



“Dividendo presunto” en la nueva ley de impuesto a las ganancias.

Por P. Augusto VAN THIENEN

I. Introducción.

El artículo “sin número” a continuación del artículo 46 de la ley 27.430 (“LIG”) regula el “dividendo” presunto. La intención del legislador es gravar aquella disposición de fondos o el uso de bienes del activo de los sujetos comprendidos en el artículo 69 LIG (en adelante la “Empresa”); cuando la disposición de fondos o el uso de dichos bienes sea aprovechado por ciertas personas relacionadas a la Empresa.

La figura del dividendo presunto intenta acotar el uso de la estructura societaria o el negocio fiduciario para extraer fondos injustificados sin pagar el tributo respectivo. Es un clásico de nuestro entorno empresario el pago de honorarios a directores “vinculados” que suelen no cumplir función ejecutiva alguna en la Empresa, pero que sin embargo perciben sueldos u honorarios que no responden a los servicios prestados; esto es, directores dominicales que cobran sueldos por encima del valor de mercado; y sólo por citar un ejemplo.

Hasta hoy, esta práctica permitía dos eficiencias: (i) poner en cabeza de la Empresa un gasto deducible y (ii) en cabeza del beneficiario una ganancia gravada a la tasa de la 4ta categoría. A partir del ahora, si el gasto no está debidamente justificado será considerado “dividendo presunto”; con lo que ello significa: (i) gasto no deducible en cabeza de la Empresa y (ii) ganancia gravada de la 3ra categoría para el beneficiario.

II. Los casos que gatillan un “dividendo presunto”.

La LIG opta por un modelo casuístico donde describe cada uno de los hechos o actos imposables que dan lugar a presumir una renta gravada. Un aspecto no podemos dejar de señalar, la renta se presume, frente dos situaciones bien concretas: (i) silencio de las partes o (ii) precio inferior o en exceso del valor de mercado (“*Fair Market Value*”). Si las partes acuerdan un precio de mercado por servicios prestados a la Empresa o por el uso de bienes de la Empresa, no hay presunción de renta.

Vemos los casos donde opera la presunción:

1. ***Uso y goce de bienes del activo***: La ley expresamente dispone que el uso y goce de bienes del activo de la Empresa genera la presunción de un dividendo; y a tal efecto fija dos tasas diferentes según que el bien sea inmueble o mueble. Para los primeros fija la tasa del 8% y para los segundos la tasa del 20%; similar criterio al de “intereses presuntos” (Art. 73 LIG). O sea, para la AFIP-DGI el aprovechamiento de bienes del activo presume una renta gravada en cabeza del beneficiario del 8% o del 20% del valor corriente en plaza, dependiendo del tipo de bien de que se trate. Esto significa que el uso de un activo genera a favor del beneficiario una renta bruta presunta; y digo *rentabilidad bruta* pues el fisco permite deducir todos los costos o gastos incurridos por el beneficiario para la conservación o mantenimiento del bien. Esto quiere decir que, si el precio por el uso iguala o equivale al costo (vrg., pago de servicios, impuestos, mantenimiento, expensas, seguridad, etc), no habría presunción de renta y por lo tanto no se aplicaría la tasa del dividendo presunto. Con esta fórmula, el Estado se asegura que los beneficiarios no cobren por el uso de estos activos más que el costo de utilizarlos. La diferencia entre la renta presunta y el costo operativo será la renta neta alcanzada por el tributo (3ra categoría).
2. ***Aplicación de bienes del activo como garantía***: Este es un clásico de las empresas familiares de capital concentrado. Los dueños y propietarios suelen gravar activos productivos de la Empresa para asegurar obligaciones personales e individuales. En esta suerte de confusión entre “propiedad” y “gestión”, el Estado busca desincentivar este tipo de conductas gravando con este impuesto la ejecución de la garantía. O sea, si el dueño de la Empresa deja ejecutar la garantía deberá pagar al fisco la ganancia resultante de la diferencia entre el monto de la garantía y el valor de mercado del bien. Considerando que los acreedores suelen tomarse un “aforo” que va del 30% al 50% del valor de mercado del bien aplicado a la garantía, parece inevitable que si el deudor no honra su obligación deberá pagar al fisco la renta presunta fijada por el fisco entre la diferencia del valor de plaza y el monto de la deuda. Esta fórmula posee un incentivo en sí mismo: a medida que nos acercamos al vencimiento de la deuda, la ejecución de la garantía se hace más costosa en términos impositivos. Por lo tanto, el costo de la mora torna muy riesgosa la operación.

