

**DIVIDENDOS FICTOS UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA FISCAL
PYME**

Comisión N° 1: “Problemática Tributaria: Implicancias en las PyME”

21° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina

Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 4 al 6 de Septiembre de 2019

Autores:

1. Dr. CP. Alejandro Pablo Marrocco
2. Dr. CP. Alexis Pablo Marrocco

Índice:

- 1. Introducción**
- 2. La neutralidad fiscal es el bien jurídico**
- 3. Presunciones sobre distribución de dividendos: La norma en cuestión.**
- 4. Elementos constitutivos de las presunciones**
 - 4.1. Aspecto Subjetivo: Sujetos que realizan los actos fácticos**
 - 4.1.1. Originante de la renta: Entidad, fondo o fideicomiso**
 - 4.1.2. Beneficiarios de la renta**
 - 4.1.2.1. Beneficiario de forma indirecta**
 - 4.2. Aspecto Objetivo: Actos fácticos susceptibles de ser considerados distribución ficta.**
 - 4.3. Límites cuantitativos a la presunción**
 - 4.3.1. Límite genérico o basal**
 - 4.3.1.1. Definición de utilidad**
 - 4.3.2. La confusa redacción del decreto reglamentario art. 66.3 2do párrafo**
 - 4.4. Límite propio o específico de cada situación fáctica**
- 5. Forma de ingreso**
 - 5.1. Aspectos preliminares**
 - 5.2. Aspectos controvertidos del régimen de retención**
- 6. Correlación entre la figura de dividendos fictos y disposición de fondos en favor de terceros**
- 7. Otros Conflictos no resueltos**
 - 7.1. Carácter de las presunciones**
 - 7.2. Enriquecimiento sin causa por parte del fisco frente a pagos realizados a familiares**
 - 7.3. Penal tributario**
- 8. Conclusiones**

RESUMEN

El presente trabajo tiene como eje el análisis de la problemática fiscal de los dividendos fictos en las PYMES. En primer término, se procede a la introducción de la figura de análisis haciendo expresa mención a la reforma realizada al sistema tributario por la ley 27.430. Una vez obtenido el marco legislativo, se procede al análisis formal de los elementos distintos de cada una de las presunciones. Se analiza en consecuencia el aspecto objetivo, subjetivo y las limitaciones cualitativas a la figura de dividendos fictos.

Teniendo los tres elementos bien diferenciados, se procede al análisis de la cuestión del ingreso de las sumas resultantes por aplicación de la normativa legal.

Para finalizar el trabajo se analizan aspectos controvertidos como ser la correlación entre la figura de dividendos fictos y la de disposición de fondos o bienes en favor de terceros, el carácter de las presunciones, la posibilidad del enriquecimiento sin causa del fisco por pagos realizados a familiares de beneficiarios de dividendos y una nota sobre la ley penal tributaria.

En cada elemento de análisis que resulta necesario, se hace referencia a la problemática PYME y como las mismas deben adaptarse a los nuevos cambios normativos fiscales.

1. Introducción

Como es de público y notorio conocimiento, la reforma tributaria de la ley 27.430 ha generado profundos cambios en la normativa tributaria nacional. Si bien ha intentado “aggiornar” varias instituciones tributarias históricas probablemente sea recordada como un intento más de gravar la renta financiera. La historia será la única que pueda demostrar si ha logrado este cometido o si por el contrario (y como es costumbre) ha generado una nueva distorsión al ya complejo y enmarañado sistema tributario nacional argentino.

Es en el marco de esta reforma donde vemos que nuevamente una institución clásica del derecho tributario ha sufrido una nueva modificación. En lo específico nos referimos a la cuestión de la gravabilidad de los clásicos dividendos empresariales en el impuesto a las ganancias.

No vamos a entrar en el análisis de la oportunidad, mérito y conveniencia del nuevo cambio de paradigma en la gravabilidad de los dividendos y vamos a tomar como un hecho fáctico que ya todo el país (y en especial los profesionales en Ciencias Económicas) da por descontado que la distribución de dividendos se encuentra alcanzada y gravada en el impuesto a las ganancias. Este hecho ha generado una serie de efectos cuyas consecuencias no se están manifestando por transcurrir los primeros momentos de la ya mencionada reforma en la gravabilidad de los dividendos. Si bien estamos en los albores de la aplicación de la nueva normativa de referencia, la intención del presente trabajo es poner de manifiesto la existencia de una institución producto de la reforma sobre la gravabilidad que actualmente recae sobre los dividendos que es ni más ni menos que la presunción de distribución de dividendos o dividendos fictos como suele denominarse en la doctrina nacional.

Estas presunciones de dividendos fictos afectan como se verá oportunamente las relaciones económicas entre dueños y propietarios con respecto a sus emprendimientos. Operan conforme nuestra opinión como un cambio de paradigma en la forma que las personas de existencia visible operan con sus negocios. Lamentablemente, dado lo novedoso de la figura y de las prácticas clásicas arraigadas en el manejo económico de los dueños de las PYMES, gran parte de ellas serán objeto de fiscalizaciones que terminarán una vez más en un duro golpe a la economía de estas empresas.

2. La neutralidad fiscal es el bien jurídico

Como todos sabemos la reforma de la ley 27430 generó un cambio en alícuotas de tributación en consonancia con un estándar mundial de reducción de tributación sobre la renta corporativa. Argentina con una tasa de renta corporativa del 35% se erigía por sobre los promedios latinoamericanos y de países modelo OCDE. La apuesta es clara, reducir la alícuota de tributación de renta corporativa para incentivar la reinversión de capitales con el fin de generar efectos positivos económicos generales.

El esquema antes indicado no podría articularse manteniendo a los dividendos que cobran los dueños de las empresas como no computables.

