

# Otorgamiento de créditos y dividendos presuntos

*Luis Hernández Berenguel*

*Profesor de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

La Ley No. 27804, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 2 de agosto de 2002, ha restablecido el Impuesto a los Dividendos con vigencia a partir del 1 de enero del presente año. Por Decreto Supremo No. 017-2003-EF se ha adecuado el Reglamento del Impuesto a la Renta a las modificaciones introducidas por la Ley No. 27804.

El actual Impuesto a los Dividendos difiere en diversos aspectos del que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993. El nuevo Impuesto a los Dividendos contempla siete tipos de dividendos, ocupándonos en el presente trabajo sólo de uno de ellos que califica como dividendo presunto.

El impuesto se aplica con la tasa del 4.1% que, en principio, debe ser retenido por la persona jurídica que los distribuya, salvo que la distribución sea a favor de una persona jurídica domiciliada en el país. En mi opinión, en todos los casos de dividendos, cuando la ley se refiere a personas jurídicas -tanto respecto de quién distribuye el dividendo como respecto de quién lo recibe- está mencionando únicamente a las personas consideradas como jurídicas por el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta -en adelante, el TUO- aprobado por Decreto Supremo No. 054-99-EF.

Cabe recalcar que difieren notablemente los conceptos de "persona jurídica" que utiliza el derecho común y la legislación del Impuesto a la Renta.

Ahora bien, hay casos en los que no procede la retención del impuesto por quién efectúa la distribución del dividendo. Ello no solamente ocurre cuando el perceptor del dividendo es una persona jurídica domiciliada en el país, sino también en otros casos, como por ejemplo cuando el dividendo es en especie.

No es objeto del presente trabajo detenerme en toda la problemática del Impuesto a los Dividendos. Por el contrario, sólo me circunscribiré, como lo he señalado líneas arriba, a un caso de dividendos, que es el previsto en el literal f) del artículo 24-A del TUO, tal como dicho artículo ha sido incorporado por el artículo 8 de la Ley No. 27804. Dicho caso está referido a los créditos que se reputan como dividendos.

## **Créditos reputados como dividendos**

Existen determinados supuestos en que la legislación considera que los créditos otorgados califican como dividendos y quedan gravados con la tasa del 4.1%, conforme lo señala el inciso f) del artículo 24-A del TUO.

Dicho inciso establece de manera expresa qué se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades:

"Todo crédito hasta el límite de las utilidades y reservas de libre disposición, que las personas jurídicas que no sean Empresas de Operaciones Múltiples o Empresas de Arrendamiento Financiero, otorguen a favor de sus socios, asociados, titulares o personas que las integran, según sea el caso, en efectivo o en especie, con carácter general o particular, cualquiera sea la forma dada a la operación y siempre que no exista obligación para devolver o, existiendo, el plazo otorgado para su devolución exceda de doce meses, la devolución o pago no se produzca dentro de dicho plazo o, no obstante los términos acordados, la renovación sucesiva o la repetición de operaciones similares permita inferir la existencia de una operación única, cuya duración total excede de tal plazo.

No es de aplicación la presunción contenida en el párrafo anterior a las operaciones de crédito a

favor de trabajadores de la empresa que sean propietarios únicamente de acciones de inversión”.

### 1. Aspecto Material u Objetivo del presupuesto de hecho

Como surge del inciso f) que acaba de ser transcrito, la ley se dirige a ciertos créditos que una persona jurídica, considerada como tal por el artículo 14 del TUO, ha otorgado a favor de sus socios, asociados, titulares o personas que las integran, según sea el caso, presumiendo que bajo la forma de un crédito en realidad lo que se ha hecho es distribuir un dividendo.

Cuando el inciso f) se refiere a socios, asociados, titulares o personas que integran la persona jurídica, está cubriendo los distintos casos en que se puede participar en el capital de personas consideradas jurídicas para efectos del Impuesto a la Renta. Así, por ejemplo, si dicha persona jurídica es una sociedad anónima, lo que tiene es socios; si es una asociación civil, lo que tiene es asociados; si es una empresa individual de responsabilidad limitada, lo que tiene es un titular; si es un contrato de colaboración empresarial que lleva contabilidad con arreglo a ley, lo que tiene son personas que integran dicho contrato. Esto, por poner simplemente algunos ejemplos.

