



**TRIBUTACIÓN EN LA ENAJENACIÓN DE INMUEBLES POR PARTE
DE PERSONAS NATURALES**

PARTE II

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

Alumno: Diego Andrade Coronado

Profesores Guías: Antonio Faúndez Ugalde y
Boris León Cabrera

Santiago, marzo 2020

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1.- INTRODUCCIÓN	1
2.- MARCO TEÓRICO	5
2.1. Marco Conceptual	5
A. Sistema chileno de transferencia dual del dominio: título y modo	5
B. Tradición y sucesión por causa de muerte respecto de inmuebles	9
C. Momento de adquisición y enajenación de bienes raíces	14
D. Sistema Registral Chileno	16
2.2. Marco Normativo	20
A. Bienes raíces adquiridos antes del 01.01.2004	21
A.1. Requisitos para acceder al régimen	21
A.2. Determinación del Mayor Valor	26
A.3. Tasación	27
A.4. Tributación	28
B. Bienes raíces adquiridos con posterioridad al 01.01.2004	29
B.1. Requisitos para acceder al régimen	29
B.2. Determinación del Mayor Valor	32
B.3. Tasación	39
B.4. Tributación	40
3.- DESARROLLO	43
3.1. Pacto De Separación Total De Bienes.....	43
A. Aspectos generales.....	43
B. Tributación.....	47
3.2. Cesión De Derecho Real De Herencia.....	54

A. Aspectos generales.....	54
B. Tributación.....	56
4.- CONCLUSIONES	61
5.- BIBLIOGRAFÍA	64

II. NOMENCLATURA o ABREVIATURAS

IDPC: Impuesto de Primera Categoría

IGC: Impuesto Global Complementario

IA: Impuesto Adicional

IVA: Impuesto al Valor Agregado

INR: Ingreso no Renta

SII: Servicio de Impuestos Internos

LIR: Ley sobre Impuesto a la Renta (Artículo 1° del Decreto Ley N°824)

CT: Código Tributario (Decreto Ley N°830)

CC: Código Civil

LIHAD: Ley sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones

EI: Empresario Individual

PN: Persona Natural

DFL: Decreto con Fuerza de Ley

DL: Decreto Ley

DO: Diario Oficial

DS: Decreto Supremo

AT: Año Tributario

AC: Año Comercial

UF: Unidad de Fomento

RRCBR: Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces

III. RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de la legislación tributaria aplicable a la enajenación de inmuebles por parte de personas naturales, con la finalidad de determinar cuándo pueden acceder a la franquicia tributaria de ingreso no renta y, por el contrario, cuándo deben tributar por ello. Junto a lo anterior, este pretende exponer y analizar sucintamente una serie de problemas prácticos derivados de los pronunciamientos emitidos por el Servicio de Impuestos Internos y de las sucesivas reformas tributarias. Para ello se analiza, principalmente, el Artículo 17 N°8, letra b) de la Ley de Impuesto a la Renta y la jurisprudencia emitida por la autoridad administrativa.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 20.780, publicada en el Diario Oficial de 29 de septiembre de 2014, incorporó modificaciones significativas al sistema de tributación vigente en Chile. Una de las modificaciones de mayor trascendencia, y que comenzó a regir a partir del 1 de enero de 2017, es la que afecta al mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces, o de derechos o cuotas sobre dichos bienes poseídos en comunidad. Hasta el 31 de diciembre de 2016 al señalado mayor valor le eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley de Impuesto a la Renta (de ahora en adelante, indistintamente, LIR) vigente hasta el 31 de diciembre de 2014. Idénticas disposiciones, aunque con limitaciones respecto de los contribuyentes que pueden generar un ingreso no tributable, resultan actualmente aplicables a las enajenaciones de inmuebles adquiridos antes del 1 de enero de 2004. Finalmente, la reciente Ley 21.210, publicada en el Diario Oficial de 24 de febrero de 2020, que moderniza la legislación tributaria, modificó ciertos aspectos relevantes.

El presente trabajo de investigación propone analizar ciertas contingencias tributarias con ocasión de la enajenación de inmuebles, por parte de personas naturales, a la luz del beneficio tributario establecido en el Artículo 17 N°8, letra b) de la LIR, en relación a la celebración de ciertos actos jurídicos.

La problemática inicial se da, respecto de los contribuyentes, por las sucesivas reformas tributarias que han tenido lugar en nuestro país y las modificaciones introducidas en la materia objeto de análisis; una técnica legislativa

deficitaria, que se traduce en constantes remisiones normativas¹; en la extralimitación del Servicio de Impuestos Internos (en lo sucesivo, el Servicio o autoridad administrativa) en el ejercicio de su labor interpretativa²; que el estatuto normativo aún no ha sido evaluado en su totalidad, considerando que es a partir del 1 de enero de 2017 que comenzó a regir la legislación actualmente vigente para enajenación de inmuebles adquiridos a partir del año 2004, y que, recientemente, entró en vigencia la Ley 21.210 que establece ciertas modificaciones relevantes en la materia. Y, por su parte, respecto de la autoridad administrativa, por la celebración de diversos actos jurídicos que, por diversas razones³, llevan a cabo ciertos contribuyentes; mediante los cuales pretenden transferir, directa o indirectamente, el dominio de los bienes raíces o conferir el uso y goce sobre los mismos a terceros.

La importancia de nuestro trabajo radica en sistematizar los criterios adoptados por el Servicio respecto la enajenación de inmuebles por parte de las personas naturales y empresarios individuales, principalmente, en relación al régimen preferencial establecido en el Artículo 17 N°8, letra b) de la LIR. Asimismo, identificar problemáticas de frecuente aplicación práctica.

1 Por ejemplo, para determinar la legislación aplicable a la enajenación de inmuebles adquiridos con anterioridad al año 2004, es necesario recurrir al inciso final del Numeral XVI del Artículo Tercero Transitorio de la Ley 20.780, que a su vez se remite a la legislación vigente al 31 de diciembre de 2014. Que, además, se debe analizar en conjunto con el artículo vigésimo tercero transitorio de la Ley 21.210, que moderniza el sistema tributario.

2 Por ejemplo, mediante la incorporación del concepto de contabilización en la legislación aplicable a la enajenación de inmuebles adquiridos tanto con anterioridad como con posterioridad al año 2004. Interpretación que, si bien, por un lado, permite acceder al beneficio tributario de ingreso no renta a una mayor cantidad de contribuyentes; por otro lado, simplifica el acceso al mismo, en la medida que basta con iniciar actividades como Empresario Individual sin considerar dentro de la contabilidad al bien que se pretende enajenar para poder acceder al fondo de las 8.000 Unidades de Fomento. Lo anterior quedó aún más en evidencia con la incorporación del artículo vigésimo tercero transitorio en la Ley 21.210

3 Generalmente, eludir el cumplimiento de obligaciones dinerarias frente a acreedores y, consecuentemente, evitar la ejecución de los inmuebles.

El tema a abordar será la sistematización y análisis de las instrucciones impartidas por el Servicio respecto de la celebración de ciertos actos jurídicos, por parte de las personas naturales, que suelen verificarse en la práctica, y que tienen incidencia en la tributación aplicable en la enajenación de inmuebles o derechos reales sobre los mismos. Mas precisamente, efectuar un análisis temático tanto del pacto de sustitución de régimen matrimonial establecido en el Artículo 1723 del Código Civil como de la cesión del derecho real de herencia, en relación con los siguientes aspectos: costo, momento de adquisición, tasación y aplicación de la franquicia tributaria de ingreso no renta, o no.

En atención a lo anterior, las hipótesis a validar son las siguientes: Uno) Que mediante la liquidación de la sociedad conyugal que tiene lugar con ocasión de la celebración del pacto establecido en el Artículo 1723 del Código Civil es posible modificar el costo tributario de los inmuebles; y que es cuestionable la tesis que propone el Servicio en la materia respecto del momento de adquisición. Dos) Que la cesión del derecho real de herencia, si bien implica el traspaso de una universalidad jurídica, en ocasiones, implica una forma de vender indirectamente un inmueble o una cuota del mismo que, desde el punto de vista de su fiscalización, resulta ser compleja.

El objetivo del presente trabajo de investigación, en términos generales, es delimitar las situaciones prácticas que no han sido del todo abordadas, ni por la Ley ni por la autoridad administrativa, en la enajenación por parte de personas naturales de inmuebles, derechos o cuotas o, bien, derechos reales que recaen,

directa o indirectamente, sobre los mismos. En términos específicos, los objetivos del presente trabajo son:

- (a) Analizar y determinar la legislación aplicable a la enajenación de inmuebles por parte de personas naturales, incluyendo las modificaciones recientes de la Ley 21.210.
- (b) Sistematizar y analizar la jurisprudencia administrativa emitida al efecto, respecto del empresario individual.
- (c) Determinar el costo, momento de adquisición, facultad de tasación y acceso al régimen preferencial con ocasión del pacto de sustitución de régimen matrimonial del Artículo 1723 del Código Civil y la enajenación del derecho real de herencia.
- (d) E identificar ciertas materias no reguladas por la ley que impactan en la carga impositiva y/o de pérdida de beneficios por parte de las personas naturales que enajenan inmuebles.

La metodología que se utilizará para el desarrollo de la presente tesis será, el método de inferencia deductiva, mediante el cual se analizará el estatuto de tributación en la enajenación de inmuebles y, más precisamente, la franquicia tributaria establecida, a favor de las personas naturales, en el Artículo 17 N°8, letra b), de la Ley de Impuesto a la Renta, tanto respecto de los inmuebles adquiridos con anterioridad al año 2004 y a partir de dicha fecha, con especial referencia a la figura del empresario individual; y el método inductivo y un análisis dogmático del estatuto normativo, ya referido, que será complementado mediante la revisión de jurisprudencia administrativa.

1. MARCO TEÓRICO

La legislación aplicable al tema objeto de la presente tesis ha sufrido sucesivas y recientes modificaciones y, por lo mismo, la literatura es escasa. Los autores, a la fecha, únicamente se han limitado a sistematizar los requisitos para acceder al régimen preferencial y la tributación aplicable a quienes no pueden acceder a dicho régimen. En el mismo sentido se ha desarrollado la jurisprudencia administrativa.

2.1. MARCO CONCEPTUAL

(A) Sistema chileno de transferencia dual del dominio: título y modo.

Para transferir en nuestro ordenamiento jurídico el dominio de los bienes y demás derechos reales⁴ se exige la verificación sucesiva de dos elementos jurídicos: un título y un modo de adquirir. Tal es el sistema, de origen romano, del título y modo, o del efecto personal del contrato⁵; en virtud del cual, con el solo título no se adquiere el dominio de las cosas: de él nace solamente un derecho personal, el derecho de exigir que posteriormente se transfiera el dominio por el obligado, mediante el correspondiente modo de adquirir (Peñailillo, 2013).

4 Los derechos reales son aquellos que se tienen sobre una cosa sin respecto determinada persona (Artículo 577 Código Civil). Son derechos de esta clase el de dominio, el de herencia, el usufructo, uso o habitación, las servidumbres activas, la prenda, la hipoteca y el censo. Fuera de los derechos referidos contemplados en el Código Civil, existen otros derechos reales regulados en diversos cuerpos normativos. A título de ejemplo: el derecho real de aprovechamiento de aguas, regulado en el Código de Aguas; y el derecho de conservación del patrimonio ambiental, establecido mediante la Ley 20.930.

5 Además de nuestro ordenamiento jurídico, siguen dicho sistema, por ejemplo, los Códigos de España, Austria, Suiza, Rusia y Brasil. Frente al sistema del efecto personal del contrato, existe el sistema consensual, o del efecto real del contrato, en virtud del cual el solo título es suficiente para producir la transferencia del dominio, sin necesidad de recurrir al modo. Fue establecido por el Código Civil francés y de allí adoptado por otros, por ejemplo, Italia y Portugal. Fuera de los dos sistemas, ya referidos, se ha señalado que existen otros. Así, por ejemplo, en Alemania (Peñailillo, 2013).

Título es el hecho o acto jurídico que sirve de antecedente para la adquisición del dominio. Luego, modo de adquirir es el hecho o acto jurídico que produce efectivamente la adquisición del dominio. Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que, en la práctica, esta dualidad frecuentemente no se visualiza con nitidez (Peñailillo, 2013).

Los títulos que habilitan para la posterior transferencia del dominio son llamados títulos traslaticios de dominio. Por ejemplo, según el Artículo 703, inciso 3° del Código Civil (de ahora en adelante, CC): la venta, la permuta y la donación entre vivos. Son innumerables, por lo tanto, pueden revestir la forma y características que acuerden libremente los particulares. Los modos de adquirir el dominio, en cambio, en virtud de lo establecido en la Constitución Política de la República⁶, solo pueden ser establecidos por Ley y, por lo tanto, no pueden tenerse como tales sino los que la propia Ley reconoce. Los modos de adquirir el dominio están enumerados en el Artículo 588 del CC y, en particular, son los siguientes: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción adquisitiva. Según se ha señalado por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a ellos debe agregarse la propia Ley⁷. De la conjugación de ambos hechos o actos jurídicos cabe destacar que, aun cuando se puede poseer por varios títulos, solo se puede adquirir por un modo de adquirir el dominio (Peñailillo, 2013).

⁶ En particular, el Artículo 19 N°24 de la Constitución Política que, al asegurar el derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, establece lo siguiente: "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social".

⁷ Así, por ejemplo, se ha resuelto por parte de los tribunales de justicia que en la expropiación la Ley constituye título y modo de adquirir el dominio.

Respecto del sistema de transferencia dual del dominio, en relación con los bienes inmuebles, cabe destacar lo siguiente. Por un lado, los títulos tienen el carácter de solemnes. En este sentido, el legislador ha establecido que la voluntad debe, necesariamente, manifestarse a través de un instrumento en particular, esto es: la escritura pública. Así, por ejemplo, el caso de la compraventa, tanto de bienes raíces como de sucesiones hereditarias (Artículo 1801, inciso 2 del CC), o la permuta (Artículo 1898 CC). Mención aparte requiere el contrato de donación, el cual, además de otorgarse por escritura pública (Artículo 1400, inciso 1, CC), debe cumplir con el pago de un impuesto especial y una formalidad adicional: la insinuación, esto es, la autorización por parte del juez competente (Artículo 1401 CC). Y, por otro lado, no todos los modos permiten adquirir el dominio de los bienes raíces; más precisamente, todos salvo la ocupación.

