

## NUEVO RÉGIMEN DEL IMPUESTO A LA RENTA SOBRE DIVIDENDOS

HUMBERTO MEDRANO CORNEJO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Profesor de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### SUMARIO

- I. Introducción. – II. Definición de Dividendos para efectos de la LIR. –  
III. Dividendos o Utilidades en Especie. – IV. La Revaluación Mercantil. –  
V. Revaluación y Costo Computable. – VI. Los Otros Perceptores de Rentas de Tercera Categoría. –  
VII. El Hecho Imponible.

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando en 1968 se produjo una de las más significativas reformas del Impuesto a la Renta, el legislador se propuso poner el acento en las personas naturales en tanto que sujetos pasivos del tributo porque se entendía que, en definitiva, son ellas las destinatarias de las ganancias generadas por las sociedades.

Esencialmente, sólo las sociedades anónimas fueron consideradas como personas jurídicas y convertidas en obligadas al pago. A las demás sociedades se les otorgó el carácter de "transparentes", es decir que no eran tomadas en cuenta como contribuyentes ya que esta condición sólo alcanzaba a sus socios.

Como fácilmente puede deducirse de la estructura legal descrita, lo que interesaba básicamente era establecer la riqueza que acumulaban las personas físicas que se encuentran detrás de las empresas. Se descorrió el velo societario. Parte del esquema comprendía también la prohibición de que el capital de las sociedades anónimas estuviera representado por acciones al portador, obligándose a partir de ese momento a que todas las acciones fueran nominativas. Por lo tanto, interesa destacar como dato histórico que la obligatoriedad de las acciones nominativas tiene su origen en el derecho tributario, extremo que posteriormente ha sido confirmado por las normas de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGS).

Probablemente para poder competir en la atracción de inversión extranjera con relación a otros países del área, las mencionadas reglas comenzaron a modificarse paulatinamente. Así, se llegó al extremo opuesto: se estableció que los únicos contribuyentes eran las sociedades, aplicándose una tasa de 30% mientras que los socios quedaron excluidos del ámbito del Impuesto a la Renta, al inafectarse la distribución de dividendos y de utilidades.

Pero como ocurre siempre en nuestro país, la legislación volvió a modificarse y en el año 2001 la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante LIR) dispuso que a partir del 2002 las rentas de las sociedades quedaban sujetas a la tasa del 27% y la distribución de dividendos o utilidades a la tasa de 4,1% de cargo de la sociedad, sin embargo, este tributo nunca llegó a aplicarse, pues la Ley N° 27804 señaló (con discutible técnica legislativa) "*precisase que no entrará en vigor...*" la mencionada tasa.

No obstante, la misma ley creó un impuesto a la distribución de dividendos o utilidades con igual tasa de 4,1%, pero esta vez de cargo de los socios o accionistas que no sean personas jurídicas domiciliadas en el país. Esta particular manera de

legislar ha convertido esas ganancias en una renta especial sujeta a un impuesto "cedular", que se aplica sólo a ese específico ingreso al cual se excluye de la globalidad. También en este caso puede señalarse que si una persona natural ha sufrido pérdidas importantes en determinada actividad y, además, percibe dividendos, éstos estarán sujetos al impuesto, aun cuando mirando en conjunto la situación de esa persona, ella carezca de renta neta. Se trata, por lo tanto, de un mecanismo cuestionable, en tanto y en cuanto no toma en consideración la verdadera capacidad contributiva del obligado.

Resulta válido preguntarse si no era mejor mantener la tasa de 30% y continuar inafectando los dividendos, pues así, el régimen resulta de más fácil aplicación y aunque, aparentemente el propósito de la norma es incentivar la reinversión y capitalización de las empresas estableciendo un tributo menor (sólo 27%) a las empresas que no distribuyen sus utilidades, lo cierto es que la diferencia entre distribuir o no distribuir todavía no constituye un aliciente importante.

Además, subsisten algunas dudas. Al aplicarse el 4.1% sobre el 73% de la renta neta (es decir, luego de pagar el 27% a cargo de la sociedad) resulta una tasa efectiva del 30%. Sin embargo, no se ha efectuado ninguna precisión respecto del tratamiento que correspondería a aquellas actividades empresariales que por mandato de leyes específicas sólo están sujetas al impuesto a la Renta con tasas distintas al 27%. Así ocurre, por ejemplo, tratándose de las empresas agrarias, las cuales deben tributar 15%. ¿También sus socios o accionistas están gravados con la tasa de 4.1%? ¿Ha sido ese el propósito del legislador?

Similares consideraciones pueden efectuarse con relación a las empresas incluidas en los beneficios que otorga la Ley Nº 27037 sobre Fomento a la Inversión en la Amazonia, las mismas que deben tributar 5% ó 10 % por impuesto a la Renta, dependiendo de la zona en que lleven a cabo sus actividades. La distribución de las utilidades de estas empresas ¿también está sujeta al 4.1%?

