



67524

UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO CUARTO

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS

CARRERA: ESPECIALIDAD EN TRIBUTACION

MUNOZ, J.M.
Reorganización Socie

2010

67524

TRABAJO FINAL

**TITULO: REORGANIZACIÓN SOCIETARIA Y SUS
EFECTOS EN EL IMPUESTO A LAS
GANANCIAS**

ALUMNO: CR. JUAN MANUEL MUÑOZ

DIRECTORA: CRA. GRACIELA BELLANDI



**REORGANIZACIÓN
SOCIETARIA
Y SUS EFECTOS EN EL
IMPUESTO A LAS
GANANCIAS**

67524

MFN:

Clasif:

T 613

TITULO: REORGANIZACIÓN SOCIETARIA Y SUS
EFECTOS EN EL IMPUESTO A LAS
GANANCIAS.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

Diversos autores, entre ellos Enrique Reig y Humberto Diez, consideran a este como uno de los temas mas difíciles que presenta el impuesto a la renta.

Los procesos de fusiones y escisiones de empresas, responde a exigencias de carácter económico por parte de las empresas tendientes a la unión de fuerzas productivas, cuando participan de un fundado propósito de mejorar la rentabilidad y eficiencia. El crecimiento de la economía capitalista y el acelerado progreso del fenómeno de integración vertical, horizontal o mixta, relacionado con la temática tributaria, ha determinado también la tendencia a la fusión de empresas. Por ello estos institutos deberían tener una reglamentación simple y sencilla por parte de la Ley de Sociedades Comerciales y la Ley de Impuesto a las Ganancias, fomentando y facilitando las mismas, de manera de evitar la incidencia del gravamen a la renta, la simplificación y disminución de costos, y el crecimiento de las empresas.

La legislación puede llegar a incentivar o desalentar los procesos que involucran estas reorganizaciones. Desde el punto de vista extrafiscal, no es conveniente que la legislación tributaria interfiera en la organización y reorganización de los negocios, impidiendo la existencia de una estructura que

optimice la flexibilidad deseable para la reunión, reagrupación, disociación, etc, de los factores productivos, porque solo así y sin que medien para ello razones fiscales, los negocios se organizaran tratando de optimizar su eficiencia.

Es importante establecer las principales diferencias que surgen de las conceptualizaciones que hace la Ley de Sociedades Comerciales y la Ley del Impuesto a Las Ganancias, ya que ante determinadas circunstancias que se presentan, y no con poca frecuencia, la personalidad jurídica reconocida a las sociedades comerciales no siempre coincide con la personalidad fiscal, debido a la autonomía del derecho tributario, siendo este principio receptado en forma amplia al sancionarse la Ley de Impuesto a las Ganancias. Es decir, que en determinados casos, puede NO llegar a configurarse reorganización societaria desde el punto de vista de la Ley de Sociedades Comerciales, pero, y teniendo en cuenta los hechos que hacen a la realidad económica, si puede configurarse reorganización societaria desde el punto de vista del impuesto a las ganancias (Evitando de esta manera la incidencia del impuesto a la renta sobre el contribuyente), y viceversa.

La tipicidad societaria, consagrada por el derecho comercial, debe ser receptada por el derecho tributario y la misma se sujetará a los efectos derivados de su autonomía.

El proceso de Reorganización de sociedades es complejo, y esto se debe a que la tributación en si, es un fenómeno amplio y multifacético que requiere de la necesaria coordinación interdisciplinaria, la cual debe hacerse en un marco de integración jurídica.

OBJETIVO

El objetivo del presente trabajo es realizar una revisión e interpretación de la normativa vigente y tratar de establecer las diferencias que existen entre la Ley de Sociedades Comerciales y la Ley de Impuesto a las Ganancias en cuanto a los institutos de fusión y escisión de empresas; determinar los requisitos a cumplir y los tramites a realizar para que la reorganización de empresas sea considerada como tal, establecer las consecuencias impositivas del proceso, así como los problemas o dudas que se plantean y sus posibles soluciones.

METODOLOGÍA

Se utiliza para el desarrollo del trabajo una revisión de la normativa vigente, partiendo de un análisis de la ley societaria, para pasar luego al análisis de la ley de impuesto a las ganancias. Una vez realizado el análisis de las dos normas se trata de establecer las diferencias entre ambas, plantear las dudas que generen y las soluciones posibles.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550.
- Ley de Impuesto a Las Ganancias N° 20.628, y su decreto reglamentario.
- Código de Comercio de la Republica Argentina.
- Manual de Sociedades Comerciales. Alberto Víctor Veron. Editorial Errepar.
- Ley de Sociedades Comerciales. Claudia Cecilia Flaibani. Editorial Heliasta. Edición 1999
- Reorganizaciones Empresariales. Rubén O. Asorey. La Ley. Edición 1999.
- Transferencias de Fondos de Comercio. Eduardo J. Nuñez y Franzone Maria E. Editorial Errepar. Edición 2002
- Resoluciones Generales AFIP-DGI.
- Dictámenes y consultas publicados por Editorial Errepar.
- Doctrina y practica Tributaria de Editorial Errepar.

CAPITULO II

LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA EN LA LEY 19.550 (DE SOCIEDADES COMERCIALES)

FUSION Y ESCISIÓN

FUSION

Importancia y formas

La fusión, como institución del derecho societario, se ubica en el lugar que corresponde a los cambios estructurales de la empresas. La fusión responde a exigencias de carácter económico tendientes a la unión de fuerzas productivas, compenetrando dos o mas empresas. La figura se asemeja en sus motivaciones económicas al fenómeno de concentración de empresas. Se dice que la fusión suma a las ventajas de la planificación en grupos (coordinación técnica y financiera en la lucha contra la concurrencia), la simplificación y disminución de costos de una sociedad única. La fusión también resulta atractiva en la diversificación del riesgo y sus efectos sobre las ganancias, como medida de defensa o prevención. En otros términos, la fusión -como fenómeno económico de concentración de empresas- tiene por objetivo el crecimiento de estas y la limitación del poder.

El tema de la fusión, considerado en su aspecto económico, guarda intima conexión con la dimensión optima de la empresa, y con los factores tanto internos como externos de la expansión empresarial. La jurisprudencia sostuvo que la fusión constituye el instrumento mas perfecto de concentración empresarial y, al permitir el agrupamiento de los medios de producción de, por lo menos, dos sociedades, puede ser utilizada tanto para la concentración horizontal como vertical.

CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA

La Ley de Sociedades Comerciales ha definido la institución en los siguientes términos: Hay fusión cuando dos o mas sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas. La nueva sociedad o la incorporante adquiere la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Publico de Comercio el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento del capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante.

La ley 19.550 (art. 82) reconoce tres clases de fusión: la fisión por absorción, la fusión por disolución y constitución de nueva sociedad, y la fusión-escisión.

La fusión constituye una modificación de la estructura jurídica de dos o mas sociedades, disolviéndose por lo menos una sin liquidarse, y unificándose los patrimonios por la transferencia de estos a titulo universal, donde los socios de las sociedades fusionadas pasan a ser consocios de una misma y única sociedad, entrando a integrar un solo orden jurídico especial.

Los presupuestos y notas salientes que caracterizan al instituto de la fusión son principalmente: la existencia previa de por lo menos dos sociedades; la disolución de todas o de alguna de las sociedades que se fusionan; la ausencia del proceso de liquidación; la transmisión universal del patrimonio; la transmisión de los derechos de socio; la contraprestación en acciones u otros títulos, y el aumento del capital social de la fusionante.

Un elemento característico, esencial de la fusión, consiste en la transmisión del patrimonio de una sociedad a otra. Se trata de una transmisión universal de la totalidad del patrimonio, activa y pasivamente. En la fusión por absorción, el aporte es hecho por la

sociedad absorbida a la sociedad absorbente, que procede, correlativamente, a un aumento de su capital.

Si la sociedad absorbente es una sociedad por acciones, en razón de que la fusión tiene como consecuencia necesaria la disolución de la sociedad absorbida, las acciones a emitirse por aquella son atribuidas a los accionistas de esta, que pierden su carácter de tales en la incorporada en razón de su desaparición y lo adquieren en la sociedad absorbente, de manera tal que la fusión implica la transferencia a la sociedad absorbente no solo del patrimonio sino también de los accionistas de la sociedad absorbida, es decir, que produce un cambio de derechos sociales.

La fusión no exige que las sociedades que se fusionen tengan el mismo objeto.

No hay que confundir la fusión con otras figuras o fenómenos análogos que pudieran representar una fusión en sentido económico, pero no en sentido jurídica. No hay fusión en los siguientes casos:

- a) En las concentraciones de empresas sin disolución de ninguna sociedad (por ejemplo: trust, cartel, holdings, etc.), mientras mantengan su independencia jurídica (como tipo social), aunque hayan resignando su independencia económica.
- b) En las adquisiciones de patrimonios de sociedades provenientes de su liquidación, ya que la percepción de la cuota liquidacional, por parte de sus socios, les impide su integración en la sociedad adquirente.
- c) En la transmisión global de un establecimiento de los varios perteneciente a una sociedad.
- d) Contradican la figura de la fusión la transmisión parcial (y no universal) del patrimonio, y la transmisión a título singular.
- e) Tampoco hay fusión en las transmisiones de activo y pasivo (parcial o total) de una sociedad, y aunque preceda o siga la disolución de la sociedad y se pague con acciones.

- f) Es improcedente la fusión entre una sociedad anónima y un ente irregular, pues esto no es ninguno de los tipos previstos por la ley para producir la fusión.

REQUISITOS QUE EXIGE LA FUSION.

En el régimen argentino, para que la fusión quede perfeccionada, hay que cumplir una serie de requisitos, partiendo de un "compromiso previo de fusión" que celebran los representantes de la sociedad, continua con la aprobación del compromiso por los organismos sociales competentes, publicidad y régimen de oposición por parte de los acreedores, y finaliza con la celebración del "acuerdo definitivo de fusión " y su inscripción.

1.- Compromiso previo de fusión.

La breve descripción del recorrido que sigue la fusión, nos advierte sobre la creación por ley de un pacto o compromiso previo que celebran los representantes o administradores de las sociedades interesadas.

La operación de fusión exige un periodo previo a fin de determinar los elementos y las modalidades según las cuales se llevara a cabo. Las tratativas y estudios preparatorios pueden llegar a concretarse en lo que se han denominados los protocolos de fusión que no se encuentran previstos en la ley y que solo la practica determinara su concreción entre las partes.

El Art. 83, inc. 1) Ley de Sociedades Comerciales, exige que el compromiso de fusión sea otorgado por los representantes de la sociedad, lo cual supone el examen y la aprobación previa del "proyecto de fusión", la designación de quien suscribirá la documentación pertinente, y la convocación a asamblea extraordinaria o reunión de socios, a fin de aprobar el compromiso de fusión. Si bien nuestro derecho contiene algunos

de los elementos que deben integrar el compromiso de fusión, como ser su otorgamiento por los representantes de las sociedades, la exigencia de un balance a la fecha del compromiso, cabe establecer que dicho compromiso debe -en general- contener las siguientes indicaciones: 1) los motivos, finalidades y condiciones de la fusión. 2) las fechas según las cuales deben fijarse las cuentas de las sociedades interesadas a los efectos de establecer las condiciones de la operación; 3) la designación y valuación del activo y del pasivo a los efectos de la transmisión de la sociedad absorbida; 4) la relación de canje de los derechos sociales; 5) el monto previsto de la prima de fusión y 6) la indicación de los métodos de valuación utilizados.

Este acuerdo previo, por lo común, es instrumentado por documento privado, ya que luego el órgano de administración lo somete a consideración de dicha asamblea o reunión de socios. Además la Ley de Sociedades Comerciales no estipula tampoco una formula instrumental determinada.

Este compromiso previo, debe contener todos los datos necesarios a fin de que los socios puedan pronunciarse con debido conocimiento e información.

El compromiso de fusión es un verdadero contrato celebrado entre los controlantes de las sociedades a fusionarse, verdaderos promotores de la operación, y no obliga a las sociedades pero si a los órganos de administración. En efecto, siendo las sociedades personas de existencia ideal, sólo resultan obligadas por la deliberación que ratifica el compromiso de fusión, pero desde la firma de este ultimo los controlantes se obligan a su ratificación usando de su dominio.

El compromiso de fusión es el acto fundamental de la misma, ya que en él se especifican sus condiciones y efectos, se fija la fecha en que tomarán los activos y las modalidades del canje de acciones, se resuelven los problemas producidos por la

liquidación y se tratan de resolver los que se derivan de la desaparición de una de las sociedades y la integración de esta a la absorbente. El compromiso de fusión es acordado por el órgano de administración de cada una de las sociedades que participan en la fusión y es necesario que sea firmado, en nombre de cada sociedad, por su representante legal o por un mandatario especial; y, ya que se trata de un contrato, por consiguiente debe ser escrito.

Firmado el compromiso de fusión, esta obliga a quienes lo suscribieron -los representantes legales de las sociedades- a convocar a la asamblea de accionistas a fin de someterle la aprobación del mismo, incurriendo en responsabilidad personal si resulta un perjuicio para las sociedades o para cada una de ellas.

2.- Balances especiales.

El actual texto del Art. 83 L.S.C. dispone que el compromiso previo de fusión debe contener "los balances especiales de fusión de cada sociedad, preparados por sus administradores, con informes de los síndicos en su caso, cerrados en una misma fecha que no será anterior a tres meses a la firma del compromiso, y confeccionados sobre bases homogéneas y criterios de valuación idénticos.

