



**El derecho a retiro en sociedades anónimas
abiertas con presencia bursátil y efectos en el
artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta**

Parte II

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

Alumno: Víctor Manuel Heredia Pizarro

Profesor Guía: Christian Delcorto Pacheco

Santiago, Marzo 2019

Terminar esto sin tu apoyo incondicional no hubiera sido posible. Día a día, fuiste la motivación para terminar algo que yo comencé y tú aceptaste acompañar sin condiciones. Muchas veces no estuve presente y recuerdo esas tardes cuando te dije que tengo que estudiar y no tengo hora de terminar, esas noches cuando te dije que voy luego... y finalmente llegaba cuando te habías dormido.

Solo tú sabes el costo de todo esto. Mi princesa, esposa, amiga y mi compañera para toda la vida.....D´angela estas palabras son para ti.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, a mi familia, especialmente a D'angela Troncoso mi esposa, amigos, colegas. Al excelente grupo de compañeros de esta promoción, a los bíblicos de Arica y la Patagonia, con especial cariño a mi compañero en este trabajo Felipe Meza, a todos los profesores, especialmente a Víctor Villalón, Christian Delcorto y Javier Jaque. A todos Ustedes mis más sinceros agradecimientos por estos años de cariño, esfuerzo, paciencia, profesionalismo y dedicación. Extrañaré esas largas horas de debates y discusiones. Que Dios bendiga a cada uno de Ustedes y les deseo el mayor de los éxitos.

Víctor Heredia

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo de investigación plantea el análisis y estudio de la aplicabilidad del derecho a retiro, establecido en el artículo 69 de la ley de S.A., frente a la venta directa de las acciones del accionista disidente en una bolsa de valores y su relación con el principio de neutralidad de los impuestos.

El ejercer el derecho a retiro por parte del accionista fue interpretado por parte del SII como una enajenación del N°7 del artículo 17 de la LIR, por ende, si existiesen utilidades pendientes de tributación podría quedar sujeto a impuestos. Sin embargo, con la publicación de la ley 19.768 del año 2001 y posteriormente la ley 20.448 del año 2010 en donde se crea el actual artículo 107 de la LIR, se establece que bajo ciertas condiciones la enajenación de las acciones es consideradas un INR. Estas dos opciones antes indicadas provocan la disyuntiva de cual alternativa puede elegir el accionista de una sociedad anónima abierta con presencia bursátil para terminar su relación con la sociedad y los efectos que provoca en el principio de neutralidad de los impuestos. Además, se analizarán los efectos tributarios para el accionista disidente mediante un análisis comparativo en el caso de que el accionista decida ejercer el derecho a retiro según el artículo 69 de la ley de S.A., versus la enajenación de sus acciones directamente en bolsa de valores.

Luego, se analizarán los efectos que puede llevar la eliminación de la sanción establecida en el literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR incluida en el proyecto de modernización tributaria y su relación con las normas antielusivas.

RESUMEN EJECUTIVO (continuación)

Esta sanción está relacionada con la ley de S.A., la cual señala en su artículo 27 C que las acciones adquiridas en virtud de lo dispuesto por el número 4) del artículo 27, es decir, a través de un acuerdo por junta extraordinaria de accionistas para adquirir acciones de propia emisión, deberán ser enajenadas por la sociedad dentro del plazo máximo de veinticuatro meses a contar de su adquisición, y si así no se hiciere, el capital quedará disminuido de pleno derecho. Por otra parte, de no cumplirse con la enajenación de las acciones en el plazo antes indicado, se establece una sanción en carácter de impuesto único en el artículo 21 de la LIR, sanción que el proyecto de modernización tributaria enviado al congreso en el 2018 pretende eliminar, surgiendo las interrogantes de cuáles serían los efectos, porqué se creó, porqué se pretende eliminar y cuál es la importancia que toman las normas antielusivas establecidas en la reforma tributaria del año 2014.

Con el fin de cumplir los objetivos planteados en el presente trabajo, se utilizará una metodología de inferencia deductiva y un método comparativo. En primera instancia se analizará los efectos tributarios de la enajenación de acciones producto del derecho a retiro y la opción de venderlos en una bolsa de valores para luego comparar ambos casos. Finalmente, se revisará el efecto de eliminar la sanción incluida en el artículo 21 de la LIR indicando las razones para incorporarla y cuáles serían los efectos de eliminarla.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS.....	1
ABREVIATURAS.....	2
1.- INTRODUCCIÓN.....	3
2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
3.- HIPÓTESIS.....	7
4.- OBJETIVOS.....	7
4.1.- GENERALES.....	7
4.2.- ESPECÍFICOS.....	8
5.- MARCO METODOLÓGICO.....	8
CAPÍTULO I.....	9
6.- MARCO TEÓRICO.....	9
6.1.- SOCIEDADES ANÓNIMAS.....	9
6.1.1.- SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS.....	11
6.2.- DERECHO A RETIRO EN CHILE.....	13
6.2.1.- DERECHO A RETIRO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS.....	16
6.3.- EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES.....	21
6.3.1.- EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE ACUERDO CON LA LETRA A) DEL N° 8 DEL ARTÍCULO 17 DE LA LIR.....	21
6.3.2.- ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE CONTRIBUYENTES QUE DETERMINAN EL IDPC SOBRE RENTAS EFECTIVAS.....	22
6.3.3.- ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE CONTRIBUYENTES QUE NO DETERMINAN EL IDPC SOBRE RENTAS EFECTIVAS.....	22
6.3.4.- ARTÍCULO 107 DE LA LIR.....	24
6.4.- ADQUISICIÓN DE ACCIONES DE PROPIA EMISIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS.....	26
6.4.1.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 21 DE LA LIR.....	28
6.4.2.- NORMAS ANTIELUSIVAS.....	31
6.4.3.- DEVOLUCIÓN DE CAPITAL.....	33
6.5.- PRINCIPIOS DE UN SISTEMA TRIBUTARIO.....	34
6.5.1.- NEUTRALIDAD.....	35
CAPÍTULO II.....	37

7.- EFECTOS DE LA ELIMINACIÓN DEL LITERAL iii) DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 21 DE LA LIR	37
7.1.- JUSTICIA TRIBUTARIA, NORMAS ESPECIALES Y GENERALES ANTIELUSIVAS	37
7.2.- CONCLUSIONES	43
8.- BIBLIOGRAFÍA	45

ABREVIATURAS

Ley de S.A.: Ley de sociedades anónimas

LIR: Ley sobre impuesto a la renta

INR: Ingresos no constitutivos de renta

S.A.: Sociedad anónima

SAA: Sociedades anónimas abiertas

DS: Decreto supremo

SVS: Superintendencia de valores y seguros

UF: Unidad de fomento

IDPC: Impuesto de primera categoría

IGC: Impuesto global complementario

IA: Impuesto adicional

SAC: Sociedades anónimas cerradas

NGC: Norma de carácter general

IF: Impuestos finales

SII: Servicio de impuestos internos

UTA: Unidad tributaria anual

RSA: Reglamento de sociedades anónimas

OPA: Oferta pública de acciones

MV: Mayor valor

MKI: Mercado de capitales I

MKII: Mercado de capitales II

MKIII: Mercado de capitales III

AT: Año tributario

CMF: Comisión para el mercado financiero

IPC: Índice de precios al consumidor

NEA: Normas especiales antielusivas

NGA: Normas generales antielusivas

CT: Código tributario

1.- INTRODUCCIÓN

La ley 18.046 del 22 de octubre de 1981, conocida como ley de S.A., establece en su artículo 69 la opción de ejercer el derecho a retiro por parte del accionista disidente cuando la junta de accionistas apruebe materias tales como transformación, fusión, emisión de nuevas series de acciones, entre otras.

“El derecho a retiro se creó para proteger a los accionistas minoritarios de las decisiones que tomen los accionistas controladores o mayoritarios frente a cambios importantes en el objeto social de la sociedad y que muchas veces en las decisiones que toma la junta de accionistas se ve perjudicado a tal punto de tomar la decisión de abandonarla”¹.

Por lo anterior, y frente a una no conformidad o perjuicio del accionista minoritario disidente, finalmente termina su relación con la sociedad vendiéndole sus acciones a esta última, produciéndose para la sociedad una adquisición de acciones de su propia emisión.

“La adquisición por una sociedad de sus propias acciones, ha sido mirada con recelo por las legislaciones porque es un arbitrio que permite a una mayoría acrecentar su control de la compañía con cargo a recursos sociales que también tiene derecho la minoría. También la compra de las propias acciones por la sociedad es desde el punto de vista económico, una disminución de capital que no cumple los trámites legales de tal y en que además, no requiere la autorización del servicio de impuestos internos”².

