentas del encargo, la cual debe según el legislador ser debidamente documentada y respaldada, rendición de la cual puede liberarlo el mandante, pero sin que por esto pierda la obligación de cumplir con lo designado en el mandato.

La obligación de rendir cuentas se justifica debido a que el mandatario no actúa en su propio beneficio, sino que por cuenta del mandante. Este último, necesita conocer cómo se han gestionado sus negocios.

En los mandatos, la actuación del mandatario se puede confundir con la actuación por cuenta propia, situación en la cual toma mayor relevancia la rendición de cuentas, ya que todo lo que haya adquirido o tomado en su nombre y que corresponde al ámbito del mandato o se ha efectuado con recursos que el mandante asignó para la gestión de lo mandatado, deberá ser restituido por el mandatario al mandante.

Respecto a la actuación del mandatario por cuenta propia, o a su propio nombre, el SII a través de su Oficio número 328 del 04 de febrero del año 2011, considera que:

- El efecto patrimonial que se produzca por los actos que celebre a su nombre se deben considerar afectando su propio patrimonio y por tanto constituyen para el mandatario un ingreso personal, mientras no se cumpla con la obligación de rendir cuenta, instancia en la que podría entenderse que el efecto patrimonial corresponde al mandante, y mientras no ocurra es el mandatario quien debe cumplir con la tributación que la ley designa, incluida la declaración de estos efectos en la determinación de su renta líquida imponible.
- Una vez que el mandatario efectúe la rendición de las cuentas y traspase los efectos patrimoniales, de los actos celebrados a nombre propio, a su mandante, este podrá sustituirlo retroactivamente en las obligaciones y derechos que estos ocasionaron (artículo 256 del Código de Comercio).
- Si estos derechos y obligaciones se encuentran pendientes considera que pasarán al patrimonio del mandante, en cambio si ya se hubieran extinguido, el mandatario deberá reintegrar al mandante el saldo que resulta a favor de este último (artículo 279 del Código de Comercio), rebajando el resultado neto a su renta imponible.

Las conclusiones del SII, respecto a la actuación del mandatario en su propio nombre, son ratificadas en los oficios número 2061, del 09.08.2012, y número 148, del 03.05.2012, en los cuales el SII hace dos clasificaciones con respecto al mandato otorgado, teniendo en consideración si el mandatario puede actuar a nombre propio, o no, con los recursos que son propios del fondo, independiente de que se deba entender en ambos casos que siempre opera una separación de los patrimonios:

- a) Mandato otorgado con representación, en cuyo caso el mandatario actúa a nombre y en representación del mandante.

“Cuando el mandatario es representante del mandante, los efectos del contrato que aquél celebra se producen para el mandante y no para el mandatario.”¹⁵, en este tipo de mandato se debe entender que el mandato opera siempre en condiciones de patrimonios separados. El mandatario no se presenta nunca actuando con la titularidad de los bienes y por el contrario cualquier acto debe efectuarlo con un mandato expreso en el cual se establece que la actuación la efectúa en representación del mandante, quien lo designa para tales efectos.

- b) Mandato otorgado sin representación, en que el mandatario actúa a nombre propio.

“En este caso, cuando el mandatario contrata a nombre propio y no a nombre del mandante, los efectos de los actos que celebre el mandatario se radican en su propio patrimonio, y sólo una vez que se rinde cuenta, transferirá al mandante los derechos y obligaciones que adquirió en el cumplimiento del encargo.”¹⁶. Se distingue del anterior en cuanto a que el mandatario actúa como titular de los bienes o activos que son sujeto del acto que perfecciona, y no es sino hasta que efectúa la rendición que se entiende que corresponde al patrimonio del mandante.

De la definición que la norma chilena considera para los mandatos, se puede concluir que la actuación de un trustee, en un contrato de trust, se asemeja al de un mandatario en un mandato sin representación.

¹⁵ Ordinario número 328 emitido por el SII el 04 de febrero de 2011, pronunciamiento cuando el mandatario actúa a nombre propio.

¹⁶ Idem 15.

