

DICTAMEN D.A.T. 19/16
Buenos Aires, 31 de mayo de 2016
Fuente: página web A.F.I.P.

Impuesto a las ganancias. Reorganización de sociedades. Fusión por absorción. Requisitos de participación y conservación del capital.

Sumario:

I. El encuadre del proceso reorganizativo bajo análisis como una fusión por absorción dentro de un conjunto económico incluida en el inc. a) del sexto párrafo del art. 77 de la ley del tributo exige el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por dicho artículo y el segundo párrafo del art. 105 de la reglamentación.

II. El requisito previo de participación exigido por el último párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias deberá considerarse cumplido cuando los titulares de las empresas antecesoras –BB Corporation (extranjera) y Sra. ...– hubieran conservado por vía directa o indirecta (a través de sus propios socios), durante los dos años previos a la fecha de la consabida reestructuración, como mínimo el ochenta por ciento (80%) de los montos que poseía en los capitales accionarios de dichas sociedades predecesoras.

III. La condición de conservación del capital en la firma continuadora por parte de los titulares de las antecesoras con posterioridad a la fecha de la reorganización, estatuida por el octavo párrafo del citado art. 77, deberá considerarse cumplida cuando tales titulares posean, por vía directa o indirecta durante los dos años siguientes a la fecha de reorganización, un importe de participación social no menor al que poseían a esa fecha.

Texto:

I. Las presentes actuaciones tienen su origen en la presentación efectuada en los términos de la Res. Gral. A.F.I.P. 1.948/05 por la firma del epígrafe, mediante la cual consulta si la fusión que proyecta llevar adelante absorbiendo a su controlante, “AA S.A.”, encuadra en el inc. a) del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, inquiriendo específicamente respecto del requisito de mantenimiento previo y posterior de la participación accionaria de las empresas antecesoras y continuadora.

Al respecto aclara que “... se prevé realizar lo que se denomina ‘fusión inversa’, donde la empresa absorbida es la titular mayoritaria de la empresa continuadora”.

Informa que tiene por actividad principal la “... fabricación y posterior comercialización de equipos de comunicaciones consistentes en telefonía celular, y ordenadores portátiles, los cuales incluyen notebooks y tablets”, aclarando que posee una planta fabril en la ciudad de ..., provincia de ..., que opera desde el mes de octubre de 2004 en forma constante y que se encuentra amparada por los beneficios del régimen especial fiscal y aduanero previsto por la Ley 19.640.

Por otra parte, señala que el 0,1697% de su capital social pertenece a la Señora, mientras que su accionista mayoritaria "AA S.A." –absorbida–, posee el 99,8303%, y que la actividad principal de ésta es la "comercialización al por mayor de accesorios para telefonía celular, decodificadores e infraestructura y prestación de servicios de operador logístico", proveyendo servicios a diferentes clientes de la industria inalámbrica, entre los que se incluyen los de distribución de valor agregado, logística, gestión de inventario, soluciones basadas en Internet, asistencia técnica en garantía y soporte de posventa.

Además indica que "AA S.A.", constituida en 1999 con domicilio en la ciudad ..., es una firma subsidiaria de "BB Corporation", compañía multinacional líder en el Mercado de las telecomunicaciones con sede en más de cincuenta países, y que posee el noventa y cinco por ciento (95%) de su capital accionario, quedando en manos de la Señora el cinco por ciento (5%) restante.

Con el fin de clarificar el tema, resume las participaciones accionarias de ambas empresas en forma previa y posterior a la reorganización, apuntando que una vez producida la misma los accionistas de "CC S.A." serán BB Corporation con el noventa y cuatro coma ochenta y cuatro por ciento (94,84%) del capital social y Sra. ... con el cinco coma dieciséis por ciento (5,16%) restante.

Descriptas ambas empresas, consigna que la reestructuración proyectada consiste en una fusión por absorción sin liquidación, prevista en el art. 82 y ss. de la Ley 19.550, en la cual "CC S.A." absorberá a su accionista mayoritaria y continuará su actividad comercial como empresa preexistente y continuadora, proceso que permitiría ampliar la eficiencia en el desarrollo de las actividades de las empresas del grupo que operan en la Argentina, al simplificar el control y lograr sinergias desde el punto de vista administrativo, contable, comercial y fabril, facilitando el control de gestión por unidad de negocios al complementar aspectos industriales y comerciales propios de las actividades de estas compañías.

