

SUELDO EMPRESARIAL, TRIBUTARIO Y PREVISIONAL

Sergio Arriagada Rojas

Asociado a DIAL Consultores Limitada.

Profesor Magíster en Tributación y Diplomas Área Tributaria Universidad de Chile

Magíster en Planificación y Gestión Tributaria, U. de las Américas

Contador Auditor, U. Católica de la Santísima Concepción

sergio.arriagada@tribulex.cl

Resumen: El nuevo inciso cuarto N° 6 del inciso cuarto del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, establece que para fines tributarios acepta como gasto las remuneraciones razonablemente proporcionadas, que se asigne al socio, accionista o empresario individual que efectivamente trabaje en el negocio o empresa, lo cual supone un cambio en la normativa que existía antes de la publicación de la ley 21.210 de 24 de febrero de 2020.

Antes de esta norma, el legislador establecía un beneficio de carácter restrictivo, para solo algunos tipos societarios, y referenciando a un límite que estaba concatenado a otro cuerpo legal. Este tema había sido tratado en extenso en la revista número 22¹ la cual hacía referencia a la normativa vigente en aquella época.

El Servicio de Impuestos² Internos a través de los oficios N° 2717 de 23.11.2020 y N° 780 de 25.03.2021, dio respuestas a una serie de interrogantes, pero que no abarcan la totalidad del tema en cuestión.

1 Arriagada Rojas, S. (2019). Análisis laboral y tributario de las remuneraciones de los dueños de las empresas. Revista de Estudios Tributarios, (22), pp. 31-51. En línea <<https://revistaestudiotributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/55832/58802>>

2 En adelante, indistintamente SII.

El objetivo del presente artículo es precisar cómo deben operar las remuneraciones que se asignen los dueños de las empresas para que puedan ser consideradas un gasto necesario para producir la renta de acuerdo a las nuevas normas del artículo 31 N° 6 de la Ley de Impuesto a la Renta.³

Palabras Clave: Remuneración, dueño, socio, accionistas, cotizaciones previsionales.

1. INTRODUCCIÓN

El párrafo cuarto del número 6 del inciso cuarto del artículo 31 de la Ley de la Renta señala de manera textual lo siguiente:

“No obstante disposición legal en contrario, para fines tributarios, se aceptará como gasto la remuneración razonablemente proporcionada en los términos del párrafo anterior, que se asigne al socio, accionista o empresario individual que efectivamente trabaje en el negocio o empresa. En todo caso, dichas remuneraciones se considerarán rentas del artículo 42, número 1. Asimismo, se aceptará como gasto las remuneraciones pagadas al cónyuge o conviviente civil del propietario o a sus hijos, en la medida que se trate de una remuneración razonablemente proporcionada en los términos del párrafo anterior y que efectivamente trabajen en el negocio o empresa.”

Sin perjuicio que el legislador utilice la frase “*No obstante disposición legal en contrario*”, donde se manifiesta claramente que esta es una norma que solamente se debe aplicar en el ámbito tributario, generando una serie de dudas en el ámbito laboral y previsional, dado que esta figura, puede ser utilizada por, socios, accionistas o empresarios individuales, dentro de las cuales pueden existir relación laboral entre la empresa y sus dueños.

En atención a lo anterior se analizará lo siguiente:

- i. Análisis del sueldo empresarial establecido en el artículo 31 N° 6 de la LIR.
- ii. Análisis de las cotizaciones previsionales de los dueños de empresas.
- iii. Análisis de la rebaja de las cotizaciones previsionales de manera voluntaria para el cálculo del Impuesto Único de Segunda Categoría

3 De ahora en adelante indistintamente LIR

Cabe destacar, que el análisis de los puntos señalados se sustentará en base a las normativas laborales, principalmente el Código del Trabajo, y tributarias; Ley de Impuesto a la Renta y en las instrucciones y jurisprudencia administrativa emanada por la Dirección del Trabajo y desde el Servicio de Impuestos Internos.

2. ANÁLISIS DEL SUELDO EMPRESARIAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 31 N° 6 DE LA LIR

2.1. Historia

Desde la entrada en vigor de la actual LIR (1 de julio de 1974), el sueldo que se asignen los empresarios o dueños de empresas eran considerados como un gasto necesario para producir la renta, siempre que estuviesen afectos al impuesto único de segunda categoría, con el máximo de un sueldo vital.

Con la publicación de la Ley N°18.293, se procedió a modificar el artículo 31 N° 6 de la LIR, derogándose la norma que permitía la aceptación como gasto de lo que se denominaba “sueldo patronal o empresarial”. Esta suspensión se fundaba en el tratamiento que existía en el artículo 14 de la LIR (registro FUT) que establecía que se afectaban con los impuestos finales (Impuestos Global Complementario y Adicional) las sumas que retirasen los dueños, socios o accionistas de las empresas, pasando a ser este estipendio considerado un retiro o dividendo para los efectos de los impuestos ya consignados.