Se debe entender que la *propiedad legal* que el derecho anglosajón le acredita, le permite actuar como titular de los bienes y cumplir con las obligaciones que sobre el recae, la única distinción es que en el derecho anglosajón los patrimonios se entienden siempre separados y no es necesario que medie la rendición de cuentas para que se entienda que la actuación como titular de los bienes o activos del fondo es por cuenta del settlor o beneficiarios según lo encomendado en el propio contrato. Razón la anterior, por la cual en los hechos podría aparecer frente al SII como la actuación con bienes que figuran como de su propiedad, o como un mandatario que realiza una actuación a nombre propio. La demostración de que tal actuación no es por cuenta propia es una complejidad que sólo se subsanaría con la rendición de cuentas del trustee.

Otro punto relevante es que en el caso de un contrato Trust, el administrador o trustee es quien debe cumplir con el pago de los impuestos determinados por las normas de la jurisdicción donde se constituyó el fondo.

Si la jurisdicción corresponde a un país que se rige bajo las normas del derecho anglosajón, se entenderá que los impuestos son de obligación de cumplimiento del trustee quien tiene la titularidad sobre el fondo, pero sin que esto se deba entender que corresponde a una declaración que se confunda con su patrimonio. Aquí subyace una distinción respecto a los mandatos sin representación según la normativa tributaria chilena, por los cuales el mandatario si tiene una obligación personal respecto a los ingresos que se generan por el fondo sobre el cual se encomienda la gestión, obligación que rige hasta que rinda cuentas respecto del mismo.

Lo que se puede concluir es que si un trustee con residencia y domicilio en Chile actúa en una jurisdicción del extranjero como titular de determinados bienes o activos, pagando bajo esa condición los impuestos que de estos se deriven, puede ser visto por el regulador de impuestos chileno como un mandatario que actúa a nombre propio y por tanto, puede exigir que sean incorporados en sus

obligaciones tributarias a través de su declaración de impuesto global complementario, como ocurriría si este fuera un mandatario en un mandato sin representación.

Puede aquí darse una confusión en la norma chilena respecto a quién debería entenderse como controlador considerando la actuación que en una titularidad de los bienes efectúa el trustee.

Si el trustee es residente en Chile, debería tributar e informar en Chile mientras no rinda cuentas de la gestión encomendada, quien podría no estar obligado a rendir cuentas en caso que esté contemplado en el contrato inicial o cuando recaiga este rol sobre el propio constituyente. Esta situación podría darse bajo la consideración de que no hubiese otros partícipes que puedan ser identificados como controladores para efectos del artículo 41 G debido a las características que tenga el contrato, a modo de ejemplo podría mencionarse el caso de un contrato de carácter *irrevocable* donde el constituyente de acuerdo a las indicaciones del propio SII no puede ser considerado controlador, pero debido a las condiciones suspensivas que considera el contrato para efectos de designar a los beneficiarios se hace imposible identificarlos, como sería el caso en que estos no hubiesen nacido aún.

3.1.4 Cuándo el beneficiario se hace controlador de la propiedad?

Por el lado de los beneficiarios de un trust, como ya se ha visto anteriormente, se les transferirá la propiedad, de acuerdo a lo que se establece en el contrato, según los designios del settlor, quien los nombra a su voluntad, para recibir bajo ciertas condiciones, los beneficios y la propiedad de los bienes que conforman el fondo, dentro del plazo estipulado en el trust.

Se ha considerado para efectos de esta evaluación, que el derecho a las utilidades recaerá sobre quienes son designados beneficiarios del fondo que se constituye, dentro de los cuales puede estar incluido el propio constituyente del trust e incluso

el trustee, entendiendo que en los trusts no hay incompatibilidad en la confusión de los roles, según se vio en el marco teórico.

Hay dos aspectos a considerar con respecto a los beneficiarios que se fijan en este tipo de contratos:

- La posibilidad de no conocer la identidad de los beneficiarios, porque podrían no haber nacido o porque serán beneficiarios futuros por una condición suspensiva. (ejemplo: futuros yernos y nueras)
- La condición de beneficiario podría ser designada o modificada por el constituyente, dependiendo de si es revocable, o bien por el trustee, si tiene la característica de ser un contrato discrecional, lo cual lo hará de acuerdo a los parámetros y condiciones establecidas por el constituyente. (ejemplo: limitar los beneficios o eliminar como beneficiario para el caso de un hijo alcohólico, drogadicto, etc.)

