

DICTAMEN D.A.T. 23/12
Buenos Aires, 23 de abril de 2012
Fuente: página web A.F.I.P.

Dirección General Impositiva. Dirección de Asesoría Técnica. Impuesto a las ganancias. Constitución de sociedades en forma previa a su reorganización. Escisión-fusión. Empresa en marcha. Mantenimiento de la participación accionaria.

Sumario:

I. Las empresas que se crean con meses de anterioridad a la fecha de la reorganización no deberán tener asociado hasta dicho momento ningún atributo impositivo que trascienda tal acontecimiento –vg.: quebrantos, costos impositivos–, es decir debería poseer al momento de la reorganización una situación patrimonial análoga a la empresa que se hubiese creado mediante la división del patrimonio de la firma que se escinde. Se entiende que siendo de esta manera, independientemente de cuáles fueran las formalidades llevadas a cabo en el proceso de reorganización societaria, los hechos económicos tendrían las mismas consecuencias, no debiéndose requerir, por lo tanto, que las sociedades creadas con anterioridad, al sólo efecto de recibir el patrimonio escindido, cumplan con el requisito de empresa en marcha estatuido por el apart. I, del segundo párrafo, del art. 105, del decreto reglamentario, de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones).

II. Resulta factible cumplir en forma indirecta las condiciones de participación en el capital establecidas por los párrafos octavo y último, del art. 77, de la ley del gravamen y por el art. 105 de su decreto reglamentario, es decir, en el caso de que tales requisitos no sean cumplidos por los titulares de las empresas involucradas podrá aceptarse que se cumplan considerando a las participaciones indirectas en el capital de las mismas que detentan los integrantes de sus entidades titulares. En el caso que nos ocupa tales titulares indirectos estarían representados por los accionistas de la sociedad “holding” que se creará como primer paso de la reestructura y que resultan ser los originales titulares de la sociedad que se reorganiza.

Texto:

I. Vuelven los presentes obrados de la Dirección de Asesoría ... dependiente de la Subdirección General de ... a la que fueron remitidos con el fin de que se aclaren las incertidumbres jurídicas que a juicio de esta Asesoría surgen para responder la consulta efectuada por la contribuyente del epígrafe en los términos de la Res. Gral. A.F.I.P. 1.948/05, la cual versa acerca de las pautas de cumplimiento de los requisitos de empresa en marcha y mantenimiento de participación accionaria en el proceso de escisión-fusión que pretende realizar en el marco del inc. b) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones).

Al respecto, el citado servicio jurídico, mediante la Actuación N° .../12 (DI ...), manifiesta que: “... atendiendo y ciñéndose a los hechos y circunstancias descriptos por la propia presentante, se deberá dilucidar el tratamiento impositivo que le resulte

aplicable a la luz de los términos de la ley del gravamen y de su reglamentación, sin examinar otras hipótesis no planteadas en la consulta”.

Sin perjuicio de ello, estima que: “... también deberá esclarecerse la cuestión consultada atendiendo a la sustancia económica de la operatoria que nos ocupa, para lo cual necesariamente deberá tenerse en cuenta no sólo la letra estricta de las normas aplicables sino también la eventual aplicación del principio de la realidad económica”.

Finalmente, considera que la cuestión consultada por la rubrada no arroja una incertidumbre jurídica que amerite la intervención previa de esa instancia, por lo cual se devuelven las actuaciones a los fines de la intervención requerida por el pto. ... de la Instr. Gral. A.F.I.P. .../06.

II. Descripta la situación, cabe recordar que la solicitante informa que Hermanos “X.X.” S.A. (en adelante Hnos. “X.X.”) llevará adelante una reorganización societaria con el objeto de dividir sus distintas actividades y obtener de esta manera una optimización de sus recursos.