El Artículo 17 N°8, letra b) de la LIR, utiliza el concepto enajenación. Expresión que, técnicamente, se refiere a la transferencia de dominio, la cual puede venir precedida por cualquier título traslativo de dominio; ya sea una compraventa, permuta, donación, aporte en dominio de un bien a una sociedad, e incluso la adjudicación respecto de terceros.

Si bien la expresión enajenación es utilizada en múltiples disposiciones de carácter tributario⁸; no es definida ni en el Código Tributario, ni en la Ley de Impuesto a la Renta, ni en la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios.

⁸ Así, por ejemplo, en el Código Tributario, específicamente, en el Artículo 64, respecto de la facultad de tasación que tiene el Servicio de Impuestos Internos o en el Artículo 97 N°14, como infracción bajo ciertas condiciones; en la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios, en el Artículo 2 N°3, al definir el concepto de vendedor y la presunción de habitualidad.

Según un pronunciamiento emitido por el Servicio en un oficio relativamente reciente⁹, enajenación, en un sentido amplio, es el acto en virtud del cual un bien pasa a formar parte de un patrimonio diverso. Concepto que, según se verá más adelante, no se aviene a las interpretaciones que, actualmente, ha sostenido la autoridad administrativa en la materia objeto del presente trabajo.

En el ámbito del derecho civil, si bien – al igual que en materia tributaria – existen variadas disposiciones que utilizan la expresión enajenación, no existe una definición legal del término. Sin perjuicio de lo anterior, a propósito del Artículo 1464 del Código Civil que establece que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que luego enumera, existe abundante doctrina y jurisprudencia. En este contexto, se ha entendido que la expresión enajenación admite dos sentidos: uno amplio y otro restringido. En su sentido amplio, equivale a la transferencia del dominio de una cosa o la constitución de un derecho real sobre ella; mientras que, en su sentido restringido, sólo abarca la primera operación, esto es, la transferencia del dominio. La doctrina mayoritaria, al igual que la jurisprudencia, se inclina porque la disposición referida emplea la acepción amplia (Domínguez, 2013).

Finalmente, cabe destacar que hay actos que no constituyen enajenación. Así, por ejemplo, según se señaló con anterioridad, el solo otorgamiento de un título traslativo de dominio; y, según se explicará más adelante, la adjudicación respecto de los comuneros.

⁹ Oficio N°2889, de 26 de octubre de 2010.

(B) Tradición y sucesión por causa de muerte respecto de inmuebles.

La tradición, según define el Artículo 670 del Código Civil, “es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”¹⁰.

En el Código Civil se han establecido reglas diferenciadas de tradición, según el bien de que se trate. En virtud de lo anterior, para fines académicos, respecto del estudio de las formas de efectuar la tradición es frecuente realizar las siguientes distinciones: primero, tradición de derechos reales sobre bienes muebles; segundo, tradición de derechos reales sobre bienes inmuebles; tercero, tradición del derecho real de herencia y, por último, tradición de derechos personales. Sin perjuicio de lo anterior, hacemos presente que, en virtud del propósito del presente trabajo, únicamente nos referiremos a la segunda de las formas apuntadas.

La tradición del dominio y otros derechos reales sobre inmuebles, en general, se efectúa mediante la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces de la comuna respectiva (Artículo 686 del CC); no obstante, cabe hacer presente, por un lado, que para la tradición del derecho real

¹⁰ Sobre el concepto legal conviene precisar lo siguiente. Si bien la disposición legal referida utiliza la expresión entrega, cabe destacar que entrega y tradición no son expresiones sinónimas. Conceptualmente, entrega implica únicamente el traspaso o desplazamiento material de una cosa que, no necesariamente, conlleva la intención de transferir el dominio. Así ocurre, por ejemplo, respecto de los títulos de mera tenencia como el arrendamiento o un comodato. En cambio, cuando la entrega acarrea la intención de transferir el dominio, la cual se verifica en un título traslativo de dominio, existe tradición.

de servidumbre basta el otorgamiento de escritura pública (Artículo 698 CC)¹¹ y, por otro lado, que respecto de la tradición del derecho real de herencia, ante la ausencia de una norma expresa al respecto, no existe unanimidad en torno a la forma en que opera.

La inscripción conservatoria equivale a la tradición de inmuebles y de derechos reales limitados constituidos sobre ellos a favor de terceros; sin embargo, cabe destacar que, alternativa o simultáneamente, cumple otras funciones diversas. Así ocurre, por ejemplo, respecto de los modos de adquirir el dominio sucesión por causa de muerte y prescripción, en cuyo caso cumple un rol distinto a la tradición, en particular, implica únicamente publicidad y mantenimiento de la historia respecto de la propiedad raíz (Peñailillo, 2013).

Al fallecimiento de una persona, en términos generales, para que los herederos puedan disponer o enajenar los bienes que componen la herencia¹² es necesario que cumplan, por un lado, con trámites registrales y, por otro lado, con obligaciones de carácter tributario. Los trámites registrales se traducen en obtener, según corresponda, una o más de las inscripciones enumeradas en el Artículo 688 del CC¹³. Y, por su parte, las obligaciones tributarias se traducen en pagar o asegurar el pago del impuesto a las asignaciones hereditarias, establecido en Ley

11 Salvo el caso de la servidumbre de alcantarillados en predios urbanos; la cual se verifica mediante la inscripción del título en el Registro del Conservador, es decir, aplica la regla general.

12 Respecto a la herencia, es preciso destacar que puede ser objeto de tres tipos de posesión: posesión legal, posesión material y posesión efectiva.

13 Conviene precisar que aun cuando la disposición, ya referida, hace alusión únicamente a los bienes inmuebles; según ha entendido la doctrina, a partir del Artículo 25 de la Ley de Impuesto a la Herencia, Asignaciones y Donaciones que no distingue entre bienes muebles e inmuebles, para la disposición de bienes muebles, igualmente, es necesario obtener la inscripción de la posesión efectiva (Elorriaga, 2015).

16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones (de ahora en adelante, LIHAD).

Mediante la posesión efectiva se declara a una persona heredera de otra que ha fallecido¹⁴. La posesión efectiva se otorga por resolución judicial o por resolución administrativa emitida por el Servicio de Registro Civil e Identificación, dependiendo de si la sucesión es testada o intestada, respectivamente.

La inscripción del decreto judicial se realiza tanto en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas¹⁵ como en el Conservador de Bienes Raíces de la comuna en que haya sido pronunciada, esto es, aquella correspondiente al último domicilio del causante, junto con el correspondiente testamento. Por su parte, la resolución administrativa se inscribe únicamente en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas.

Durante la tramitación de este procedimiento, existe un interés fiscal asociado¹⁶.

14 Esta materia fue objeto de una importante reforma, en el año 2003. Con anterioridad a la reforma, la única manera de obtener la posesión efectiva era a través de un procedimiento judicial no contencioso. Luego, a partir de la Ley 19.903, publicada en el Diario Oficial con fecha 10 de octubre de 2003, el sistema de dación de posesiones efectivas es el siguiente: por regla general, administrativo, es decir, se lleva a cabo ante el Servicio de Registro Civil e Identificación; y, excepcionalmente, continúa siendo judicial: para las sucesiones testadas y abiertas en el extranjero. Adicionalmente, la reforma creó un “Registro Nacional de Posesiones Efectivas” y un “Registro Nacional de Testamentos”.

15 En virtud de lo establecido en el Artículo 882 del Código de Procedimiento Civil.

16 En primer lugar, porque durante la tramitación de dicho procedimiento, eventualmente, se cobra un arancel por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación. En segundo lugar, porque durante la tramitación de dicho procedimiento se liquida y paga el impuesto a la herencia. Y, finalmente, aunque menos probable, porque para el caso que el causante no haya tenido alguno de los familiares que componen los denominados órdenes sucesorios, más precisamente, del primero al cuarto orden sucesorio, el Fisco hereda los bienes correspondientes.

La inscripción especial de herencia, que se practica con el mérito de la inscripción anterior, es aquella en virtud de la cual se inscribe cada inmueble, que compone la masa hereditaria, a nombre de todos y cada uno de los herederos. Se practican tantas inscripciones como inmuebles existan en el Conservador de la comuna en que se encuentre ubicado el o los inmuebles respectivos. De este modo, los inmuebles, que antes aparecían a nombre del causante o de su cónyuge sobreviviente, en ciertos casos, quedan ahora inscritos a nombre del heredero, o de los herederos en comunidad (Peñailillo, 2013). Esta inscripción tiene un doble objetivo: por un lado, respecto de la comunidad hereditaria, permite disponer de los inmuebles hereditarios de consuno y, por otro lado, respecto de quienes integran la comunidad hereditaria, habilita para que cada uno disponga de su derecho o cuota sobre los bienes raíces poseídos en comunidad.

Finalmente, habiendo dos o más herederos, la inscripción de partición y adjudicación, que permite que cada adjudicatario pueda disponer libremente de los inmuebles adjudicados en el acto de partición.

Para poder disponer los herederos –y, consecuentemente, determinar los trámites registrales y obligaciones tributarias que deben cumplir para dicho efecto– corresponde distinguir cuál de los siguientes tres actos de disposición desean realizar.

En primer lugar, si está referido a la calidad de heredero o derechos hereditarios (= objeto universal, de forma total o parcial). En este caso, la escritura pública de cesión de derecho real de herencia o venta de derechos hereditarios

debe otorgarse con anterioridad a la solicitud de posesión efectiva. Desde un punto de vista tributario, cabe destacar, en primer lugar, que, con ocasión de dicho acto, no se verifica el hecho gravado establecido en LIHAD; en segundo lugar, que la operación no se informa mediante el Formulario 2890, de declaración sobre enajenación e inscripción de bienes raíces, por parte del Notario autorizante; y, finalmente, para el enajenante no es posible gozar de la franquicia tributaria establecida en el Artículo 17 N°8, letra b) de la LIR.

En segundo lugar, si comprende la cuota que le corresponde en bienes concretos (= objeto singular, de forma parcial). Esta hipótesis admite varios supuestos. Así, por ejemplo, cuando el causante era titular de acciones y derechos sobre un inmueble; cuando uno de varios comuneros vende la totalidad o solo una parte, cuota o porcentaje de los bienes poseídos en comunidad. En todo caso, la escritura pública de compraventa de acciones y derechos debe otorgarse con posterioridad a la inscripción de la posesión efectiva y de la inscripción especial de herencia. Desde un punto de vista tributario, cabe destacar, en primer lugar, que, a dicha época, ya se presentó la declaración de impuesto a la herencia y, de haber correspondido, pagado el impuesto respectivo; en segundo lugar, que la operación, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, si se informa a través del Formulario 2890, tanto por parte del Notario autorizante de la escritura como del Conservador respectivo; y, finalmente, que el enajenante, si procediere, goza tanto de la franquicia tributaria establecida en el Artículo 17 N°8, letra b) de la LIR, como del crédito por el impuesto a la herencia pagado, en los términos y condiciones establecidos en el Artículo 17 N°8, letra b), numeral vi).

Y, en tercer y último lugar, si recae sobre la propiedad directa del bien (= objeto singular, de forma total). Esta hipótesis se da cuando solo existe un heredero al fallecimiento del causante, quien era titular del 100% de derechos sobre un inmueble, en cuyo caso los trámites registrales concluyen con la inscripción especial de herencia; o, bien, cuando a uno de los integrantes de la comunidad hereditaria se le adjudicó el bien respectivo en propiedad, en cuyo caso – además de la inscripción especial de herencia – es necesaria la inscripción de adjudicación. A este respecto, en materia tributaria, rigen los mismos comentarios formulados respecto del acto de disposición señalado con anterioridad.

(C) Momento de adquisición y enajenación de bienes raíces.

Tratándose de enajenaciones de bienes raíces situados en Chile, efectuadas por personas naturales, se entenderá por fecha de adquisición o de enajenación la fecha de la inscripción respectiva¹⁷ o, más precisamente, según se explicará en la sección “Sistema Registral Chileno” –en virtud del Artículo 17 de Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces–, la fecha de la anotación presuntiva practicada en el Repertorio.

Dentro de las modificaciones introducidas por la Ley 21.210, se eliminó la referencia a los contratos de promesa y, de dicha forma, la regla especial que establecía que en aquellos casos en que la convención que sirve de título para transferir el dominio se celebraba en cumplimiento de un contrato preparatorio se entendía por fecha de enajenación la fecha de celebración de dicho acto o

¹⁷ Artículo 17 N°8, inciso final de la Ley de Impuesto a la Renta.

contrato. De este modo, actualmente, salvo ciertos casos especiales, por ejemplo, de la sucesión por causa de muerte, de la adjudicación, del pacto de separación total de bienes y de la tradición del derecho real de herencia, se tiene por fecha de adquisición o enajenación la de la inscripción respectiva.

Por su parte, los herederos se hacen dueños de los bienes que forman la herencia desde el momento mismo de la muerte del causante¹⁸, por lo tanto, para los efectos del cómputo de los plazos deberá estarse a dicha época.

Luego, si en una sucesión hereditaria, uno de los herederos se adjudica una especie o cuerpo cierto, la adjudicación, al ser un título declarativo¹⁹, retrotrae los derechos que se le conceden al adjudicatario a la época del fallecimiento del causante. Distinto es el caso de un cesionario pues en dicho caso, formalmente, no existe adjudicación; o, si se prefiere, la adjudicación, en dicho caso, es un título traslativo de dominio (Peñailillo, 2013)²⁰, por lo tanto, debe entenderse por fecha de adquisición o de enajenación la fecha de la inscripción respectiva.

18 En virtud del Artículo 955 del CC. En este sentido, se hace presente que no se altera la fecha de adquisición cuando la inscripción de posesión efectiva y la inscripción especial de herencia se realicen, como ocurre en la generalidad de los casos, en un año comercial posterior a aquel en que tiene lugar la muerte del causante. Lo anterior, ya que las inscripciones prevenidas en el Artículo 688 del CC –aunque se ubiquen en el párrafo 3 del Título VI del Libro II del CC, relativo a las otras especies de tradición– tienen por objeto, únicamente, conservar la historia de la propiedad raíz y no pueden, en caso alguno, constituir tradición; pues los bienes del causante ya han sido adquiridos por los herederos a través de otro modo de adquirir, que ha operado con anterioridad: la sucesión por causa de muerte.