Con lo cual el esquema queda consolidado con una baja progresiva de la alícuota a la renta corporativa y un progresivo incremento sobre la tributación del dividendo de dueños y propietarios.

Si uno analiza el esquema de implementación de alícuotas vemos que la baja en la alícuota de la renta corporativa se neutraliza casi en su totalidad con una suba en la alícuota sobre el impuesto al dividendo.

PERÍODO	TASA SOCIEDAD	TASA DIVIDENDO	TASA EFECTIVA
2017	35%	NO COMPUTABLE	35%
2018 y 2019	30%	7%	34,90%
2020 y siguientes	25%	13%	34,55%

Como se puede apreciar lo que antes se pagaba por renta corporativa ahora se paga como renta por dividendos. La neutralidad fiscal se mantiene casi intacta en términos de tasa efectiva pero se “quiebra” siempre y cuando no exista distribución de dividendos, lo cual en términos económicos debería conforme el ideal de legislador de la ley 27.430 abundar en una mayor actividad económica y como tal mayor recaudación.

El sistema es razonable pero la realidad humana demuestra que ningún contribuyente (y menos el contribuyente argentino) está ávido de abonar sus impuestos motivo por el cual el sistema debe nutrirse de medidas anti-elusión para que la neutralidad fiscal se mantenga.

En el marco de las medidas anti-elusión se erigen las presunciones de distribución de dividendos o dividendos fictos.

3. Presunciones sobre distribución de dividendos: La norma en cuestión.

Las presunciones que vienen a poner nuevamente en vigencia la tan mentada neutralidad fiscal fueron incorporadas en el art sin número siguiente al 46 de la ley de impuesto a las ganancias (de ahora en adelante art 46.1). Al respecto la norma indica:

“Art. 46.1: Se presumirá que se ha configurado la puesta a disposición de los dividendos o utilidades asimilables, en los términos del artículo 18 de esta ley, conforme lo dispuesto en el quinto párrafo de su inciso a), cuando se verifique alguna de las situaciones que se enumeran a continuación, en la magnitud que se prevé para cada una de ellas:

a) Los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciarios o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 realicen retiros de fondos por cualquier causa, por el importe de tales retiros.

b) Los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciantes o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 tengan el uso o goce, por cualquier Título, de bienes del activo de la entidad, fondo o fideicomiso. En este caso se presumirá, admitiendo prueba en contrario, que el valor de los dividendos o utilidades puestos a disposición es el ocho por ciento (8%) anual del valor corriente en plaza de los bienes inmuebles y del veinte por ciento (20%) anual del valor corriente en plaza respecto del resto de los bienes. Si se realizaran pagos en el mismo período fiscal por el uso o goce de dichos bienes, los importes pagados podrán ser descontados a los efectos del cálculo del dividendo o utilidad.

c) Cualquier bien de la entidad, fondo o fideicomiso, esté afectado a la garantía de obligaciones directas o indirectas de los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciantes o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 y se ejecute dicha garantía. De verificarse esta situación, el dividendo o utilidad se calculará respecto del valor corriente en plaza de los bienes ejecutados, hasta el límite del importe garantizado.

d) Cualquier bien que los- sujetos comprendidos en el artículo 69 vendan o compren a sus titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciantes o beneficiarios de los sujetos, por debajo o por encima, según corresponda, del valor de plaza. En tal caso, el dividendo o utilidad se calculará por la diferencia entre el valor declarado y dicho valor de plaza.

e) Cualquier gasto que los sujetos comprendidos en el artículo 69, realicen a favor de sus titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciantes o beneficiarios, que no respondan a operaciones realizadas en interés de la empresa, por el importe de tales erogaciones, excepto que los importes fueran reintegrados, en cuyo caso resultará de aplicación el artículo 73 de la ley.

f) Los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciantes o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 perciban sueldos, honorarios u otras remuneraciones, en tanto no pueda probarse la efectiva prestación del servicio o que la retribución pactada resulte adecuada a la naturaleza de los servicios prestados o no superior a la que se pagaría a terceros por servicios similares.

En todos los casos, con relación a los importes que se determinen por aplicación de las situaciones previstas en los incisos del primer párrafo de este artículo, la presunción establecida en él tendrá como límite el importe de las utilidades acumuladas al cierre del último ejercicio anterior a la fecha en que se verifique alguna de las situaciones previstas en los apartados anteriores por la proporción que posea cada titular, propietario, socio, accionista, cuotapartista, fiduciante o beneficiario. Sobre los importes excedentes resultará aplicable la presunción contenida en las disposiciones del artículo 73.

También se considerará que existe la puesta a disposición de dividendos o utilidades asimilables cuando se verifiquen los supuestos referidos respecto del cónyuge o conviviente de los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciantes o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 o sus

ascendientes o descendientes en primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Las mismas previsiones serán de aplicación cuando las sociedades y fideicomisos comprendidos en los incisos b) y c) del artículo 49 opten por tributar como sociedades de capital conforme las disposiciones del cuarto párrafo de artículo 50, así como también respecto de los establecimientos permanentes a los que se hace referencia en el segundo párrafo del inciso b) del artículo 69.”

4. Elementos constitutivos de las presunciones

Al solo efecto didáctico podemos de forma simplificada resumir el contenido de este nuevo artículo 46.1 bajo tres elementos constitutivos:

1. Aspecto Subjetivo: Sujetos que realizan los actos fácticos,
2. Aspecto Objetivo: Actos fácticos susceptibles de ser considerados distribución ficta,
3. Límites cuantitativos a la presunción.

Analizaremos cada uno de estos elementos indicando prácticas habituales que se verifican en la lógica de las PYMES.

