



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
7584 (1375) 2014

90 años

3743 51

ORD.: _____/_____/

MAT.: 1.- Se reconsidera el Dictamen N° 2127/020 de 06.06.2014, en el sentido que, en lo referido a doña Sharon Pollack, aún cuando reviste el carácter de socia minoritaria y no ejerce la representación de Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda., los servicios prestados por aquella en favor de esta última, no revisten el carácter de relación laboral, al no evidenciarse los supuestos de subordinación y dependencia consagrados en el artículo 7 del Código del Trabajo.

2.- Los socios que perciben "sueldo empresarial", conforme a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Pensiones, deben enterar las cotizaciones previsionales en carácter de afiliados independientes.

3.- La cotización al seguro de cesantía consagrado en la Ley N° 19.728, solo resulta obligatoria para aquellos socios que mantienen vínculo laboral con la sociedad en que participan.

ANT.: 1) Instrucciones de 17.06.2015, de Jefe de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S)
2) Ordinario N° 29140 de 10.12.2014, de doña Olga Fuentes Contreras, Superintendente de Pensiones (S)
3) Ordinario N° 1104 de 26.08.2014, de doña Carolina Moreno Ramírez, Inspectora Comunal del Trabajo de Providencia (S)
4) Ordinario N° 3060 de 12.08.2014, de Jefe de Departamento Jurídico
5) Ingreso de fiscalización de 04.08.2014, correspondiente a comisión inspectiva N° 13.12.2014.2638
6) Pase N° 1168 de 03.07.2014, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo
7) Presentación de 01.07.2014, de don Jorge Schlesinger en representación de Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda.

FUENTES: Artículo 7 del Código del Trabajo, artículo 1° Ley N° 19.728 sobre Seguro de Cesantía, y artículo 31 N° 6 de la Ley Sobre Impuesto a la Renta

23 JUL 2015

SANTIAGO,

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : JORGE SCHLESINGER
jorge_schlesinger@yahoo.com

Mediante presentación del antecedente 7), ha solicitado la reconsideración del Dictamen N° 2127/020 de 06.06.2014, atendido que en el citado pronunciamiento se concluyó que, en base a los antecedentes analizados, no existiría impedimento para la existencia de relación laboral entre doña Sharon Paola Pollack Dvorquez y la Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda, lo cual incidiría en la obligatoriedad de efectuar los respectivos aportes al seguro de cesantía.

Cabe considerar que, este Servicio mediante Dictamen N° 2127/020 de 06.06.2014, analizó la estructura societaria y de participación en la propiedad de la Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda., observándose los siguientes hechos:

1.- Que la propiedad de la Soc. Gastronómica Parnasa Ltda, recae en un 98% en Sociedad de Inversiones y Alimentos Mager Ltda, en tanto que don Marcelo Schwarc y doña Sharon Pollack, poseen respectivamente el 1% del capital y los derechos sociales.

2.- Que la administración, representación y uso de razón social de las sociedades Gastronómica Parnasa Ltda. e Inversiones y Alimentos Mager Ltda., corresponden al socio don Marcelo Schwarc.

En base a tales antecedentes, en el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, se hizo aplicación de la reiterada doctrina institucional, contenida entre otros en Dictamen N° 3.709/111 de 23.05.91, que en lo pertinente señala:

"el hecho de que una persona detente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y de 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 lo que, en lo referente al socio Marcelo Schwarc, se declaró que no resultaba jurídicamente procedente la existencia de relación laboral, y en consecuencia, no tenía obligación de enterar el aporte correspondiente al Seguro de Cesantía, por ser una obligación que deriva de la existencia de un vínculo de naturaleza laboral.

Por el contrario, respecto a la socia doña Sharon Pollack, se instruyó en el sentido que, atendido que su participación en la sociedad, lo es en carácter de socia minoritaria y sin facultades de representación, no se advertía la existencia de obstáculo jurídico al nacimiento de una relación laboral entre ella y la Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda.

Ahora bien, atendido que la solicitud de reconsideración centra su base argumental en que los pagos efectuados por la sociedad en favor de la señora Pollack, tienen por causa la participación de ésta en calidad de socia, razón por la que se le ha asignado un "sueldo empresarial" de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31 N° 6 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, se ha estimado necesario consultar a la Superintendencia de Pensiones, a fin que dicho organismo informe el régimen previsional aplicable a tales asignaciones pecuniarias.

