

## DERECHO COMERCIAL

# Opciones de compra de acciones para empleados, o "stock options", de una sociedad extranjera

Luis Fernando Silva Ibáñez (Profesor de Derecho Comercial, Universidad de los Andes).  
 Andrés Söchting Herrera (Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile)

**RESUMEN:** Los autores presentan un breve estudio sobre las opciones de compra de acciones para empleados o "stock options", emitidas por una sociedad extranjera a favor de personas residentes en Chile, analizando las normas laborales, tributarias, de mercado de valores y cambiarias que las regulan. Incluyen en su análisis los pocos dictámenes y oficios emitidos por la Dirección del Trabajo y el Servicio de Impuestos Internos que han interpretado la materia. Dada la escasez de pronunciamientos oficiales, los autores explican los principios generales aplicables al tema, dando una solución armónica a las interrogantes surgidas por los vacíos regulatorios.

## INTRODUCCIÓN

Las opciones de compra de acciones para empleados, también llamadas a continuación "stock options" en referencia a su denominación anglosajona, no cuentan en Chile con una legislación que les dé un tratamiento orgánico e integral. En vista de lo anterior, para determinar el régimen aplicable a este tipo de instrumento se debe acudir a distintas normas legales y pronunciamientos de los entes administrativos competentes. Se pueden identificar cinco aspectos distintos de relevancia en la materia: a) Normas de tipo laboral; b) Normas de tipo tributario; c) Normas de mercado de valores; d) Normas de tipo cambiario; y e) Normas de tipo societario. En el presente artículo omitimos referirnos a este último tipo de normas, en atención a que analizaremos el caso de acciones emitidas por una sociedad extranjera, no siendo por tanto aplicables las normas societarias chilenas.

## I. NORMATIVA LABORAL

1.1 *Naturaleza remunerativa de la opción:* Desde un punto de vista laboral, es importante dilucidar si las stock options constituyen o no remuneración. El artículo 41 del Código del Trabajo dispone: "Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo. 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". A su turno, el artículo 42 del Código del Trabajo establece que constituyen remuneración, entre otras partidas, las siguientes: a) el sueldo; b) los sobresueldos, que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo; c) las comisiones, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador; d) las participaciones, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa, y e) las gratificaciones, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.

La Dirección del Trabajo, contestando una consulta específica, emitió el Dictamen Ordinario N° 1816/152, de fecha 8 de mayo de 2000, por medio del cual señaló que "si la empresa otorga a sus trabajadores anualmente, como contrapartida a su rendimiento laboral, la facultad de comprar acciones de la propia empresa u otra relacionada, a un valor prefijado que se mantiene en el tiempo, y el trabajador puede concretar esta opción a 5 años plazo, según si le es conveniente el precio en ese momento de la acción, de ser superior al valor prefijado, se originaría a juicio de la suscrita, una diferencia pecuniaria en favor del trabajador, es decir un ingreso que podría ser considerado remuneración, si el ejercicio de la facultad otorgada al trabajador por la empleadora tuvo por causa el contrato de trabajo, y le produjo un incremento patrimonial real y

efectivo, de compararse el valor preestablecido de la acción y el vigente al momento de la opción de compra". En consecuencia, la Dirección del Trabajo es de la opinión que "las opciones sobre compra de acciones, que otorgaría la empresa al trabajador como contrapartida a su rendimiento laboral, constituirían remuneración, en la oportunidad en que se ejerciera la opción de compra por el trabajador, y por el monto que resultaría de deducir del valor a ese momento de las acciones el prefijado para las mismas determinado previamente, pagado por el trabajador".

Si el precio fijado para la opción fuere menor al precio que la acción tiene al momento de ejercitar dicha opción, se originaría -a juicio de la Dirección del Trabajo- una diferencia pecuniaria a favor del trabajador, es decir, un ingreso que podría ser considerado remuneración, siempre y cuando el ejercicio de la facultad otorgada al trabajador por la empleadora haya tenido por causa el contrato de trabajo.