4.1. Aspecto Subjetivo: Sujetos que realizan los actos fácticos

Incluye a los sujetos que realizan los actos fácticos o ejecutan los verbos que hacen al presupuesto de hecho normativo. Como en toda realidad económica, siempre tenemos dos sujetos en la ecuación contable. Por un lado, el originante de la renta que luego distribuye el producido al beneficiario de la renta. Aquí podemos diferenciar claramente dos grados de sujetos.

4.1.1. Originante de la renta: Entidad, fondo o fideicomiso

Lo relevante es que sea un sujeto con entidad tributaria diferenciable del beneficiario. Encontramos de este lado de la ecuación en definitiva a cualquier sujeto comprendido en el art 69 inciso a de la ley de impuesto a las ganancias, así como también a las restantes sociedades constituidas en el país (art 49 inc b) y fideicomisos donde se verifique la calidad de fiduciante – beneficiario (art 49 inc c con las exclusiones allí previstas). Para estos dos últimos supuestos, se requiere también que opten por tributar como sociedad de capital en virtud del art. 50 de la ley del gravamen.

4.1.2. Beneficiarios de la renta

En contraposición al originante encontramos un sujeto que opera como beneficiario de la renta producida. Este sujeto en el fondo puede operar de dos maneras de forma directa o indirecta.

4.1.2.1. Beneficiario de forma directa

Son los *“Los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciarios o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 (de la ley de impuesto a las ganancias)”*. Como se puede apreciar el legislador no ha sido mezquino con las etiquetas y ha sentado el principio básico de que cualquier beneficiario de la renta producida por un sujeto comprendido en el artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias estará alcanzado por las presunciones.

4.1.2.2. Beneficiario de forma indirecta

La norma también alcanza como beneficiario al *“cónyuge o conviviente de los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciarios o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 o sus ascendientes o descendientes en primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad”*.

Esta particularidad que podría ser clasificada como una norma anti-elusión dentro de una norma anti-elusión implica que en el fondo el legislador ve operando al beneficiario de forma indirecta indicado en el punto anterior. Se busca evidentemente evitar la interposición de personas con el fin de quebrar la neutralidad fiscal.

4.2. Aspecto Objetivo: Actos fácticos susceptibles de ser considerados distribución ficta.

En todos los incisos del art. 46.1 podemos apreciar que existe un presupuesto fáctico, un recorte de la realidad que el legislador toma como presupuesto de hecho para estructurar luego las consecuencias de la norma, a saber:

4.2.1. Realizar retiros de fondos: Se entiende que el acto implica una disposición económica a favor del beneficiario directo o indirecto de los sujetos comprendidos en el art. 69 antes vistos. Si bien la ley es bastante genérica y amplia a la hora de analizar que retiros serían considerados dividendos, el decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias trae dos disposiciones importantes. En primer lugar, la contenida en el art. 66.3 in fine al indicar que *“Se entiende por “fondos” los retiros de efectivo, ya sea en moneda nacional o extranjera, así como también de cualquier valor negociable, sea o no susceptible de ser comercializado en bolsas o mercados y de cualquier bien entregado sin contraprestación.”* Lamentablemente como se analizará en el próximo apartado, la explicación genera confusión. Si bien parecería que el término retiros recaería sobre moneda y valores negociables en sentido amplio, la incorporación del término “cualquier bien” implica una generalidad casi contradictoria.

En segundo término, el art. 66.4 del decreto reglamentario excluye a los retiros que se pueden probar fehacientemente y que se hacen en virtud de operaciones que responden al interés de la empresa. Es así como correlato de este último artículo a la hora de analizar los retiros de fondos debemos verificar un doble test. En primer lugar, la inexistencia de interés de la empresa (medido como un beneficio directo o indirecto hacia la empresa) y por otro lado la existencia de prueba fehaciente que acredite dicho interés.

- 4.2.2. Tener el uso o goce: Conforme nuestro Código Civil y Comercial, podemos apreciar en el art. 2154 que el uso de una cosa implica el derecho real usar y gozar de una cosa ajena, el legislador de la ley 27.430 ha morigerado el requisito al no ser necesario el uso por un derecho real sino más bien habilitando el uso por cualquier título. En virtud de ello la simple posesión que beneficia al tenedor sería prima facie suficiente para encuadrar en el presupuesto fáctico.
- 4.2.3. Afectar a garantía y posterior ejecución de dicha garantía: Este supuesto requiere la verificación de tres requisitos. Dos de ellos previstos en la misma ley y otro en el decreto reglamentario art 66.4. En primer lugar, la existencia de una obligación que sea exigible por parte del beneficiario que se encuentre garantizada bajo cualquier modalidad (ya sea con un derecho real o no) por un bien de la entidad. En segundo término, que dicha garantía sea ejecutada atento el incumplimiento de la obligación que viene a satisfacer. Finalmente, en tercer lugar, en virtud del decreto reglamentario necesitamos verificar la ausencia de condiciones de mercado entre entidad y beneficiario. Se podría sostener entonces que si el beneficiario retribuye a la entidad bajo las condiciones de mercado por la garantía otorgada, estamos en presencia de una actividad lícita que quiebra la idea de dividendo o beneficio apto.
- 4.2.4. Vender o comprar bienes: El aspecto fáctico implica una venta al beneficiario de bienes de la entidad por un precio por debajo de las condiciones de mercado y por otro lado que la entidad adquiera bienes de titularidad del beneficiario por un valor superior al precio de mercado.
- 4.2.5. Realicen gastos: Los gastos a que hace referencia el legislador implican en el fondo ventajas patrimoniales en favor del beneficiario quien ve un ahorro en su economía privada atento que ha evitado realizar una erogación con sus fondos propios. Resulta relevante marcar que la norma al igual que para el supuesto de retiro de fondos, requiere superar el test de la ausencia de interés propio de la empresa.
- 4.2.6. Percibir sueldos, honorarios u otras remuneraciones. En este supuesto el legislador no prohíbe la percepción de este tipo de renta sino que más bien, en el fondo quiere hacer prevalecer la neutralidad fiscal al impedir que estas rentas sean percibidas sin la existencia de prestación y/o que en el fondo no se ajuste a condiciones de mercado.

