

DICTAMEN D.A.T. 20/17

Buenos Aires, 29 de junio de 2017

Fuente: página web A.F.I.P.

Dirección General Impositiva. Dirección de Asesoría Técnica. Impuesto a las ganancias. Reorganización de sociedades. Fusión por absorción. Empresas de un mismo conjunto económico.

Sumario:

I. Si al momento de la reorganización se mantuvieran las estructuras de participación que se informaran en la presentación, las firmas “AA” S.A. y “BB” S.R.L. integrarán un mismo conjunto económico liderado por “CC” S.L., ya que esta última poseería más del ochenta por ciento (80%) del capital accionario tanto de la firma absorbida en forma indirecta como de manera directa de la absorbente, y por tal razón la reorganización en trato podrá encuadrarse en el inc. c) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, debiendo los socios, tal como lo prescribe el inc. c) del primer párrafo del art. 105 “in fine” de su decreto reglamentario, mantener individualmente en la continuadora al momento de la transformación no menos del 80% del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora.

II. Consecuentemente, no resultaría exigible en el caso el requisito dispuesto por el apart. III del segundo párrafo del art. 105 de la aludida reglamentación, inherente al desarrollo de actividades iguales o vinculadas durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización, previsto únicamente para los supuestos descriptos en los incs. a) y b) del citado art. 77, ello sin perjuicio del cumplimiento de las demás exigencias contempladas por las normas referidas para que el proceso pueda considerarse libre de impuestos.

Texto:

I. Las presentes actuaciones tienen su origen en la presentación efectuada por la firma del epígrafe –en adelante “AA” S.A.– en los términos de la Res. Gral. A.F.I.P. 1.948/05, mediante la cual consulta si el proceso de reorganización que proyecta realizar y por el cual absorberá a “BB” S.R.L., ambas integrantes del conjunto económico liderado por la firma “CC” S.L., encuadra dentro del inc. c) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y, de tal forma, no le es exigible el requisito que contempla el apart. III del segundo párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la referida ley, inherente al desarrollo de actividades iguales o vinculadas en los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización.

Al respecto informa que “AA” S.A. –absorbente– nace de la integración de prestigiosas y centenarias bodegas, y que en la actualidad es líder de la industria vitivinícola argentina y el mayor exportador de vinos de nuestro país, precisando que además de su actividad de producción y comercialización de vinos, también se dedica a la inversión en sociedades.

En cuanto a “BB” S.R.L. –absorbida– aclara que se dedica principalmente al arrendamiento de un inmueble destinado a la elaboración de vinos (bodega) ubicado en la provincia de ... y de las

maquinarias, instalaciones, tanques, piletas, barricas, muebles y útiles que se encuentran en dicho inmueble, siendo su único cliente "AA" S.A.

Continúa expresando que en el rumbo de expansión en el que se halla el grupo, visualizó la oportunidad de comprar la ex bodega ... en la provincia de ..., adquiriendo por cuestiones estratégicas el .../.../15 la empresa "BB" S.R.L. –controlada por "XX", segunda bodega a nivel mundial– dueña de aquella.

Explica que a partir de esa fecha la estructura del grupo económico es la siguiente: "CC" S.L. posee el noventa y dos coma quinientos cincuenta y siete por ciento (92,557%) de "AA" S.A., la cual a su vez tiene el noventa y cinco por ciento (95%) de "BB" S.R.L., quedando en manos de "DD" S.A. el cinco por ciento (5%) restante, resultando esta última controlada en un ciento por ciento (100%) por "AA" S.A.

En el marco descripto manifiesta que la reestructura planteada tiene por objeto concentrar en la continuadora las actividades operativas, a los efectos de simplificar la parte societaria y reducir los costos administrativos de tener dos entes jurídicos independientes, interpretando que más allá que no se verifique el desarrollo de actividades iguales o vinculadas en los últimos doce meses, por tratarse de una fusión por absorción que se realizará entre entidades que pertenecen a un mismo conjunto económico en los términos del citado inc. c) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, se encuentra dispensado de cumplir con el requisito de realización de actividades iguales o vinculadas durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización.

En apoyo de su postura, trae a colación los fallos de nuestro más Alto Tribunal recaídos en las causas "Frigorífico Paladini S.A. c/A.F.I.P. s/demanda" del 2/3/11 e "International Engines South América c/D.G.I." del 18/6/13, en los que se concluyera que no correspondía analizar si se cumplían los requisitos de empresa en marcha y actividades iguales o vinculadas durante los doce meses anteriores a la fecha de reorganización previstos en los pts. I y III del segundo párrafo del art. 105 del reglamento porque éstos sólo aplican para los casos de los incs. a) y b) del art. 77 de la ley, y no para fusiones entre entidades del mismo conjunto económico encuadrables en el inc. c) del mismo.