A los fines de la fusión por absorción, los patrimonios de las sociedades deben ser valuadas con el mismo criterio. La valuación de las respectivas sociedades es indispensable para proceder luego a la relación de canje de los derechos sociales. El valor total atribuido a cada sociedad se divide por el número de acciones representativas del capital a fin de determinar el valor unitario de cada título, de manera tal que la paridad de cambio permitirá fijar el número de nuevas acciones a emitir por la sociedad absorbente a fin de atribuir las a los accionistas de la sociedad absorbida.

3.- Relación de cambio.

El Art. 83, inc. 1) L.S.C., implanta un nuevo requisito que debe contener el compromiso previo de fusión: "la relación de cambio de las participación sociales, cuotas o acciones". La relación de canje de los derechos sociales constituye la base financiera sobre la cual será realizada la operación de fusión, y su determinación debe efectuarse cuidadosamente en el compromiso de fusión, a fin de que los socios de la sociedad que desaparezca encuentren en el seno de la sociedad absorbente, a la cual son transmitidos, derechos sociales potencialmente equivalentes a los que ellos pierden.

La relación de cambios de los derechos sociales, si se fija en el compromiso previo de fusión, es definitiva, ya que las valuaciones allí efectuadas resultan validas en razón de que la operación tiene en cuenta el resultado de los balances de fusión y carecen de efecto las modificaciones sobrevivientes.

4.- Proyecto de contrato o estatuto.

Otra exigencia del compromiso previo de fusión es la del proyecto de contrato o estatuto de la nueva sociedad o de modificaciones del contrato o estatuto de la sociedad absorbente, según el caso.

Se preveen dos posibilidades:

- a) En caso de constituirse nueva sociedad, es obvio que corresponderá preparar un proyecto de contrato o estatuto;
- b) Si se trata de una sociedad absorbente, deberá proyectarse al modificación del contrato o estatuto de esta sociedad.

5.- Limitaciones a la administración y garantías.

La ultima exigencia que se incorpora al contenido del compromiso previo de fusión son "las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración de sus

negocios y las garantías que establezcan para el cumplimiento de una actividad normal en su gestión, durante el lapso que transcurra hasta que la fusión se inscriba".

Dado el cambio estructural que experimentan las sociedades que se fusionan, es natural que se estipulen reglas restrictivas en la administración de sus negocios, por una parte, y que de algunas manera se asegure la continuidad del funcionamiento normal de sus respectivas actividades durante el periodo comprendido entre la vigencia del compromiso previo de fusión y la inscripción de ella.

6.- Resoluciones Sociales.

Según el Art. 83, inciso 2) de la Ley de Sociedades Comerciales, establece que el compromiso previo de fusión y los balances especiales de las sociedades que participan de la fusión deben ser aprobados con los requisitos y mayorías necesarias para la modificación del contrato social o estatuto. En el caso de las sociedades por acciones, debe tenerse en cuenta las siguientes consideración:

- la necesidad de la decisión de la asamblea general extraordinaria de la sociedad absorbida respecto del compromiso de fusión, encuentra su fundamento en cuanto la fusión produce la disolución de la dicha sociedad, aplicándose al respecto las reglas concernientes a convocatorias, composición, orden del día y deliberación correspondiente a tal tipo de asambleas, debiéndose incorporar al orden del día un punto relativo a la fusión.

- Todos los accionistas de la sociedad absorbida tienen derecho a participar y votar en la asamblea extraordinaria que debe decidir sobre el compromiso de fusión, de manera tal que puede hacerlo la sociedad absorbente si es tenedora de acciones de la sociedad absorbida, así como también quienes son accionistas de una y otra de las sociedades aun cuando, además, sean

administradores o miembros del consejo de vigilancia de alguna o ambas sociedades.

- La resolución a tomarse sobre el compromiso de fusión en la asamblea general extraordinaria de la sociedad absorbida debe aprobarse con los requisitos y mayorías necesarias para resolver la reforma del contrato social, pero sin aplicarse la pluralidad de votos (Art. 244, ultima parte, L.S.C.)

- Los accionistas de la sociedad absorbente, en asamblea general extraordinaria, deben aprobar el compromiso de fusión, quedando sujeta a las normas sobre aumento de capital (Art. 244 in fine, 235 inc. 1° y Art. 224 1° parte, ley 19.550), aun cuando la sociedad incorporante no se vea compelida a aumentar el capital si dicho aumento se encuentra comprendido dentro del régimen del artículo 188 o dispone de acciones emitidas no suscriptas.

- Si la sociedad absorbida fuese accionista de la sociedad absorbente, puede votar en la asamblea extraordinaria de ésta que debe decidir sobre el compromiso de fusión, únicamente respecto del aumento de capital y modificación de los estatutos. El administrador de la sociedad absorbida que sea accionista de la absorbente puede votar, así como también pueden hacerlo los accionistas que poseen tal calidad en una y otra sociedad.

7.- Publicidad

- a) La publicación debe realizarse durante tres días, mediante un aviso inserto en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción de cada sociedad y en uno de los diarios de mayor circulación general en la republica. Este aviso contendrá:

- 1) La razón social o denominación, la sede social y los datos de la inscripción en el Registro Publico de Comercio de cada una de las sociedades.

- 2) El capital de la nueva sociedad o el importe del aumento del capital social de la sociedad incorporante.
- 3) La valuación del activo y el pasivo de las sociedades fusionantes, con indicación de la fecha a que se refiere.
- 4) La razón social o denominación, el tipo y el domicilio acordado para la sociedad a constituirse.
- 5) Las fechas del compromiso previo de fusión y de las resoluciones sociales que lo aprobaron.

8.- Oposición de los acreedores.

La protección de los acreedores en la fusión de sociedades debe orientarse a prevenir el daño que para ellos puede derivarse de la confusión de patrimonios que es propia de la sucesión a título universal.

Los acreedores de fecha anterior tienen 15 días para oponerse a la fusión contados desde la última publicación del aviso, vencidos los cuales - y si no hay oposición- puede otorgarse inmediatamente el acuerdo definitivo de fusión; de lo contrario, dicho acuerdo no puede otorgarse sino hasta 20 días después del vencimiento del plazo indicado, a fin de que los oponente que no hubieren sido desinteresados o debidamente garantizados por las sociedades fusionantes, puedan obtener embargo judicial.

Tiene dicho la doctrina¹ que "...la oposición de los acreedores no se refiere a la fusión propiamente dicha, sino a la asunción, por parte de la sociedad fusionante o fusionaria del crédito de que aquellos son titulares" y tiene por objeto "...que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener el embargo judicial".

9.- El acuerdo definitivo de fusión

¹ NISSEN, Ricardo Augusto; "Ley de Sociedades Comerciales", Ed. Abaco, Bs. As., Tomo II, pág. 145

Una vez cumplidos los requisitos sobre el compromiso previo de fusión, resoluciones sociales, la publicidad y la oposición de los acreedores, procede ya el otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión. Dicho acuerdo debe contener "las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión", esto es en el caso de las sociedades anónimas, las actas de asamblea que resolvieron la fusión, de cuyos textos resulte haberse aprobado el compromiso previo de fusión. Debe tenerse presente que el compromiso previo de fusión puede ser dejado sin efecto por cualquiera de la partes "si no se han obtenido todas las resoluciones sociales aprobatorias en el termino de tres meses" (Art. 86 L.S.C.). Es decir, una vez transcurridos tres meses a partir del otorgamiento del compromiso previo de fusión, si no se han logrado todas las resoluciones aprobatorias de la fusión, cualquiera de las sociedades intervinientes puede dejar sin efecto dicho compromiso, por lo cual es recomendable que antes de dicho termino se otorguen las resoluciones sociales aprobatorias por parte de cada una de las sociedades intervinientes.

También debe contener la "nomina de socios que ejerzan el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad", o en su defecto manifestación de que los socios no has hecho uso de ese derecho, teniendo en cuenta que carecen de ese derecho de receso los accionistas de la sociedad incorporante (Art. 245, parr. 1° L.S.C.) y los accionistas de la sociedad que coticen en bolsa si las acciones que deben percibirse en su consecuencia estuvieren admitidas a la oferta publica para la cotización.

El tercer requisito se refiere a "la nomina de los acreedores que habiéndose opuesto hubieren sido garantizados y de los que hubieren obtenido embargo judicial; en ambos casos constara la causa o titulo, el monto del crédito y las medidas cautelares dispuestas, y una lista de los acreedores desinteresados con un informe sucinto de su incidencia en los balances a que se refiere el inc. 1°) apartado b.

Los balances especiales que sirven de base económica para la fusión, deben ser agregados al acuerdo definitivo de fusión; se refiere a cada una de las sociedades intervinientes. Se exige además, la transcripción del balance consolidado de las sociedades que se fusionan.

10.- Instrumentación.

Si la nueva sociedad creada por la fusión es una sociedad anónima, el acuerdo definitivo de fusión debe formalizarse por instrumento publico (Art. 165 L.S.C.).

11.- Inscripción Registral.

De acuerdo al Art. 83 inc. 5) L.S.C. al acuerdo definitivo de fusión debe inscribirse en el Registro Público de Comercio, y "cuando las sociedades que se disuelven por la fusión estén inscriptas en distintas jurisdicciones deberá acreditarse que en ellas se ha dado cumplimiento al artículo 98.

De acuerdo con el actual artículo 84, párrafos 3° y 4°, tanto en la constitución de nueva sociedad como en la incorporación, las inscripciones registrables que correspondan a la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio transferido y sus gravámenes, deben ser ordenados por el juez o autoridad a cargo del Registro Publico de Comercio. La resolución de la autoridad que ordene la inscripción, y en la que constaran las referencias y constancias de dominio de las anotaciones registrales, es instrumento suficiente para la toma de razón de la transmisión de la sociedad. En virtud del acuerdo definitivo de fusión la nueva sociedad adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Publico de Comercio dicho acuerdo y el contrato o estatuto de la nueva sociedad conforme al Art. 82, Párr. 2°, L.S.C.

12.- Administración hasta la ejecución.

Salvo que en el compromiso previo se haya pactado en contrario, desde el acuerdo definitivo la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estarán a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o de la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban.

13.- Derecho de receso.

La jurisprudencia ha resuelto que en el sistema de fusión estructurado por la ley 19.550, los socios de las sociedades fusionadas tienen, en relación a los tramites de fusión, la posibilidad de ejercer el derecho de receso y la de informarse acerca del tramite de la misma, recurriendo a las autoridades de la sociedad consolidataria toda vez que los administradores de la fusionada quedan suspendidos en el ejercicio de sus cargos, hasta tanto se efectúe la constitución definitiva de la sociedad mediante su inscripción en el Registro Publico de Comercio.

14.- Revocación del compromiso.

El articulo 86 de la Ley de Sociedades Comerciales establece que el compromiso previo de fusión puede ser dejado sin efecto por cualquiera de las partes, si no se han obtenido todas las resoluciones sociales aprobatorias en el termino de tres meses. A su vez, las resoluciones sociales pueden ser revocadas mientras no se haya otorgado el acuerdo definitivo, con iguales recaudos establecidos para su celebración, y siempre que no causen perjuicios a las sociedades, los socios y los terceros.

ESCISIÓN

Importancia y formas.

El proceso de escisión tiene repercusiones relevantes en el denominado "criterio dimensional de la empresa", ya que esta evita

el "gigantismo" de las mismas, adecuándolas a una dimensión optima, que permita enfrentar la competencia, formar grupos, diversificar el mercado, crecer por multiplicación o racionalizar el funcionamiento. Otras veces se utiliza este procedimiento para separar grupos de socios con intereses distintos o antagónicos. En definitiva, las causas por las cuales las empresas pueden verse inducidas a resolver su escisión no son siempre las mismas, ya se trate de grandes, medianas o pequeñas empresas.

La actual regulación distingue tres clases de escisión:

- a) **Escisión-Fusión:** se da cuando una sociedad destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad. De aquí que pueda admitirse una subclasificación en :
 - 1) **Escisión-Fusión propiamente dicha,** cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a la sociedad existente.
 - 2) **Fusión parcial,** cuando una sociedad participa con otra ya existente en la creación de otra nueva sociedad.
- b) **Escisión-Constitución:** opera cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas.
- c) **Escisión-División:** se produce cuando una sociedad se disuelve sin liquidarse, para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

Concepto y naturaleza jurídica.

La escisión de una sociedad ha de importar siempre para ella una modificación en la estructura de su contrato.

La escisión es un acto corporativo o social, que excede el marco de una unidad societaria al modificarse la estructura jurídico-

patrimonial de la entidad que se escinde y, de ser el caso, crearse por lo menos una nueva. La resolución societaria que dispone la escisión por lo general tiene un doble efecto: por un lado, implica el acto corporativo por el cual se resuelve la reducción del capital proporcionalmente al valor neto del patrimonio escindido, y por el otro, surte las veces del acto fundacional del nuevo ente al que se de origen.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la escisión podrá realizarse sin reducción de capital, cuando este se efectuó con reservas o utilidades.