No fue sino hasta la Publicación de la Ley N° 18.895 en 1990, donde se reestablece el sueldo empresarial, incorporándolo en el inciso tercero del N° 6 del inciso cuarto del artículo 31 de la LIR, el cual se mantuvo vigente hasta el 31.12.2019, este consideraba al sueldo empresarial como un gasto necesario para producir la renta, el que se asignase a:

- i. Empresarios individuales
- ii. Socio de sociedades de personas y
- iii. Socio gestor de sociedades en comandita por acciones

La norma vigente hasta el 31.12.2019 establecía que, para poder rebajar dichas sumas como gasto se debían cumplir las siguientes condiciones copulativas⁴:

4 Circular N° 42, 28 de agosto de 1990, Servicio de Impuestos Internos. En línea < http://www.sii.cl/documentos/circulares/1990/circular_42_1990.pdf > [Consulta: Abril de 2021]

- i. Que efectiva y permanentemente trabajen en el negocio o empresa.
- ii. Que las mencionadas remuneraciones estén afectas a cotizaciones previsionales obligatorias.
- iii. Que las remuneraciones y el impuesto único de Segunda Categoría que les afecta se contabilicen debidamente en los períodos a que corresponden dichos conceptos, identificando a sus beneficiarios.
- iv. Que las citadas remuneraciones queden sujetas al impuesto único de Segunda Categoría, conforme a las normas generales que regulan este tributo.

Con la Publicación de la Ley N° 21.210 del 24.02.2020, se reestructura el artículo 31 de la LIR, estableciendo nuevos requisitos y particularidades para que el sueldo empresarial sea considerado un gasto necesario para producir la renta.

2.2. Análisis de la normativa actual

El párrafo cuarto del número 6 del inciso cuarto del artículo 31 de la Ley de la Renta señala de manera textual lo siguiente:

“No obstante disposición legal en contrario, para fines tributarios, se aceptará como gasto la remuneración razonablemente proporcionada en los términos del párrafo anterior, que se asigne al socio, accionista o empresario individual que efectivamente trabaje en el negocio o empresa. En todo caso, dichas remuneraciones se considerarán rentas del artículo 42, número 1. Asimismo, se aceptará como gasto las remuneraciones pagadas al cónyuge o conviviente civil del propietario o a sus hijos, en la medida que se trate de una remuneración razonablemente proporcionada en los términos del párrafo anterior y que efectivamente trabajen en el negocio o empresa.”

Como se aprecia, el legislador establece que para efectos tributarios se acepta como gasto la remuneración que se asigne al:

- i. Empresario individual,
- ii. Titular de empresas individuales de responsabilidad limitada,
- iii. Socio de sociedades de personas,
- iv. Socio gestor de sociedades en comandita por acciones, y
- v. Accionistas de sociedades anónimas y sociedades por acciones.

Para estos efectos el legislador estableció los siguientes requisitos para que opere el refrendado gasto:

- i. Que la remuneración sea razonablemente proporcionada.
- ii. Que el socio, accionista o empresario individual efectivamente trabaje en el negocio o empresa.

Como se aprecia, se establecen solo dos requisitos, del cual se desprende un tercero, el cual es:

- i. Que las rentas sean consideradas como gravadas con el artículo 42 N° 1 de la LIR, esto es, que se afecten con el Impuesto único de segunda Categoría si corresponde.

2.3. Análisis de los Requisitos

- i. Razonablemente proporcionada

De acuerdo con el inciso tercero del N° 6 del artículo 31, las remuneraciones que por cualquier circunstancia hayan podido ser fijadas por quien las recibe, sólo se aceptarán como gasto en la parte que, según el Servicio de Impuestos Internos, sean razonablemente proporcionadas a la importancia de la empresa, a las rentas declaradas, a los servicios prestados y a la rentabilidad del capital. En ese sentido, el Servicio de Impuestos Internos a través de la Circular N° 151 de 20 de diciembre de 1976 ratifica la vigencia del Manual del Servicio de Impuestos Internos, en particular la del párrafo 6(12)46.03 el cual señala:

El Servicio de Impuestos Internos puede regular los sueldos, gratificaciones y remuneraciones en general, cualquiera sea su denominación, en las siguientes situaciones:

- a. Cuando son pagadas a los principales accionistas.
- b. Cuando son pagadas a personas con una cuota importante en el haber de la empresa empleadora, cualquiera sea la condición jurídica de ésta.
- c. Cuando las personas hayan podido influir en la fijación de las remuneraciones, por cualquiera otra circunstancia.

La calificación de esta situación queda a juicio de la respectiva Dirección Regional del Servicio citado anteriormente, la que deberá fijar las remuneraciones

que sean razonablemente proporcionadas a la importancia de la empresa, a las rentas declaradas, a los servicios prestados y a la rentabilidad del capital, para su aceptación como gasto de la empresa pagadora.

