0000001
UNO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INGRESADO
17:45:05
25-04-2023
CHILE

EN LO PRINCIPAL: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

Excelentísimo Tribunal Constitucional

Pedro Hernán Águila Yáñez, abogado, cédula nacional de identidad Nº 6.470.619-5, domiciliado en Av. Presidente Riesco 4001 piso 6º, las Condes, Región Metropolitana, en representación convencional, según se acreditará, de doña **LILIANA REICHBERG LATOURNERIE**, ingeniero comercial, cédula nacional de identidad Nº 7.515.844-0, domiciliada en calle Los Flamencos Nº 3773, comuna de Lo Barnechea Región Metropolitana, a S.S. Excma. respetuosamente digo:

Que en la representación que invisto, y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 93 N° 6 de la Constitución Política de la República (CPR o la Constitución), los artículos 31 N° 6 y 79 y siguientes de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) y demás normas pertinentes, interpongo acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma legal contenida en el párrafo iii) del inciso 3ª del artículo 21 del Decreto Ley 824 de 1974 (en adelante Ley de la Renta o LIR), por los fundamentos que se exponen en este requerimiento.

Dicha disposición en su aplicación concreta en la gestión pendiente es contraria a la Constitución, pues contraviene frontalmente los artículos 1, 19 Nºs 2 y 20 de la Carta Fundamental, desde que grava con impuesto el uso de un inmueble perteneciente a una sociedad controlada por el ex cónyuge y de la que la suscrita es socia minoritaria, **declarado bien familiar por sentencias ejecutoriadas**, **lo que lleva a que la familia subsistente de la separación y divorcio deba pagar impuestos por el uso del inmueble declarado bien familiar**, esto es, queda gravada con una importante carga pecuniaria por el uso del bien familiar, (i) destruyendo o dejando en letra muerta el concepto mismo de bien familiar y su finalidad, cual es la protección de la familia común abandonada por el ex cónyuge, socio mayoritario y controlador de la sociedad propietaria del bien familiar; (ii) vulnerando la igualdad ante la ley que frente a otras situaciones que tienen el mismo fin y están exentas de impuestos; (iii) creando tributos manifiestamente desproporcionados e injustos.

A. <u>GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE QUE DA LUGAR A LA PRESENTE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. LEGITIMACIÓN</u>.

1. <u>La gestión pendiente</u>.

Se trata del reclamo tributario seguido ante el 3º Tribunal Tributario y Aduanero de Santiago caratulado "Liliana Reichberg Latournerie con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional Santiago Oriente", RIT GR-17-00047-2022 RUC: 22-9-0000951-8.

Dicho reclamo tributario se interpuso contra la Resolución Ex. Nº 2620 de fecha 14 de septiembre de 2022, dictada o emitida por orden del Director Regional de la Dirección Regional Metropolitana Oriente del Servicio de Impuestos Internos (SII), por la que rechazó la solicitud la administrativa presentada por mi representada con fecha 19 de abril de 2022, folio 77322352593, de devolución de impuestos pagados por error, por las cantidades de $ 26.658.734.- según formulario 22 correspondiente a la Declaración de Impuesto a la Renta (DIR) del año 2018, y a $ 18.293.811.- según formulario 22 correspondiente a la DIR del año 2019, por el uso del inmueble ubicado en calle Los Flamencos Nº3773, comuna de Lo Barnechea, en la que vive doña Liliana Reichberg Latournerie, junto a su familia compuesta por dos hijos, uno de ellos no emancipado, y su madre; inmueble de propiedad de una sociedad, Terranova S.A. en liquidación: RUT. 77.542.430-3, en la cual mi representada es accionista minoritaria, **que se encuentra declarado bien familiar**. Lo anterior descontando la cantidad de $ 8.962.951, ordenada devolver en la misma resolución reclamada.

El estado del mencionado reclamo es que se encuentra agotada la etapa de discusión, estando pendiente la conciliación.

2. <u>Legitimación para ejercer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad</u>.

De conformidad al artículo 79 inc. 1° de la LOCTC, son legitimados para interponer la acción de inaplicabilidad tanto el juez que conoce de la gestión pendiente como las partes en dicho proceso.

En este caso, mi representada interpuso reclamo tributario individualizado en el numeral precedente y por lo mismo es parte en la gestión pendiente en calidad de

reclamante, respecto de la que se pide declarar inaplicable el precepto legal contrario a la CPR.