4.3. Límites cuantitativos a la presunción

Verificados los aspectos objetivos y subjetivos corresponde entonces verificar la cuantificación de la presunción. Esto es la cuantificación de la base imponible sobre la cual recaerá la presunción.

Es aquí donde podemos diferenciar dos grandes límites que podemos denominar genérico o de base de todas las presunciones y los propios de cada inciso analizado.

4.3.1. Límite genérico o basal

El dividendo como renta al capital empresario implica en su sustento fáctico la existencia de una ganancia que sea susceptible de ser apropiada por parte del empresario. Es así como la postura clásica jurídica aparece al considerar que no hay dividendo sin utilidad o ganancia.

Esta concepción ha sido recepcionada de forma clara en el cuerpo legal al establecer el legislador en el art 46.1 que: *“En todos los casos, con relación a los importes que se determinen por aplicación de las situaciones previstas en los incisos del primer párrafo de este artículo, la presunción establecida en él tendrá como límite el importe de las utilidades acumuladas al cierre del último ejercicio anterior a la fecha en que se verifique alguna de las situaciones previstas en los apartados anteriores por la proporción que posea cada titular, propietario, socio, accionista, cuotapartista, fiduciante o beneficiario. Sobre los importes excedentes resultará aplicable la presunción contenida en las disposiciones del artículo 73.”*

Como se puede apreciar sin importar el presupuesto fáctico que sea de aplicación, el límite máximo a la cuantificación de base del dividendo será el importe de las utilidades acumuladas al cierre del último ejercicio anterior al que se verifique el hecho o, dicho de otra manera, las utilidades acumuladas al inicio del ejercicio en el cual se verifique el presupuesto fáctico. Como correlato de esta apreciación la regla de oro a marcar es que, si no hay utilidad acumulada en el ejercicio anterior inmediato a la verificación del presupuesto de hecho, no puede existir presunción de dividendo.

A su vez como derivado de esta regla básica, podemos apreciar que emana otro axioma clásico jurídico que es ni más ni menos que cada empresario concurre en las ganancias del ente en virtud de su participación social.

La consecuencia lógica implica entonces considerar para evaluar el límite cuantitativo del dividendo en primer lugar la existencia de utilidades acumuladas del ejercicio anterior y en segundo lugar en función del porcentaje de participación.

4.3.1.1. Definición de utilidad

Habiendo precisado el legislador que la utilidad al cierre del ejercicio anterior a la verificación del presupuesto fáctico opera como límite cuantitativo genérico de toda presunción de dividendo, resulta necesario precisar que podemos entender por utilidad.

La definición de utilidad no puede ser desarticulada del concepto mismo de utilidad que se tiene para la tributación de un dividendo no ficto. Al respecto podemos apreciar que el art. 46 de la ley del gravamen excluye de la concepción de dividendo a las distribuciones realizadas originadas en ajustes contables o revalúos (en igual sentido el art 64 de la misma ley). Por su parte el art. 66.2 del decreto reglamentario entiende que *“Los dividendos y utilidades a que se refiere el primer párrafo del artículo 46 de la ley son los que se determinen tomando en consideración los estados contables de publicación (o, en su caso, registros contables), distribuidos con posterioridad al agotamiento del importe equivalente al de las utilidades líquidas y realizadas, reservas de utilidades y primas de emisión, acumuladas al cierre del ejercicio fiscal inmediato anterior al que inicie a partir del 1° de enero de 2018.”*

El impuesto del tercer artículo sin número incorporado a continuación del artículo 90 de la ley no resultará aplicable en la medida que los dividendos y utilidades distribuidas correspondan a ganancias impositivas acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior al iniciado a partir del 1° de enero de 2018 que hubieran tributado a la tasa del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%). Idéntico tratamiento procederá para determinar la procedencia de la alícuota del TRECE POR CIENTO (13%), en cuyo caso deberán considerarse las ganancias impositivas acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior al iniciado a partir del 1° de enero de 2020 que hubieran tributado a la tasa mencionada en el párrafo precedente o a la del TREINTA POR CIENTO (30%).”

Como se puede apreciar la definición de utilidad implica la existencia de ganancias líquidas y realizables no originadas en ajustes contables o revalúo contables en la medida que dichas utilidades estén alcanzadas a una tasa menor del 35%.

Surge entonces la necesidad de determinar de forma previa a cualquier análisis un stock de utilidades conforme sostiene en una muy interesante nota Fernandez Sabella.ⁱ

4.3.2. La confusa redacción del decreto reglamentario art. 66.3 2do párrafo

La regla básica y que no genera duda alguna del art. 46.1 de la ley del gravamen tiene una reglamentación que genera bastante ruido interpretativo.

El artículo en cuestión indica “ARTÍCULO 66.3.- Los “retiros de fondos” a los que hace referencia el inciso a) del primer párrafo del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 46 de la ley son aquellos que se efectivicen durante UN (1) ejercicio fiscal y hasta el límite de las utilidades acumuladas y no distribuidas del ejercicio inmediato anterior, incluyendo las utilidades líquidas y realizadas y las reservas de esas utilidades. A la fecha de cada pago, estarán sujetos a la retención prevista en el tercer artículo sin número incorporado a continuación del artículo 90 de la ley.

Con relación al total de los retiros realizados durante un ejercicio fiscal -hasta la fecha de vencimiento de la declaración jurada del impuesto a las ganancias del sujeto perceptor- que estuvieren por encima del límite indicado en el párrafo precedente, las entidades comprendidas en las disposiciones del artículo 46 de la ley deberán comparar el mencionado excedente con las utilidades contables acumuladas al cierre de ese ejercicio, debiendo ingresar el impuesto del tercer artículo sin número incorporado a continuación del artículo 90 de la ley por el importe de los retiros efectuados, hasta el límite de las referidas utilidades contables, en tanto los mismos no hubieren sido devueltos a la fecha en que se realiza tal comparación.”