Debemos señalar que existen ciertos procedimientos cuyas conclusiones pueden asimilarse a los de la escisión pero que no responden a las características de este instituto societario, entre ellos a la llamada "escisión holding", procedimiento en el cual una sociedad aporta sus bienes y su pasivo a otras sociedades constituidas al afecto recibiendo como contraprestación las acciones sociales de las beneficiarias. En este supuesto no se configura la escisión porque falta la transmisión a título universal del patrimonio y porque los socios de la sociedad que aporta los bienes no pasan a ser accionistas de las nuevas beneficiarias de la transferencia sino que las acciones quedan dentro de la sociedad transmitente.

Otro supuesto que se menciona como no constituyendo una escisión es la simple compra de un fondo de comercio de una sociedad por parte de otra que entrega como contraprestación sus acciones. Se señala que esto es simplemente una toma de participación con motivos similares a los del ejemplo anterior dado que no se trata de modificación de la atribución de los socios de las sociedades que intervienen en la escisión.

a) Escisión por concentración (escisión -fusión)

Cuando se trate de escisión-fusión se aplicaran las disposiciones de los artículos 83 a 87 de la Ley de Sociedades Comerciales relativas a la fusión, pero además debe observarse el cumplimiento de los requisitos exigidos a toda clase de escisión, de acuerdo al contenido del Art. 88 Ley de Sociedades Comerciales.

Sin embargo, tratándose del balance especial, es necesario tener presente lo que dispone especialmente la misma norma. Veamos:

- 1) Balances Especiales. Preparación: la responsabilidad de preparar los balances especiales incumbe a los administradores de las sociedades escindentes y escisionarias, debiendo intervenir los síndicos -en aquellas sociedades que tienen implantada la sindicatura-, informando sobre los estados contables de sus respectivas sociedades. Los balances especiales de cada una de las sociedades intervinientes en la escisión-fusión deben ser cerrados a una misma fecha; estos balances, así cerrados, no podrán ser anteriores a tres meses de la resolución social respectiva. El Art. 88, inc 2°, L.S.C. establece que el balance especial de escisión se confeccionara como un estado de situación patrimonial.
- 2) Relación de cambio: En la escisión, la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria se hará a los socios o accionistas de la sociedad escidente, en proporción a sus participaciones en esta, las cuales se cancelaran en caso de reducción de capital (Art. 88, inc3° L.S.C.).
- 3) Proyecto de contrato o estatuto. De acuerdo a la remisión que hace el artículo 88, parte ultima de la Ley de Sociedades Comerciales, el compromiso previo de escisión debe contener, en este caso, el contrato o estatuto de la escisionaria o nueva sociedad o las reformas del contrato o estatuto de la escisionaria o sociedad existente, según los casos.

b) Escisión por desconcentración (escisión-constitución y escisión-división)

Los dos últimos casos de escisión que considera el Art. 88, Ley de Sociedades Comerciales, se refieren a:

- 1) Cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas (Escisión-Constitución)
- 2) Cuando una sociedad se disuelve sin liquidarse, para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades. (Escisión-División).

En ambos supuestos de escisión por desconcentración, el acto lo ordena una única sociedad (aunque de esta deriven después otras nuevas), por lo que resulta obvio que es innecesario un compromiso previo de fusión, que necesita por lo menos dos sociedades protagonistas. De aquí que la normativa solo exija de la sociedad que se escinde una resolución aprobatoria, no solamente de la escisión, sino también del contrato o estatuto de la escisionaria, de la reforma del contrato o estatuto de la escidente, en su caso, y del balance especial al efecto.

El Art. 88, inc 1° ultimo párrafo, Ley de Sociedades Comerciales, dispone que el receso y las preferencias se rigen por lo dispuesto en los actuales artículos 78 y 79, L.S.C.

- **Balance especial:** el balance especial de escisión a que se refiere la resolución social aprobatoria no deberá ser anterior a tres meses antes de esta resolución, y su confección se hará como si se tratara de un estado de situación patrimonial.

- **Atribución proporcional de partes sociales o acciones:** El Art. 88 inc. 3° Ley de Sociedades Comerciales, dispone que la resolución social aprobatoria incluirá la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria, a los socios o accionistas de la sociedad escidente, en proporción a sus participaciones en esta. Así queda establecido taxativamente que los socios o accionistas son los titulares y no la sociedad que se

escinde. No puede hablarse de escisión cuando la sociedad transmite su patrimonio a otras sociedades preexistentes o que se crean "ex novo" con este fin, si las acciones o participaciones que recibe como contraprestación por esta transmisión no se entregan directamente a los socios de la sociedad transmitente, sino que quedan en poder de la sociedad.

- **Reducción del capital:** Las participaciones que tenían los socios o accionistas de la sociedad escindente deberán cancelarse en caso de reducción de capital.

Puede no operar la reducción del capital cuando la escisión patrimonial se cubre con ganancias o reservas libres (que no integran el capital) y siempre que la capitalización de estas se adecue a la pauta del Art. 70 de la Ley de Sociedades Comerciales.

- **Publicidad:** El Art. 88 Ley de Sociedades Comerciales ha previsto un régimen especial de publicidad para los casos de escisión por concentración, por el cual:

- 1) La publicidad debe realizarse durante tres días, mediante un aviso inserto en el diario de publicaciones legales que corresponda a la sede social de la sociedad escindente y en uno de los diarios de mayor circulación general en la Republica.

- 2) Reglamenta en detalle el contenido de este aviso, a saber:

- La razón social o denominación, la sede social y los datos de la inscripción en el Registro Publico de Comercio de la sociedad que se escinde.

- La valuación del activo y del pasivo de la sociedad, con indicación de la fecha a que se refiere. Esta valuación, a nuestro criterio, no puede surgir sino de un balance o estado patrimonial confeccionado de acuerdo con los presupuestos, características y criterios consagrados por la técnica contable.

- La valuación del activo y pasivo que componen el patrimonio destinado a la nueva sociedad.

- La razón social o denominación, tipo y domicilio que tendrá la sociedad escisionaria.

- **Oposición de los acreedores:** Los acreedores tendrán derecho de oposición de acuerdo con el régimen de fusión.

- **Instrumentación:** vencido los plazos correspondiente al derecho de receso y de oposición y embargo de los acreedores, se otorgaran los instrumentos de constitución de la sociedad escisionaria y de modificación de la sociedad escidente, practicándose las inscripciones según el artículo 84 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Tratándose de constitución de sociedades escisionarias, si estas es una sociedad de interés o de responsabilidad limitada, opera plenamente el artículo 4° de la Ley de Sociedades Comerciales, esto es, que el contrato por el cual se constituya dicha sociedad podrá otorgarse por instrumento publico o privado; si se trata, en cambio de una sociedad por acciones, deberá regirse por el artículo 165 de la Ley de Sociedades Comerciales, que exige instrumento publico.

- **Inscripción de bienes en registros:** el régimen de inscripción registral de los bienes transferidos por la escisión esta contenido en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Comerciales. En la constitución de la nueva o nuevas sociedades por escisión, las inscripciones registrales que correspondan por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio transferido y sus gravámenes, deben ser ordenados por el juez o autoridad a cargo del Registro Publico de Comercio. La resolución de la autoridad que ordene esta inscripción, en la que constaran las referencias y constancias del dominio y de las anotaciones registrales, es instrumento suficiente para la toma de razón de la transmisión de la propiedad. En el caso de inmuebles, no procede exigir una escritura de transferencia de dominio, ni tampoco el pago de

impuestos de sellos, como condición para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

EL CONCEPTO DE REORGANIZACION EN LA LEY DE IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

El artículo 77 de la ley 20.628 establece: "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 (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas.

En tales casos, los derechos y obligaciones fiscales establecidos en el artículo siguiente, correspondientes a los sujetos que se reorganizan, serán trasladados a la o las entidades continuadoras. El cambio de actividad antes de transcurrido el lapso señalado tendrá efecto de condición resolutoria. La reorganización deberá ser comunicada a la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA en los plazos y condiciones que la misma establezca.

En el caso de incumplirse los requisitos establecidos por esta ley o su decreto reglamentario para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos, deberán presentarse o rectificarse las declaraciones juradas respectivas aplicando las disposiciones legales que hubieran correspondido si la operación se hubiera realizado al margen del presente régimen e ingresarse el impuesto con más la actualización que establece la Ley N° 11.683, sin perjuicio de los intereses y demás accesorios que correspondan.

Cuando por el tipo de reorganización no se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas, excepto en

el caso de escisión, el traslado de los derechos y obligaciones fiscales quedará supeditado a la aprobación previa de la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA.

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) Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.

En los casos de otras ventas y transferencias, no se trasladarán los derechos y obligaciones fiscales establecidos en el artículo siguiente, y cuando el precio de transferencia asignado sea superior al corriente en plaza de los bienes respectivos, el valor a considerar impositivamente será dicho precio de plaza, debiendo dispensarse al excedente el tratamiento que da esta ley al rubro llave.

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 (2) 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 a lo que, para cada caso, establezca la reglamentación. (Párrafo incorporado por Ley N° 25.063, Título III, art.4°, inciso r).

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 (2) años contados desde la fecha de la reorganización. (Párrafo incorporado por Ley N° 25.063, Título III, art.4°, inciso r). No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, 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 incisos 1) y 5) del artículo 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 (2) 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, excepto cuando éstas últimas coticen sus acciones en mercados autorregulados bursátiles. (Párrafo incorporado por Ley N° 25.063, Título III, art.4°, inciso r).

Las limitaciones a que se refieren los párrafos anteriores no serán de aplicación cuando se trate de reorganizaciones producidas en el marco de un proceso concursal y/o la reorganización la autorice la Administración Federal de Ingresos Públicos, como forma de asegurar la continuidad de la explotación empresarial. (Párrafo incorporado por Ley N° 25.063, Título III, art.4°, inciso r. Nota: Párrafo observado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto N° 1.517/98.)

La ley ha utilizado conceptos con contenido amplio para designar la realidad subyacente a todo proceso de reorganización. Esta enunciación no se caracteriza por la precisión de su lenguaje pero refleja la voluntad del legislador de no sujetarse a términos restrictivos que podrían limitar los beneficios fiscales.

El concepto de sociedad comercial viene dado por la propia ley 19.550 al considerar que existe tal forma societaria cuando dos o mas personas en forma organizada, conforme a una de las formas previstas en dicha ley, se obligan a realizar aportes para

aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando en los beneficios y soportando las pérdidas.

Nuestra ley de sociedades no incorpora el criterio unificador en materia de sociedades, ocupándose únicamente de las sociedades comerciales, sin desarrollar un concepto societario único.

Tal criterio dual, obliga a recordar el concepto societario del Código Civil, dado que la ley fiscal no efectúa distinciones al referirse a las sociedades.

El artículo 1648 del Código Civil entiende que hay sociedad cuando dos o mas personas se obligan mutuamente cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero. Las sociedades civiles se caracterizan por no estar obligadas a inscribirse en el Registro Publico de Comercio, por no tener por objeto la realización de actos de comercio y ser siempre *intuitu personae*.

En cuanto al concepto de empresa no existe en nuestro derecho positivo, sin embargo al abocarse la doctrina a la determinación del concepto jurídico de empresa ha concluido en general que la empresa es fundamentalmente actividad de una persona físico jurídica traducida en organización, aclarando que cuando esa actividad se dirige a ordenar los factores de la producción con fines de lucro, estamos ante la empresa económica.

La exposición de motivos de la ley 22.903 modificatoria de la ley de sociedades, sostiene "a tenor del artículo 1° de la ley es la empresa en sentido económico lo que constituye el objeto genérico y abstracto de toda sociedad mercantil que se presente entonces como el recurso técnico de toda organización plurilateral que persiga la producción de bienes o servicios".

El análisis del concepto de fondo de comercio es relativamente mas sencillo a la luz de las disposiciones de la ley 11.867 dado que la misma establece la enunciación de los elementos que lo constituyen. Señala Zunino que siendo la empresa fundamentalmente actividad, uno de los aspectos de la actividad empresarial que se

legisla es el fondo de comercio, es decir el relacionado al conjunto de bienes materiales e inmateriales que sirven al titular de la empresa para el ejercicio de la misma. Efectivamente, el artículo 1° de la ley 11.867 menciona los elementos constitutivos del fondo de comercio a los efectos de permitir su transmisión.

Resta analizar el concepto de explotaciones, que en relación al régimen fiscal de reorganización puede ser de cualquier naturaleza.

En el impuesto a los capitales de la ley 21.287 se utilizaron los términos de empresa y explotación como sinónimos pero en materia de reorganización, tales conceptos se extienden simultáneamente como idénticos y distinto, pues la norma utiliza la conjunción disyuntiva "o" al igual que la copulativa "y". Se ha señalado que empresa es lo genérico, en tanto "la explotación tiene un significado técnico restringido, ya que paralelamente al ciclo de la explotación, la empresa puede desarrollar otras actividades que ha dado en llamárselas acíclicas.

LA FUSION

El artículo 77 de la ley de impuesto a las Ganancias contempla como actos de reorganización empresarial a las fusiones, escisiones y transferencias en conjuntos económicos.

La ley 20.628 considera como reorganización libre de impuestos a: "la fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas".

El decreto reglamentario entiende que existe fusión de empresas "cuando dos o mas sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una existente incorpora otra u otras que sin liquidarse, son disueltas", con el agregado del requisito del mantenimiento del capital en la nueva entidad.

Si bien la institución de la fusión en la ley fiscal tiene características propias que la diferencian del concepto de fusión del derecho comercial, previsto en la ley 19.550, es necesario

analizar en grandes líneas el concepto de fusión en el derecho comercial, por la evidente interrelación que existe entre el derecho comercial y el derecho fiscal.

