

Reestructuraciones empresariales libres de impuestos. Parte 1

Autor: Dr. Cp. Nicolás Rubiolo

Universidad Austral. Facultad de derecho. Especialización en derecho tributario. Tesis.

Reestructuraciones empresariales libres de impuestos.

I – Generalidades

Durante la vida económica de las empresas muchas veces por diversas razones necesitan actuar en conjunto o simplemente, complementarse o asociarse.

De los ciclos económicos surgen para las empresas, posibilidades de crecer, o de emprender nuevos proyectos para los cuales deben modificar su estructura societaria o implementar cambios en la composición de su capital.

Ello en virtud de posicionarse en situaciones de ventaja con respecto a competidores o solamente por una cuestión de disminución de costos.

En otros casos, las empresas deciden combinarse entre si por razones estratégicas de producción, es decir, en busca de integraciones en la actividad económica de manera vertical u horizontal, con el propósito de eliminar variables que no dependen de la empresa misma y que muchas veces, aportan incertidumbre.

Tal situación es muy común en aquellas empresas cuyos procesos de producción son complejos o en el caso de comercializadoras que tienen en común importantes contratos de provisión que deben ser cumplidos en tiempo y en forma.

Transformaciones, escisiones, fusiones, entre otras operaciones que traen consigo siempre transferencias en la titularidad del capital, de bienes y por ende, en la mayoría de los casos, la realización de hechos impositivos, involuntarios por cierto. Objetivamente, el impuesto determinado afecta el principio de neutralidad pudiendo impedir operaciones que, en su ausencia, serían rentables y permitirían a las partes mejorar su situación competitiva¹

De todas aquellas hipotéticas situaciones, se desprende la necesidad de contar con un marco jurídico que contemple dichas alternativas como no gravadas, ya que muchas veces, se están realizando hechos impositivos y como consecuencia de ello, se genera la obligación de ingresar un tributo.

En adición, estas normas tienen que dar al contribuyente una previsibilidad tal que le permita planificar sus estrategias comerciales con un concreto grado de certeza.

II – Marco conceptual. Propósito del instituto.

La normativa legal del instituto reorganización de sociedades se encuentra en la Ley de Impuesto a las Ganancias, en sus artículos 77, 78 y 105 a 109 del decreto reglamentario. Asimismo, la resolución general vigente de AFIP-DGI es la 2513.

Las reorganizaciones pueden ser aglutinantes o divisivas, provocando consecuencias tributarias en función de las operaciones que originan². Ello, encuentra su denominación como tal ya que las dos principales formas de reorganización son a través de las fusiones y las escisiones. Consecuentemente, tenemos otros tipos de operaciones que son variantes e incluso combinaciones de las antes mencionadas.

El objetivo del instituto se puede fundar en los conceptos de eficiencia económica, evitar gravar ganancias no realizadas, evitar maniobras evasivas y el principio de neutralidad en la imposición³.

II.1 Eficiencia económica

Las sociedades, siempre necesitan la posibilidad de cambiar y adaptarse ante los distintos escenarios que impone la economía mundial y su repercusión en las distintas industrias. Las empresas necesitan un marco legal flexible, que les permita, en caso de requerirlo, optimizar sus recursos tanto humanos como económicos y por ende, en algunos casos, necesitarán concentrarse y en otros decidirán separarse y reducir sus estructuras.

Todas ellas, alternativas al fin, representan una decisión en función de una eficiencia económica que busca el ente para cumplir con su objetivo, que es el fin de lucro.

II.2 Gravabilidad de las ganancias no realizadas

Es de interés del Estado que los tributos no interfieran en las reorganizaciones de empresas y es por ello que la Ley Argentina ha creado este régimen para eliminar el obstáculo del impuesto, postergando su aplicación hasta el momento en que los hechos impositivos los realicen la o las empresas sucesoras⁴.