El primer párrafo de la norma transcripta está en sintonía con lo que venimos desarrollando hasta el momento. La problemática surge en el segundo párrafo al disponer una confusa regla de imputación que genera problemas con la interpretación de a quién pertenece el ejercicio fiscal al que hace referencia.

Compartimos al respecto las reflexiones de D’Agostino volcadas en una muy interesante nota. El autor citado sostuvo en referencia a este segundo párrafo que: *“Excede las atribuciones de reglamentación del Poder Ejecutivo (lo que lo haría*

inconstitucional al incorporar una norma que no está en la ley) y altera totalmente las disposiciones del artículo 46.1, generando una serie de problemas. En primer lugar, habla de los retiros realizados durante un ejercicio fiscal sin indicar si dicho ejercicio fiscal es de la sociedad o del accionista (excepto que la sociedad cierre ejercicio el 31 de diciembre; son períodos diferentes). Esto ya me genera confusión. ¿Cuáles son los retiros a considerar? No es este un tema menor. Supongamos una sociedad que cierra ejercicio en mayo de cada año. Al 30 de mayo de 2019, ¿los retiros a tener en cuenta son los realizados entre el 1/6/2018 y el 31/5/2019, o los realizados entre el 1/1/2019 y el 31/12/2019?

Luego, establece que cuando los importes retirados (que todavía no sé cuáles son) excedan la ganancia líquida y realizada al inicio del ejercicio, la sociedad debe comparar dicho excedente con las utilidades acumuladas al cierre del ejercicio e ingresar el importe de la retención hasta el límite de las utilidades al cierre del ejercicio. ¿Significa esto que el “ejercicio” es el de la sociedad? ¿Pero entonces por qué habla del vencimiento de la DDJJ del perceptor? ¿Y de la devolución de los fondos hasta ese momento?

Volviendo al ejemplo anterior: ¿las utilidades a considerar son las que la sociedad tenía al 31/5/2018? ¿O tengo que sumar el cierre del 31/5/2019? ¿O tengo que sumar el balance cerrado al 31/5/2020?, considerando que la DDJJ de los accionistas vence en junio de cada año.

Por último, no queda claro desde cuándo hay que considerar la disposición de fondos. ¿Los intereses presuntos van para el ejercicio 2018, 2019 o 2020, si se verifica un excedente?

Luego de leer varias veces este párrafo, entiendo que el plazo al que se refiere es el del ejercicio fiscal del accionista. Pero no puedo estar de acuerdo con esta redacción, ya que, en ese caso, la definición de si hay un excedente respecto al cual tengo que aplicar disposición de fondos puede ser mucho después del vencimiento de la DDJJ del impuesto a las ganancias de la sociedad. Por lo tanto, puede suceder que tenga que presentar una rectificativa de la DDJJ del impuesto a las ganancias de la sociedad, con las consecuencias negativas que esta tiene (interés y multa), sin que esta tenga culpa alguna.

Supongamos una sociedad que cierra en enero de 2019. Si el período a considerar es el año fiscal del accionista, los retiros a considerar son los realizados entre el 1 de enero de 2019 y el 31 de diciembre de 2019 (período fiscal del accionista), y el vencimiento de la DDJJ del accionista es en junio de 2020, siendo el último ejercicio cerrado de la sociedad a dicha fecha el de enero de 2020. Si por azar la sociedad tiene quebranto en el 2020 y tiene que considerar disposición de fondos desde el 1 de enero de 2019, esto impacta en la DDJJ de la sociedad por el ejercicio cerrado el 31 de enero de 2019 que venció en junio de 2019, pero recién lo sabremos en junio de 2020, generando una rectificativa con los intereses y multas correspondientes. No debería ser así. Este párrafo tiene que ser eliminado del decreto.”ⁱⁱ

4.4. Límite propio o específico de cada situación fáctica

Habiendo abordado lo referente al límite genérico resulta necesario indicar que cada situación fáctica previamente analizada, tiene una limitación cuantitativa propia que en el fondo opera como límite complementador a la limitación genérica. Se analizarán seguidamente los supuestos fácticos específicos:

4.4.1. Realizar retiros de fondos: Sin perjuicio de lo indicado en el apartado anterior, el límite está dado en el importe de dichos retiros.

Para finalizar resulta importante marcar que, si el beneficiario realizó pagos por en carácter de reintegro de fondos, los mismos podrán ser descontados del pago del dividendo. Luego veremos que estos descuentos deberán tener tratamiento de disposición de fondos conforme lo previsto en el art. 73 de la ley del impuesto a las ganancias.

4.4.2. Tener el uso o goce: La regla de cuantificación varía en función del tipo de bien. Para bienes inmuebles la presunción recae en el 8% anual del valor corriente de plaza mientras que para el resto de bienes equivale al 20% anual del valor corriente de plaza. Los restantes bienes no dejan de ser una categoría muy amplia con dificultades en el alcance. Si nos guiamos por el texto literal encontramos que demás bienes se construye en contraposición a la concepción de bienes inmuebles. Con lo cual demás bienes sería todo aquello que no es inmueble conforme la definición de nuestro Código Civil y Comercialⁱⁱⁱ

La problemática con esta disposición se origina nuevamente con la concepción prevista del art 66.3 in fine del decreto reglamentario al regular que implica “fondos” para la presunción del anterior presupuesto fáctico. Recordamos al respecto que la norma reglamentaria dispone que “Se entiende por “fondos” los retiros de efectivo, ya sea en moneda nacional o extranjera, así como también de cualquier valor negociable, sea o no susceptible de ser comercializado en bolsas o mercados y de cualquier bien entregado sin contraprestación.”