B. PRECEPTO LEGAL CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN.

1. La norma cuya inaplicabilidad se pide en el caso concreto y su rango legal.

La norma que infringe disposiciones constitucionales párrafo iii) del inciso tercero del artículo 21 de la Ley de la Renta, que dispone lo siguiente en lo pertinente:

> *" (…) Los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional que sean propietarios, comuneros, socios o accionistas de empresas, comunidades o sociedades que determinen su renta efectiva de acuerdo a un balance general según contabilidad completa, deberá declarar y pagar los impuestos referidos, según corresponda, sobre las cantidades qué se señalan a continuación en los literales i) al iv), impuestos cuyo importe se incrementará en un numero equivalente al 10% de las citadas cantidades (…)*
> *iii)* ***El beneficio que represente el uso o goce, a cualquier título, o sin título alguno, que no sea necesario para producir la renta, de los bienes del activo de la empresa o sociedad respectiva. Para estos efectos, se presumirá de derecho que el valor mínimo del beneficio será (…) del 11% del avalúo fiscal tratándose de bienes raíces (…)"*** (énfasis agregado).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 y la LOCTC, se requiere que la norma cuya inaplicabilidad se alega, tenga rango legal. En este caso, la disposición está contenida Decreto Ley, norma de rango legal, por lo que se cumple con esta exigencia, sin perjuicio de haber sido modificada por diversas leyes, entre ellas la que dio la actual redacción a la norma legal tachada de contraria a la CPR.

2. La norma no ha sido objeto de control preventivo de constitucionalidad previo ni posterior.

La norma cuya inaplicabilidad se solicita declarar, no ha tenido controles de constitucionalidad, sean preventivos o a propósito de requerimientos posteriores.

3. Carácter decisivo del párrafo iii) del inciso tercero del artículo 21 de la Ley de la Renta en la resolución de la gestión judicial pendiente.

La norma cuya inaplicabilidad al caso concreto se solicita, es decisiva en la resolución del asunto, pues es el fundamento directo e inmediato por el cual en las DIR de los años 2018 y 2019 se gravó a mi representada por el uso inmueble perteneciente a la sociedad Terranova S.A (de propiedad mayoritaria y controlada por su ex cónyuge y de la cual es accionista minoritaria) no obstante estar declarado **bien familiar**, es también el fundamento inmediato y directo de la Resolución reclamada en la gestión pendiente por la que se negó lugar a la devolución de los impuestos pagados por error en esas DIR, e igualmente es el fundamento inmediato y directo de la defensa esgrimida por el SII en la gestión pendiente en que solicita su rechazo; de modo tal que de no existir tal precepto legal o de declarase inaplicable al caso concreto, no se habría gravado a mi representada con el impuesto de que se trata y el 3º Tribunal Tributario de Santiago necesariamente tendría que acoger el reclamo por carecer de sustento legal dicho tributo.

En efecto:

a) La Resolución del SII reclamada en la gestión pendiente señala en lo sustancial que:

> *“ (…) **4°** Que, sobre lo que se viene analizando, el artículo 21 en el inciso tercero numeral iii) de la Ley sobre Impuesto a la Renta dispone que resulta gravado con el impuesto establecido en dicha norma, el beneficio que representa el uso o goce, a cualquier título, o sin título alguno, que no sea necesario para producir la renta, de los bienes del activo de la empresa o sociedad respectiva, presumiéndose que en el caso de bienes raíces, el valor del beneficio asciende a un 11% del avalúo fiscal.*
> ***Agrega el inciso final del artículo 21 de la LIR, que el beneficio señalado en el literal iii)** se ha conferido al socio o accionista cuando el uso o goce de los bienes de la empresa se ha conferido a sus respectivos cónyuges, hijos no emancipados legalmente o a otros relacionados con aquellos en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.*
>
> ***5°** Que, en el caso de marras no existe discrepancia con el contribuyente sobre en lo siguiente:*
>
> *a) Que el inmueble pertenece la sociedad Terranova S.A, Rut: 77.542.430-3.*
> *b) Que, son socios de dicha sociedad, entre otros, la solicitante con un en un 18,46% y su madre Nora Latournerie con un 2,3%.*
> *c) Que las socias indicadas habitan en el inmueble junto con un hijo no emancipado de doña Liliana.*
> *d) Que el 11% del avalúo fiscal del inmueble asciende a $ 59.279.300, para el AT 2018, y $ 60.770.412, para el AT 2019.*

*6° **Que, en consecuencia, se verifican respecto de la solicitante los elementos del hecho gravado**, habida consideración del uso y goce gratuito del inmueble junto a un hijo no emancipado, la inexistencia de alguna excepción del gravamen por la circunstancia que el activo de la sociedad haya sido declarado bien familiar y que comparte el uso con la socia Nora Latournerie, es que queda establecido que la atribución del beneficio es del 66,6% por su uso directo y del hijo no emancipado, restado el 33,3% a la otra socia ocupante de la casa habitación (…)"*[1].

