



## Dividendo presunto en empresas familiares y honorarios del director (“familiar”). Impacto de la reforma impositiva.

Por P. Augusto VAN THIENEN

### I. Introducción.

Es una práctica ampliamente dilatada el pago de sueldos, honorarios y remuneraciones a “parientes” (“*Siblings*”); práctica que se lleva a cabo frecuentemente en empresas familiares donde el control está concentrado en pocas manos. Está claro que no es un invento de estas latitudes y tampoco podemos atribuirnos ser los únicos que implementamos estas prácticas de “*dividendo encubierto*”.

Cuando digo “dividendo encubierto” estoy refiriendo al pago de sueldos, honorarios y remuneraciones; o sea a la disposición de fondos a favor de terceros y que no responden al interés de la empresa; esto es, a quien: (i) no presta servicios o (ii) prestándolos, el precio por dichos servicios excede el valor de mercado; en adelante el “Hecho Imponible”.

La propuesta en estas breves reflexiones es analizar ambos aspectos del Hecho Imponible pues no hay duda de que la reforma a la ley de impuesto a las ganancias “*da en el clavo*” buscando desincentivar estas prácticas.

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

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

## II. El honorario y sueldo del director (*familiar*).

El problema no es ser parte de la familia propietaria de la Empresa, sino que como consecuencia de esa relación de filiación perciba sueldos, honorarios o remuneraciones, sin que por ese gasto la Empresa obtenga beneficios acordes. En una palabra, evitar despilfarrar fondos empresarios para satisfacer alguna necesidad no empresaria; sino, familiar o personal. Desde la mirada de la Empresa podríamos afirmar que la norma busca incentivar nuevas conductas transparentando esta situación. Sin duda, este dispositivo normativo jugará un rol vital en el cambio de estas viejas prácticas.

Es común observar en muchas empresas familiares el pago de honorarios o sueldos a determinadas personas por el sólo hecho de portar apellido; o simplemente tener algún vínculo de parentesco con la familia de control. Y que se entienda bien, esta práctica no es exclusiva de estas pampas; sino que alcanza a otras economías, incluso, más desarrolladas que la nuestra.

Teniendo en consideración que la reforma impositiva ofrece un fuerte incentivo a la capitalización de utilidades empresarias llevando la tasa de la ganancia corporativa al 25%; el legislador buscó con la figura del *dividendo presunto* evitar algún tipo de elusión impositiva mediante la disposición de fondos a favor de terceros sin una correlativa contraprestación que beneficie a la Empresa; entre ellos, los sueldos y honorarios a favor de familiares.

O sea, la ley le dice el empresario: *“si capitalizas el 100% de la renta en la Empresa tendrás el beneficio de pagar impuesto a las ganancias a la tasa del 25%; pero si distribuyes dividendos en forma “simulada” vía sueldos, honorarios y otras remuneraciones buscando eludir el tributo del 13% (que te corresponde pagar como dividendo), terminarás pagando el interés del dividendo presunto más las multas correspondientes”*.

¡Simple!

La LIG pone en cabeza de los socios de control tomar la decisión de mantener o modificar estas prácticas; donde el sueldo, el honorario o la remuneración de familiares supo funcionar como una suerte de “dividendo a cambio de votos”.

A partir de la reforma se genera una nueva contingencia fiscal para las empresas familiares; y por lo tanto un factor de destrucción de valor dado que el pago de sueldos no justificados puede devengar un fuerte pasivo con multas y penalidades significativas que deberá soportar la Empresa.

### III. ¿Honorarios a cambio de votos?

Esta pregunta lleva a dos posibles escenarios:

- (i) El honorario o sueldo pagado a quien no presta servicio alguno o;
- (ii) El honorario o sueldo pagado a quien presta un servicio inferior.

El primero encuadraría en la figura de salida de fondos “injustificada” y el segundo; en una salida de fondos “en exceso del valor de mercado por los servicios efectivamente prestados”. Analicemos ambos supuestos.

A primera vista la salida de fondos injustificada tendría serios inconvenientes, dado que huérfanos de prueba para demostrar la prestación de algún servicio por el familiar en su rol de miembro integrante del órgano de administración, salta a la vista que dicha salida será considerada “dividendo presunto”. Esta situación sería, tal vez, la más extrema para poner un ejemplo.

El problema serio se presenta cuando la salida está justificada, pero lo que se discute es el “valor de mercado” del servicio prestado; y aquí se abren dos situaciones bien concretas: (i) el director de “asiento” o director “dominical” y (ii) el director ejecutivo, o sea; aquel que cumple funciones técnico-administrativas de carácter permanente (artículo 261 LGS). Es aquí donde el “valor de mercado” puede llevarnos a una discusión circular con la autoridad fiscal y sin muchas opciones de salida.