Parecería que en función de esta reglamentación el legislador tenía en mente tres categorías de bienes. En primer lugar, los inmuebles los cuales tienen una cuantificación del 8%. En segundo lugar, los bienes muebles “dinerarios” que abarcarían valores negociables, dinero en moneda nacional o extranjera cuya cuantificación estaría amparada bajo la figura de retiro de fondos equivalente al importe de los mismos y finalmente, en tercer lugar los demás bienes muebles “no dinerarios” o no abarcados por los incluidos en disposición de fondos que tienen un límite del 20% del valor de plaza.

La problemática como se puede ver es que si leemos el decreto reglamentario en su art. 66.3 in fine vemos que los “demás bienes” podrían ser considerados como retiro de fondos y por otro lado podrían ser considerados como uso y goce de bienes.

Las posibles inconstitucionalidades por violación al principio de legalidad por parte del decreto reglamentario son manifiestas aunque existiría como hemos planteado una solución que armoniza los textos legales al establecer tres categorías de bienes.

Para finalizar resulta importante marcar que si el beneficiario realizó pagos por el uso de los bienes previstos en la presunción podrán ser descontados del pago del dividendo.

- 4.4.3. Afectar a garantía y posterior ejecución de dicha garantía: La cuantificación está referida al valor de plaza de los bienes ejecutados y hasta la concurrencia del importe garantizado por parte de la entidad.
- 4.4.4. Vender o comprar bienes: Para el supuesto de venta, verificamos el quantum del dividendo en la diferencia entre el precio de venta por parte de la entidad y el valor de mercado del mismo. Mientras que, para el supuesto de compra, verificamos el quantum en entre el precio abonado por la entidad y el valor de mercado del bien vendido por el beneficiario.
- 4.4.5. Realicen gastos: La cuantificación está dada por el importe de la erogación realizada en favor del beneficiario. Frente al reintegro de fondos, opera el descuento como dividendo y aplicación del art. 73 de la ley de impuesto a las ganancias.
- 4.4.6. Percibir sueldos, honorarios u otras remuneraciones. El legislador omite expresamente el supuesto de cuantificación de forma directa para los beneficiarios que perciban estas rentas. El decreto reglamentario en el art 66.7 tiene el previsto de cuantificación para los administradores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, pero nada indica para otros sujetos que pueden ser por ejemplo accionistas y no tener tareas como administrador, síndico y consejero. Para los primeros, la cuantificación está limitada al exceso entre lo recibido bajo remuneración y lo expresamente aprobado por la asamblea de accionistas y/o reunión de socios. Se interpreta que, para los supuestos no previstos, debería ser la diferencia abonada en exceso a valores de mercado.

5. Forma de ingreso

Resaltaremos a continuación los aspectos más relevantes en referencia al ingreso de las sumas originadas por el impuesto que corresponde a los dividendos fictos.

5.1. Aspectos preliminares

La lógica de ingreso adoptada por el legislador fue establecer para personas humanas y sucesiones indivisas un impuesto cedular para el pago del impuesto a las ganancias por dividendos. En virtud de lo estipulado en el art. 90 de la ley de impuesto a las ganancias las alícuotas en función del ejercicio fiscal estarán determinadas en un 7% y 13 % (el primer caso para los ejercicios fiscales 2018 y 2019 mientras que el segundo caso para el ejercicio 2020).

A su vez el art. 90 establece que el impuesto deberá ser retenido por los agentes pagadores de dichos beneficios.

En línea con el precepto legal, la AFIP en función de sus facultades delegadas, estableció mediante la resolución general 4478/2019 un sistema de retención a cargo

del agente pagador de los dividendos en línea con las alícuotas antes indicadas y utilizando la lógica de las resoluciones generales 2233 (SICORE) y 3726 (SIRE).

Si bien la lógica de retención no tiene mayores complicaciones que cualquier otra retención (ejemplo resolución general 830/00 de AFIP), es importante marcar que el régimen de retención no solo aplica sobre el pago de dividendo clásico, sino que también aplica para el supuesto de dividendos fictos.

5.2. Aspectos controvertidos del régimen de retención

En virtud del régimen de retención vigente sobre el impuesto correspondiente a los dividendos, podemos apreciar que la primera complicación es que en la práctica del día a día, la verificación de los presupuestos de hecho puede pasar desapercibida sobre todo en estructuras empresariales de PYMES que no cuentan capacidad económica suficiente para afrontar los costos estructurales que implica un asesoramiento tributario suficiente el cual implicará que la PYME deberá contar con un asesoramiento adicional para estar atenta a la verificación del presupuesto de hecho desencadenante de un dividendo real y ficto.

La segunda complicación deriva frente a los supuestos de dividendos que fictos que no implican erogaciones de fondos. Recordemos que los dividendos fictos que hemos analizado no siempre van acompañados de dinero en efectivo del cual pueda ser detráído un importe en carácter de retención. El uso de un automóvil, por ejemplo, no implica movimiento de fondos sobre los cuales realizar una retención. Sin perjuicio de ello la resolución de marras indica que frente a la imposibilidad de retener, la retención deberá ser satisfecha por el agente pagador con el derecho de pedir la devolución al beneficiario. Nuevamente encontramos contradicciones con la lógica de las PYMES donde frente a la ausencia de estructura de asesoramiento impositivo suficiente debemos sumar la erogación económica de una retención sobre un movimiento de fondos inexistente. Si a eso incorporamos la siempre presente inflación en el país, una PYME cumplidora se descapitaliza en manos del sistema tributario.

Recordemos que la ley 11.683 genera sanciones al agente de retención que omite actuar como tal (arts 45 y 46 ley 11.683), con lo cual el incumplimiento puede resultar muy complejo para una PYME.

