

MINUTA REBAJA TRANSITORIA DEL IMPUESTO A LAS HERENCIAS, ASIGNACIONES Y DONACIONES

La presente minuta examina el nuevo régimen transitorio de rebaja del Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que permite reducir en un 50% el impuesto aplicable a determinadas donaciones efectuadas dentro de un período acotado, con el objeto de facilitar la planificación patrimonial y sucesoria de las personas y empresas familiares.

Si bien la norma incorpora beneficios relevantes, tales como la reducción del impuesto y la eliminación del trámite de insinuación judicial, su aplicación práctica plantea diversas interrogantes que requieren ser aclaradas, especialmente en materia de valorización del patrimonio, determinación de los beneficiarios, financiamiento del impuesto, coordinación con las normas civiles y sucesorias, alcance de las facultades de fiscalización del Servicio de Impuestos Internos y tratamiento tributario de determinadas operaciones asociadas.

A continuación, se analizan los requisitos y beneficios establecidos por la norma, los cambios introducidos durante su tramitación legislativa y **los principales aspectos que, a nuestro juicio, debieran ser precisados por la autoridad administrativa para otorgar mayor certeza jurídica a los contribuyentes.**

Análisis de la Norma.

Requisitos.

Las donaciones afectas a impuesto, tienen derecho a rebajar por una sola vez, respecto de cada donante, el cincuenta por ciento del impuesto determinado,¹² si cumplen los siguientes requisitos:

¹ La norma habla que el beneficio es del 50% sobre el “impuesto determinado”. Esto significa que la rebaja del 50% procede una vez aplicada la tasa del tributo y los posibles recargos por parentesco lejano o falta de este.

² Situación de discapacitados inscritos en el Registro Nacional de Discapacidad. Estos por aplicación de las reglas generales tienen derecho a una rebaja del 30% del monto del impuesto determinado. Esta situación no está debidamente coordinada con el texto de norma transitoria. Las posibilidades son que se aplique rebaja del 50% y luego se aplique a ese resultado una rebaja extra del del 30% o al revés que rebajado el 30% se rebaje luego el 50%. Esta situación debería ser incluida en las interpretaciones del SII.

1. Que la donación se haga por escritura pública suscrita dentro del plazo de un año a contar del primer día del mes subsiguiente a la fecha de publicación de la ley. Si la transferencia de los bienes donados requiere inscripción se podrán hacer con posterioridad.
2. Los donatarios podrán ser los potenciales asignatarios de legítimas y de cuarta de mejoras del donante, en la proporción que libremente determine este último.³ Este requisito no se aplica si el donante no tiene tales asignatarios, de lo que se dejará constancia en la escritura, pudiendo donar hasta el 50% de su patrimonio total, libremente.
3. El valor de lo donado, considerando la totalidad de las donaciones acogidas a este beneficio, no podrá exceder del 50% del patrimonio total del donante, para lo cual se aplican las normas de valoración de los artículos 46 y 46 bis de la LIHD de activos y pasivos.⁴

Beneficios.

1. Las donaciones quedan liberadas del trámite de insinuación judicial;
2. Las donaciones pagarán el 50% del impuesto determinado.
3. Para los efectos de recalcular el impuesto, en caso de existir nuevas donaciones o sumarse a la herencia las existentes, se considerará como efectivamente pagado el monto del impuesto que hubiere correspondido pagar de no haberse aplicado la rebaja establecida.
4. Respecto de donaciones ya realizadas no se deberán acumular para el pago de este impuesto.

La donación que se haga al cónyuge conforme con este procedimiento tendrá el carácter de irrevocable, y por lo tanto estará gravada con el impuesto a las donaciones accediendo a la rebaja del cincuenta por ciento.

³ Art 1182 del Código Civil, establece como asignatarios forzosos, hijos, ascendientes y cónyuge o sobreviviente, se agrega conviviente por artículo 16 de la ley 20.830; a su vez el artículo 1195, permite al testador asignar la cuarta de mejoras a descendientes, cónyuge y ascendientes; El artículo 16 de la ley 20.830, agrega al conviviente.

⁴ Al hablar el texto del patrimonio total significa: a) que debe describirse todo su patrimonio: b) que basta describir el doble de lo donado como patrimonio. A nuestro juicio, al hablar de total se refiere a todo el patrimonio.