Teniendo en consideración estas variables, podemos inferir que los beneficiarios estarían en control de los bienes sólo cuando:

- Estos han sido individualizados en la designación dentro del contrato del trust.
- No existen incertidumbres respecto a su designación como beneficiario, como sería el caso en que pueden ser removidos (la incorporación de nuevos beneficiarios no individualizados, no queda claro en la condición de control).
- El constituyente se ha desprendido de todos los bienes del trust y no puede revertir la transferencia de la propiedad de dichos activos.

De este modo, se puede presumir que en el caso de los contratos del tipo **irrevocable y no discrecional**, los beneficiarios designados serían quienes ejercen el control de los bienes y sus frutos.

Por el contrario, en el caso de los contratos de carácter revocable, independiente de su condición de discrecional o no discrecional, los beneficiarios no tienen el control, debido a que en cualquier momento el constituyente puede tomar la decisión de modificar o anular el contrato original, actos en los cuales pueden ser removidos de su condición de beneficiarios.

Asimismo, en el caso de los contratos que se configuren como **discrecionales**, los beneficiarios no controlarían el fondo, debido a que pueden perder la condición de beneficiarios y además, no hay certeza con respecto a la participación de cada uno.

Para efectos de la tributación en Chile, debe entenderse que en el caso de un contrato irrevocable, el fundamento del control del beneficiario sobre los bienes del fondo, es producto de una transferencia patrimonial de parte de quien lo constituye hacia quien es designado beneficiario. Esta modalidad además de involucrar al beneficiario en la obtención de rentas pasivas, bajo la perspectiva del Servicio de Impuestos Internos, sería calificada como una **donación**, la cual deberá cumplir con el pago del impuesto a la donación, que en este caso, es de obligación del beneficiario, condición que veremos con mayor detalle en la siguiente sección.

Otra condición que debe ser considerado, respecto a los trusts, es cuando son contratos de carácter **revocable** y se produce el deceso del constituyente, en este caso no ha ocurrido la transferencia de la propiedad de los bienes en forma previa al evento de la muerte, por lo tanto el SII puede exigir el pago del impuesto a la herencia a los beneficiarios, de acuerdo al procedimiento habitual.

Adicionalmente, si los beneficiarios hubiesen recibido rentas o ingresos asociados a los bienes del fondo, en forma previa a la muerte, serán considerados como rentas percibidas según el artículo 12 de la LIR y tributar con los impuestos correspondientes.

3.1.4.1 El trust interpretado como una donación

Para efectos de entender si un trust de carácter irrevocable se debe considerar como una donación, respecto a los activos y bienes que aporta el settlor, revisaremos las principales características y condiciones bajo las cuales se configura una donación¹⁷.

Las donaciones en sus aspectos jurídicos se encuentran normadas en el título XIII del Código Civil, el cual es complementado por la ley número 16.271 del Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones que regula el procedimiento para la determinación del impuesto que debe afectar a las donaciones que se hubiesen efectuado y las formalidades que estas deben cumplir, el cual además establece que la fiscalización de este impuesto es de responsabilidad del SII.

El Código Civil define que las donaciones se deben entender como la transferencia de bienes a título gratuito desde una persona que se denomina Donante a quien percibe los bienes quien se denomina Donatario.

Establece, además, que esta transferencia de bienes debe cumplir con las siguientes condiciones acumulativas, entre las principales para el análisis en cuestión:

- ✓ Debe ser a título gratuito.
- ✓ Debe efectuarse entre vivos.
- ✓ Es de carácter irrevocable.
- ✓ Para quien dona debe haber una disminución patrimonial.
- ✓ Para quien recibe la donación debe haber un aumento patrimonial.

¹⁷ Para efectos del análisis de las donaciones se ha considerado en esta tesis aquellas para las cuales no hay regulación específica por estar sujetas a franquicias tributarias, ya que para éstas no existe la exigencia del trámite de insinuación y el tratamiento tributario para el donante puede diferir del que se menciona en este análisis.

Para que la donación se perfeccione debe efectuarse un trámite de carácter judicial, en el cual el donatario o el donante presentan los antecedentes de los bienes y condiciones bajo las cuales se está materializando la donación, este es el llamado *trámite de insinuación*. Una exigencia en este procedimiento para la autorización del juez, es que el impuesto a la donación, determinado de acuerdo a la ley que regula a las donaciones y las instrucciones del SII, haya sido pagado. Este impuesto es de obligación para el donatario, pero puede ser enterado por el donante.