Esto es, la resolución reclamada en la gestión pendiente, en cuanto resuelve rechazar la solicitud administrativa de devolución de impuesto pagados por error por mi representada, se funda precisamente en la disposición legal que se tacha de inaplicable por inconstitucional.

b) Por su parte, en el reclamo tributario deducido por mi representada contra dicha resolución del SII, se señaló que la norma legal invocada es contraria a la CPR, entre otras razones por las que se hacen valer en el presente requerimiento.

c) A su turno, contestando el reclamo tributario, el SII se excepcionó señalando en lo pertinente:

"B.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.

Para efectos de determinar la correcta aplicación de un Impuesto, como bien está en conocimiento de SS., debemos primero que nada analizar si se cumple el hecho gravado establecido en la normativa pertinente, para luego, sólo una vez realizado el ejercicio de determinar si efectivamente se cumple con cada uno de los requisitos del hecho gravado determinar la existencia de la aplicación de alguna exención o beneficio al caso particular que se trate, ***para ello debemos en primer lugar recurrir a lo dispuesto en el referido artículo 21 inciso 3° literal iii) de la LIR,*** *el que dispone:*
"Las sociedades anónimas, los contribuyentes del número 1 del artículo 58, los empresarios individuales, comunidades y sociedades de personas que declaren sus rentas efectivas de acuerdo a un balance general según contabilidad completa, deberán declarar y pagar conforme a los artículos 65, número 1, y 69 de esta ley, un impuesto único de 40%, que no tendrá el carácter de impuesto de categoría, el que se aplicará sobre:…" inciso tercero "…Los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional, que sean propietarios, comuneros, socios o accionistas de empresas, comunidades o sociedades que determinen su renta efectiva de acuerdo a un balance general según contabilidad completa, deberán declarar y pagar los impuestos referidos, según corresponda, sobre las cantidades que se señalan a continuación en los literales i) al iv), impuestos cuyo importe se incrementará en un monto equivalente al 10% de las citadas

[1] Énfasis agregados

cantidades. Esta tributación se aplicará en reemplazo de la establecida en el inciso primero:..", agregando el ***literal "iii) El beneficio que represente el uso o goce, a cualquier título, o sin título alguno, que no sea necesario para producir la renta, de los bienes del activo de la empresa o sociedad respectiva****. Para estos efectos, se presumirá de derecho que el valor mínimo del beneficio será del 10% del valor del bien determinado para fines tributarios al término del ejercicio; del 20% del mismo valor en el caso de automóviles, station wagons y vehículos similares; y del 11% del avalúo fiscal tratándose de bienes raíces, o en cualquiera de los casos señalados, el monto equivalente a la depreciación anual mientras sea aplicable, cuando represente una cantidad mayor, cualquiera que sea el período en que se hayan utilizado los bienes en el ejercicio o en la proporción que justifique fehacientemente el contribuyente."*

Para el caso sublite, corresponde SS., señalar en primer lugar que el hecho gravado se cumple toda vez que, quienes hacen uso del inmueble son los socios, junto a sus hijos no emancipados, inmueble que pertenece al activo de la sociedad, otorgándole un uso que además no es necesario para producir la renta, requisitos que se encuentran reconocidos, no sólo por la reclamante en sus diversas presentaciones, sino además fue reconocido en juicio, de acuerdo a la misma documentación aportada por la reclamante al momento de presentar el reclamo de autos, cumpliéndose de esta forma todos y cada uno de los requisitos del hecho gravado (…).

*En este mismo orden de ideas, corresponde puntualizar que, mediante presentación efectuada por la contribuyente al Director Nacional, se consultó sobre la aplicación de la disposición establecida en el literal iii) del inciso 3 del artículo 21 de la Ley de Impuestos a la Renta, en el caso de un inmueble de propiedad de una sociedad en la que la ocurrente y su ex marido son socios, quién en uso de las facultades establecidas en el artículo 6 letra A N°2 del Código Tributario, procedió a responder, señalando en forma clara y precisa que: "…****De acuerdo a lo establecido en el literal iii.-, del inciso 3°, del artículo 21 de la LIR, el beneficio que representa el uso, por parte de los socios de una sociedad, de un bien raíz de propiedad de esta última, se encuentra afecto al Impuesto Global Complementario o el Impuesto Adicional según corresponda****, impuestos que se deben incrementar en un monto equivalente al 10% de las cantidades afectadas con ellos. El contribuyente afecto a dicho impuesto es el socio o socios que hacen uso del bien o dicho de otro modo, el que se beneficia con el uso del mismo. En el caso de que uno de los socios no ocupe el inmueble, pero sí hagan uso de él sus hijos no emancipados legalmente, debe aplicarse el inciso final del artículo 21 de la LIR, determinándose la proporción que le corresponde por este uso de los hijos a cada uno de los socios que son al mismo tiempo padre y madre de aquellos. Sólo en el caso en que dicha proporción no pudiera ser determinada, correspondería aplicar la regla establecida en el párrafo cuarto del numeral iii) del inciso tercero del artículo 21 de la LIR, esto es, la proporción se determinará entre los socios distribuyéndose conforme a las reglas que establece el artículo 14, letra A), número 3, para la atribución de rentas." (lo destacado es del original) (…)*