3. **Compraventa de bienes de activo:** Aquí la renta gravada se computa por la diferencia entre el valor declarado y el valor de mercado del bien objeto de la transacción. Esta norma busca que las transacciones entre partes relacionadas sean en condiciones de mercado (*“Arms-length”*). La renta presunta intenta no sólo equilibrar el valor de las prestaciones; sino desincentivar conductas oportunistas de los propietarios de control. La venta de un activo por encima de valor de mercado, o a la inversa, la compra por debajo de valor de mercado genera un beneficio “oculto” para quien posee el control de la Empresa apropiándose a través de este mecanismo de renta empresarial; lo que en doctrina norteamericana se conoce como *“Waste of Assets”* o *“Tunneling”*.

4. **Gastos que no respondan a operaciones en interés de la empresa:** Este es otro clásico de las prácticas vernáculas donde los propietarios de control suelen trasladar a la Empresa erogaciones y gastos (vrg., personales o familiares) que poco o nada tienen que ver con el interés de la Empresa. Es frecuente observar en Empresas la traslación de gastos personales en una suerte de “dividendo encubierto” u “beneficio encubierto”; prácticas que suelen ser llevadas a cabo por los dueños de control. La norma obliga no sólo justificar el gasto sino demostrar que dicho gasto responde a operaciones realizadas en interés de la Empresa. ¡Se acabaron los viajes a Disney con la tarjeta de crédito corporativa!

5. **Sueldos, honorarios y remuneraciones de directores o administradores:** En línea con el apartado (4) anterior el pago de honorarios, sueldos o remuneraciones por encima del valor de mercado podría calificar como un gasto que no responde al interés de la Empresa pues ésta, estaría pagando por un servicio, un valor excesivo. Pero la norma, no sólo fija el parámetro objetivo del valor de mercado; sino que obliga que el servicio sea efectivamente prestado. O sea, no sólo presume como renta gravada el exceso de valor de mercado de un servicio efectivamente prestado, sino que, además, exige que el servicio sea efectivamente prestado a favor de la Empresa. Esta norma apunta, nuevamente, al modelo de capital concentrado y control de la gestión donde, habitualmente, se dan dos conductas típicas: (i) los accionistas o socio mayoritarios ocupan cargos de directores (ejecutivos) con remuneraciones excesivas; o (ii) familiares o socios minoritarios ocupan cargos en el directorio (directores de asiento o dominicales) como forma de justificar una renta a favor de quienes no gestionan. Sea por uno u otro camino, lo cierto es que la renta presunta apunta a deshacer estas prácticas; y por lo tanto que los honorarios, sueldos y remuneraciones de los administradores sean a valor de mercado y que respondan al interés legítimo de la Empresa.

Vale destacar que esta “presunción” se extiende a cónyuges, ascendientes y descendientes de los dueños de la Empresa, hasta primer y segundo grado de consanguinidad y/o afinidad. Esto último deja bien claro que las empresas “target” son las “familiares”.

Resta señalar que el “retiro de fondos cualquiera sea la causa” también está incluido como hecho generador del dividendo presunto. El retiro de fondos (cualquiera sea la causa) es un concepto demasiado amplio y ambiguo que merece ser aclarado en la reglamentación de la nueva ley; puesto que pone en cabeza de la sociedad una contingencia impositiva significativa. A primera vista parece que la única manera de retirar fondos de la Empresa es vía dividendos aprobados por asamblea de socios o accionistas quedando por lo tanto alcanzado por el tributo “todo retiro de fondos” puesto que se lo presumirá “dividendo”; salvo prueba en contrario.

III. Los incentivos económicos del dividendo presunto.

Está claro y salta a la vista que la nueva LIG apunta a desactivar las prácticas descriptas en el punto (ii) anterior llevando el valor de las transacciones a precios de equilibrio y/o valores de mercado. Reitero, la presunción de renta se aplica cuando hay silencio de las partes o, en su caso, un valor por fuera de mercado ya sea por defecto o por exceso. Fuera de estos casos, no hay presunción de ganancia gravada.