Esta regulación es sin perjuicio de los impuestos que procedan respecto de los beneficiarios de tales remuneraciones.

Según Villamán Rodríguez⁵ el Manual señalaba que los criterios para objetar las remuneraciones son el cumplimiento tributario de la empresa que los pagaba, que las remuneraciones correspondan a labores efectivamente realizadas, a la importancia del cargo considerando cargos similares en empresas semejantes, etc. Es interesante destacar que la instrucción resaltaba que se debía tener en cuenta que lo que se buscaba controlar era que no se evadieran impuestos mediante las remuneraciones, lo que dejó de tener sentido cuando se igualó la tributación de las rentas empresariales y laborales.

En ese mismo sentido, el SII⁶ estableció que no será causal suficiente para limitar tales emolumentos el hecho que las remuneraciones no sean proporcionales a las rentas declaradas por la empresa o un aumento de las remuneraciones no acompañado de un aumento de las rentas de la empresa. En ambos casos, el monto de la remuneración puede ser razonablemente proporcionado a los servicios prestados o a la importancia y responsabilidad de su cargo, la importancia de la empresa, o el monto que generalmente se asignan en empresas de similares características.

Por tanto, debemos entender que no existe un monto máximo para rebajar como gasto por el concepto de sueldo empresarial, utilizando un monto que consideremos como razonable y prudente y que se encuentre dentro del valor de mercado en el cual está situada la industria de la cual es dueño, socio o accionista.

ii. Que efectivamente trabajen en el negocio o empresa

Este requisito no ha sido desarrollado por el SII, por tanto, de acuerdo con las normas del Código Civil⁷, debemos remitirnos al sentido natural

5 VILLAMÁN RODRÍGUEZ, Francisca (2019): “La certeza jurídica y el Derecho tributario Chileno”, Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción, Vol. 5, pp. 166-205, en línea <<http://revistaderechotributarioudec.cl/wp-content/uploads/2019/07/07-RdDT-Vol-5-Villaman.pdf>> [Consulta: marzo de 2021].

6 Circular N° 53, 10 de agosto de 2020, Servicio de Impuestos Internos. En línea <https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2020/circu53.pdf> [Consulta: abril de 2021]

7 Código Civil artículo 20

y obvio de las palabras, es así como la Real Academia Española (RAE) señala que debemos entender como efectivo⁸ a

*“1. adj. Real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal”*⁹

Lo anterior significa, que para que se cumpla este requisito, el dueño de empresa, debe trabajar realmente, no exigiendo trazabilidad ni demostración de que esta labor efectivamente se cumpla.

Recordemos que dentro de los requisitos que consignaba el antiguo sueldo empresarial era el **“Que efectiva y permanentemente trabajen en el negocio o empresa”**, y en sentido el SII a través del Oficio N° 638 de 18.02.1991 del Servicio de Impuestos Internos señalaba que *“se entiende que un socio labora en forma permanente en la empresa en la medida que cumple regularmente una determinada función, independiente del número de horas que emplee en ello, pero sí con la condición de que lo haga en forma periódica y sistemática en el tiempo, y sin perjuicio de la observancia de los demás requisitos impuestos en dicha norma para acogerse al beneficio del referido sueldo patronal. En otras palabras, el requisito en comento no debe entenderse en el sentido de dedicación exclusiva al trabajo, sino que éste se realice en forma habitual y periódica, es decir, no esporádicamente”*

En la actualidad el requisito de la permanencia no está considerado, por tanto, se debe cumplir lo señalado anteriormente, esto es, que el dueño empresa, labore realmente en el negocio o empresa, para que se acepte el gasto.

Si se cumplen los requisitos anteriormente señalados, el sueldo empresarial que se asigne debe gravarse con el Impuesto único de segunda categoría.

iii. Calificación como rentas del artículo 42, N° 1 de la LIR al sueldo empresarial

Estas Remuneraciones estarán afectas a la retención y pago del Impuesto Único de Segunda Categoría, no siendo consideradas un retiro para efectos tributarios, ni tampoco deben ser consideradas un gasto rechazado de acuerdo con las normas del artículo 21 inciso tercero de la Ley del Impuesto a la Renta.