C.- APLICACIÓN DEL IMPUESTO Y DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR

Por su parte, tal y como se ha interpretado (por consulta efectuada por la misma contribuyente, para el mismo caso en concreto) mediante Oficio N° 834 del 25.03.2019, la declaración de bien familiar, conforme a lo prescrito en el artículo 142 del Código Civil, no constituye directamente un beneficio de uso y goce del inmueble declarado como tal. Prueba de ello es que el artículo 147 del Código Civil, permite al juez constituir a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. La declaración de bien familiar constituye más bien una medida de protección para el cónyuge no propietario, para impedir que, sin la autorización de éste, se puedan gravar o enajenar o prometer gravar o enajenar dichos bienes.

A su turno, y como ya se ha expuesto ***el numeral iii) del inciso tercero del artículo 21 de la LIR,*** *dispone que resulta gravado con el impuesto establecido en dicha norma, el beneficio que representa el uso o goce, a cualquier título, o sin título alguno, que no sea necesario para producir la renta, de los bienes del activo de la empresa o sociedad respectiva, presumiéndose que en el caso de bienes raíces, el valor del beneficio asciende a un 11% del avalúo fiscal.*
Agrega el inciso final del artículo 21 de la LIR, que el beneficio señalado en el literal se ha conferido al socio o accionista cuando el uso o goce de los bienes de la empresa se ha conferido a sus respectivos cónyuges, hijos no emancipados legalmente o a otros relacionados con aquellos en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.

De esta forma, y como se expresa en el considerando 5º de la Resolución EX. N°2620, de 14.09.2022, no existe discrepancia con el contribuyente sobre en lo siguiente:

a) Que el inmueble pertenece la sociedad Terranova S.A, Rut: 77.542.430-3.

b) Que, son socios de dicha sociedad, entre otros, la contribuyente con un en un 18,46% y su madre Nora Latournerie con un 2,3%.

c) Que las socias indicadas habitan en el inmueble junto con un hijo no emancipado de doña Liliana.

d) Que el 11% del avalúo fiscal del inmueble asciende a $ 59.279.300, para el AT 2018, y $ 60.770.412, para el AT 2019.

En este escenario, se verifican respecto de la contribuyente los elementos del hecho gravado, habida consideración del uso y goce gratuito del inmueble junto a un hijo no emancipado, la inexistencia de alguna excepción del gravamen por la circunstancia que el activo de la sociedad haya sido declarado bien familiar y que comparte el uso con la socia Nora Latournerie, es que queda establecido que la atribución del beneficio es del 66,6% por su uso directo y del hijo no emancipado, restado el 33,3% a la otra socia ocupante de la casa habitación (…)[2].

[2] De esta transcripción, los subrayados son el original, los en negrita nuestros salvo los títulos que están en negritas en el original.

De todo lo anterior queda meridianamente claro que la única norma legal decisorio litis en la gestión pendiente (el reclamo tributario) es el numeral iii) del inciso 3º del artículo 21 de la Ley de la Renta. No hay ninguna otra norma legal en discusión ni que sea decisiva para la gestión pendiente.

C. <u>FUNDAMENTOS EN QUE APOYA EL REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO POR LA APLICACIÓN DEL PÁRRAFO III) DEL INCISO 3º DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY DE LA RENTA A LA GESTIÓN PENDIENTE</u>.

1. CUESTIONES PREVIAS.

1.1.La sociedad dueña del inmueble y su declaración de bien familiar.

La sociedad Terranova S.A. actualmente en liquidación (Terranova), es dueña del inmueble ubicado en calle Los Flamencos 3773, comuna de Lo Barnechea, según inscripción de fojas 3042 número 4313 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago de 2010.

De Terranova son accionistas: a) Inversiones Cuatro Vientos SpA, RUT: 76.659.030-6 con el 50% (Cuatro Vientos); b) Andover Alianza Médica S.A. RUT: 96.625.550-1 con el 29.2% (Andover); doña Nora Latornerie Jara (la madre), RUT 3.396.782-9 con el 2,2%; d) y la requirente con el 18,5%.