Bajo ese contexto, la consultante entiende que se encuentra cumplida la totalidad de los requisitos previstos por la legislación vigente a los efectos de encuadrar la reorganización en el inc. a) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, verificándose asimismo la condición de permanencia previa en el capital, vinculada al requisito del traslado de los quebrantos impositivos no prescriptos.

Con relación al tema aclara que la participación en la empresa continuadora era poseída por una empresa local perteneciente en un noventa y cinco por ciento (95%) a una sociedad del exterior y el resto a una persona física que también es accionista de la absorbida, evidenciando que se trata del mismo conjunto económico, ya que en forma indirecta, la titular mayoritaria de "CC S.A." ha sido BB Corporation a través de su subsidiaria "AA S.A." (absorbida).

Con base en ello opina que en atención a que las antecesoras, "AA S.A.", en forma directa, y "CC S.A.", en forma indirecta, pertenecen al mismo conjunto económico, no viéndose alterado por la incorporación de terceras partes ajenas al mismo, y que BB Corporation (principal accionista de "AA S.A.") continuará siendo accionista mayoritaria de "CC S.A." (empresa continuadora), la reorganización proyectada dará cumplimiento al requisito de mantenimiento previo y posterior de participación societaria de acuerdo con lo establecido por el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y, por ende estará, alcanzada con los beneficios de la reorganización societaria libre de impuestos, con la posibilidad del traslado de los quebrantos impositivos a la empresa continuadora.

II. Expuesta la temática sometida a consideración, corresponde aclarar en primer término que la Subdirección General ..., mediante Nota Nº .../15 (SD.G. ...), le comunicó a la rubrada la admisión formal de su presentación como consulta vinculante.

Asimismo, cabe advertir que este servicio asesor abordará sólo los aspectos puntualmente consultados de la reorganización –mantenimiento de la participación previa y posterior en el capital– sobre la base de la información brindada por la presentante, 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 pudieron ser presentados.

Aclarado ello, debe recordarse que el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones) establece que “Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a dos años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas”.

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) ...”.

Por su parte, el inc. a) del primer párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la ley del tributo prevé que hay 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”.

Seguidamente, el segundo párrafo de la norma en trato dispone que en los casos de fusión y escisión de empresas deberán cumplirse los siguientes requisitos adicionales:

I. Que a la fecha de la reorganización, las empresas que se reorganizan se encuentren en marcha: se entenderá que tal condición se cumple, cuando se encuentren desarrollando las actividades objeto de la empresa o, cuando habiendo cesado las mismas, el cese se hubiera producido dentro de los dieciocho meses anteriores a la fecha de la reorganización;

II. que continúen desarrollando por un período no inferior a dos años, contados a partir de la fecha de la reorganización, alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquéllas –permanencia de la explotación dentro del mismo ramo–, de forma tal que los bienes y/o servicios que produzcan y/o comercialicen la o las empresas continuadoras posean características esencialmente similares a los que producían y/o comercializaban la o las empresas antecesoras;

III. que las empresas hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización o a la de cese, si el mismo se hubiera producido dentro del término establecido en el apart. I precedente o, en ambos casos, durante el lapso de su existencia, si éste fuera menor.

Se considerará como actividad vinculada a aquella que coadyuve o complemente un proceso industrial, comercial o administrativo, o que tienda a un logro o finalidad que guarde relación con la otra actividad (integración horizontal y/o vertical)".

En virtud de la normativa, se observa que el encuadre del proceso reorganizativo bajo análisis como una fusión por absorción dentro de un conjunto económico incluida en el inc. a) del sexto párrafo del art. 77 de la ley del tributo exige el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por dicho artículo y el segundo párrafo del art. 105 de la reglamentación.

Aclarado ello, nos volcaremos a tratar en forma particular la viabilidad del aludido esquema de fusión como reorganización libre de impuestos, en función de las inquietudes específicamente planteadas vinculadas al último párrafo del art. 77 de la Ley del Impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones), el cual dispone que "... los quebrantos impositivos acumulados no prescriptos y las franquicias impositivas pendientes de utilización, originadas en el acogimiento a regímenes especiales de promoción, a que se refieren, respectivamente, los incs. 1 y 5 del art. 78 sólo serán trasladables a la o las empresas continuadoras, cuando los titulares de la o las empresas antecesoras acrediten haber mantenido durante un lapso no inferior a dos años anteriores a la fecha de la reorganización o, en su caso, desde su constitución si dicha circunstancia abarcare un período menor, por lo menos el ochenta por ciento (80%) de su participación en el capital de esas empresas ...".