19 “Son los que se limita a reconocer (declarar o aclarar) una situación de dominio preexistente” (Peñailillo, 2013, p. 341).

20 En este sentido, resulta clarificador lo explicado por el profesor Daniel Peñailillo, en los siguientes términos: “(...) se ha sostenido que en materia posesoria, igual que en el dominio, la adjudicación tiene efecto (es título declarativo); es así por el tenor del art. 718. Y cuando, el art. 703 la considera título traslativo se estaría refiriendo a las “adjudicaciones” efectuadas en el proceso particional a extraños. Esta última afirmación requiere una aclaración. En la práctica – y a veces en los textos legales – en el proceso particional suele emplearse impropriamente el término “adjudicación” para designar a transferencias de bienes comunes a terceros (por ejemplo, por remate). Auténtica adjudicación existe solo entre comuneros. Entonces, como el término suele usarse en ese sentido impropio, se estima que ése sería el sentido empleado en el 703 y se aplicaría, por tanto, sólo a esas “adjudicaciones” a extraños (Peñailillo, 2013, p. 342 y 343).

Finalmente, cabe destacar que hay situaciones respecto de las cuales no existe tanta claridad, como en los casos anteriores, en relación con el momento que determina la adquisición de un bien raíz. En este sentido, por ejemplo, la liquidación de la sociedad conyugal con ocasión de la celebración del pacto de separación total de bienes contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil respecto del cual, según se verá más adelante, existe discusión tanto en la literatura civil como en los pronunciamientos que ha emitido el Servicio en la materia a través del tiempo.

(D) Sistema Registral Chileno. Las normas legales fundamentales sobre la materia están contenidas en los Artículos 686 y siguientes del Código Civil y, en virtud de lo prescrito en el Artículo 695, en un cuerpo reglamentario, conocido como Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (en lo sucesivo, RRCBR).

Los Conservadores son los ministros de fe encargados de los registros conservatorios de bienes raíces (Artículo 446 Código Orgánico de Tribunales). El Registro es público, y el Conservador está obligado a dar las copias y certificados que se le soliciten (Artículo 50 del RRCBR). El sistema de registro de derechos sobre inmuebles en Chile se sustenta sobre la base de un folio personal²¹ y se compone de una pluralidad de libros, según la naturaleza de tales derechos. Los libros fundamentales que se llevan son el Repertorio, el Registro y el Índice General.

²¹ Es decir, los libros se organizan, al igual que en el sistema francés, en base a los titulares de los titulares de los derechos, con el apoyo de índices alfabéticos. Frente al sistema referido se encuentra el sistema de folio real, el cual se organiza por fincas, es decir, en base al objeto del derecho (Sepúlveda, 2014).

El Repertorio es el libro de ingreso de la oficina. En dicho libro se anotan todos los títulos que se presentan al Conservador, por orden cronológico de llegada, cualquiera que sea su naturaleza. En virtud de este Libro, se extiende el certificado de repertorio, en el cual se proporciona la información relativa al número de ingreso asignado al título que se presenta para inscripción y la fecha de la anotación presuntiva. Momento que, en general, según establece el Artículo 17 del RRCBR²², determina el momento de adquisición de un bien raíz.

El Registro inmobiliario está integrado, a su vez, por tres Registros particulares (Artículo 31 RRCBR), de confección anual, cada uno de los cuales contiene un índice por orden alfabético con los nombres de los otorgantes. El Registro de Propiedad, en el cual se inscriben las traslaciones de dominio, es decir, las transferencias, transmisiones y adquisiciones por prescripción. En virtud de este registro se extienden los certificados de “dominio vigente”, en que el Conservador deja constancia de que cierta inscripción de dominio, a nombre de cierto titular, está actualmente (a la fecha del certificado) vigente. El Registro de Hipotecas y Gravámenes, en el cual, en términos del Artículo 32, inciso 2° del RRCBR, se inscriben “las hipotecas, los censos, los derechos de usufructo, uso y habitación, los fideicomisos, las servidumbres y otros gravámenes semejantes”. En virtud de este registro se extiende el certificado de gravámenes en el cual se informa la existencia o inexistencia de cargas, como las referidas, que recaen respecto de un inmueble. Y, finalmente, el Registro de Interdicciones y

²² “Convertida la anotación en inscripción, surte ésta todos los efectos de tal desde la fecha de la anotación, sin embargo, de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra”.

Prohibiciones de Enajenar, en el cual se inscriben las interdicciones y todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial. En virtud de este registro se extiende el certificado de prohibiciones en el cual se informa la existencia o inexistencia de embargos y medidas precautorias de prohibición de celebrar actos y contratos, principalmente.

Y, para concluir el análisis de los distintos libros que componen el sistema de Registros de derechos sobre inmuebles, el Índice General que, junto con los índices de cada Registro Parcial, permite el funcionamiento del sistema en cuanto mediante ellos se ubican las inscripciones y se puede reconstruir la historia de los inmuebles. Se construye por orden alfabético de los otorgantes.

Para concluir, cabe destacar que, respecto de los Conservadores de Bienes Raíces recaen ciertas obligaciones de carácter tributario a propósito de la tradición y transmisión de inmuebles. Con anterioridad a la realización de la inscripción correspondiente, deben controlar el pago o exención de los siguientes impuestos. En primer lugar, el pago del impuesto territorial (Artículo 74 del Código Tributario)²³, tratándose de inmuebles que se encuentren afectos al pago de dicho impuesto, mediante el certificado de deuda²⁴ emitido por la Tesorería General de la República en el cual conste que no existen deudas liquidadas morosas. En

²³ Que, según interpretación sostenida por el Servicio en el Oficio N°1329, de 18 de junio de 2013: “Conforme a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República y las disposiciones legales pertinentes sobre la materia, se concluye inequívocamente que el impuesto establecido en la Ley N°17.235, constituye un impuesto fiscal, de aquellos referidos en el Artículo 74 del Código Tributario y no uno de carácter municipal”.

²⁴ Ha existido discusión en relación a si es necesario acreditar el pago efectivo o, por el contrario, basta un convenio de pago. Lo anterior, en virtud del Artículo 92, inciso 1°, del Código Tributario, que establece lo siguiente: “Salvo disposición en contrario, en los casos en que se exija comprobar el pago de un impuesto, se entenderá cumplida esta obligación con la exhibición del respectivo recibo o del certificado de exención, o demostrándose en igual forma estar al día en el cumplimiento de un convenio de pago celebrado con el Servicio de Tesorerías (...)”.

segundo lugar, el pago del impuesto al valor agregado (Artículo 75 del Código Tributario), mediante la presentación de la declaración jurada de no habitualidad en la enajenación de inmuebles o la factura, si procediere²⁵. Y, por último, tratándose de inmuebles hereditarios, el pago, la exención o la prescripción del impuesto a la herencia²⁶, mediante el correspondiente certificado emitido por el Servicio de Impuestos Internos.

Luego, una vez realizada la inscripción correspondiente, los Conservadores tienen la obligación de informar al Servicio, mediante el Formulario 2890, tanto de los contratos que le sean presentados para su inscripción (Artículo 76 Código Tributario²⁷), como de las inscripciones especiales de herencia (Artículo 29 de la LIHAD²⁸) que se realicen.

25 Materia reglamentada mediante la Resolución Exenta N°16 de 31 de enero de 2017.

26 Sin embargo, cabe destacar que, igualmente, es posible que de alguna de las siguientes situaciones, diversas a la ya descritas: (1) No se haya pagado el impuesto a la herencia existiendo la obligación de hacerlo, no obstante, se haya garantizado el pago en alguna de las modalidades que permite el Artículo 55 de la LIHAD. (2) No se haya pagado ni garantizado el pago del impuesto a la herencia, no obstante, se haya autorizado la disposición por parte del Servicio bajo ciertas condiciones, según establece el Artículo 58 de la LIHAD.

27 Información que se inicia por parte de los Notarios, mediante la confección del Formulario 2890. Luego, una vez realizada la inscripción correspondiente, el Conservador comunica los datos relativos a la inscripción; Fojas, número y año. Materia actualmente reglamentada en la Circular 7, del Servicio de Impuestos Internos de 17 de enero de 2020, publicada en el Diario Oficial de 23 de Enero del mismo año.

28 Artículo 29 LIHAD: ““Los Conservadores, en los cinco primeros días hábiles de cada mes, deberán enviar al Servicio, una nómina de las inscripciones de posesiones efectivas que hayan practicado en el mes anterior, indicando en ella el nombre del causante, la fecha de la inscripción y los nombres de los herederos”. Cabe destacar que, si bien la disposición referida hace alusión a “las inscripciones de posesiones efectivas”, la información recae sobre las inscripciones especiales de herencia.

2.2. MARCO NORMATIVO

El mayor obtenido en la enajenación de bienes raíces²⁹ puede quedar sujeto al régimen general de tributación o, bien, en la medida que se cumplan los requisitos legales al efecto, se considerará como un ingreso no constitutivo de renta. Quedando sujeto al régimen general de tributación, el ingreso³⁰ se afectará con el Impuesto de Primera Categoría (IDPC) e Impuesto Global Complementario (IGC) o Impuesto Adicional (IA), según corresponda. Sin embargo, siempre y cuando el enajenante sea una persona natural³¹ que, además, cumpla con ciertas condiciones adicionales, es posible acoger los ingresos que se obtengan a un tratamiento preferencial.

En términos generales, actualmente, para determinar el régimen tributario aplicable al mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces es necesario atender, inicialmente, a la fecha de adquisición del bien. Más precisamente, determinar si el bien raíz fue adquirido antes del 1 de enero de 2004 o, por el contrario, con posterioridad. En el primer caso, la legislación aplicable será la que se encontraba vigente hasta el 31 de diciembre de 2014. En cambio, para el segundo caso, la legislación aplicable es aquella que comenzó a regir a partir del 1 de enero de 2017, considerando las modificaciones realizadas por la Ley 21.210.

Es decir, en términos generales, existe una superposición de dos estatutos

29 Se hace presente que, de ahora en adelante, al utilizar la expresión bienes raíces se entiende ínsita la alusión a los derechos o cuotas sobre dichos bienes poseídos en comunidad.

30 Se considera una renta del Artículo 20 N°5 de la LIR; salvo respecto de las empresas inmobiliarias, en cuyo caso la renta obtenida se sitúa en el Artículo 20 N°3.

31 Tanto el Artículo 17 N°8, letra b) de la LIR como el numeral XVI del Artículo Tercero de las Disposiciones Transitorias de la Ley 20.780 establecen que únicamente las personas naturales, tengan o no domicilio o residencia en Chile, pueden generar ingresos no tributables con ocasión de la enajenación de bienes raíces.

jurídicos que, según se verá en el desarrollo del presente capítulo, contemplan reglas diferentes en materia de ingreso no tributable, determinación del costo tributario y opciones de tributación.

(A) Bienes raíces adquiridos antes del 01.01.2004.

En virtud del inciso final del numeral XVI del Artículo Tercero de las disposiciones Transitorias de la Ley 20.780, el mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 2004 se regula por las disposiciones de la Ley de Impuesto a la Renta vigente hasta el 31 de diciembre de 2014.

(A.1.) Requisitos para acceder al régimen de ingreso no constitutivo de renta sin tope.

(1) Condición básica del bien objeto de enajenación: Bien raíz situado en Chile. La expresión “bienes raíces”, al emplearse sin ninguna calificación que limite su sentido y alcance, debe entenderse referida tanto a bienes corporales como incorporales. En términos del Artículo 565 del Código Civil, tanto a aquellos que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos (por ejemplo, un terreno), como aquellos que consisten en meros derechos (por ejemplo, el usufructo sobre un terreno). Luego, por aplicación del Artículo 580 del CC, tanto el usufructo como la hipoteca que recaen sobre inmuebles son derechos reales inmuebles; distinto es el caso, según se verá al final del presente trabajo, del

derecho real de herencia que recae sobre una universalidad jurídica y no sobre bienes determinados.

(2) Condición básica del enajenante: Persona natural o sociedad de personas compuesta exclusivamente por personas naturales. Antes del 2013 era indiferente si quién enajenaba era una persona natural o jurídica, como tampoco importaba quiénes componían esta persona jurídica. A partir del 1 de enero de 2013, con la entrada en vigencia de la Ley 20.630 de 2012, los únicos contribuyentes que podían beneficiarse del ingreso no constitutivo de renta en la enajenación de bienes raíces eran las personas naturales y las sociedades de personas compuestas exclusivamente por personas naturales. Actualmente, los únicos contribuyentes que pueden beneficiarse del ingreso no constitutivo de renta en la enajenación de bienes raíces son las personas naturales, según establece el numeral XVI del Artículo Tercero de las disposiciones Transitorias de la Ley 20.780. Por lo tanto, al día de hoy, las sociedades de personas conformadas exclusivamente por personas naturales, aún al enajenar un bien raíz adquirido antes del 1 de enero de 2004, deben tributar de acuerdo al régimen general; y, finalmente, las personas naturales no son beneficiarias *per se* del ingreso no tributable en la enajenación de bienes raíces. Para acceder a dicho régimen, además, deben encontrarse bajo las condiciones que se describen a continuación.

(3) Adquirente sea un tercero no relacionado. La norma de relación se aplica cuando la enajenación se efectúa a la empresa o sociedad respectiva por las siguientes personas: (A) socios de sociedades de personas; (B) accionistas de sociedades anónimas cerradas; (C) accionistas de sociedades anónimas abiertas

dueños del 10% o más de las acciones; y (D) personas que tengan interés. Respecto de la última hipótesis referida, es preciso destacar lo siguiente. En relación al alcance de la expresión “o en las que tengan intereses”, el Servicio ha emitido abundante jurisprudencia³². Y que, para determinar si existe o no interés, deber atenderse al momento en que se efectúa la enajenación del bien raíz³³. En este sentido, el Servicio interpretó³⁴ que, para estos efectos, la persona natural que concurre a la formación o constitución de una sociedad a través del respectivo aporte, se encuentra relacionada con la sociedad que se constituye.

Sobre este requisito, cabe hacer presente lo siguiente. En primer lugar, la finalidad que subyace a esta regla; es evitar que se sustraigan flujos de dinero desde una empresa, en circunstancias que, de no haber mediado tal enajenación, dichos dineros se habrían obtenido directa o indirectamente como una distribución de utilidades afectas al régimen general³⁵. Y, en segundo lugar, su ámbito de aplicación unidireccional, es decir, solo es aplicable entre los propietarios y las respectivas sociedades, y no entre dichas sociedades y sus propietarios³⁶.