1 Torrealba, F. “El derecho a retiro en Chile: ¿Real medida de protección para el accionista disidente?,” tesina para la carrera de derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2011 p. 9

2 Puelma Accorsi, Á., 2001. Sociedades Anónimas, Tomo II, Tercera Edición, pp. 521

El 20 de diciembre del año 2000 se publica la ley 19.705 que regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS), y establece un régimen de gobierno corporativo, esta ley modificó el artículo 27, incorporó el N° 4 en dicho artículo³ y creó los nuevos artículos desde el 27 A al 27 D⁴, todos para ser incorporados en la ley de S.A. En la misma ley, también se incorporó una modificación al artículo 21 de la LIR⁵, que actualmente se encuentra en el literal iii) del inciso primero de dicho artículo. Esta modificación señala que estarán afectas las cantidades que la sociedad hubiere destinado a la adquisición de acciones de su propia emisión y no fueran enajenadas dentro del plazo establecido en el artículo 27 C de la ley de S.A. Este artículo señala un plazo máximo de veinticuatro meses desde su adquisición para enajenar las acciones adquiridas de su propia emisión y que, en caso de no ocurrir, el capital de la sociedad quedará disminuido de pleno derecho. Sin embargo, el proyecto de modernización tributaria⁶ elimina el literal iii) antes mencionado.

Por otro lado, el 07 de noviembre del año 2001 se publica la ley 19.768, conocida como MKI, la que incorpora el artículo 18 ter en la LIR⁷, el cual establece que bajo ciertos requisitos, la enajenación de acciones en una bolsa de valores se considerará como INR, ley que fue promulgada 20 años después de la ley de S.A. Posteriormente, este artículo fue eliminado por la ley 20.448, conocida como MKIII, la cual crea el actual artículo 107 de la LIR⁸.

3 Número 6 del artículo 2° de la ley 19.705 del 20 de diciembre del año 2000

4 Número 7 del artículo 2° de la ley 19.705 del 20 de diciembre del año 2000

5 Número 3 del artículo 6° de la ley 19.705 del 20 de diciembre del año 2000

6 Artículo 2° Numero 11 Letra b) del Proyecto de Modernización Tributaria enviado al congreso el 23 de Agosto del año 2018

7 Inciso primero del número 3 del artículo 1° de la ley 19.768 del 07 de noviembre del año 2001

8 Inciso cuarto del número 3 del artículo 6° de la ley 20.448 del 13 de agosto del año 2010

Con las promulgaciones de las leyes sobre mercado de capitales, las cuales establecen que las enajenaciones de acciones que cumplan con ciertos requisitos serán consideradas como INR, se genera la disyuntiva para el accionista disidente de evaluar la mejor opción, por un lado, vender sus acciones producto de ejercer el derecho a retiro, o bien, vender las acciones directamente en bolsa.

2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La ley de S.A. que fue publicada el 22 de octubre del año 1981, estableció en su artículo 69 la opción de derecho a retiro cuando el accionista no esté de acuerdo con ciertas decisiones que toma la junta de accionistas sobre cambios importantes en la sociedad, mientras que, veinte años después se publica la ley MKI en la cual el accionista tiene la opción de enajenarlas en una bolsa de valores, la cual, bajo ciertos requisitos es considerado un INR.

Por otro lado, la sociedad que adquiere las acciones del accionista que ejerce el derecho a retiro tiene veinticuatro meses para enajenarlas, ya que, de lo contrario, será sancionado con el impuesto único establecido en el literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR, sanción que el proyecto de modernización tributaria pretende eliminar.

Este trabajo de investigación plantea el análisis y estudio de la aplicabilidad del derecho a retiro frente a la venta directa de las acciones del accionista disidente en una bolsa de valores y su relación con el principio de neutralidad de los impuestos, y además, los efectos que pueden llevar la eliminación del literal iii)

del inciso primero del artículo 21 de la LIR relacionado con el artículo 27 A y 27 C de la ley de S.A.

Por lo anterior, se analizarán los efectos tributarios para el accionista disidente mediante un análisis comparativo en el caso de que el accionista disidente ejerza el derecho a retiro según el artículo 69 de la ley de S.A., versus la venta de sus acciones directamente en bolsa.

Por otra parte, a raíz de la propuesta de eliminación del literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR, es decir, la no existencia de la sanción producto de la enajenación de las acciones de propia emisión en los plazos establecidos en el artículo 27 C de la ley de S.A., surge la interrogante del porqué se creó esa sanción y porqué se pretende eliminar.

3.- HIPÓTESIS

En esta investigación determinaremos la aplicabilidad de ejercer el derecho a retiro por parte de los accionistas disidentes versus venderlas directamente en una bolsa de valores cumpliendo los requisitos que se indican, y además, analizaremos los efectos que produce la propuesta de eliminación del literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR.

4.- OBJETIVOS

4.1.- GENERALES

Analizar la aplicabilidad de ejercer el derecho a retiro en una SAA y los efectos que puede provocar la eliminación de la sanción contenida en el literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR.

4.2.- ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos de nuestro trabajo serán los siguientes:

- Analizar los efectos tributarios de la venta de las acciones de acuerdo al artículo 107 de la LIR.
- Analizar los efectos tributarios de la enajenación de acciones de acuerdo con la norma general de la letra a) del N° 8 del artículo 17 de la LIR.
- Analizar el principio de neutralidad de los impuestos en relación a la tributación sobre la enajenación de acciones en el derecho a retiro y venta de acciones en bolsa.
- Revisar por qué se incluyó una sanción en el literal iii) del artículo 21 de la LIR relacionado con el 27 A y 27 C de la Ley de S.A.
- Analizar los efectos de la eliminación del literal iii) inciso primero del artículo 21 de la LIR.
- Revisar si el proyecto de modernización tributaria incorpora una medida paliativa para reemplazar la sanción eliminada del artículo 21 de LIR.

5.- MARCO METODOLÓGICO

Con el fin de cumplir los objetivos planteados en el presente trabajo, se utilizará una metodología de inferencia deductiva y un método comparativo, ya que, en primera instancia se analizará los efectos tributarios de la enajenación de acciones producto del derecho a retiro y la opción de venderlos en bolsa para luego comparar ambos casos. Y, por otra parte, se revisará el efecto de eliminar la sanción incluida en el artículo 21 de la LIR indicando las razones para incorporarla y cuáles serían los efectos de eliminarla.

CAPÍTULO I

6.- MARCO TEÓRICO

6.1.- SOCIEDADES ANÓNIMAS

Antes de entrar en materia sobre el derecho a retiro, debemos remitirnos a la definición y algunas características de las S.A. “La ley de S.A. al igual que el artículo 2061 del código civil define a las sociedades anónimas como una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”⁹, esta sociedad es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil.

Las sociedades anónimas están divididas en acciones, las cuales representa un derecho de propiedad y el control de un determinado porcentaje del total de la empresa. Las acciones pueden ser ordinarias o preferentes, las primeras dan a sus dueños una serie de derechos y están dadas por la duración de la sociedad, mientras que las acciones preferentes, otorgan privilegios o preferencias respecto de dividendos, elección de directores u otras materias. Sin embargo, deben ser de plazo definido.

“En efecto, en derecho, la naturaleza jurídica la determina la ley y no el título o denominación que le den las partes. Si bajo la titulación de acciones

⁹ Novoa Galán, R. y Novoa Muñoz, G., 1997, Derecho del mercado de capitales, Editorial Jurídica de Chile

ordinarias de diversas series una acción tiene mayores o menores derechos y obligaciones que otra hay acciones preferidas”¹⁰.

Las sociedades anónimas se clasifican en tres clases: sociedades anónimas abiertas, especiales o cerradas. Las SAA son aquellas que inscriban voluntariamente o por obligación legal sus acciones en el registro de valores. Las SAC son aquellas que no califican para ser SAA, mientras que las especiales son las indicadas en el Título XIII de la Ley de S.A.

Cabe indicar, que las sociedades anónimas están obligadas a tributar en base al régimen del artículo 14 B de la LIR¹¹.

6.1.1.- SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS

Como ya se indicó, las SAA son aquellas que inscriban voluntariamente o por obligación legal sus acciones en el registro de valores y quedarán sometidas a la fiscalización de la CMF (Ex SVS), esto le permite hacer oferta pública de sus acciones. Al estar fiscalizada se obliga a proporcionar información sobre aspectos históricos, legales, financieros, contables y administrativos (que son de interés para cualquier inversionista), cumplir con las leyes, reglamentos, normas de carácter general y circulares vigentes para la sociedad anónima, además de hacer pública la información requerida por la CMF.