Declaración Jurada

1. El donante debe hacer una declaración jurada, la cual podrá contenerse en la misma escritura de donación, dando cuenta del hecho de contar con bienes cuyo valor sea al menos equivalente al doble del monto de lo donado;
2. La proporción que le corresponde a cada asignatario en los montos donados
3. El porcentaje del patrimonio total del donante que se dona a cada asignatario
4. La existencia de legitimarios y/o asignatarios de la cuarta de mejoras

La declaración deberá ser presentada al SII, en la forma y plazos que este determine por Resolución, la que será dictada dentro de 30 días corridos de publicada la ley. La información que reciba el SII de los patrimonios de los donantes y su situación familiar está sujeta al secreto tributario.

Escritura de Donación.

El Notario deberá entregar una copia de la escritura de donación sin autorizar para que sea presentada al SII conjuntamente con la declaración jurada (protocolizada o como parte de la escritura), y el certificado de pago del impuesto (el que debe protocolizarse conjuntamente con la escritura). El Notario no podrá autorizar la escritura mientras no se protocolice el certificado de pago del impuesto. No podrá autorizar la escritura pública de donación sin que previamente se le acredite la presentación de la declaración jurada y el pago del impuesto.

Financiamiento del Impuesto

El donatario podrá financiar el impuesto, mediante mutuos otorgados por escritura pública o pagarés autorizados ante notario, proveniente de sociedades cuyos derechos sociales o acciones se donan o de otras sociedades relacionadas. El crédito debe ser pactado a lo menos en unidades de fomento y tener un plazo máximo de 10 años, es decir, puede no tener intereses, alejándose de condiciones de mercado. La norma expresamente indica que a este crédito no se le aplica el artículo 21 de la LIR.

La sociedad mutante a su vez podrá contratar créditos con terceros, caso en el cual los intereses serán un gasto rechazado.

Norma Especial Antielusiva

En caso de que el donatario enajene el bien objeto de esta donación dentro del plazo de tres años desde su perfeccionamiento, el costo tributario de los bienes donados corresponderá al que hubiere tenido el donante o el donatario según cual sea menor. Ello sin perjuicio, de las facultades que tiene el SII para aplicar la NGA, en caso de incurrirse en abuso de la forma jurídica o simulación, para acceder a esta franquicia.

Cambios introducidos durante su tramitación en el Congreso.

Por una sola vez

El Mensaje establecía que el beneficio operaba por una sola vez y mediante una indicación se agregó “por cada donante”. Hasta antes del cambio anterior, no quedaba claro si era una vez por donante y/o por donatario. Con la indicación se aclara que se puede acoger una sola donación efectuada por el donante a la rebaja del impuesto. El donatario en cambio podría recibir varias donaciones de distintos donantes, como es el caso de un hijo que recibe donación de su padre, de su madre, de su abuela y de su abuelo.

Sin perjuicio de lo anterior, esta interpretación no es pacífica, ya que el inciso quinto señala que, para calcular el valor de lo donado, hay que considerar la totalidad de las donaciones que se acojan a este artículo, lo que podría indicar que se puede hacer más de una donación por cada donante. Sin embargo, nos parece que esta no fue la intención del legislador quien debió hacer el ajuste correspondiente cuando limitó la donación a una sola por cada donante.

Patrimonio y Declaración Jurada

Cabe comentar que el Mensaje establecía que en ningún caso el valor de lo donado podrá exceder del 75% del patrimonio total del donante. Se modificó ese tope, señalando que en ningún caso el valor de lo donado podrá exceder del 50% del patrimonio total del donante. Esta rebaja aparentemente tiene por objeto evitar que se violen las asignaciones forzosas, teniendo presente que la donación no será objeto del control judicial y será el SII quien deberá fiscalizar que se cumplan con los requisitos establecidos por la ley. El donante debe hacer una declaración jurada y acompañar los



documentos y otros antecedentes que permitan acreditar la calidad de legitimarios y asignatarios de cuarta de libre disposición de los donatarios. Esta norma no aplica para quienes no los tengan.

Durante la tramitación de la norma se eliminó la referencia que se hacía en cuanto a que la valorización debía considerar el valor del patrimonio a la fecha de la declaración del impuesto. Queda la duda ahora a que fecha hay que hacer la tasación del patrimonio, a la fecha de la escritura pública, o a la fecha de la declaración del impuesto. Lo lógico habiéndose eliminado la fecha de la declaración debería aplicarse la fecha de la escritura pública.