Al no existir ninguna excepción en la norma general, tendría que concluirse que también en esos casos es aplicable dicha tasa, de modo que en ellos el mecanismo diseñado significará una exigencia mayor, pues antes el tributo sólo se aplicaba a la empresa y con una tasa menor a la general. Es más, como veremos más adelante, la ley grava "la distribución de dividendos o utilidades" lo que, en buena medida, constituye una noción mercantil que no guarda relación, necesariamente, con los conceptos tributarios. Por lo tanto, si una empresa percibe renta exonerada, ella no estará sujeta al tributo, pero al distribuir los beneficios se precipitará el impuesto de 4.1%, ya que la ley no ha contemplado ninguna excepción en favor de los socios, accionistas, etc. de tales empresas. Desde este punto de vista puede afirmarse que se ha producido un incremento real en el tributo sobre la renta, porque antes la empresa que percibía renta exonerada no tributaba y la distribución de utilidades se encontraba inafecta. Al distinguirse ahora entre dos sujetos y dos materias imposables, la exoneración que pudiera amparar a la sociedad no puede ser esgrimida por los socios o accionistas frente al 4.1%. La ley no otorga a éstos ninguna exoneración, de modo que el tributo resulta procedente, con lo cual en estos casos el conjunto de la imposición se ha incrementado.

Por otra parte, la creación de este impuesto de 4.1% ha dado lugar a una verdadera paradoja, pues para algunos sujetos el nivel de exigencia fiscal ha disminuido. En efecto, ocurre que si los accionistas cuentan con un convenio de estabilidad suscrito cuando los dividendos no eran gravables, es obvio que no se les podrá aplicar la referida tasa. Si, de otro lado, la empresa que recibió la inversión no ha suscrito tal

convenio, ella debe beneficiarse con la rebaja del impuesto de 30% a 27%. En estos casos –que seguramente no serán numerosos– se producirá una reducción en la recaudación.

Otra consecuencia oblicua, seguramente no pensada por el legislador, ocurrirá con los accionistas no domiciliados quienes, al quedar sujetos en el Perú al impuesto de 4.1%, estarán en aptitud de utilizar la suma pagada como un crédito frente al impuesto que les corresponda en el país de su domicilio, lo que no ocurría cuando la subsidiaria en nuestro país pagaba 30%. El nuevo régimen supone que es el accionista el que sufre la carga del tributo, lo que lo habilita para deducirlo del monto a pagar al Fisco de su domicilio.

## II. DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS PARA EFECTOS DE LA LIR

La LIR ha considerado como rentas de segunda categoría *“los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, con excepción de las sumas a que se refiere el inciso g) del artículo 24-A de la Ley”*.

Ahora bien, en función de la autonomía del derecho tributario, el concepto de dividendos y utilidades no se limita a los extremos contemplados en la norma mercantil. En efecto, el legislador en materia fiscal desea evitar que pueda eludirse la obligación y por ello afecta situaciones y hechos que, en sentido estricto, no constituyen distribución de utilidades pero que indirectamente podrían conducir a ese fin, razón por la cual se les incluye como supuestos gravados.

Para ese propósito se ha incorporado el artículo 24-A a la LIR, definiéndose lo que debe entenderse por dicha distribución, como señalamos a continuación.

*“a) Las utilidades que las personas jurídicas a que se refiere el artículo 14 de la ley distribuyan entre sus socios, asociados, titulares o personas que las integran, según sea el caso, en efectivo o en especie, salvo mediante títulos de propia emisión representativos del capital”.*

Del enunciado transcrito se desprende la falta de coincidencia entre el concepto de dividendos que recoge la LGS y el asumido en la LIR ya que, entre otras referencias, se alude a las utilidades que se *“distribuyan entre asociados, titulares o personas que las integran”*.

Esta regla tiene su explicación en el cambio de enfoque efectuado por el legislador y al que nos hemos referido previamente. En efecto, habíamos señalado que en un momento determinado sólo interesaba gravar a las personas naturales que se encontraban detrás de las sociedades, pero posteriormente se produjo un cambio radical de actitud buscando afectar sólo a las personas jurídicas para, inmediatamente después, tratar por todos los medios de convertir en *“personas jurídicas”* a entidades e inclusive contratos que, ciertamente, no dan lugar al nacimiento de aquellas. La idea central es claramente recaudatoria, pues al gravar sólo a las personas jurídicas pero ampliando el espectro de quienes tienen esa calidad, se multiplica el número de contribuyentes generando algunas situaciones de clara injusticia.

Esta forma de exigir el tributo se origina en lo previsto por el artículo 65 de la LIR, conforme al cual:

*"Las sociedades irregulares...; comunidad de bienes; joint ventures, consorcios y demás contratos de colaboración empresarial perceptores de rentas de tercera categoría deberán llevar contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes..."*.

Por su parte, en el artículo 14 de la misma LIR se establece que tienen la condición de personas jurídicas:

*"k) Las sociedades irregulares...; la comunidad de bienes; joint ventures, consorcios y otros contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes..."*.

Obsérvese que el régimen descrito puede conducir a una tributación arbitraria por el sólo hecho de haberse otorgado la condición de persona jurídica a quienes celebran determinados contratos, como ocurre en el caso de un consorcio. Si uno de los consorciados obtiene en el contrato con (A) una utilidad de S/. 1'000,000 pero en el contrato con (B) sufre una pérdida de S/. 1'500,000, tendrá que pagar el impuesto por la renta generada en (A) a pesar que, mirando el conjunto de su situación real, se trata de una empresa que ha sufrido una pérdida de S/. 500,000.