El trámite de insinuación es importante para luego obtener del SII un certificado que acredite que los bienes, que se incorporan en el patrimonio del donatario, corresponden a una donación y que esta ha cumplido con la tributación específica y única que define la ley. En caso contrario el SII siempre podrá considerar que ese aumento patrimonial debió ser sujeto de los impuestos generales que define la Ley de la Renta, es decir, de primera categoría o global complementario dependiendo del tipo de contribuyente.

En el caso de tratarse de una donación, que cumplió las formalidades indicadas en la ley, el SII para efectos de la determinación del impuesto a la renta, les da el siguiente tratamiento:

- ✓ Se considera que la donación para el donante es un gasto rechazado, desde el punto de vista tributario.
- ✓ Se considera que la donación recibida, es un ingreso no renta para el donatario¹⁸, ya que ha cumplido su tributación al pagar el impuesto a la donación.

Existen algunas exenciones al pago del impuesto que define la ley número 16.271 cuando existe una donación, a las cuales se suma un reciente pronunciamiento del SII a través del Oficio Ordinario número 331 del 14 de febrero del año 2018, en el cual responde a la consulta de un contribuyente que recibe una donación desde

¹⁸ Ingreso no renta según el N° 9 del artículo 17 de la LIR.

el extranjero, la cual, concluye este organismo, que se encontrará exenta del impuesto a las donaciones si cumple con las siguientes condiciones copulativas:

- a) El donante es un extranjero, sin residencia ni domicilio en Chile.
- b) El donatario tiene su residencia en Chile.
- c) La donación consiste en bienes que se encuentran situados en el extranjero.
- d) Los bienes o activos donados no se hayan adquirido o tengan su fuente, en recursos que provengan desde Chile.
- e) El contrato en el cual subyace la donación debe haber cumplido con las disposiciones legales del país donde se consagra y además debe calificar como donación según la legislación chilena.

La relevancia de este Ordinario en el análisis de esta tesis radica en la posibilidad de que los bienes de un trust podrían ser considerados como una donación que se eximen del impuesto de las donaciones, considerando que las condiciones que indica el Oficio podrían cumplirse para el caso de un trust.

De acuerdo a las condiciones que fija la ley para que se configure una donación, un *contrato trust irrevocable, entre vivos*, debería ser considerado como una donación y en tal caso podrá eximirse del impuesto a las donaciones si cumple con lo indicado en el Oficio Ordinario número 331, para lo cual deberá cumplir con el trámite de insinuación y haber obtenido en forma previa un certificado de exención desde el SII, demostrando para tales efectos que se cumplen las condiciones.

Deberá entenderse que la donación está constituida por todos los bienes que el constituyente del trust, o settlor, aportó en forma irrevocable al fondo, quien pasa a ser el donante y por otro lado serán los beneficiarios del trust quienes se deben entender como los donatarios.

Respecto a los beneficiarios como donatarios se debe tener presente que:

- ✓ En una donación aquéllos beneficiarios futuros del trust, los cuales no son claramente identificables, debido a que existe una condición suspensiva no cumplida, o bien porque no han nacido, no son considerados como receptores de la donación y por tanto se considera que son donatarios sólo aquéllos beneficiarios vivos de los cuales se conoce la identidad. La donación se entenderá que fue efectuada a todos ellos en similar proporción.

- ✓ La fecha de la donación corresponderá a la de la constitución del trust, de acuerdo a la fecha del contrato, siendo ésta la que se debe considerar para el cómputo de los plazos de prescripción que considera la ley 16.271, respecto a la solicitud del trámite de insinuación, el pago del impuesto a las donaciones o bien para la acreditación de su exención.

- ✓ Si el settlor es beneficiario del trust, no puede ser considerado donatario, y la parte de los bienes que le corresponde, de acuerdo a su participación entre todos los beneficiarios que califican como donatarios, deberá ser excluida como donación.

Una complejidad que surge en el entendimiento de la donación es que un trust puede constituirse considerando sólo como beneficiarios a clases de personas que están definidas por su condición (ejemplo, nietos que aún no han nacido) pero que por esa circunstancia no se encuentran individualizados en el contrato. En este caso no existe una donación a la fecha de la constitución de un contrato trust irrevocable (no hay traspaso de la propiedad entre vivos), entonces queda abierta la inquietud de si debe considerarse en este caso que, pese a la renuncia del constituyente del trust a la propiedad de los bienes, si él debe ser considerado como controlador del fondo, hasta que existan beneficiarios que puedan ser individualizados. Esto último es una consideración que el SII no ha incluido en la

circular 1.934 del año 2015 donde define que es el beneficiario de un trust irrevocable quien lo controla.