En el régimen de reorganización de sociedades, las transferencias de bienes entre las empresas partícipes, adquieren la calidad de "pseudo enajenaciones" en las que, bajo la apariencia de la transferencia de bienes, ocurre que estos permanecen en las mismas manos pero bajo otra forma jurídica. Es decir que en los procesos de reorganización que cumplan con los requisitos legales no se reconocen pérdidas ni ganancias, considerándolos por así decirlo simples cambios o transformaciones de una propiedad que en la realidad económica, no se transfiere a terceros en última instancia⁵.

Las ganancias gravadas surgen de las reorganizaciones al haber transferencia de bienes entre personas jurídicas e, inevitablemente una valuación de los mismos, que en muchos casos, difiere de la valuación impositiva al momento de la operación.

Los mayores valores asignados a los bienes de uso y a los bienes de cambio suelen ser, fundamentalmente, los que provocan el problema que nos ocupa, así como los atribuidos a las llaves, patentes de invención, marcas, regalías y similares, a los cuales suele asignarse valor en los casos de reorganización, particularmente, cuando ingresa capital de terceros no perteneciente a la sociedad o sociedades reorganizadas. De cualquier manera, aún cuando tales mayores valores no se hagan ostensibles por mantenerse para la reorganización los valores de libros en la sociedad o las sociedades predecesoras, la AFIP podría pretender asignarles en la transmisión los valores corrientes en plaza, como base para establecer la imposición que fuera procedente en razón de las transferencias producidas por la reorganización⁶.

Dicha facultad que detenta la Administración funciona como mecanismo de control ante maniobras de sobrevaluación de activos que se verán reflejadas en mayores amortizaciones futuras.

Por lo que, en fin, el objetivo del instituto es reconocer que en la transferencia de esos activos, independientemente de los nuevos valores razonables asignados, en última instancia no modifica la titularidad de los bienes, por lo que se decide postergar la aplicación del gravamen hasta el momento de su realización, es decir, cuando efectivamente los mismos sean enajenados a terceros ajenos a las empresas vinculadas en la operación.

Concluyendo, las normas en cuestión están orientadas a marginar de la tributación estas operaciones y sus resultados, cuando fueran la consecuencia de decisiones empresariales conducentes a una nueva adecuación de sus estructuras, siempre que no impliquen en su esencia la transferencia de bienes a terceros que, con tal motivo, provoquen desequilibrios en la real titularidad patrimonial de las partes involucradas⁷.

II.3 Mecanismo antievasión

El Estado al momento de establecer las reglas del funcionamiento del instituto debe prever un mecanismo antievasión que permita controlar las operaciones, ya que muchas veces pueden encubrirse maniobras fraudulentas, vía revalúos inexistentes, amortizaciones ilógicas, o la creación de activos intangibles ilusorios.

Sobre este tópico, mucho se ha hablado y con posiciones muy encontradas con respecto a la finalidad del instituto, en el sentido de si es procedente una reorganización cuando se recurre a ella solo por exclusivamente razones de economía fiscal.

Por otro lado, el Fisco ha sostenido a lo largo de sus pronunciamientos, la necesaria existencia de un motivo empresarial que de sustancia a la operación a realizar.

Más allá de esta discusión doctrinaria que abordaremos a la brevedad en un análisis puntual, la Ley en su articulado vinculado con la normativa del instituto expone algunos mecanismos tales como: (i) el derecho de aprobación de la operación cuando se transfieren derechos y obligaciones fiscales⁸; (ii) topes de valuación cuando se transfieran derechos y obligaciones fiscales⁹; (iii) solicitud de autorización a la Dirección General Impositiva para cambiar criterios que mantenían las empresas antecesoras¹⁰; (iv) requisitos de forma.

II.4 El principio de neutralidad en la imposición

La idea de neutralidad invocada en las normas comunitarias, se erige como principio básico del régimen de tributación de las alteraciones de valores que se pueden derivar de los procesos de reorganización empresarial¹¹.

El principio de neutralidad consiste en que no existan obstáculos fiscales que se interpongan en los procesos reorganizativos.

