

IMPUESTO A LA RENTA Y DIVIDENDOS: REMUNERACIÓN DE SOCIOS, REVALUACIÓN DE ACTIVOS Y DISTRIBUCIÓN EN ESPECIE

Humberto Medrano Cornejo

Catedrático de la Facultad de Derecho PUCP

En los últimos años se han producido en nuestro país numerosas modificaciones en el tratamiento del Impuesto a la Renta que corresponde aplicar a las empresas y sus socios. Así, hemos pasado de la época en que se consideró que lo más importante era conocer las personas que estaban detrás de las sociedades y a cuyas manos iba a parar, en definitiva, la renta generada por las empresas, llegándose a establecer que las sociedades distintas a las anónimas no tenían la naturaleza de personas jurídicas y que por lo tanto eran “transparentes”, de tal manera que ellas no estaban sujetas al impuesto sino que éste se aplicaba exclusivamente a sus socios.

Posteriormente el criterio del legislador se modificó de forma drástica, señalando que el tributo sólo era aplicable a las sociedades y que los socios se encontraban inafectos al percibir los dividendos pagados por aquellas. Es decir que se estimó que lo importante era gravar a las empresas y prescindir de los socios, de manera que la distribución de dividendos se acordaría únicamente por razones mercantiles prescindiendo de motivos tributarios.

Finalmente, desde el ejercicio 2003, se ha retornado a la aplicación del Impuesto a la Renta tanto a las sociedades como a los socios, gravando los dividendos con la tasa de 4.1%, excepto cuando el receptor es una persona jurídica domiciliada.

Cada vez que se establece la obligación de pago del impuesto como consecuencia de la distribución de dividendos, el legislador se ve obligado a regular las relaciones entre sociedad y socios así como a distinguir entre ellos para dejar en claro las normas que se aplican a unas y otros, incluyendo medidas antielusivas para impedir que, por ejemplo, se atribuya a las rentas del capital el tratamiento previsto para las rentas del trabajo, entendiéndose que generalmente éstas son tratadas más benignamente que aquellas. Sin embargo, frecuentemente la estructura adoptada dificulta en lugar de facilitar la interpretación del texto, con las consiguientes posiciones antagónicas entre Fisco y contribuyentes. Nos referiremos a continuación a algunos de los casos en que se presentan tales complicaciones.

1. LAS REMUNERACIONES DE LOS SOCIOS Y SUS PARIENTES.-

En nuestro país cada vez que la distribución de dividendos se ha gravado con Impuesto a la Renta, el legislador ha señalado que tienen la condición de dividendos las remuneraciones que se paguen a los socios y sus parientes hasta determinado grado de consanguinidad o afinidad, si es que tales sumas exceden de ciertos parámetros de referencia. Hace muchos años la cifra máxima estaba planteada en términos de cantidades específicas las que —como es obvio— devenían en inadecuadas por el transcurso del tiempo. Por ello, posteriormente se estableció una referencia de mayor flexibilidad, señalando que tales socios y sus parientes no podían percibir para efectos del impuesto una retribución superior al doble de la que percibiera el empleado no accionista de mayor remuneración. De esta manera el límite variaba en función del tamaño de la empresa de la que se tratara.

En la legislación vigente también se ha diseñado una fórmula antielusiva pero en forma tan inadecuada que exige modificaciones o precisiones, a efectos de aclarar la confusión generada y que puede conducir a diversos conflictos al tratar de aplicarse.

Para analizar este extremo, debemos empezar por citar el artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR), conforme al cual de las rentas de tercera categoría pueden deducirse:

“n) Las remuneraciones que por todo concepto correspondan al titular de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, accionistas, participacionistas y en general a los socios (...) de personas jurídicas, en tanto se pruebe que trabajan en el negocio.

En el caso que dichas remuneraciones excedan el valor de mercado, la diferencia será considerada dividendos a cargo de dicho titular, accionista, participacionista, socio o asociado”.

“ñ) Las remuneraciones del cónyuge, concubino o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, del propietario de la empresa, titular de una



empresa individual de responsabilidad limitada, accionista, participacionista o socio o asociado de personas jurídicas, siempre que se acredite el trabajo que realizan en el negocio”.