Las sociedades de la ley 19.550 deben cumplir con lo recaudos de la ley comercial para encuadrar en el proceso de fusión y si pretenden obtener los beneficios fiscales deben también cumplimentar los requisitos fiscales. Igualmente se deberán observar las exigencias de las regulaciones específicas de cada sociedad.

Aquellas sociedades o personas que no encuadren en la ley 19.550 solo deberán satisfacer la legislación específica y supletoria que le resulte aplicable, a igual que los aspectos tributarios pertinentes.

Otaegui recuerda que una fusión se caracteriza por cinco notas que la diferencian de otras figuras. Tales características son: 1) la unificación de varias sociedades, sujetos de derecho, en virtud de un convenio celebrado por las mismas; 2) la agrupación de los socios de todas las sociedades fusionantes en la sociedad fusionaria, recibiendo los socios de las sociedades consolidantes partes sociales de la sociedad consolidataria y los socios de las sociedades incorporadas partes sociales de la sociedad incorporante; 3) la disolución de todas las sociedades fusionantes en la consolidación y de todas las sociedades incorporadas en la incorporación; 4) la ausencia de liquidación de las sociedades disueltas; 5) la transmisión total y a título universal de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad fusionaria.

La ley de impuesto a las ganancias, al hablar de fusión de empresas va mas allá, excediendo el marco societario, estableciendo un concepto que no se encuentra limitado al ámbito de actuación de las sociedades, permitiendo que explotaciones unipersonales puedan fusionarse a través de la amalgama o de la absorción, con sociedades.

REQUISITOS IMPOSITIVOS DE LAS FUSIONES

La ley de impuesto a las ganancias establece como requisito para que se configure la fusión fiscal con los consiguientes beneficios tributarios 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 vinculación con las mismas".

Esta exigencia 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 solo tengan por finalidad beneficios fiscales.

El decreto reglamentario de la ley reitera este requisito precisando que se refiere a "alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquellas - permanencia de la explotación dentro del mismo ramo- de forma tal que los bienes y 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.

El reglamentador ha interpretado adecuadamente a la ley que habla del mantenimiento de la actividad o de otra vinculada, estableciendo que se cumple con la obligación de mantener alguna de las actividades de las empresas reestructuradas u otras vinculadas a las mismas, en la medida en que se produzca la permanencia de la explotación dentro del mismo ramo.

En el caso de fusión, a igual que en cualquier otro de los procesos de reorganización, las empresas continuadoras deben mantener alguna de las actividades de las antecesoras y de las propias empresas reestructuradas que permanecen.

En la fusión por creación, las empresas resultantes deben mantener una de las actividades, aunque sea parciales, de las sociedades fusionadas, teniendo cuidado de que se trate de actividades

vinculadas pero dentro del mismo ramo de explotación. En la fusión por absorción se debe interpretar que las actividades a mantener son alguna de las absorbida como de la absorbente.

Se exige también que los bienes y servicios que sean consecuencia de las actividades de las empresas sucesoras tengan características similares a las que producían y/o comercializaban tales empresas antes de la reorganización.

Siendo que la ley habla de actividad vinculada resulta interesante destacar que el decreto reglamentario considera como tal a aquellas que "coadyuve o complementa un proceso industrial, comercial o administrativo, o que tienda a un logro o finalidad que guarda relación con la otra actividad (integración horizontal y/o vertical).

La integración horizontal tiende a la concentración de dos o mas empresas que producen productos iguales o similares, y que tienen necesidad de adecuar su dimensión, normalmente por un problema de costos. La integración vertical tiende a garantizar al ente productor de adecuados canales de insumos o de una mejor forma de colocación de su producción.

El termino de dos años se debe cumplir a partir de la llamada fecha de la reorganización, es decir la del comienzo por parte de la o las empresas continuadoras de la actividad o actividades que desarrollaban la o las antecesoras.

El articulo 77 de la ley establece que en el caso de incumplirse los requisitos establecidos por la misma o por su decreto reglamentario deberán rectificarse las declaraciones juradas respectivas aplicando las disposiciones legales que hubieran correspondido si la operación se hubiere realizado al margen del régimen de beneficios fiscales, debiéndose ingresar el impuesto con la actuación e intereses que corresponda.

El decreto reglamentario precisa que cuando se trate de fusión de empresas procederá la rectificación de las declaraciones juradas que se hubieren presentado con la modificación de todos aquellos

aspectos en los cuales hubiere incidido la aplicación del mencionado régimen.

Se ha dicho que si el cambio o abandono de la actividad tuviera su origen en caso fortuito, fuerza mayor o situaciones asimilables a estas en que no mediare culpa o dolo de las entidades o personas respectivas, no resultan aplicables las consecuencias de las normas en vigencia para el caso de incumplimiento del requisito de mantener la actividad. Esto es importante si se considera que la ley asigna el carácter de condición resolutoria al cambio de actividad antes del plazo de dos años.

MANTENIMIENTO DE CAPITAL.

El decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias establece el requisito del mantenimiento del capital de los accionistas de las entidades antecesoras en la nueva entidad. Nuestra doctrina en forma uniforme se ha pronunciado por la ilegalidad de este requisito de unidad patrimonial por ir mas lejos que la ley y desvirtuándola de su letra y en su espíritu.

Debe tenerse en cuenta que el no cumplimiento de los requisitos legales y de los reglamentarios, salvo que estos últimos sean declarados ilegales en sede jurisdiccional, origina la gravabilidad frente al impuesto a las ganancias por la diferencia entre los valores impositivos y los asignados por las partes o por la Dirección, si aquellos no responden a los valores de plaza.

Este requisito reglamentario se formula en forma diferente para el caso de fusión propia y para el caso de fusión por absorción o incorporación. En el primer supuesto el 80 % del capital de la nueva entidad al momento de la fusión debe corresponder a los titulares de la antecesora. En Caso de incorporación, es decir de fusión por absorción, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o las sociedades incorporadas en el Capital de la incorporante será aquel que represente por lo menos el 80 % del capital de la o las incorporadas.

En el supuesto de fusión por absorción el requisito del 80% se establece en relación al capital de la incorporada, disponiéndose que en tal caso el valor de la participación correspondiente a los titulares de las sociedades incorporadas en el capital de la incorporante será aquel que represente por lo menos el 80% del capital de la incorporada.

El reglamentador exige que la participación de los titulares de la sociedad incorporada en el capital de la incorporante sea de un valor que represente, al menos, el 80% del capital de la incorporada. No interesa el porcentaje del capital que los titulares de antecesora tienen en la incorporante, sino reiteramos que dicha tenencia sea equivalente, al menos, al 80% del capital de la absorbida. Al relacionar el requisito del 80% con el capital de la incorporada, y no de la incorporante, lo que se permite es que hasta un máximo del 20% del capital de la absorbida no se mantenga en la sociedad resultante de la fusión.

El artículo 108 del decreto reglamentario exige la permanencia de la participación en el capital a que nos referimos, estableciendo que 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 entidades continuadoras.

Esta disposición se refiere a un importe de participación, no de porcentaje, por lo cual solo existe la obligación de mantener el monto del capital nominal. Vale decir, puede perderse participación relativa en la entidad continuadora, a condición de que no se disminuya la cifra absoluta poseída al momento de la reorganización. Debe considerarse que los efectos impositivos de la reorganización no se pierden si las cifras del capital de los integrantes, por el termino de dos años establecidos por el reglamento, no disminuyen en términos absolutos, aunque si puede ser en términos de participación relativa en el capital, por mayor

aporte proporcional de otros socios o accionistas. Debe interpretarse que la obligación es mantener el valor en pesos de capital que refleje la participación requerida por el artículo 109 del decreto reglamentario, sin que tal monto se encuentre sujeto a ningún tipo de actualización.

El decreto 767 (90) incorporado a la norma reglamentaria estableció que el requisito de permanencia de la participación por un lapso de dos años no se exigirá cuando en el caso de fusión, la nueva sociedad o la incorporante, y, en el caso de escisión, la escisionaria, coticen sus acciones en mercados autorregulados bursátiles, siempre que mantengan esa cotización por un lapso no inferior a dos años contados posteriores a la reorganización.

La DGI ha emitido opinión ante una consulta del 20/05/80 sobre el alcance de los términos "importes" y "porcentaje" a que alude la Resolución General 2245 en relación a la fusión de dos empresas. Se ha recordado que el artículo 109, inciso "a" del decreto reglamentario establece como requisito, en caso de fusión de empresas que se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva, que por lo menos el 80% del capital de la nueva entidad, al momento de la fusión, correspondan a los titulares de la antecesora. Se concluyó que los conceptos "termino" y "porcentaje" a que alude la R.G. 2245, están referidos a la parte o proporción que en el capital de la nueva entidad les corresponde a los titulares de la antecesora a la fecha de la reorganización, cuyo importe resultante es el que, como mínimo, deberá mantener los mismos durante el plazo de dos años.

Al igual que en el requisito de mantenimiento de la actividad antecesora, si el cambio de titularidad tuviera su origen en caso fortuito, fuerza mayor o situaciones en las cuales la transferencia de titularidad, no es consecuencia de la voluntad de los accionistas, como sería el supuesto de embargo y venta judicial, no resultan aplicables las consecuencias del

incumplimiento. En este orden de situaciones cabe señalar los supuestos de disolución de la sociedad por pérdida del capital social (Art. 4 inc. 5, ley 19.550) y el fallecimiento del titular que debe mantener las tenencias.

En caso de existir ejercicio del derecho de receso en las fusiones y escisiones el porcentaje deberá contarse antes de tal ejercicio.

EMPRESAS EN MARCHA

La norma reglamentaria del impuesto a las ganancias exige que a la fecha de la reorganización las empresas que se reorganizan se encuentren en marcha.

Se interpreta que tal condición se cumple, cuando se encuentren desarrollando las actividades objeto de la empresa o cuando habiendo cesado la misma el cese de hubiera producido dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la reorganización.

Existe una contradicción al entender por empresa en marcha a aquella que haya cesado dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la reorganización, a pesar de que tal interpretación puede estar fundada en la necesidad de solucionar la situación de empresas con problemas que quieran reorganizarse.

Se ha considerado razonable el plazo de 18 meses a los efectos de evitar el traslado de quebrantos en empresas que han dejado de estar en marcha.

En la causa "Orbis Meeting S.A.", ante el tribunal fiscal (02/09/88), a los efectos de determinar como fecha de cese durante los doce meses inmediatos anteriores se tomo aquella que coincidía con la ultima operación o actividad que coadyuve o complementa un proceso industrial, comercial o administrativo que tienda a un logro o finalidad que guarde relación con la otra actividad.

ACTIVIDADES ANTERIORES IGUALES O VINCULADAS.

Otro requisito reglamentario, que no se encuentra en la letra ni el espíritu de la ley, es que las empresas hayan desarrollado

actividades iguales o vinculadas durante los 12 meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización o a la del cese, si el mismo se hubiera producido dentro de los 18 meses anteriores a tal fecha.

En el supuesto que la existencia de la sociedad fuera menor a 12 meses se requiere que la similitud o vinculación de las actividades se hayan producido durante dicho lapso.

En la fusión de una sociedad con una de existencia menor de doce meses, el requisito de las actividades iguales o vinculadas deberá respetarse desde la existencia de cada una.

AUTORIZACIÓN DE LA DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA.

El artículo 77 de la ley 20.628 establece que cuando por el tipo de reorganización no se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas, excepto en el caso de escisión, el traslado de los derechos y obligaciones fiscales quedara supeditado a la aprobación previa de la Dirección.

Tal requisito es de aplicación imposible en el caso de fusiones, porque como bien señala Otaegui, en materia societaria la transmisión total es la que distingue la fusión de la escisión porque el propio Art. 82 de la ley 19.550 habla en el caso de fusión de transferencia total de los respectivos patrimonios, mientras que el artículo 88 de la misma ley habla en el caso de escisión de transmisión de parte del patrimonio.

Este criterio se convalida en la ley fiscal al establecerse el concepto de fusión, pues al igual que en la ley societaria, siempre se habla de fusión de entes completos y no parciales. Por ello es que la autorización que se requiere para el caso en que la transferencia de la o empresas reorganizadas sea parcial no se pueda aplicar en materia de fusión.

La escisión fiscal de empresas, concepto mas amplio que el societario, permite que cuando se destina "parte del patrimonio" a entes existentes o se participa en la creación de una nueva

persona o cuando se destina parte del patrimonio para crear uno nuevo, se pueda gozar de las ventajas del régimen fiscal.

Sin embargo, la aprobación previa, al no ser aplicable tampoco para el caso de escisión por así disponerlo expresamente la ley, constituye en consecuencia un requisito aplicable para las ventas o transferencias de una entidad a otra, que a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico, es decir el tercer tipo de acto de reorganización empresarial de la ley fiscal.

COMUNICACIÓN A LA DGI.

El artículo 77 de la ley de impuesto a las ganancias establece que la reorganización debe ser comunicada a la Dirección en los plazos y condiciones que la misma establezca.

Asimismo, el decreto reglamentario reitera tal obligación agregando que se deben cumplir los requisitos necesarios dentro del plazo que esta determine.

El requisito de comunicación solo esta previsto en el reglamento para los casos de fusión y escisión, pero tal condición viene dada para todos los supuestos directamente de la ley.