Al tenor de lo expuesto, la Superintendencia de Pensiones, mediante ordinario del antecedente 2), informó:

"...Que de acuerdo con el inciso tercero del N° 6 del artículo 31, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, y las instrucciones impartidas por el Servicio de Impuestos Internos para su aplicación, contenidas fundamentalmente en la Circular N° 42 de 1990, se permite a los contribuyentes de Primera Categoría aceptar

como gasto necesario para producir la renta de la empresa, la remuneración del socio de sociedades de personas y socio gestor de sociedades en comandita por acciones y la que se asigne el empresario individual, cuando efectiva y permanentemente trabaje en el negocio o empresa, hasta por el monto que hubiera estado afecto a cotizaciones previsionales obligatorias, siempre y cuando respecto de tales remuneraciones se cumplan con los siguientes requisitos y condiciones copulativas:

a) Que el empresario individual y los socios de las sociedades respectivas, trabajen en forma efectiva y permanente en el negocio o empresa.

b) La mencionada rebaja procederá sólo hasta el monto que las remuneraciones asignadas queden afectas a cotizaciones previsionales obligatorias.

(En relación a lo señalado en la letra b) es útil considerar que conforme al artículo 16 del D.L. N° 3.500, de 1980, modificado por la Ley N° 20.255, la remuneración y renta mensual tendrán un límite máximo imponible de sesenta unidades de fomento reajustadas considerando la variación del índice de remuneraciones reales determinadas por el Instituto Nacional de Estadísticas el que durante el año 2014 es de 72.3 U.F.)

c) Que las citadas remuneraciones queden sujetas al Impuesto Único de Segunda Categoría, conforme a las normas generales que regulan este tributo, una vez rebajadas las cotizaciones previsionales, por considerarse rentas del artículo 42 N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, y

d) 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.

Por otra parte, cabe tener en consideración que, en concordancia con los requisitos de carácter copulativo antes señalados establecidos por el Servicio de Impuestos Internos, muy especialmente el de la letra b), resulta útil precisar que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de este Organismo, para que los socios de sociedades de personas, socio gestor de sociedades en comandita por acciones, y el empresario individual, puedan rebajar como gasto necesario para producir la renta, el denominado sueldo empresarial, deben efectuar cotizaciones en el Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500, como afiliados independientes, los que con anterioridad a la reforma previsional, se encontraban regulados por los artículos 89, 90, 91 y 92 del citado D.L. N° 3.500, y debían cotizar en una AFP como trabajadores independientes.

Luego, con ocasión de la reforma previsional establecida por la Ley 20.255, de 2008, el Título IV de la citada ley modificó el régimen previsional de los trabajadores independientes, estableciendo el inciso tercero del nuevo artículo 90, en lo que aquí interesa, lo siguiente: "Los trabajadores independientes que no reciben rentas gravadas por el artículo 42 N° 2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, podrán cotizar conforme a lo establecido en el Párrafo 2° del Título IX del D.L. N° 3.500. No obstante, las cotizaciones de pensiones y salud efectuadas por estos trabajadores independientes tendrán el carácter de cotizaciones previsionales para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta."

A su turno, conviene recordar que el Párrafo 2°, del Título IX se refiere a los afiliados voluntarios, disponiendo el inciso primero del artículo 92 J del D.L. N° 3.500, que toda persona natural que no ejerza una actividad remunerada podrá enterar cotizaciones previsionales en una cuenta de capitalización individual voluntaria de una Administradora, sin perjuicio de lo establecido en el inciso tercero del artículo 90.

De lo anterior se colige que estos trabajadores independientes, en contraposición a aquellos a los que se refiere el inciso primero del artículo 89 del D.L. N° 3.500, de 1980, pueden afiliarse a una AFP y enterar cotizaciones, quedando en tal caso sujetos a los límites de imponibilidad que rigen para los trabajadores dependientes".

Por lo anterior, teniendo como base lo informado por la Superintendencia de Pensiones, resulta posible puntualizar que las sumas asignadas al socio de una sociedad de personas, al socio gestor de sociedades en comandita por

acciones y al empresario individual, en calidad de sueldo empresarial, entre otros requisitos, exigen el entero de los aportes previsionales obligatorios del sistema de pensiones regido por el D.L. 3.500, en calidad de afiliados independientes.

En tanto que, en aquellos casos en que conforme a la jurisprudencia de este Servicio, los socios que se encuentran habilitados para mantener un vínculo laboral con la sociedad en que participan, y en que efectivamente concurren los supuestos que determinen la existencia de relación laboral, los montos pagados revestirán el carácter de remuneración al tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del Código del Trabajo, y consecuentemente serán aplicables las reglas de carácter previsional propias de los trabajadores dependientes.