A su vez, el ex cónyuge de mi representada don Wolfgang Schroder Rudat, RUT 6.274.847-8, es dueño indirecto del 100% de las acciones Inversiones Cuatro Vientos[3]. Por su parte, el mismo Sr. Schroder es dueño directo del 42,55% Andover, y dueño indirecto del 45,45% de la misma sociedad a través de la mencionada Cuatro Vientos. Por ello resulta ser propietario final del 88% de esa sociedad, al menos formalmente, pues el otro socio es un mero testaferro de él. Así, el ex cónyuge de mi representada es dueño indirecto del 75,73% de las acciones de Terranova, aunque en la realidad del 79,3% de la misma.

El inmueble indicado en el Nº 1 se encuentra declarado **bien familiar** en los términos de los artículos 141 y 146 del Código Civil, según escritura pública de fecha

[3] A través de las sociedades Comercial Venti Euro Limitada, Servicios y Asesorías Céfiro Limitada, Servicio Técnico Instrumental y Equipamiento Médico Venti Noto Limitada, Servicios Tecnológicos de Información y Computación Boreas Limitada y Passat SpA, de las que es dueño directo e indirecto del 100%

3 de agosto de 2015 otorgada en la notaría de Santiago de don Humberto Quezada M., la que fue debidamente inscrita en el registro de accionistas de Terranova.

La constitución de bien familiar del referido inmueble obedece a que **es la residencia principal de la familia**, según consta de la declaración efectuada por escritura pública de acuerdo con el Código Civil para estos casos. Cabe señalar que la declaración de bien familiar supone como elemento de su esencia que en él tenga su residencia principal la familia, al punto que si ello no es así el bien debe desafectarse; de modo que no solo tiene como efecto que el mismo no pueda enajenarse sin el consentimiento de la beneficiaria, sino que **lo principal es que sea la residencia principal de la familia**.

La declaración de bien familiar, por tratarse el inmueble en cuestión de la residencia principal de la familia, **fue confirmada por los tribunales y Cortes**. Así, el 2º Juzgado de Familia de Santiago por sentencia de fecha 30 de diciembre de 2019 dictada en los en los autos rol 8.521-2018, rechazó la desafectación de bien familiar solicitada por los accionistas de Terranova y su controlador, sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 5 de enero de 2021 en recurso de apelación rol: 301-2020, y por la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo rol: 11.622-2021 por sentencia de fecha 12 de mayo de 2021.

1.2.Los fines de la declaración de bien familiar

El Código Civil regula dos situaciones referentes a los bienes familiares. La primera, que el bien que constituye la residencia principal de la familia sea de propiedad directa del cónyuge que ha abandonado el hogar común; y la segunda, que el bien que sirve de residencia principal de la familia pertenezca a una sociedad en que el o los cónyuges tengan participación societaria o accionaria.

Este último caso se encuentra regulado en cuanto a las formalidades de constitución del bien familiar en el artículo 146 del Código Civil, que en síntesis dispone que en tal caso la constitución debe hacerse mediante declaración por escritura pública y su anotación en el registro de accionistas cuando la propietaria del bien es una sociedad anónima. Todos estos requisitos se cumplieron en la especie, como por lo demás consta en la causa de desafectación del bien familiar antes indicada y en los documentos que se acompañan a este requerimiento.

Ambas situaciones suponen que el bien de que se trate sea la residencia principal de la familia.

Atendida la entidad que la CPR otorga a la familia y su protección, ello se desnaturalizaría y pasaría a ser una mera declaración de principios, si para ejercer los derechos que la ley confiere a la familia y su protección, fuera necesario pagar impuestos por ello; más grave todavía si las demás instituciones que persiguen el mismo fin se encuentran exentas de tributos.

Conforme al artículo 1º inciso segundo de la Constitución Política de la República, **la familia es el núcleo fundamental de la sociedad**. De dicha consagración constitucional derivan una serie de protecciones y garantías que el ordenamiento jurídico entrega a la familia. Entre aquellas garantías se encuentra, por ejemplo, la continuación de la vida normal de los miembros de la familia en caso de que se produzca un quiebre matrimonial, de lo que se derivan instituciones como las obligaciones alimentarias, la compensación económica, la constitución del inmueble en que vive la familia en usufructo, derecho de uso y la declaración de bien familiar a favor del cónyuge que tiene a su cargo el cuidado de los hijos.

En este sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema al analizar la naturaleza jurídica del bien familiar.