La resolución 2245/80 establece las condiciones requisitos y formalidades que se deben cumplir a los efectos de efectuar la notificación prevista en la ley y el decreto reglamentario.

La comunicación debe realizarse a la Dirección dentro de los 180 días corridos contados a partir de la fecha de la reorganización, no habiéndose previsto ningún formulario al efecto. La fecha de reorganización es aquella en que se produce el comienzo por parte de la o las empresas continuadoras, de la actividad o actividades que desarrollaban la o las antecesoras.

En el caso de fusión la resolución efectuó una diferencia para los supuestos de sociedades que se disuelvan para constituir una nueva (fusión por creación) del caso de fusión por absorción.

En ambos supuestos se solicita el capital de cada una de las sociedades antecesoras y en el caso de fusión por creación se exige el importe y porcentaje de la participación correspondiente a los titulares de cada una de las antecesoras el momento de la fusión en el capital de la nueva entidad. Esto encuentra su razón de ser en el requisito del artículo 109 inciso "a" del decreto reglamentario, que hemos visto para el caso de fusión por creación, donde se establece que el 80% del capital de la nueva entidad al momento de la fusión debe corresponder a los titulares de las antecesoras. Por ello es que la resolución también requiere el importe y porcentaje de la participación que, inmediatamente antes de la fusión, poseían los titulares de cada una de las antecesoras en el capital de dicha sociedad.

En el caso de fusión por absorción se requiere informes sobre el capital, tanto de la sociedad incorporada como de la incorporante, en forma inmediata anterior al momento de la incorporación. Debe suministrarse también el importe de la participación en el capital de la sociedad incorporante, al momento de la incorporación, de los titulares de cada una de las sociedades incorporadas, a igual que el importe y porcentaje de la participación que, inmediatamente antes de la incorporación, poseían los titulares en el capital de cada una de las sociedades incorporadas.

Se exige para todos los casos de reorganización la fecha hasta la cual las empresas que se reorganizan han estado desarrollando las actividades objeto de las mismas, un detalle de los derechos y obligaciones fiscales que se trasladan y los datos de los socios de las empresas que se reorganizan, reiterando la resolución que a los efectos de suministrar tal información se debe entender por fecha de fusión, a igual que de escisión la fecha de la respectiva reorganización.

El artículo 3° de la resolución establece un plazo de 90 días para que, en el caso de resolución de la reorganización, al haber las empresas continuado cambiando o abandonado las actividades que



desarrollaban dentro de los dos años, se rectifiquen las declaraciones juradas que hubieren presentado oportunamente, modificando aquellos aspectos en los que hubiere tenido incidencia, e ingresar el impuesto resultante con mas los intereses y actualizaciones que correspondan, similares consecuencias originara la falta de mantenimiento del importe de la participación durante el plazo de dos años.

PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN DE LA LEY 19.550.

El decreto reglamentario establece que la reorganización tendrá los efectos impositivos previstos si cumplimenta los requisitos de publicidad e inscripción establecidos en la ley 19.550 de sociedades comerciales. De manera que dicha publicidad e inscripción según las normas reglamentarias son necesarias a los efectos de evitar la incidencia de tributación que produciría la fusión y hacer posible el traslado de los atributos fiscales que contempla el régimen reorganizativo.

La publicidad y registración de la ley 19.550 resulta obligatoria, únicamente, para las sociedades regidas por tal ley.

LA DIVISION O ESCISIÓN DE EMPRESAS

El articulo 77 de la ley de impuesto a las ganancias establece como uno de los actos de reorganización empresaria que se beneficia con las disposiciones del régimen fiscal "la escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera".

Concordante con lo dispuesto en materia de fusión, el legislador hace alusión a la escisión de empresas y no de sociedades, ratificando su propósito de no limitar los actos reorganizativos a los entes societarios, otorgando el régimen un alcance genérico comprensivo de las mas diversas situaciones, con lo cual alcanza a

la escisión de sociedades, empresas y explotaciones de cualquier naturaleza.

El decreto reglamentario, al definir dicho fenómeno reorganizativo, a igual que en el caso de fusión, incurre en el error de utilizar el vocablo "sociedad" dentro de la definición, cuando el vocablo debió haber sido mucho mas genérico.

Esta norma reglamentaria incorporo al ámbito fiscal los supuestos de escisión del Art. 88 de la Ley de Sociedades Comerciales, que sumados a los que preveía la propia ley fiscal, son los siguientes:

- 1) cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente (escisión-fusión)

Si bien la norma reglamentaria no se refiere al supuesto de escisión-fusión en la cual se destina parte del patrimonio para fusionarse con varias sociedades existentes debe considerarse que tal tipo de escisión previsto por la ley comercial se encuentra incluido entre los supuestos reorganizativos libres de impuestos.

- 2) Participa con ella en al creación de una nueva sociedad (fusión parcial).
- 3) Destina parte de su patrimonio a la creación de una nueva sociedad (escisión constitución)
- 4) Se fracciona en nuevas empresas jurídicas y económicamente independiente (escisión propiamente dicha)

A pesar de la incorporación de las definiciones societarias se mantiene el concepto de "escisión o división de empresas", ratificado en el ultimo párrafo del articulo 10 del reglamento al expresar que las disposiciones del mismo son también de aplicación "a los casos de reorganizaciones de empresas o explotaciones unipersonales".

La amplitud del concepto fiscal que habla de reorganización de "sociedades, fondo de comercio y en general de empresas y/o

explotaciones de cualquier naturaleza" permite la escisión de una sociedad de hecho en dos nuevas entidades de igual carácter².

Tal amplitud ha permitido al tribunal fiscal, en la causa "santa Ana S.C.A." de entender que aunque no se da la figura de escisión prevista en la ley 19.550 le resulta de la aplicación la figura que impositivamente consagra el artículo 77, quinto párrafo, inc. b., es decir la escisión fiscal libre de impuestos, en razón de darle prevalencia mas a los hechos que a la estructura jurídica. En función de tal criterio al retiro de un socio y de sus bienes de una sociedad, continuando aquel con la misma actividad como empresa unipersonal, le resultan de aplicación los beneficios fiscales si cumple con los requisitos del régimen. El propio tribunal fiscal considera encuadrada en el concepto de escisión fiscal la disolución de una sociedad anónima y adjudicación de los bienes entre los accionistas, siempre que se demuestre que la adjudicataria de los bienes continua con la actividad de la sociedad disuelta (Causa "Carro de Castelo, Soledad" T.F.N., sala C, 28/02/86).

Desde el punto de vista de la ley societaria, Otaegui, al referirse a la escisión, insiste en que se trate de un desdoblamiento de una persona jurídica en nuevas personas jurídicas donde puede subsistir o extinguirse la persona jurídica inicial, según el tipo de escisión de que se trate.

Al considerar la figura, dicho autor destaca las siguientes características:

- 1) la existencia de una sociedad sujeto de derecho que resuelve escindirse.
- 2) La creación de nueva sociedad escisionaria para el caso de la escisión-constitución, o de dos nuevas sociedades escisionarias como mínimo, en el caso de escisión propiamente dicha.

² Dictamen N° 13/80, D.A.T.

- 3) La atribución a los socios de la sociedad escidente del carácter de socios en las sociedades escisionarias.
- 4) La reducción proporcional del capital de las sociedades en la escisión-constitución y la disolución, sin liquidación, de la sociedad escidente en el caso de la escisión propiamente dicha o división.
- 5) La transmisión parcial a título universal del patrimonio de la sociedad escidente a favor de la o de las sociedades escisionarias en la escisión-constitución, y la transmisión total y a título universal del patrimonio de la sociedad escidente a favor de las sociedades escisionarias, en la división donde cada una de dichas sociedades escisionarias recibirán una alícuota del patrimonio de la sociedad escidente.

La reforma de la ley 22.903 al régimen de escisión ha eliminado el requisito de la reducción de capital cuando el mismo se realice con utilidades o reservas libres, con lo cual la mención a la reducción de capital se hace únicamente para el caso que corresponda.

REQUISITOS IMPOSITIVOS DE LAS DIVISIONES Y ESCISIONES.

A igual que en materia de fusión, las sociedades regidas por la ley 19.550 que quieran reorganizarse a través de uno de los supuestos de escisión o división deberán cumplir con la disposición de dicha ley, pero para obtener los beneficios fiscales deberán también acreditar el cumplimiento de las condiciones dadas por la ley de impuesto a las ganancias y su reglamento. De lo contrario, tendríamos un caso donde se ha configurado la escisión o división societaria, pero no fiscal, con la correspondiente gravabilidad y pérdida del traslado de los atributos fiscales entre los entes que se reorganizan.

Puede tratarse del caso de una escisión o división de una empresa o explotación, que al no estar regida por la ley 19.550 solo debe cumplir los requisitos fiscales a los efectos de encuadrar como tal y poder reorganizarse con los correspondientes beneficios que dan las leyes tributarias. En este supuesto deberá evaluarse el encuadre desde el punto de vista jurídico o contractual al cual quedara sometida tal reorganización.

MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD DE LAS ANTECESORAS.

El requisito es el mismo que el analizado en materia de fusión. Deberá tenerse especial cuidado que las distintas empresas continuadoras, producto de cualquiera de las escisiones que se proponen, mantengan cada una alguna de las actividades de la o las empresas antecesoras, u otras vinculadas con aquellas.

En este sentido se pronuncio la DGI, en el Dictamen 18/85, al permitir que la sociedad escindida desarrolle alguna de las actividades de la escidente, sin ser necesario que permanezcan tales actividades separadas en dicha sociedad escidente. Es decir que se permite la disgregación de actividades, de forma tal que es suficiente que la entidad escisionaria continúe desarrollando alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas y no globalizada, no existiendo además, necesariamente, la obligación por parte de estas ultimas de conservar paralelamente dichas explotaciones.

El articulo 77 de la ley establece que en el caso de incumplirse los requisitos establecidos por la misma o en el decreto reglamentario deberá presentarse o rectificarse las declaraciones juradas respectivas, aplicando las disposiciones legales que hubieren correspondido si la operación se hubiera realizado al margen del régimen de beneficios fiscales, debiéndose ingresar el impuesto con la actualización e intereses que corresponda.

En caso de escisión el cambio o abandono de la actividad dentro de los dos años contados desde la fecha de la reorganización obligara a que la o las entidades que hayan incurrido en el cambio o abandono de la actividades, presenten o rectifiquen las declaraciones juradas, con la aplicación de las disposiciones legales que hubieren correspondido, si la operación se hubiere realizado al margen del mencionado régimen.

Esta disposición confirma el criterio de que si algunos de los entes o empresas que surjan de una escisión incurren en el incumplimiento del requisito de mantenimiento de la actividad, las sanciones solo se aplicaran a la misma y no a la totalidad del universo empresario subsistente a la reorganización.

MANTENIMIENTO DEL CAPITAL.

Al igual que en materia de fusión la norma reglamentaria establece el requisito del mantenimiento del capital de los accionistas de las entidades antecesoras en la o las entidades sobrevivientes.

La condición del mantenimiento del capital en el caso de escisión se complica por la compleja redacción del reglamento, que aplica el requisito del 80 % en forma diferente según cada una de las escisiones previstas.

Establece dicha norma que existirá escisión o división de empresas "cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a 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 jurídicas 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 que se forma al integrar con ella una nueva sociedad, no sea inferior a aquel que represente por lo menos el 80 % del patrimonio destinado a tal fin o, en el caso de la creación de una nueva sociedad o del fraccionamiento de nuevas

empresas, siempre que por lo menos el 80% del capital de las nuevas entidades consideradas en conjunto pertenezcan a los titulares de la entidad antecesora".

El reglamentador establece cuatro supuestos, asimilables para el tratamiento de esta condición que son:

- i) cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente;
- ii) participa con ella en la creación de una nueva sociedad;
- iii) destina parte de su patrimonio a la creación de una nueva sociedad;
- iv) se fracciona en nuevas empresas jurídicas y económicamente independiente.

Para los supuestos contemplados en i) y ii), donde el producido de la escisión va a la sociedad existente o con ella forma un nuevo ente, establece que el valor de la participación correspondiente a los titulares de la sociedad escindida en el capital de la sociedad existente o en el del que se forma al integrar con ella una nueva sociedad, no debe ser inferior a aquel que represente por lo menos el 80% sobre el patrimonio destinado a tal fin.

El problema mayor radica en determinar que representa la expresión "el 80% del patrimonio destinado a tal fin", es decir si el referido 80% debe considerarse en función de la participación final de los titulares de las empresas escindidas en las resultantes o, por el contrario, la exigencia consiste en que los titulares de la escindida tengan en el capital del nuevo ente un valor que represente, al menos, un 80% del patrimonio de la sociedad escindida.

Enrique Reig³ entiende que el límite del 80% dado para los casos que hemos agrupado en los puntos i) y ii) se exige desde el punto de vista del capital heredado de la primitiva sociedad que se divide o escinde.

³ Reig, ob. Cit. nota 43, pag. 708.

Es opinión mayoritaria que el reglamentador ha pretendido en los supuestos i) y ii) que los socios de la sociedad escindida conserven en la sociedad resultante al menos, un 80% del patrimonio "destinado a tal fin" que poseían en la sociedad escindida, es decir, del patrimonio que destinan a la escisión, con prescindencia del porcentaje que tal participación de los socios de la antecesora represente en el nuevo ente.