En otras palabras, el objetivo de la norma es que el impuesto a las ganancias sea neutro en las reorganizaciones y no exista incidencia impositiva porque no se da el concepto de realización al que refieren los primeros artículos de la Ley, sino la mera reorganización¹².

El informe Carter, preparado para Canadá y el congreso de la International Fiscal Association celebrado en París en el año 1963, fueron dos grandes influencias para la recepción del principio de neutralidad en las legislaciones locales de diversos países.

Por su parte, y en opinión de calificada doctrina, la legislación fiscal argentina pretendió una neutralidad que fue borrada por el reglamentador con requisitos ilegales y paralizantes de los procesos reorganizativos empresarios¹³.

III - Concepto de reorganización. Su tratamiento en la Ley de Impuesto a las Ganancias.

El concepto de reorganización lo encontramos en la propia Ley del Impuesto a las Ganancias.

Reorganizar, dentro de los alcances del artículo 70 importa la alteración de las estructuras empresarias sustanciales y/o formales, que puede tender a la concentración, división o perseguir algún otro objetivo empresario¹⁴.

Es un concepto de redacción amplia, que se complementa con cuestiones netamente tributarias.

Sin duda, se particulariza por su carácter genérico, sin asimilación a nuestro derecho comercial o civil, por lo que es propiamente un concepto proveniente del derecho tributario¹⁵.

Analizando el concepto vertido por nuestra norma positiva¹⁶ advertimos que: "Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta Ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a los 2 (dos) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas y otra vinculada con las mismas"

Este primer párrafo del instituto "Reorganización de sociedades" nos presenta quienes son los sujetos habilitados a utilizar este tratamiento especial.

Abordando el concepto reorganizar, la misma Ley nos da la pauta de que ella entiende como tal: 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 y 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.

Dichos conceptos son ampliados en el decreto reglamentario, con algunos excesos por cierto.

La expresión "reorganización" fue adoptada por el legislador argentino en el Impuesto a las Ganancias como comprensiva de las distintas formas y cambios en su estructura que eligen las empresas a fin de obtener una mayor concentración de capitales o ante la necesidad de expansión de las entidades. "Reorganizar" significa el acto o proceso de organizar de nuevo. Aplicado a sociedades implica el procedimiento y las transacciones por los que se efectúa una sucesión de sociedades, incluye la creación de una sociedad que se hace a cargo del activo de otra y continúa los negocios de la anterior¹⁷.

Una vez que tenemos delimitado qué se entiende por "reorganizar" debemos identificar los sujetos que son pasibles de encuadrarse en este tratamiento.

Cuando hablamos de "sociedades" indefectiblemente nos remontamos a la Ley de Sociedades Comerciales, 19.550, la que nos dice que habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas¹⁸. Idéntico tratamiento tendrán las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos¹⁹. Por otro lado, agregamos dentro del alcance del término sociedades, a las Sociedades de Garantía

Recíproca, las cuales se rigen por la Ley 23.500.

Los fondos de comercio que permiten reorganizarse, son aquellos regidos por la Ley 11.867. Cabe aclarar que también se los puede denominar, en un sentido amplio, como establecimientos comerciales. Dicha normativa, sostiene que constituyen un fondo de comercio las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística²⁰.

“Empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza”: Sin duda, aquí el legislador ha introducido una clasificación residual que otorga, a nuestro modo de ver, un grado de amplitud y por ende, flexibilidad como para encuadrar situaciones particulares dentro del régimen de reorganizaciones, pero a la misma vez, deja esas mismas situaciones libradas a un criterio de discrecionalidad, que muchas veces puede llegar a ser contraproducente para el contribuyente en términos de seguridad jurídica.

Dentro de este punto, podemos identificar a:

Las sociedades irregulares

Identificamos a las mismas como aquellas cuyos instrumentos constitutivos, adolecen de algún defecto de forma o no se ha completado su trámite de inscripción o ha vencido su plazo de duración. Cuando las sociedades que se encuentran dentro de unas de las causales de disolución y las mismas continúan desarrollando su actividad, a partir de ese momento se produce una transformación y la continuación bajo una forma jurídica irregular.