(4) No se trate de una operación habitual para el enajenante. El Artículo 18 de Ley de Impuesto a la Renta, vigente al 31 de diciembre de 2014 y

32 Oficio N°3150, de 12 de noviembre de 1996; Oficio N°65, de 6 de enero de 1992; y Oficio N°2386, de 7 de agosto de 2007.

33 Oficio N°20, de 8 de marzo de 2010.

34 Tanto mediante el Oficio anteriormente referido como en el Oficio, del mismo año, N°549 de 6 de abril de 2010.

35 Oficio N°2386, de 7 de agosto de 2007.

36 Según se desprende de Oficio N°2895, de 26 de octubre de 2012. Por el cual la autoridad administrativa, respecto de una consulta que se le formuló por parte de una sociedad de responsabilidad limitada propietaria de acciones de una sociedad anónima, parte de las cuales fueron vendidas a tres de los socios que componen la sociedad vendedora, expresó lo siguiente: “(...) no se presentan las normas de relación citadas, cuando la enajenación de las acciones sea efectuada por la sociedad a uno de sus socios, quien actúa como comprador, y por tanto, cuando el enajenante no sea socio ni accionista del adquirente, ni tenga un interés patrimonial en este último”.

actualmente derogado, establecía un sistema de presunciones de habitualidad y, si bien no definía el concepto, facultaba al Servicio para calificar una operación de habitual, considerando el conjunto de circunstancias³⁷ previas o concurrentes a la enajenación.

Las presunciones que establecía la disposición, anteriormente referida, eran de dos tipos. Por un lado, establecía una presunción de derecho, es decir, que no admite prueba en contrario, que resultaba aplicable a los casos de subdivisión de terrenos urbanos o rurales y a la venta de edificios por pisos o departamentos, cuando la enajenación se realizaba dentro de los 4 años siguientes a la adquisición o construcción, respectivamente. Y, por otro lado, establecía una presunción simplemente legal, es decir, que admite prueba en contrario, que resultaba aplicable a situaciones diversas de las anteriormente descritas, cuando la enajenación se verificaba en un plazo inferior a un año, contado desde la adquisición.

(5) Condición adicional respecto del bien: Inmueble no sea parte del activo de una empresa que declare cualquier clase de rentas efectivas de la primera categoría sobre la base de un balance general según contabilidad completa. Tal como se desprende de la sola lectura de la ley, el requisito inicial es que el correspondiente bien “no forme parte del activo de empresas”, es decir, se debe realizar un análisis de constatación formal de la contabilidad; no un análisis

³⁷ En este contexto, resulta ilustrativa una interpretación sostenida por el Servicio a propósito de la enajenación de acciones. Así, mediante la Circular N°158, de 19 de diciembre de 1976, el Servicio resaltó, entre otros, a los siguientes factores: actividad principal del contribuyente, objetivos del pacto social, verificación de compras y ventas en un mismo ejercicio comercial, lapso que ha mediado entre la fecha de adquisición y la de venta, motivo que tuvo el contribuyente para adquirir tales bienes y al número de operaciones de compras y ventas realizadas en cada ejercicio comercial.

del contribuyente en general y de forma consolidada, desde un punto funcional o de la explotación de los giros que realiza.

Por no constituir contribuyentes que declaren rentas efectivas de la primera categoría sobre la base de un balance general según contabilidad completa, las personas naturales y sociedades de personas, conformadas exclusivamente por personas naturales, que se encontraban acogidas al régimen de renta presunta³⁸, los que tributaban según contrato³⁹ y aquellos que llevaban contabilidad simplificada⁴⁰ no pagaban impuestos por el mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces.

38 Oficio N°639, de 6 de marzo de 1998. Cabe destacar que a partir del 1 de enero de 2017, los contribuyentes personas naturales que se encontraban acogidos al régimen de renta presunta, igualmente, podían acogerse a la franquicia tributaria de ingreso no renta. En este sentido, el Servicio, mediante el Oficio N°1377, de 16 de mayo de 2019, expresó lo siguiente: "(...) se le aplica el tratamiento tributario de la letra b), del N°8, del Artículo 17 de la LIR al empresario individual que tributa bajo el régimen de renta presunta por la explotación del predio agrícola, y enajena dicho predio estando sujeto a dicho régimen". Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 21.210, al derogarse el inciso tercero del N°8 del artículo 17 – que establecía que en aquellos casos en que la operación era realizada por un contribuyente que determinaba el IDPC sobre rentas efectivas se afectaba con régimen general –, se eliminó la posibilidad para los empresarios individuales acogidos al régimen de renta de acceder a la franquicia tributaria establecida en el Artículo 17 N°8, letra b) por los inmuebles asignados su empresa individual. Lo anterior, en atención a que, a partir de la Ley 21.210, el *quid* de la cuestión se centró en la asignación del bien.

39 Oficio N°1751, de 5 de agosto de 1997. A diferencia de lo que ocurre con los contribuyentes que se encuentran acogidos al régimen de renta presunta, bajo el amparo de la Ley vigente a partir del 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, el Servicio entendía que los contribuyentes que tributaban según contrato no podían acceder a la franquicia de ingreso no renta, salvo aquellos que solo obtenían rentas de arrendamiento de bienes raíces no agrícolas, por entenderse que no determinan el Impuesto de Primera Categoría según renta efectiva, por el hecho de estar exento de dicho gravamen en virtud del artículo 39 N°3 de la LIR (Oficio N°2541, de 29 de noviembre de 2017) . Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 21.210 debiera entenderse que aquellas personas naturales, que no habían iniciado actividades como empresarios individuales y que tributaban según contrato en virtud del artículo 20 N°1 letra b) de la LIR, pudieron acceder tanto al artículo 17 N°8 letra b) vigente entre el 01 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, como al vigente al 31 de diciembre 2014, en atención a lo establecido en el artículo vigésimo tercero transitorio de la Ley mencionada. Situación que antes de la publicación de la reciente ley que moderniza la legislación tributaria no se vislumbraba de esta manera para los arrendadores de bienes raíces agrícolas.

40 Sin embargo, bajo el amparo de la Ley vigente a partir del 1 de enero de 2017, los contribuyentes que se encuentran acogido al régimen de contabilidad simplificada no pueden acceder a la franquicia del ingreso no renta. En este sentido véase el Oficio N°1304, de 25 de junio de 2018.

El Artículo 2 N°10 de la LIR, que define el capital propio tributario, señala que los contribuyentes que sean personas naturales deben excluir de la contabilidad los bienes y deudas que no originen rentas gravadas en la primera categoría o que no correspondan al giro, actividades o negociaciones de la empresa. Tal sería el caso, por ejemplo, de un bien raíz de destino habitacional o que tenga conexión con una persona diversa a la que enajena. En resumen, existen una correlación necesaria entre el destino y funcionalidad que se le asigna al inmueble y su contabilización.

Para determinar si el contribuyente declara rentas efectivas de la primera categoría sobre la base de un balance general según contabilidad completa debe atenderse al ejercicio comercial en que se verifica la enajenación del bien raíz; y no antes⁴¹.

(A.2.) Determinación del Mayor Valor.

El mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces se obtiene descontando al precio, establecido libremente por las partes, el costo tributario. El costo tributario, bajo este estatuto normativo, corresponde al valor inicial de adquisición del bien raíz reajustado por el índice de precio al consumidor, entre el mes anterior a la fecha de la adquisición y el mes anterior a la fecha de

⁴¹ Para fines históricos, cabe destacar que tratándose de sociedades de personas, además, se les exigía que en el año inmediatamente anterior a la enajenación no hayan estado obligadas a determinar sus rentas efectivas de la manera señalada; o, bien, si la sociedad de personas que realizaba la enajenación nació de una división de sociedades, ésta debía permanecer a lo menos un año calendario acogida al régimen de renta presunta o de declaración de rentas efectivas según contrato o contabilidad simplificada. Plazo que se extendía a dos años en el evento que haya existido una promesa de venta o un contrato de arriendo con opción de compra sobre el bien raíz respectivo.

enajenación; sin posibilidad de considerar los desembolsos incurridos con ocasión de la realización de mejoras útiles. Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que, según la fecha de adquisición del bien raíz, existen diversas formas de determinar el costo tributario; como también normas especiales.

(A.3.) Tasación.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad y, más precisamente, la libertad contractual: las partes son libres para contratar, o no, y de decidir hacerlo, para elegir a su co-contratante. Adicionalmente, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido de los contratos o actos jurídicos que celebran de la forma que mejor les parezca.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto en la Ley vigente hasta el 31 de diciembre de 2014⁴² como en la actualmente vigente, aunque en diferentes términos, se le otorga a la autoridad administrativa la facultad de tasar o controlar el precio o valor asignado a un inmueble en una operación y, de dicha manera, cobrar impuestos por las diferencias que determinen, siempre y cuando se cumplan copulativamente los siguientes requisitos: en primer lugar, que exista enajenación; en segundo lugar, que sea realizada a un contribuyente obligado a llevar contabilidad completa

⁴² Artículo 17 N°8, inciso 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, vigente al 31 de diciembre de 2014: “El Servicio de Impuestos Internos podrá aplicar lo dispuesto en el Artículo 64 del Código Tributario, cuando el valor de la enajenación de un bien raíz o de otros bienes o valores, que se transfieran a un contribuyente obligado a llevar contabilidad completa, sea notoriamente superior al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares en la localidad respectiva, o de los corrientes en plaza considerando las circunstancias en que se realiza la operación. La diferencia entre el valor de la enajenación y el que se determine en virtud de esta disposición estará sujeta a la tributación establecida en el inciso primero, literal ii), del Artículo 21. La tasación y giro que se efectúen con motivo de la aplicación del citado Artículo 64 del Código Tributario, podrá reclamarse en la forma y plazos que esta disposición señala y de acuerdo con los procedimientos que se indica”.

y, finalmente, que el valor de enajenación sea notoriamente superior al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares en la localidad respectiva, o de los corrientes en plaza considerando las circunstancias en que se realiza la operación. También en aquellos casos en que el valor fijado al inmueble en el respectivo acto o contrato fuere notoriamente inferior al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares, en la localidad respectiva (Reporte Tributario, 2013).

En relación a la tributación aplicable al mayor valor que excede del valor de tasación, cabe destacar que hasta el 31 de diciembre de 2012 se gravaba con el régimen general de tributación, es decir, con los impuestos de Primera Categoría e Impuesto Global Complementario o Adicional, según corresponda. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2013, con la reforma tributaria contenida en la Ley 20.630, las rentas que exceden del valor de tasación que determine el Servicio se gravan con el impuesto único establecido en el Artículo 21, inciso 1°, de la LIR, es decir, con tasa del 35%⁴³.

(A.4.) Tributación.

La persona natural que enajenan un bien raíz y cumple los requisitos legales, establecidos en el Artículo 17 N°8, letra b) de la Ley de Impuesto a la Renta vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, se encuentra liberada de pagar impuestos por el total del mayor valor generado; salvo que el Servicio de

⁴³ Según el Artículo 21, inciso 1°, de la LIR vigente hasta el 31 de diciembre de 2014.

Impuestos Internos, cumpliéndose las condiciones legales señaladas en el párrafo anterior, ejerza su facultad de tasación y, producto de ello, le gire el impuesto de tasa 35% sobre la diferencia que se determine existe entre el precio de venta y el valor comercial del inmueble. En contraste, si la persona natural incumple alguno de los requisitos legales se gravará con el régimen general de tributación, es decir, con los IDPC e IGC o IA, según corresponda.

(B) Bienes raíces adquiridos con posterioridad al 01.01.2004.

(B.1.) Requisitos para acceder al régimen de ingreso no constitutivo de renta con tope.

(1) Bienes raíces situados en Chile, o derechos o cuotas respecto de tales bienes poseídos en comunidad. “(...) [S]i se trata de bienes raíces situados en el exterior, el mayor valor se clasificará como una renta del artículo 20 N°5 y se gravará con los impuestos generales que afectan a las rentas del capital, esto es, con el IDPC e IGC. Lo anterior, es sin perjuicio de imputar como crédito los impuestos pagados en el exterior, cuando exista un convenio para evitar la doble tributación internacional suscrito por Chile y el país donde se encuentre radicado el bien raíz” (González, 2019, p. 296).

(2) Persona natural con o sin domicilio o residencia en Chile.

(3) Enajenación efectuada a un tercero no relacionado. La Ley 20.780, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2014, modificó las normas de relación existentes hasta aquel entonces, agregando la hipótesis de aquellas empresas que se relacionen en los términos de los Artículos 96 al 100 de la Ley 18.045 sobre mercado de valores. Y, con posterioridad, la Ley 20.899, publicada en el Diario Oficial de 8 de febrero de 2016, incorporó al “cónyuge o sus parientes ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad”. Finalmente, a partir del 1 de enero de 2020, en el Código Tributario, específicamente, en su Artículo 8 N°17, desde la letra a) hasta la f), se refundieron un número importante de normas de relación. Si bien es cierto que, por aplicación del criterio de especialidad reconocido en el propio encabezado de la disposición anteriormente referida, para efectos de la tributación en la enajenación de bienes raíces por parte de personas naturales rigen las siguientes normas de relación, recientemente modificadas por la Ley 21.210, establecidas en la Ley de Impuesto a la Renta: Artículo 17 N°8, inciso 2, de la LIR. Que, tal como se desprende de su sola lectura son más amplias que las previstas en el Código Tributario. Lo anterior, en atención a que son comprensivas tanto de éstas últimas como de otras hipótesis adicionales. En concreto, son las siguientes: “(...) si la enajenación (...) se efectúa por el propietario a una sociedad de personas o anónima cerrada en que participe directa o indirectamente; o, al cónyuge, conviviente civil o parientes ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad; o, a un relacionado en los términos del número 17 del artículo 8° del Código Tributario; o, a los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores, así como toda entidad controlada directamente o indirectamente por estos últimos, el mayor valor obtenido se gravará con impuestos finales en base devengada (...)”. Cabe hacer pre-

sente que las hipótesis de relación, ya referidas, solo rigen respecto de la enajenación de inmuebles adquiridos a partir del año 2004.