La interpretación del requisito del 80% en torno al patrimonio destinado a tal fin (escisiones de i y ii) es coherente con las conclusiones obtenidas en materia de fusión y con la interpretación dada en la práctica por algunas dependencias del organismo recaudador. Además, limitar tales supuestos únicamente a los casos donde las sociedades existentes, a las cuales se destina el patrimonio o con las cuales se participa en la creación de una nueva sociedad, no aportan un capital mayor a aquel que en nuevo ente represente mas del 20%, carecería de asidero legal y económico.

Para los casos iii) y iv) (creación de una nueva sociedad o fraccionamiento de nuevas empresas) se dispone que el 80% del capital de las nuevas entidades consideradas en conjunto deben pertenecer a los titulares de la entidad predecesora. En este caso la redacción es mas feliz y es razonable que el 80% se exija "en el conjunto" de las empresas resultantes. Ello facilita los supuestos de escisión propiamente dicha o división cuando es necesario separa en distintos entes o empresas a los titulares de las empresas antecesoras, debiendo señalarse que tal forma de computar el capital no precede en los restantes tipos de escisión. Esta interpretación ha sido convalidada por el organismo de recaudación al aceptar que los accionistas de la antecesora pueden integrar juntos o separados las nuevas entidades pues la norma reglamentaria apunta a la consideración del capital en su conjunto.



Al igual que en materia de fusiones, el incumplimiento de las condiciones legales y reglamentarias para el fenómeno de la división y escisión originara la gravabilidad de tal proceso y la imposibilidad de trasladar los atributos fiscales entre los entes que se reorganizan.

Se aplican a las escisiones los demás aspectos analizados en relación al mantenimiento del capital en materia de fusiones, incluyendo obviamente la disposición del artículo 112 del reglamento que obliga a mantener, durante un lapso no inferior a dos años contados desde la fecha de la reorganización, un importe de participación en el capital no menor al que se debía poseer en el momento de la reorganización en el capital de las entidades continuadoras.

EMPRESAS EN MARCHA.

La condición reglamentaria de que las empresas se encuentren en marcha en el momento de la reorganización es igual a las de fusión, remitiéndonos a lo visto en este trabajo.

ACTIVIDADES ANTERIORES IGUALES O VINCULADAS.

Este requisito reglamentario es exigido en forma similar en el caso de escisión y fusión.

AUTORIZACIÓN DE LA DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA.

Ya hemos advertido que la autorización previa no resulta de aplicación para los supuestos de escisión, por así disponerlo expresamente la ley. Nos remitimos a lo expresado en tal oportunidad.

COMUNICACIÓN A LA D.G.I.: RESOLUCION GENERAL 2245

La obligación de comunicar la reorganización a la D.G.I. ha sido prevista por la ley para los distintos supuestos de reorganización

y mencionada por el reglamento en forma específica para el caso de escisión y fusión.

La resolución 2245 de la D.G.I., que establece las condiciones, formalidades y términos en que debe cumplimentarse la requerida notificación, dispone con cierto detalle la información a suministrar según se trate de una escisión-fusión, fusión parcial o una escisión o división propiamente dicha.

Los datos requeridos permiten al organismo recaudador verificar el cumplimiento de la condición del mantenimiento del capital.

Los restantes aspectos, como plazo de comunicación, plazo para regularizar la situación en el supuesto de abandono, cambio de la actividad o del mantenimiento de participación, son iguales a los que se exigen en materia de fusión.

PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN DE LA LEY 19.550 DE SOCIEDADES COMERCIALES.

El reglamento exige para gozar de los beneficios fiscales cumplimentar las pautas de publicidad e inscripción establecidas en la ley 19.550 de sociedades comerciales, a lo cual remitidos a lo tratado con anterioridad en esta obra.

A igual que en las fusiones, las personas, entes, explotaciones o empresas no regidas por la ley 19.550 no deberán satisfacer el requisito de publicidad e inscripción.

REDUCCIÓN DE CAPITAL.

Este requisito fue tomado por el reglamento fiscal de las disposiciones de la Ley 19.550, cuando esta norma desconocía la posibilidad de evitar tal reducción de capital (antes de la reforma introducida por la ley 22.903).

Al eliminarse dicha reducción obligatoria de la ley de sociedades para los casos en que no corresponda puede ocurrir que no sea necesario efectuar tal reducción proporcional del capital. Sin embargo, será conveniente, hasta tanto se modifique el reglamento

de la ley de ganancias, no optar por ese procedimiento, aun cuando la autoridad de aplicación en materia societaria lo permita, a los efectos de no incurrir en omisiones que puedan dejar margen a la discrecionalidad en cuanto a la gravabilidad o al uso de los beneficios fiscales.

Cabe señalar que la D.G.I. consideró encuadrada en el régimen libre de impuestos a una escisión donde no se efectuó reducción proporcional del capital debido a que el valor de los bienes muebles e inmuebles, registrados en el activo, se compenso con valores de los saldos de revaluó contable y de la reserva de libre disponibilidad asentados en el pasivo. El fundamento dado para tal aceptación es que el termino "capital" utilizado por el artículo 109, inciso b) se refiere al capital efectivo, cuyo exacto sinónimo en opinión del organismo es "patrimonio neto". Resulta correcta la conclusión del caso pero desacertado el fundamento pues implica desconocer que la referida norma reglamentaria para los distintos supuestos de reorganización (fusión, escisión y transferencia) se refiere al capital social y no al patrimonio neto.

VENTA Y TRANSFERENCIAS EN CONJUNTO ECONOMICO.

Según hemos visto el artículo 77 del impuesto a las ganancias establece como tercer tipo de acto de reorganización empresaria a "las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyen un mismo conjunto económico.

Giuliani Fonrouge y Navarrine si bien han sostenido que la situación tratada en el inciso c) del artículo 77 no pertenece a un caso de reorganización, han reconocido que se trata de un supuesto al cual el legislador el ha asignado los efectos especiales de dicha reorganización por mediar la figura del

conjunto económico. Dichos autores entienden que, aunque fundamentalmente la reorganización se refiera a los casos de fusión y escisión, en este caso se trata de un supuesto creado por el legislador para permitir ciertas transferencias con los efectos normales de la reorganización.

CARACTERISTICAS DE LAS TRANSFERENCIAS Y VENTAS EN CONJUNTO ECONOMICO.

No existe uniformidad de criterios en cuanto a la naturaleza jurídica de estas transferencias, que según ya vimos se han caracterizado como el traspaso de una universalidad jurídica o el de una universalidad de hecho.

En opinión de Asorey, puede tratarse tanto de la transferencia de una universalidad o de la simple transferencia parcial de bienes de una entidad a otra. No estamos ante una transferencia que por su universalidad jurídica o fáctica origine los correspondientes beneficios fiscales sino ante un acto de reorganización, total o parcial, aceptado por el legislador como tal, en razón de las características económicas que subyacen en el mismo.

Consideramos factible la transferencia parcial de bienes dentro de esta figura pues según ya tuvimos oportunidad de analizar, el concepto de reorganización en nuestro sistema tributario comprendía tanto la transmisión de una universalidad con la de ciertos bienes aislados.

Esta interpretación se ha visto confirmada por las modificaciones de la ley 21.604 al eliminar la expresión fondos de comercio del último párrafo del artículo 77 de la ley que podía haber inducido algún error de interpretación.

Es razonable que el citado artículo establezca que cuando el tipo de reorganización no sea total, supuesto en que se transfieren o venden bienes aislados, sea necesario la aprobación previa de la Dirección.

La posibilidad de transferir bienes aislados o conjuntos de bienes dentro de entidades que conforman el mismo conjunto económico cuenta con antecedentes favorables en doctrina, jurisprudencia y en opiniones del organismo recaudador. En el dictamen "Sofitur S.A." D.A:T. Agosto 1978, la D.G.I. expreso: "...de todo lo expuesto se desprende que las disposiciones que se iniciaron con el decreto-ley 18.229/43 y culminaron en el artículo 70 de la ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1977, se refieren a reorganización de sociedades pero las mismas disposiciones aclaran que deben entenderse como tal, y ello ha resultado conveniente por cuanto podrían suscitarse numerosas discrepancias acerca del alcance de dicha expresión. En este aspecto la legislación ha querido evitar toda duda y así siempre ha establecido que las simples ventas y transferencias de bienes de una entidad a otra deben considerarse de derecho como reorganizaciones sin entrar a examinar la magnitud de las ventas y transferencias. Es evidente que en algunos casos la simple venta de algún bien, por ejemplo un vehículo automotor no se percibirá apenas en el campo de actividades de ambas sociedades, muestra que de darse los casos de transferencias enteras de establecimientos industriales en marcha, esto se repite que la legislación no ha querido que se presente el problema de cual es la medida para decidir que existe verdadera reorganización.

A tal efecto es categórico el inciso c) del artículo 70 de la ley de impuesto a las ganancias.

Por otra parte es de señalar que aunque la venta o transferencia sean de la misma importancia no se concibe la existencia de utilidades en la operación ya que no se modifica, por existencia de conjunto económico, la real propiedad de los bienes vendidos o transferidos"

Debe diferenciarse la transferencia irrestricta de derechos y obligaciones en caso de trasferencias totales y/o parciales del traslado específico de los atributos de los bienes en supuestos de

transferencias individuales. Entre los primeros, es decir los atributos del ente, cabe mencionar los quebrantos y saldos a favor, mientras que en el segundo supuesto se destaca el crédito fiscal I.V.A. compras y el de bien de uso, pago a cuenta de internos, etc.

En cuanto a los restantes beneficios u obligaciones a trasladar en las ventas de individualidades deberá estarse a cada caso en función de la naturaleza de la operación y de la propia autorización de la Dirección.

El dictamen N° 26/2004 de la Dirección de Asesoría Técnica, haciendo una interpretación contraria a lo sostenido hasta ese momento por el organismo recaudador (Dictamen 62/2002 D.A.L.), estableció que "...la Ley de Impuesto a las Ganancias prevé tres modos básicos de reorganización impositiva, ellos son -según los incisos a), b) y c) del artículo 77- la fusión, la escisión y la transferencia de bienes entre entidades de un mismo conjunto económico. Aquí se observa que la norma distingue a la fusión de la transferencia de bienes entre empresas del mismo grupo, ya que el aludido inciso a) prescribe que es reorganización "La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas". Asimismo, el inciso a) del artículo 105 del Decreto Reglamentario de la citada ley agrega que se entiende por fusión de empresas "... cuando dos (2) 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 ...".

Ahora bien, en los supuestos enunciados en la normativa anterior siempre existe al menos una firma que se disuelve para conformar después de la fusión la empresa continuadora, mientras que en la modalidad reorganizativa de transferencia de bienes entre entidades de un mismo conjunto económico se produce el traspaso de

una universalidad de hecho entre empresas que constituyen un conjunto económico y subsisten a la transferencia."

REQUISITOS IMPOSITIVOS DE LAS VENTAS Y TRANSFERENCIAS EN CONJUNTO ECONOMICO.

El artículo 77 de la ley de impuesto a las ganancias establece algunos requisitos similares para los tres actos reorganizativos: fusión, escisión y ventas y transferencias en conjunto económico, con excepción de la autorización previa en el caso de reorganizaciones parciales.

Sin embargo, en materia de fusiones y escisiones el reglamento incurrió en exceso agregando aspectos no pedidos por la ley, mientras que para las transferencias omitió condiciones exigidas por aquellas.

El reglamento establece que para los casos contemplados en los apartados a) y b) (supuestos de fusión, escisión o división) deberán cumplirse en lo pertinente la totalidad de los requisitos que enumera, a saber: que las empresas se encuentren en marcha, que continúen desarrollando por un periodo no inferior a dos años las actividades de las antecesoras, que hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas con anterioridad a la reorganización, y que la reorganización se comunique a la Dirección General Impositiva.

Parecería que la norma reglamentaria limita los requisitos de mantenimiento de la actividad de comunicación, únicamente, para la fusión y escisión y no para las ventas y transferencias en conjunto, mientras que el requisito de publicidad y de inscripción parecería aplicarse a los tres supuestos.

Una interpretación armónica entre las disposiciones de la Ley y del decreto reglamentario no puede permitir que este último ignore a aquella estableciendo requisitos improcedentes, ni omita condiciones expresamente contempladas.

MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD DE LA ANTECESORA.

La ley de impuesto a las ganancias estableció que la o las entidades continuadoras deben mantener durante un lapso no inferior a dos años contados desde la fecha de la reorganización la actividad de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas.

El organismo recaudador reconoció, en el dictamen D.G.I. 53/94, que en el supuesto de transferencia de conjunto económico previsto en el artículo 77 inc. C) de la ley no deben cumplirse las exigencias del artículo 109, segundo párrafo, es decir que las empresas se encuentran en marcha y que hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas, pero sostiene que la antecesora tiene que "haber ejecutado efectiva y fehacientemente la tarea que la continuadoras esta obligada a perseguir y mantener"

El reglamento omitió establecer el concepto de mantenimiento de la actividad de la antecesora para el caso que nos ocupa. La aplicación analógica de las disposiciones reglamentarias para fusión y escisión permiten considerar cumplido tal requisito cuando la empresa continuadoras desarrolla alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas y otras vinculadas con aquellas. Al no existir una disposición que para ventas y transferencias en conjunto obligue a la permanencia en la producción o comercialización de bienes o servicios con similares características a los que se efectuaban con anterioridad a la reorganización no se incurre en la contradicción reglamentaria que se señalo para fusión y escisión.