Con relación al tratamiento de las sociedades irregulares dentro del régimen de reorganización, el Fisco ha interpretado que la amplitud contenida en la redacción del artículo 77 (antes 70) cuando menciona “sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza”, configura uno de los supuestos involucrados en el mismo, en tanto, lógicamente, se cumplimenten con los requisitos exigidos por la reglamentación²¹.

Dicho criterio fue confirmado en otro pronunciamiento donde se cita el aludido precedente agregando que la reorganización abarca igualmente a sociedades irregulares, siempre que se cumpla el recaudo vinculado al porcentaje de capital de las nuevas entidades que debe pertenecer a los titulares de la predecesora²².

En la causa “Santa Ana S.C.A.”²³ se trataba del retiro de un socio de una sociedad en comandita por acciones dedicada a la explotación agropecuaria, recibiendo parte de los bienes integrantes del patrimonio societario que los destina a desarrollar, como empresa unipersonal, la misma actividad agropecuaria, el Tribunal Fiscal entendió que si bien el retiro del socio no constituía una escisión en los términos del artículo 88 de la Ley de Sociedades Comerciales, tiene dicho alcance a los efectos de la Ley del Impuesto a las Ganancias²⁴.

Ello encuentra su fundamento en que las normas del derecho comercial no siempre sirven al propósito de interpretar correctamente las disposiciones de la Ley del Impuesto a las Ganancias²⁵.

Explotaciones o empresas unipersonales

Si bien no surgen explícitamente del texto de la Ley, en el Reglamento, encontramos su inclusión expresa dentro del régimen.

Fideicomisos y Fondos comunes de inversión

En este punto, el interrogante es si estas figuras son pasibles de encuadrar dentro de la normativa en estudio.

El Fisco tuvo oportunidad de opinar en un caso donde un fondo común de inversión realiza una consulta vinculante para aclarar la duda existente con respecto a la procedencia, en el marco del instituto en estudio, de su transformación en un fideicomiso ordinario.

Exponiendo su respuesta negativa, el órgano asesor aduce que la operatoria consistente en constituir un fideicomiso a partir de un fondo común de inversión resulta incompatible con la figura de la transformación contemplada por el artículo 74 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, y por lo tanto no corresponde otorgarle el tratamiento impositivo para tal figura²⁶.

Concluyendo, se encuentra excluida del ámbito de aplicación del artículo 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, en atención a que las figuras que se pretenden reorganizar no revisten la condición de sociedades, empresas

o explotaciones tal como lo exige la norma²⁷.

A nuestro parecer, este pronunciamiento deja entrever algunas falencias técnicas que expondremos a continuación.

En principio, no nos parece acertado pretender encuadrar las figuras del fideicomiso y del fondo común de inversión dentro de la Ley de Sociedades Comerciales. Porque, de hecho, seguro que allí no estarán.

La tributación y la capacidad de adquirir responsabilidades tributarias de estos contratos, son una mera ficción y propiamente una creación del derecho tributario. Es decir, se les da identidad impositiva, a un instrumento privado.

Como ya se ha expresado anteriormente, las normas del derecho comercial no son aplicables al derecho tributario de manera lineal, sino que solo, pueden servir de complemento a las mismas.

Cabe agregar que todos los fideicomisos son sujetos pasivos del impuesto a las ganancias, más allá de a quién se impone la obligación de su liquidación y pago. El mismo razonamiento para los fondos comunes de inversión. Por lo que al ser ambos, sujetos pasibles del impuesto si desarrollan alguna explotación indefectiblemente deben encuadrar dentro del amplio concepto de "explotaciones de cualquier naturaleza", porque eso es en realidad lo que son, una explotación (con fin de lucro, o no) de naturaleza contractual. Y si es capaz de tributar, debe, indeclinablemente, ser capaz de reorganizarse, no buscando la normativa dentro del derecho comercial, sino dentro del derecho tributario²⁸.