Existe la posibilidad de su uso para diferir impuestos si se busca la configuración adecuada de un trust irrevocable.

De nuevo se aprecia una complejidad en la aplicación de la norma tributaria, ya que el beneficiario en el futuro podrá acceder a recibir en participación parte de los bienes del fondo y sin embargo podría no haber tenido que pagar el impuesto a la donación, pero a su vez por los bienes que reciba si podría entenderse que son una donación, lo que puede generar el doble pago de impuestos.

3.1.4.2 Cuando el trust opera como una herencia

En el caso del trust *intervivos*, que se constituye bajo una modalidad distinta a la de irrevocable¹⁹, al momento del fallecimiento de quien constituye el fondo se abre una sucesión, la cual puede o no estar testada. No obstante los contratos trusts consideran una figura alternativa al testamento que se conoce como *testamentary trust* o *mortis causa*, que corresponde a un trust que se constituye al momento del fallecimiento.

En términos prácticos cualquier trust evita el trámite del *probate*²⁰ en el derecho anglosajón, el cual es equivalente a nuestro procedimiento de posesión efectiva. Lo anterior se logra debido a que, a la muerte del constituyente, los bienes ya no están a su nombre, sino que están en la entidad denominada trust.

Desde el punto de vista de cómo se debe entender la figura del trust al fallecimiento de su constituyente, en particular cuando los beneficiarios son

¹⁹ No se considera los contratos de carácter irrevocable pues, como antes fue visto, estos son asimilables a una donación, por lo cual no hay herencia al momento del fallecimiento del constituyente. El dominio de los bienes ya fue transferido.

²⁰ Es un proceso judicial, que opera en diversos países, para la legalización de un testamento. Corresponde al primer paso para la validación de la distribución de los bienes y deudas de una persona fallecida, debe ser efectuado por quienes aparecen designados como beneficiarios en el testamento.

residentes chilenos, es necesario revisar el artículo número 17 del código civil, considerando que la figura del trust no existe en nuestro ordenamiento jurídico, el cual enuncia:

“La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.”

Es decir, las contemplaciones que en el trust se tenga respecto a quienes suceden a la muerte del constituyente del trust, corresponde a aquéllos que han sido designados como beneficiarios del mismo.

Entonces la masa hereditaria²¹ correspondería a los bienes que conforman el fondo a la fecha de deceso, a los cuales se sumaran eventualmente cualquier otro bien del dominio del constituyente que no hubiera conformado parte del fondo.

Para fines de simplificar el análisis, nos centraremos exclusivamente en los bienes que conforman el fondo y se obviará cualquier otro bien que sea patrimonio personal, no transferido al fondo, del constituyente a la fecha del deceso, los cuales podrían ser parte de la masa hereditaria.

Se puede inferir, entonces, que el fondo constituido en el trust y las rentas que estos bienes hayan generado a la fecha del deceso, son parte de la masa hereditaria.

Este análisis considera el caso en que los bienes se encuentran en Chile, o bien se encuentran en el extranjero pero fueron adquiridos con recursos provenientes de Chile.

²¹ Corresponde al valor de la totalidad de los bienes neto del causante o fallecido, es decir, el total de activos menos las obligaciones pendientes de cumplir que forman parte del patrimonio a distribuir entre quienes le suceden.

Se debe considerar que el fondo no será sujeto del impuesto a la herencia, en el caso en que se cumplan con las siguientes condiciones copulativas²²:

- ✓ El constituyente que fallece, y da lugar a la sucesión, no tenía ni residencia ni domicilio en Chile.
- ✓ Los bienes sujetos de la sucesión no se encuentran en Chile, ni fueron adquiridos o financiados con recursos provenientes de Chile.

3.1.5 Resumen de la demostración de la hipótesis

En la demostración de la primera hipótesis de esta tesis, el análisis se abordó enfocado en los tipos de contratos trusts que fueron considerados, en el marco teórico, como relevantes por sus posibles efectos tributarios.