Restará a los operadores del mercado analizar, evaluar y definir en cada caso concreto la conveniencia de planificar o no este aspecto para evitar caer en la presunción de renta. Existen interrogantes que, todavía no tienen respuesta; entre ellos, cuál es el valor de mercado para fijar el honorario del CEO o director fundador, creador y hacedor de una empresa.

Como todos los mortales nos movemos por incentivos, los operadores del mercado encontrarán la salida para “eludir” con inteligencia esta presunción de renta gravada.

IV. Sujetos alcanzados por la presunción.

Los sujetos alcanzados por esta presunción son los titulares, propietarios, socios, accionistas, fiduciarios o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 LIG; siendo éstas las sociedades anónimas, mixtas, de responsabilidad limitada, fideicomisos y otros sujetos de derecho allí indicados.

O sea, la presunción se genera por el flujo de rentas generado entre partes relacionadas y me estoy refiriendo a los socios, accionistas, fiduciarios o beneficiarios de acciones, cuotas o participaciones en un fideicomiso; entre otros (las “Partes Relacionadas”).

Con esto quiero significar que no hay renta presunta cuando la transacción no alcanza o no se realiza entre Partes Relacionadas.

Por lo tanto, si la transacción se realiza entre sujetos independientes no hay presunción de renta y por lo tanto no hay ganancia gravada.

V. Impacto de la LIG en la responsabilidad.

La pregunta que me dispara este régimen de dividendo presunto es la siguiente: ¿cuál es el impacto del nuevo régimen frente a la potencial acción de responsabilidad por daño?

Determinado por el fisco el hecho imponible, y sin importar quién es el sujeto obligado al pago del tributo; lo cierto es que las transacciones que devengan el hecho imponible son – desde una estricta mirada societaria – negocios jurídicos lesivos del interés social. Estamos en presencia de operaciones donde los socios de control en su doble rol de accionistas y administradores utilizan la estructura societaria para extraer fondos de la Empresa en exclusivo beneficio propio. O sea, una clara situación de interés contrario donde el propietario del control busca expropiar renta en perjuicio de los accionistas minoritarios (“*Self-dealing Transaction*”).

Determinada por la AFIP-DGI la renta presunta y, confirmado el hecho imponible por la justicia, resta preguntarnos cuál es el riesgo de responder por daños frente a esta situación. ¿Podrán los accionistas minoritarios promover las acciones de responsabilidad previstas en la LGS? ¿Podrán los accionistas demandar daño directo? ¿Probada la extracción de renta en claro perjuicio del interés social pueden los socios de control ampararse en la acción social de responsabilidad? ¿Acción social “minoritaria”?

VI. El dividendo presunto y pasivos contingentes en operaciones de M&A de empresas familiares.

Cómo determinar el valor de mercado de un honorario de un director dominical es materia no explorada entre nosotros. No hay ninguna base de datos que nos permita acceder a esa información. Cuál es el honorario o el sueldo de un CEO “clave” fundador y hacedor de una empresa familiar exitosa, tampoco. Si contamos con valores de mercado para ejecutivos “independientes”; pero no para ejecutivos clave. Cuál es la prima que pagaremos por encima de valor de mercado pero que no sea considerado “dividendo presunto”.

Señalo este punto pues la contingencia que dispara este nuevo “dividendo” impactará de lleno en las operaciones de M&A de empresas familiares, donde la mera sospecha de que la contingencia pueda ocurrir será materia de fuerte negociación, ajuste de precio o formación de un escrow. Tengamos presente que en las empresas familiares la renta del capital se paga por dos vías: (i) dividendos y (ii) honorarios excesivos.

Considerando que el dividendo está alcanzado por el impuesto respectivo, es de esperar que los socios de empresas familiares perciban su renta buscando maximizar el costo impositivo y; por lo tanto, retirando utilidades de la Empresa por vías oblicuas; lo que en doctrina norteamericana se llama: “*Disguised Dividends*”.

El mercado tomará el riesgo de ahorrarse el impuesto hoy, especulando con el descuento de precio futuro.

Espero que estas reflexiones hayan sido de utilidad y nos ayuden a pensar.

No dejes de seguirnos en www.cedeflaw.org