

DICTAMEN D.A.T. 23/14

Buenos Aires, 30 de julio de 2014

Fuente: página web A.F.I.P.

Dirección General Impositiva. Dirección de Asesoría Técnica. Impuesto a las ganancias. Reorganización de empresas. Escisión-fusión. Mantenimiento de actividad con posterioridad a la fecha de reorganización.

Sumario:

I. Dado que a la fecha de la reorganización tanto “AAA” S.A. como “ZZZ” S.A. contarán con más de doce meses dedicados a la actividad inversora, siendo ésta la actividad que se escindirá de la primera integrándose en la última que también la desarrolla, de continuar la firma fusionada con dicha actividad durante los dos años siguientes a la fecha de la reorganización el proceso estaría cumpliendo con el requisito estatuido por el primer párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y por el apart. II del segundo párrafo del art. 105 de su decreto reglamentario.

II. No resulta necesario que “AAA” S.A. continúe con la totalidad de las actividades que desarrollaba, bastando con que desarrolle alguna de ellas para cumplir con el mentado requisito. En efecto, en dicho contexto de descentralización de actividades cada firma deberá proseguir con la atribuida en el proceso de reorganización durante el lapso establecido por las normas, lo que significa que la consultante deberá continuar por dicho plazo con los servicios de medicina prepaga, en tanto que “ZZZ” S.A. deberá proseguir con la actividad inversora.

Texto:

I. Estas actuaciones tienen su origen en la presentación efectuada por el apoderado de la firma del epígrafe en los términos de la Res. Gral. A.F.I.P. 1.948/05, mediante la cual consulta si el proceso por el que escindirá de su patrimonio las acciones que posee en la firma “XXX” S.A. para su incorporación al patrimonio de “ZZZ” S.A., cumple los requisitos para su encuadre en el supuesto previsto en el inc. b) del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones) y sus normas reglamentarias, centrando sus dudas sobre si la extensión y alcance del término “actividad” referido en las mismas comprende tanto a la “actividad” de medicina prepaga, cuanto a la “actividad” inversora.

Al respecto, informa que “AAA” S.A. es una empresa privada argentina de medicina prepaga con ... años de antigüedad, cuyo propósito es ofrecer una amplia variedad de servicios y de asistencia vinculados con la medicina, y que además desde el año ... posee acciones de la firma “XXX” S.A. –titular de la clínica ... que también se dedica a la prestación de servicios ambulatorios, exámenes complementarios de diagnóstico y tratamientos de emergencia– y que hoy representan aproximadamente el noventa y cinco por ciento (95%) de su capital social.

Asimismo señala que “AAA” S.A. es una sociedad controlada por “ZZZ” S.A., la cual posee el noventa y ocho coma sesenta y nueve por ciento (98,69%) de su capital accionario, quedando en manos de dos personas físicas integrantes de la familia “ZZ” el uno coma treinta por ciento (1,30%) restante.

Además manifiesta que la presente reestructura será simultánea a la fusión por medio de la cual “AAA” S.A. absorberá a “CS” S.A., otra empresa de medicina prepaga y que también presta servicios médicos a pacientes de su sistema de medicina prepaga, de “AAA” S.A. y de terceros en sus dos centros: “Clínica TT” y “Clínica SS”, aclarando que ambas actividades desarrolladas por “CS” previamente a la fusión –medicina prepaga y servicios médicos– continuarán realizándose en la firma continuadora “AAA” S.A.

Dicho ello explica que con el fin de alcanzar los objetivos organizacionales planteados escindirá de su patrimonio las acciones mencionadas, con la incorporación de dicho activo escindido en “ZZZ” S.A., indicando que la sociedad absorbente es exclusivamente “inversora” o “holding”.

Aclara que los accionistas de “ZZZ” S.A. son: “Alberto ZZ” con el (69,90373%), y “Elena RR de ZZ” con el (30,09627%).

Destaca la consultante que sus accionistas no transfieren a terceros la participación accionaria que actualmente poseen en “XXX” S.A., sino que por la escisión proyectada dichas acciones se incorporarán al patrimonio de una empresa ya existente “ZZZ” S.A., perteneciente al mismo grupo familiar, y cuya actividad exclusiva es de inversión. Con este proceso se le facilita a “AAA” S.A. destinar la totalidad de sus recursos humanos y materiales hacia su actividad principal de servicios de medicina prepaga, concentrándose a su vez en la compañía exclusivamente inversora –“ZZZ” S.A.– el ejercicio de esta última actividad.

Adicionalmente aclara que la escisión implicará la correspondiente reducción de su patrimonio de conformidad con las previsiones del art. 88 de la Ley 19.550 y del inc. b) del segundo párrafo del art. 105 del decreto reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias y en “ZZZ” S.A. un efecto patrimonial neutro dado que si bien incorporará el patrimonio recibido por la escisión, también reflejará la disminución del valor de la inversión que posee en “AAA” S.A.