Los contratos considerados para la demostración son solo algunos de los tantos que existen en aplicación en el derecho anglosajón, por lo tanto hay una serie de variantes que no fueron del alcance de esta tesis, pero que por sí solos o en combinación con los vistos incorporan mayor complejidad para efectos de poder determinar quién se encuentra obligado a declarar y qué debe declarar como rentas pasivas de acuerdo a lo que indica el artículo 41 G de la LIR.

La hipótesis planteada buscaba demostrar que la nueva norma resulta ser ambigua en su aplicación a los contratos trust, debido a que no considera las características de estos contratos, en particular aquéllas que determinan el control que sobre una entidad, en este caso el fondo, puede tener un contribuyente con residencia en Chile.

En los casos analizados se pudo demostrar que no hay una única condición de controlador del fondo, debido a que las variantes en la definición de estos lo condiciona, situación que no es rescatada ni por la ley ni por las interpretaciones que ha dado el SII.

²² El Ordinario N°536 del SII, emitido el 11/10/2001, que responde a la consulta de un contribuyente, enuncia estas condiciones para la exención del impuesto a la herencia.

La siguiente es una recopilación de los casos revisados, se consideró sólo aquéllos relevantes, que es cuando cualquiera de los 3 partícipes de un contrato trust tiene residencia en Chile y por tanto se activa la norma del artículo 41 G.

TRUST DE CARÁCTER REVOCABLE:

Si el settlor es residente chileno es quién tiene la obligación de tributar por las utilidades generadas por el fondo como rentas pasivas. Es quien tiene la propiedad, no ha habido transferencia de dominio, pues tiene la facultad de modificar o anular el contrato original.

Si los beneficiarios, residentes chilenos, han percibido utilidades provenientes del fondo, estarían obligados únicamente a tributar por el monto percibido y declararlos en su base de Impuesto Global complementario.

Si el trustee es residente chileno, no tiene ninguna obligación de tributar por los beneficios del trust porque no es él quien disfrutará de dichos beneficios, salvo que sea definido como beneficiario en el propio contrato. Sin embargo hay una consideración respecto a su actuación como mandatario que puede obligarlo a tributar si no hay demostración de su rendición al “mandante” al interpretarse que lo hace por cuenta propia.

Si el settlor fallece, el trust se transforma en irrevocable, en tal caso debe entenderse que con su muerte se abre un proceso de sucesión, por lo cual los herederos estarán obligados a pagar el impuesto a la herencia sobre la masa hereditaria, salvo en los casos de excepción que se mencionan en el análisis. Para estos efectos se debe cumplir con el trámite de insinuación, en caso de que sean exentos de este impuesto también deberán acreditar la condición de herencia y la justificación de su condición de exención.

En el caso de la herencia puede ocasionarse un problema, ya que quienes son designados beneficiarios, pueden entrar en una disputa con quienes se consideran herederos forzosos en Chile. Aquí nuevamente hay una situación que la norma no contempla.

El Servicio de Impuestos Internos ha interpretado que sólo para los trusts de carácter revocable es el constituyente quien está obligado a declarar las rentas pasivas provenientes del fondo.

TRUST DE CARÁCTER IRREVOCABLE

Si el settlor es residente chileno, en general, no tiene la obligación de tributar por las utilidades del fondo como rentas pasivas porque hubo transferencia de la propiedad, dejó de formar parte de su patrimonio. Sin embargo existe la posibilidad de que no existan beneficiarios individualizados, por estar definidos como clases o bajo una condición suspensiva, para este caso no hay claridad, pero se podría considerar que el control no lo perdió nunca el constituyente, luego podría no perder la obligación de declarar las rentas pasivas.

Si existen beneficiarios con residencia en Chile que se encuentran individualizados, estos deberán efectuar los trámites legales necesarios para formalizar la donación que la constitución del fondo ocasiona.

Si el trustee es residente chileno y el contrato es discrecional, el trustee podría ser considerado como controlador, los beneficiarios pierden la certeza sobre su calidad como tal. Para un caso como este la norma no contempla si el trustee eventualmente podría tener la calidad de controlador del fondo, más aún si se considera la confusión de que actúa a nombre propio según una posible asimilación con la normativa chilena.