8 Efectivamente es el participio presente o activo del adjetivo efectivo.

9 Diccionario de la Lengua Española, RAE, En línea < <https://dle.rae.es/efectivo> > [Consulta: abril de 2021]

Cabe señalar que el SII10, ha señalado que *“en el caso de los contribuyentes de la segunda categoría del N° 2 del artículo 42 de la LIR, es improcedente la rebaja como gasto tributario de la remuneración que éstos se asignen a título de sueldo empresarial, toda vez que tal asignación o remuneración sólo está concebida en la LIR para los efectos de actividades empresariales de la primera categoría, no para actividades profesionales de la segunda categoría”*. Esta situación ya había sido abordada en la Circular N° 21 de 23 de abril de 1991 al señalar el SII que *“En ningún caso y bajo ninguna circunstancia se aceptan como gastos los sueldos u otras remuneraciones que se asigne el propio profesional”*

3. ANÁLISIS DE LAS COTIZACIONES PREVISIONALES DE LOS DUEÑOS DE EMPRESAS

El artículo 42 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta señala de manera textual que:

“Se aplicará, calculará y cobrará un impuesto en conformidad a lo dispuesto en el artículo 43, sobre las siguientes rentas:

1°.- Sueldos, sobresueldos, salarios, premios, dietas, gratificaciones, participaciones y cualesquiera otras asimilaciones y asignaciones que aumenten la remuneración pagada por servicios personales, montepíos y pensiones, exceptuadas las imposiciones obligatorias que se destinen a la formación de fondos de previsión y retiro, y las cotizaciones que se destinen a financiar las prestaciones de salud, calculadas sobre el límite máximo imponible del artículo 16 del decreto ley N° 3.500, de 1980. En el caso de pensionados, se considerará el límite máximo imponible indicado en el artículo 85 del decreto ley N° 3.500, de 1980. Asimismo, se exceptúa la cotización para el seguro de desempleo establecido en la letra a) del artículo 5° de la ley N° 19.728, que establece un seguro de desempleo, calculada sobre la base establecida en el artículo 6° de dicha ley, como también las cantidades por concepto de gastos de representación.”

Como se aprecia, el artículo 42 N° 1 señala de manera textual que las imposiciones, previsionales, de salud y cesantía que son de carácter obligatorio, no se gravaran con el citado impuesto. En ningún caso se señala que necesariamente se deben descontar para efectos del cálculo previsional.

10 Oficio N° 2933, 17 de diciembre de 2020, Servicio de Impuestos Internos. En línea < https://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/ley_impuesto_renta/2020/ley_impuesto_renta_jadm2020.htm > [Consulta: Abril de 2021]

En ese mismo orden de ideas, el artículo 18 del DL 3500 indica que: *La parte de la remuneración y renta imponible destinada al pago de las cotizaciones y depósitos de ahorro previsional voluntario establecidos en los artículos 17, 17 bis, 20, 84, 85 y 92, se entenderá comprendida dentro de las excepciones que contempla el N° 1 del artículo 42° de la ley sobre Impuesto a la Renta. Se entenderá por depósitos de ahorro previsional voluntario, lo señalado en la letra p) del artículo 98 y, en tanto sean efectuados a través de una administradora de fondos de pensiones, se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 19.*

Para poder analizar la determinación del mencionado impuesto único, debemos indagar en la obligatoriedad del pago de cotizaciones previsionales para los dueños de las empresas que reciban una remuneración por parte de estas.

3.1. Cotizaciones como trabajador dependiente

El artículo 2 del Decreto Ley 3.500 señala que *“El inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los afiliados voluntarios”*.

Como se aprecia, la norma establece la obligación de cotizar por parte de los **“trabajadores”**, sujetos que no se encuentran definidos en el cuerpo legal en comento.

El artículo 2 del Código Tributario preceptúa:

***Artículo 2.-** En lo no previsto por este Código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales.*

Según Ezio Vanoni (citado por Massone Parodi)¹¹ *“Si bien el término utilizado normalmente sea el que sirve para designar genéricamente, en el uso común, el fenómeno tipo, sería erróneo considerar que el mismo conserva en las diversas leyes un valor perfectamente idéntico. Sólo en un estudio posterior de la labor interpretativa, cuando se haya tenido en cuenta la génesis de las diversas leyes y los fines que las mismas se proponen, será posible determinar si a la identidad de términos corresponde también una identidad de conceptos.”*

11 Massone Parodi, Pedro. Principios de Derecho Tributario. 4° ed. Santiago: Editorial Thomson Reuters., 2016. Pág. 484.

Por tanto, se debe entender el vocablo trabajador como aquel en el mismo sentido que el que está definido en el artículo 3 del Código del Trabajo, esto es:

b) Trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y

c).....

Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

De la transcripción de la norma se tiene que el legislador, distingue entre empleador y empresa, considerando a esta última como un ente abstracto, en cuya existencia no es esencial la persona del empleador.¹²

El inciso primero del artículo 17 del Decreto Ley 3.500 señala que “*Los trabajadores afiliados al Sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles*”.

La definición de remuneración está señalada en el artículo 14 del mismo cuerpo legal, el cual señala que:

Artículo 14. *Se entiende por remuneración la definida en el artículo 41 del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso tercero del artículo 20 de esta ley.*

La parte de remuneraciones no pagada en dinero será evaluada por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones conforme a normas uniformes.