La regulación mencionada explica porqué al definirse la distribución de dividendos o utilidades se incluye a las percibidas por "socios..., titulares o personas que las integran...", de modo que desde la perspectiva del Impuesto a la Renta, no sólo las sociedades pueden distribuir utilidades sino que el supuesto alcanza también a otras entidades a las que la ley tributaria califica como personas jurídicas aunque, no lo sean conforme al derecho común.

### III. DIVIDENDOS O UTILIDADES EN ESPECIE

La norma alude también a la posibilidad de distribuir utilidades en especie, hipótesis en la cual los bienes deben computarse por el valor de mercado que corresponda atribuir a los bienes a la fecha de su distribución. (LIR artículo 24-B).

Ahora bien, según el artículo 73-A de la LIR, las personas jurídicas que acuerden la distribución de dividendos o utilidades, retendrán el 4.1% de las mismas, excepto cuando la distribución se efectúe a favor de personas jurídicas domiciliadas. Las redistribuciones sucesivas que se efectúen no estarán sujetas a retención, salvo que se realicen a favor de personas naturales o sucesiones indivisas domiciliadas.

Cuando la distribución se realiza en efectivo, la retención no reviste dificultad, pero si se efectúa en especie, ¿cómo debe procederse? La ley resuelve este inconveniente con el mecanismo previsto por el mismo artículo 73-A, según el cual si la persona jurídica acuerda la distribución de utilidades en especie, el pago del 4.1% deberá ser efectuado por ella y 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. 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 una suerte de defraudación y la sociedad tendría que iniciar una acción civil para recuperar su crédito. Si por alguna circunstancia la cobranza 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 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 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 a dicho 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 ley 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 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. Sin embargo, desde el punto de vista civil, la empresa podría exigir el reconocimiento de tales intereses.

De otro lado, la distribución de utilidades en especie tiene consecuencias jurídicas no sólo en el receptor de las mismas, sino también 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% a reembolsar por el socio pero, además, la 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 de la empresa, la distribución de dividendos o utilidades en especie no tiene ninguna diferencia con la transferencia de esos mismos bienes que la sociedad pudiera efectuar a título oneroso, ya que una obligación de monto determinado (utilidades por distribuir) se extinguiría entregando bienes que para el pagador tienen un costo que no coincide con la deuda que se cancela.

Es obvio que el legislador pretende evitar la elusión que podría producirse si se permitiera que las empresas tomaran en cuenta los bienes sólo por su valor en libros,

ya que si el de mercado fuera superior, se estaría calculando el tributo sobre una materia imponible menor a la que realmente correspondería. De otro lado, en cuanto a la empresa, el diseño legal al equiparar la entrega de dividendos con la enajenación de bienes impide que la diferencia de trato pudiera ser aprovechada por el contribuyente para, eventualmente, tomar indebida ventaja.

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

*"b) La distribución del mayor valor atribuido por revaluación de activos, ya sea en efectivo o en especie, salvo en títulos de propia emisión representativos del capital".*

#### IV. LA REVALUACIÓN MERCANTIL

Debe recordarse que la posibilidad de revaluar los activos de una empresa se encuentra expresamente contemplada por el artículo 228 de la 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:

*"f. 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"*.

Nosotros consideramos que 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 el aumento es sólo nominal en razón de, por ejemplo, un proceso inflacionario, devaluación de la moneda o causas similares, donde no estaríamos estrictamente 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 reevaluación 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"*.

Por lo tanto, según el texto de la LIR, el legislador tributario estaría considerando

<sup>1</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Tomo II. Lima: Ediciones Normas Legales, 1996, p. 621

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 nunca una 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? Nosotros consideramos que si tal acuerdo es nulo ello significa que jurídicamente jamás existió y, por lo tanto, no se habría configurado el supuesto gravado. Estrictamente no debería haberse exigido el impuesto porque no estaríamos frente a una verdadera distribución de dividendos, ya que la empresa -por lo menos en la parte relativa al excedente de reevaluación- no contaría con utilidades susceptibles de repartirse.

En este caso, nos encontramos nuevamente frente al ejercicio de la autonomía del derecho tributario. El legislador impositivo ha establecido una regulación propia, que prescinde de consideraciones societarias para centrarse únicamente en la perspectiva fiscal. Sin embargo, la nulidad del acuerdo declarada por el juez que conduce a la devolución de las sumas recibidas por los accionistas tiene que habilitar el derecho a solicitar la devolución del impuesto porque, en rigor, nunca ocurrió el hecho gravado.

Quizás la entrega efectuada por la empresa pudiera considerarse como una suerte de préstamo entregado a los socios, con las consecuencias tributarias que pudieran derivarse de este hecho, pero si por la declaración judicial el acuerdo "no existió", el pago del impuesto devino en indebido.

Según la ley, no hay lugar al tributo si es que el excedente se capitaliza, como también ocurre cuando las utilidades "reales", se integran al capital. Esto confirma que el propósito del legislador es alentar las capitalizaciones, aun cuando por las tasas todavía resulta insuficiente como incentivo.