Los beneficiarios del trust irrevocable, residentes chilenos, sólo deben pagar por el mayor valor generado y no por el capital, en la medida en que hayan acreditado ante el SII que el capital fue producto de una donación y que se pagaron los impuestos correspondientes, haberse realizado el trámite legal de la insinuación y la certificación del SII de la donación y el impuesto pagado por el beneficiario o bien por el settlor.

Si los beneficiarios no tienen como acreditar que el fondo no fue realizado con dineros que no son producto de rentas de fuente chilena, deberán tributar por todo

el fondo, considerando el capital y las utilidades e impuestos pagados como incremento patrimonial en sus Impuestos Global Complementario, tributando con la tasa máxima del 35% (Línea 7 del Formulario 22).

Si el trustee es extranjero, no residente chileno, los beneficiarios son residentes chilenos, será el trustee quien pague los impuestos en el país que corresponda y donde se generen las utilidades del fondo, cuyos activos no se encuentren en Chile, será el trustee quien pague los impuestos locales.

TRUST DISCRECIONALES

En estos contratos los beneficiarios no controlan el fondo, debido a que pueden perder la condición de beneficiarios o simplemente no tienen conocimiento que son beneficiarios del fondo o aún no hay certeza de su designación, por lo que no estarían obligados a tributar las utilidades del fondo como rentas pasivas, independiente de su condición de irrevocable.

El trustee, residente chileno, podría ser considerado controlador al tener la facultad de modificar quienes se benefician del fondo y por tanto podría verse obligado a declarar las rentas pasivas por los ingresos obtenidos por el fondo, aunque no formen parte de su patrimonio personal. Esta situación podría ser más enfática si se considera como un mandatario que actúa por cuenta propia y no efectúa una rendición, en consideración a su titularidad sobre los bienes e inversiones del fondo (propiedad legal).

Debería verse la forma de disgregar su supuesto control con lo que es su actuación designada como administrador. De otro modo podría imputar al fondo los impuestos que en Chile se le cobren por las rentas del fondo, entonces podría darse que luego los beneficiarios al recibir las rentas vuelvan a pagar impuestos que ya habría pagado el trustee.

El caso de la actuación del trustee en un contrato discrecional, y cómo se debilita el supuesto de control de los beneficiarios para el contrato irrevocable, no está considerado en las interpretaciones del SII.

3.1.6 Conclusiones de la Hipótesis

Es posible corroborar la hipótesis planteada, al comparar la evaluación de control de parte de los partícipes de los contratos de trust, cuando se considera las características combinadas de estos contratos. No se sabe con certeza quién es el controlador del trust y por ende, no se logra establecer quién deberá declarar los beneficios generados ni tampoco quien está obligado a informarlos al SII.

Para los casos de los contratos vistos, se pudo encontrar que existe al menos un caso en el cual se produce una ambigüedad en la definición del controlador bajo las definiciones del artículo 41 G, que corresponde al contrato trust que es de carácter irrevocable y discrecional, donde la evaluación del análisis determina que no hay un controlador, considerando los criterios de la norma, sin embargo el propio SII ha establecido que por el mero hecho de corresponder a un contrato de carácter irrevocable el controlador es el beneficiario del trust²³.

TIPO CONTRATO/PARTICIPE			CONTROL			SEGÚN SII
			SETTLOR	BENEFICIARIO	TRUSTEE	
Inter vivos	Revocable	Discrecional	SI	NO	NO	SETTLOR
		No Discrecional	SI	NO	NO	SETTLOR
	Irrevocable	Discrecional	NO	NO	NO	BENEFICIARIO
		No Discrecional	NO	SI	NO	BENEFICIARIO
Mortis causa	Irrevocable	Discrecional	NO	NO	NO	BENEFICIARIO
		No Discrecional	NO	SI	NO	BENEFICIARIO

Asimismo, se puede concluir que debido a que existen muchos tipos de contratos trusts que tienen su origen en el derecho anglosajón, y por tanto, innumerables combinaciones, hay muchas posibilidades que no podrá abordar con precisión el regulador en la norma tributaria.

²³ Oficio Ordinario número 1934, emitido por el SII el 27 de julio del año 2015.