El Mensaje obligaba a acreditar el monto total del patrimonio del donante, lo que fue reemplazado en su inciso sexto por el hecho de contar con bienes cuyo valor sea al menos equivalente al doble del monto de lo donado. Este cambio pareciera que tuvo por objeto evitar que el contribuyente tuviera que tasar todo su patrimonio cuando solo está donando una parte de este, por esta razón respecto de este punto debería bastar con probar que el donante cuenta con bienes cuyo valor sea al menos equivalente al doble del monto de lo donado. Sin perjuicio de lo anterior, se mantuvo la obligación de acreditar “el porcentaje del patrimonio total del donante que se dona a cada asignatario”, lo que podría suponer que si es necesario valorizar todo el patrimonio. Por su parte en el inciso undécimo que establece las facultades de fiscalización del SII, se elimina la necesidad de acreditar el monto del patrimonio del donante y se reemplaza por la necesidad de acreditar el dominio de los bienes que se quieren donar. Cuestión que apoya la interpretación anterior. Esta cuestión debería ser aclarada por las instrucciones del SII, ya que este mismo inciso mantiene la expresión “entre otros”.

Tipos de donatarios.

El mensaje original establecía que al menos el 50% de lo donado fuera en favor de los legitimarios en la forma establecida en la ley civil y el otro 50% en favor de los asignatarios de la cuarta de mejoras, en la forma que libremente disponga el donante. Esta norma fue modificada, al señalar la norma actual que el 100% de la donación deberá tener como donatarios a los asignatarios de las legítimas y de la cuarta de mejoras del donante en las proporciones que libremente determine este último. Agregando que, en caso de no tener este tipo de asignatarios, no se aplicará esta restricción, lo que deberá dejarse constancia en la declaración del donante. En este último caso se habla de donaciones a



personas sin distinguir si son personas naturales o jurídicas, por lo cual solo quedarían excluidas las entidades sin personalidad jurídica (FIP).

Este cambio es importante ya que recoge la necesidad de flexibilizar la donación, ya que el texto anterior no permitía hacerla a un hijo sin tener que donar a la cónyuge y sus hermanos.

Financiamiento del Impuesto.

Esta medida facilita el acceder a la franquicia, al permitir el uso de los fondos que están pendientes de pago del impuesto final en la empresa, sin que se devenguen los impuestos personales, para financiar el impuesto a la donación correspondiente.

Cabe señalar que el PDL señala que el préstamo puede provenir de sociedades cuyos derechos sociales o acciones se donan o de otras sociedades relacionadas. Es decir, solo tratándose de donaciones de derechos sociales o acciones, se podrá financiar el impuesto de donación con un préstamo de las mismas empresas cuya participación se dona o de empresas relacionadas con ella. En consecuencia, si se donan por ejemplo solamente bienes raíces del donante, se puede acceder a este tipo de financiamiento, pero se aplica la norma de control del artículo 21 de la LIR.

Durante la tramitación del proyecto, se modificó la norma, señalándose que el préstamo debe ser en UF y hasta 10 años plazo, lo que facilita el financiamiento de la donación. Además, se agregó que, la sociedad mutuante podrá contratar créditos con terceros para financiar el préstamo al donatario, caso en el cual los intereses serán un gasto rechazado. Esto permite que las empresas familiares no tengan que liquidar activos para el financiamiento de esta operación.

Plazo de Fiscalización del SII

Con el texto del Mensaje, existía duda acerca del plazo que tenía el SII para revisar las tasaciones efectuadas al amparo del artículo 46 bis de la LIHD, en la tramitación del proyecto se agrega un inciso final al artículo 1 transitorio, para señalar que el plazo será de 3 años desde el pago del impuesto. Sin perjuicio de lo anterior cabe recordar que el plazo de prescripción en caso de NGA es de 6 años.

El SII debe ser bien prudente en aplicar sus facultades de fiscalización, de tal forma que el procedimiento de donación no se transforme en una fiscalización por justificación de inversiones, por ejemplo, cuestión que podrá hacer una vez que se haya materializado la donación, de acuerdo con las reglas generales. A este respecto, el donante sólo debe acreditar el dominio de los bienes donados y que cuenta con bienes cuyo valor es a lo menos el doble de lo donado.

Norma Especial Antielusiva

Se modificó el Mensaje, para fijar el costo de venta del donatario, en caso de que enajene el bien objeto de esta donación dentro del plazo de tres años desde su perfeccionamiento. En el Mensaje el costo tributario de los bienes donados correspondía al que hubiere tenido el donante, y con una indicación la norma señala que el costo tributario será el del donante o el donatario, según cual sea menor.