Agregando que en la actualidad Hnos. “X.X.” concentra en una misma sociedad las actividades productivas y de inversión, razón por la cual también busca como objetivo diversificar los riesgos empresarios en diferentes vehículos societarios mediante una adecuada reasignación de recursos y negocios.

En cuanto al citado proceso de reestructuración señala que como primer paso se crea una nueva sociedad “holding” (en adelante “P.P. Holding Arg.”) a la cual los accionistas personas físicas de Hnos. “X.X.” proceden a aportar el ciento por ciento (100%) de su participación accionaria en esta última.

Además, manifiesta que seguidamente “P.P. Holding Arg.” procederá a constituir tres nuevas sociedades “P.P. I”, “P.P. II” y “P.P. III” y que Hnos. “X.X.” se escindirá sin liquidarse siendo parcialmente absorbida por cada una de estas tres firmas respectivamente.

Asimismo, expresa que el objetivo de esta reestructura es que Hnos. “X.X.” continúe con todas las actividades que desarrolla actualmente mientras que las nuevas sociedades realicen alguna o algunas de las actividades que realiza aquélla. De esta forma, indica que “P.P. I” realizará las actividades de prestación de servicios, locaciones de obra y alquileres de maquinarias, equipos y automotores, vinculadas a la construcción y a la actividad petrolera y energética; que “P.P. II” agrupará la titularidad de la mayoría de otras sociedades argentinas del grupo económico, dedicadas básicamente a las actividades agropecuarias, industriales, de locaciones de obras y servicios, construcción, actividades petroleras e inversoras y que “P.P. III” agrupará la titularidad de las sociedades del exterior, dedicadas también a las distintas actividades que desarrolla el grupo en el exterior.

En lo atinente al cumplimiento del requisito de empresa en marcha dispuesto por el apart. I, del segundo párrafo, del art. 105, del decreto reglamentario, de la ley del gravamen la rubrada aduce que Hnos. “X.X.” es la empresa en marcha a escindirse – como lo establece la ley– y que: “... las restantes sociedades son las sociedades nuevas propiamente dichas que reciben parte del patrimonio de la sociedad en marcha”.

Al respecto, cita doctrina –Dr. Dino Jarach– que al referirse a esta condición adujo que: “... no hay reorganización entre empresas muertas o entre una muerta y otra sana y funcionando, ni la reorganización tiene como propósito legal el de resucitar a empresas definitivamente fuera del mercado. Ello se prestaría, de no ser así, a que empresas vivas y vitales, con buenos resultados, se fusionaran con otras desahuciadas con buenas dosis de quebrantos impositivos, al solo fin de compensar ganancias de aquéllas con los quebrantos de éstas y sacudirse de encima una parte importante de la carga impositiva”.

Teniendo en cuenta tal opinión manifiesta que en ningún momento, la reorganización en cuestión posee un fin impositivo y, que la única exégesis posible, para el caso asimilable a una escisión-constitución, pero en el cual por razones de practicidad se adoptó la figura escisión-fusión, es la que considera que: “... ‘empresa en marcha’, propiamente dicha es Hnos. ‘X.X.’, creada en el año 1963 y las restantes tres sociedades, serán empresas nuevas, constituidas con unos meses de anterioridad a la reorganización con el propósito de llevar a cabo el proceso reorganizativo” (el subrayado nos pertenece), agregando que la citada empresa tampoco detenta quebrantos.

Con relación al mantenimiento de la participación accionaria señala que: “... si bien la escisión se realiza dentro del marco de los arts. 77, inc. b), y 105, inc. b), esa Dirección no debe perder de vista que la reorganización se lleva a cabo dentro de un conjunto económico sin la existencia de terceros”.

A ello agrega que tal requisito “... será cumplido en forma directa en las Sociedades ‘P.P. I’, ‘P.P. II’ y ‘P.P. III’, ya que los mismos accionistas, directa e indirectamente, continuarán en las nuevas sociedades, tanto al momento de la reorganización como con posterioridad a la misma” y, que: “... la participación accionaria en ‘P.P. Holding Arg.’ con anterioridad al proceso reorganizativo se cumple de manera indirecta a través de la permanencia de los mismos accionistas (personas físicas)”.