Como se advierte, la intención del legislador es impedir que, por la vía de las remuneraciones, los socios de empresas o sus parientes puedan extraer sumas que, en el fondo, son beneficios generados por el capital. Esta aseveración se ve confirmada por lo previsto en el artículo 24-A, en cuyo inciso h) (incorporado recientemente a la LIR mediante Decreto Legislativo N° 945), se ha establecido que para los efectos del impuesto se entiende por dividendos:

“h) *El importe de la remuneración del titular de la empresa individual de responsabilidad limitada, accionista, participacionista y en general del socio o asociado de personas jurídicas así como de su cónyuge, concubino y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en la parte que exceda al valor de mercado”.*

Los defectos del texto saltan a la vista. A diferencia del pasado, la regla no es de aplicación exclusiva para los accionistas o socios mayoritarios que, se supone, son los que están en aptitud de imponer decisiones, incluyendo la de fijar sueldos elevados. Como quiera que la norma alude, en general, a los accionistas o socios y a sus parientes, resulta que la limitación prevista en el texto se precipita por la sola circunstancia de ser titular de una única acción, lo que parece no tener ningún sentido. En efecto, piénsese en que ello puede ocurrir de manera sencilla, no intencional, cuando una persona adquiere la acción de una empresa cuyos títulos se encuentran cotizados en Bolsa y donde cualquiera puede convertirse en socio mediante un procedimiento expeditivo.

Si nos ceñimos a la literalidad de la norma, resulta que ella es aplicable a esa persona titular de una sola acción, de modo que si, además, trabaja en el negocio, se le puede generar un perjuicio significativo, lo que sin duda constituirá un factor de desaliento para quienes desean convertirse en socios de la empresa en que trabajan.

Lo primero que llama la atención es que la limitación se remita a un “valor de mercado de remuneraciones” que no se define y respecto del cual no se ofrece ningún parámetro. Frente a este vacío, ¿el análisis y consecuente aceptación o rechazo corresponderá exclusivamente a la Administración? ¿Los límites tienen que fijarse de manera universal para cualquier tipo de empresas? ¿A qué mercado se refiere el legislador; debe considerarse de modo igual a las empresas de todo

el país o dependerá de la región o tipo de actividad, capital o patrimonio de la empresa en que preste sus servicios el empleado? ¿No hubiera sido mejor volver a utilizar la fórmula flexible del doble o cualquier múltiplo de la retribución que en la empresa percibe la persona no accionista de sueldo más elevado?

La indefinición de la ley resulta peligrosa, pues puede conducir a discrepancias entre Fisco y contribuyentes con el consiguiente incremento de acotaciones y procedimientos de reclamación donde será difícil —al menos para el contribuyente— probar cuánto pagan las demás empresas para establecer el “valor de mercado”, ya que, como es evidente, el monto de las planillas de cada empleador no necesariamente es de conocimiento público.

Por lo tanto, consideramos que se trata de una regla inadecuada que si bien persigue un propósito antielusivo, no tiene un diseño conveniente y habrá de causar —si no se aclara— numerosas dificultades que no se agotan en el desconocido procedimiento de determinación del “valor de mercado” de las remuneraciones (que es —de suyo— un problema arduo), sino que se extiende a otros extremos, aun cuando se encontrara una forma sencilla de establecer ese “valor”.

En efecto, asumiendo sólo por un instante que se nos revelara la forma de fijar ese “valor de mercado”, de inmediato tropezaríamos con consecuencias que parecen no haber sido queridas por el legislador. Veamos. Si el accionista titular de una o pocas acciones tiene un pariente que trabaja en el negocio y percibe una remuneración cuantiosa, ello —absurdamente— obligará al primero a tributar sobre una suma que jamás percibirá.

En efecto, dicho accionista, contra toda lógica, tendría que considerar como dividendo la parte de la remuneración que corresponde a un tercero (su pariente) que excede al “valor de mercado”, a pesar que por su escasa participación en el capital es una cantidad que nunca se le podría atribuir en una verdadera distribución de utilidades.

En la hipótesis que planteamos, ese accionista resultaría “percibiendo” dividendos que darían lugar a un impuesto que no sólo no estaría en aptitud de pagar —lo que es suficiente para cuestionar la norma— sino que tampoco permitiría conocer cuándo surge la supuesta obligación. En efecto, según lo establecido en el artículo 54° de la LIR, las personas naturales están obligadas a tributar el 4.1% sobre el monto de los dividendos que distribuyan las personas jurídicas y el artículo 73°-A de la LIR señala que las personas jurídicas “que acuerden la distribución de dividendos o utilidades (...)

retendrán el 4.1% de las mismas...". Si, como hemos visto, en este caso los dividendos están integrados por la parte de la remuneración del pariente que excede el valor de mercado, ¿cuándo se produce el hecho imponible? ¿Cada vez que se pague la remuneración al pariente; cuando se acuerde la distribución de dividendos o al cierre del ejercicio?

