

DICTAMEN D.A.T. 2/14

Buenos Aires, 8 de enero de 2014

Fuente: página web A.F.I.P.

Dirección General Impositiva. Dirección de Asesoría Técnica. Impuesto a las ganancias. Reorganización de empresas. Escisión. Empresas continuadoras. Mantenimiento de actividad y del importe de la participación.

Sumario:

I. El marco reglamentario contempla como uno de los supuestos de reorganización el destino de una parte del patrimonio de una sociedad para crear una nueva firma que se corresponde con una escisión-constitución que encuadra en el inc. b) del sexto párrafo del art. 77 de la ley del tributo y, por ende, se encuentra sujeta al cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por el segundo párrafo del art. 105 de la reglamentación.

II. En el caso planteado, de proseguirse en la nueva sociedad constituida – escisionaria–, durante los dos años posteriores a la fecha de la reorganización, con alguna de las actividades desarrolladas por “XX” S.A. con anterioridad a la reestructuración, el requisito de mantenimiento de la actividad dispuesto en el primer párrafo del art. 77 de la ley del gravamen, y por el pto. II del segundo párrafo del art. 105 de su decreto reglamentario, se encontrará cumplido. Ello sin perjuicio de que dicha actividad se ejerza en forma directa y/o mediante contratos de capitalización de hacienda, de aparcería u otros en los que se verifique la asunción de los riesgos inherentes a la actividad agropecuaria. Además, si bien no existe por parte de la firma escidente la obligación de mantener paralelamente las actividades escindidas, si debe continuar desarrollando las que no fueron separadas puesto que, de producirse el cambio o abandono de alguna de ellas dentro de los dos años de la fecha de la reorganización, se estaría incurriendo en el incumplimiento del requisito en cuestión.

III. A efectos de evitar que los contribuyentes vulneren la finalidad perseguida por el legislador con la introducción de las exigencias normativas relacionadas con el mantenimiento del porcentaje de participación, y no dejar al arbitrio de los titulares de la sociedad que se escinde la decisión sobre que parte del patrimonio seguirá en la firma existente y cual conformaría la empresa nueva para de esta forma

conseguir, por ejemplo el traslado de atributos impositivos a terceros, ambas sociedades partícipes en el proceso escisorio, escidente y escisionaria, revisten el carácter de entidades continuadoras. Ratificándose de esta manera el temperamento vertido en el Dict. D.A.T. 39/02.

IV. El patrimonio que se escinde de “XX” S.A., equivalente al cincuenta y dos con treinta y cuatro por ciento (52,34%), que pertenece a accionista Nº 1 y a accionista Nº 2, pasará a formar el patrimonio de la nueva sociedad “YY”, y quedará en manos de las mismas, que detentarán en esta última la totalidad del importe de participación que poseían en “XX” S.A., el cual deberá ser mantenido por lo menos en un ochenta por ciento (80%) por el plazo de dos años a partir de la fecha de la reorganización de acuerdo con las previsiones contenidas en el octavo párrafo del art. 77 y del inc. b) del art. 105 del decreto reglamentario. Exigencia que deberán observar también los socios que permanezcan en “XX” S.A. respecto de ésta, atento su doble carácter de antecesora y continuadora por el patrimonio no escindido.

V. Con respecto al fallo de nuestro Máximo Tribunal recaído en la causa: “Galeno Argentina S.A. c/EN –A.F.I.P.-D.G.I.– R. 21/07 s/D.G.I.”, del 28/8/12, traído a colación por la consultante en sustento de su tesitura, allí no se establece una diferencia entre empresa antecesora y continuadora para el caso de escisión, lo que hace la Corte es confirmar que, a los efectos de evaluar el cumplimiento del requisito de la antigüedad en el mantenimiento de la participación, tanto las empresas absorbentes como las absorbidas resultan –antecesoras–, ratificando de este manera el temperamento plasmado en el Dict. D.A.T. 14/01 por este organismo. Y en lo que al caso importa, el Tribunal opinó que sólo la firma escindida reviste el carácter de empresa antecesora, sin entrar a definir el alcance que tiene el concepto de empresa continuadora en los supuestos de escisión.