Para que el crédito califique como dividendo, deben cumplirse acumulativamente las siguientes condiciones:

a) La primera condición es que estemos frente a lo que formalmente podría considerarse como un crédito. No importa para el caso si el crédito ha sido otorgado en efectivo o en especie. Tampoco tiene importancia cuál es la forma dada a la operación.

Las operaciones de crédito no se circunscriben a créditos –contratos de mutuo-. Existen otras operaciones de crédito, como por ejemplo una venta de bienes a plazos, en que una persona podría haber comprado algo que le ha vendido la persona jurídica de la cual es socio, pero adeuda una parte del precio que la vendedora le está permitiendo pagar a plazos. Sin embargo, como se verá más adelante, la norma sólo se estaría refiriendo a operaciones que han sido denominadas préstamos.

Aquí la propia ley está privilegiando la sustancia sobre la forma dada a la operación. Lo que la ley señala es que existe una operación a la cual formalmente se le ha denominado como si se tratara

de un crédito, cuando en realidad existen circunstancias que permiten comprobar que el crédito no es tal y que se está encubriendo una distribución de dividendos. En otras palabras, se trataría de un caso de simulación relativa. La ley obliga a prescindir de la forma dada a la operación para concluir que la verdadera intención de las partes fue distribuir dividendos.

b) Que el crédito no haya sido otorgado por Empresas de Operaciones Múltiples –por ejemplo, bancos y entidades financieras- o por Empresas de Arrendamiento Financiero. En ningún caso podría calificar como dividendo un crédito concedido por alguna de estas empresas.

c) El crédito tiene que haber sido otorgado a favor de uno o más socios, asociados, titulares o personas que integran la persona jurídica, según el tipo de persona jurídica que concede el crédito. En ningún caso calificará como dividendo presunto el crédito otorgado a favor de quien no sea socio, asociado, titular o persona que integra la persona jurídica.

Sin embargo, no califica como dividendo el crédito otorgado por una persona jurídica a sus trabajadores que a la vez sean propietarios de acciones de inversión. Sí puede calificar como dividendo el crédito otorgado a favor de trabajadores que además de ser propietarios de acciones de inversión también son propietarios de acciones comunes.

d) El crédito otorgado debe encontrarse en alguno de los siguientes supuestos:

- Que no exista obligación de devolver. En rigor, si se ha realizado una operación de crédito que califique como préstamo, necesariamente tiene que haberse pactado la obligación de devolver. La ley estaría aquí asumiendo que hay una operación en virtud de la cual se produce una entrega de dinero, sin que se pacte obligación de devolver, pese a lo cual asume indebidamente que estamos frente a una operación de crédito pero que por la inexistencia del referido pacto debe ser reputado como dividendo.

- Que existiendo obligación de devolver, el plazo otorgado para su devolución exceda de doce meses. Una interpretación lógica permitiría afirmar que si la devolución se produce dentro de los doce meses, pese a que el plazo otorgado al efecto era mayor, no se produciría este supuesto.



- Que la devolución o pago no se produzca dentro del plazo de doce meses. Si al otorgarse el crédito se hubiera acordado que la devolución o pago debe efectuarse dentro del citado plazo, pero transcurrido el mismo dicha devolución no se ha producido, se estará configurando el dividendo presunto.

- Que no obstante los términos acordados, la renovación sucesiva o la repetición de operaciones similares permita inferir la existencia de una operación de crédito única, cuya duración total exceda de tal plazo.

e) Que existan utilidades y reservas de libre disposición en la persona jurídica otorgante del crédito. En tal caso, el monto del crédito constituirá dividendo sólo hasta el límite de las utilidades o reservas de libre disposición que en caso de distribución de éstas correspondería al socio, asociado, titular o persona que integra la persona jurídica otorgante del crédito. Esto ha sido corroborado por el Artículo 13-A del Reglamento de la LIR, incorporado por el Artículo 7 del Decreto Supremo No. 017-2003-EF.