## V. REVALUACIÓN Y COSTO COMPUTABLE

De acuerdo con nuestra estructura legal, el sólo hecho de la revaluación voluntaria de los activos, no obliga a la empresa a pagar el impuesto, no obstante, al distribuir el excedente resulta exigible el impuesto a los dividendos. En esa hipótesis ¿qué ocurre con el costo computable de los bienes revaluados?

Conforme a la norma general, el costo computable de tales bienes continúa siendo el anterior y, por eso, la sociedad tendrá que pagar el tributo por la eventual utilidad que obtuviere al enajenarlos (o a deducir la pérdida, en su caso); es decir, 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 reevaluación.

Al respecto, habría que recordar que, según el artículo 14 del Reglamento de la LIR, el mayor valor resultante de la revaluación voluntaria no da lugar a la modificación en el costo computable ni en la vida útil de los bienes y tampoco es considerada para

el cálculo de la depreciación.

Por lo tanto, si la sociedad reevalúa sus activos y distribuye el excedente, tendrá que efectuar de inmediato la retención del 4.1% a los accionistas que corresponda y posteriormente tendrá que tributar por la ganancia (o deducir la pérdida) que obtenga cuando transfiera esos mismos bienes, al comparar el costo computable -no modificado- con el valor en que se enajenen.

También es importante señalar que en el caso de reorganización, según el artículo 104 de la LIR, si con motivo de la reorganización las sociedades o empresas acuerdan la reevaluación voluntaria de sus activos, la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable de los bienes estará gravado con impuesto a la renta. En este caso, los bienes transferidos así como los del adquirente tendrán como costo computable el valor al que fueron revaluados. Sin embargo, debe observarse que si la empresa que efectúa la reevaluación tiene pérdidas acumuladas, el excedente (hasta el monto de las pérdidas) no daría lugar al pago del impuesto, pues se destinaría a la compensación, pero ello no podría impedir la elevación del costo computable de los bienes.

Desde luego, por leyes especiales puede autorizarse la reevaluación de los activos con modificación del costo computable de los bienes y sin pago del tributo. Así ocurrió con las normas de la Ley N° 26283 que -como es habitual en nuestro país- al poco tiempo se dejaron sin efecto (Sétima Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27034). Ello dio lugar a las discusiones que son de público conocimiento, especialmente en el caso de las empresas eléctricas donde fue necesario recurrir a tribunales arbitrales para decidir que, por el mérito de los convenios de estabilidad, la modificación no les resultaba aplicable.

*"c) La reducción de capital hasta por el importe equivalente a utilidades, excedente de reevaluación, ajuste por reexpresión, primas o reservas de libre disposición capitalizadas previamente, salvo que la reducción se destine a cubrir pérdidas conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades".*

Este inciso implica una importante modificación con respecto a las normas que regían cuando se encontraba vigente la anterior estructura del impuesto a los dividendos ya que, en principio, la reducción de capital no tiene por qué suponer la distribución de utilidades. Por el contrario se trataría única y exclusivamente de la devolución de los aportes efectuados y por lo tanto no debería dar lugar al pago del impuesto.

Sin embargo, ahora la situación ha cambiado, lo que se confirma al analizar el nuevo texto del artículo 25 de la ley, según el cual:

*"No se consideran dividendos ni otras formas de distribución de utilidades la capitalización de utilidades, reservas, primas, ajuste por reexpresión, excedente de reevaluación o de cualquier otra cuenta de patrimonio".*

Esta regulación hay que analizarla no sólo desde el ángulo positivo en tanto que establece que no existen dividendos si tales conceptos se capitalizan, sino también desde el lado contrario, ya que si bien la norma confirma que el propósito del legislador ha sido considerar como dividendos gravados la distribución en efectivo de tales conceptos, llama la atención que se haya incluido allí las primas.

En efecto, siempre se ha interpretado que tales primas constituyen una suerte de compensación que los accionistas nuevos pagan a los antiguos por sus esfuerzos



para lograr colocar a la sociedad en una posición expectante que genera la atención de muchos interesados. En esas circunstancias resultaría injusto que los nuevos socios se limitaran a pagar el valor nominal de las acciones en caso de un aumento de capital.

Como quiera que la finalidad de las primas es sólo homologar la situación de unos y otros accionistas, la jurisprudencia primero y la legislación positiva después no le dieron a su distribución el tratamiento de dividendos. Como se sabe, tal distribución es posible luego de que la reserva legal haya alcanzado su límite máximo, según el artículo 233 de la vigente LGS. La misma norma indica que las primas pueden capitalizarse en cualquier momento, y es sólo en este supuesto cuando, según la ley tributaria, no se configura una distribución de dividendos. En consecuencia, "a contrario sensu", habrá lugar al impuesto de 4.1% si se produce la distribución de la prima en efectivo.

Se trata de una regulación cuestionable, pues tratándose de primas suplementarias de capital no estamos, estrictamente, frente a beneficios generados por la sociedad, de modo que no es posible percatarse de las razones que pudieran haber guiado al legislador a considerar como gravada su distribución, a contrapelo de la constante histórica en nuestro país. La exposición de motivos no ofrece ninguna explicación para este cambio de criterio, por lo que sólo cabe pensar que se persigue una finalidad recaudatoria.