Con posterioridad –2/2/12– la consultante realizó una presentación adicional solicitando se aplique al caso “... la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa ‘Frigoríficos Paladini S.A. c/A.F.I.P. s/demanda’, de fecha 2 de marzo de 2011, en donde nuestro más alto tribunal reconoce particular importancia al hecho económico frente a las formas, para evaluar el cumplimiento del requisito que exige que la entidad continuadora prosiga la actividad de la empresa reestructurada”.

Al respecto cita que dicha corte destacó en tal oportunidad “... la indudable relevancia que la realidad económica posee en la evaluación de los requisitos exigidos en este tipo de procesos –en especial, cuando se encuentra involucrado, en este caso, ‘un conjunto económico’– ...” y que, además, sostuvo que “... en la reorganización o transformación de sociedades prevista por la Ley 11.682 se atribuye particular importancia al hecho económico frente a las formas, es decir, a la titularidad en el dominio del capital, a la dirección conservada del ente, etcétera, para evaluar si subsiste la misma empresa (conjunto económico)”.

III. Cabe señalar que el tema de esta consulta fue inicialmente tratado por este servicio asesor mediante la Actuación N° .../11 (DI ...), en la cual, después de reseñar la normativa aplicable respecto del requisito de empresa en marcha (apart. I, del segundo párrafo, del art. 105, del decreto reglamentario, de la Ley de Impuesto a las Ganancias –t.o. en 1997 y sus modificaciones–) y doctrina relacionada con dicho tema, se interpretó

que: “... la/s empresa/s antecesora/s debió/eron haber realizado algún tipo de actividad. Lo que también conlleva, siguiendo lo manifestado en el Dict. Di.A.T.E.C. 57/05, que: ‘... la condición de continuidad exige necesariamente que la antecesora haya realizado la actividad de la sucesora (identidad de objeto)’”.

En cuanto al caso bajo estudio, en dicha actuación se advirtió que en los hechos se consumará el proceso reorganizativo por medio de una escisión-fusión en la cual “... las nuevas sociedades que serán creadas meses antes de la reorganización, asumirán a la fecha de la misma el carácter de antecesoras y, como tales, al no haber desarrollado actividad alguna hasta ese momento, no cumplirían con el requisito de empresa en marcha que prevé el apart. I, del segundo párrafo, del art. 105, del decreto reglamentario, de la ley del gravamen. Ello sin dejar de observar que tampoco tendrían la identidad de objeto que requiere la norma en cuanto al desarrollo de actividades vinculadas con las llevadas a cabo por las firmas continuadoras”.

Ahora bien, retomando el análisis de la cuestión teniendo en cuenta las definiciones vertidas en el aludido pronunciamiento de la Dirección de Asesoría ... y en el fallo de la corte al que refiere la consultante, en cuanto a considerar especialmente la sustancia económica de la operatoria que nos ocupa y a prestar atención no sólo a la letra estricta de las normas aplicables sino también a la eventual aplicación del principio de realidad económica, es decir anteponiendo el alcance del hecho económico frente a las formas, corresponde destacar que en pos de tal cometido se deberá observar si este proceso de escisión-fusión, en el cual se crean con meses de anterioridad sociedades que después incorporarán el patrimonio escindido de Hnos. “X.X.”, resulta equivalente al proceso mediante el cual las sociedades continuadoras se conforman a partir de la empresa que se divide teniendo sólo el carácter de continuadoras.