La tercera complicación si bien no deriva del régimen de retención, emana de la complicada lógica planteada frente a supuestos de devolución de fondos. La problemática aparece cuando en origen se verifica la existencia de los presupuestos de hecho de un dividendo ficto pero luego el beneficiario devuelve el beneficio, reintegra los fondos y compensa a situación de mercado a la entidad.

La primera pregunta que corresponde hacer es si cualquier devolución es susceptible de ser computada y generar una reducción en la retención. La ley solamente contempla el supuesto de reintegro o pago para la presunción de uso o goce de bienes (art. 46.1.b) y para el supuesto de los gastos afrontados por la entidad (art 46.1.e). El decreto reglamentario por su parte dispone en el art. 66.5 que *“Cuando se verifique la devolución total o parcial de los fondos retirados que hubieren dado lugar a la retención del impuesto prevista en el tercer artículo sin número incorporado a continuación del artículo 90 de la ley, ese impuesto, en su medida, deberá ser devuelto de conformidad con el procedimiento que establezca la ADMINISTRACIÓN*

FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS. En dicho supuesto deberán aplicarse, respecto de esos retiros, las disposiciones del artículo 73 de la ley”.

Parecería que entonces de la articulación del art. 46.1 b y art 46. 1 e de la ley más el art 66.5 del decreto reglamentario toda devolución que realiza el beneficiario podría ser susceptible de ser considerada para la reducción del dividendo y como tal de la retención que le sigue.

La segunda cuestión que emana de la devolución del dividendo ficto implica una cuestión financiera. La entidad bien que está bien asesorada en primer lugar debería con cada verificación del presupuesto fáctico calcular la retención e ingresarla. Luego frente a un supuesto de devolución como los planteado debería proceder a dar marcha atrás con la retención, generando una devolución o nota de crédito en el aplicativo de liquidación. El producto de dicha devolución podrá generar un saldo a favor que podrá o no ser utilizado inmediatamente por parte del agente de retención. Como se puede apreciar, la lógica misma implica un desfasaje en términos temporales que puede generar desequilibrios financieros de corto plazo. No es lo mismo contar con el efectivo en caja que contar con un crédito fiscal perpetuo (lo cierto es que los pedidos de devolución por parte de los contribuyentes al fisco implican un costo adicional que muy probablemente la PYME no esté en condiciones de afrontar).

Finalmente, la tercera cuestión relevante a la hora de estar en presencia de una devolución de dividendo y reducción de retención es la aplicación del supuesto previsto en el art. 73 de la ley de impuesto a las ganancias en lo referente a disposición de bienes o fondos a favor de terceros. Que analizaremos en el próximo apartado.

6. Correlación entre la figura de dividendos fictos y disposición de fondos en favor de terceros

Si bien no es ánimo entrar en el análisis de la figura de disposición de fondos o bienes en favor de terceros, diremos que con la reforma de la ley 27.430 esta figura contenida en el art 73 de la ley de impuesto a las ganancias ha sufrido a nuestro modo de ver una gran reforma en lo que hace a la estructuración jurídica de varias PYMES en el país. En la medida que la PYME se estructure mediante una sociedad de capital de las previstas en el art. 69 de la ley de impuesto a las ganancias, estará sujeta a las implicancias de la figura de disposición de fondos o bienes en favor de terceros. Esto es una novedad ya que históricamente la sociedad de responsabilidad limitada (uno de los medios más sencillos de estructurar una PYME) no estaba sujeta a las disposiciones de fondos en favor de terceros. En virtud de lo expuesto nuevamente podemos apreciar un cambio de paradigma que no estuvo contemplado por el empresario PYME a la hora de estructurar su negocio.

La aplicación de la nueva figura ya de por sí implica un cambio de paradigma donde la caja de la sociedad no puede estar confundida con la caja de su dueño, sino que además implica una nueva situación de hecho sobre la cual el empresario PYME debe ser educado y concientizado para evitar riesgos fiscales.

El legislador a nuestro modo de ver ha querido ser claro en la correlación entre la figura de dividendo ficto y disposición de fondos. Como ya se vio en el presente

trabajo, el art. 46.1 al disponer el límite genérico de la presunción basado en la utilidad del ejercicio al cierre anterior a la fecha de verificar el presupuesto de hecho de la norma, indica que “Sobre los importes excedentes resultará aplicable la presunción contenida en las disposiciones del artículo 73.”

La apreciación es clara y como política de stock podemos afirmar que la intención del legislador es en primer lugar agotar el stock de utilidades y asignar dividendos para luego sobre los excedentes retirados hacer valer la figura de disposición de fondos en favor de terceros. Esta intención se vuelve a poner de manifiesto al ratificar en el decreto reglamentario de la ley de ganancias art. 103 que “En los casos de presunción de puesta a disposición de dividendos y utilidades a que se refiere el primer artículo incorporado sin número a continuación del artículo 46 de la ley, serán aplicables las disposiciones de su artículo 73, sobre los importes de fondos o valores de plaza de bienes dispuestos, en la medida que éstos superen el monto de las utilidades acumuladas que menciona el segundo párrafo de aquel artículo.”

Si bien la intención está clara sobre que figura aplicar en cada momento, solamente el tiempo y las fiscalizaciones nos guiarán para poder determinar si estas dos figuras que en principio tienen un claro correlato se pueden armonizar. Lo cierto es que para una PYME un simple retiro de fondo de caja puede tener un abanico de consecuencias tributarias que no pueden ser manejadas sin el consejo directo de un asesor tributario.

7. Otros Conflictos no resueltos

Finalmente, y a modo conclusivo del presente trabajo pondremos de manifiesto algunos conflictos que pueden suscitarse con la nueva figura de dividendos fictos.