Como se aprecia, el DL 3500 hace suya la definición de remuneración establecida en el artículo 41 del Código del trabajo, el cual de manera textual prescribe:

Artículo 41. *Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie evaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.*

12 Zepeda Gómez Robinson, comentarios artículo 3, Código del Trabajo. Santiago: Boletín Laboral Ediciones Limitada, 2019. Pág 54.

No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

De la lectura de la norma, se desprende que el legislador ha colocado el imperativo, de que la remuneración es la contraprestación que recibe el trabajador con motivo del contrato de trabajo.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 7 del Código del Trabajo, indica que:

“Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”

De acuerdo con la Doctrina del Derecho del Trabajo, para que exista un contrato de trabajo debe concurrir lo siguiente:

- a) Dos partes ligadas por un vínculo.
- b) La prestación de servicios personales.
- c) Una remuneración por la prestación de servicios.
- d) Subordinación o dependencia.

La Dirección del Trabajo¹³ establece que para que se de origen a un contrato de trabajo deben evidenciarse en hechos concretos y comprobables, concurriendo los siguientes elementos o requisitos¹⁴:

- a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo.
- b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada.
- c) Durante el desarrollo de la jornada, el trabajador tiene la obligación de asumir la carga de trabajo diaria que se presente.

13 En adelante. Indistintamente D.T.

14 Ordinario N° 5299/0249, de 14.09.1992, de la Dirección del Trabajo

- d) El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparta el empleador.
- e) Las labores, permanencia y vida en el establecimiento, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que fije el empleador.
- f) La obligación de rendir cuenta del trabajo ejecutado, cuando no obra por su cuenta sino por disposición del empleador.
- g) Obligación de mantenerse a disposición del empleador.
- h) La prestación de servicios se desarrolla en el establecimiento de la empresa.
- i) Continuidad en el tiempo de la prestación de servicios.

La D.T. en el Ordinario N° 1977/172, de 17.05.2000 indicó que, *“de acuerdo a la doctrina vigente de la Dirección del Trabajo, entre un socio de sociedad de personas y esta sociedad para la cual trabaja, se configura relación laboral de concurrir vínculo de subordinación y dependencia entre ambas, por lo que no resulta procedente modificar esta doctrina con el solo propósito de adecuarla a disposiciones legales de otro orden, como tributarias, sobre sueldo empresarial o patronal de los socios.”*

En ese mismo orden de ideas, el mismo organismo fiscalizador ha señalado que¹⁵ *“El hecho de que una persona detente copulativamente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad”*.

Por tanto, para la Dirección del Trabajo un socio o accionista de una empresa podría tener contrato de trabajo cuando exista subordinación y dependencia, esto es:

- i. No es accionista o socio mayoritario.
- ii. No cuenta con facultades de administración o representación de ésta.

En la eventualidad de que los socios detenten la misma participación en capital y representación legal, la Dirección del Trabajo señala que¹⁶ *aun cuando es jurídicamente indiscutible que la sociedad constituye una persona jurídica*

15 Dictamen N° 3.709/111, de 23.05.91, Dirección del Trabajo.

16 Ordinario 3517/114 de 28.08.2003, Dirección del Trabajo, en línea < <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-propertyvalue-148297.html>> [Consulta: Julio de 2020].

distinta de los socios que la componen y que, posee una voluntad propia, lo cual en principio, autorizaría para reafirmar la doctrina en comento, ello no resulta suficiente para dejar de considerar el principio doctrinario de la primacía de la realidad, conforme al cual, más allá de las formas jurídicas debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos, y en especial, a si en la realidad se produce el vínculo de subordinación y dependencia.”

“Es por ello por lo que, en la especie, las condiciones de igualdad en materia de capital y de administración que ambos socios detentan en los hechos, observadas a la luz del principio doctrinario referido anteriormente, permiten afirmar que dichas condiciones se traducen necesariamente en que la voluntad del ente jurídico y la de los respectivos socios, en definitiva, se confunde, en cuanto aquella se genera y manifiesta a través de la voluntad conjunta de ellos.” Por tanto, bajo esta estructura societaria, no es posible la existencia de un vínculo laboral.