## 2. Aspecto Personal del presupuesto de hecho

Tienen la condición de contribuyentes los socios, asociados, titulares o personas que integran la persona considerada jurídica por el Artículo 14 de la LIR, que han obtenido de ésta el crédito calificado como dividendo.

Ahora bien, de conformidad con las normas que regulan el Impuesto a los Dividendos, tendría que actuar como agente de retención la persona jurídica otorgante del crédito. Sin embargo, habrá que distinguir entre dos situaciones distintas. Una primera en que desde el momento en que se otorga el crédito éste califica como dividendo, y una segunda en que el dividendo surge con posterioridad al otorgamiento del crédito.

En el primer caso, para que la retención sea fácticamente posible, la persona jurídica otorgante del crédito tendría que considerar que lo que efectivamente entrega como tal al socio, asociado, titular o persona que la integra, equivale al 95.9% del monto bruto del crédito. En esta forma, quien recibe el crédito aparecería debiendo una suma mayor, de la cual efectivamente se retendría el 4.1% equivalente al Impuesto a los Dividendos. Así, por ejemplo, si un socio recibe efectivamente un crédito

de 100, la persona jurídica que lo otorgó debería contabilizar una cuenta por cobrar de 104.28 -tal y como si el monto bruto del crédito ascendiera a este último importe-. De esta manera, calcularía el 4.1% sobre 104.28, reteniendo de este monto la cantidad de 4.28, que justamente representa el impuesto del 4.1% sobre 104.28. Luego, podría eliminar la cuenta por cobrar con cargo a las utilidades o reservas de libre disposición que corresponderían, en caso de distribución efectiva, al socio, asociado, titular o persona integrante de la persona jurídica que otorgó el crédito. En el ejemplo que acabamos de exponer, estamos asumiendo que en caso de distribución efectiva de las utilidades o reservas de libre disposición de la persona jurídica, al socio, asociado, titular o persona que la integra le correspondería una cantidad igual o mayor que el monto del crédito recibido.

La cosa cambia si estamos frente al segundo caso. Esto es, cuando el dividendo se configura con posterioridad a la fecha en que el crédito fue efectivamente entregado por la persona jurídica. Es decir, si al beneficiario del crédito se le otorgó un crédito de 100, con obligación de devolver en un plazo menor de doce meses, pero tal devolución no se ha producido al vencer el citado plazo, como quiera que los 100 ya fueron entregados con anterioridad al beneficiario y la persona jurídica no podía prever que tal crédito se convertiría en dividendo, no habría forma de practicar la retención pues sólo se habría contabilizado una cuenta por cobrar de 100. Imaginemos inclusive que en caso de distribución efectiva de las utilidades o reservas de libre disposición, al socio, asociado, titular o persona que integra la persona jurídica le hubiera correspondido sólo 100 o una cantidad menor. Resultaría, pues, imposible practicar la retención, pues la persona jurídica otorgante del crédito no tendría dinero de propiedad del beneficiario del crédito del cual detraer el 4.1%. Para cumplir con el pago del impuesto del 4.1%, la persona jurídica tendría que prestarle dinero al beneficiario del crédito que se ha convertido en dividendo o asumir dicho 4.1%.

## 3. Aspecto Temporal del presupuesto de hecho

La Ley No. 27804 tendría que haber establecido de manera expresa en qué momento nace la obligación tributaria de pago del Impuesto a los Dividendos. Es decir, ¿qué debe ocurrir para que nazca la obligación tributaria?

En mi opinión, hay algunos casos en que la obligación tributaria nace en el mismo momento en

que se otorga el crédito y existen otros casos en que la obligación tributaria va a nacer con posterioridad a dicho otorgamiento.