Tales preguntas son pertinentes porque es necesario, a su vez, conocer cuándo queda definido que existe una remuneración que excede el "valor de mercado". Si ello ocurre con el pago del sueldo mensual, estaríamos frente a sendos hechos imponibles en cada oportunidad. En cambio, si se decide que debemos remitirnos al cierre del ejercicio, apreciando la totalidad de los pagos efectuados, carecería de sentido que se efectuara una exigencia mensual. Pero esta manera de configurar dividendos obligaría al accionista incidido a pagar una cifra que podría no estar a su alcance y dar lugar al efecto confiscatorio que prohíbe el artículo 74° de la Constitución.

Ahora bien, por mandato de la Ley, la empresa está obligada a retener el 4.1% de impuesto cuando acuerda la distribución de dividendos. Sin embargo, en este caso, tal obligación resulta de imposible cumplimiento pues, como se ha indicado, no existe acuerdo de distribución de utilidades y el socio no percibe suma alguna, lo que, insólitamente, podría conducir a la aplicación de sanciones por falta de retención. La paradoja se agrava si nos colocamos en el supuesto de que, en efecto, se paga al pariente una remuneración que excede el valor de mercado, en un ejercicio en el cual la empresa resulta con pérdidas para fines de su propio impuesto. No obstante, ¿se habría configurado siempre la distribución de dividendos? La defectuosa redacción de la norma lleva a la contradictoria conclusión de que una empresa que carece de renta neta está, sin embargo, distribuyendo dividendos. No se requiere de mayores análisis para cuestionar un texto que permite —con rigor lógico— llegar a esa conclusión.

El inadecuado diseño legal no sólo lleva a las incongruencias anotadas, pues además debe recordarse que —por su naturaleza— la totalidad de la remuneración del pariente que trabaja en el negocio es considerada por la ley como renta de quinta categoría y el empleador tendrá que practicar la retención que corresponde a esa clase de renta. Sin embargo, también podría sostenerse que no es posible que una misma suma sea considerada, a la vez, como renta de distintas categorías ya que, según lo explicado, la remuneración en exceso no es deducible como gasto en la empresa y, por lo tanto, incide en la renta de tercera categoría. Si a tal exceso se le atribuye la naturaleza de dividendos (segunda categoría), debe pagarse el 4.1% de impuesto

exigido por la ley y, finalmente, ese importe integraría la renta de quinta categoría del pariente trabajador.

Teniendo en cuenta que no puede producirse esa multiplicidad de afectaciones, cabría sostener que tan pronto el exceso califica como dividendos (renta de segunda categoría) ya no es posible que, al mismo tiempo, se le atribuya la naturaleza de renta de quinta categoría. Esta conclusión, sin embargo, tampoco aporta una solución definitiva, si se toma en cuenta que el exceso sólo se determina al cierre del ejercicio, de modo que tan sólo en ese momento la parte respectiva será calificada como dividendo, pero habría ocurrido que en el curso del ejercicio la empresa debió retener al empleado el impuesto calculado sobre su renta de quinta categoría, produciéndose entonces una inadmisibles reiteración de la exigencia. Desde luego, de no efectuarse las retenciones mensuales, el empleador incurriría en infracción sancionable.

En vista de las consideraciones expuestas, lo aconsejable sería que el límite a la deducción en la empresa se fije en función de las remuneraciones que paga a los empleados no vinculados con los socios mayoritarios, gravando al socio o pariente como renta de quinta categoría por el monto total que perciba.

2. DIVIDENDOS Y REVALUACIÓN DE ACTIVOS.

La posibilidad de revaluar los activos de una sociedad se encuentra expresamente contemplada por el artículo 228° de la Ley General de Sociedades (LGS), conforme al cual dichos activos deben contabilizarse "*por su valor de adquisición (...) son amortizados o depreciados anualmente en proporción al tiempo de su vida útil y a la disminución de valor que sufran por su uso o disfrute. Tales bienes pueden ser objeto de revaluación, previa comprobación pericial*".