> *"Quinto: Que, para resolverla, corresponde analizar el sentido y naturaleza de la institución de bien familiar. Al respecto, esta Corte, ha entendido que el cimiento que justifica esta institución responde a un compromiso protector con la familia. En efecto, se ha dicho que el fundamento de la declaración de bien familiar es principalmente otorgar la protección de la vivienda familiar a quienes pueden ser privados de su uso, en cuanto proyección del deber de los cónyuges de proveer a las necesidades de la familia, especialmente al bien que le sirve de habitación, al que la ley le reconoce una función esencial que justifica su especial protección. Así se ha expresado, por ejemplo, en los autos Roles N° s 3.322 2012, 7.626 2012 y 9.352 2012 del ingreso de esta Corte. Recientemente también, en los ingresos Roles N° s 6.837 2016 y 36310 217. Así, se ha entendido que la protección de la familia, como deber que tiene fundamento constitucional,* ***implica asegurarle la mantención de la vivienda donde ha desarrollado su vida, a fin de que frente a la ruptura, se permita la continuación normal de la vida de sus miembros, como garantía o protección para el cónyuge que tiene a su cargo el cuidado***

de los hijos *(como lo señala René Ramos Pazos en su obra "Derecho de Familia", Editorial Jurídica, 2010, p. 359).*[4]*"*

Pues bien, la continuación normal de la vida de los miembros de la familia tras una ruptura matrimonial evidentemente no es posible si los gastos relacionados al inmueble que es residencia principal de la familia se vuelven más gravosos para los propios beneficiarios de la declaración del bien familiar.

En este sentido, resulta contrario a la consagración constitucional de protección a la familia y a la institución del bien familiar que la familia deba pagar por ello, esto es, **por vivir en el bien familiar**. Conforme a lo anterior, no corresponde gravar con impuesto a la renta el uso que la familia haga del bien familiar por el solo hecho de ser propiedad de una sociedad que a su vez es de propiedad de los excónyuges.

En efecto, la afectación de acciones o derechos en la sociedad propietaria del inmueble que constituye la residencia principal de la familia en carácter de bien familiar tiene por objeto, como ya hemos señalado, la preservación de la vivienda en la que la familia ha desarrollado su vida y la protección de los miembros de la familia a fin de garantizar la continuación de su vida normal, cuestión que no puede ocurrir en caso de hacerse más gravoso vivir en el inmueble. Y en este sentido específico se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema señalando que la institución del bien familiar, desde un punto de vista patrimonial en relación con la habitación, busca evitar que la familia quede en peor situación posterior al quiebre matrimonial.

"Sexto: Que, de este modo, es posible precisar de manera más específica, que la razón que sirve de basamento a la posibilidad de afectar bienes con el carácter de familiares, no es la existencia del matrimonio per se, sino la posibilidad de surgimiento de conflictos que ocasionen su ruptura, de manera que se trata de una institución que busca amparar la estabilidad de la vivienda de la familia en crisis, que si bien puede funcionar como herramienta preventiva, ***tiene por objeto tutelar de modo efectivo a aquellos miembros de la familia, que desde un punto de vista patrimonial, en relación a la habitación, queden en peor situación como consecuencia del quiebre matrimonial****."*

A este respecto, es importante destacar que no es posible la separación de la afectación de los derechos o acciones de la sociedad propietaria del inmueble con el

[4] Corte Suprema, 11 de agosto de 2020, causa Rol 29730-2019.

carácter de bien familiar del mismo inmueble que constituye la residencia principal de la familia. Es decir, **el título por el cual la familia vive en el inmueble obedece a su carácter de bien familiar**, independiente de que dicho inmueble sea además de propiedad de una sociedad que a su vez es de propiedad directa o indirecta de los excónyuges.

La razón de esta esta regulación está dada por la elusión de las normas del bien familiar que se hacía a propósito de que el cónyuge obligado a la prestación del bien familiar con ocasión de la ruptura de la familia, muchas veces tenía no a su nombre, sino que al de sociedades controladas por el mismo, el bien raíz que constituía la residencia principal de la familia, como consta en la historia fidedigna del establecimiento de ley.

Lo anterior tiene como consecuencia, que el artículo 21, inciso 3°, numeral iii) de la Ley de la Renta, no tenga aplicación en el caso en que la familia viva en un inmueble de propiedad de una sociedad cuyos derechos o acciones han sido declarados bien familiar.

Por lo mismo, diversas instituciones asociadas a la familia, como el derecho de alimentos, el usufructo, el derecho de uso o habitación, la compensación económica, etc., son hechos no gravados. La misma suerte debe correr, entonces, el uso de un bien familiar por parte de un socio de una sociedad propietaria del bien, porque como se dijo el bien familiar que constituye la residencia principal de la familia, tiene el mismo objeto, la protección de ella.