Habitualmente, la opción de compra la otorga una empresa extranjera que no es la empleadora directa de los trabajadores a los cuales va dirigida dicha oferta, por lo que se podría interpretar que ésta no debería ser considerada como remuneración. Sin embargo, parece posible sostener que si la opción se otorga teniendo como fundamento la calidad de empleado del destinatario, el hecho de que la opción se confiera por una sociedad relacionada o matriz, no alteraría la calificación jurídica de la misma. Al respecto, el Dictamen Ordinario N° 1816/152 citado señala expresamente que la opción de compra calificada de remuneratoria puede referirse a acciones de la empresa empleadora "u otra relacionada".

Teniendo presente lo anterior, algunas empresas han preferido estructurar sus planes de opciones de modo de evitar que tales opciones tengan el carácter de remuneración. Ello, por ejemplo, disponiendo que al momento de ejercer la opción no se genere un incremento patrimonial para el trabajador que se pueda calificar como remuneración. Resulta sí, muchas veces, difícil compatibilizar planes de opciones que no tengan un carácter remuneratorio con las exigencias de las normas sobre mercado de valores, a las que nos referiremos en el párrafo 4 del presente artículo.

1.1.1 *Periodo de indisponibilidad:* Las stock options pueden contemplar un período de indisponibilidad, en el cual éstas no se puedan ejercer. Puede darse el caso que durante dicho período ocurriera el término de la relación laboral en cuya virtud se haya otorgado la citada opción. Este punto no está reglamentado ni en la ley ni en resoluciones administrativas por lo que en la actualidad la respuesta a esta interrogante debe deducirse de los principios generales en la materia. Sobre la base de dichos principios, siempre existe la posibilidad de que algún ex trabajador de la empresa argumente que, desde el momento en que se realizó la oferta, la opción de compra de acciones pasó a formar parte de su patrimonio, por lo que tendría derecho a ejercitarla aun habiéndose puesto término a la relación laboral. Ahora bien, si se ha pactado entre el otorgante y el receptor del beneficio, como una condición para su ejercicio, que la opción sólo pueda ser ejecutada por una persona que tenga la calidad de trabajador de la empresa al momento de hacer efectiva la compra de acciones, creemos que dicho pacto debe respetarse.

1.1.2 *Indemnización por término de contrato de trabajo:* Asimismo, y bajo el supuesto de que la opción forme parte de una relación laboral, tal opción tampoco integraría la indemnización por término de contrato de trabajo, ya que el artículo 172 del Código del Trabajo dispone que se excluyen del cálculo de dicha indemnización "la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorgan en forma esporádica o por una sola vez al año...".

1.1.3 *Cotizaciones previsionales:* Finalmente, cabe hacer presente que sobre el monto de la opción considerado remuneración se deben pagar las cotizaciones previsionales con el tope legal correspondiente.

## 2. NORMATIVA TRIBUTARIA

En relación a la tributación de las stock options, y a modo de explicación general, cabe señalar que estos planes pueden estar afectos a dos tipos de impuestos: al impuesto de 2ª categoría de la rentas del trabajo y al de 1ª categoría por la rentas de capital. El SII emitió los Oficios N° 3.307 de 8 de agosto y N° 4387 de 8 de noviembre, ambos de 2001, que contienen ciertos criterios que son aplicables en general. En dichos oficios se señala lo siguiente:

2.1 *En relación al Impuesto de 2ª categoría:* este Oficio trata dos situaciones:

a) Si las acciones se dieran al trabajador en pago de remuneraciones deberían, en ese caso, gravarse con el Impuesto de 2ª categoría; y b) Si las acciones fueran pagadas o financiadas con recursos propios del trabajador, y el precio de la acción al momento de otorgarse la opción fuera similar al precio bursátil, pero después, al momento de ejercer la opción, el valor de la acción se hubiera incrementado, esa diferencia no constituiría una mayor remuneración o pago en especie que deba tributar con el Impuesto de 2ª categoría, sino que una "plusvalía" no gravada con tal impuesto. Ahora bien, el Oficio no se refiere al caso en que el precio de la acción al tiempo de otorgarse la opción sea menor al valor bursátil, no habiendo quedado por tanto resuelto por la autoridad dicho punto. Por una parte, se podría afirmar que estaría afecto al Impuesto de 2ª categoría solamente la diferencia entre el precio de la acción al momento de otorgarse la opción y el valor de cotización bursátil a esa misma fecha. En relación con el incremento del valor de la acción, considerando como tal la diferencia entre el valor bursátil de la acción a la fecha en que se otorga la opción y el valor bursátil de la acción al momento en que se ejerce la opción, se aplicaría lo ya señalado, esto es, esa diferencia no quedaría, en su calidad de plusvalía, afecta a dicho impuesto. Sin embargo, existen buenas razones y argumentos para sostener que tampoco la diferencia entre el precio de la acción al momento de otorgarse la opción y el valor de cotización bursátil a esa misma fecha, estaría afecto al impuesto de 2ª categoría. En este sentido, debe tenerse en consideración que el impuesto de 2ª categoría se aplica sobre base percibida, siendo el valor de las acciones esencialmente fluctuantes. Adicionalmente, no se ajustaría al espíritu de la Ley de la Renta, el que, bajo la citada ley, se grave una misma renta dos veces (impuesto de 1ª y 2ª categoría). Pareciera relevante que la autoridad diera mayor certeza a este punto, pronunciándose sobre el mismo.

2.2 *En relación al Impuesto de 1ª categoría:* la posible renta o resultado que pueda retribuir la compra o inversión en acciones para el adquirente o accionista (trabajador), sólo puede corresponder al reparto de las utilidades generadas (dividendos), o bien al mayor o menor valor (ganancia o pérdida de capital) con ocasión o en la oportunidad de la enajenación de estos mismo valores. Lo anterior no afecta al emisor de las opciones sino al trabajador, ya que son transacciones llevadas a cabo por cada persona en su calidad de dueño de sus acciones.

En conclusión, el impuesto de 2ª categoría debería pagarse al momento de comprar las acciones y debe ser retenido por el empleador; y el impuesto de 1ª categoría debería pagarse al momento en que el trabajador enajene las mismas, debiendo ser pagado por el propio trabajador.

## 3. NORMATIVA DE MERCADO DE VALORES

El artículo 3 de la Ley N° 18.045 dispone: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por valores cualesquiera títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures, cuotas de fondos mutuos, planes ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión". A su turno, el artículo 4 de la Ley establece: "Se entiende por oferta pública de valores la dirigida al público en general o a ciertos sectores o grupos específicos de éste". La ley señala en su artículo 6, que sólo podrá hacerse oferta pública de valores cuando éstos y su emisor hayan sido inscritos en el Registro de Valores, que para esos efectos lleva la Superintendencia de Valores y Seguros. Asimismo, el artículo 186 de esa misma ley ordena que la oferta pública de valores extranjeros en Chile, o de certificados representativos de éstos, sólo podrán llevarse a efecto cuando se inscriban en el Registro de Valores Extranjeros.

Sin perjuicio de todo lo dicho anteriormente, la mencionada Superintendencia, con fecha 10 de agosto de 2000, emitió la Norma de Carácter General N° 99, por medio de la cual señala que: "No constituyen oferta pública de valores que haga necesario cumplir con los requisitos de los artículos 5º, 6º y 183 y siguientes de la Ley 18.045, en orden a inscribir en el Registro de Valores de esta Superintendencia, al emisor y las acciones por éste emitidas, ya sean