Bajo el contexto descripto opina que la escisión planteada encuadra en el supuesto previsto en el inc. b) del sexto párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y que se cumplen los requisitos reglamentarios de empresa en marcha y de tenencia patrimonial, puesto que quedará en forma directa o indirecta en poder de los mismos accionistas –personas físicas– el capital de las compañías involucradas en el proceso, es decir de “AAA” S.A. –escidente– y de “ZZZ” S.A. –absorbente–, indicando respecto de los requisitos de comunicación, publicidad e inscripción que, al igual que el vinculado al mantenimiento de la actividad con posterioridad a la escisión-fusión, se materializarán a su debido momento.

Con relación con el interrogante específico que plantea, no obstante juzgar que la inversión califica como “actividad” tanto a los fines societarios como fiscales, considera necesario despejar cualquier incertidumbre al respecto, trayendo a colación los Dict. D.A.T. 15/01 y 12/04 en los que se analizó el cumplimiento del requisito de marras en casos de fusión por absorción donde una de las partícipes era una sociedad holding o inversora, aun cuando no trataban un caso análogo al presente.

En apoyo de su tesis cita los Dict. D.A.T. 54/05 –planteo oportunamente efectuado por la firma consultante– y Dict. Di.A.Téc. 42/08 y 30/09, en los cuales se admitió que la inversión en sociedades constituye una actividad susceptible de quedar comprendida en el régimen previsto en el citado art. 77 de la ley.

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

Asimismo, cabe advertir que este servicio asesor abordará la reorganización proyectada desde un punto de vista teórico y en base a la información brindada por la presentante, sin pormenorizar aspectos específicos para los cuales no cuenta con los datos necesarios, más aun teniendo en cuenta que la situación planteada es de ocurrencia potencial, centrándose en el aspecto puntual de la reorganización, sin llevar a cabo verificación alguna, la que eventualmente estará a cargo del área operativa pertinente.

Por otra parte procede indicar que no se analizará la reestructuración simultánea de fusión que refiere, por la cual “AAA” S.A. absorberá a “CS” S.A., ambas dedicadas a la actividad de medicina prepaga y servicios médicos, en virtud de no ser motivo de consulta.

Aclarado ello, y comenzando con el análisis del encuadre legal de la operatoria en cuestión, cabe recordar que el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones) dispone que –“Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a dos años desde la fecha de la

reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas”–.

El mismo dispositivo legal, en su sexto párrafo, establece que “Se entiende por reorganización:

- a) La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas;
- b) la escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera;
- c) ...”.

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

En tanto su inc. a) considera que existe fusión de empresas “cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas ...”.

De la normativa transcripta se desprende que el marco reglamentario contempla como supuesto de reorganización la escisión-fusión, situación ésta que reflejaría el planteo efectuado por la rubrada en el que escinde una parte de su patrimonio, la cual es simultáneamente absorbida por su controlante “ZZZ” S.A.

Aclarado ello, es dable recordar que el segundo párrafo del art. 105 antes mencionado dispone que en los casos de fusión y escisión de empresas deberán observarse los siguientes requisitos:

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

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

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

Agregando el segundo párrafo del apart. III que se –“... considerará como actividad vinculada a aquélla que coadyuve o complementa un proceso industrial, comercial o administrativo, o que tienda a un logro o finalidad que guarde relación con la otra actividad (integración horizontal y/o vertical)”–.

Expuesta la normativa aplicable al caso y teniendo en cuenta que “AAA” S.A. escinde las acciones correspondientes al paquete accionario –noventa y cinco por ciento (95%)– de “XXX” S.A., corresponde reiterar que, como viene sosteniendo esta Asesoría, la tenencia accionaria en una empresa controlada implica el desarrollo de una actividad inversora.

En ese sentido, en el Dict. D.A.T. 30/09 se interpretó que cuando a fin de obtener ingresos se requiera la asunción de costos, gastos y riesgos empresarios vinculados, dichas operaciones calificarán como –actividad– y, en cuanto a las inversiones, citándose el Visto al Dict. D.A.T. 15/01 referido a un proceso de fusión por absorción, se consideró que las colocaciones efectuadas en el capital accionario de una sociedad que realiza una actividad operativa –mediante las cuales se obtiene el control de la firma–, no implican que la empresa controlante obtenga sus rentas a partir del ejercicio indirecto de la respectiva actividad operativa sino que las obtiene a partir del ejercicio de una “actividad inversora”.

Siguiendo tal tesitura se entendió que “... no considerar actividad la inversión en el capital de sociedades implicaría que no se apliquen las prerrogativas del régimen establecido por el aludido art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias a las firmas que se reestructuren con la finalidad de descentralizar o centralizar la tenencia de títulos valores y otras colocaciones”, estimándose que “... las tenencias accionarias en la sociedad controlada por la firmas que se escinden conllevan la realización directa de la actividad inversora, tanto por parte de las sociedades antecesoras como de la continuadora, encontrándose la misma involucrada en el proceso de escisión”.