¿Cuál es el valor de mercado para un director dominical de una empresa familiar?

¿Cuál es el valor de mercado para un director ejecutivo de una empresa familiar?

Las funciones ejecutivas (vrg., jefe, gerente o director) suelen contar con un valor de mercado (promedio) conocido y publicado por las firmas independientes especializadas en la contratación de personal en relación de dependencia.

Estas firmas suelen conocer el precio de mercado de ciertas y determinadas posiciones ejecutivas (mandos medios y altos) en empresas pymes. Incluso suelen publicarse en los medios gráficos; o sea no hay secretos sobre el valor o precio de mercado de un ejecutivo; y la información sobre este tema es ciertamente amplia y transparente.

Más allá de la relación de parentesco con el ejecutivo parece que el valor de mercado fija la pauta de “razonabilidad” para remunerar a un familiar; o sea; sueldo bruto, performance bonus, auto, viajes, seguros, tarjeta de crédito, y otras compensaciones variables (“*Fringe Benefits*”).

Pero ... ¡este es el piso!

¿Cómo justificamos la prima del ejecutivo familiar clave?

## IV. ¿Cuál es el valor de mercado del ejecutivo (familiar) “clave”?

Este es, sin duda, el “Talón de Aquiles” de todo el sistema.

Conocer el valor de mercado del director (familiar) ejecutivo que cumple un rol clave o estratégico en la organización no será faena sencilla puesto que es un valor por fuera de mercado y por lo tanto plagado de elementos subjetivos.

¿Cuál es la prima autorizada por la AFIP para abonar al director familiar que cumple un rol esencial o estratégico en beneficio de la empresa?

Conocer el valor de esta prima será crucial pues estamos hablando de montos remunerativos muy importantes y por lo tanto de eventuales contingencias significativas si no hacemos bien las cosas.

Supongamos, por citar un ejemplo, el caso del familiar que gestiona el patrimonio empresarial en beneficio de todos los accionistas; siendo éste el único sujeto capaz de llevar adelante la empresa familiar cumpliendo con las expectativas y necesidades de la familia propietaria. O sea, el familiar que se levanta todas las mañanas para administrar una empresa cuyos socios lo conforman hermanos, primos, sobrinos y tíos; y por lo tanto, gestionando la empresa familiar para todos los dueños.

Este administrador no contará con los incentivos económicos adecuados para crear valor, si su remuneración es la de “mercado”. Su costo de oportunidad no puede ser el valor de mercado pues, dicho valor sólo fija un piso más no un techo. Comprendamos que por ese valor, el familiar “clave” tiene la opción para irse de la empresa y encontrar otras ofertas laborales; incluso mejores que la actual.

¿Cuáles son los incentivos para retener al familiar clave?

Tengamos muy presente que en las empresas familiares; además de la capacidad profesional y talento para administrar y gestionar, un valor esencial e importante es: la *confianza*.

¿Cuál es el valor de mercado de esa confianza? ¿Cuál es la prima?

Ponerle precio de mercado a un sujeto estratégico que además de ser capaz, honesto, competitivo nos genera confianza, no será sencillo; y lo más difícil será poder justificarlo ante la AFIP-DGI. Me pregunto: ¿será suficiente algún contrato o acta de asamblea que justifique dicha prima?

Recordemos que de acuerdo con nuestra doctrina societaria y jurisprudencia mercantil la función de director no es de mandato ni agencia sino, orgánica. Por lo tanto, el director no está atado a la Empresa por una relación contractual sino “funcional”; y esto complica aún más el asunto pues nos obliga ser más creativos y audaces a la hora de diseñar un plan de incentivos para el ejecutivo clave sin generar, al mismo tiempo, contingencias fiscales.

En los Estados Unidos de Norteamérica los tribunales fiscales han encontrado una salida objetiva a este problema recurriendo a la doctrina de los “Factores Múltiples” (“*The Multifactor Test*”) buscando dotar de objetividad el análisis de la prima o valor por encima de mercado en relación a los servicios prestados por un familiar (“*Fair market value for similar service rendered*”). Los tribunales fiscales de la Unión acordaron 9 (nueve) factores objetivos para fijar la razonabilidad del honorario del accionista (director ejecutivo) de la empresa cerrada.

Pero recordemos, en aquellas latitudes el director ejecutivo está atado a la empresa por una relación de agencia; ya sea como empleado (“*Employment Agreement*”) o como locación de servicios.

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

No dejes de seguirnos en [www.cedeflaw.org](http://www.cedeflaw.org)