¹⁰ Puelma Accorsi, Á., 2001. Sociedades Anónimas, Tomo II, Tercera Edición, pp. 518

¹¹ Inciso segundo del artículo 14 de la LIR

Sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil

Para determinar si una SAA tiene presencia bursátil y según lo indicado en el artículo 132 del RSA, la SVS (Actual CMF), el 17 de enero de 2012 emitió la NCG N° 327 la cual estableció que se entiende por presencia bursátil lo siguiente:

- a) Estén inscritos en el registro de valores;
- b) Estén registrados en una bolsa de valores de Chile, y
- c) Cumplan a lo menos uno de los siguientes requisitos:
 - c.1. Tener una presencia ajustada igual o superior al 25%.

c.2. Contar con un “Market Maker”, en los términos y condiciones establecidos en la Presente Norma.

Presencia Ajustada

Para la presencia ajustada, se tomarán los últimos 180 días hábiles bursátiles y se determinará el número de días en que las transacciones bursátiles totales diarias hayan alcanzado un monto mínimo por el equivalente en pesos a 1.000 UF. Posteriormente, dicho número será dividido por 180, y el cociente así resultante se multiplicará por 100, quedando expresado en porcentaje.

“Dentro de los últimos 180 días hábiles bursátiles, se determinará el número de días en que las transacciones bursátiles totales diarias hayan alcanzado un monto mínimo por el equivalente en pesos a 200 UF. Dicho número será dividido por 180, y el cociente así resultante se multiplicará por 100, quedando expresado en porcentaje¹²”.

12 Circular N° 07 del 25 de Enero de 2005 del SII

Market maker

En el caso del market maker, este aparece como una alternativa para obtener presencia bursátil.

“Para efectos de la determinación del cumplimiento de las condiciones establecidas en la sección I de esta norma, se entenderá que un valor cuenta con “market maker”, en la medida que el emisor del respectivo valor haya suscrito un contrato con al menos un corredor de bolsa, que cumpla las siguientes condiciones: **a)** Que se ajuste al formato y contenido mínimo que establezca la reglamentación bursátil correspondiente para el servicio de “Market Maker”; **b)** Que tenga una duración mínima de 180 días; **c)** Que obligue al corredor de bolsa a mantener vigentes en los sistemas bursátiles de negociación, de calce automático, una oferta de compra y una de venta, ambas divisibles por el lote padrón mínimo que corresponde al tipo de valor sobre el que trata la presencia, en los siguientes términos: 1) Cada oferta deberá ser por un monto visible igual o superior a 500 unidades de fomento diarias, 2) La suma de la oferta de compra y de venta deberá ser siempre igual o superior a las 1.000 unidades de fomento diarias, 3) La diferencia de precios entre ambas ofertas no podrá superar el 3% del precio de la de compra, 4) Las ofertas deberán estar vigentes durante todo el horario de negociación bursátil o hasta que se hayan realizado en el mercado transacciones sobre el valor respectivo en el día correspondiente, por un monto igual o superior a las 1.000 unidades de fomento; y **d)** Que tanto el corredor de bolsa como el emisor, deban informar al público inversionista, a través de las bolsas de valores y con 30 días de antelación, el término del contrato”¹³.

13 Circular N° 10 del 31 de Enero de 2012 del SII

6.2.- DERECHO A RETIRO EN CHILE

Una vez determinado el campo de acción de las SAA con presencia bursátil, a continuación, determinaremos en qué consiste el derecho a retiro.

En nuestro país, podemos resumir el concepto del derecho a retiro como “la facultad de una persona de dejar de pertenecer a una sociedad anónima, la cual disminuye su capital en el monto de los derechos del socio, debiendo la sociedad resarcirle por su retiro”¹⁴.

En este contexto, es importante mencionar que el derecho a retiro en Chile “se creó para proteger a los accionistas minoritarios de las decisiones que toman los accionistas controladores o mayoritarios, esto debido principalmente a la alta concentración de la propiedad de la sociedad, ya que son los accionistas controladores o mayoritarios quienes deciden en la práctica”¹⁵.

Desde el mensaje enviado por el presidente de la república, anunciando la creación de nuevas medidas sobre el derecho a retiro, se destaca la preocupación que existía en su momento de mejorar el sistema, anunciando también cambios al mercado de valores y la relación entre los accionistas minoritarios y los controladores.

“Un análisis de las condiciones en que se desenvuelve actualmente el régimen de sociedades anónimas en nuestro país, nos permite detectar una serie de deficiencias”¹⁶” situación de desventaja de los accionistas minoritarios frente a los accionistas controladores en aspectos tales como: reparto de

14 Puelma Accorsi, Á., 2001. Sociedades Anónimas, Tomo II, Tercera Edición, pp. 585

15 Eyzaguirre, C. y Cabello, N., 2009, Apuntes Derecho Comercial II Sociedades, p. 109

16 Historia de la Ley 18.046, Mensaje Ley de S.A., Presidente de la República a Junta de Gobierno

dividendos, negociaciones entre los controladores y la sociedad, decisiones trascendentales dentro de la sociedad”¹⁷.

Dentro de los objetivos importantes expresados en el mensaje, destacamos también la voluntad de mejorar las actuales condiciones entre accionistas minoritarios y los controladores de las SAA, con el objeto de entregar confianza a los inversionistas.

“Un objetivo importante contemplado dentro de la ley, es el aumento de la confianza del accionista, fundamentalmente en las SAA, a través de disposiciones que pretenden igualar posiciones entre el o los grupos de control y los grupos minoritarios, de tal forma que el control no se constituya en un privilegio sin contrapeso que va en desmedro de los accionistas minoritarios”¹⁸.

Otro punto relevante dentro del mensaje es no generar trabas en los mercados, flexibilizando el funcionamiento, adaptándolo a eficiencias económicas probadas en otros países, sin dejar de brindar protección a los accionistas minoritarios.

“Otorgar confianza a los accionistas a través de mecanismos efectivos de defensa de los derechos de los grupos minoritarios, pero que al mismo tiempo tienen la ventaja de no entorpecer ni encarecer el funcionamiento de la propia sociedad”¹⁹.

La ley de S.A. reconoce el derecho a retiro como una institución y los regula en sus artículos 69, 70, 71 y 72, mientras que en el artículo 69 bis están reguladas las S.A. controladas por el estado. Los artículos antes mencionados, en términos

17 Historia de la Ley 18.046, Mensaje Ley de S.A., Presidente de la República a Junta de Gobierno

18 Historia de la Ley 18.046, Mensaje Ley de S.A., Presidente de la República a Junta de Gobierno

19 Historia de la Ley 18.046, Mensaje Ley de S.A., Presidente de la República a Junta de Gobierno

generales dan cuenta del campo de acción donde el accionista disidente puede ejercer su derecho a retiro en la sociedad cuando ocurren las situaciones descritas en el artículo 69 de la ley de S.A.

“El derecho a retiro jurídicamente se lleva a efecto mediante una reducción de capital de la sociedad y del número de las acciones por el monto de las acciones respecto de las cuales se ejerce el derecho, que se produce de pleno derecho al momento de quedar firme el derecho a retiro, no obstante la obligación que contempla el art. 33 del reglamento. La operación se realiza entre el accionista y la sociedad mediante contratos de compra por la sociedad de sus propias acciones”²⁰.

6.2.1.- DERECHO A RETIRO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS

Para profundizar sobre el derecho a retiro, nos debemos remitir a los artículos 69 y siguientes de la ley de S.A. los cuales establecieron las condiciones, situaciones particulares y regulaciones administrativas para que el accionista disidente pudiera ejercer tal derecho.

Sin embargo, en el inciso primero del artículo 69 de la ley de S.A. se establecen situaciones que suspenderán la opción del accionista disidente para ejercer el derecho a retiro, esto se producirá cuando la sociedad tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, caso en el cual, se suspenderá el ejercicio del derecho a retiro hasta que no sean pagadas las acreencias, y cuando la sociedad queda sujeta a un acuerdo de reorganización

²⁰ Puelma Accorsi, Á., 2001. Sociedades Anónimas, Tomo II, Tercera Edición, pp. 589

aprobado conforme a lo establecido en la ley de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas y mientras esté vigente, salvo que dicho acuerdo autorice el retiro o cuando termine por la dictación de la resolución de liquidación.

En lo fundamental para nuestro análisis, el inciso segundo de artículo 69 de dicha ley define al accionista disidente como aquel que en la respectiva junta se hubiere opuesto al acuerdo que dé derecho a retiro, o que, no habiendo concurrido a la junta, manifieste su disidencia por escrito a la sociedad.

El mismo artículo señala que la aprobación por la junta de accionistas de alguna de las materias que se indican más adelante concederá al accionista disidente el derecho a retirarse de la sociedad, previo pago por aquella del valor de sus acciones.