Similares consecuencias a las consignadas para las otras figuras reorganizativas se producen en el caso de un cambio de actividades antes de transcurrido el lapso señalado.

La condición resolutoria dispuesta por la ley será de aplicación a pesar que el artículo 109 del reglamento ha omitido considerar en forma especifica los efectos para este supuesto.

Idénticas conclusiones a las de fusión y escisión se dan en cuanto al supuesto de incumplimiento de los requisitos reglamentarios o para el caso del cambio o abandono de la actividad, salvo que tuviera su origen en caso fortuito, fuerza mayor, o situaciones similares.

Si se tratare de una transferencia parcial donde subsisten a la reorganización dos empresas o entes la obligación de mantener la actividad debería cumplirse en ambas entidades subsistentes. En todos los casos la continuadoras deberá mantener alguna de sus actividades.

MANTENIMIENTO DEL CAPITAL

Una de las escasas condiciones impuestas reglamentariamente a las transferencias y ventas en conjunto es el requisito patrimonial en virtud del cual las empresas subsistentes de las reorganizaciones deben mantener el capital de los accionistas de las entidades que se reorganizan. Sin embargo, resulta inadmisibles que se deje el establecimiento de este requisito a la norma reglamentaria debiendo haber estado incluido en la ley dado que implica la definición misma de la figura.

El artículo 105, inciso c) del reglamento define a las transferencias y ventas en conjunto económico "cuando el ochenta por ciento (80%) o mas del capital social de la empresa continuadoras pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. Además, estos deben 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".

Se ha criticado la terminología utilizada por el reglamentador al hablar de empresa continuadoras y de empresa predecesora por considerarse que se trataría "de un fondo de comercio que pasa como universalidad" en cuyo caso convendría que haya una empresa

que cesa en su actividad o que pasa a otra que le sucede en la actividad, es decir estaríamos ante una antecesora y sucesora.

La condición a cumplir es doble pues por un lado el capital resultante del ente, empresa o explotación que subsista como consecuencia de la reorganización debe pertenecer al menos en un (80%) ochenta por ciento a los dueños, socios accionistas de la empresas antecesoras. Además, dichos titulares deberán mantener en forma individual en la entidad, empresa o explotación subsistente, no menos del ochenta por ciento (80%) del capital que poseía al momento de la reorganización en la entidad o empresa antecesora.

La exigencia del mantenimiento en forma individual no existe en materia de fusión o de escisión, aun más en materia de escisión o división propiamente dicha el reglamentador se encargo de aclarar que el requisito del ochenta por ciento (80%) se aplica considerando en conjunto y no en forma individual el capital de los titulares de la entidad predecesora en la entidad resultante.

Puede ocurrir que tratándose de la reorganización de una sociedad, explotación o empresa donde un socio mayoritario cuente con la casi totalidad del capital se desvíncule a algunos socios minoritarios que tengan porcentajes insignificantes frente a la totalidad del capital. El propósito de la norma es que se mantengan quienes fundamentalmente son los dueños socios, accionistas y no quienes tienen una posición nominal o carente de toda significación practica frente al universo patrimonial que se reorganiza.

Es técnicamente admisible utilizar la figura de las transferencias en conjunto cuando una sociedad anónima desea ceder la totalidad del activo y del pasivo a otra que pertenece a los mismos accionistas de la primera, sin perjuicio que en el camino de la transferencia puedan desvincularse socios que poseían un escaso porcentaje en la primera sociedad.

Similar operación puede realizarse si la transferencia se efectúa entre una sociedad local y la sucursal de una sociedad del



exterior cuando se pueda acreditar el conjunto económico entre la sociedad local y la casa matriz de la sucursal.

La D.G.I. reconoce la posibilidad de ingreso de nuevos capitales a los casos de reorganización señalado que el propósito de la ley es prescindir de esa pequeña parte de enajenación, que implica el ingreso de nuevos titulares, renunciando a la gravabilidad correspondiente⁴.

El artículo 112 del decreto reglamentario exige que el o los titulares de la o las empresas antecesoras mantengan 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 las entidades continuadoras.

AUTORIZACIÓN DE LA DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

Hemos anticipado que el artículo 77 de la ley 20.628 establece que cuando por el tipo de reorganización no se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas el traslado de los derechos u obligaciones fiscales queda supeditado a la aprobación previa de la Dirección.

Asimismo analizamos que dicha autorización previa no era de aplicación para el caso de fusión y de escisión, siendo dicho requisito únicamente de aplicación para el supuesto de las transferencia y ventas en conjunto.

En opinión de Rubén O. Asorey la autorización previa para el caso de las transferencias parciales es necesaria tanto para el traslado de los atributos fiscales como para gozar los distintos beneficios que implica la no gravabilidad del fenómeno reorganizativo.

COMUNICACIÓN A LA DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA. RESOLUCION GENERAL 2245.

⁴ Caso "Ponieman Hnos. S.A." Dictamen 221/50. Depart. De Asesoría Letrada de la D.G.I.

Esta condición vino impuesta por el artículo 77 de la ley de impuesto a las ganancias, omitiendo el reglamento su mención para los supuestos específicos de transferencias y ventas en conjunto económico.

A igual que en materia de fusión y escisión, la R.G. 2245 prevee las condiciones, requisitos y formalidades que se deben cumplir a los efectos de efectuar la modificación prevista en la ley. El artículo 1° de la citada resolución obliga a efectuar la comunicación dentro de los 180 días corridos contados a partir de la fecha de la reorganización, salvo que se comuniquen las razones que impiden cumplimentar íntegramente lo requerido y se comprometa a aportarlo dentro de los quince días siguientes a la obtención.

Deberá informarse el capital de la entidad predecesora, el de la entidad continuadoras, el importe y porcentaje de la participación de la entidad predecesora correspondiente al dueño o cada uno de los socios accionistas de dicha entidad y finalmente el importe y porcentaje de la participación en el capital de la entidad continuadoras de cada uno de los dueños, socios o accionistas de la entidad predecesora.

La comunicación de la R.G. 2245 será necesaria en el caso de transferencias parciales, a pesar de que se haya obtenido la autorización parcial.

La restante información exigida por la resolución es igual a la analizada para las fusiones.

PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN DE LA LEY 19.550

Las disposiciones fiscales exigen como condición para gozar de los beneficios la publicidad e inscripción establecidas en la ley 19.550 de sociedades comerciales, publicidad que la ley societaria contempla únicamente para la fusión y escisión. De manera que la publicidad de la ley 19.550 no será de aplicación pero deberá tenerse en cuenta que el artículo 2° de la ley 11.867 establece que toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o

gratuito de un establecimiento comercial o industrial, bien se trate de enajenación directa y privada, o en publico remate solo podrá efectuarse validamente con relación a terceros, previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la provincia respectiva y en uno o mas diarios del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo indicarse la clase y ubicación del negocio, nombre y domicilio del vendedor y el comprador, y en caso que interviniesen el del rematador y el del escribano cuya actuación se realiza el acto.

REQUISITOS NO EXIGIDOS: EMPRESA EN MARCHA CON ACTIVIDADES IGUALES O VINCULADAS.

La no exigencia del reglamento de que las empresas se encuentren en marcha y hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas permite la utilización de las figuras de las transferencias y ventas en conjunto económico para supuestos en los cuales deben encararse procesos reorganizativos de sociedades inactivas o con actividades no vinculadas.

SUPUESTOS ESPECIALES DE TRANSFERENCIAS EN CONJUNTO ECONOMICO

Es posible la reorganización de una empresa en una sociedad comercial o civil dentro del concepto de transferencia en conjunto económico en la medida que la transacción se instrumente adecuadamente a la luz de los precedentes existentes. Obviamente que es necesario que tal transformación sea legalmente factible desde el punto de vista del derecho de fondo.

En la practica es usual tal tipo de reorganizaron, habiendo sido dicho criterio aceptado por el organismo recaudador⁵, sin perjuicio de las observaciones que se pueden haber efectuado por incumplimiento de alguna de las normas reglamentarias. El fisco acepto el criterio de la reorganización de una empresa unipersonal

⁵ Dictamen 42/74 D.A.T.J. (D.G.I. 27/08/74).

en sociedad anónima decidido dentro de un concurso preventivo, con la correspondiente autorización judicial.

El no cumplimiento de los requisitos del régimen del impuesto a las ganancias puede originar la gravabilidad de la reorganización, principalmente ganancias e IVA en razón de que tal transformación puede llegar a configurar un aporte de capital a la nueva entidad.

SOCIEDADES QUE POR EXPIRACION DEL PLAZO CONTRACTUAL CONTINUAN COMO SOCIEDAD DE HECHO O COMO SOCIEDADES IRREGULARES.

El tema ha sido evaluado por la Dirección General Impositiva quien, previa advertencia de que la sociedad, en el caso en cuestión una sociedad de responsabilidad limitada, no se encontraba en condiciones de transformarse, fusionarse o escindirse, pues jurídicamente había dejado de existir, concluyo que las consideraciones comerciales se veían modificadas en lo que hace al aspecto fiscal. Se destaca en tal antecedente los siguientes aspectos:

- i) se trata de actos donde no se efectúan operaciones con terceros que significarían la realización de un beneficio alcanzado por el gravamen;
- ii) se continúan las mismas actividades comerciales.

El organismo fiscal concluyo que, a pesar de lo dispuesto en la ley comercial, este supuesto debía tratarse fiscalmente como una transformación societaria no resultando exigible el recaudo de demostración de conjunto económico⁶, agregando de nuestra parte y de los restantes requisitos del régimen de transferencia en conjunto económico.

De no encuadrar el caso como transformación resultaría de aplicación el criterio de que la disolución "ipso jure" por la expiración del plazo contractual implica que las utilidades

⁶ Dictamen N° 13/80 del 11/07/80.

emergentes se consideran distribuidas entre los socios atendiendo a sus respectivas participaciones.

SOCIEDADES DE HECHO QUE SE DIVIDEN EN UNA EMPRESA UNIPERSONAL Y EN OTRA IREGULAR, O EN DOS EMPRESAS UNIPERSONALES.

Este supuesto fue abordado por el organismo recaudador en el citado dictamen N° 13/80, incluyéndolo dentro del régimen de reorganización libre de impuestos, a través de su asimilación fiscal a la figura de escisión. Dentro de tal criterio se exigió el cumplimiento del requisito de mantenimiento del capital como si se tratara de un supuesto de escisión división, es decir que el 80% de los capitales de las nuevas entidades tomadas en conjunto pertenezcan a los titulares de la entidad predecesora. En este precedente administrativo se considero que no era exigible el cumplimiento de los requisitos de publicidad e inscripción de la ley 19.550, al no ser tales requisitos obligatorios para la ley comercial respecto de sociedades irregulares.

En opinión de Asorey, en situaciones como la planteada, deben cumplirse también con los restantes requisitos vigentes en tal régimen para calificar como reorganización exenta, excluyendo los aspectos exigidos por la ley 19.550

El fisco asimilo también a la figura de escisión, con similar exigencia en cuanto al mantenimiento del conjunto económico, el supuesto de una empresa irregular o de hecho que se dividió en dos empresas unipersonales⁷.

FACULTADES DEL FISCO FRENTE A LAS TRANSFERENCIAS DE FONDO DE COMERCIO.

El artículo 18, inciso d) de la ley 11.683 establece que responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del

⁷ Dictamen N° 78/88 D.A.L.T.T.

tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, los sucesores a título particular, en el activo y pasivo de empresas o explotaciones que las leyes tributarias consideren como una unidad económica susceptible de generar íntegramente el hecho imponible, con relación a sus propietarios o titulares, si los contribuyentes no hubiesen cumplido la intimación administrativa de pago del tributo adeudado.

Agrega la norma que la responsabilidad del adquirente en cuanto la deuda fiscal no determinada caducara:

- 1) A los 3 meses de efectuada la transferencia, si con antelación de 15 días esta hubiera sido denunciada a la Dirección General, y
- 2) En cualquier momento en que al Dirección General reconozca como suficiente la solvencia del cedente con relación al tributo que pudiera adeudarse, o en que acepte la garantía que este ofrezca a ese efecto".

Por su parte el reglamento establece:

"quedan comprendido en el artículo 18, inciso d) de la ley, tanto los sucesores particulares por título oneroso como por título gratuito.

A los efectos de aquella disposición, constituye unidad económica susceptible de generar íntegramente el hecho imponible con relación a sus propietarios o titulares:

- 1) Toda empresa o explotación singular cuyos beneficios, ventas o salarios respectivos estén gravados en forma independiente por los impuestos sujetos al régimen de la ley antes citada:
- 2) La pluralidad de empresas o explotaciones que en conjunto generen el hecho imponible sujeto a cualquiera de esos gravámenes".



En las transferencias en conjunto económico por las características del propio conjunto económico cabe presumir en principio la falta de interés de las partes en seguir el procedimiento liberatorio que otorga la norma transcrita.

Sin embargo, la situación entre las partes es distinta cuando la transferencia no se efectuó dentro de la referida figura, por lo cual nos parece de interés ocuparnos del tema.