Lo anterior sería irrisorio si para cumplir este fin, el cónyuge desmejorado y la familia que habita el bien familiar tuviera que pagar impuestos, esto es, tuviera que soportar un gravamen para la protección de la familia. O sea, **tener que pagar impuestos por la protección del núcleo fundamental de la sociedad.**

2. Se trata de un problema de inconstitucionalidad, no de legalidad ni de interpretación.

En efecto, no estamos frente a una cuestión de legalidad o de interpretación. Mediante esta acción se analizará únicamente si la norma en cuestión, aplicada al caso concreto, genera un efecto contrario a la Constitución y, por lo tanto, es inaplicable. Cualquier alegación en contrario, supone confundir el proceso de

reclamación con la acción de inaplicabilidad, que tienen objetos esencialmente distintos.

3. <u>La norma legal impugnada es contraria a los siguientes preceptos constitucionales</u>:

3.1. En primer lugar, **es contraria al artículo 1º inciso 2º LA CPR**, norma que establece que:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad".

Se vulnera esta norma por la simple razón que, si la familia debe pagar impuestos por el bien familiar, que como se dijo constituye la **residencia principal de la familia**, ello traería como necesaria consecuencia su ruptura o desmedro. Esto es, para su protección se requeriría el pago de impuestos, con lo cual se desnaturaliza el núcleo esencial de la sociedad que, por razones obvias, dejaría de ser tal si para ello se requiere un pago a favor del Estado. O más simple aún, si para mantener el núcleo familiar mediante la residencia en el bien de que se trata, fuera necesario pagar por ello, el núcleo fundamental de la sociedad se desintegraría.

A lo anterior se suma que no existe ninguna norma constitucional que permita que la protección del núcleo fundamental de la sociedad deba pagar por su protección, menos en favor del Fisco por ello, pues éste está obligado a propender por dicha protección.

No existe ninguna disposición constitucional que directa o indirectamente permita gravar con impuestos a la familia para mantenerse como núcleo esencial de la sociedad, que es precisamente el fin del bien familiar.

3.2. En segundo lugar, **se vulnera el artículo 19 Nº 2 de la CPR**, norma que establece que:

"La Constitución garantiza a todas las personas: (…)

2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias…"

Se vulnera este precepto constitucional pues no existe ninguna razón por la cual se grave el uso del bien familiar cuando éste pertenece a una sociedad controlada por el cónyuge obligado a la prestación, y ello no ocurra cuando el mismo bien se encuentra en el patrimonio directo de aquel, de modo que es contrario a esta garantía constitucional que en un caso – cuando el bien pertenece al excónyuge obligado – no se deba pagar tributos, y en el otro – cuando el bien pertenece a una sociedad de propiedad mayoritaria y controlada por el excónyuge obligado, sí deban pagarse impuestos.

Del mismo modo, se vulnera este precepto constitucional ya que tampoco existe ninguna razón por la que otras figuras jurídicas como son los alimentos y la compensación económica, no son hechos gravados, en circunstancias que ellos persiguen el mismo fin: la protección de la familia.

Esto es, la ley ha establecido una diferencia arbitraria, pues enfrentado el bien familiar y la protección de la familia a un mismo objeto y bien protegido, como es el núcleo fundamental de la sociedad, en este caso está imponiendo un gravamen que lo hace ilusorio, al contrario de las otras situaciones que la ley prevé con el mismo objeto, como es que el bien pertenezca directamente al excónyuge obligado; sin perjuicio de la otras instituciones que persiguen el mismo fin como son las señaladas no están afectas a impuesto.

Así las cosas, se vulnera la igualdad ante la ley por un doble concepto: primero, porque si el mismo bien perteneciera directamente al excónyuge, su uso no pagaría impuesto; en cambio si pertenece a una sociedad en que el mismo excónyuge es socio mayoritario y controlador, si paga impuesto; y segundo, porque todas las demás instituciones de protección de la familia como los alimentos y la compensación económica, no pagan impuestos, en cambio sí lo hace el bien familiar en que habilita la familia perteneciente a una sociedad de propiedad mayoritaria y controlada por el excónyuge obligado a esta prestación en beneficio de la familia común afectada por la ruptura matrimonial.

3.3. En tercer lugar, **se vulnera el artículo 19 Nº 20 de la CPR**, que establece:

"La Constitución garantiza a todas las personas: (…)

20º.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos…"

Se vulnera esta norma constitucional debido a que, sin duda, se establece un tributo manifiestamente injusto y desproporcionado por el solo hecho de propender el uso del bien familiar a la preservación de la familia; más aún cuando el obligado, el excónyuge, es accionista mayoritario y controlador de la sociedad en liquidación propietario del inmueble declarado bien familiar

Es manifiestamente injusto y desproporcionado que el obligado por el bien familiar, el excónyuge, nada pague; y, en cambio, deba sufrir el gravamen la familia que habita el bien familiar.