Casos en que se puede ejercer el derecho a retiro

Las materias por las cuales el accionista disidente ejerce su opción de retirarse de la sociedad están enunciadas en el inciso 4° del artículo 69 de la ley de S.A. y son las siguientes:

- 1) La transformación de la sociedad;
- 2) La fusión de la sociedad;
- 3) Las enajenaciones a que se refiere el N° 9) del artículo 67
- 4) El otorgamiento de las cauciones a que se refiere el N°11) del artículo 67;
- 5) La creación de preferencia para una serie de acciones o el aumento, prórroga o la reducción de las ya existentes. En este caso, tendrán derecho a retiro únicamente los accionistas disidentes de la o las series afectadas;

6) El saneamiento de la nulidad causada por vicios formales de que adolezca la constitución de la sociedad o alguna modificación de sus estatutos que diere este derecho.

7) Los demás casos que establezcan la ley o sus estatutos, en su caso.

El DS de hacienda N° 702²¹ que aprueba el RSA, entre los artículos 126 y 134 ahonda sobre el derecho a retiro establecido en la ley de S.A., detallando principalmente la forma de comunicarlo, estableciendo una fórmula de cálculo para determinar el precio a pagar por las acciones y el valor de mercado. Además, indica lo que sucede cuando hay pago de dividendos entre el cierre del balance y la junta que originó el retiro del accionista, el registro de las acciones a nombre de la sociedad cuando hayan pagado el valor de las acciones, entre otras materias.

Por otra parte, la ley N°18.660²² que incorporó el artículo 69 bis a la Ley de S.A. considera las S.A. reguladas por el estado, el cual proporciona un amplio campo de aplicación y regulaciones.

Plazos para ejercer el derecho a retiro

En los artículos 70 y 71 de la ley de S.A. se establece que el accionista disidente tendrá 30 días contado desde la fecha de celebración de la junta de accionistas que adoptó el acuerdo que lo motiva a retirarse para ejercer el derecho a retiro. Posteriormente a ese plazo, el directorio tendrá 30 días para poder convocar a una nueva junta y reconsiderar o ratificar los acuerdos que motivaron

21 Publicado el 06 de Julio del año 2012 y que reemplaza en su integridad al DS N°587 del año 1982

22 Inciso primero del número 1 del artículo 5° de la ley 18.660 del 20 de octubre del año 1987

al accionista a retirarse. Si esta junta revoca los acuerdos que dieron origen al derecho a retiro, caduca tal derecho.

Precio por pagar al accionista disidente

De acuerdo con el artículo 132 del RSA y en concordancia con el artículo 69 de la ley de S.A., el precio a pagar al accionista disidente en las SAA va a depender de si las acciones a ejercer tienen o no presencia bursátil. Si poseen presencia bursátil (de acuerdo con los requisitos anteriormente mencionados), el valor de la acción será el promedio ponderado de las transacciones bursátiles de la acción durante el período de 60 días hábiles bursátiles comprendidos entre el trigésimo y nonagésimo día hábil bursátil anterior a la fecha de la junta que motiva el retiro. Por el contrario, si estas acciones no poseen presencia bursátil, se considerará que el valor de mercado será el valor libro, el cual se determinará dividiendo el patrimonio por el número total de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad. Si no se pagara dentro de dicho término el precio a pagar será expresado a UF y devengará intereses corrientes.

A continuación, se presenta un diagrama para explicar el derecho a retiro:

6.3.- EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES

Cuando el accionista disidente ejerce el derecho a retiro y la sociedad paga el precio por esas acciones, se producen dos efectos, uno para la sociedad y otro para el accionista. En el caso de la sociedad, esta cumple con los requisitos del artículo 27 A de la ley de S.A. y adquiere acciones de su propia emisión, (tema que será tratado más adelante), mientras que por parte del accionista disidente se produce una enajenación de acciones. Esta enajenación, según lo informado por el SII²³, corresponde a la tributación de acuerdo a la letra a) del N°8 del artículo 17 de la LIR.

6.3.1.- EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE ACUERDO CON LA LETRA A) DEL N° 8 DEL ARTÍCULO 17 DE LA LIR.

De acuerdo con lo indicado anteriormente, a continuación, se analizará la tributación establecida en la letra a) del N° 8 del artículo 17 de la LIR a contar del 01 de enero de 2017.

A partir del 01 de enero de 2017 se cambió radicalmente la tributación de la enajenación de acciones de acuerdo con la letra a) del N° 8 del artículo 17 de la LIR, tanto para los contribuyentes que determinan su renta con contabilidad completa como los que no.

²³ Oficio N° 2.536 del año 1984 del SII

Estos cambios se producen por la entrada en vigencia de los nuevos regímenes de tributación de acuerdo a la ley 20.780, régimen de renta atribuida (Letra A del artículo 14 de la LIR)²⁴ y régimen de imputación parcial de crédito (Letra B del artículo 14 de la LIR)²⁵.

6.3.2.- ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE CONTRIBUYENTES QUE DETERMINAN EL IDPC SOBRE RENTAS EFECTIVAS.

Los contribuyentes que estén obligados a determinar el IDPC sobre la base de rentas efectivas, ya sea de la letra A o B del artículo 14 de la LIR o letra a) del artículo 14 ter, se gravarán con el régimen general de tributación, es decir, estará afecto a IDPC e IGC o IA sobre la base percibida o devengada, lo que ocurra primero²⁶.

6.3.3.- ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE CONTRIBUYENTES QUE NO DETERMINAN EL IDPC SOBRE RENTAS EFECTIVAS.

En el caso de estos contribuyentes, en primer lugar, hay que distinguir si la enajenación se realiza con un relacionado o no. Si se realiza con un relacionado el mayor valor se grava con IGC o IA, según corresponda, en el ejercicio comercial en que la renta proveniente de la enajenación de acciones o derechos sociales sea percibida o devengada, sin derecho al beneficio del INR de diez UTA, según lo

24 Letra A del número 4 del artículo 1° de la ley 20.780 del 29 de septiembre del año 2014

25 Letra B del número 4 del artículo 1° de la ley 20.780 del 29 de septiembre del año 2014

26 Equipo editorial Thomson Reuters, 2018, Manual práctico de impuesto a la renta AT. 2018, 8° Edición

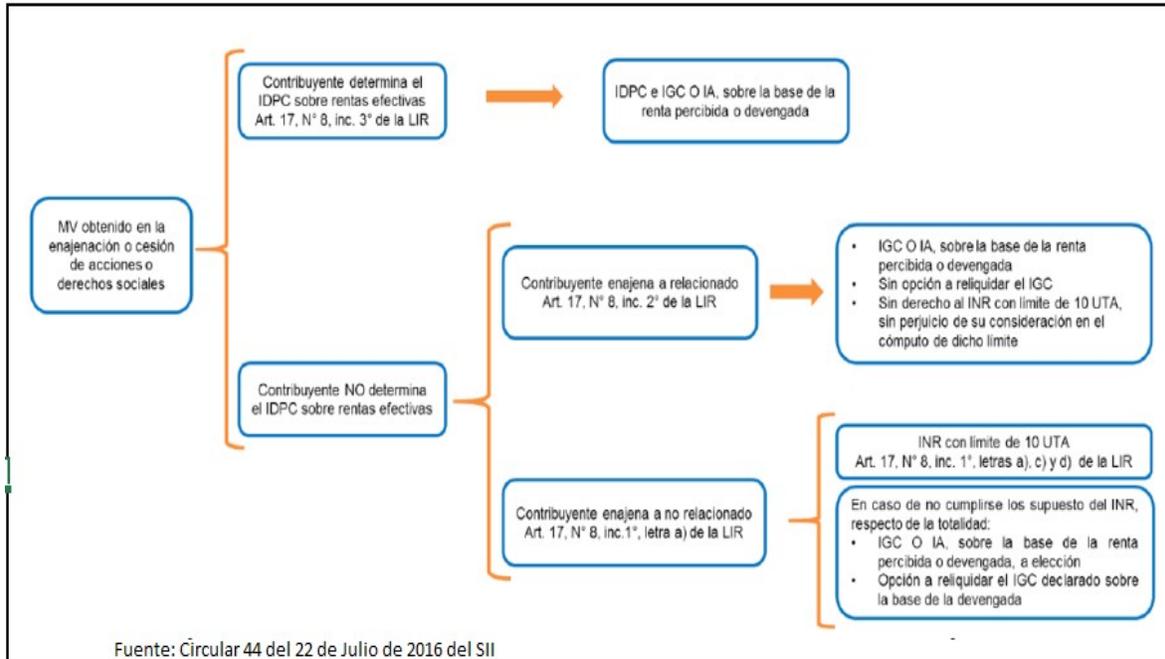
señalado en el numeral vi) de la Letra a) del N°8 del artículo 17 de la LIR ni tampoco a la opción de reliquidación que será comentada más adelante.