Con respecto a las sociedades anónimas, la Dirección del Trabajo ha señalado que *el hecho que los accionistas de una sociedad anónima cerrada e integrantes de un directorio, puedan adoptar acuerdos y cuenten con facultades de administración y representación de la sociedad, constituye una circunstancia que les impide prestar servicios en condiciones de subordinación y dependencia, toda vez que las condiciones en que se desempeñan determinan que su voluntad se confunda con la de la sociedad que integra y con el rol de representante del empleador respecto de los trabajadores de la misma.*¹⁷

En base a este análisis es que debemos entender que la interpretación que estableció el SII18 al señalar que *“Un accionista que trabaje para su empresa no califica como trabajador para efectos laborales, por lo cual, no puede acceder al tratamiento tributario del artículo 17 N° 13 de la LIR, respecto de la indemnización que pudiese percibir. En tanto, la empresa no puede rebajar como gasto necesario para producir la renta una indemnización por años de servicio pagada al accionista, por cuanto el artículo 31 inciso cuarto, N° 6, inciso cuarto de la LIR, no contempla dicha deducción”* no es del todo afortunada. Lo anterior es porque el Servicio de Impuestos Internos desconocería la dualidad que puede poseer un dueño de empresa que, cumpliendo los requisitos, puede ser considerado trabajador dependiente, y al momento de ser desvinculado, dependiendo de la causal de despido, tener derecho

17 Ordinario N° 5568/0119, de 28.07.1988, Dirección del Trabajo.

18 Oficio N° 2649, 19 de noviembre de 2020, Servicio de Impuestos Internos. En línea < https://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/ley_impuesto_renta/2020/ley_impuesto_renta_jadm2020.htm > [Consulta: Abril de 2021]

a la indemnización por años de servicio, y la empresa estar obligada a pagarlo, generándose por tanto el gasto tributario, la interpretación en comento, es a todas luces, restrictiva y errada.

Como se puede apreciar, de acuerdo con la normativa laboral y previsional, el empresario, socio o accionista que no posee subordinación o dependencia, no es considerado un trabajador dependiente, razón por la cual no tiene la obligación de cotizar como tal.

3.2. Cotizaciones como trabajador independiente

La letra c) del artículo 3 del Código del Trabajo dispone:

c) Trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador.

El empleador se considerará trabajador independiente para los efectos previsionales.

El Decreto Ley 3500 en su Título IX que trata sobre los afiliados independientes y voluntarios, específicamente en su párrafo 1 artículo 89 del DL 3500 señala que *“Toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerza individualmente una actividad mediante la cual obtiene rentas del trabajo de las señaladas en el inciso primero del artículo siguiente, deberá afiliarse al Sistema que establece esta ley”*.

Es así que el inciso primero del artículo 90 del mencionado texto legal indica *“La renta imponible será anual y corresponderá al 80% del conjunto de rentas brutas gravadas por el artículo 42, N°2, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, obtenida por el afiliado independiente en el año calendario anterior a la declaración de dicho impuesto, la que no podrá ser inferior a cuatro ingresos mínimos mensuales, ni superior al producto de multiplicar 12 por el límite máximo imponible establecido en el inciso primero del artículo 16, para lo cual la unidad de fomento corresponderá a la del último día del mes de diciembre. Lo dispuesto en este inciso se aplicará a los socios de sociedades profesionales que tributen conforme al artículo 42, N° 2°, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, quienes estarán obligados a cotizar de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo.*

Como se puede apreciar, el legislador solo ha mencionado como independiente a aquellos que están clasificados en el artículo 42 N° 2 de la Ley de Impuesto a la Renta, esto es, aquellos que perciben ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no

comprendida en la primera categoría ni del trabajo dependiente, se entiende por “ocupación lucrativa” la actividad ejercida en forma independiente por personas naturales y en la cual predomine el trabajo personal basado en el conocimiento de una ciencia, arte, oficio o técnica por sobre el empleo de maquinarias, herramientas, equipos u otros bienes de capital.

Por su parte, el Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, que es la normativa vigente de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO), en su libro I, título III, Capítulo I letra B define a los trabajadores independientes como¹⁹:

Se considerarán trabajadores independientes o por cuenta propia las personas naturales que ejecutan algún trabajo o desarrollan alguna actividad, industria o comercio, sea independientemente o asociados o en colaboración con otros, tengan o no capital propio y sea que en sus profesiones, labores u oficios predomine el esfuerzo intelectual sobre el físico o éste sobre aquél, y que no estén sujetos a relación laboral con alguna entidad empleadora, respecto de dicho trabajo o actividad, cualquiera sea su naturaleza, derivada del Código del Trabajo o estatutos legales especiales.

Se presume, salvo prueba en contrario, que en una persona concurre la condición de trabajador por cuenta propia o independiente, si él mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

En ese mismo sentido, el mismo compendio, en su Capítulo II categoriza a los trabajadores independientes a saber²⁰:

Categorías de trabajadores independientes

1. Trabajador independiente obligado

Conforme a lo establecido por el artículo 88 de la Ley N°20.255, han sido incorporados al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Ley N°16.744, en calidad de cotizantes obligados, todas las personas naturales que, sin estar

19 Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, Superintendencia de Seguridad Social, en línea < <https://www.suseso.cl/613/w3-propertyvalue-136816.html> > [Consulta: Abril de 2021].