Nosotros discrepamos del temperamento adoptado porque, en rigor, no se está gravando ganancias distribuidas por la sociedad, sino beneficios obtenidos por los accionistas en su relación con terceros que desean participar del capital de la empresa, de modo que la eventual utilidad no está contemplada como renta en el Capítulo I de la LIR.

Conviene destacar que la norma transcrita carece de matices; es decir, que el mecanismo diseñado no queda circunscrito a determinado marco temporal, pues no se contempla ningún plazo dentro del cual pueden configurarse los dividendos. Según la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27804, la norma se aplica a las capitalizaciones de conceptos generados a partir del 1 de enero de 2003. Desde el momento de la capitalización se afecta cualquier reducción de capital, sin importar el número de años que haya transcurrido desde la fecha en que se acordó dicha capitalización.

*"d) La diferencia entre el valor nominal de los títulos representativos del capital más las primas suplementarias si las hubiere y los importes que perciben los socios, asociados, titulares o personas que las integran, en la oportunidad en que opere la reducción de capital o la liquidación de la persona jurídica".*

Conforme a esta norma hay distribución de dividendos o utilidades si la sociedad (o "persona jurídica" para fines del Impuesto) devuelve a los aportantes una cantidad mayor que las sumas que éste hubiera entregado a la sociedad,

Obsérvese que en este caso sí se ha cuidado de agregar las primas suplementarias para establecer la suma que debe compararse con la cantidad a devolver. Sin embargo, si dicha prima se hubiera capitalizado y luego se redujera el capital, encontraríamos que, por un lado, existen dividendos conforme al ya comentado inciso c) del artículo 24-A que considera como tal la reducción de capital después de haber capitalizado la prima. Y, por otra parte, (inciso d) que se analiza, habría dividendos por la diferencia entre el valor nominal del título

más las primas y el importe que reciban los accionistas, socios, etc.

Por lo tanto, si una persona hubiera adquirido acciones de valor nominal 100 pagando una prima suplementaria de 50 capitalizada por la sociedad y luego se redujera el capital entregándose a tal accionista 180, tendríamos que el sólo hecho de la reducción supondría atribuir la condición de dividendos (en la parte correspondiente) al monto de la prima capitalizada que él mismo entregó a la sociedad de donde resulta que se atribuye esa condición a lo que no es sino devolución.

Adicionalmente también se consideraría como tales la diferencia entre lo recibido (180) y lo aportado más la prima (100 + 50) con lo cual a este específico accionista se le atribuiría un dividendo de 30.

De los textos parecería que el sólo hecho de la reducción del capital después de capitalizar la prima implica distribución de dividendos. Adicionalmente, habría dividendos por la parte en que ese mismo importe devuelto supere el valor nominal de las acciones de quien no ha entregado la prima.

Por otra parte, debe destacarse que el concepto de prima suplementaria sólo se aplica tratándose de sociedades cuyo capital está representado por acciones. Por eso, cuando el inciso d) alude no sólo a socios sino también a asociados, titulares e integrantes, debemos entender que ello es así porque se quiere abarcar todas las situaciones vinculadas con la reducción de capital. La referencia a las primas es "si las hubiere", con lo cual debemos entender que se dirige a las primas acordadas en las sociedades en que ello sea legalmente posible. Sin embargo, "el valor nominal de los títulos representativos del capital" sólo puede estar referido a determinadas empresas y, por lo tanto, no parece ser coherente aludir también a los "asociados o personas que la integran" por cuanto en esos casos no existen tales títulos representativos.

*"e) Las participaciones de utilidades que provengan de partes de fundador, acciones del trabajo y otros títulos que confieran a sus tenedores facultades para intervenir en la administración o en la elección de los administradores o el derecho a participar, directa o indirectamente, en el capital o en los resultados de la entidad emisora".*

Según el artículo 70 de la LGS, "en la constitución simultánea son fundadores aquellos que otorgan la escritura pública de constitución y suscriben todas las acciones. En la constitución por oferta a terceros son fundadores quienes suscriben el programa de fundación. También son fundadores las personas por cuya cuenta se hubiera actuado en la forma indicada en este artículo".

Además de su condición de accionistas los fundadores pueden reservarse derechos especiales de diverso contenido económico. Cuando se trate de participación en las utilidades, los beneficios no pueden exceder en conjunto de la décima parte de la utilidad distribuíble anual de los primeros cinco años, en un periodo máximo de diez años contados a partir del ejercicio siguiente a la constitución de la sociedad. (LGS, artículo 72).

No resulta adecuada la referencia a las "acciones del trabajo", pues ahora se denominan acciones de inversión y constituyen un remanente del derogado sistema de comunidades laborales. Algunas empresas todavía tienen en circulación dichas acciones, las que dan derecho a la percepción de dividendos que, como tales, deben

estar sujetos al impuesto de 4.1% ya que la ley no contiene ninguna exoneración. Es pertinente señalar que las acciones de inversión pueden ser adquiridas por personas jurídicas, de modo que si éstas estuvieran domiciliadas, el tributo no sería operante.