Para los efectos de este artículo, el inciso 2° señala que se entenderá relacionado las enajenaciones de toda clase de bienes que hagan los socios de sociedades de personas o accionistas de SAC, o accionistas de SAA dueños del 10% o más de las acciones, con la empresa o sociedad respectiva o en las que tenga intereses, o aquellas que se lleven a cabo con empresas relacionadas o del mismo grupo empresarial en los términos de los artículos 96 al 100 de la ley N° 18.045 sobre mercado de valores, cualquiera sea la naturaleza jurídica las entidades respectivas, salvo el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de las personas señaladas en la letra c), de este último artículo.

En caso que el enajenante no se encuentre relacionado con el adquirente, el mayor valor obtenido por dichos contribuyentes se gravará con IGC o IA según corresponda, en el ejercicio comercial en que la renta proveniente de la enajenación de acciones o derechos sociales sea percibida o devengada, a elección del contribuyente.

Si el contribuyente elige declarar el mayor valor sobre renta devengada, y es contribuyente de IGC podrá reliquidar el impuesto por el tiempo que tuvo las acciones en su poder con un máximo de 10 años, para tal efecto, las fracciones de un año se considerarán como un año comercial completo.

A continuación, se presenta un esquema que muestra lo descrito anteriormente:



6.3.4.- ARTÍCULO 107 DE LA LIR

Luego de la ley 19.768 (MKI) del año 2001, y de la ley 20.190 (MKII) del año 2007, se publica el 13 de agosto del 2010 la ley 20.448, conocida como MKIII, “la cual apunta a seguir actualizando las normas para el mercado financiero dándole mayor innovación, liquidez e integración a dicho mercado”²⁷.

Esta ley derogó los artículos 18 bis, 18 ter y 18 quáter²⁸ e introdujo un nuevo régimen relacionado con los mercados de capitales a través de los artículos

27 González Rubilar, C., 2010. “Reforma al Mercado de Capitales (MKIII)”, Revista de estudios tributarios N°3, p. 234.

28 Inciso primero del número 1 del artículo 6° de la ley 20.448 del 13 de agosto del año 2010

106, 107, 108 y 109²⁹, los cuales vienen a remplazar respectivamente los artículos derogados, todos de la LIR.

Para nuestro caso, el artículo 107 de la LIR (ex 18 ter), en su inciso primero, establece que no constituirá renta el MV obtenido en la enajenación de las acciones de SAA constituidas en Chile con presencia bursátil que cumpla con los siguientes requisitos:

Requisitos en la adquisición de las acciones

- En una bolsa de valores del país autorizada por la SVS, o
- En un proceso de OPA regida por el Título XXV de la Ley de S.A., o
- En una colocación de acciones de primera emisión, con motivo de la constitución de la sociedad o de un aumento de capital posterior, o
- Con ocasión del canje de valores de oferta pública convertibles en acciones, o
- En un rescate de valores acogido a lo dispuesto en el artículo 109, y

Si las acciones se hubieren adquirido antes de su colocación en bolsa, el mayor valor INR será el que resulte por sobre el valor superior entre el de dicha colocación o el valor de libros que la acción tuviera el día antes de su colocación en bolsa, quedando en consecuencia afecto a los impuestos de esta ley, en la forma dispuesta en el artículo 17, el mayor valor que resulte de comparar el valor de adquisición inicial, debidamente reajustado en la forma dispuesta en dicho artículo, con el valor señalado precedentemente. Para determinar el valor de libros se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 41.

²⁹ Número 3 del artículo 6° de la ley 20.448 del 13 de agosto del año 2010

Requisitos para la enajenación de las acciones

- Una bolsa de valores del país autorizada por la SVS, o
- En un proceso de OPA regida por el Título XXV de la Ley de S.A. o
- En el aporte de valores acogido a lo dispuesto en el artículo 109;

6.4.- ADQUISICIÓN DE ACCIONES DE PROPIA EMISIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS.

La ley 19.705 modifica entre otras materias, al artículo 27 de la ley de S.A. y el artículo 21 de la LIR. Esta ley incorpora a continuación del N°3 del artículo 27 de la ley de S.A. nuevas situaciones sobre adquisición de acciones de propia emisión para las SAA e incorpora los nuevos artículos 27A al 27D, en los cuales se establecieron las condiciones para adquirirlas.

Para nuestro análisis, profundizaremos las situaciones establecidas en los artículos 27A y 27C, los cuales tienen directa vinculación con el artículo 21 de la LIR cuando dejan de cumplir ciertos requisitos.

El nuevo artículo 27A señala que las S.A. cuyas acciones tengan transacción bursátil podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión, bajo las siguientes condiciones copulativas:

a) Que sea acordado por junta extraordinaria de accionistas por las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto;

b) La adquisición sólo podrá hacerse hasta por el monto de las utilidades retenidas, y

c) Si la sociedad tuviere series de acciones, la oferta de adquisición deberá hacerse en proporción al número de acciones de cada serie, que tenga transacción bursátil.

Por otro lado, el artículo 27C señala que las acciones adquiridas en virtud de lo dispuesto por el número 4) del artículo 27, es decir, a través de un acuerdo por junta extraordinaria de accionistas para adquirir acciones de propia emisión, deberán ser enajenadas por la sociedad dentro del plazo máximo de veinticuatro meses a contar de su adquisición, y si así no se hiciere, el capital quedará disminuido de pleno derecho.

Además, de no cumplirse con la enajenación de las acciones en el plazo antes indicado, se establece una sanción en carácter de impuesto único en el artículo 21 de la LIR, sanción que el ejecutivo, en el proyecto de modernización tributaria propone eliminar, surgiendo la interrogante de cuáles serían los efectos y el porqué de esta eliminación.

“Permite estas normas la adquisición de acciones por la propia sociedad, sin exigir se señale en forma expresa la causa u objeto que debe tener la sociedad para realizar la operación, pero, de alguna manera puede deducirse tal propósito ya que solo se permite a las sociedades que tengan transacción bursátil el uso de este artificio. Si solamente se permite a esas sociedades (que transan sus acciones en bolsa) habrá que concluir que ello será para influir en el valor de transacción bursátil de las acciones. De otra manera, se debería permitir a cualquier otra anónima³⁰”.

30 Puelma Accorsi, Á., 2001. Sociedades Anónimas, Tomo II, Tercera Edición, pp. 523, 524

A continuación, analizaremos los dos efectos que se producen al no cumplir con la enajenación de acciones de acuerdo al artículo 27 C de la Ley de S.A. En primer lugar la sanción que actualmente se encuentra en el literal iii) del artículo 21 de la LIR, y posteriormente la devolución de capital de pleno derecho.

6.4.1.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 21 DE LA LIR

Como se comentó anteriormente, la ley 19.705 agregó un nuevo literal en el artículo 21 de la LIR. Para ver qué significa esto y cuáles son sus efectos se analizará a continuación el artículo 21 antes mencionado.

El artículo 21 de la LIR vigente a la fecha de incorporación de esta sanción (año 2000), tenía diferencias de acuerdo con en el tipo jurídico de la sociedad que estaba afecta a este impuesto.

Si se trataba de empresarios individuales o sociedades (excluidas las S.A.), que determinan renta efectiva mediante contabilidad completa, estos deberán considerar como retiradas al término del ejercicio las partidas que señala el N° 1 del artículo 33 de la LIR que correspondan a retiros de especies o cantidades que representen un desembolso efectivo de dinero; los retiros presuntos y garantías ejecutadas sobre bienes de la empresa entregados en favor de los socios para su tributación con los IF, es decir, los gastos afectos con el artículo 21 de la LIR formarán parte de la base imponible del socio, ya sea del IGC o IA, si el socio era una persona jurídica, este gasto deberá llegar hasta un socio afecto a IF.

En el caso de las S.A. y los contribuyentes del N°1 del artículo 58 se aplicará un impuesto en carácter de único de 35% sobre las cantidades descritas anteriormente, además de los préstamos que las SAC efectúen a sus accionistas personas naturales, y de la adquisición de acciones de su propia emisión que no se vendan en los plazos establecidos en el artículo 27C de la ley de S.A.

“La estructura del artículo 21 de la LIR se basa sobre un régimen tributario basado en retiros y distribuciones, dependiendo de la estructura jurídica de quien estaba afecto a dicho artículo y tenía como finalidades, por una parte, atribuir el incremento de patrimonio y su percepción al sujeto a pesar de que el socio o accionista no ha efectuado directamente el retiro, y por otra, operar como norma antielusión frente a ciertas maniobras del contribuyente. Respecto de este último, lo que la norma busca es afectar los egresos disfrazados o encubiertos que permitirían evadir el impuesto personal del propietario de la empresa”³¹.