Sin embargo, resulta cuestionable que el monto del excedente de revaluación pueda ser susceptible de distribución en forma de dividendos y, por ello, dar lugar al surgimiento de la obligación de pagar la tasa de 4.1%. En efecto, según el artículo 230° de la LGS:

"1. Sólo pueden ser pagados dividendos en razón de utilidades obtenidas o de reservas de libre disposición y siempre que el patrimonio neto no sea inferior al capital pagado".

Por lo tanto, resulta mercantilmente discutible la posibilidad de distribuir como dividendos el "excedente de revaluación", tanto si se origina en un incremento real del valor del activo o si ello ocurre únicamente de manera nominal en razón de,



por ejemplo, un proceso inflacionario, la devaluación de la moneda o causas similares, donde —en sentido estricto— no estaríamos frente a “*utilidades obtenidas*” o, como decía la anterior LGS, “*realmente obtenidas*”.

Se trataría más bien de una posibilidad de beneficio, de una utilidad potencial, pero cuya distribución sólo sería posible cuando la ganancia se materialice después de enajenar los bienes.

Sobre este extremo Enrique Elías Laroza señala: “*La doctrina rechaza, en forma prácticamente unánime, la distribución de las plusvalías de revaluación como dividendos para los accionistas, tanto en el caso de las nominales como las reales, mientras los bienes que les dieron origen no hubiesen sido vendidos y las plusvalías realizadas (y de esta manera convertidas en activos líquidos o realizables a corto plazo). Estamos en total acuerdo con esta posición*”. (“*Derecho Societario Peruano*”, Tomo II, pág. 621).

Por lo tanto, según el texto de la LIR, el legislador tributario estaría considerando como hecho gravable una circunstancia que, desde el punto de vista del derecho mercantil, puede considerarse un imposible. Sin embargo, esta regulación es la que históricamente hemos tenido en nuestro país, sin que se haya producido —que sepamos— alguna objeción en sede judicial.

Ahora bien, si la sociedad revaluara sus activos en forma voluntaria y decidiera distribuir el excedente resultante, pero luego el acuerdo fuera judicialmente impugnado y el juez declarara la nulidad de la distribución de los dividendos, ¿qué ocurriría con el impuesto de 4.1% que gravó el acuerdo de distribución? En esa hipótesis la distribución, jurídicamente, nunca se habría producido y, por lo tanto, no existiría “*hecho imponible*”, por lo que el impuesto tendría que ser devuelto por constituir un pago indebido.

Conforme a la LIR, el dividendo no se configura si es que el excedente se capitaliza, como ocurre cuando las utilidades “*reales*” se integran al capital. El sólo hecho de la revaluación voluntaria de los activos no obliga a la empresa a pagar el impuesto; es decir que tal revaluación no incide en la renta neta de la sociedad ni modifica el costo computable de los bienes revaluados. El artículo 14°, inciso b), del Reglamento de la LIR establece que cuando se efectúe revaluación voluntaria, se tendrá en cuenta lo siguiente:

“2. *El mayor valor resultante de dicha revaluación no dará lugar a modificaciones en el costo computable ni en la vida útil de los bienes y tampoco será considerada para el cálculo de la depreciación...*”.

Por lo tanto, la sociedad tendrá que pagar el tributo sólo por la eventual utilidad que obtenga en el momento de enajenar los bienes, por la diferencia entre el costo anterior a la revaluación y el valor de transferencia. En el pasado, cuando estaba vigente el Impuesto a la Renta sobre los dividendos, al gravarse la distribución del excedente, se puntualizaba: “*sin perjuicio del impuesto que la sociedad deberá abonar en el momento de efectuarse la enajenación de dichos bienes*”, significando que en una eventual transferencia onerosa, la utilidad o pérdida se establecería con arreglo al costo que tenían los activos antes de la revaluación, criterio que debe mantenerse de acuerdo con el texto vigente.

Sin embargo debe recordarse que, específicamente, en el caso de reorganización de sociedades, si se acuerda la revaluación voluntaria de sus activos (LIR art. 104°), la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable de los bienes estará gravada con Impuesto a la Renta. En tal supuesto, los bienes transferidos y los del adquirente tendrán como costo computable el valor al que fueron revaluados.

3. DIVIDENDOS O UTILIDADES EN ESPECIE.

Los dividendos también pueden distribuirse en especie, caso en el cual los bienes que se entregan deben computarse por el valor de mercado que corresponda atribuirles a la fecha de su distribución (LIR art. 24-B). En esa eventualidad es obvio que la retención del 4.1% no resulta posible, de allí que el artículo 73-A de la LIR haya establecido que el mencionado impuesto debe ser pagado por la sociedad reembolsado por el beneficiario de la distribución.