Debe recordarse que los "otros títulos" para acceder a las utilidades, pueden encontrarse en el artículo 104 de la Ley General de Sociedades:

*"La sociedad puede adquirir sus propias acciones para amortizarlas sin reducir el capital y sin reembolso del valor nominal al accionista, entregándole a cambio títulos de participación que otorgan derecho de percibir, por el plazo que se establezca, un porcentaje de la utilidades distribuibles de la sociedad..."*

Los mismos títulos de participación pueden entregarse cuando la sociedad adquiere sus propias acciones con cargo a beneficios y reservas libres.

En tales supuestos los beneficios que reciba el tenedor de los títulos tienen la condición de dividendos o distribución de utilidades y consecuentemente el acuerdo de su distribución da lugar a la aplicación del 4.1% de Impuesto a la Renta.

*"f) 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 exceda 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".*

También en este caso —como ha ocurrido históricamente en el Perú y otros países— el legislador dicta medidas preventivas para evitar las maniobras elusivas de algunos contribuyentes. En efecto, de no mediar esta norma podría darse el caso de una sociedad que en lugar de acordar distribución de dividendos o utilidades a favor de sus accionistas o socios se limitara exclusivamente a otorgarles créditos o préstamos que no recuperarían nunca. Obviamente, se trataría de un mecanismo para orillar el hecho imponible y dejar de tributar.

El propósito perseguido es congruente con el texto en cuya virtud el crédito resulta considerado como dividendo, pero sólo hasta el límite de las utilidades y reservas de libre disposición. En efecto, si la regla persigue evitar que se simule la distribución de dividendos dándole apariencia de una operación de mutuo, es obvio que ello sólo puede ocurrir si es que existen utilidades o reservas libres susceptibles de entregarse. Si la empresa no cuenta con esos recursos, le sería imposible transformar dividendos reales en créditos aparentes, de modo que, en esa hipótesis, estaríamos frente a verdaderos préstamos y, por lo tanto, los eventuales mutuos no podrían interpretarse como distribución de dividendos o utilidades.

Sin embargo, entendemos que esa precisión genérica resulta insuficiente y es necesario contar con una regulación específica referida a cada accionista o socio en

particular. En efecto, si –por ejemplo– la sociedad contara con utilidades o reservas libres de S/. 1'000,000, el íntegro podría eventualmente calificar como dividendos en caso de un préstamo masivo a los accionistas. No obstante, si en los hechos la suma total de S/. 1'000,000 es prestada a un único socio o accionista titular de sólo el 10% del capital, la acotación como dividendos sólo podría alcanzar un máximo de S/. 100,000 en el ejemplo propuesto. En efecto, la cantidad tope que podría recibir como dividendos ese accionista marca el límite cuantitativo del "encubrimiento" que podría realizarse, ya que en una real distribución de utilidades es claro que nunca podría recibir un monto superior a esa suma. En consecuencia, cualquier exceso estaría excluido de la presunción y constituiría un préstamo real y no un dividendo disfrazado.

En el ejemplo propuesto, entonces, el accionista a que se ha hecho referencia sólo podría considerar como dividendos la suma de S/. 100,000 mientras que el monto restante (S/. 900,000) tendría la naturaleza de un verdadero crédito, no susceptible de encubrir una distribución de beneficios y quedaría sujeto a las reglas del artículo 26 de la LIR, conforme al cual todo préstamo efectuado a una persona que no lleva libros de contabilidad se presume que genera un interés con las tasas allí previstas y cuyo monto debe ser incluido en la materia imponible de la sociedad prestamista.

Según este inciso, el dividendo se configura cuando el crédito no se devuelve en el plazo de doce meses. Si dicho plazo venciera, por ejemplo, en el mes de octubre del año 2004, el dividendo se configuraría sólo en ese momento, haciendo surgir la obligación de tributar el 4.1%, ahora bien, por todo el tiempo que medió entre el otorgamiento del crédito (noviembre de 2003) y la fecha en que se configura el dividendo; es decir, durante el lapso en que tributariamente estábamos frente a un simple crédito, debe asumirse que la sociedad tiene que declarar intereses presuntos. Según la ley, ello ocurre cuando no se pactan intereses, cuando se pacta que no habrá intereses o se conviene en el pago de intereses menores a los presuntos. Como ya ha ocurrido en el pasado, nosotros consideramos que en el ejercicio en el cual se configura el dividendo no debe estimarse la existencia de intereses, porque de lo contrario se produciría una suerte de doble imposición que el legislador siempre trata de evitar.

Asimismo, debe destacarse que la regulación no se aplica si la sociedad que otorga el crédito es un banco o empresa de arrendamiento financiero. La razón es obvia. El giro social de esas empresas es conceder créditos y carecería de sentido que el accionista de una de esas sociedades que recibe realmente un préstamo configurara un dividendo. Eso conduciría a que el accionista o socio de esas empresas tendría que recurrir a un banco distinto para obtener crédito, lo que sería un despropósito.

En el caso de trabajadores que son propietarios únicamente de acciones de inversión, el crédito en su favor no configura un dividendo, pero indiscutiblemente da lugar a la generación de intereses presuntos a favor de la empresa conforme al citado artículo 26 de la LIR, salvo que se trate de préstamos por adelanto de sueldo que no excedan de una UIT o de 30 UIT cuando se destina a la adquisición o construcción de viviendas económicas. Tampoco hay lugar al interés presunto si los trabajadores reciben préstamos de sus empleadoras en virtud de acuerdos colectivos aprobados por la autoridad administrativa de trabajo.