Texto:

I. Las presentes actuaciones tienen su origen en la presentación efectuada por la firma del epígrafe, en los términos de la Res. Gral. A.F.I.P. 1.948/05, mediante la cual consulta sobre la procedencia de encuadrar como escisión libre de impuestos, en los términos del inc. b) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones), a la reestructuración societaria mediante la cual escindiría parte de su patrimonio para destinarlo a la creación de una nueva sociedad anónima –en adelante “YY”–.

Particularmente plantea la duda en cuanto al cumplimiento del requisito de mantenimiento de la actividad agropecuaria que viene desarrollando la consultante –en adelante “XX”– por parte de la nueva firma “YY”, esto es, si debería ... mantener idéntica actividad (es decir, explotación directa e indirecta del inmueble rural) o si podría mantener similar actividad (es decir, en forma parcial) –sólo explotación directa del inmueble rural y/o eventualmente, sólo explotación indirecta del inmueble rural (mediante explotación conjunta, por arrendamientos, contratos de aparcería, capitalización de hacienda, entre otros)–.

El mismo planteo se realiza respecto de la firma consultante –XX– agregando sí, en su carácter de antecesora, puede incluso cambiar de actividad.

Concomitantemente solicita se le confirme si ambas sociedades, tanto la empresa escidente –“XX”–, que continuará con la antigua denominación, como la firma escisionaria “YY”, que se crea a partir de la escisión, deben ser consideradas empresas continuadoras y por lo tanto cumplir las dos el requisito de mantenimiento de la participación en el capital de la o las continuadoras por un lapso no inferior a los dos años.

Planteados los aspectos puntuales de la consulta, informa que la sociedad escidente es una empresa familiar que se constituyó en el año 2009 a los efectos de mantener en su patrimonio un inmueble rural, que explota directa e indirectamente mediante la cría de ganado, cultivos agrícolas, explotación conjunta y arrendamientos parciales, aclarando que se encuentra en marcha y que no posee quebrantos impositivos acumulados ni franquicias pendientes de utilización.

Señala que, en virtud de un acuerdo privado, se asignaría el cincuenta y dos con treinta y cuatro por ciento (52,34%) del patrimonio de “XX” S.A. a la creación de “YY”, detallando que la composición accionaria de la escidente es la siguiente: accionista N° 1 posee el cuarenta y tres con treinta y dos por ciento (43,32%), accionista N° 2 el nueve con cero dos por ciento (9,02%), accionista N° 3 el quince con cero seis por ciento (15,06%), accionista N° 4 el cinco con cuarenta y dos por ciento (5,42%), accionista N° 5 el cinco con cuarenta y dos por ciento (5,42%), accionista N° 6 el dieciséis con dieciséis por ciento (16,16%) y accionista N° 7 el cinco con sesenta y dos por ciento (5,62%) restante.

Concretamente expresa que los accionistas 1 y 2, que cuentan con el cincuenta y dos con treinta y cuatro por ciento (52,34%) del capital social de “XX” S.A., serán los únicos accionistas de la empresa a crearse “YY”, quedando en manos de los restantes socios –N° 3 a 7– el cuarenta y siete con sesenta y seis por ciento (47,66%)

del capital social de la empresa escidente, por tal motivo los accionistas 1 y 2 poseerán en la sociedad escisionaria –“YY”– una participación igual a la que detentan actualmente en “XX” S.A.

En razón de lo expuesto considera que la reorganización proyectada reunirá los requisitos exigidos por el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y su reglamentación, entre ellos, el de empresa en marcha, permanencia de la explotación –actividad– y mantenimiento de la participación del capital.