Expuesta la temática sometida a consideración, corresponde aclarar en primer término que la Subdirección General ... mediante Nota Nº .../16 (SDG ...) le comunicó a la rubrada la admisión formal de su presentación como consulta vinculante.

Asimismo, cabe advertir que este servicio asesor analizará la cuestión puntualmente consultada de la reorganización desde un punto de vista teórico sobre la base de la información brindada por la presentante y sin efectuar verificación alguna, quedando la misma a cargo del área operativa pertinente una vez que se formalice el trámite respectivo. Por lo tanto, no se opinará sobre los medios de prueba que pudieran haberse presentado.

Aclarado ello, y con relación al encuadre legal de la operatoria en cuestión, cabe recordar que el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones) exime del gravamen a los resultados que pudieran surgir de los procesos de reorganización de sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza, permitiendo asimismo el traslado de ciertos atributos impositivos de las empresas antecesoras a las continuadoras, en tanto se cumplan determinados requisitos.

El mismo dispositivo legal, en su sexto párrafo, establece que "Se entiende por reorganización:

a) La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas; b) ... c) las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico".

Por su parte, el inc. a) del primer párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la ley del tributo dispone que habrá fusión de empresas "... cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas, siempre que por lo menos, en el primer supuesto, el ochenta por ciento (80%) del capital de la nueva entidad al momento de la fusión corresponda a los titulares de las antecesoras; en el caso de incorporación, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o las sociedades incorporadas en el capital de la incorporante será aquél que represente por lo menos el ochenta por ciento (80%) del capital de la o las incorporadas".

En tanto su inc. c) prevé que existe conjunto económico "... cuando el ochenta por ciento (80%) o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza", indicando además que "... éstos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad, al momento de la transformación, no menos del ochenta por ciento (80%) del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora".

Expuesta la normativa pertinente y a los fines del encuadre de la reestructura consultada, consistente en la fusión por absorción entre "AA" S.A. –absorbente– y "BB" S.R.L. –absorbida–, cabe referirse en primer lugar a la doctrina que emana del fallo de nuestro Máximo Tribunal recaído en la causa "International Engines South America S.A. c/D.G.I." del 18/6/13 traído a colación, entre otros, por la consultante en sustento de su tesis, para lo cual resulta esclarecedora la Act. Nº .../13 (DI ...), en donde se analizó la incidencia de dicho fallo sobre los criterios técnicos que viene sosteniendo el organismo en la materia.

Allí, a partir de dicha sentencia, este Departamento estimó que "... ante la viabilidad de encuadrar una reorganización indistintamente en los aludidos incs. a) y c) del art. 77 de la ley del gravamen, la contribuyente puede beneficiarse con la aplicación del último de ellos, ya que no se los considera excluyentes y se refuta la exégesis de la subsistencia de las entidades involucradas. Por lo tanto a tales procesos reorganizativos no les resultaría exigible el cumplimiento de los requisitos reglamentarios adicionales dispuestos para el primer inciso".

En virtud de ello se advirtió que "... el temperamento de esta sentencia del Máximo Tribunal devendría en principio aplicable a todos los supuestos en que las entidades que se fusionen pertenezcan al mismo conjunto económico de acuerdo con las previsiones del inc. c) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones) y su reglamentación".

Consecuentemente, en la medida que en el caso consultado se acredite fehacientemente la existencia de conjunto económico entre las empresas que se reorganizan, quedarían superados los fundamentos y conclusiones relativos al encuadre de la reestructura proyectada en el inc. a) del art. 77 de la ley, así como también los arribados en el Dict. D.A.T. 26/04 con referencia a la subsistencia de las empresas que se reorganizan, criterio que venía sosteniendo el organismo con anterioridad al fallo de Corte analizado.

En lo que concierne a la existencia de conjunto económico, cabe señalar que de la lectura de la normativa pertinente podría inferirse que el requisito legal se refiere exclusivamente a los titulares de la o las empresas antecesoras, y no a los sujetos que revistan la calidad de inversores en el capital de estas últimas, no obstante lo cual cabe analizar si se puede considerar viable que la pauta que define la existencia de conjunto económico se cumpla en forma indirecta.

En dicho menester resulta ilustrativo traer a colación el Dict. D.A.L.T.T. 23/88, en el que con relación al mantenimiento de la participación indirecta en el capital de la firmas que se reorganizan, en un caso donde se analizaba la viabilidad de la figura de conjunto económico entre una sucursal y una filial de una misma empresa del exterior, se recomendó no perder de vista que las normas bajo análisis están orientadas incuestionablemente "... a marginar de la tributación las

operaciones y los resultados de las mismas, cuando fueran la consecuencia de decisiones empresariales conducentes a una nueva adecuación de sus estructuras siempre que no impliquen en su esencia la transferencia de bienes a terceros que, con tal motivo, provoquen desequilibrios en la real titularidad patrimonial de las partes involucradas”.