20 Ibid. anterior.

subordinada a un empleador, ejercen individualmente una actividad mediante la cual obtienen rentas del trabajo de las señaladas en el artículo 42 N°2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

2. *Trabajador independiente voluntario*

Aquellos trabajadores independientes que perciban rentas distintas a las establecidas en el artículo 42 N°2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, o que, percibiéndolas, no se encuentren obligados a cotizar, podrán cotizar voluntariamente para el Seguro de la Ley N°16.744, siempre que en el mes correspondiente coticen para pensiones y salud.

3. *Otros trabajadores independientes*

Además, han podido continuar cotizando voluntariamente para el Seguro Social de la Ley N°16.744, los siguientes trabajadores:

a) *Trabajadores independientes afiliados a regímenes de pensiones administrados por el Instituto de Previsión Social que se encontraban afectos al Seguro de la Ley N°16.744, estos son:*

- i. Pescadores artesanales.*
- ii. Campesinos asignatarios de tierras.*
- iii. Suplementeros.*
- iv. Conductores propietarios de automóvil de alquiler.*
- v. Conductores propietarios de vehículos motorizados de movilización colectiva, de transporte escolar y de carga.*
- vi. Pirquineros.*
- vii. Pequeños mineros artesanales y planteros.*
- viii. Comerciantes autorizados para desarrollar su actividad en la vía pública o plazas.*
- ix. Profesionales de la ex-Caja Hípica (jinetes).*

b) *Trabajadores independientes, afiliados al sistema de pensiones del D.L. N°3.500, de 1980, que, al 30 de septiembre de 2008, se encontraban cotizando para el Seguro de la Ley N°16.744.*

De lo anteriormente expuesto, se colige que debemos considerar como independientes obligados a cotizar a:

- i. Contribuyentes que perciban rentas del artículo 42 N° 2 (incluyendo a los socios de sociedades de profesionales).

Como se aprecia, los empresarios individuales, socios, accionistas de empresas que tributan en la primera categoría, que se asignen un sueldo empresarial sin contar con dependencia ni subordinación, no se encuentran, a mi juicio, obligados a realizar cotizaciones previsionales obligatorias, dado que no califican, para efectos previsionales, como trabajadores dependientes ni como independientes del artículo 42 N° 2.

3.3. Opinión del Servicio de Impuestos Internos

El SII²¹ ha señalado que: *“Luego, y tras sus modificaciones, desde el punto de vista tributario, el único requisito es que la remuneración sea “razonablemente proporcionada” a la importancia de la empresa, a las rentas declaradas, a los servicios prestados y a la rentabilidad del capital.*

Otra cuestión, que no constituye una exigencia para deducir el gasto, es la obligación de efectuar cotizaciones conforme las normas generales de carácter previsional”.

Como se aprecia, la opinión del ente fiscalizador es mas bien escueta, solo limitándose a señalar que no es obligatorio el pago de las cotizaciones previsionales de manera general, lo que puede traer confusión en el evento de que el dueño de empresa a su vez pueda ser considerado trabajador dependiente de acuerdo con la norma laboral, donde la cotización previsional es obligatoria.

4. ANÁLISIS DE LA REBAJA DE LAS COTIZACIONES PREVISIONALES DE MANERA VOLUNTARIA PARA EL CÁLCULO DEL IMPUESTO ÚNICO DE SEGUNDA CATEGORÍA

Como se analizó en el punto anterior, el sueldo empresarial no se encuentra obligado a cotizar previsionalmente, generando entonces la siguiente pregunta: ¿Qué ocurre si cotizo y no estoy obligado a hacerlo?, ¿Podré rebajar las cotizaciones previsionales de la base de cálculo de Impuesto único de segunda categoría²²?

21 Oficio N° 780, 25 de marzo de 2021, Servicio de Impuestos Internos. En línea < https://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/ley_impuesto_renta/2021/ley_impuesto_renta_jadm2021.htm > [Consulta: Abril de 2021]

22 Indistintamente IUSC.

Para responder a estas preguntas debemos realizar el siguiente análisis:

Tal como se transcribió anteriormente, el artículo 42 N° 1 de la LIR establece que el IUSC se determina sobre la base de las remuneraciones, *“exceptuadas las imposiciones obligatorias que se destinen a la formación de fondos de previsión y retiro, y las cotizaciones que se destinen a financiar las prestaciones de salud, calculadas sobre el límite máximo imponible del artículo 16 del decreto ley N° 3.500, de 1980. En el caso de pensionados, se considerará el límite máximo imponible indicado en el artículo 85 del decreto ley N° 3.500, de 1980. Asimismo, se exceptúa la cotización para el seguro de desempleo establecido en la letra a) del artículo 5° de la ley N° 19.728”*.