La obligación debería nacer en el momento en que se otorga el crédito, cuando no existe obligación de devolver o el plazo pactado para la devolución exceda de doce meses. Para establecer si el monto total del crédito o sólo una parte de él califica como dividendo, debe considerarse lo que le hubiera correspondido al beneficiario del crédito de haberse distribuido efectivamente, el día en que se otorgó el crédito, las utilidades y reservas de libre disposición existentes, a cuyo efecto se usarían los estados financieros del ejercicio anterior o los que se hubieran formulado y aprobado más recientemente, restando las distribuidas con posterioridad a la fecha de los referidos estados financieros.

En cambio, en cualquier otra hipótesis –por ejemplo, si se pactó que la devolución del crédito se efectuaría dentro del plazo de doce meses–, la obligación tributaria debería nacer el día inmediato posterior al vencimiento de los doce meses, si la devolución no se produjo realmente en ese plazo. A su vez, para establecer si la totalidad del crédito o sólo una parte de él califica como dividendo, tendría que considerarse lo que le hubiera correspondido al beneficiario del crédito de haberse distribuido efectivamente al vencimiento de los doce meses las utilidades y reservas de libre disposición existentes, usando al efecto los estados financieros del ejercicio anterior o los que se hubieran formulado y aprobado más recientemente, previa deducción de las distribuidas con posterioridad a la fecha de los referidos estados financieros.

La Ley No. 27804 no establece cuándo nace la obligación tributaria en el caso de otorgamiento de créditos que califican como dividendos, lo cual constituye uno de tantos casos en que se viola la norma constitucional sobre el ejercicio cabal de la potestad tributaria.

La Ley No. 27804 incurre en el error de hacer mención en el Artículo 73-A del TUO, incorporado por el Artículo 22 de la Ley NO. 27804, y en la Segunda Disposición Transitoria y Final de la Ley No. 27804, al “acuerdo de distribución”, como el momento en que nace la obligación tributaria en todos los casos de dividendos, siendo así que tratándose de dividendos presuntos no existe tal acuerdo, lo que justamente determina que exista un vacío legal en el presente caso.

Se ha tratado de cubrir el vacío en el Artículo 22 del Decreto Supremo No. 017-2003-EF, que incorpora al Reglamento del Impuesto a la Renta el Artículo 91.

Sobre el particular es preciso señalar, en primer lugar, que ello es inconstitucional porque la regulación del aspecto temporal del presupuesto de hecho, tratándose de un impuesto como el que grava los dividendos, sólo podría estar contenida en una ley dada por el Congreso o en un decreto legislativo previa delegación de facultades por el Congreso.

Pero, en segundo lugar, es importante establecer si la norma reglamentaria, independientemente de su inconstitucionalidad, tiene un contenido correcto y logra el objetivo de cubrir el vacío de la Ley No. 27804 al señalar que en el caso de créditos se configura el dividendo desde el momento en que ellos son otorgados.

Si nos atenemos al contenido de la norma reglamentaria, la persona jurídica otorgante del crédito que califica como dividendo tendría que efectuar la retención del impuesto del 4.1% al momento en que otorga dicho crédito, abonándolo al Fisco dentro del mes siguiente, en la fecha que corresponda según el último dígito de su RUC.

No existe duda alguna que la norma reglamentaria sólo podría resultar aplicable en aquellas situaciones en que el dividendo presunto surge en el mismo instante en que el crédito es otorgado.

Cuando el crédito se convierte en dividendo con posterioridad a su otorgamiento, la norma reglamentaria evidentemente es inaplicable.

Dicha norma reglamentaria agrega que los créditos así otorgados deben constar en un contrato escrito y, generando aún más confusión, termina señalando que en los supuestos de pagos parciales se considerará como dividendo el saldo no pagado de la deuda.

La confusión surge respecto de la expresión “pagos parciales”. El Impuesto a los Dividendos es de realización inmediata y no de carácter periódico, por lo que resultaría absurdo interpretar que tal expresión está referida a la posibilidad de que la norma exija pagos parciales del impuesto, lo que únicamente es pertinente cuando el tributo es de carácter periódico. De otro lado, si la expresión citada estuviera referida a pagos parciales del



crédito otorgado –es decir, un crédito que es entregado en partes al beneficiario-, para efectos del Impuesto a los Dividendos cada entrega parcial es un crédito distinto que, de calificar como dividendo, generará un Impuesto a los Dividendos diferente, siempre de realización inmediata y, por lo tanto, incapaz, por esencia, de obligar a pagos parciales de dicho impuesto.