Por lo que nos parece incorrecto el encuadre de la situación y por ende insuficientes los fundamentos vertidos en el dictamen en cuestión.

Asociaciones civiles, cooperativas, mutuales, fundaciones y otras entidades exentas

El propósito en este apartado es analizar el tratamiento de las entidades que gozan de exenciones subjetivas.

Entendemos en un sentido amplio que aquellos sujetos que gozan de una exención de las enumeradas explícitamente en el artículo 20 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, quedan de hecho fuera del régimen en estudio, ya que a nuestro entender, prima por sobre el mismo, la exención de la que gozan.

Por ende, no tiene sentido, ante un supuesto de fusión, escisión o transformación que dichos entes deban reunir los requisitos expuestos tanto en la Ley como en la norma reglamentaria si de todos modos, sus ganancias estarán exentas.

A igual conclusión, pero con una fundamentación distinta, arriba Gustavo Krause Murguiondo cuando sostiene que las entidades, asociaciones o fundaciones civiles que reúnan las características previstas para otorgar la exención del Impuesto a las Ganancias, difícilmente puedan subsumirse dentro de los conceptos de sociedades, fondos de comercio, explotaciones o empresas a las que se refiere el artículo 77 y que son las entidades que pueden ser beneficiarias de los dispuesto en el antes mencionado artículo²⁹.

Por su parte, el fisco sostiene que al resultar los sujetos involucrados marginados de la tributación, en la medida de la permanencia del trato preferencial, no cabe en estas condiciones exigir los requisitos de información instrumentados en las resoluciones generales³⁰.

En otro orden de ideas, consideramos necesario abordar el tratamiento para aquellas entidades que subjetivamente gozan de la exención, pero en virtud de la actividad que realizan, se encuentran privadas de la misma.

Tal es el caso de:

Entidades exentas de impuestos en virtud de leyes nacionales cuando sus ganancias no deriven directamente de la explotación o actividad principal que motivó la exención;

Fundaciones y asociaciones o entidades civiles de carácter gremial que desarrollen actividades industriales y/o comerciales;

Fundaciones y asociaciones o entidades civiles que obtienen sus recursos en todo o en parte, de la explotación de espectáculos públicos, juegos de azar, carreras de caballos y actividades similares;

Asociaciones deportivas y de cultura física que persigan fines de lucro, exploten o autoricen juegos de azar

y/o cuyas actividades deportivas primen sobre las sociales;

Aquí el razonamiento nos lleva a la conclusión de que si bien estos sujetos no son sociedades, ni fondos de comercio, ni empresas, sí pueden incluirse dentro del concepto de explotaciones de cualquier naturaleza, y acceder a los beneficios del régimen.

Ello porque en la práctica, al no gozar de ninguna exención, deben liquidar y abonar el tributo sin diferencias (en un sentido amplio) a lo que lo debe hacer cualquier otro sujeto³¹.

Esto se resume en que, a nuestro entender, prima la realidad económica por sobre el nomen iuris del sujeto percutido y al estar en igualdad de condiciones, deben acceder a los mismos beneficios que accedería cualquiera en su lugar.

El Estado Nacional, provincial o municipal

Al respecto, un viejo dictamen dispone que la transferencia de bienes, derechos y obligaciones de un organismo de propiedad del Estado a una sociedad del Estado cuyo único propietario es el mismo Estado, dispuesta por Decreto, queda comprendida en el inciso c) del artículo 70 de la Ley de Impuesto a las Ganancias³².

Nos posicionamos diciendo que no compartimos en absoluto tal interpretación ya que siguiendo esa corriente de pensamiento, estaría tratándose al Estado Nacional como un grupo económico.

Agregamos que, como ya lo hemos expuesto, en el caso de transferencias en donde el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, se haga presente, no deberá encuadrarse tal operación en el actual artículo 77, sino que prima por sobre toda norma, la exención dispuesta por el artículo 20 inciso a.