Como ya se indicó anteriormente, en caso de no cumplir con el plazo del artículo 27C de la ley de S.A., el capital de la sociedad quedará disminuido de pleno derecho y se aplicará la sanción del artículo 21 de la LIR.

Inicialmente, esta sanción estaba incluida en el inciso tercero del artículo 21 de LIR y “tiene como objetivo incluir en el régimen de presunción de retiro establecido en dicha disposición, los recursos que la sociedad anónima hubiere destinado a tales adquisiciones, cuando no se enajenen las acciones en los términos del artículo 27C”³². Este artículo fue aprobado por unanimidad.

31 Brand Fuentealba, F., “Retiros indirectos del artículo 21 de la LIR y los efectos tributarios en su aplicación”, Tesis para optar al grado de Magister en Tributación, Universidad de Chile, Santiago, 2017. p.9

32 Historia de la Ley 19.705, Primer Informe de Comisión de Hacienda de fecha 01-04-2000

Por su parte, el ministro de hacienda de la época, el Sr. Nicolás Eyzaguirre evidenciaba la existencia de problemas con todos los participantes del proceso de adquisición de acciones de propia emisión y explicaba a los parlamentarios en discusión en sala que esta nueva ley resuelve el problema.

“Otro aspecto abordado en esta iniciativa legal es la recompra de acciones de propia emisión por parte de las SAA. Este mecanismo permite, entre otras cosas, alinear de mejor forma los intereses entre los distintos agentes involucrados al interior de las empresas. En todo caso, la propuesta cuida en especial de considerar los resguardos pertinentes, para no provocar desavenencias entre acreedores, accionistas y el propio Fisco”³³.

Con la sanción antes mencionada se buscaba evitar que los accionistas enajenaran las acciones y posteriormente la sociedad hiciera una disminución de capital al no venderlas, ya que no es lo mismo una tributación por enajenación de acciones (porque existe un costo asociado cuando se adquirió), que una disminución de capital.

Con la ley 20.630³⁴, si bien el origen y los efectos son los mismos, se cambia radicalmente la estructura y forma de tributación del artículo 21 de la LIR. Ya no se hace distinción a la forma jurídica de quien queda afecto, sino que la sanción determinada recaerá dependiendo de quien cometió el gasto rechazado, es decir, el gasto incurrido por la sociedad puede ser asignado al socio o accionista que originó el gasto rechazado.

33 Historia de la Ley 19.705, Discusión en Sala de fecha 18-04-2000

34 Número 8 del artículo 1° de la ley 20.630 del 27 de septiembre del año 2012

Cabe consignar que, con esta ley, la sanción establecida en el literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR, relacionada con el artículo 27 A y 27 C de la ley de S.A. no sufre cambio alguno.

Posteriormente, con la publicación de la ley 20.780, a contar del 01 de enero de 2017 la sanción aumenta de un 35% a un 40%³⁵, sin sufrir más cambios por este incumplimiento.

6.4.2.- NORMAS ANTIELUSIVAS

Como se comentó anteriormente, el artículo 21 de la LIR tiene como finalidad impedir ciertas maniobras de los contribuyentes. Indudablemente en nuestra legislación podemos encontrar un número importante de normas antielusivas que tienen por objeto desalentar, impedir o prohibir la elusión tributaria. Como por ejemplo, en la LIR encontramos las reglas de precios de transferencia del artículo 41 E, las reglas sobre retiros encubiertos del artículo 21, las sobretasas administrativas del inciso primero del artículo 59 y la facultad del SII para tasar conforme al artículo 64 del CT, entre otras.

En nuestro país, el profesor Jaime García Escobar sostiene que las cláusulas antielusivas “constituyen manifestaciones de tipo legal, que tienen como principal objetivo impedir el desarrollo de la elusión, a la que obviamente la estiman como ilícita³⁶”

35 Inciso primero del número 11 del artículo 1° de la ley 20.780 del 29 de septiembre del año 2014

36 García Escobar, Jaime, Op. Cit., p.13

Normas especiales antielusivas (NEA)

Las NEA, son aquellas que buscan prevenir actos de elusión, y con esto, alcanzar cierto grado de control sobre operaciones particulares que realizan los contribuyentes. El legislador detecta las operaciones elusivas y tipifica una sanción, cerrando la opción que estaba abierta. En otras palabras, cerrando el vacío legal que estaba en ley. Con esto el estado cumple con tomar las medidas que corresponden para evitar la elusión tributaria puntual y parcial, optando por castigar una o varias conductas, lo que produce en definitiva el efecto deseado que es evitar el abuso de la norma.

Las NEA “son manifestaciones del Poder Legislativo, quien frente a un “hoyo de elusión”, dicta una norma que tiene como objetivo tapanlo, vale decir, se trata de una legislación que se va dictando en la medida que el órgano administrativo (SII) va detectando conductas desarrolladas por los contribuyentes, a través de las que se genera elusión tributaria. Pueden adoptar las formas de hechos imponibles complementarios, presunciones o ficciones tributarias³⁷

Normas generales antielusivas (NGA)

A raíz de la ley 20.780 del año 2014 y algunas precisiones realizadas en la ley 20.899 del año 2016, en Chile existe una NGA, que está plasmada en los artículos 4° bis, 4° ter, 4° quáter y 4° quinquies, todos del Código Tributario.

³⁷ García Escobar, Jaime, Op. Cit., p.13

Las NGA, son aquellas que facultan a las administración tributaria para calificar y/o recalificar actos o negocios jurídicos celebrados por los contribuyentes. Con esto, el legislador no fija un hecho específico, puntual y parcial como una NEA, sino que en términos generales y para varios o todos los casos a la vez, atribuyendo facultades al SII para detectar el abuso o simulación, prescindiendo de las formas jurídicas por las que ha optado el contribuyente.

6.4.3.- DEVOLUCIÓN DE CAPITAL

Como se mencionó anteriormente, si la SAA adquiere acciones de su propia emisión de acuerdo con el artículo 27 A de la ley de S.A. y no las enajenare en los plazos establecidos en el artículo 27 C de la misma ley, el capital quedará disminuido de pleno derecho. Por lo tanto, es necesario describir los efectos tributarios de una devolución de capital de acuerdo con la LIR.

“La LIR en el N°7 del Artículo 17 establece que no constituyen renta las devoluciones de capitales sociales y los reajustes de éstos siempre que no correspondan a utilidades capitalizadas que estén pendientes de tributación”³⁸.

En el mismo número 7 se establece el orden de imputación para dichas devoluciones, indicando que se imputarán en primer lugar a las utilidades pendientes de tributación y en último término al capital social reajustado solo hasta la concurrencia del monto aportado por el propietario.

38 Araya Ibáñez, G., Ingresos no constitutivos de renta, Edición 2013, página 87

Orden de imputación de la devolución de capital en el régimen 14 B de la LIR

En relación con el orden de imputación, el SII³⁹ indicó que para el régimen 14 B, el orden será el siguiente:

- 1° Fondo de Utilidades Reinvertidas (FUR),
- 2° Renta Afecta a Impuesto (RAI),
- 3° Fondo de Utilidades Financieras (FUF),
- 4° Rentas Exentas (REX),
- 5° Cantidades acumuladas que exceden los registros FUR, RAI, FUF y REX,
- 6° Capital social y sus reajustes,
- 7° Otras cantidades.

6.5.- PRINCIPIOS DE UN SISTEMA TRIBUTARIO

Un sistema tributario debiese cumplir con los conceptos de equidad y eficiencia. En cuanto a la equidad, se habla de un sistema tributario equitativo cuando cada contribuyente paga lo que le corresponde. En cuanto a la eficiencia, se dice que “un sistema tributario es eficiente cuando no interfiere la asignación eficiente de los recursos”⁴⁰.

La equidad debe ser horizontal, vertical e intergeneracional. La equidad horizontal consiste en que los contribuyentes que tengan la misma capacidad de

39 Circular N° 49 del 14 de Julio de 2016 del SII

40 Yañez Henríquez, J., 2015. “Tributación: Equidad y/o eficiencia”, Revista de estudios tributarios N°12, p. 240.

pago deben pagar lo mismo o que los contribuyentes que tengan el mismo nivel de ingreso deben pagar el mismo monto de impuesto. La equidad vertical consiste en que las personas que tienen un mayor nivel de ingreso deben pagar una mayor cantidad de impuesto. Mientras que la intergeneracional “se aplica cuando el gobierno lleva a cabo ciertos gastos que tienen la siguiente particularidad: producen un flujo de beneficios a través de un largo periodo de tiempo, de manera que pueden resultar beneficiadas varias generaciones. Estos gastos corresponden al financiamiento de grandes proyectos de inversión, como, por ejemplo, un tren subterráneo, un puerto, un aeropuerto, etc.”⁴¹

En cuanto a la eficiencia, dos características importantes son la simplicidad y la neutralidad. La simplicidad indica que los sistemas tributarios deben ser fáciles de entender por todos los contribuyentes, es decir, que las normas tributarias sean comprensibles y de fácil declaración. En cuanto a la neutralidad, la analizaremos con mayor detalle a continuación.