La norma señala que, ello es sin perjuicio, de las facultades que tiene el SII para aplicar la NGA, en caso de incurrirse en abuso de la forma jurídica o simulación, para acceder a esta franquicia.

Otros Vacíos que deja la norma.

Valorización

Asimetría activa/pasivo y patrimonio neto negativo en inmuebles hipotecados. Es el vacío técnicamente más grave. El inciso quinto construye el tope del 50% del patrimonio total del donante como activos —valorizados según los artículos 46 y 46 bis de la ley N° 16.271— menos los pasivos acreditados. Los dos conceptos de la resta se miden con estándares distintos cuando hay inmuebles dentro de los activos.



El inmueble se considera a avalúo fiscal (muy inferior al comercial), mientras el pasivo hipotecario entra por su saldo insoluto real. Ello puede arrojar patrimonio neto cero o negativo en personas económicamente solventes. Ejemplo: inmueble de valor comercial UF 10.000, avalúo fiscal UF 4.000, hipoteca UF 5.000; patrimonio real neto UF 5.000, pero patrimonio “del inciso quinto” igual a $UF\ 4.000 - UF\ 5.000 = -UF\ 1.000$, de modo que el 50% donable es cero.

La norma no resuelve este desajuste, ni si el pasivo se imputa al inmueble que grava o al patrimonio global, ni qué ocurre con un resultado negativo, ni si la exigencia paralela de “bienes por al menos el doble de lo donado” se mide bruta o neta de la deuda asociada. Materia que la resolución del SII debería aclarar; el efecto literal perjudica a quien tiene su patrimonio en inmuebles apalancados.

Capacidad de los donatarios

Donatarios incapaces (cualquier incapaz). El régimen habilita como donatarios a la línea familiar directa —que a menudo incluye menores u otros incapaces (impúberes, menores adultos, personas bajo interdicción, entre otros; artículo 1447 del Código Civil)—, pero no coordina con el estatuto de protección del incapaz. El conflicto opera en -al menos- dos ámbitos.

Primero, la aceptación: el incapaz no acepta por sí, sino por su representante legal (artículo 1411 del Código Civil).

Segundo, y más grave, la asunción del impuesto y del financiamiento: la donación no llega “gratis”, pues el donatario debe pagar el impuesto y, en la solución de liquidez de la ley, contraer un mutuo o pagaré a diez años en UF. Que un incapaz se obligue por una deuda así excede la administración ordinaria y requiere autorización judicial (artículos 254 y siguientes del Código Civil en la patria potestad; artículos 393 y 402 en las guardas, con el estándar exigente de ‘necesidad o utilidad manifiesta’); es dudoso que un juez autorice endeudar a un incapaz para pagar el impuesto de una donación. La herramienta estrella del régimen tiende así a quedar bloqueada para donatarios incapaces. A ello se suma que la donación, al venir cargada con el impuesto y el mutuo, se aproxima a una donación con gravamen, lo que intensifica la exigencia de autorización. Todo dentro de la ventana de un año, sin que la ley previera plazo especial ni dispensa alguna.



Sin perjuicio de lo anterior, cabe comentar que para subsanar lo anterior si se dispone de los recursos suficientes, se suele incluir el monto del impuesto en la misma donación.

Coordinación civil-sucesoria

1.- Asignaciones forzosas, acervos e inoficiosidad; supresión de la insinuación. El cumplimiento del tope tributario del 50% no garantiza la solidez civil de la donación. Lo donado se colaciona o imputa (primer y segundo acervo imaginario, artículos 1185 a 1187 del Código Civil) y no puede vulnerar las legítimas; para un donatario no legitimario (por ejemplo, un nieto existiendo un hijo), lo que puede recibir sin exposición se acota a la cuarta de mejoras más la de libre disposición. La asimetría de valorización agrava el punto: el inmueble se colaciona a valor comercial, no a avalúo fiscal. Y la supresión de la insinuación elimina el control judicial ex ante, desplazando el resguardo de las legítimas al litigio sucesorio ex post. Para evitar estos conflictos, parece recomendable efectuar un testamento complementario.

2.- Régimen de sociedad conyugal. La norma no coordina con el estatuto patrimonial del matrimonio. Si el donante está casado en sociedad conyugal, la donación de bienes sociales exige la autorización de la mujer y está sujeta a los límites de los artículos 1749 y siguientes del Código Civil; y la propia 'donación irrevocable al cónyuge' resulta conceptualmente problemática cuando el bien ya es social. El régimen opera limpio en separación de bienes, pero ignora la sociedad conyugal.