La Dirección General Impositiva se ha pronunciado sobre esta figura concluyendo que:

- i) La oposición de la ley de transferencia de fondo de comercio no resulta excluyente de lo dispuesto en el artículo 18, inciso d) de la ley 11.683, toda vez que a pesar de no haberse efectuado la oposición, la deuda tributaria puede ser reclamada al adquirente a través de dicho artículo.
- ii) A su vez el fisco entendió que a los efectos de considerar que una deuda por presentación espontánea y facilidades pueda ser considerada exigible y ser susceptible de oposición frente a la ley 11.867, debe encontrarse caducada, mediante decisión firme, con lo cual las cuotas pendientes de pago no son susceptible de oposición⁸.

En síntesis, el fisco tiene la alternativa de oponerse a la transferencia dentro de los 10 días de publicación de los edictos de la ley 11.867, o no efectuar tal oposición, y si medio la notificación previa, hacer solidariamente responsable a este dentro de los tres meses.

De no haber existido notificación previa del Art. 18 inc. d) de la ley 11.683 el fisco podía reclamar las deudas, aunque no se haya opuesto en los términos de la ley 11.867, dentro de los plazos de prescripción de los tributos y multas.

⁸ Dictamen de la Dirección de Asesoría Legal, 30/03/94.

LA TRANSFORMACIÓN SOCIETARIA Y EN LA LEY DE IMPUESTO A LAS GANANCIAS

La transformación societaria mediante la adopción por parte de una sociedad de otra de las formas societarias prevista se origina en múltiples causas económicas y jurídicas.

Uno de los aspectos mas importantes del régimen de transformación societaria radica en que la sociedad que se transforma no implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad que se transforma sino simplemente la alteración o modificación de sus formas. El criterio de la inexistencia de perdida de la personalidad jurídica fue recogido por la ley 19.550 al establecer en su artículo 74 que "hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones."

En función de tal concepto, Verón destaca las siguientes conclusiones:

a) Para transformar es necesaria la preexistencia de una sociedad de determinada forma comercial que, sin extinguirse, adopta otro tipo societario previsto en la ley 19.550; b) El cambio que implica la transformación afecta solo la estructura u organización de la sociedad; c) No es necesaria la transferencia del patrimonio social ni, por ende el cumplimiento de la ley 11.867 (de transferencia de fondo de comercio) d) Hay simplemente una continuidad del sujeto que se ha transformado. e) En virtud de la transformación, la sociedad continua su vida jurídica, pero queda sujeta el nuevo régimen propio de la nueva forma social que ha adoptado.

En cuanto a los aspectos fiscales, la legislación fiscal en general no contempla un tratamiento tributario específico de esta figura. Así, en materia de impuesto a las ganancias, cabe afirmar, categóricamente, que en los supuestos de transformación societaria no le resulta de aplicación los requisitos del artículo 77 de la

ley de impuesto a las ganancias, de sus normas reglamentarias, ni de la resolución general 2245.

En el dictamen 66/2001 la Dirección de Asesoría Técnica dictamino sobre la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad de hecho o una sociedad colectiva. En este sentido, el organismo resalto que: "...en el caso de la transformación no se disuelve o extingue parcial o totalmente la sociedad que se transforma sino que ésta continúa existiendo bajo otra forma societaria, sin que se produzca una pérdida de su personalidad jurídica. Lo expuesto nos lleva a concluir que la simple transformación en alguno de los tipos societarios contemplados en la Ley N° 19.550 -como ocurre en el caso que nos ocupa-, se encuentra excluida del marco legal previsto en el artículo 77 de la ley de rito, no siendo necesario dar cumplimiento a los requisitos dispuestos en el mismo. No contradice al criterio expuesto el hecho que la persona jurídica que cambia su forma societaria, deje de ser una sociedad regular para convertirse en una sociedad de hecho... En virtud de las consideraciones vertidas, este servicio asesor conforma la opinión del área preopinante, en el sentido que la transformación societaria no encuadra dentro del concepto de reorganización de empresas, regulado por los artículos 77 y 78 de la ley del gravamen."

La no sujeción al régimen libera a la figura del cumplimiento de los citados requisitos, no originándose imposición en el gravamen en razón de que las modificaciones que se producen son de índole jurídica y tienen por finalidad una adecuación jurídica, que escapa del ámbito de imposición.

Lo precedente no libera de cumplir con lo requisitos exigidos por la ley societaria en la materia, pues si la operación carece de tales requisitos no le resultara de aplicación el tratamiento fiscal de la transformación.

Como hemos expresado el propio organismo de recaudación avala esta tesis, haciéndola extensiva a situaciones donde se incorporan nuevos socios y se produce un aumento de capital social. Similar conclusión se aplica en caso en que se modifique el objeto social, siempre que, según advierte la D.G.I., quedan "incólumes los elementos básicos sustanciales del ente, por el cual el objeto no podría ser sustituido".

Los cambios del tipo societario y el momento en el cual se efectuó la transformación pueden originar la aplicación de normas fiscales diferentes en función del nuevo tipo societario y por la aparición de ejercicios irregulares.

No existe una norma equivalente a la resolución 2245 para comunicar a la D.G.I., salvo la resolución N° 3922 sobre modificación de la situación de los contribuyentes.

Se ha entendido que en el I.V.A. el sujeto tributario sigue siendo el mismo, pero que en el impuesto a las ganancias el cambio de tipo societario implica el nacimiento de un sujeto tributario distinto.

Debe reconocerse que la diferencia en el tratamiento tributario de los distintos tipos sociales requiere la fijación de un momento a partir del cual se aplicara las nuevas normas pero con la advertencia de que en la interpretación de los problemas fiscales que puede originar la transformación no debe olvidarse que la personalidad de la sociedad transformada se conserva con disolución de continuidad en la nueva sociedad.

SOCIEDAD COMERCIAL QUE SE TRANSFORMA EN SOCIEDAD CIVIL

Le son aplicables a este supuesto similares consideraciones a las del párrafo precedente.

SOCIEDADES DE HECHO QUE SE REGULARIZAN Y LEGALIZAN EN SOCIEDADES COMERCIALES O CIVILES.

En virtud de una consulta sobre si la transformación de un condominio indiviso titular de una explotación agropecuaria en una sociedad regida por la Ley N° 19.550 encuadra dentro de alguno de los supuestos contemplados por el artículo 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, el organismo recaudador emitió el Dictamen N° 2/2006 (de la Dirección de Asesoría Técnica). El consultante aclaro que, ante el fallecimiento de la titular de la explotación, los bienes muebles afectados a la misma quedaron comprendidos en la masa hereditaria, hasta que se declaro validamente el testamento, reconociéndose judicialmente el derecho de los herederos sobre dichos bienes, situación en que se encuentra actualmente, por lo tanto, el conjunto de bienes muebles pertenecientes a la explotación agropecuaria integra un condominio indiviso del cual son titulares los herederos.

En el mencionado dictamen, el organismo recaudador estableció:

"...a partir de la fecha de la declaratoria de herederos la explotación agropecuaria continuo su actividad como sociedad irregular o de hecho, siendo sus integrantes los condóminos del condominio indiviso, la cual luego manifiesta se regularizara mediante la adopción de uno de los tipos societarios previstos en la Ley N° 19.550.

Al respecto, Ricardo A Nissen opina que "...teniendo en cuenta el procedimiento de regularización, resulta difícil evitar la asimilación de este remedio legal a la transformación, en especial tratándose de sociedades irregulares..." agregando que "Es indudable que el legislador se adhirió a la teoría de la identidad en esta materia: la sociedad regularizada es la misma que aquella no constituida regularmente, es por ello que la ley ha previsto que la voluntad regularizadota de los socios no disuelve el ente irregular, pues la sociedad, ya adaptada a uno de los tipos previstos legalmente, continua con la actividad de aquella, pro

sin afectar a terceros" (Ricardo A. Nissen, "Ley de Sociedades Comerciales, Comentada, anotada y acordada, Abaco, Págs. 235 y 236).

De esta forma, y como primera conclusión, podemos afirmar que la situación planteada, consistente en una regularización societaria encuadrada en el artículo 22 de la Ley N° 19.550, resulta asimilable en términos jurídicos al proceso de transformación societario legislado por el artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, para arribar a las consecuencia tributaria que le caben a la hipótesis bajo consideración, corresponde traer a colación el Dictamen N° 66/2001 (D.A.T.) en el que este servicio asesor, al analizar un caso de transformación societaria en los términos de los artículos 74 y 77 de la Ley N° 19.550, interpreto que "...el concepto de transformación difiere sustancialmente de la figura de reorganización de empresas regulado por los artículos 77 y 78 de la ley del gravamen, dado que mientras que en el primer caso estamos en presencia de la misma entidad que altera su forma o "ropaje jurídico", en el segundo se trata de sujetos jurídicos distintos que intervienen en el proceso reorganizativo", concluyendo que "...la simple transformación en algunos de la tipos societarios contemplados en la Ley N° 19.550 -como ocurre en el caso que nos ocupa-, se encuentra excluida del marco legal previsto en el artículo 77 de la Ley de rito...".

De las consideraciones vertidas, este Departamento entiende que si bien el proceso de regularización societaria, no resulta idéntico al instituto de la transformación, no puede soslayarse la similitud entre ambos, circunstancia que autoriza a aplicar al caso en debate las conclusiones emanadas del Dictamen N° 66/2001 (D.A.T.).



CONCLUSION

A lo largo del desarrollo realizado sobre el tema en el que se basa este trabajo se han establecido las principales diferencias que surgen de las conceptualizaciones que hace la Ley de Sociedades Comerciales y la Ley del Impuesto a Las Ganancias a las figuras reorganizativas, en función de que la personalidad jurídica reconocida a las sociedades comerciales no siempre coincide con la personalidad fiscal, debido a la autonomía del derecho tributario, siendo este principio receptado en forma amplia al sancionarse la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Conforme a lo analizado se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1) La institución de la fusión en la ley fiscal tiene características propias que la diferencian del concepto de fusión del derecho comercial, previsto en la ley 19.550 de sociedades comerciales. Por ello las sociedades regidas por la ley 19.550 deben cumplir con lo recaudos de la ley comercial para encuadrar en el proceso de fusión y si pretenden obtener los beneficios fiscales deben también cumplimentar los requisitos fiscales. Igualmente se deberán observar las exigencias de las regulaciones específicas de cada sociedad.

Aquellas sociedades o personas que no encuadren en la ley 19.550 solo deberán satisfacer la legislación específica y supletoria que le resulte aplicable, a igual que los aspectos tributarios pertinentes.

2) Al igual que en materia de fusión, las sociedades regidas por la ley 19.550 que quieran reorganizarse a través de uno de los supuestos de escisión o división deberán cumplir con la

disposición de dicha ley, pero para obtener los beneficios fiscales deberán también acreditar el cumplimiento de las condiciones dadas por la ley de impuesto a las ganancias y su reglamento. De lo contrario, tendríamos un caso donde se ha configurado la escisión o división societaria, pero no fiscal, con la correspondiente gravabilidad y pérdida del traslado de los atributos fiscales entre los entes que se reorganizan.

3) En caso de tratarse del caso de una escisión o división de una empresa o explotación, que no este regida por la ley 19.550 solo debe cumplir los requisitos fiscales a los efectos de encuadrar como tal y poder reorganizarse en los correspondientes beneficios que dan las leyes tributarias. En este supuesto deberá evaluarse el encuadre desde el punto de vista jurídico o contractual al cual quedara sometida tal reorganización.

Se debe señalar que ante determinadas circunstancias que se presentan, y no con poca frecuencia, puede NO llegar a configurarse reorganización societaria desde el punto de vista de la Ley de Sociedades Comerciales, pero, y teniendo en cuenta los hechos que hacen a la realidad económica, si puede configurarse reorganización societaria desde el punto de vista del impuesto a las ganancias -evitando de esta manera la incidencia del impuesto a la renta sobre el contribuyente-, y viceversa.

Por ultimo, y en virtud de exigir el decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias requisitos o condiciones que no se encuentran ni en la letra ni el espíritu de la ley, como por ejemplo:

- En el caso de fusión, el requisito del mantenimiento del capital de los accionistas de las entidades antecesoras en la nueva entidad, que a la fecha de la reorganización las empresas que se reorganizan se encuentren en marcha y que las empresas hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los 12 meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización o a la del cese, si el mismo se hubiera producido dentro de los 18 meses anteriores a tal fecha.
- En materia de escisión, y al igual que en el caso de fusión, la norma reglamentaria establece el requisito del mantenimiento del capital de los accionistas de las entidades antecesoras en la o las entidades sobrevivientes, que las empresas se encuentren en marcha en el momento de la reorganización y que las empresas hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los 12 meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización o a la del cese, si el mismo se hubiera producido dentro de los 18 meses anteriores a tal fecha.
- Otro requisito establecido por el reglamento en el caso de escisión es el de deducción de capital de la sociedad escidente. Conforme las disposiciones de la Ley 19.550 después de la reforma introducida por la ley 22.903) Puede no operar la reducción del capital cuando la escisión patrimonial se cubre con ganancias o reservas libres (que no integran el capital).
- En el caso de transferencias y ventas en conjunto el requisito patrimonial por el cual las empresas subsistentes

de las reorganizaciones deben mantener el capital de los accionistas de las entidades que se reorganizan.

Creemos necesaria una urgente reforma legislativa en la Ley de Impuesto a las Ganancias de manera que incluya en la misma tales requisitos, debiendo en algunos casos aclarar los conceptos o definiciones y en otros adecuarlos a los establecidos por la Ley 19.550.

U.N.R.C.
Biblioteca Central



67524

67524