6.5.1.- NEUTRALIDAD

La neutralidad “se manifiesta en que la tributación no discrimine por el origen de los ingresos”⁴², es decir, “que los impuestos no distorsionen ninguna de las decisiones que toman los agentes económicos”⁴³. Para nuestro trabajo cobra relevancia este principio, ya que al analizar las dos opciones que tiene el

41 Yañez Henríquez, J., 2015. “Tributación: Equidad y/o eficiencia”, Revista de estudios tributarios N°12, p. 245.

42 Jorrat, M., Barra, P., 1998. “Un análisis del sistema tributario chileno”, Subdirección de estudios, SII

43 Faúndez Ugalde, A., 2018. “El problema del concepto actual de establecimiento permanente en los convenios de doble tributación internacional frente a los nuevos desafíos fiscales en la economía digital” Revista chilena de derecho y tecnología, vol. 7, N°1.

accionista disidente para enajenar sus acciones, la decisión de escoger una opción en vez de otra se puede ver influenciada por una ventaja netamente impositiva, por lo tanto, el principio de neutralidad se vería afectado. Por esta razón, al comparar las dos opciones que tiene dicho accionista de enajenar sus acciones se debe considerar si se verá afectado el principio de neutralidad y en qué medida, y si el legislador consideró los posibles efectos que esto conlleva.

Por lo descrito anteriormente, las interrogantes a dar respuesta en el desarrollo de este trabajo corresponden a:

- ¿Cuáles son los efectos tributarios para el accionista disidente entre vender las acciones a la sociedad producto de ejercer el derecho a retiro según la ley de S.A., versus la venta de sus acciones directamente en bolsa?
- ¿Cuáles son los efectos de la eliminación del literal iii del inciso primero del artículo 21 de la LIR?

CAPÍTULO II

7.- EFECTOS DE LA ELIMINACIÓN DEL LITERAL iii) DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 21 DE LA LIR

7.1.- JUSTICIA TRIBUTARIA, NORMAS ESPECIALES Y GENERALES ANTIELUSIVAS

De acuerdo a lo mencionado en el capítulo I, el poder ejecutivo envió el pasado 23 de Agosto de 2018 el proyecto denominado modernización tributaria, el cual elimina el literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR, que señala que estarán afectas las cantidades que la sociedad hubiere destinado a la adquisición de acciones de su propia emisión de conformidad al artículo 27 A de la ley de S.A. y que no fueran enajenadas dentro del plazo establecido en el artículo 27 C de la misma ley (24 meses desde su adquisición).

Dentro de la historia de la ley 19.705 del año 2000 (primer informe de comisión de hacienda del 01-04-2000), encontramos respuesta a una de nuestras interrogantes, lo cual motivó la incorporación de la sanción del literal iii). En dicho informe señala claramente que “tienen por objetivo evitar que se burlen las normas tributarias, cuando se efectúen recompras de acciones de propia emisión por parte de las sociedades anónimas abiertas, de tal manera que el uso de esta figura no sea una forma de extraer utilidades de las empresas, ni que ellas dejen de tributar bajo el régimen normal a que están afectas en la actualidad”⁴⁴

En el mismo informe, se comenta que “la modificación al inciso tercero del artículo 21 de la LIR tiene como objetivo incluir en el régimen de presunción de

⁴⁴ Historia de la ley 19.705, primer informe de comisión de hacienda, página 218.

retiro establecido en dicha disposición, los recursos que la sociedad anónima hubiere destinado a tales adquisiciones, cuando no se enajenen las acciones en los términos del artículo 27 C.⁴⁵

Como se observa, la intención del legislador de incorporar este hecho gravado para afectarlo con el impuesto único de tasa 40%⁴⁶, establecido en el artículo 21 de la LIR, era evitar que los contribuyentes extraigan utilidades, inhibiendo la distribución desde sus empresas a través de un mecanismo que impida o desvirtúe la tributación que le corresponde a tales utilidades con los impuestos finales, lo que actualmente quedaría abarcado en el ámbito del abuso o simulación.

Esto puede ocurrir cuando el accionista vende las acciones a la propia sociedad, ya que este puede utilizar el costo de adquisición al precio de venta de las acciones, por ejemplo, adquirir acciones en \$90.000.000 y por la venta recibe \$100.000.000, por lo tanto, tributaría por el mayor valor de \$10.000.000. Posteriormente, esta sociedad enajena las acciones a los mismos \$100.000.000 (no generando mayor ni menor valor), terminando con el efecto de dicho acto. Sin embargo, si la sociedad no cumple con el plazo establecido en el artículo 27 C, es decir, no las enajena antes de los 24 meses, se produce una disminución de capital de pleno derecho. Esto significa, que el patrimonio de la sociedad queda disminuido y que lo que en realidad se realizó fue una devolución de capital y no una enajenación, por ende, la tributación debió ser distinta.

45 Historia de la Ley 19.705, Primer Informe de Comisión de Hacienda, página 219.

46 Tasa vigente a contar del 01 de Enero de 2017.

Esto se podría corroborar de la siguiente forma:

<u>3) Determinación del resultado de la enajenación</u>	
90.000.000	Costo tributario
100.000.000	Precio de Venta
<u>10.000.000</u>	<u>Resultado enajenación</u>

Como ya se comentó, al vender las acciones a la sociedad se genera un mayor valor de \$10.000.000, valor por el cual tributará. Sin embargo, lo que debió suceder era una devolución de capital. Esa tributación correspondía de acuerdo al N° 7 del artículo 17 de la LIR, por lo tanto la venta de \$100.000.000 deberán ser imputados en primera instancia al registro RAI y a los siguientes registros si los hubieran. En el caso de ser cubiertos por el registro RAI, el valor de venta de \$100.000.000 serán los que se agregaran a la base imponible del accionista, muy distinto a lo que realmente sucedió que fueron \$10.000.000. Ante esta importante diferencia de tributación, surge la sanción que actualmente se encuentra en el literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR. Dicha sanción está dirigida a la sociedad, debido a la difícil fiscalización de una persona natural, ya que después de 2 años es más difícil pedir el reintegro de los impuestos pagados por un accionista y por tanto se decide sancionar a la sociedad.

Indudablemente, la regla general es que no existe inconveniente para que una sociedad adquiera acciones de su propia emisión, sin embargo, si esta sanción es eliminada podría dar promoción a un esquema tributario que tiene la aptitud de generar un impacto en la base tributaria de la renta.

Por lo anterior, estamos en presencia de una de las NEA, que existe en nuestra LIR y que, por consiguiente, está acompañada de sus falencias al ser muy específica. Una de las características de la NEA es que, si bien es una solución absolutamente efectiva respecto de la forma particular de elusión que ataca, acarrea una serie de otros problemas que pueden ser más graves aún, como la creatividad de los contribuyentes en búsqueda de lograr un beneficio. Relacionado con lo anterior, al intentar cerrar esos flancos de elusión, la norma es cambiada constantemente complejizando su interpretación, y además, produce pérdida de esencia de la norma producto de las reiteradas modificaciones.

En la actualidad, no existen antecedentes ni discusiones para respaldar la eliminación del literal iii), sin perjuicio de lo anterior, a raíz de la reforma tributaria y la simplificación de esta, (ley 20.780 del año 2014 y ley 20.899 del año 2016), con la incorporación de las NGA, establecidas en los nuevos artículos 4° bis, 4° ter, 4° quáter y 4° quinquies del CT, se podría asumir que son suficientes para abordar casos de abuso o simulación en la adquisición de acciones de propia emisión, por lo que ya no sería necesaria una NEA para este caso en particular y que frente a este cambio normativo, el mercado se autorregule, inhibiendo el margen de elusión que deja el plazo de 24 meses establecido en el artículo 27 C de la Ley de S.A.. Actualmente, la única anomalía de esta sanción es temporal (el periodo sin desprenderse a las acciones).

Recordemos también que, el inciso 4° del artículo 4° bis del CT, señala que “En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quáter”, y por tanto al eliminarse la sanción del literal iii) del inciso primero

del artículo 21 de la LIR, cualquier acto considerado como elusivo, estará sujeta a evaluación por parte de la autoridad tributaria y se podría poner a prueba la justificación del negocio y en caso de que la autoridad tributaria determine que si hubo abuso o simulación, podría ser recalificada dicha operación bajo las NGA.