*g) Toda suma o entrega en especie que, al practicarse la fiscalización respectiva, resulte renta gravable de la tercera categoría, siempre que el ingreso por su naturaleza signifique una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario.*

*El impuesto a aplicarse se regula en el artículo 55 de esta ley.*

Cuando la estructura legal grava tanto a la sociedad como al socio o accionista, no es suficiente reparar los gastos no aceptables para exigir la parte del tributo que grava la utilidad de la empresa, sino que resulta indispensable incluir ese reparo como parte de la materia imponible del impuesto sobre dividendos o utilidades.

Una posición distinta implicaría abrir las puertas a la evasión. En efecto, si la empresa incurriera en un egreso que no puede sustentar de manera fehaciente, no bastaría con exigir el 27% que es la tasa aplicable a las rentas de las empresas, sino que debe obligarse al pago del impuesto a los dividendos, porque sólo así resulta cubierto el nivel cuantitativo querido por el legislador. Lo contrario llevaría al absurdo de que quienes no pueden sustentar sus egresos, paguen un impuesto menor que quienes declaran una distribución de dividendos o utilidades, a pesar que —en principio— ambas circunstancias son homologables y por eso se establece que cuando la empresa no está en aptitud de demostrar el destino del egreso ("control tributario") debe asumirse que los recursos han ido a parar a poder de los accionistas o socios, lo que justifica la exigencia del 4.1% como si se hubiera producido la distribución del beneficio.

Sin embargo, es necesario precisar que no cualquier reparo que de lugar a renta gravable de la tercera categoría implica automáticamente una distribución de dividendos, ya que para ello es condición indispensable que el egreso signifique una disposición indirecta de la renta no susceptible de posterior control tributario.

Así, imaginemos el caso de una empresa que ha cargado como gasto determinado importe por concepto de "comisión confidencial" y, desde luego, no cuenta con sustento alguno que respalde el egreso. En este caso tendrá que pagarse el impuesto de 27% y se configurará sobre la diferencia un dividendo que debe dar lugar a la aplicación del 4.1%.

Similar situación se presenta cuando se efectúan "compras" de determinadas mercaderías respecto de las cuales se carece de comprobantes que confirmen la realidad de la operación. Allí debe exigirse no sólo el impuesto correspondiente a la renta la empresa, sino también el tributo de 4.1%.

En cambio hay ocasiones donde, a pesar de producirse el reparo para los fines de la renta de tercera categoría, no se configura la distribución de dividendos gravados. En efecto, como se sabe, la LIR prohíbe la deducción como gasto de, por ejemplo, las multas impuestas por el Sector Público Nacional, de manera que al ocurrir el egreso por este concepto, la empresa tiene necesariamente que formular el correspondiente reparo. Sin embargo, en ese caso no habrá lugar al impuesto de 4.1% porque es posible el control tributario que permite tener la certeza que las sumas han sido entregadas a la respectiva entidad pública, por lo cual resulta obvio que no pueden haber ido a parar al bolsillo de los socios o accionistas.

Similar situación se presenta cuando se formulan reparos a la renta de la empresa pero que se originan, por ejemplo, en exceso de depreciación del activo fijo. En este supuesto sólo puede gravarse a la sociedad que ha efectuado una deducción que no está permitida por la ley, pero sería inaplicable el 4.1% porque no existiría una disposición indirecta de la renta.

Asimismo, si la sociedad entrega a sus directores una participación que excede del 6% de la utilidad comercial del ejercicio, el exceso es reparable en tercera categoría,

sin perjuicio de considerarse como renta de cuarta categoría para los directores. No obstante, este cuestionamiento en tercera categoría no configura un dividendo presunto pues es claro que el egreso está sujeto a control tributario.

La regulación comentada puede sintetizarse estableciendo que cuando se produce un egreso no susceptible de posterior control por la Administración; es decir, cuando no es posible conocer el destino que ha corrido ese importe, tiene que presumirse que el mismo ha beneficiado a los socios o accionistas, lo que precipita el pago del impuesto de 4.1%. Sin embargo, debido al origen de la configuración del dividendo que no supone una entrega directa al accionista o socio, es obvio que no será posible que la empresa efectúe una "retención" del impuesto ya que –además– varía la condición de sujeto pasivo. En efecto, para este caso específico, la ley se aleja del procedimiento general y contiene una regla especial según la cual, en los supuestos indicados, el tributo de 4.1% es de cargo de la persona jurídica y no del socio o accionista. En efecto, el artículo 55 de la LIR establece:

*"Las personas jurídicas se encuentran sujetas a una tasa adicional de 4.1% sobre toda suma cargada como gasto que resulte renta gravable o cargo a utilidades o reservas de libre disposición, siempre que el egreso por su naturaleza signifique una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario.*

*Está afectada a la misma tasa toda suma que al practicarse la fiscalización respectiva se determine como ingreso no declarado".*

Conviene señalar que el tributo que la empresa pague al aplicarse este mecanismo, no puede considerarse como gasto deducible para ella, pues sigue siendo Impuesto a la Renta y, como se sabe (LIR, artículo 44), este tributo no es deducible para establecer la materia imponible.