(4) Enajenación efectuada transcurridos los plazos estipulados en la Ley. Con la derogación del Artículo 18 de la Ley de Impuesto a la Renta, se eliminó el concepto de habitualidad y, de dicha forma, la facultad calificadora del Servicio. Actualmente, y a partir del 1 de enero de 2017, la Ley establece plazos concretos⁴⁴ que deben transcurrir entre la adquisición o construcción, según corresponda, del bien raíz y su enajenación. En particular, un plazo igual o superior a 1 año⁴⁵; y en el caso de subdivisión de terrenos urbanos o rurales y en la venta de edificios por pisos o departamentos, un plazo superior a los 4 años.

5) Enajenante no determine el IDPC sobre renta efectiva. Al tenor de la Ley de Impuesto a la Renta vigente hasta el 31 de diciembre de 2019 es plausible afirmar que una persona natural que, a su vez, es contribuyente del IDPC sobre renta efectiva no puede generar un ingreso no tributable en la enajenación de bienes raíces. Es decir, se debe realizar un análisis consolidado del perfil del contribuyente. Sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido,

⁴⁴ Al realizar un análisis comparativo, respecto de la enajenación que se verifica dentro del plazo de 1 año contado desde la adquisición, entre la norma actualmente vigente y aquella vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, es posible concluir lo siguiente. Con anterioridad al año 2014, existía un sistema de carácter subjetivo, específicamente una presunción simplemente legal, que atendía al ánimo del contribuyente y que, si bien era criticable desde un punto de vista de la seguridad jurídica y la incertidumbre asociada a que operaciones calificaban o no de habituales, permitía al enajenante, en caso de disponer de material probatorio suficiente, desvirtuar la calificación de habitualidad. Y, por lo tanto, no tener que pagar impuestos por el mayor valor obtenido en la enajenación de un inmueble adquirido hace menos de un año. Así, por ejemplo, para el caso que la venta se haya realizado por falta de liquidez para afrontar una enfermedad o, tal como sostuvo el Servicio en el Oficio N°4242, de 13 de octubre de 2016, el caso del contribuyente que vende un inmueble adquirido por herencia. Y que, en cambio, el sistema vigente respecto de los inmuebles adquiridos con posterioridad al 1 de enero de 2004, si bien es de carácter objetivo en el sentido que basta con constatar el transcurso de los plazos establecidos en la ley, no permite al contribuyente dispensarse de tributación. Y, como contrapartida, el Servicio no podría cuestionar la cantidad de inmuebles enajenados.

⁴⁵ Antes de la entrada en vigencia de la Ley 21.210 debía transcurrir un plazo no inferior a un año, sin embargo, a partir del 01 de enero de 2020 este plazo debe exceder de 1 año.

mediante varios oficios⁴⁶, la tesis de “una persona dos patrimonios”, es decir, que respecto de las personas naturales que han iniciado actividades como empresarios individuales, es necesario separar su patrimonio: por un lado, en patrimonio personal y, por otro lado, en patrimonio empresarial. Y, en este escenario, debe identificarse el patrimonio en el cual se encuentra alocado el bien raíz enajenado. Más concretamente, si conforma el patrimonio empresarial del empresario individual, el mayor valor obtenido tributa de acuerdo con el régimen general, es decir, con IDPC e IGC o IA, según corresponda; en cambio, si el bien raíz forma parte del patrimonio personal, y siempre y cuando se cumplan los restantes requisitos, la persona natural puede acceder a la franquicia de ingreso no renta.

(B.2.) Determinación del Mayor Valor.

(B.2.1.) Norma general de determinación del costo tributario.

Para determinar el costo tributario de los bienes raíces adquiridos a partir del 1 de enero de 2004, es necesario trazar la siguiente diferencia temporal respecto de la norma general de determinación del costo tributario.

(B.2.1.1) Bienes raíces adquiridos entre el 1 de enero de 2004 y el 28 de septiembre de 2014.

⁴⁶ Oficio N°528, de 19 de marzo de 2018; Oficio N°1527, de 18 de julio de 2018.

Respecto de estos bienes raíces, cuya determinación del costo tributario se encuentra reglamentada por las normas transitorias de la Ley 20.780, en su oportunidad, se le confirió a los contribuyentes un triple derecho alternativo de determinación del costo a utilizar. Alternativas que, si bien ya no se pueden ejercer al día de hoy, es preciso tener presente al analizar la enajenación de un bien raíz; pues el enajenante puede haber optado por la tercera de las alternativas descritas a continuación.

En primer lugar, el valor de adquisición, más los desembolsos incurridos en mejoras útiles oportunamente informadas; todo debidamente reajustado a la fecha de enajenación. En segundo lugar, el avalúo fiscal del bien raíz vigente al 1 de enero de 2017, debidamente reajustado a la fecha de enajenación. Y, en tercer y último lugar, el valor de mercado⁴⁷ determinado el 29 de septiembre de 2014, debidamente reajustado y comunicado⁴⁸.

Luego, en cualquiera de las tres opciones y para el caso que el objeto de la enajenación sean derechos o cuotas sobre bienes poseídos en comunidad, se considerará como costo tributario el porcentaje que representan los derechos o cuotas que se enajenan sobre el total de los derechos o cuotas que posee el enajenante; idéntico predicamento respecto de las mejoras.

47 El Servicio de Impuestos Internos, mediante Resolución Exenta N°127 de 30 de diciembre de 2014, ejemplifico de que manera se podía acreditar el valor de mercado: i) tasación comercial efectuada por una entidad bancaria, ii) tasación comercial efectuada por un tasador o por una empresa o profesional del rubro inmobiliario y iii) Copia de tasaciones comerciales de inmuebles de características y ubicaciones similares, en la localidad respectiva.

48 La tasación debió ser comunicada al Servicio hasta el 30 de junio de 2016. De acuerdo a la modificación introducida por la Ley 20.899 de 2016 y a lo instruido por el Servicio mediante vía Resolución Exenta N°29 de 2016. Adicionalmente, se hace presente que, según lo instruido por el Servicio mediante el Oficio N°603 de 25 de febrero de 2015, la tasación a valor de mercado no incide en la determinación del avalúo fiscal y el pago de las contribuciones territoriales.

(B.2.1.2) Bienes raíces adquiridos a partir del 29 de septiembre de 2014.

Los contribuyentes solo podrán considerar como costo el valor de inicial de adquisición del respectivo bien raíz, más los desembolsos incurridos en la mejoras útiles, todo debidamente reajustado a la fecha de la enajenación.

Para que las mejoras puedan considerarse como parte del costo de adquisición del bien respectivo es necesario que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, deben corresponder a mejoras útiles; en segundo lugar, pueden haber sido realizadas por el enajenante o un tercero, siempre que en éste último caso hayan pasado a formar parte de la propiedad del enajenante; y, finalmente, deben haber sido declaradas en la oportunidad que corresponda ante el Servicio, con anterioridad a la enajenación.

Las mejoras útiles son aquellas que aumentan el valor venal o de mercado del bien. En términos de la autoridad administrativa⁴⁹, son aquellas necesarias y considerables, que tiene por objeto habilitar, remodelar o acondicionar un inmueble, agregando un valor importante al mismo. Según los ejemplos que ha proporcionado el Servicio, pueden consistir en instalaciones de muros o paredes divisorias de ambientes, cambio de ventanales, arreglos de pavimentos interiores y exteriores, cambio de cañerías, instalación de ductos; la construcción de obras complementarias, tales como piscinas, pavimentos exteriores, cobertizos; y, en el caso de terrenos agrícolas, la construcción de obras de drenaje y/o riego.

⁴⁹ Mediante Circular N°53, de 4 de mayo de 1978; Resolución Exenta N°80, de 29 de septiembre de 2015 y Circular N°44, de 12 de Julio de 2016.

En relación a las obras realizadas por terceros, cabe destacar que se ha discutido el alcance del concepto de mejoras útiles⁵⁰.

Finalmente, en cuanto al plazo de comunicación al Servicio, lo siguiente. El Servicio, mediante Resolución Exenta N°80 de 20 de septiembre de 2015, instruyó que todas aquellas mejoras útiles realizadas entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2014 debían ser informadas hasta el 31 de diciembre de 2015, mientras que las mejoras efectuadas a partir del 1 de enero de 2015 y hasta el 31 de diciembre del mismo año debían ser informadas hasta el 30 de junio del año siguiente, y así sucesivamente. Luego, en cuanto a la comunicación misma, se debe presentar toda aquella documentación que acredite fehacientemente los desembolsos que hayan aumentado el valor del bien raíz o, bien, cuando dicha mejora haya sido realizada por un tercero, toda aquella documentación que permita acreditar que éstas han pasado a formar parte de la propiedad del enajenante. El retardo en la presentación de la referida declaración tendrá como consecuencia que las mejoras útiles realizadas no se considerarán parte del costo de adquisición del respectiva bien raíz⁵¹.

(B.2.2.) Norma especiales de determinación del costo tributario.

50 Así, en más de alguna oportunidad los contribuyentes han planteado que una construcción nueva, autónoma e independiente, puede constituir una mejora útil. Sin embargo, el Servicio ha entendido que las mejoras útiles se refieren a inversiones que se efectúan en inmuebles ya construidos (Oficio N°1004 del 2010).

51 Aun cuando en forma tardía se incorporen en la determinación del avalúo fiscal. Lo anterior, se desprende de la norma, al señalar: "(..) hayan sido declaradas en la oportunidad que corresponda ante el Servicio, en la forma que establezca mediante resolución".

Finalmente, cabe destacar que existen reglas especiales respecto de la adjudicación de bienes, tanto en materia de determinación del costo tributario como en materia de ingreso no renta.

(B.2.2.1) Adjudicación de bienes en la partición de una comunidad hereditaria.

De acuerdo a lo dispuesto en la letra f), del inciso 1, del N°8, del Artículo 17 de la LIR, no constituye renta la adjudicación de bienes de una comunidad hereditaria, es decir, no se declarará ni afectará con ningún impuesto de la Ley de Impuesto a la Renta.

El ingreso no renta, según la disposición ya referida, beneficia a ciertas y determinadas personas, a saber: a los herederos del causante, a los asignatarios a título universal de los herederos del causante y a los cesionarios de los herederos señalados anteriormente. Es decir, se excluyen a los legatarios.

El costo tributario que para los adjudicatarios tendrán los bienes adjudicados corresponderá a aquel que resulte de aplicar las normas de valoración contenidas en la LIHAD, es decir, los Artículos 46, 46 bis y 47 del referido cuerpo normativo. Dicho valor se reajustará de acuerdo a la variación que haya experimentado en índice de precios al consumidor entre el último día del mes anterior al fallecimiento del causante y el mes anterior al de la enajenación.

(B.2.2.2) Adjudicación de bienes con ocasión de la liquidación o disolución de una sociedad o empresa que termina su giro.

De acuerdo a lo dispuesto en la letra g), del inciso 1, del N°8, del Artículo 17 de la LIR, no constituye renta la adjudicación de bienes con ocasión de la liquidación o disolución de una empresa o sociedad que termina su giro de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 38 bis del cuerpo normativo ya referido.

El ingreso no renta, según la disposición ya referida, beneficia a ciertas y determinadas personas, a saber: propietarios, comuneros, socios y accionistas de la empresa o sociedad que se liquida o disuelve.

En este caso, el ingreso no renta está sujeto a un tope. La suma de los valores tributarios no debe exceder el monto que resulte de la suma del capital aportado por el adjudicatario a la empresa o sociedad, determinado de conformidad al Artículo 17 N°7 de la LIR, y de las rentas o cantidades que le correspondan en la misma a la fecha del término de giro, cantidades debidamente reajustadas a la fecha de adjudicación.

Luego, respecto de los bienes adjudicados en la liquidación o disolución de una empresa o sociedad que termina su giro, el valor que para fines tributarios deberán considerar los propietarios, comuneros, socios o accionistas al momento de enajenar los bienes adjudicados corresponde a aquel que haya registrado la empresa o sociedad al término de giro. Incluso más, el referido costo tributario siempre será aplicable, aun cuando el valor asignado al bien con ocasión de la adjudicación sea superior.

Finalmente, el monto que exceda el tope referido constituirá una renta, que se entenderá percibida o devengada a la fecha de adjudicación, clasificada en el Artículo 20 N°5 de la LIR y, por lo tanto, sujeta al régimen general de tributación, es decir, IDCP e IGC o IA, según corresponda.

(B.2.2.3) Adjudicación de bienes en la liquidación de la comunidad de gananciales que se forma con motivo de la disolución de la sociedad conyugal.

De acuerdo a lo dispuesto en la letra h), del inciso 1°, del N°8, del Artículo 17 de la LIR, no constituye renta la adjudicación de bienes en liquidación de sociedad conyugal y la adjudicación de bienes a favor de cualquiera de los convivientes civiles.

El ingreso no renta, según la disposición anteriormente referida, beneficia a ciertas y determinadas personas, a saber: al cónyuge o conviviente civil adjudicatario; a los herederos de cualquiera de estos y a los cesionarios de las personas ya referidas.

El costo tributario aplicable a los bienes adjudicados con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal al momento de la enajenación corresponderá al valor de adjudicación de los mismos el que, en todo caso, no podrá superar el valor corriente en plaza al momento de la referida adjudicación. Dicho valor se reajustará de acuerdo a la variación experimentada por el índice de precios al

consumidor entre el mes anterior al de la adjudicación y el mes anterior al de la enajenación.

(B.3.) Tasación.

El Servicio de Impuestos Internos puede aplicar la facultad de tasación respecto de la enajenación de bienes raíces, en dos casos. En primer lugar, cuando el valor fijado al inmueble en el respectivo acto o contrato fuere notoriamente inferior⁵² al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares, en la localidad respectiva; y, en segundo lugar, cuando el valor asignado sea notoriamente superior⁵³ al valor comercial. En este último caso, a diferencia de lo que ocurre con la legislación vigente hasta antes del 2014, no se establece como condición para ejercer la facultad de tasación que el adquirente sea un contribuyente obligado a llevar contabilidad completa.

En relación a la tributación aplicable al menor o mayor valor que resta o excede del valor de tasación, se grava con el impuesto único establecido en el Artículo 21, inciso 1°, de la LIR, es decir, con tasa del 40%.

⁵² En términos del Artículo 64, inciso final del Código Tributario: “En igual forma, en todos aquellos casos en que proceda aplicar impuestos cuya determinación se basa en el precio o valor de bienes raíces, el Servicio de Impuestos Internos podrá tasar dicho precio o valor, si el fijado en el respectivo acto o contrato fuere notoriamente inferior al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares, en la localidad respectiva, y girar de inmediato y sin otro trámite previo el impuesto correspondiente. La tasación y giro podrán ser impugnadas, en forma simultánea, a través del procedimiento a que se refiere el Título II del Libro Tercero”.