Es manifiestamente injusto y desproporcionado, que se deba pagar impuestos por el uso del bien familiar cuyo objeto es mantener el núcleo fundamental de la sociedad.

Es manifiestamente injusto y desproporcionado que se deba pagar impuestos si el bien familiar es de propiedad de una sociedad y no del obligado final a soportar esa carga, cual es el excónyuge.

Es manifiestamente desproporcionado e injusto que las demás prestaciones contempladas en el derecho de familia en protección del cónyuge más débil y del núcleo fundamental de la sociedad, como la compensación económica y los alimentos, no paguen impuesto, y sí deba hacerlo quien usa una propiedad de una sociedad a título de bien familiar, que es la residencia principal de la familia, ante el abandono de la misma por parte del excónyuge que resulta ser el socio mayoritario y controlador de la sociedad dueña del bien familiar.

D. <u>CONCLUSIONES</u>.

En definitiva, los graves vicios de inconstitucionalidad de que adolece la norma legal impugnada en el caso concreto, por todos o cualquiera de los tres capítulos analizados en lo precedente, han permitido al SII rechazar la devolución de impuestos pagados por error por mi representada, de modo que al declararse la inaplicabilidad

al reclamo tributario en contra de la aludida resolución en que incide este requerimiento, necesariamente deberá acogerse el reclamo, porque la única norma legal en que se sustenta el cobro del impuesto pagado por error y la negativa de su devolución, es precisa y únicamente la tachada de contraria a la CPR en esta acción.

El gravamen contenido en la norma legal tachada de inconstitucional en su aplicación al caso concreto implica la desnaturalización y hace irrisoria la mantención de la familia como núcleo fundamental de la sociedad; implica una desigualdad ante la ley frente al hecho que el obligado sea el excónyuge y no una sociedad perteneciente mayoritariamente y controlada por el mismo, y discrimine ante otras instituciones de protección a la familia que no están gravadas; e importa un impuesto desproporcionado e injusto que atenta contra la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

POR TANTO,

SOLICITO A S.S.E: tener por interpuesta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del párrafo iii) del inciso 3º del artículo 21 del Decreto Ley 824 de 1974 y, en definitiva, acogerla declarando que esta norma legal no es aplicable en el reclamo tributario seguido ante el 3º Tribunal Tributario y Aduanero de Santiago caratulado "Liliana Reichberg Latournerie con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional Santiago Oriente", RIT GR-17-00047-2022 RUC: 22-9-0000951-8 sobre devolución de impuesto pagados en exceso.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S.E tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Copia del certificado a que se refiere el artículo 79 inciso segundo de la LOCTC emitido por el Sr. Secretario del 3º Tribunal Tributario y Aduanero de Santiago.
2. Copia del reclamo tributario RUC RUC: 22-9-0000951-8 del 3º Tribunal Tributario y Aduanero de Santiago
3. Copia de la contestación del reclamo tributario en indicado en el número precedente.
4. Copia de resolución reclamada EX. Nº 2620 de 14 de septiembre de 2022 del SII.
5. Copia de escritura pública de declaración de bien familiar.
6. Copia de anotación en el registro de accionistas de Terranova S.A. en liquidación de la declaración de bien familiar.

7. Copia de demanda de desafectación del bien familiar a que refiere esta presentación, en que además consta con mérito de confesión judicial a) el carácter de bien familiar del inmueble de que se trata; b) las participaciones directas indirectas de mi excónyuge en la sociedad propietaria del bien familiar, y en las sociedades sus de sus accionistas.
8. Copia de la sentencia de primera instancia de fecha 30 de diciembre de 2019 del 2º Juzgado de Familia de Santiago que rechazó la demanda de desafectación del bien familiar.
9. Copia de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de enero de 2021 que confirmó la sentencia anterior.
10. Copia de la sentencia de la Corte Suprema de 12 de mayo de 2021 que rechazó el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia anterior quedando aquella sentencia ejecutoriada.
11. Copia autorizada de escritura pública de fecha 26 de julio de 2022 en que consta el mandato judicial con que actúo por la reclamante.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S.E. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, domiciliado en Av. Presidente Riesco 4001 piso 6º Las Condes, patrocino y asumo el poder en este requerimiento de inaplicabilidad, correo electrónico para efectos de notificaciones phaguila@aguilaabogados.cl.

Powered by ecert
Firma electrónica avanzada
PEDRO HERNAN AGUILA YANEZ
2023.04.25 15:09:35 -0400