Asimismo, informa que la actividad de la empresa antecesora cuyos activos se escinden parcialmente ha sido ejercida durante más de doce meses con anterioridad a la reorganización, concretamente desde el 1/12/09, manifestando que existe jurisprudencia que no es coincidente en cuanto a lo que se entiende por mantenimiento de actividad y actividades iguales o vinculadas, refiriendo en tal sentido la posición del organismo plasmada en los Dicts. Di.A.Téc. 35/09 y 82/11.

Ante las similitudes que encuentra con los hechos involucrados en el segundo de los pronunciamientos aludidos, opina que en el presente caso la sociedad que se crea con motivo de la escisión mantendrá las actividades de su antecesora, ya sea en forma parcial o total, las que generarán tanto ingresos como costos y gastos originados en operaciones análogas o equivalentes a las que se venían efectuando, situación que a su juicio no desvirtúa el cumplimiento de tal requisito contemplado en el art. 77 de la ley del gravamen y en el apart. II del art. 105 de la reglamentación.

Con referencia al requisito de mantenimiento de la participación en el capital de la o las empresas continuadoras por un lapso no inferior a dos años, previsto en el octavo párrafo del mencionado art. 77, y luego de reseñar el criterio del organismo vertido en los Dicts. D.A.T. 39/02 y 54/05 y Di.A.Téc. 30/09, entiende que, si bien los hechos involucrados en los mismos son similares, no son análogos al consultado, atento a que en éste no existe la posibilidad del traslado de atributos impositivos a terceros, ello al considerar cumplido el requisito de que por lo menos el ochenta por ciento (80%) del capital de la nueva entidad pertenezca a los titulares de la entidad predecesora, es decir en este caso el ciento por ciento (100%) del patrimonio destinado a la creación de la nueva sociedad –cincuenta y dos coma treinta y cuatro por ciento (52,34%) del patrimonio que poseen los socios 1 y 2 en la firma “XX” S.A.– pertenecerá a los titulares de la entidad antecesora.

En el entendimiento de que sólo la firma escisionaria que surge del proceso descripto reviste el carácter de empresa continuadora interpreta que ésta es la

única obligada a cumplir los requisitos de mantenimiento de la actividad y de participación, considerando que resulta indistinto que “XX” S.A. –escidente– mantenga una actividad idéntica, similar, o incluso que la cambie, o que luego de la reestructuración la firma antecesora pueda ser adquirida por terceros antes del plazo de dos años, sin que esto implique que la reorganización deje de tener los efectos impositivos previstos por la ley del gravamen.

En apoyo de su postura trae a colación los argumentos emanados del fallo del Máximo Tribunal en la causa: “Galeno Argentina S.A. c/Estado nacional –A.F.I.P.- D.G.I.– R. 21/07 s/D.G.I.”, del 28/8/12, referida a una fusión con traslado de quebrantos impositivos acumulados no prescriptos y de franquicias impositivas pendientes de utilización dispuesto en el décimo párrafo del art. 77 en trato –el cual tiene en cuenta hechos pasados–, interpretando que en el mismo, para el supuesto de escisión, se establece una diferencia entre empresa antecesora y continuadora, es decir las considera distintas y, por lo tanto, a la primera se le exige el cumplimiento del requisito de mantenimiento de la participación previa y a la segunda el cumplimiento de tal requisito en forma posterior conforme lo establecido por el octavo párrafo del art. 77 –el cual tiene en cuenta los hechos futuros– para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos.

A partir de la diferenciación que la presentante entiende efectúa la Corte para los casos de escisión, interpreta que el requisito previsto en el octavo párrafo del art. 77 citado sólo debe cumplirlo la firma continuadora y no la antecesora.

II. Expuesta la temática sometida a consideración, corresponde aclarar en primer término que la Subdirección General de ..., mediante la Nota Nº .../13 (SD.G. ...) del .../13, le comunicó a la rubrada la admisión formal de su presentación como consulta vinculante.