Las NGA, son reglas de carácter abstracto y general, creadas con el fin de regular casos no identificados en la hipótesis de incidencia de normas específicas, y que autorizan a la administración para aplicar la sanción prevista por el ordenamiento jurídico de que se trate (desestimación y recalificación de los negocios celebrados elusivamente).⁴⁷

Estas modificaciones tienen por objeto principal otorgar a la administración tributaria facultades para impugnar los actos o negocios u otras actividades llevadas a cabo por los contribuyentes con abuso de las formas jurídicas o simuladamente con la finalidad exclusiva o principal de eludir el pago de impuestos; las que serán susceptibles del respectivo control de los tribunales de justicia.⁴⁸

No cabe duda de que la distribución de dividendos y las devoluciones de capital estén en la lista de posibilidades que tiene un contribuyente para obtener recursos de las empresas, pero estas tienen un costo impositivo muy alto si se considera que dentro de sus registros existen utilidades pendientes de tributación. Por lo tanto, una recompra de acciones de propia emisión resulta ser más atractiva, porque el accionista que vende o llega acuerdo de precio por acción con

47 Charlas del SII, 04 de Noviembre de 2014, Subdirección Jurídica

48 Circular N° 55 del año 2015 del SII

la sociedad anónima, obtendrá como beneficio un INR y eludiendo la posibilidad que tribute por régimen general.

Es importante destacar que la adquisición de acciones de propia emisión puede ser utilizada con un fin distinto para lo que pensó el legislador. Tal es el caso respecto de la distribución de dividendos y la devolución de capital.

También podemos considerar que esta medida viene a potenciar el concepto amplio de la justicia tributaria. En Chile, desde el año 2009 y hasta su implementación completa en el año 2012 de los Tribunales Tributarios y Aduaneros (“TTA”, Ley 20.322), se puede hablar de Justicia Tributaria, es decir, que los contribuyentes puedan ser juzgados con igualdad de condiciones y por una institución jurisdiccional independiente de la autoridad administrativa.

7.2.- CONCLUSIONES

Cuando el legislador discutía la ley 19.705 del año 2000, preveía las posibles fugas de renta (dividendos y devolución de capital), que reproduce la adquisición de acciones de propia emisión o recompra de acciones, también se discutía en aquellos años la expansión que requería el país en materia de mercados de capitales y traspasos de propiedad de las sociedades. Se requería que las empresas tuvieran una opción para que no cayera el valor patrimonial de la empresa, cuando existían periodos de baja de precios de las acciones y otorgar un plazo mayor a los 18 meses que se propuso inicialmente para su enajenación. Otra discusión permanente, era la relacionada con que no se repitieran casos emblemáticos, como lo fue el caso chispas, que en reiteradas ocasiones era considerado “el ejemplo” cuando se discutía esta ley.

Por lo tanto, el impacto de la eliminación del literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR, toma mayor relevancia debido a que con esta medida se refuerza la idea central, que es evitar el abuso o simulación, medidas antielusivas impuestas por el legislador, eliminando una NEA e indirectamente reemplazarla por una NGA.

El objetivo inicial era evitar que se burlen las normas tributarias, cuando se efectúe adquisición de acciones de propia emisión por parte de las SAA, situación que puede extenderse hasta en 24 meses sin sanción de acuerdo a la normativa del literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR.

A modo de ejemplo y en caso de ser aprobado en particular la decisión de eliminar dicho literal iii), se podría discutir la razón económica que tuvo la SAA para destinar recursos sociales a la adquisición de acciones de propia emisión, recordando que estas decisiones afectan a todos los accionistas y que son

tomadas por los accionistas mayoritarios o controladores de la sociedad, y por lo tanto, como hemos explicado en esta investigación, en muchas ocasiones tienen repercusiones nefastas para los accionistas minoritarios.

Sin lugar a dudas, no se pone en duda de que las SAA pueden utilizar la compra de acciones de propia emisión para un fin económico o un fin social en beneficio de todos los accionistas, pero si es aprobado la eliminación del literal iii) del inciso primero del artículo 21 de la LIR, la sociedad y sus controladores quedarían en una situación de exposición que antes no tenían, pues si es investigada bajo el alero de las NGA, deberán demostrar las razones que justificaron dicha recompra de acciones y probablemente demostrar que era mejor opción versus otro tipo de inversiones, pero ahora considerando otra variable, no existirá la anomalía del periodo de 24 meses. Entonces, al ser pública la información de las SAA, podrían ser investigados desde el primer mes.

8.- BIBLIOGRAFÍA

8.1.- LIBROS

Puelma Accorsi, Á., 1996. *Sociedades, Tomo II Sociedades Anónimas, Tercera Edición*, Editorial jurídica de Chile

Eyzaguirre, C. y Cabello, N., 2009, *Apuntes Derecho Comercial II Sociedades*

Equipo editorial Thomson Reuters, 2018, *Manual práctico de impuesto a la renta AT. 2018*, Thomson Reuters

Araya Ibáñez, G., *Ingresos no constitutivos de renta*, Legal Publishing

Novoa Galán, R. y Novoa Muñoz, G., 1997, *Derecho del mercado de capitales*, Editorial Jurídica de Chile

Gilberto Villegas, Carlos, 1995, *Tratado de las Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile. Disponible en

<https://books.google.cl/books?>

[id=kvGVAzmE440C&printsec=frontcover&q=&hl=en#v=onepage&q&f=false](https://books.google.cl/books?id=kvGVAzmE440C&printsec=frontcover&q=&hl=en#v=onepage&q&f=false)

8.2.- REVISTAS

González Rubilar, C., 2010. “Reforma al Mercado de Capitales (MKIII)”, Revista de estudios tributarios N° 3, p. 234.

Yáñez Henríquez, J., 2015. “Tributación: Equidad y/o eficiencia”, Revista de estudios tributarios N° 12.

Jorrat, M., Barra, P., 1998. ” Un análisis del sistema tributario chileno”, Subdirección de estudios, Servicio de Impuestos Internos

Faúndez Ugalde, A., 2018. “El problema del concepto actual de establecimiento permanente en los convenios de doble tributación internacional frente a los nuevos desafíos fiscales en la economía digital” Revista chilena de derecho y tecnología, vol. 7, N°1.

GARCÍA ESCOBAR, JAIME, “La naturaleza jurídica de la elusión tributaria”, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 13, Santiago, agosto de 2005. Disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/96e82fa1-45c1-4ea4-b372-e56ead41e8b1/9.pdf?MOD=AJPERES>

8.3.- TESIS

Brand Fuentealba, F., “Retiros indirectos del artículo 21 de la LIR y los efectos tributarios en su aplicación”, Tesis para optar al grado de Magister en Tributación, Universidad de Chile, Santiago, 2017.

Torrealba, F. "El derecho a retiro en Chile: ¿Real medida de protección para el accionista disidente?," tesina para la carrera de derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2011

Jiménez Figueroa, H., "Efectos tributarios en el derecho a retiro en sociedades de responsabilidad limitada", AFE para optar al grado de Magister en Tributación, Universidad de Chile, Santiago, 2018.

Meza Rojas, R., "Elusión y normas antielusivas a la luz de la constitución política de la república", Memoria para optar al grado licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2015.

8.4.- LEYES

Decreto Ley N° 824, Aprueba texto que indica de la ley sobre impuesto a la renta. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 27 de diciembre de 1974, última versión el 08 de febrero de 2018

Ley N°18.045, Mercado de Valores. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 21 de octubre de 1981, última versión 10 de octubre de 2014

Ley N°18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 21 de octubre de 1981, última versión 12 de enero de 2019

Ley N°19.705, Introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 26 de julio de 2010, última versión 20 de diciembre de 2000.

Ley N°19.768, Introduce adecuaciones de índole tributaria al mercado de capitales y flexibiliza el mecanismo de ahorro voluntario. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 24 de octubre de 2001, última versión 30 de septiembre de 2010.

Ley N°20.190, Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 17 de mayo de 2007, última versión 01 de enero de 2017.

Ley N°20.448, Introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 26 de julio de 2010, última versión 30 de septiembre de 2010.

Ley N°20.630, Perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 24 de septiembre de 2012, última versión 01 de enero de 2013.

Ley N°20.780, Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada el 26 de septiembre de 2014, última versión 01 de diciembre de 2017.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la ley N°18.045, Ley de Mercado de Valores, publicado el 22 de octubre de 1981.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la ley N°18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas, publicado el 22 de octubre de 1981.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la ley N°19.705, Regula ofertas públicas de adquisición de acciones y establece régimen de gobiernos corporativos, publicado el 20 de diciembre de 2000.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Circular N°07 del 25 de Enero de 2005.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Circular N°10 del 31 de Enero de 2012.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Circular N°49 del 14 de Julio de 2016.