emisoras nacionales o extranjeras, cuando se trate de ofertas de suscripción o adquisición de acciones de una sociedad matriz o de alguna de sus sociedad filiales o coligadas, comprendiéndose tanto las coligadas que los sean de la matriz o de las filiales, cuando sean dirigidas a los trabajadores de cualquiera de ellas, destinadas al cumplimiento de políticas de incentivos laborales". Para que se aplique lo anterior, la Superintendencia ha señalado que la oferta debe reunir las siguientes características: a) Se debe tratar de una emisión primaria de acciones o de acciones emitidas en poder del propio emisor, de la sociedad matriz, filial o coligada, según sea el caso; b) La colocación debe ser directa del emisor o de la sociedad matriz, filial o coligada, según corresponda, sin la participación de intermediarios, no considerándose intermediarios las gestiones que puedan realizar para estos efectos los representantes, administradores y personas encargadas de la colocación, que pertenezcan a la sociedad matriz, filiales o coligadas; c) Los destinatarios de la oferta deben tener relaciones contractuales laborales o pertenecer a la administración de las sociedades de que se trate; d) Cuando se haga la oferta, no debe existir la intención o llevar a cabo gestiones para crear un mercado secundario de oferta pública de las acciones en el país, ya sea por parte del emisor, la sociedad matriz, las filiales y coligadas, o por los destinatarios de la oferta, sin que previamente se inscriban las acciones en el Registro de Valores; e) Si producto de la colocación de las acciones o de transferencia privadas posteriores, las sociedades nacionales pasaren a tener la calidad de sociedades anónimas abiertas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 18.045 y 2º de la Ley 18.046, deberán cumplir con la normativa legal y administrativa aplicable a este tipo de sociedades; y f) Los documentos en que conste la oferta, deberán expresar que tanto el emisor como sus acciones, no se encuentran inscritos en el Registro de Valores ni sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Los requisitos anteriores se hacen extensivos a las opciones de compra y venta sobre las acciones que se refiere la Norma N° 99 y a los destinatarios de la misma. A la Norma N° 99 no podrán acogerse las ofertas de acciones de sociedades anónimas abiertas chilenas y sus filiales, así como las dirigidas a sus trabajadores y administradores.

## 4. NORMATIVA CAMBIARIA

La compra de acciones de sociedades anónimas extranjeras normalmente implicará una inversión en el extranjero. Sobre este tema debe tenerse presente que el Capítulo XII del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central contiene la regulación sobre remesas de divisas de fondos, por montos superiores a US\$ 10.000, que personas residentes en Chile destinen a realizar inversiones. Dicha normativa señala que las inversiones para adquirir acciones de una sociedad en el extranjero deberán hacerse a través del mercado cambiario formal, o sea, la transferencia se deberá hacer a través de un banco comercial, informando al Banco Central. Si la inversión es menor a US\$ 10.000, no es necesario que sean efectuadas a través del mercado cambiario formal, ni se someterán a las normas del Capítulo XII. De lo anterior se sigue que las obligaciones que esta normativa impone recaen sobre el trabajador y no sobre el emisor de las opciones.

## CONCLUSIONES:

Del estudio realizado se desprenden las siguientes conclusiones:

1º Las stock options realizadas por empresas extranjeras a personas residentes en Chile, no se encuentran reguladas de manera orgánica y sistemática en el ordenamiento jurídico nacional;

2º Se les aplican normas de tipo laboral, tributarias, de mercado de valores y cambiarias;

3º Pueden ser consideradas como parte de la remuneración del trabajador, ya que se trata de una contraprestación en dinero o en especie avaluable en dinero;

4º En razón de las dificultades prácticas que tal calificación supone, a veces se prefiere estructurar los planes de opciones de modo de evitar que tales opciones tengan el carácter de remuneración. Ello, por ejemplo, disponiendo que al momento de ejercer la opción no se genere un incremento patrimonial para el trabajador que se pueda calificar como remuneración;

5º Pueden estar afectas a los impuestos de 1ª y 2ª categoría de la Ley de la Renta, según corresponda;

6º Deben cumplir con los requisitos establecidos en la Norma de Carácter General N° 99; y

7º Si implican una inversión en el extranjero superior a US\$ 10.000, deben aplicarse las normas establecidas en el Capítulo XII del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central.