Asimismo, cabe advertir que este servicio asesor abordará el tema desde un punto de vista teórico y sobre la base de la información brindada por la presentante, sin pormenorizar aspectos específicos para los cuales no cuenta con los datos necesarios, más aun teniendo en cuenta que la situación planteada es de ocurrencia potencial, analizándose los aspectos particularmente consultados de la reorganización –mantenimiento de la actividad, empresas continuadoras y mantenimiento de la participación–, sin llevar a cabo verificación alguna, la que eventualmente estará a cargo del área operativa pertinente.

Aclarado ello, comenzando con el análisis del 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) la escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera;
- c) ...”.

Por su parte, el inc. b) del primer párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la ley del tributo establece que existirá escisión o división de empresas ‘... cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente o participa con ella en la creación de una nueva sociedad o cuando destina parte de su patrimonio para crear una nueva sociedad o cuando se fracciona en nuevas empresas jurídica y económicamente independientes ...”.

De la normativa transcripta se puede advertir que el marco reglamentario contempla como uno de los supuestos de reorganización el destino de una parte del patrimonio de una sociedad para crear una nueva firma que se corresponde con una escisión-constitución que encuadra en el inc. b) del sexto párrafo del art. 77 de la ley del tributo y, por ende, se encuentra sujeta al cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por el segundo párrafo del art. 105 de la reglamentación, a cuyo análisis corresponde abocarse.

Particularmente en lo que concierne al cumplimiento en el caso del requisito de mantenimiento de la actividad con posterioridad a la fecha de la reorganización, cabe reseñar el primer párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones), que dispone 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”.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la ley del gravamen dispone que para los casos de fusión y escisión de empresas deberá cumplirse, entre otros, el siguiente requisito: “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”.

Con relación a ello, en opinión del Dr. Rubén O. Asorey, la exigencia de mantenimiento de la actividad de las antecesoras “... denota una adherencia al criterio denominado de identidad del objeto, exigiendo similitud en las actividades de las empresas antecesoras y las sucesoras, posiblemente con la finalidad de evitar procesos de reorganización que sólo tengan por finalidad beneficios fiscales” (Reorganizaciones Empresariales, Ed. La Ley, Buenos Aires, Mayo de 1996, pág. 49).

Así, respecto del requisito de permanencia de actividades iguales o vinculadas en la firmas antecesoras, en el Dict. Di.A.Téc. 75/08, en un caso de fusión por absorción se señaló que “... el tratamiento fiscal dispensado a la operatoria persigue proteger las reorganizaciones destinadas a la obtención de mejores condiciones de producción y eficiencia.

De esa manera, requiere el cumplimiento, como condición resolutoria, de la continuación de la actividad que se venía desarrollando ...”.

En ese sentido se entendió que “... la consigna de este requisito –identidad de objeto– amerita que la o las empresas continuadoras deban seguir manteniendo actividades que generen tanto ingresos como costos y gastos cuyo origen esté dado por operaciones análogas o equivalentes a las que venían efectuando la o las empresas antecesoras, es decir que no exista la intención de realizar un cambio estructural que resienta esencialmente dicha identidad”. Del mismo modo en el Dict. Di.A.Téc. 46/07 se destacó que “... resultará suficiente para el cumplimiento de la condición precitada que cada una de las entidades escisionarias continúen desarrollando alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas y no su globalidad”.

Este último acto de asesoramiento hizo mención a su par Dict. D.A.T. 54/05 relativo a un caso donde se escindía de una sociedad, con actividad operativa y actividad inversora, la mayor parte del patrimonio relacionado con esta última actividad para integrarlo a las inversiones de su controlante, la cual sólo desarrollaba este tipo de operaciones (inversiones), concluyéndose que “... al proseguirse en cada patrimonio escindido respectivamente la actividad que se realizaba con anterioridad a la reestructuración, ..., el requisito aludido en apart. II del segundo párrafo del art. 105 del reglamento de la Ley de Impuesto a las Ganancias se encontraría cumplido en cuanto a la continuación de alguna de las actividades de la firma antecesora en la continuadora.