En la misma tesitura, en el Dict. D.A.T. 85/01, que analizara el mantenimiento previo de la participación accionaria en un caso en el que se combinaba un esquema de fusión por absorción entre empresas locales con la existencia de un conjunto económico, se sostuvo que la transmisión de acciones de las empresas reorganizadas entre los integrantes del grupo “... no implicaría un incumplimiento de la condición de mantenimiento del capital, siempre que el conjunto económico como unidad conserve, por el término que establece la ley, las correspondientes participaciones accionarias sobre las firmas reorganizadas ...”, significando esto último “... que no se produzca una transferencia a terceros superior al veinte por ciento (20%) del capital reorganizado”.

Además es dable señalar que mediante al Dict. D.A.T. 94/02, se estimó que, en los casos de titularidad indirecta, “... para que la reorganización resulte viable de acuerdo con las pautas del referido art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, el producto de las participaciones sucesivas desde los titulares que se transfirieron el capital de las empresas que se reorganizan hasta el aludido socio común deber ser superior al ochenta por ciento (80%)”.

De conformidad con los fundamentos mencionados, en la Act. Nº ... /14 (DI ...) este servicio asesor interpretó que “... cabría admitir el cumplimiento de las condiciones de participación en el capital en forma indirecta, ésto es, si el requisito no fuera cumplido por las firmas titulares de las empresas que se reorganizan, podrá admitirse que lo cumplan indirectamente los dueños de dichas firmas, y de no ser así seguir utilizando la vía indirecta si es que existen titulares con dicho carácter que cumplan la condición de participación”, entendiéndose que “... este criterio resulta aplicable para la verificación de la existencia de un conjunto económico, es decir, de acuerdo con los lineamientos del inc. c) del primer párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones) se perfeccionará tal figura entre dos empresas cuando se cumpla con el requisito del ochenta por ciento (80%) o más de la participación en los capitales de cada una, aunque el porcentaje necesario se verifique por vía indirecta”.

En el caso que nos ocupa, según manifiesta la consultante, desde el .../.../15 los titulares de “BB” S.R.L. son “AA” S.A. que posee el noventa y cinco por ciento (95%) de la participación accionaria de la misma y “DD” S.A. con el cinco por ciento (5%) restante. A su vez el capital accionario de “AA” S.A. se distribuye entre “CC” S.L. con el noventa y dos coma quinientos cincuenta y siete por ciento (92,557%) y otros accionistas minoritarios con el siete coma cuatrocientos cuarenta y tres por ciento (7,443%).

De ello puede advertirse que “CC” S.L. es titular indirecta de “BB” S.A. y, de acuerdo al producto de las participaciones sucesivas, posee más del noventa por ciento (90%) de su capital accionario ($92,557\% \times 95\% + 92,557\% \times 100\% \times 5\% = 92,557\%$) y a su vez es titular directa de “AA” S.A. con el noventa y dos coma quinientos cincuenta y siete por ciento (92,557%).

Así pues, si al momento de la reorganización se mantuvieran las estructuras de participación informadas en la presentación, las firmas “AA” S.A. y “BB” S.R.L. integrarán un mismo conjunto económico liderado por “CC” S.L., ya que esta última poseería más del 80% del capital accionario tanto de la firma absorbida en forma indirecta como de manera directa de la absorbente, y por tal razón la reorganización en trato podrá encuadrarse en el inc. c) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, debiendo los socios, tal como lo prescribe el inc. c) del primer párrafo del art. 105 “in fine” de su decreto reglamentario, mantener individualmente en la continuadora al momento de la transformación no menos del ochenta por ciento (80%) del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora.

Consecuentemente, cabría responder a la consultante que el proceso de reestructura traído a análisis encuadraría en el inc. c) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, y por lo tanto no le resultaría exigible el requisito dispuesto por el apart. III del segundo párrafo del art. 105 de la aludida reglamentación, inherente al desarrollo de actividades iguales o vinculadas durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización, previsto únicamente para los supuestos descriptos en los incs. a) y b) del citado art. 77, ello sin perjuicio del cumplimiento de las demás exigencias contempladas por las normas referidas para que el proceso pueda considerarse libre de impuestos.

Adicionalmente, cabe dejar sentado que la viabilidad de la reorganización planteada también dependerá de lo que resuelva oportunamente la autoridad de aplicación en materia societaria en el ejercicio de sus facultades de control de legalidad y poder de Policía, concretadas en la fijación del correcto encuadramiento de las sociedades constituidas bajo el marco normativo de la Ley General de Sociedades, y dentro de las pautas reglamentarias establecidas por aquélla.

Referencia normativa:

– [Ley 20.628](#).