Pongamos un solo ejemplo para demostrar que la norma reglamentaria tampoco cubre el vacío legal en que incurre la Ley No. 27804.

Supongamos que el día “X” la persona jurídica ha otorgado un crédito, por primera vez, a uno de sus socios, y que en el contrato correspondiente celebrado por escrito existe una cláusula en virtud de la cual se establece que el crédito no devengará intereses y que será devuelto en un plazo de doce meses. En este caso, en la fecha del otorgamiento del crédito éste no puede todavía ser calificado como dividendo y, en consecuencia, no puede en esa fecha haber nacido la obligación tributaria de pago del 4.1%. Si vencen los doce meses sin que el crédito sea devuelto, al día siguiente de dicho vencimiento nacerá la referida obligación tributaria. ¿Cómo, entonces, podría aplicarse la norma reglamentaria, según la cual habrá que efectuar la retención del 4.1% en la fecha del otorgamiento del crédito?

#### 4. Aspecto Espacial del presupuesto de hecho

Al referirnos en este trabajo a los créditos que califican como dividendos, nos estamos circunscribiendo a las normas contenidas en la Ley No. 27804 en cuanto grava las rentas de fuente peruana. Los dividendos de fuente extranjera tienen un tratamiento distinto.

Las rentas de fuente peruana se caracterizan porque la fuente generadora de la renta tiene un vínculo territorial –es decir, un vínculo con el territorio nacional-.

En el presente caso, sólo existirá ese vínculo si la persona jurídica, considerada como tal por el Artículo 14 del TUO, que otorga el crédito que califique como dividendo, tiene la condición de domiciliada en el país para fines del Impuesto a la Renta y, por lo tanto, otorga el crédito en territorio

nacional. En esa medida se estará produciendo en la realidad el presupuesto de hecho regulado por la ley en su aspecto espacial.

Dicho de otra manera, cuando la ley regula el aspecto espacial del presupuesto de hecho del Impuesto a los Dividendos en el caso de créditos, se circunscribe a los créditos que califiquen como dividendos otorgados por una persona jurídica, considerada como tal por el Artículo 14 del TUO, domiciliada en el país y que, por lo tanto, otorga el crédito en territorio nacional.

#### 5. Aspecto Mensurable del presupuesto de hecho

El Artículo 13-A del Reglamento del Impuesto a la Renta, incorporado por el Artículo 7 del Decreto Supremo No. 017-2003-EF, señala que el dividendo se genera únicamente respecto del monto que le corresponda al socio, asociado, titular o persona que integra la persona jurídica otorgante del crédito, en las utilidades o reservas de libre disposición de esta última. Si el crédito o entrega excede de dicho monto, el exceso se considerará como préstamo y se configurarán los intereses presuntos a que se refiere el Artículo 26 de la LIR, salvo prueba en contrario.

El monto de las utilidades o reservas de libre disposición, que en caso de una distribución directa de dividendos correspondería al perceptor del crédito, debe ser apreciado al momento en que nace la obligación tributaria referida al Impuesto a los Dividendos.

En este orden de ideas, puede ocurrir que en la fecha de nacimiento de la obligación tributaria el crédito resulte menor, o igual, o superior a las utilidades o reservas de libre disposición que al beneficiario del crédito le corresponderían en caso de distribución directa de éstas en dicha fecha. Si el crédito otorgado es igual o inferior, la totalidad del crédito constituirá dividendo. Empero, si el crédito es superior, sólo constituirá dividendo la parte del crédito que es igual al monto de las utilidades o reservas de libre disposición que en la fecha de nacimiento de la obligación tributaria hubieran correspondido al beneficiario del crédito en caso de distribución directa de todas ellas.