Ello, por supuesto, cuando dicha actividad se mantenga durante el lapso dispuesto por las normas (dos años desde la fecha de reorganización)”.

A partir de ello cabe ahora dilucidar si las actividades similares aludidas por la presentante y a las que se dedicará la firma escisionaria “YY”, que incluirían la utilización de contratos atípicos de explotación conjunta, arrendamientos, contratos de aparcería, capitalización de hacienda u otros, desvirtúa el cumplimiento del requisito que se analiza.

A tales fines, corresponde traer a colación el Dict. Di.A.Téc. 82/11 –citado por la consultante– que al abordar esta temática, y luego de reseñar la normativa específica agropecuaria, interpretó que en ese caso “... las sociedades escisionarias mantendrán actividades que generarán tanto ingresos como costos y gastos originados en operaciones análogas o equivalentes a las que venían efectuando directamente por las empresas antecesoras, es decir que la utilización de contratos de aparcería y de capitalización de hacienda, así como aquéllos donde se verifique la asunción de los riesgos inherentes de la actividad agropecuaria, no desvirtúa el cumplimiento del requisito de mantenimiento de la actividad de las antecesoras previsto en el art. 77 de la ley del gravamen y art. 105, apart. II, de su reglamentación, cuando tales firmas predecesoras hayan desarrollado la actividad agropecuaria en forma directa”.

Sobre este punto cabe aclarar que a esta conclusión se arriba a partir de considerar que en las aparcerías rurales y en los contratos de capitalización de hacienda se verifica la asociación de dos partes consideradas co-productores, “... las cuales colaboran para llevar adelante la explotación asumiendo proporcionalmente los riesgos inherentes a dicha actividad agropecuaria”.

De conformidad con los fundamentos expuestos, en el caso planteado se interpreta que de proseguirse en la nueva sociedad constituida –escisionaria–, durante los dos años posteriores a la fecha de la reorganización, con alguna de las actividades desarrolladas por “XX” S.A. con anterioridad a la reestructuración, el requisito de mantenimiento de la actividad previsto en el primer párrafo del art. 77 de la ley del gravamen y en el pto. II del segundo párrafo del art. 105 de su decreto reglamentario se encontrará cumplido, ello sin perjuicio de que dicha actividad se ejerza en forma directa y/o mediante contratos de capitalización de hacienda, de aparcería u otros en los que se verifique la asunción de los riesgos inherentes a la actividad agropecuaria.

Sentado ello cabe aclarar, en lo concerniente a la opinión de la presentante relativa a considerar la no exigibilidad del mentado requisito a la empresa escidente, planteando incluso la posibilidad de que ésta pudiera cambiar su actividad con posterioridad a la reestructura, que si bien no existe por parte de la misma la obligación de mantener paralelamente las actividades escindidas, si debe continuar desarrollando las que no fueron separadas puesto que de producirse el cambio o abandono de alguna de ellas dentro de los dos años posteriores a la fecha de la reorganización, se estaría incurriendo en el incumplimiento del requisito analizado, condición que se desprende de la propia definición legal de escisión, la cual refiere que dicho proceso implica “... la división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera” (el subrayado es nuestro).

Por último, y en lo que atañe al otro aspecto consultado, referido al mantenimiento del importe de la participación de el o los titulares de la empresa antecesora en el capital de las continuadoras debe señalarse que su análisis exige en primera instancia definir el alcance que tiene el concepto de empresa continuadora, cuestión sobre la que también inquiera la rubrada.

En tal sentido resulta esclarecedor el Dict. D.A.T. 39/02, en el cual, en el marco de un proceso de escisión y con respecto a este requisito, se concluyó que “... a los efectos de evitar que los contribuyentes obtengan beneficios tributarios en razón de la forma de reorganización que elijan tanto la firma que se crea a partir de la escisión como la que sigue con la antigua denominación social, revisten la calidad de empresas continuadoras, debiendo cumplimentar cada una de ellas el requisito de mantenimiento de la participación en el capital por un lapso no inferior a dos años”.