Pues bien, bajo esas premisas a juicio de esta área asesora, para que se pueda considerar equivalente el caso en cuestión a una escisión simple, las empresas que se crean con meses de anterioridad a la fecha de la reorganización no deberán tener asociado hasta dicho momento ningún atributo impositivo que trascienda tal acontecimiento –v.g.: quebrantos, costos impositivos–, es decir debería poseer al momento de la reorganización una situación patrimonial análoga a la empresa que se hubiese creado mediante la división del patrimonio de la firma que se escinde. Se entiende que siendo de esta manera, independientemente de cuáles fueran las formalidades llevadas a cabo en el proceso de reorganización societaria, los hechos económicos tendrían las mismas consecuencias, no debiéndose requerir, por lo tanto, que las sociedades creadas con anterioridad, al sólo efecto de recibir el patrimonio escindido, cumplan con el requisito de empresa en marcha estatuido por el apart. I, del segundo párrafo, del art. 105, del decreto reglamentario, de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones).

Resta tratar la cuestión relativa a los requisitos de mantenimiento de la participación accionaria en las empresas antecesoras y continuadoras para lo cual traeremos a colación la normativa aplicable.

El octavo párrafo, del art. 77, de la Ley de Impuesto a las Ganancias prescribe 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”.

A su vez, el inc. b), del art. 105, del decreto reglamentario dispone que debe entenderse por 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”.

Por otra parte, el último párrafo del citado art. 77 dispone que: “No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, los quebrantos impositivos acumulados no prescritos 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 2 dos años anteriores a la fecha de 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, excepto cuando éstas últimas coticen sus acciones en mercados autorregulados bursátiles”.

Transcriptas las disposiciones pertinentes, resulta del caso reseñar los Dicts. D.A.T. 25/07 y 64/08, en los cuales se opinó 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”.

Asimismo, corresponde destacar que este servicio asesor en el referido Dict. D.A.T. 25/07 observó, para un caso de escisión, que teniendo en cuenta que las sociedades accionistas de la compañía escidente tienen el control y la titularidad de la misma, y ésta a su vez, en la parte pertinente, es titular y vinculada de la sociedad a constituirse “... puede afirmarse que aquéllas ejercen en su medida, la titularidad y el control de esta nueva sociedad de manera indirecta”. Seguidamente, interpretó que: “La realidad económica de estas relaciones indica que si bien cambia la titularidad de las acciones de la nueva sociedad, la propiedad es en definitiva de las entidades primarias controlantes”.

En la misma tesitura, en dicho pronunciamiento se aludió al Dict. D.A.T. 85/01, en el cual se analizaba el mantenimiento de la participación posterior en las continuadoras en un caso en el que se combinaba un esquema de fusión por absorción entre empresas

locales con la existencia de un conjunto económico, y allí 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".

Es decir que, considerando que la finalidad perseguida por las restricciones impuestas por esta norma es evitar la utilización de las prerrogativas dadas por el régimen para obtener ventajas impositivas mediante la adquisición de entidades poseedoras de las mismas, no resultaría óbice que se considere admisible que la participación en el capital sea cumplida indirectamente por los titulares de las sociedades que participan en el capital de las sociedades que se reorganizan, ya que tal situación no implicaría un traslado de los beneficios impositivos a sujetos ajenos a la reestructuración empresarial.

Por todo lo expuesto, esta asesoría entiende que resulta factible cumplir las condiciones de participación en el capital en forma indirecta, es decir, en el caso de que tales requisitos no sean cumplidos por los titulares de las empresas involucradas podrá aceptarse que se cumplan considerando a las participaciones indirectas en el capital de las mismas que detentan los integrantes de sus entidades titulares. En el caso que nos ocupa tales titulares indirectos estarían representados por los accionistas de la sociedad "holding" que se creará como primer paso de la reestructura y que resultan ser los originales titulares de la sociedad que se reorganiza.

Por último, cabe agregar a las salvedades ya realizadas respecto del alcance del presente análisis, que la viabilidad de la reorganización planteada también depende 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 por la misma establecidas.

Ver consulta vinculante relacionada 20/12 (SD.G.T.L.I.).