Nosotros consideramos que la suma que configura los dividendos no puede estar constituida por la totalidad de la cantidad reparada sino por ésta menos el impuesto de 27% que la empresa debe pagar, ya que sólo dicha diferencia es la que podría constituir una velada distribución de dividendos o utilidades. Se trata de un extremo que debería merecer una precisión por lo menos a nivel del Reglamento.

## VI. LOS OTROS PERCEPTORES DE RENTAS DE TERCERA CATEGORÍA

Cuando la ley grava con 4.1% la distribución de dividendos o utilidades es obvio que sus términos no pueden alcanzar aquellos casos en los cuales tal distribución es jurídicamente imposible por no existir al menos dos partes: la que genera la renta y paga el 27% que le corresponde y la otra integrada por el beneficiario o beneficiarios de la entrega de dichos dividendos o utilidades.

Por lo tanto, cuando simplemente se rebajó el impuesto a cargo de las empresas del 30% al 27% y se creó la tasa de 4.1% a la distribución de dividendos o utilidades, para ciertos generadores de rentas de tercera categoría –por ejemplo notarios o titulares de negocios individuales– sólo se produjo una reducción en la tasa del impuesto, sin que fuera posible la aplicación de la tasa complementaria porque, evidentemente al no existir la "otra parte", nunca podría presentarse la hipótesis de distribución de la ganancia.

Es por ello que el nuevo texto del artículo puntualiza que tratándose de los "otros

perceptores" de rentas de tercera categoría (donde no es posible la distribución de beneficios) la tasa del impuesto es de 30%, de modo que se iguala así la presión de las empresas (27% más 4,1% sobre el saldo) con la tasa (30%) aplicable a los titulares de negocios individuales, notarios y otros perceptores de rentas de tercera categoría.

## VII. EL HECHO IMPONIBLE

Tomando en cuenta que en el caso de las personas naturales los dividendos o utilidades están considerados como rentas de segunda categoría, la imputación debe efectuarse de conformidad con el criterio de lo percibido. Sin embargo, en el texto de la ley la oportunidad en que se configura el hecho imponible no parece ceñirse al referido precepto.

En efecto, según el artículo 73-A:

*"Las personas jurídicas comprendidas en el artículo 14 que acuerden la distribución de dividendos o cualquier otra forma de distribución de utilidades, retendrán el cuatro punto uno por ciento (4.1%) de las mismas, excepto cuando la distribución se efectúa a favor de personas jurídicas domiciliadas..."*

*"Cuando la persona jurídica acuerde la distribución de utilidades en especie, el pago del..."*

También es ilustrativo el texto de la Segunda Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27804 al establecer: *"La presente ley se aplica para los acuerdos de distribuciones de dividendos u otras formas de utilidades que se adopten a partir del 1 de enero de 2003. Se aplica la tasa de 4.1% respecto de todo acuerdo, incluso se refiera al año 2002 u otro anterior"*.

Como se advierte de los textos glosados, el legislador ha derivado el hecho imponible a la oportunidad del "acuerdo de distribución". Por lo tanto, si la junta u órgano competente acuerda hoy que las utilidades se distribuirán en un determinado momento del futuro, la obligación de pagar el tributo surgiría el día de hoy en que se adoptó el acuerdo.

Nosotros consideramos que sería deseable precisar (puede hacerse en vía reglamentaria) que el "acuerdo" no se refiere a la fecha en que se reúne el órgano competente para decidir la distribución, sino la oportunidad en que, según dicho acuerdo, habrá de materializarse la distribución.

En consecuencia, si la junta de accionistas o socios acordara hoy distribuir dividendos dentro de tres meses, el tributo debería ser pagado considerando el momento de la percepción de la renta o de su puesta a disposición de los beneficiarios. Naturalmente, también existiría la posibilidad de que la junta delegue en el directorio la facultad de fijar la fecha en que habrá de materializarse la distribución o, si el estatuto no lo prohíbe, incluso la atribución de acordar dicha distribución.

En esa misma línea de razonamiento, la junta podría decidir la distribución pero puntualizando que la entrega física de las utilidades se efectuará cuando la empresa cuente con liquidez suficiente para ello. En ese supuesto el hecho imponible surgiría cuando de los libros apareciera que la empresa, en efecto, contó con los recursos necesarios para proceder a la distribución.

En el anterior régimen tributario de los dividendos, la jurisprudencia -después de ciertas vacilaciones- optó por considerar que el "hecho imponible" no se producía por el simple acuerdo de distribución de las utilidades sino en la fecha contemplada por la junta para materializar la entrega efectiva de los recursos correspondientes. Sería deseable que las normas legales y reglamentarias no dejaran ninguna duda sobre aspecto tan importante.

**ESTUDIO N. LIND  
ABOGADOS**

---

Av. Ricardo Rivera Navarrete N° 525, Piso 6 - San Isidro  
Telfs.: 440 2600 - 422 3496  
E-mail: nlindp@terra.com.pe