7.1. Carácter de las presunciones

En lo referente al carácter de las presunciones del art. 46.1, es dable señalar que el legislador no indica si las mismas son taxativas o meramente enunciativas. Es cierto que el catálogo es a nuestro modo de ver es muy extenso, cubriendo gran parte de las prácticas que se dan en la materia de análisis pero la duda queda sobre aquellos supuestos no contemplados. Propiciamos en virtud del estricto cumplimiento del principio de legalidad tributaria amparado en nuestra Constitución Nacional que la interpretación debe ser realizada asumiendo que las presunciones son taxativas.

Un comentario adicional merece la cuestión de la prueba de las presunciones. La cuestión recae sobre si las presunciones contenidas en el cuerpo normativo son absolutas o relativas. Es decir, si las presunciones admiten prueba en contrario o no. Por un lado, podemos apreciar que todas las presunciones están estructuradas en base a indicios únicos y concordantes que generan un fuerte grado de convicción a la hora de determinar la existencia de un supuesto dividiendo y por el otro también podemos apreciar que la realidad puede tomar matices que engañan y generan confusión.

Creemos que la mejor solución al conflicto implica que cada parte en el mismo tienda a probar su posición mientras que un tercero ajeno al conflicto debe resolver en virtud de la prueba recolectada. Es así que, propiciamos que la interpretación de las

presunciones de dividendos fictos deba ser relativa, admitiendo prueba en contrario en cuyo caso el principio rector de la misma debe ser regido por la carga dinámica de la prueba donde contribuyente y fisco generen prueba a su favor para generar o desvirtuar la presunción ante los ojos de un tercero imparcial.

7.2. Enriquecimiento sin causa por parte del fisco frete a pagos realizados a familiares

Una situación no resuelta por la norma corresponde a las consecuencias que operan frente al dividendo ficto verificado en cabeza de familiares, ascendientes y descendientes del beneficiario.

Es muy probable que dichos familiares, ascendientes y descendientes, hayan respetado la normativa tributaria y declarado los ingresos en función de su caracterización como contribuyentes. En el caso de responsables inscriptos muy probablemente declararon el IVA y abonaron su impuesto a las ganancias, sufriendo las retenciones impositivas del caso. En el caso de monotributistas, han abonado su cuota mensual y procedido a las recategorizaciones correspondientes. A su vez, en ambos casos es muy probable que estén dando cumplimiento a impuestos provinciales como ingresos brutos.

La pregunta entonces recae sobre las consecuencias tributarias no solo a nivel nacional sino también provincial de estos contribuyentes los cuales en virtud de la aplicación de una presunción de dividendo ven que sus hechos imponible han sido desplazados por la presunción.

Entendemos que correspondería retrotraer estos hechos imponible generando las devoluciones del caso para evitar un enriquecimiento incausado por parte del fisco.

7.3. Penal tributario

Debemos recordar que la nueva ley penal tributaria modificada por la reforma de la ley 27.430 establece la posibilidad de dispensar la denuncia penal por parte del organismo fiscal previo dictamen jurídico cuando la determinación de oficio opera sobre bases presuntivas. Entendemos que dicha disposición está plenamente vigente y adquiere especial consideración frente a conflictos que se originen en supuestos de evasión fiscal originados por la aplicación de las presunciones sobre dividendos fictos.

8. Conclusiones

El mundo PYME no ha estado exento a las reformas introducidas por la última gran ley de reforma tributaria (Ley 27.430). Lo estudiado en el presente trabajo no es más que un aporte para los profesionales que en su gran mayoría asesoran PYMES. La nueva figura de dividendos fictos, pone de relieve un quiebre circunstancial a la hora de estructurar una PYME. Este quiebre se evidencia en primer lugar a la cuestión de que la figura de dividendos fictos no diferencia ni excluye contribuyentes PYMES dado que toma dentro de su aspecto subjetivo a las sociedades de capital donde encontramos gran parte de los vehículos que las PYMES utilizan para estructurar sus actividades como ser sociedades de responsabilidad limitada, anónimas,

unipersonales y anónimas simplificadas. En segundo término, porque no ha diferenciado a las estructuras ya vigentes, generando un cambio de paradigma a las PYMES vigentes, constituidas y estructuradas bajo otra concepción tributaria. En tercer lugar, porque como toda nueva figura que aparece en el mundo jurídico se necesita tiempo para incorporarla y analizarla, factores que llevan a un incremento de costos y a la necesidad de contar con un profesional actualizado.

Sin perjuicio de lo indicado hasta aquí creemos que una de las principales circunstancias para tener en cuenta es que el profesional en Ciencias Económicas debe afrontar un nuevo reto, el cual implicará ni más ni menos que generar conciencia en sus clientes PYMES que vienen operando muchas veces con cajas únicas donde dueño y estructura jurídica es lo mismo, donde hay confusión de bienes y proyectos de inversión.

ⁱ “PRECISANDO EL ESQUEMA DE INTEGRACIÓN DE LA RENTA EMPRESARIA CON EL DIVIDENDO: A PROPÓSITO DE SU REGLAMENTACIÓN”, FLORENCIA FERNÁNDEZ SABELLA, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), Abril 2019, página 349

ⁱⁱ INCENTIVOS A LA REINVERSIÓN DE UTILIDADES Y PRESUNCIONES DE LA SEGUNDA CATEGORÍA. LEY 27430. SU REGLAMENTACIÓN, HERNÁN M. D'AGOSTINO, Práctica y Actualidad Tributaria (PAT); Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), Pág 695, Julio 2019

ⁱⁱⁱ Estipula nuestro Código Civil y Comercial:

ARTICULO 225.- Inmuebles por su naturaleza. Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.

ARTICULO 226.- Inmuebles por accesión. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario.

No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.

ARTICULO 227.- Cosas muebles. Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.