⁵³ Artículo 17, N°8, inciso 5° de la Ley de Impuesto a la Renta: “El Servicio podrá aplicar lo dispuesto en el Artículo 64 del Código Tributario, cuando el valor de la enajenación de un bien raíz o de otros bienes o valores que se transfieran sea notoriamente superior al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares en la localidad respectiva, o de los corrientes en plaza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación. La diferencia entre el valor de la enajenación y el que se determine en virtud de esta disposición estará sujeta a la tributación establecida en el literal ii) del inciso primero del artículo 21 (...)”.

Finalmente, cabe destacar que vía jurisprudencia administrativa⁵⁴, se ha señalado que, en caso de determinarse que los respectivos actos y circunstancias estén destinados a encubrir una donación o anticipo a cuenta de herencia, se puede ejercer la norma especial antielusiva establecida en el Artículo 63 de la LIHAD, con el objeto de liquidar y girar los impuestos que correspondan.

(B.4.) Tributación.

A las personas naturales se les presentan un abanico de posibilidades con ocasión del mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces. Que van desde la liberación del pago de impuestos, cuando cumplen todos los requisitos legales establecidos en el Artículo 17 N°8, letra b) de la Ley de Impuesto a la Renta; hasta distintas opciones de tributación, cuando se agota el fondo de ingresos no tributables o, por el contrario, se contraviene alguno de los requisitos legales, en cuyo caso es preciso determinar cuál.

La persona natural que cumple con los requisitos legales puede generar un ingreso no tributable, es decir, no afecto al pago de impuestos, con un tope ascendente a 8.000 Unidades de Fomentos⁵⁵ (de ahora en adelante, indistintamente, U.F.). No existe plazo para agotar dicho fondo, ni límite de enajenaciones o bienes raíces que pueden acogerse a él.

54 Oficio N°12, de 5 de enero de 2017.

55 Para efectos del cálculo de las 8.000 U.F. solo se consideran aquellas enajenaciones que pueden tributar en base al artículo 17 N°8, letra b) de la LIR, y una vez compensadas las pérdidas generadas el mismo año comercial por enajenaciones de otros bien raíces.

Luego, una vez agotado el fondo de las 8.000 U.F., el mayor valor obtenido en la enajenación de bienes raíces se grava con IGC o IA, según corresponda, en el año comercial en que la renta proveniente de la enajenación sea percibida⁵⁶ o devengada, a elección del contribuyente. El contribuyente deberá dejar constancia de la opción adoptada en el recuadro N°2 de su declaración anual de impuestos a la renta, la cual una vez ejercida, no podrá ser modificada con posterioridad. Si el contribuyente opta por reconocer el ingreso sobre base percibida, puede reemplazar la tributación del IGC por un impuesto único sustitutivo de tasa 10% sobre el valor que excede las 8.000 U.F. En cambio, si el contribuyente opta por reconocer el ingreso sobre base devengada, puede reliquidar el IGC y, de dicha forma, parcializar el mayor valor generado en la cantidad de años en que el bien raíz estuvo en su poder en calidad de propietario, con un tope máximo de 10 años comerciales⁵⁷.

En contraste, para el caso que la enajenación se verifique incumpliendo los plazos de 1 o 4 años, según corresponda, la Ley vigente al 31 de diciembre de 2019 solo otorgaba la opción al contribuyente de reconocer el ingreso sobre la base de renta percibida o devengada. Lo anterior, en atención a que no puede acceder al fondo de las 8.000 Unidades de Fomento; no podía reemplazar el IGC por el impuesto único sustitutivo de tasa 10%; y, al contrario de lo que sostiene el

⁵⁶ En la eventualidad que el precio del bien raíz se divida en cuotas y éstas se paguen en años comerciales distintos o, bien, el pago se realice en un año diferente al de la enajenación, el mayor valor originado por dicha transacción se afecta con el impuesto correspondiente al momento de recibirse el pago; y no al momento de firmar la escritura o inscribirse el título ante el Conservador de Bienes. Sin perjuicio de lo anterior, cuando el precio se haya pactado en cuotas se deberá obtener una proporción del precio percibido y este aplicarlo al mayor valor generado, para así afectar la proporción correspondiente con el IGC, IA o el impuesto único sustitutivo del 10% según corresponda. Lo anterior, según lo informado por el Servicio en el Suplemento Tributario del Año Tributario 2019.

⁵⁷ El literal v) de la letra a) del N°8 del Artículo 17 de la LIR en su inciso segundo indica que las fracciones de meses se computaran como un año completo.

Servicio⁵⁸, tampoco podía reliquidar el IGC para el caso que haya optado por reconocer el ingreso sobre base devengada.

Finalmente, si el adquirente del bien raíz es una persona relacionada del enajenante, éste último no tiene derecho al ingreso no renta con tope de 8.000 U.F. Y, más precisamente, deberá tributar con IGC o IA, según corresponda, sobre la base de renta devengada; sin opción de reliquidar el IGC ni acceder al impuesto único sustitutivo.

Cuando se enajenan bienes raíces adquiridos por sucesión de causa de muerte, el contribuyente podrá imputar como crédito, en la proporción que corresponda, en contra del impuesto respectivo, el impuesto pagado sobre las asignaciones por causa de muerte de la Ley N°16.271⁵⁹ sobre dichos bienes. Para lo anterior, es fundamental que el contribuyente acredite que el pago del impuesto fue realizado por él, o bien, que se lo reembolse a quien lo pagó.

⁵⁸ Según interpretación sostenida por el Servicio en la Circular N°44 del año 2016, los contribuyentes con domicilio o residencia en Chile que opten por tributar en base a renta devengada tienen la opción de reliquidar su IGC conforme a lo dispuesto en el numeral iv), de la letra a) del inciso 1°, del N°8, del Artículo 17 de la LIR. Sin embargo, cabe hacer presente que el inciso 5° de la letra b) del N°8 del Artículo 17 de la LIR se refiere solo a aquellos contribuyentes que han cumplido los requisitos establecidos en los incisos precedentes, dentro de los cuales se encuentra el computo de los plazos, por lo tanto, es factible sostener que los contribuyentes que cumplen todos los requisitos establecidos por la norma analizada, exceptuando los plazos, no pueden reliquidar el IGC. Sin perjuicio de lo anterior, los contribuyentes pueden acogerse de buena fe a dicha interpretación criticada, invocando para ello el Artículo 26 de Código Tributario.

⁵⁹ En caso de quedar algún excedente de dicho crédito no podrá imputarse a ningún otro impuesto, o en el ejercicio siguiente, así como tampoco pedir su devolución.

2. DESARROLLO

3.1. PACTO DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES

(A) Aspectos generales

En Chile solo se admiten los siguientes regímenes matrimoniales. En primer lugar, la comunidad de bienes o régimen de sociedad conyugal, que es el régimen legal supletorio, es decir, el que opera en silencio de las partes. En segundo lugar, el régimen de separación de bienes⁶⁰. Y, finalmente, el menos conocido de los tres, el régimen de participación en los gananciales⁶¹.

Durante la vigencia del régimen de sociedad conyugal, es posible llegar a identificar tres patrimonios distintos. El patrimonio personal del hombre, el patrimonio personal de la mujer y, finalmente, el patrimonio social o haber de la sociedad conyugal. En términos generales, en lo que se refiere a los inmuebles, el patrimonio personal de cada uno los cónyuges está conformado por aquellos bienes adquiridos antes del matrimonio (Artículo 1736), y aquellos adquiridos a título gratuito (por ejemplo, donación, herencia o legado) durante la vigencia de la

⁶⁰ Artículo 159, inciso 1, del Código Civil: “Los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título”

⁶¹ “(...) [T]anto durante su vigencia como a la expiración del régimen, los patrimonios de ambos cónyuges (o del cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto) permanezcan separados. Luego, a su extinción, no se genera un estado de comunidad, sino sólo se otorga al cónyuge que obtuvo gananciales por menor valor, un crédito en contra del que obtuvo más, con el objeto de que, a la postre, los dos logren la misma suma” (Ramos, 2005, p. 296 y 297). Es decir, en términos generales, cada cónyuge es dueño de sus bienes, que administra con plena independencia el uno del otro; sin embargo, ninguno de ellos podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge (Artículo 1792-3).

sociedad conyugal (Artículo 1726 y 1732 del CC)⁶². Por su parte, el patrimonio o haber de la sociedad conyugal, a su turno, es posible descomponerlo, por un lado, en patrimonio absoluto y, por otro lado, en patrimonio relativo. Dentro del patrimonio absoluto, se encuentran comprendidos todos aquellos bienes que ingresan a la sociedad conyugal en forma definitiva, sin derecho a recompensa; así, por ejemplo, el caso de un inmueble adquirido por uno de los cónyuges a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal (Artículo 1725 N°5 CC). En cambio, el patrimonio relativo está compuesto por aquellos bienes que, no obstante ingresar a la sociedad, le otorgan al cónyuge aportante o adquirente un derecho de recompensa que éste hará valer al momento de la liquidación; así, por ejemplo, el dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquirente (Artículo 1725 N°3 CC).

Durante la vigencia de la sociedad conyugal el marido es respecto de terceros el dueño exclusivo de los bienes sociales (Artículo 1750 CC). Según establece el Artículo 1749 del Código Civil, “el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer”. Sin embargo, dicha administración está sometida a varias limitaciones. Así, por ejemplo, respecto de los bienes raíces, el marido no puede enajenar, gravar voluntariamente, ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta (Artículo 1749, inciso 3); como tampoco “dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces

⁶² Mención aparte requiere el denominado patrimonio reservado de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, regulado en el Artículo 150 del Código Civil. Según se ha explicado, constituye “un régimen especial de administrar un conjunto de bienes sociales. El hecho de que los administre la mujer no les quita el carácter de sociales. Son sociales porque provienen del trabajo de uno de los cónyuges (Art. 1725, N°1). Y la mayor prueba de que lo son está en que a la disolución de la sociedad conyugal ingresan a la masa de gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales” (Ramos, 2005, p. 276).

sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho” (Artículo 1749, inciso 4).

Ahora bien, el régimen de sociedad conyugal, que constituye la regla general, puede ser modificado en distintas oportunidades: antes del matrimonio, en el acto de su celebración, o durante su vigencia. Una de las formas de alterar el régimen económico de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio es el denominado pacto de separación total de bienes, regulado en el Título XXII, de las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal, del Libro IV, de las obligaciones en general y de los contratos, del Código Civil. Específicamente, en el Artículo 1723⁶³.

El pacto de separación convencional de bienes acarrea la disolución de la sociedad conyugal⁶⁴, dejando de existir el régimen de comunidad de bienes, sustituyéndose un régimen matrimonial por otro. Disuelta la sociedad conyugal, se producen, entre otros, los siguientes efectos: en primer lugar, entre los cónyuges se genera una comunidad de bienes; en segundo lugar, la administración de la comunidad recae sobre ambos cónyuges; en tercer lugar, quedan fijados

63 En cuanto a la historia legislativa del pacto, es importante destacar que “(...) fue creado por la Ley 7.612, de 21 de Octubre de 1943, pero su fisonomía actual fue introducida por la Ley 10.217, de 2 de abril de 1952, siendo el régimen matrimonial, hasta antes de su introducción, inmutable. La Ley 19.335, de 23 de septiembre de 1994, finalmente, introdujo la posibilidad de sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales, agregando la posibilidad de sustituir el régimen de participación, por uno de separación de bienes o viceversa” (Aedo, 2011, p. 36 y 37).

64 La sociedad conyugal se disuelve por las causales contempladas en el Artículo 1764 del Código Civil. Las causales de disolución de la sociedad conyugal se pueden clasificar en dos grupos. Por lado, en aquellas en que la sociedad conyugal se disuelve por vía de consecuencia, es decir, por haberse extinguido el matrimonio, por ejemplo, la sentencia firme de divorcio, en cuyo caso, se disuelve el vínculo matrimonial. Y, por otro lado, en aquellas otras en que la sociedad conyugal se extingue por vía principal, es decir, termina la sociedad conyugal, no obstante, continua vigente el matrimonio, por ejemplo, el caso del pacto objeto de análisis (Ramos, 2005).

irrevocablemente el activo y pasivo social; en cuarto lugar, deberá procederse a la liquidación de la sociedad conyugal (Ramos, 2005).

En la misma escritura de separación total de bienes se puede liquidar la sociedad conyugal y celebrar otros pactos lícitos (Artículo 1723, inciso 3, CC). Es así que, en la práctica, el pacto se ha utilizado como mecanismo para eludir el cumplimiento de obligaciones, generalmente dinerarias (por ejemplo, un mutuo), contraídas por alguno de los cónyuges antes de la celebración del pacto, liquidando en el acto la sociedad conyugal y adjudicándole los bienes al otro cónyuge (Peñailillo, 1983).

Las características del pacto son las siguientes. En primer lugar, es de carácter solemne, pues necesariamente debe celebrarse por escritura pública y, acto seguido, subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial dentro del plazo de 30 días, contados desde el otorgamiento de la escritura. En segundo lugar, es irrevocable, ya que, en términos de la disposición que lo regula, “una vez celebrado, no podrá ser dejado sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”. En tercer lugar, no es susceptible de condición, plazo o modo alguno. Y, finalmente, no puede afectar derechos legítimos de terceros (Ramos, 2005).

Para ilustrar y ejemplificar cada uno de los aspectos que serán objeto de análisis del pacto de separación total de bienes, ofrecemos el siguiente caso.

Enrique y María contrajeron matrimonio, bajo el régimen de sociedad conyugal, en el año 1978. Luego, Enrique compró una casa habitación, ubicada en el sector céntrico de la ciudad, por el precio de \$4.000.000,
--

en abril de 1981. El mismo año procedió a requerir la inscripción de compraventa ante el Conservador de Bienes Raíces. Según lo anteriormente descrito, adquirió el inmueble a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, por lo tanto, el bien pasó a formar parte del denominado haber absoluto de la sociedad conyugal.