Para así concluirse y partiendo de la definición del término “continuar” contenido en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, se entendió que tal concepto implicaba que la entidad continuadora es “... aquélla que prosigue

con lo comenzado –esto es, con la actividad desarrollada– por la entidad antecesora, en este caso, después del evento reorganizativo”, coligiéndose que “... el proceso escisorio es llevado a cabo tanto por la sociedad escindida como por la escidente y que en dicho proceso se encuentran involucrados todos los socios de la antecesora”.

Tal criterio se fundamentó en la finalidad perseguida por el legislador al incorporar esas exigencias normativas, opinándose que la misma “... ha sido la de evitar la utilización abusiva de la figura de reorganización societaria con el único fin de usufructuar los efectos previstos por la norma”, agregándose que: “El objetivo perseguido por este requisito normativo 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 ...”.

A igual temperamento arribó este organismo en el Dict. D.A.T. 14/01 al ocuparse del alcance e interpretación a acordar al requisito de mantenimiento –por el período de dos años anteriores a la fecha de la reorganización– de la participación de los titulares de las empresas antecesoras en el capital de éstas, en una fusión por absorción, basando su tesis también en la intención y finalidad perseguida por el legislador en oportunidad de prever la incorporación del citado requisito.

En esa ocasión se recordó que la restricción establecida en el último párrafo del art. 77 de la ley del gravamen –mantenimiento de la participación previa– fue incorporada al plexo normativo a través de la modificación introducida por el inc. r) del art. 4 de la Ley 25.063, citándose las expresiones del senador Verna, en su carácter de miembro informante, cuando se trató el respectivo proyecto de ley en la Cámara de Senadores, el cual expresó “... El objetivo de estos agregados es 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”.

Considerándose a partir de ello que, a fin de evitar abusos de la figura de la reorganización, el legislador “... ha procedido a erigir una restricción legal que imposibilite la consecución de tal maniobra, exigiéndose su cumplimiento –en el caso de una fusión por absorción– tanto a los titulares de la empresa absorbida como a los de la absorbente”, entendiéndose en consecuencia que “... el término antecesoras debe ser aplicado a ambas empresas partícipes en el proceso reorganizativo”.

En la misma línea, en el Dict. Di.A.Téc. 11/09, para un caso de fusión por absorción, y respecto del requisito establecido en el último párrafo del art. 77, se sostuvo que “... una interpretación que propiciara la flexibilidad del requisito en cuestión iría en contra de lo pretendido por el legislador, dejando librada dicha pauta a una determinación arbitraria que consideramos impropia al existir una disposición legal al respecto”, ello ya que se entendió que de no ser de esta forma los contribuyentes podrían optar, de acuerdo con sus conveniencias tributarias, sobre cuál de las empresas fusionadas tendrá el carácter de absorbente o absorbida.

De conformidad con los antecedentes expuestos, se considera que a efectos de evitar que los contribuyentes vulneren la finalidad perseguida por el legislador con la introducción de estas exigencias normativas, y no dejar al arbitrio de los titulares de la sociedad que se escinde la decisión sobre que parte del patrimonio seguirá en la firma existente y cual conformaría la empresa nueva para de esta forma conseguir, por ejemplo, el traslado de atributos impositivos a terceros, ambas sociedades partícipes en el proceso escisorio, escidente y escisionaria revisten el carácter de entidades continuadoras.

Ratificándose de esta manera el temperamento vertido en el Dict. D.A.T. 39/02.

Precisado ello, cabe ahora abocarnos al análisis del cumplimiento del requisito de mantenimiento de la participación en el capital de las continuadoras en la figura de escisión, siendo dable recordar a tales fines que el octavo párrafo del art. 77 de la ley del tributo prevé que: “Para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos en este artículo, el o los titulares de la o las empresas antecesoras deberán mantener durante un lapso no inferior a dos años contados desde la fecha de la reorganización un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las empresas continuadoras, de acuerdo con lo que, para cada caso, establezca la reglamentación”.