Por otro lado, en lo que concierne a las rentas pasivas originadas en los trusts, se derivan otros casos que podrían ser asimilables a la ley chilena, ocasionando una mayor complejidad en cuanto al análisis de las obligaciones y de quién las debe cumplir. En este punto se debe considerar que de existir una indefinición respecto al controlador, el SII podría ir a buscar similitudes de los contratos con las formas jurídicas existentes en Chile como es el caso del mandato sin representación, donde como se vio el trustee, si tiene residencia en Chile, podría ser sindicado como el beneficiario de las rentas al ser el titular de los mismos, y no existir otro contribuyente que pueda ser identificado como controlador, condición que lo expondría a tributar rentas pasivas hasta que efectúe rendición de las cuentas y se identifique a un controlador.

4 CONCLUSIÓN GENERAL

De acuerdo a la investigación realizada, y en respuesta a la hipótesis planteada en esta tesis, se puede concluir que ésta es verdadera.

El contrato de trust, al ser una figura jurídica del derecho anglosajón, y al no existir en la legislación chilena como tal, pero sí reconocida por el Servicio de Impuestos Internos en su normativa interna y en la reciente reforma tributaria de Chile, no puede ser incorporado en plenitud y con certezas en la norma tributaria.

Por tanto, esto conlleva a que el artículo 41 G de la Ley de la Renta, presente ambigüedades que no se encuentran debidamente resueltas en la norma y que el ente fiscalizador no es capaz de aclarar al contribuyente, residente chileno, dejándole a éste último la carga de la prueba y la obligación de declarar e informar las rentas que de este instrumento se originen.

El SII desconoce, y por ende, no considera, las múltiples opciones y variantes que de este tipo de instrumentos se pueden obtener, teniendo en consideración las condiciones que el constituyente le quiso dar en el contrato del trust y por tanto, tampoco se conocen los efectos tributarios que se ocasionarán en virtud de las mismas.

El SII ha procurado abarcar todos los escenarios posibles, de los conocidos a nivel mundial, para no dejar fuera de la tributación en Chile, a ningún instrumento o patrimonio de afectación que signifique un incremento patrimonial para el contribuyente, residente chileno, aunque no exista en la legislación chilena

Además, la Globalización, la participación de Chile en la OCDE como miembro activo, y respetuoso de sus normas, así como los numerosos tratados de doble tributación hacen que el SII esté abierto a todas las formas legales que pudieran generar rentas de fuente chilena y rentas de fuente mundial para los residentes chilenos.

El SII, en su afán de cumplir con los parámetros impuestos por la OCDE, busca abarcar en su norma todos los casos que comprendan instrumentos o patrimonios que originen rentas en el extranjero de carácter pasivo, y ha tomado medidas tendientes a fiscalizar el cumplimiento de la tributación de esta rentas, no obstante siempre existirán ambigüedades con respecto a los trusts porque su forma jurídica no existe en la legislación chilena y la información de la cual dispone el SII es proporcionada por los mismos partícipes de los fondos, apelando a la buena fe del contribuyente, pero además con carencia de reglas claras para cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ley sobre Impuesto a la Renta, Decreto Ley Número 824.
2. Circular del SII número 8 del 16 de enero del año 2015.
3. Resolución exenta SII número 81 del 10 de septiembre del año 2013.
4. Resolución exenta SII número 47 del 19 de mayo del año 2014.
5. Oficio Ordinario del SII número 1.934 del 27 de julio del año 2015.
6. Oficio Ordinario del SII número 2.390 del 21 de septiembre del año 2015.
7. Circular del SII número 40 del 8 de julio del año 2016.
8. Circular del SII número 49 del 14 de julio del año 2016.
9. Convenio de la Conferencia de La Haya respecto a Trust, creado el 1 de julio del año 1985.
10. Apuntes cátedra Mercado de Capitales del Magister 2016 de la Universidad de Chile, impartido por profesores Christian Delcorto y Boris León.
11. Apuntes cátedra Planificación Fiscal Internacional del Magister 2016 de la Universidad de Chile, impartido por profesores Osiel González y Víctor Villalón.
12. Sitio Oficial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Documentación referente a Planes de Acción formulados en programa BEPS.
13. Código Civil de Chile.
14. Código Tributario de Chile.
15. Circular del SII número 48 del 12 de julio del año 2016.
16. Oficio número del SII número 148, del 03 de mayo del año 2012.
17. Oficio número del SII número 2061, del 09 de agosto del año 2012.
18. Oficio Ordinario del SII número 127, del 18 de enero del año 2018.
19. Oficio Ordinario del SII número 331, del 14 de febrero del año 2018.