Asimismo, cabe traer a colación el segundo párrafo del art. 108 del decreto reglamentario de la ley del gravamen, el cual determina que "... los quebrantos impositivos acumulados no prescriptos y las franquicias impositivas pendientes de utilización, originadas en el acogimiento a regímenes especiales de promoción, a que se refieren, respectivamente, los incs. 1 y 5 del art. 78 de la ley sólo serán trasladables a la o las empresas continuadoras, cuando los titulares de la o de las empresas antecesoras, cumplimenten las condiciones y requisitos establecidos en el art. 77 de la ley y en este decreto reglamentario".

Con relación a la normativa aplicable, resulta oportuno resaltar que el objetivo perseguido con las exigencias de mantenimiento de participación previa y posterior en el capital de las antecesoras y/o continuadoras es que los beneficios tributarios que se conceden en la 'reorganización de sociedades' no puedan usufructuarse si existe una venta dentro del término de dos años, con el fin de que esos privilegios no se trasladen a terceros.

Puntualmente, y con relación el requisito de mantenimiento de la participación en el capital de las empresas antecesoras durante el período de dos años anteriores a la reorganización, este servicio asesor expresó en el Dict. D.A.T. 50/09 que el mismo "... tuvo como objetivo impedir las operaciones de compra de empresas, con el propósito de reorganizarlas y aprovechar los quebrantos acumulados o los beneficios de regímenes de promoción que tuvieran otorgados".

En dicho antecedente también se consideró que "Si bien la finalidad perseguida por la norma es evitar la utilización de esta figura al solo efecto de obtener ventajas impositivas mediante la adquisición de entidades poseedoras de las mismas, ello no obsta para que se considere admisible que la participación en el capital sea cumplida indirectamente por el grupo económico titular de las sociedades que se reorganizan, ya que esto no implicaría un traslado de los beneficios impositivos a sujetos terceros ajenos a la reestructuración empresarial".

De igual forma y con relación al porcentaje de la participación previa, es dable señalar que en el 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 debe ser superior al ochenta por ciento (80%)”.

Bajo el marco conceptual reseñado corresponde ahora analizar si de la información suministrada surge que las dos firmas involucradas en la presente consulta cumplen con el requisito en cuestión, ello en el entendimiento de que una fusión libre de impuestos exige que el mismo sea cumplido tanto por la empresa absorbente como por la absorbida toda vez que ambas revisten el carácter de antecesoras de conformidad con el criterio vertido en el Dict. D.A.T. 14/01, ratificado por nuestro Máximo Tribunal en la causa “Galeno Argentina S.A. c/E.N. –A.F.I.P.-D.G.I.– R. 21/07 s/D.G.I.” del 28/8/12.

En ese sentido procede verificar al momento de la reorganización los porcentajes de participación directa e indirecta en el capital de las antecesoras por parte de sus accionistas –BB Corporation (extranjera) y “AA S.A.”–, según el detalle suministrado por la empresa consultante.

Conforme con lo manifestado en la presentación, BB Corporation (extranjera) posee indirectamente el noventa y cuatro coma ochenta y tres ochenta siete por ciento (94,8387%) de “CC S.A.”, conformado por el noventa y cinco por ciento (95%) del noventa y nueve coma ochenta y tres cero tres por ciento (99,8303%) del capital accionario de “AA S.A.”, y directamente el noventa y cinco por ciento (95%) de esta última, contando con el cinco por ciento (5%) restante de las acciones la Sra. ..., por lo que el requisito establecido en el último párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias deberá considerarse cumplido si BB Corporation (extranjera), y la mencionada persona física hubieran conservado por vía directa o indirecta (a través de sus propios socios), durante los dos años previos a la fecha de la consabida reestructuración, como mínimo el ochenta por ciento (80%) de los montos que poseía en los capitales accionarios de dichas sociedades predecesoras.

Asimismo, la condición de mantenimiento del capital en la firma continuadora por parte de los titulares de las antecesoras con posterioridad a la fecha de la reorganización, estatuida por el octavo párrafo del citado art. 77, deberá considerarse cumplida cuando tales titulares posean, por vía directa o indirecta durante los dos años siguientes a la fecha de reorganización, un importe de participación social no menor al que poseían a esa fecha.

Por último, cabe agregar a las salvedades ya realizadas respecto del alcance del presente análisis, que la viabilidad de la reorganización planteada también dependerá de lo que resuelva oportunamente el respectivo organismo de contralor societario en 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 allí establecidas.

Referencia normativa:

– [Res. SD.G.T.L.I.-A.F.I.P. 39/16.](#)