Agregando el párrafo siguiente que: “El requisito previsto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la o las empresas continuadoras coticen sus acciones en Mercados autorregulados bursátiles, debiendo mantener esa cotización por un lapso no inferior a dos años contados desde la fecha de la reorganización”.

Por su parte, el inc. b) del primer párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias dispone que habrá escisión o división de empresas “... cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente o participa con ella en la creación de una nueva sociedad o cuando destina parte de su patrimonio para crear una nueva sociedad o cuando se fracciona en

nuevas empresas jurídica y económicamente independientes, siempre que, al momento de la escisión o división, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la sociedad escindida o dividida en el capital de la sociedad existente o en el del que se forme al integrar con ella una nueva sociedad no sea inferior a aquél que represente por lo menos el ochenta por ciento (80%) del patrimonio destinado a tal fin o, en el caso de la creación de una nueva sociedad o del fraccionamiento en nuevas empresas, siempre que por lo menos el ochenta por ciento (80%) del capital de la o las nuevas entidades, considerados en conjunto, pertenezcan a los titulares de la entidad predecesora. La escisión o división importa en todos los supuestos la reducción proporcional del capital” (el subrayado nos pertenece).

Es decir que la viabilidad de los beneficios tributarios en una reorganización por fusión o por escisión exige que el ochenta por ciento (80%) del capital de las empresas continuadoras pertenezca a los titulares de la empresa que se reorganiza (antecesora).

Con relación a las escisiones donde se destina parte del patrimonio de una sociedad para destinarlo a la creación de una nueva empresa, Rubén O. Asorey entiende que “... se dispone que el ochenta por ciento (80%) del capital de las nuevas entidades consideradas en conjunto deben pertenecer a los titulares de la entidad predecesora” (Rubén O. Asorey, “Reorganizaciones Empresariales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo de 1996, pág. 83).

En línea con ello, y con respecto a los condicionamientos impuestos sobre la participación en el capital para las reorganizaciones por el derogado art. 112 del Dto. 2.353/86, reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias, el mismo autor expresa que tienen “... su razón de ser en que los titulares de los capitales bajo distinta estructura jurídica no efectúen operaciones con terceros, que originen la realización de un beneficio de los bienes que disponían antes de la reorganización”, entendiendo que: “Al mantener el monto del capital no se configura tal realización y las nuevas inversiones que se pueden producir a través del aumento del capital tampoco originan tal fenómeno” (op. cit., págs. 54 y 55). A su vez resulta adecuado remitirnos a lo expresado, entre otros pronunciamientos, en el Dict. Di.A.Téc. 50/09, el cual al tratar el requisito de mantenimiento de la participación en el capital de las continuadoras recomienda no perder de vista que las normas atinentes 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 igual orden de ideas en el Dict. Di.A.Téc. 34/09 se concluyó que “... una reorganización resultará viable, en los términos de la ley tributaria, mientras el cambio de participación en el capital total de la entidad continuadora no implique una reducción superior al veinte por ciento (20%) sobre el importe que tenían los titulares de las antecesoras en las mismas, suponiendo esto último que no se produzca una transferencia a terceros superior a dicho monto”.

En virtud de las consideraciones expuestas, y con el alcance dado por el Dict. D.A.T. 39/02 al concepto de empresa continuadora, este Departamento entiende que para considerar cumplido el requisito en cuestión, del importe escindido del capital destinado a cada una de las dos continuadoras, deberá conservarse al menos el ochenta por ciento (80%) en poder de los titulares que lo detentaron en la antecesora, ello sin perjuicio de que los mismos integren juntos o separados cada nueva entidad –cfr. Dict. Di.A.Téc. 19/07–.