Asimismo resulta posible inferir que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley N° 19.728, en que se establece el seguro obligatorio de cesantía para los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, tratándose de las asignaciones por "sueldo empresarial", no resulta procedente efectuar el íntegro del aporte a dicho seguro. Por el contrario, evidenciándose la existencia de relación laboral, resultará obligatorio el pago del seguro de cesantía en los términos preceptuados en la referida ley.

Entonces, en cuanto a la situación de doña Sharon Paola Pollack Dvorquez con respecto a la Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda., en que si bien, las características de su rol como socia y su participación en la propiedad, indicarían que resulta jurídicamente procedente la existencia de relación laboral, la aplicación del principio de primacía de la realidad, que rige esta área del Derecho, exige indagar respecto a la forma y naturaleza que efectivamente reviste la prestación de servicios ejecutada por la socia.

Con el fin de satisfacer la necesidad precedentemente expuesta, se requirió visita inspectiva a la Inspección Comunal del Trabajo de Providencia, repartición que mediante antecedente 3), remitió el informe elaborado por la fiscalizadora doña Sandra Ortiz Silva, quien señaló haber efectuado entrevistas a ambos socios por separado y a los trabajadores del local, lo que le habría permitido concluir que, tanto el señor Schwarc como la señora Pollack, son reconocidos como los dueños de la empresa, limitándose en sus actividades a dicha función, no siendo considerados trabajadores de la sociedad.

En particular, de las referidas declaraciones, se advierte que respecto a la prestación de servicios de la socia Sharon Pollack, ésta se caracteriza por:

1.- No estar sujeta al cumplimiento de jornada, pero generalmente concurrir al restaurant durante el horario de almuerzo, entre las 12:00 a 15:30 horas.

2.- No recibir instrucciones, ejecutar tareas y desenvolverse en carácter de dueña del establecimiento.

3.- No tener asignadas funciones específicas, pero cuando es necesario tomar decisiones, adoptarlas en conjunto con el otro socio, quien a la vez es su cónyuge.

A la luz de tales antecedentes, resulta posible concluir que en la especie, si bien la socia señora Pollack ejecuta una prestación de servicios en favor de la sociedad, percibiendo una contraprestación en dinero, aquella no reviste el carácter de relación laboral, al no evidenciarse los supuestos de subordinación y dependencia consagrados en el artículo 7 del Código del Trabajo.

Correlativamente, ante la constatación que la socia percibe "sueldo empresarial", corresponde que para los fines perseguidos por la Ley sobre Impuestos a la Renta, se someta a las reglas de naturaleza previsional contempladas en el D.L. N° 3.500, en carácter de afiliado independiente, conforme a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Pensiones.

Que al tenor de lo señalado, sobre la base que la socia Sharon Pollack no mantiene vínculo laboral con la Sociedad Gastronómica Parnasa

Ltda., no existe obligación a efectuar el aporte al seguro de cesantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.728.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmplame informar a Ud. que, se reconsidera el Dictamen N° 2127/020 de 06.06.2014, y todo otro pronunciamiento jurídico contrario a las siguientes conclusiones:

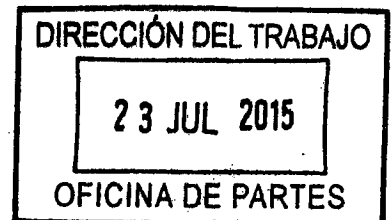
1.- Que en lo referido a doña Sharon Pollack, aún cuando reviste el carácter de socia minoritaria y no ejerce la representación de Sociedad Gastronómica Parnasa Ltda., los servicios prestados por aquella en favor de esta última, no revisten el carácter de relación laboral, al no evidenciarse los supuestos de subordinación y dependencia consagrados en el artículo 7 del Código del Trabajo.

2.- Los socios que perciben "sueldo empresarial", conforme a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Pensiones, deben enterar las cotizaciones previsionales en carácter de afiliados independientes.

3.- La cotización al seguro de cesantía consagrado en la Ley N° 19.728, solo resulta obligatoria para aquellos socios que mantienen vínculo laboral con la sociedad en que participan, no siendo el caso de doña Sharon Pollack.



CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



JFCC/RGR/PRC

Distribución:

- Subsecretario del Trabajo
- Jefe de Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subdirector del Trabajo
- Jurídico
- Boletín
- Divisiones D.T.
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Partes
- Control