Como es evidente, el texto no hace ninguna referencia al plazo en que debe ocurrir el reembolso, lo que se deja librado al acuerdo de las partes porque es un extremo que pertenece al ámbito del derecho privado. El legislador ha preferido otorgar esa responsabilidad a la empresa —siguiendo con una tendencia que se observa desde hace algún tiempo— en lugar de limitarse a exigir que la sociedad comunique el nombre del receptor y el monto del dividendo distribuido, como ocurría en el pasado.

La LIR tampoco aborda lo que ocurre si es que después de la entrega de los dividendos en especie y del pago por la empresa del impuesto que corresponde al accionista, éste decide transferir sus acciones a terceros. Se produciría allí una suerte de defraudación y la sociedad tendría que iniciar una acción civil para recuperar su crédito.

Si por alguna circunstancia la cobranza de ese monto resulta dudosa, ¿podría efectuarse la provisión para malas deudas? Creemos que sí, pues la obligación asumida tiene estrecha relación con la generación de la renta empresarial y, además, la ley no lo prohíbe. Por lo tanto, llegado el caso y cumpliendo con todas las regulaciones sobre el particular, también podría llegarse al castigo de la cuenta, si se demuestra su incobrabilidad o se presenta cualquiera de las circunstancias habilitantes contempladas en la ley.

Como es obvio, los terceros compradores de las acciones podrían no estar enterados de los adeudos del vendedor frente a la sociedad, pero aun en la hipótesis que tuvieran tal conocimiento, ello sería irrelevante porque la obligación del vendedor frente a la sociedad sería de carácter personal y no de naturaleza real, de manera que no puede suponer una carga para los títulos.

Obsérvese, además, que según el artículo 106° de la LGS *“en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o prestar garantías con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas bajo responsabilidad del directorio”*. Por lo tanto, el préstamo obligatorio que supone para la empresa el pago del impuesto por cuenta del socio, no podría ser respaldado con las acciones que generan el dividendo.

Debemos asumir que en el caso planteado, cuando la empresa paga el impuesto por cuenta del accionista como exige la norma transcrita, ella tiene que abrir una cuenta por cobrar al accionista. En esa hipótesis y mientras el crédito permanezca impago, no se generan los intereses presuntos a que se refiere el artículo 26° de la LIR, porque ellos sólo se producen cuando se trata de una operación de mutuo, supuesto que no se presentaría en el caso comentado. Específicamente el artículo 15° inciso c) del Reglamento de la LIR señala:

“No se consideran préstamos a las operaciones tales como pagos a cuenta por cuenta de terceros efectuados por mandato de la ley...”.

En consecuencia, sea cual fuere el tiempo que demore el reembolso del monto del tributo pagado por la sociedad por cuenta del accionista, no habrá lugar a intereses presuntos, aunque entendemos que desde el punto de vista civil, la empresa podría exigir el reconocimiento de tales intereses.

De otro lado, la distribución de utilidades en especie también tiene consecuencias en el régimen tributario aplicable a la propia empresa que efectúa la distribución. En efecto, tal como hemos señalado, la entrega debe tomar en cuenta el *“valor de mercado”* de las especies distribuidas para calcular el tributo de 4.1% que paga la empresa y reembolsa el socio pero, además, tal empresa debe tratar como utilidad o pérdida la diferencia entre ese valor de mercado y el costo computable de los bienes entregados, tal como señala el artículo 30° de la LIR:

“Las personas jurídicas constituidas en el país que distribuyan dividendos o utilidades en especie, excepto acciones de propia emisión, considerarán como ganancia o pérdida la diferencia que resulte de comparar el valor de mercado y el costo computable de las especies distribuidas...”.

Dicho de otro modo, desde la perspectiva del Impuesto a la Renta, la distribución de dividendos o utilidades en especie no tiene para la empresa ninguna diferencia con la transferencia a título oneroso que la sociedad pudiera efectuar de esos mismos bienes, de forma tal que la entrega de dividendos en especie puede generar renta neta para la sociedad con el consiguiente pago del Impuesto a la Renta sobre esos beneficios y la eventual distribución de nuevos dividendos.

Para guardar coherencia, el mismo temperamento debe observarse en el caso inverso, cuando el valor de mercado resulta inferior al costo computable de los bienes, hipótesis en la que tiene que admitirse que la entrega genera para la sociedad una pérdida deducible. 