Con fecha 1 de junio de 2017, los cónyuges procedieron a otorgar por escritura pública el pacto de separación total de bienes establecido en el Artículo 1723 del Código Civil y, en dicho acto, procedieron, además, a liquidar el régimen de sociedad conyugal y adjudicar el inmueble referido a María. Ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, el pacto fue subinscrito al margen de la inscripción matrimonial con fecha 14 de junio de 2017; sin embargo, la adjudicación del bien raíz nunca se inscribió en el Conservador de Bienes Raíces, de tal manera que en el Registro de Propiedad el inmueble aun figura inscrito a nombre de Enrique.

En la actualidad, existe una oferta de compra del bien raíz, por 10.000 Unidades de Fomento, por lo que se hace necesario inscribir el inmueble a nombre de María.

Finalmente, se hace presente que, según informe de tasación comercial elaborado en junio de 2017, se estimó que el bien raíz en cuestión aumentó su plusvalía a 10.000 Unidades de Fomento; y que, según informe contable, su costo tributario, en la fecha referida, era de \$91.359.433.-

(B) Tributación

El pacto objeto de análisis, desde un punto de vista tributario, es interesante por varios aspectos que, aunque no pueden ser analizados en profundidad en el presente trabajo, serán brevemente expuestos.

Así, por ejemplo, el Artículo 53 de la LIR⁶⁵ establece, en relación a la forma en que deben declarar las rentas, para efectos del Impuesto Global Complementario, los cónyuges casados para el régimen matrimonial de separación de bienes, la siguiente regla. En principio, deben declarar sus rentas independientemente; sin embargo, deben presentar una declaración conjunta cuando no hayan liquidado efectivamente la sociedad conyugal o conserven sus bienes en comunidad.

(B.1.) Costo para fines tributarios de los bienes adjudicados y tasación.

Según interpretación sostenida por el Servicio en la Circular 38, del 11 de junio de 2009, confirmada en el Oficio 2945, del 29 de octubre de 2012: “Para fines tributarios, el costo de adquisición que debe considerarse respecto del bien adjudicado en la partición de dicha comunidad, corresponde al valor de adjudicación, el que en todo caso deberá corresponder al valor corriente en plaza al momento de la adjudicación. El Servicio hará uso de todas las facultades que le confiere la ley a efectos de verificar dicho valor”.

En la adjudicación de bienes con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal, a diferencia de lo que ocurre con la adjudicación de bienes en la partición de una comunidad hereditaria, según lo preceptuado en los Artículo 17 N°8, letra f)⁶⁶, no se establece un mecanismo de determinación del costo

⁶⁵ Para efectos de simplicidad en la redacción se omiten las referencias, recientemente incorporadas en virtud de la Ley 21.210, al conviviente civil que contiene la disposición referida.

⁶⁶ Según tal disposición: “El valor de adquisición para fines tributarios de los bienes que se le adjudiquen corresponderá al valor que se haya considerado para los fines del impuesto a las herencias en relación al bien de que se trate, reajustado de acuerdo a la variación del índice de

tributario. Por el contrario, solo se señala que, para efectos tributarios, el valor de adquisición del bien adjudicado corresponde “al valor de adjudicación”, es decir, lo definido libremente por las partes. Como consecuencia de lo anterior, tal como ha entendido el Servicio, el límite a la asignación del costo tributario se encuentra definido por el valor corriente en plaza.

En decir, en base al caso inicialmente propuesto, es perfectamente posible adjudicar el bien raíz a María por 10.000 Unidades de Fomento.

(B.2.) Momento de adquisición.

Uno de los aspectos más interesantes en relación al pacto del Artículo 1723 del CC, y de mayor trascendencia en relación a la tributación que afecta el mayor obtenido en la enajenación de bienes raíces por parte de personas naturales, es el alcance del efecto retroactivo de la adjudicación de bienes resultante de la liquidación de la comunidad de gananciales o, dicho de otra forma, la determinación del momento en que se entiende por dueño de un bien raíz al cónyuge adjudicatario.

En este escenario, es posible identificar las siguientes tesis.

Por un lado, se ha sostenido que el cónyuge adjudicatario se entiende dueño del bien adjudicado desde el momento en que nació la comunidad, vale decir, desde la fecha de la subinscripción, efectuada en el Registro Civil, del pacto

precios al consumidor entre el mes anterior al de la apertura de la sucesión y el mes anterior al de la adjudicación”.

de separación total de bienes al margen de la inscripción matrimonial. Es decir, en base al caso propuesto, en el año 2017. Esta es la tesis sostenida por la mayoría de la jurisprudencia, de la doctrina civil, y por el Servicio de Impuestos Internos a partir de la Circular 37, del 11 de junio de 2009. El principal argumento de la tesis referida es que, conforme a la legislación civil chilena, la sociedad conyugal no constituye una comunidad. La comunidad sólo nace una vez disuelta la sociedad conyugal, y la división de los bienes sociales se sujeta a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios (artículo 1776 del Código Civil).

Por otro lado, se ha sostenido que el cónyuge adjudicatario se entiende dueño del bien desde la adquisición efectiva por parte de la sociedad. Es decir, en base al caso propuesto, en el año 1981. Esta es la tesis sostenida por Pablo Rodríguez Grez (1996), y antiguamente por el mismo Servicio de Impuestos Internos, según da cuenta el Oficio 2575, de 24 de septiembre de 1998⁶⁷. Finalmente, es posible fundar la presente tesis en las siguientes reflexiones formuladas por el profesor Cristian Aedo. En primer lugar, no existe norma expresa que circunscriba el efecto retroactivo de la adjudicación al nacimiento de la comunidad; por el contrario, ha sido la jurisprudencia, con argumentos cuestionables, que ha establecido dicha regla (Aedo, 2011). Y, en segundo lugar,

⁶⁷ El caso que motivó la consulta era el siguiente. Durante la vigencia de la sociedad conyugal, el marido, entre otros bienes, compró acciones de primera emisión que gozaban del beneficio tributario establecido en el Artículo 57 bis de la LIR vigente a dicha época. Haciendo uso del derecho que les confiere el Artículo 1723 del CC, los cónyuges sustituyeron el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes y, adicionalmente, liquidaron la comunidad de bienes, adjudicándole a la mujer un número importante de acciones. Frente a lo cual, al proceder a efectuar el cambio de nombre del titular de las acciones, del marido a la mujer, el corredor de bolsa informa que se perdería el beneficio del Artículo 57 bis de las acciones adjudicadas, por existir un traspaso. Frente a lo anterior, el Servicio sostuvo que "(...) en virtud del efecto declarativo de la partición, en la situación en consulta, si las acciones son adjudicadas a uno de los cónyuges, debe entenderse que el adjudicatario, en este caso la mujer, siempre fue titular de ellas y éstas nunca fueron poseídas en comunidad con su cónyuge". De manera que, la autoridad administrativa concluyó que el adjudicatario mantenía el derecho a gozar de la franquicia tributaria.

“[d]ado que la adjudicación no constituye un modo de adquirir el dominio, precisamente porque opera con efecto retroactivo, habrá que buscar la causa de adquisición en un modo de adquirir. En la sucesión por causa de muerte, siguiente a Somarriva, la adjudicación se retrotrae al momento en el que nace la indivisión, es decir, cuando opera el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. Pero en la sociedad conyugal la cuestión es distinta. A diferencia de la indivisión hereditaria, la comunidad nace, como sabemos, disuelta la sociedad conyugal, pero el modo de adquisición es anterior, necesariamente” (Aedo, 2011, p. 33 y 34).

Las consecuencias de adoptar una u otra postura acarrea consecuencias disímiles de importancia. De adoptarse la primera de las tesis referidas, se descarta la posibilidad para el adjudicatario de acceder a la legislación vigente hasta antes del 31 de diciembre de 2014 que, en resumen, le permite generar un ingreso no tributable sin tope por el mayor valor obtenido en la enajenación del bien raíz. Por lo tanto, siempre y cuando se cumplan las condiciones legales, solo se le permitiría acceder a la franquicia de ingreso no renta con tope de 8.000 Unidades de Fomento. En cambio, de aceptarse la segunda tesis, al estimarse que la fecha de adquisición se mantiene inalterada con la celebración del pacto, se acepta la posibilidad que el cónyuge adjudicatario acceda a la franquicia tributaria sin tope.

(B.3.) Franquicia de Ingreso No Renta

De conformidad con lo dispuesto en la letra h) del N°8 del artículo 17 de la LIR⁶⁸, no constituye renta la adjudicación de bienes con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal. De este modo, el referido mayor valor no se declarará ni se afectará con ningún Impuesto a la Renta.

La disposición referida, beneficia a los siguientes adjudicatarios, cualquiera sea el motivo o causal que acarrea la disolución de la sociedad conyugal:

- (i) Al cónyuge o conviviente civil adjudicatario;
- (ii) A uno o más de los herederos de cualquiera de los cónyuges o convivientes civiles;
- (iii) A los cesionarios de ambos, ya sea que se trate de personas naturales o jurídicas.

En suma, es posible corregir y/o aumentar el costo del inmueble a través del pacto de separación total de bienes, como también a través de las otras causales de disolución de la sociedad conyugal⁶⁹.

Desde un punto de vista tributario, la celebración del pacto, eventualmente, genera los siguientes efectos. Respecto de los bienes adquiridos antes del año 2004, y de acogerse la tesis contraria a la sostenida actualmente por el Servicio en

⁶⁸ “No constituye renta la adjudicación de bienes en liquidación de sociedad conyugal a favor de cualquiera de los cónyuges, de comunidad de bienes a favor de cualquiera de los convivientes civiles, o de uno o más de los herederos o cesionarios de éstos o aquellos y ya sea que se trate de personas naturales o no. El valor de adquisición para fines tributarios de los bienes que se le adjudiquen corresponderá al valor de adjudicación. Las reglas precedentes se aplicarán a la adjudicación de bienes con ocasión de la liquidación de la comunidad pactada por los convivientes civiles”.

⁶⁹ Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que no todas las causales de disolución generan los mismos efectos, al menos, civiles. Así, por ejemplo, el divorcio, junto con disolver la sociedad conyugal, disuelve el vínculo matrimonial, por lo tanto, consecuentemente, entre otros efectos, pone fin a los derechos de carácter patrimonial entre los cónyuges (alimentos, sucesorios); sin perjuicio de que, eventualmente, se fije una compensación económica.

la materia, diluye la posibilidad de incurrir en habitualidad y, de dicha forma, permitiría canalizar un mayor número de enajenaciones de inmuebles bajo el régimen preferencial de ingreso no renta sin tope. Y, por su parte, respecto de los bienes adquiridos a partir del año 2004, permite reconocer las fluctuaciones de mercado que ha experimentado el inmueble sin tener que tributar por ello, con ello, minimizar el mayor valor que se obtiene en la enajenación y, correlativamente, maximizar el rendimiento del fondo de ingresos no tributables de 8.000 U.F.

Finalmente, las justificaciones para sustituir, disolver y, acto seguido, liquidar la sociedad conyugal pueden ser múltiples y, principalmente, dicen relación con la separación de patrimonios. Así, por ejemplo, para resguardar el patrimonio frente a terceros; para modificar el régimen de administración de bienes propio de la sociedad conyugal; o, bien, como mecanismo de planificación sucesoria⁷⁰.

70 Para vislumbrar lo anterior, se complementa el caso inicialmente propuesto en el siguiente sentido. Enrique y María tienen dos hijos: Juan y Diego; se decide no concretar la venta; Enrique fallece en el año 2020. Primer supuesto: El inmueble se adjudica a María en el año 2019. En dicho escenario, al fallecimiento de Enrique, el inmueble no pasa a formar parte de la masa hereditaria, en atención a que se encuentra radicado en el patrimonio personal de María.- Segundo supuesto: El inmueble se adjudica a Enrique en el año 2019: Uno) Escenario sin celebración del pacto de separación total de bienes. La distribución de porcentajes sobre el inmueble sería la siguiente: (a) María sería dueña del 75% del inmueble. Por un lado, es titular del 50% a título de gananciales y, por otro lado, del 25% a título de heredera en su calidad de cónyuge sobreviviente.- (b) Juan y (c) Diego serían dueños del 12,5% del inmueble, cada uno, es decir, del 25% entre ambos. Dos) Escenario con celebración del pacto de separación total de bienes: La distribución de porcentajes sobre el inmueble sería la siguiente: (a) María sería dueña del 50% del inmueble, a título de heredera en su calidad de cónyuge sobreviviente. A diferencia del escenario anteriormente propuesto, no le corresponden derechos a título de gananciales, en atención a que la sociedad conyugal ya se liquidó al momento de celebrar el pacto respectivo.- (b) Juan y (c) Diego serían dueños del 25% del inmueble, cada uno, es decir, del 50% entre ambos. Es decir, recibirían el doble que en el escenario anterior.

3.2. CESIÓN DE DERECHO REAL DE HERENCIA

(A) Aspectos generales

En términos generales, la sucesión por causa de muerte constituye un modo de adquirir el dominio de las cosas, una fuente de derechos personales⁷¹ y un modo de extinguir derechos y obligaciones transmisibles⁷². En cuanto modo de adquirir el dominio de las cosas, la sucesión por causa de muerte permite adquirir la herencia. La herencia constituye en la “facultad o aptitud de una persona para suceder en el patrimonio del causante o en una cuota de él” (Somarriva, 1981, p. 36). Que, según la doctrina nacional civil, reviste las siguientes características: en primer lugar, es un derecho real; en segundo lugar, que recae sobre una universalidad jurídica, es decir, sobre el patrimonio del causante o una cuota de él, y no sobre bienes determinados que conforman la universalidad jurídica; y, en tercer y último lugar, que tiene una vida efímera, en atención a que “desaparece” cuando surge el derecho de dominio sobre bienes determinados (Elorriaga, 2015).

Luego, el modo de adquirir el dominio de una herencia por excelencia es la sucesión por causa de muerte; sin embargo, también es posible adquirirlo por tradición y prescripción. En este contexto, el análisis del presente capítulo se enmarca dentro del segundo modo de adquirir el dominio referido, es decir, la tradición⁷³.

71 Tratándose de legados de género.

72 Así, por ejemplo, derechos reales como el usufructo; y derechos personales, como los alimentos o los que derivan del contrato de comodato.

73 Según se ha explicado, “(l)a tradición del derecho real de herencia tiene lugar cuando el heredero, una vez fallecido el causante, transfiere a un tercero la totalidad de la herencia o una cuota de ella. El tercero, a diferencia del heredero, no adquiere por sucesión por causa de muerte: lo hace por tradición” (Elorriaga, 2015, p. 118).