Por su parte el artículo 18 del DL 3500 de 1980 señala de manera textual lo siguiente:

Artículo 18.- *La parte de la remuneración y renta imponible destinada al pago de las cotizaciones y depósitos de ahorro previsional voluntario establecidos en los artículos 17, 17 bis, 20, 84, 85 y 92, se entenderá comprendida dentro de las excepciones que contempla el N° 1 del artículo 42° de la ley sobre Impuesto a la Renta.*

A modo de resumen podemos señalar que para estos efectos las cotizaciones previsionales señaladas son las siguientes:

- ii. Artículo 17: Cotizaciones previsionales obligatorias a los fondos de capitalización individual.
- iii. Artículo 17 bis: Cotización obligatoria para trabajadores que realizan trabajos pesados.
- iv. Artículo 20: Cotizaciones voluntarias realizadas por los trabajadores, en su cuenta de capitalización individual, en cualquier fondo de la administradora en la que se encuentra afiliado o depósitos de ahorro previsional voluntario.
- v. Artículo 84: Cotizaciones destinada a financiar prestaciones de salud.
- vi. Artículo 85: Cotizaciones de las pensiones destinadas a financiar prestaciones de salud.
- vii. Artículo 92: Cotizaciones de los trabajadores Independientes.

De acuerdo a lo anterior, si no estando obligado a cotizar, se decidiese a hacerlo, este monto puede ser rebajado de la base del IUSC, dado que la cotización voluntaria está señalada en el artículo 20 del DL 3500, y de acuerdo a preceptuado en el artículo 18 del mismo texto legal es considerada como una cotización obligatoria para efectos del artículo 42 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta.

4.1. Opinión del Servicio de Impuestos Internos

El Servicio de Impuestos Internos ha señalado en el ya mencionado Oficio N° 780 de 25 de marzo de 2021 indica que *“Por otra parte, atendido que la propia ley considera el sueldo empresarial como una renta del N° 1 del artículo 42 de la LIR, en el caso de que el propietario de la empresa, titular de la remuneración por sueldo empresarial, efectúe cotizaciones previsionales de acuerdo a las reglas previsionales pertinentes, para efectos tributarios, dichas cotizaciones podrán ser consideradas como deducciones a la base imponible del impuesto único, atendiendo a los criterios y topes dispuestos para los trabajadores dependientes”*

Como se aprecia, el SII indica que las cotizaciones previsionales que se realicen por el concepto de sueldo empresarial, pueden ser rebajadas de la base de cálculo del IUSC, señalando que esta supeditado a los cálculos de los topes previsionales, lo que claramente no está normado de dicha forma en el mencionado DL 3.500 de 1980.

5. CONCLUSIONES

Luego de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.210, sobre modernización tributaria, al transcrito párrafo cuarto del número 6 del artículo 31 de la Ley de impuesto a la Renta, son consideradas como un gasto tributario las remuneraciones que se les asignen a:

- ii. Socios,
- iii. Accionistas o
- iv. Empresarios individuales.

Siempre que:

- i. La remuneración sea razonablemente proporcionada.
- ii. Que efectivamente el socio, accionista o empresario unipersonal trabaje en el negocio o empresa.

En el evento que los requisitos señalados no se cumplan, dichos emolumentos se transforman en un gasto rechazado afecto a las normas del inciso tercero del artículo 21 de la Ley de Impuesto a la renta, esto es, afectos a Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional, más la tasa adicional del 10% señalada en el mismo texto legal.

Las modificaciones implican que, junto con incorporarse dentro de los beneficiarios de tales remuneraciones a los accionistas de sociedades anónimas y sociedades por acciones, se eliminó el límite de remuneraciones que establecía la anterior norma a los propietarios de sociedades de personas, vale decir, se eliminó el límite que en dichos casos sólo se podía deducir hasta el monto que hubiera estado afecto a cotizaciones previsionales obligatorias, teniendo hoy como parámetro que sea un sueldo razonable y de mercado.

De esta forma, hoy un socio o accionista jubilado pudiese asignarse un sueldo empresarial, siendo éste un gasto aceptado, en la medida que se trabajara efectivamente en la empresa y que su monto fuese razonable.

A su vez se eliminan las diferencias tributarias asociadas al tipo jurídico de la empresa, en la medida que su dueño trabaje efectivamente en ella podrá asignarse un sueldo, siendo éste aceptado sin un tope específico y sin tener que afectarse obligatoriamente con cotizaciones previsionales.

De igual forma, la norma en análisis establece que dichas remuneraciones se consideran rentas del artículo 42 N° 1, quedando por tanto sujetas al impuesto único de Segunda Categoría, conforme a las normas generales que regulan este tributo, debiendo considerarse que tanto las remuneraciones como el impuesto que les afecta, se deben contabilizar debidamente en los períodos a que corresponden dichos conceptos, identificando a sus beneficiarios.

En lo que se refiere a las cotizaciones previsionales:

El socio o accionista, en la medida en que no califiquen como trabajadores dependientes, no está obligados a efectuar cotizaciones previsionales.