Ateniéndonos a los dichos de la presentante, el patrimonio que se escinde de “XX” S.A., equivalente al cincuenta y dos coma treinta y cuatro por ciento (52,34%), que pertenece a accionista 1 y accionista Nº 2, pasará a formar el patrimonio de la nueva sociedad “YY”, y quedará en manos de las mismas, que detentarán en esta última la totalidad del importe de participación que poseían en “XX” S.A., el cual deberá ser mantenido por lo menos en un ochenta por ciento (80%) por el plazo de dos años a partir de la fecha de la reorganización de acuerdo con las previsiones contenidas en el octavo párrafo del art. 77 y del inc. b) del art. 105 del decreto reglamentario.

Exigencia que deberán observar también los socios que permanezcan en “XX” S.A. respecto de ésta, atento su doble carácter de antecesora y continuadora por el patrimonio no escindido.

Llegado a este punto, cabe referirse al fallo de nuestro Máximo Tribunal recaído en la causa: “Galeno Argentina S.A. c/EN –A.F.I.P.-D.G.I.– R. 21/07 s/D.G.I.”, del 28/8/12, traído a colación por la consultante en sustento de su tesitura, en el cual, a juicio de este servicio asesor, no se establece una diferencia entre empresa antecesora y continuadora para el caso de escisión, sino que la Corte confirma que, a los efectos de evaluar el cumplimiento del requisito de la antigüedad en el mantenimiento de la participación, tanto las empresas absorbentes como las

absorbidas resultan “antecesoras”, ratificando de este manera el temperamento plasmado en el Dict. D.A.T. 14/01 por este organismo.

Y en lo que al caso importa, el Tribunal opinó que sólo la firma escindida reviste el carácter de empresa antecesora, sin entrar a definir el alcance que tiene el concepto de empresa continuadora en los supuestos de escisión.

Cuadra precisar que la controversia planteada en esa ocasión estribó en dilucidar “... si la absorbente Galeno S.A. reviste el carácter de ‘empresa antecesora’ en los términos del último párrafo del art. 77 de la Ley del Impuesto a las Ganancias y, por ende, si sus titulares deben cumplir con el requisito de acreditación allí exigido”.

Apegada a una interpretación literal la actora había argumentado que para el supuesto de fusión por absorción “... la expresión legal ‘la o las empresas antecesoras’ quedaría sin aplicación práctica de seguirse el criterio de la Cámara, pues nunca existiría la sociedad antecesora (en singular, en el sentido de una única sociedad) toda vez que la continuadora sería, simultáneamente, considerada también antecesora a los fines de la operación”.

Sobre el particular la Corte rebate tal interpretación advirtiendo para ello que “... el precepto no se encuentra destinado únicamente a reglar los procesos de fusión sino también otros, como la escisión –art. 77, inc. b)–, en el cual sólo la escindida reviste el carácter de ‘antecesora’ –en singular– ...”, por lo tanto debe “... únicamente ella cumplir con el requisito de mantenimiento aquí analizado para trasladar sus quebrantos a las continuadoras, nacidas a partir de ese momento y a las cuales, evidentemente, la ley no se refiere pues es imposible exigirles la verificación de requisitos anteriores a su existencia”.

Ahora bien, en cuanto a las implicancias que esta decisión judicial puede tener sobre el criterio arribado en el Dict. D.A.T. 39/02 –alcance del concepto de empresa continuadora–, y más allá que sobre el particular debería expedirse en forma específica el área asesora legal, procede destacar que el hecho de que el Tribunal defina a la escidente como la única antecesora en un proceso de escisión para refutar la postura de la actora no implica que en tal proceso exista una sola firma continuadora.

Más aún, siguiendo el mismo razonamiento que utilizó la Corte, se estima que en los procesos de escisión cuando la norma legal alude al importe de participación no menor al que debían poseer las antecesoras en el capital de “... la o las empresas continuadoras ...”, se refiere a todas las firmas partícipes del proceso,

temperamento que va en línea con la finalidad perseguida por el legislador de evitar maniobras abusivas de estas figuras para usufructuar distintos beneficios fiscales.

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 la Inspección General de Justicia 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 19.550 y sus modificaciones, y dentro de las pautas reglamentarias establecidas por la misma.