3.- Donaciones irrevocables entre cónyuges. La donación entre cónyuges se califica como irrevocable para gravarla con este impuesto, ya que conforme con la ley civil estas donaciones son siempre revocables. La norma omite al conviviente civil. La norma debió haberlo incorporado expresamente, como lo hizo para los efectos de beneficio tributario de la exención de las contribuciones de bienes raíces del adulto mayor.

Tributos y plazos conexos

1.- Impuesto de Timbres y Estampillas sobre el financiamiento. El régimen neutraliza el artículo 21 de la LIR para el mutuo o pagaré, pero guarda silencio sobre el Impuesto de Timbres y Estampillas. Como la propia ley exige documentar el préstamo (escritura pública o pagaré ante notario), se configura una operación de crédito de dinero afecta a ese tributo: un costo que el régimen crea y no elimina.



2.- Financiamiento sin artículo 21 del CT limitado a donaciones de derechos o acciones. El inciso noveno ata el préstamo a “sociedades cuyos derechos sociales o acciones se donan o relacionadas”. Si lo donado es un inmueble u otro activo, financiar el impuesto con un préstamo de una sociedad relacionada sí gatilla el artículo 21 del CT. La solución de liquidez existe para donaciones de participaciones, pero no para donaciones de inmuebles, que son las que suelen carecer de caja para pagar el impuesto.

3.- Interés rechazado y su interacción con el artículo 21 del CT. Si la sociedad prestamista se endeuda con terceros, el interés “no será deducible”. La norma no aclara si ese gasto rechazado —un desembolso— queda a su vez afecto al artículo 21 del CT en la sociedad, o si la exclusión del artículo 21 del CT alcanza también a ese interés. Vacío que conviene que la instrucción precise.

4.- Plazo de fiscalización (3 años) frente a prescripción por NGA (6 años). El inciso final da certeza de tres años para fiscalizar la valorización, pero la reserva de los artículos 4 bis a 4 quinquies y 100 bis del CT mantiene la prescripción de seis años cuando el SII invoca abuso o simulación. La certeza de los tres años es, por tanto, parcial.

5.- Dependencia de la resolución del SII y riesgo de transformarse en una fiscalización. El SII tiene 30 días para normar los formularios, pero el procedimiento de fiscalización y la forma de la declaración jurada quedan entregados a una resolución sin plazo para su dictación; si ésta se atrasa, el contribuyente puede no poder cumplir dentro de la ventana. El Servicio debe resguardar que el procedimiento de donación quede en manos de una unidad especializada y no se transforme en una fiscalización. Para ello, la aplicación de la frase “entre otros” que señala el inciso undécimo de la norma, debe ser interpretado en esta misma línea.

6.- Costo tributario general del donatario fuera del trienio. La regla especial de costo solo cubre la enajenación dentro de tres años. Para el resto de los casos la norma remite a ‘las reglas generales’, que para bienes adquiridos gratuitamente no siempre son unívocas, quedando sin resolver el costo del donatario en la hipótesis general.

Normas de Vigencia.

La norma entrará en vigencia a contar del primer día del mes subsiguiente a la fecha de publicación de la ley en el Diario Oficial y estará vigente por un año. Antes de la entrada en vigencia de la ley, se deberán dictar las instrucciones correspondientes, cuestión en la cual está trabajando el SII.



Conclusiones.

La norma es un incentivo para ordenar el patrimonio de las personas y empresas familiares, mediante una donación corta que no requiere insinuación judicial y cuyo impuesto determinado se rebaja a la mitad. Sin embargo, antes de hacer traspasos de patrimonio hay que darse el tiempo de pensar cómo hacerlo y a quien favorecer, lo que en caso de empresas familiares exige trabajar un protocolo familiar si este no existe. Estas definiciones incidirán en los testamentos de los donantes.

Más allá de sus aciertos, las descoordinaciones del régimen tributario se concentran principalmente en la valorización, la coordinación civil y los tributos y plazos conexos. La resolución de estos problemas queda entregada, en el mejor caso, a las instrucciones del SII que solo puede resolver lo tributario, no lo civil.

El MH ha señalado que si bien se esperan recaudar MM US \$ 260 también apunta a evitar planificaciones hereditarias agresivas de patrimonios familiares, muchas de las cuales están siendo investigadas por los TTA. Es de esperar que las instrucciones del SII sean aclaratorias de los vacíos que presenta la norma, para dar claridad jurídica a los contribuyentes y lograr la recaudación esperada.