En la práctica, la cesión del derecho real de herencia se ha utilizado como mecanismo de simulación de actos jurídicos, generalmente, frente a donaciones encubiertas entre parientes y, de dicha manera, evitar el pago del Impuesto a la Donaciones correspondiente; y, también, como mecanismo para sustraer bienes sujetos a régimen registral de la persecución de los acreedores y, de dicha forma, evitar que se decrete una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre la cuota del heredero deudor o, aún más, un embargo.

Los efectos civiles de la cesión del derecho real de herencia se encuentran regulados en los Artículos 1909 y 1910 del Código Civil.

La forma en que se debe verificar la cesión del derecho real de herencia o venta de derechos hereditarios es mediante el otorgamiento de una escritura pública (Artículo 1801, inciso 2, del CC). En este caso, la escritura pública debe otorgarse con anterioridad a la solicitud de posesión efectiva y, por lo tanto, debe ser adjuntada a la misma.

En términos generales, en relación a la gestión documental y cumplimiento de obligaciones de carácter civil, es posible señalar que la cesión del derecho real de herencia es una operación simple. En este sentido, para efectos de la enajenación del derecho real de herencia, a los herederos no se les exige haber cumplido con trámites registrales previos, más precisamente, con ninguna de las inscripciones enumeradas en el Artículo 688 del Código Civil. Sin embargo, desde

un punto de vista tributario, existen una serie de aspectos, generalmente inadvertidos en la práctica, sobre el cuales es necesario puntualizar.

El Servicio de Impuestos Internos se ha pronunciado respecto de aspectos tributarios asociados a la cesión del derecho real de herencia, principalmente, en el Oficio 2730, de 30 de septiembre de 2016.

(B) Tributación

Un aspecto a dilucidar en el presente análisis es la determinación del sujeto pasivo de la obligación tributaria. En este contexto, cabe destacar que es posible que se gatillen dos impuestos diversos. Así, por un lado, en la medida que se superen los tramos exentos, el impuesto a la Herencia, cuyo sujeto pasivo, según la interpretación del Servicio⁷⁴, puede ser tanto el cedente como el cesionario del derecho real de herencia. Y, por otro lado, todo el mayor valor obtenido en la cesión de los derechos hereditarios se encuentra afecto al Impuesto a la Renta, en particular, al Impuesto de Primera Categoría, cuyo sujeto pasivo es el cedente del derecho real de herencia quien, en virtud de lo establecido en el Artículo 69 N°3 de la LIR, debe declarar el ingreso dentro del mes siguiente al de la obtención de la renta. En este contexto, el análisis que sigue, se refiere al IDPC.

(B.1.) Costo.

⁷⁴ Oficio 2730, de 30 de septiembre de 2016.

Generalmente, el cedente del derecho real de herencia no podrá rebajar costo de adquisición alguno⁷⁵, por lo tanto, todo el mayor valor obtenido será una renta imponible.

(B.2.) Momento de adquisición.

El momento que determina la adquisición de este derecho real y, correlativamente, la forma en que se efectúa la tradición del mismo es discutida⁷⁶; sin embargo, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia – al entender que la herencia es un derecho *sui generis*, es decir, una universalidad jurídica diferente de los bienes que individualmente la componen, y a falta de normativa particular aplicable a este derecho – ha sostenido que debe regirse por el estatuto general, es decir, aquel aplicable a los bienes muebles, previsto en el Artículo 684 del Código Civil. De este modo, la tradición del derecho real de herencia debe hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio. Cuestión que, en la práctica, se ha reconducido a la fecha de otorgamiento de la escritura pública

75 Salvo que haya incurrido en algún desembolso. Así, por ejemplo, para el caso que el cedente del derecho real de herencia haya sido, a su vez y con anterioridad, cesionario del derecho real de herencia, en cuyo caso, su costo corresponderá al precio de venta asignado en la cesión respectiva. Así también, es plausible considerar como parte de su costo los siguientes desembolsos asociados a la confección o materialización de la escritura respectiva: honorarios de abogado y el pago de arancel en la Notaría o Conservador.

76 Tradicionalmente, se ha reconocido que existen dos tesis. Una primera tesis, cuya autoría es de José Ramón Gutiérrez, en virtud de la cual se sostiene que la herencia se encuentra subordinada al tipo de bienes que la componen. Así, si solamente se compone de bienes muebles, la naturaleza del derecho real de herencia es mueble y, por lo tanto, se rige por el estatuto jurídico previsto para estas cosas, es decir, el Artículo 684 del CC. Luego, si la herencia está compuesta solo por bienes inmuebles, la naturaleza jurídica de este derecho será inmueble, rigiéndose, en consecuencia, por el Artículo 686 del Código Civil. Finalmente, si su naturaleza es mixta queda sujeto al estatuto de los bienes inmuebles. Y una segunda tesis, cuya autoría es de Leopoldo Urrutia, en virtud de la cual se sostiene que la herencia al ser un derecho *sui generis*, una universalidad jurídica distinta de los bienes que individualmente la componen, se rige por el estatuto general, es decir, el aplicable a los bienes muebles, que se encuentra establecido en el Artículo 684 del Código Civil; no requiriendo de inscripción de ninguna especie, ni siquiera de las inscripciones enumeradas en el Artículo 688 (Elorriaga, 2015).

por la cual se vende el derecho⁷⁷. Lo anterior, en consideración a que las partes especifican que por dicho acto, además, realizan la tradición de la herencia (Elorriaga, 2015).

En relación a la escritura pública de venta, finalmente, cabe destacar lo siguiente. Por un lado, el Notario autorizante no debe verificar que se haya pagado el impuesto a la herencia, según establece el Artículo 54, inciso final, de la LIHAD; y, por otro lado, tampoco tiene la obligación de informar la enajenación del derecho real de herencia al Servicio de Impuestos Internos a través del Formulario 2890, según ha señalado la propia autoridad administrativa en el Oficio 1006, de 22 de mayo de 2018⁷⁸.

(B.3.) Tasación.

El precio de venta de la cesión de los derechos hereditarios es susceptible de tasación conforme al Artículo 64 del Código Tributario.

Según la interpretación del Servicio, para tasar la venta de los derechos hereditarios puede utilizarse como parámetro de tasación la diferencia que resulte entre el activo y el pasivo transmisible de la masa hereditaria, considerando los activos a su valor corriente en plaza o el que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza. Respecto a dicha interpretación, podemos hacer los siguientes comentarios. En primer lugar que, si bien es cierto que para la

⁷⁷ Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que se reconocido que existen múltiples formas de efectuar la tradición del derecho real de herencia. Así, por ejemplo, mediante la entrega material de los bienes comprendidos en la herencia o por la comparecencia del adquirente solicitando la posesión efectiva (Elorriaga, 2015)

⁷⁸ En consideración a que se enajena la totalidad o cuota (según el caso) que al heredero le corresponde en la “universalidad patrimonial del difunto” y, por su parte, el Formulario 2890 está destinado a declarar la enajenación de bienes raíces determinados.

doctrina y jurisprudencia mayoritaria se aplica a la cesión del derecho real de herencia el estatuto general de los bienes muebles, se considera que la herencia es una universalidad jurídica diferente de los bienes que individualmente la componen. Es por ello que, en segundo lugar, es oportuno resaltar que el contrato de cesión de derecho real de herencia es un contrato aleatorio; pues el cedente solo responde de su calidad de heredero, pero no de que en la herencia se comprendan bienes determinados y, adicionalmente, porque no se sabe el valor del derecho vendido (Somarriva, 2006). Como consecuencia de lo anterior, evidentemente, no puede obviarse la incertidumbre ínsita en este tipo de contratos. Aspecto que, necesariamente, debe ser considerado como un factor preponderante en la determinación de la base afecta a impuestos. En este sentido, para efectos de la valorización de los activos, debe descartarse la utilización del parámetro de mercado (es decir, valor corriente en plaza) y, por lo tanto, el baremos a utilizar debiera ser el comparativo con convenciones de similar naturaleza lo que, dicho sea de paso, reconduce a realizar un análisis caso a caso.

(B.4.) Franquicia tributaria asociada.

Para concluir, en atención a que, según se ha reiterado con anterioridad, la herencia recae sobre una universalidad jurídica, es importante destacar que la franquicia tributaria de ingreso no renta establecida en el Artículo 17 N°8, letra b) de la LIR no aplica respecto de la enajenación del derecho real de herencia; pues la disposición referida solo hace alusión a bienes raíces situados en Chile o

derechos o cuotas respecto de tales bienes raíces poseídos en comunidad, es decir, bienes singulares.

1. CONCLUSIONES

El propósito del presente trabajo fue analizar ciertas contingencias tributarias con ocasión de la enajenación de inmuebles o ciertos derechos reales asociados a los mismos, por parte de personas naturales, a la luz del beneficio tributario establecido en el Artículo 17 N°8, letra b), de la Ley de Impuesto a la Renta, respecto a la celebración de ciertos actos jurídicos.

En concordancia con lo anterior, es posible concluir lo siguiente:

- (a) El pacto de separación total de bienes, desde un punto de vista tributaria, es interesante por varios aspectos:
 - (i) En relación al costo de los bienes adjudicados y su tasación, a diferencia de lo que ocurre con la adjudicación de bienes en otros ámbitos, la legislación tributaria no establece un mecanismo de determinación del costo tributario. Por el contrario, solo se señala que, para efectos tributarios, el valor de adquisición del bien adjudicado corresponde al “valor de adquisición”, es decir, en principio, lo definido libremente por las partes. Y que, según los pronunciamientos del Servicio, el límite a la asignación del costo para fines tributarios se encuentra definido por el valor corriente en plaza.
 - (ii) El alcance del efecto retroactivo de la adjudicación de bienes resultante de la liquidación de la sociedad conyugal es discutido. Si bien la mayoría de la jurisprudencia, de la doctrina, y actualmente el Ser-

vicio de Impuestos Internos, sostienen que el cónyuge adjudicatario se entiende dueño del bien desde la fecha en que se practica, ante el Registro Civil, la subinscripción al margen de la inscripción matrimonial del pacto de sustitución de régimen; es perfectamente posible entender que el pacto referido no altera la fecha de adquisición y que el efecto retroactivo se reconduce a la fecha de adquisición efectiva del bien por parte de la sociedad conyugal.

- (iii) El pacto puede incidir en la determinación de la carga tributaria como ingreso no renta.

(a) En relación a la cesión del derecho real de herencia existen una serie de aspectos, generalmente inadvertidos en la práctica, de trascendencia impositiva:

- (i) Para efectos del Impuesto a la Herencia, según la interpretación del Servicio, el sujeto pasivo puede ser tanto el cedente como el cesionario. Y que, para efectos del Impuesto de Primera Categoría el sujeto pasivo es el cedente, quien deben declarar el ingreso dentro del mes siguiente al de la obtención de la renta.
- (ii) Generalmente, el cedente del derecho real de herencia no podrá rebajar costo de adquisición alguno.
- (iii) El momento que determina la adquisición de este derecho real es discutida; sin embargo, en la práctica, según la interpretación de la

mayoría de la doctrina y jurisprudencia, se reconduce a la fecha de otorgamiento de la escritura pública.

- (iv) Las posibilidades de controlar la cesión de derecho real de herencia son escasas. En atención a que, para su materialización, no se debe acreditar pago de impuesto alguno, no se debe cumplir con trámites registrales previos; ni se le debe comunicar a la autoridad administrativa a través del Formulario 2890.
- (v) La tasación de los derechos hereditarios es una operación compleja, por dos razones. Uno, el objeto de la cesión es una universalidad jurídica que, en cuanto a su naturaleza, difiere de los bienes que individualmente la componen. Y, dos, es un contrato aleatorio, por lo tanto, la incertidumbre ínsita a dicha operación no puede ser obviada en una eventual fiscalización.
- (vi) Finalmente, que el cedente del derecho real de herencia no puede acceder al régimen de ingreso no renta, por transferir una universalidad jurídica.

1. BIBLIOGRAFIA

- Libros

Ramón Domínguez Águila, 2013. *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago.

Fabián Elorriaga De Bonis, 2015. *Derecho sucesorio*, Tercera edición, Legal Publishing Chile.

Daniel Peñailillo Arévalo, 2013. *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago.

René Ramos Pazos, 2005, *Derecho de Familia*, Quinta edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Pablo Rodríguez Grez, 1996, *Regímenes patrimoniales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau, 2014. *Teoría general del Derecho Registral Inmobiliario*, Editorial Metropolitana, Santiago.

Manuel Somarriva Undurraga, 1981, *Derecho Sucesorio*, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile.

Manuel Somarriva Undurraga, 2006, *Indivisión y partición*, Editorial Jurídica de Chile.

- Revistas

Cristián Aedo Barrena, 2011. “Algunos problemas relativos a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Una especial referencia al pacto de sustitución de régimen”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, pp. 21-50.

Luis González Silva, 2019. “Mayor valor en la enajenación de bienes raíces, o de derechos o cuota sobre dichos bienes poseídos en comunidad”, *Revista Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile*, Núm. 21.

Luis González Silva, 2015. “Reforma Tributaria – Mayor valor en la enajenación de bienes raíces, o de derechos o cuotas sobre dichos bienes poseídos en comunidad”, *Revista Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile*, Núm. 14.

Daniel Peñailillo Arévalo, 1983. “El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Revista N°173.

- Leyes

Ley sobre impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del Decreto Ley N°824, del Ministerio de Hacienda.

Código Tributario, contenido en el Decreto Ley N°830, del Ministerio de Hacienda.

Ley 21.210, que moderniza la legislación tributaria.

Código Civil Chileno.

- Jurisprudencia Administrativa

Circular N°53 del 04 de mayo de 1978, Servicio de Impuestos Internos.

Oficio N°3006 del 25 de octubre de 1996, Servicio de Impuestos Internos.

Oficio 2575 del 24 de septiembre de 1998, Servicio de Impuestos Internos.

Circular N°37 del 11 de junio de 2009, Servicio de Impuestos Internos.

Circular N°13 del 07 de marzo de 2014, Servicio de Impuestos Internos.

Circular N°44 del 12 de julio de 2016, Servicio de Impuestos Internos.

Oficio 2730 del 30 de septiembre de 2016, Servicio de Impuestos Internos.

Oficio 1006 del 22 de mayo de 2018, Servicio de Impuestos Internos.