De esta forma, y aceptado que la tenencia de acciones como inversión de carácter permanente en el capital de “XXX” S.A. configura el ejercicio de la actividad inversora, corresponde expedirse acerca del mantenimiento de las actividades de las dos empresas involucradas en el caso, esto es, “AAA” S.A. y “ZZZ” S.A. Sobre el particular cabe destacar que mediante Nota del .../.../14 la consultante manifiesta que en todos los casos la actividad inversora de las sociedades involucradas tiene una antigüedad superior a dos años.

En tal menester y dado que la operación planteada reviste similares características a la analizada en una consulta presentada por la rubrada la que diera origen al Dict. D.A.T. 54/05, corresponde reseñar las consideraciones allí expuestas por este servicio asesor.

En esa oportunidad “AAA” S.A. escindía la mayor parte del patrimonio relacionado con la actividad inversora para integrarlo a las inversiones de su controlante, señalándose que ya en el Dict. D.A.T. y J. 18/85 se interpretó que “... el adjetivo indefinido ‘alguna’ sería suficiente para caracterizar la continuidad del funcionamiento de una actividad con respecto a varias ...”, y que ello “... se compatibilizaría con el propósito del instituto jurídico de la escisión, consistente en una descentralización no empresaria ... pero sí organizativa”, concluyéndose que resultaría suficiente para el cumplimiento de la condición precitada que cada una de las entidades escisionarias continúen desarrollando alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas y no su globalidad, para que así se pueda cumplir con uno de los posibles objetos de la escisión que es la descentralización de las actividades.

De conformidad con ello se entendió que “... al proseguirse en cada patrimonio escindido respectivamente la actividad que se realizaba con anterioridad a la reestructuración, ..., el requisito aludido en el apart. II del segundo párrafo del art. 105 del reglamento de la Ley de Impuesto a las Ganancias, se encontraría cumplido en cuanto a la continuación de alguna de las actividades de la firma antecesora en la continuadora”, ello, por supuesto, “... cuando dicha actividad se mantenga durante el lapso dispuesto por las normas (dos años desde la fecha de reorganización)”.

Advirtiéndose además que “... en la reorganización que se describe –escisión o división de empresas donde ‘una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente’– el requisito de continuación de las actividades se cumpliría, de continuarse con ellas por el término previsto en las pautas legales, tanto en la firma que se escinde como en la firma absorbente”.

Ahora bien, el presente caso difiere de aquél por cuanto mediante el proceso planteado lo que se escindiría es la totalidad de la tenencia accionaria de “XXX” S.A., es decir “AAA” S.A. dejará de desarrollar la actividad inversora que se integra a “ZZZ” S.A. –empresa holding–, por ello corresponde indagar si esta situación implica incumplir el requisito en cuestión.

A tales fines resulta ilustrativo traer a colación el Dict. D.A.T. 20/08, relativo a un proceso de escisión-fusión de acciones similar al consultado, y en el cual este servicio asesor, al observar que tanto la escidente como la absorbente “... van a contar a la fecha de la reorganización con más de doce meses dedicados a la actividad inversora (tenencia de acciones), siendo ésta la actividad que se escindiría de la primera integrándose en la última que también la desarrolla, ... de continuar la firma fusionada con dicha actividad durante los dos años siguientes a la fecha de reorganización el proceso estaría cumpliendo con los requisitos de mantenimiento de actividades iguales o vinculadas previas y posteriores a la fecha de reorganización que exigen las disposiciones aludidas”.

Aclarándose, de acuerdo al temperamento expuesto, que no sería necesario que la firma escidente “... continúe con la actividad inversora para cumplir con los mentados requisitos, pues en dicho contexto de descentralización de actividades cada firma deberá

continuar con la actividad que le corresponda durante el lapso establecido por las normas ...”.

Congruentemente con todas las consideraciones vertidas, esta asesoría estima que la circunstancia de separarse la tenencia de acciones con carácter de inversión permanente de la actividad operativa relativa a la medicina prepaga para que cada actividad pase a ser desarrollada por cada una de las dos firmas involucradas en el proceso de reestructuración descrito, no implica que el requisito de continuación de las actividades establecido por el apart. II del segundo párrafo del art. 105 del decreto reglamentario y al que alude el primer párrafo del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, resulte incumplido.

De esa manera, y para el caso que nos ocupa, procede concluir que de proseguir las sociedades continuadoras, “AAA” S.A. y “ZZZ” S.A., con el ejercicio de la actividad de medicina prepaga e inversora, respectivamente, durante el plazo que establece la normativa aludida se debería considerar satisfecha la mentada condición.

Por último, cabe agregar a las salvedades ya realizadas respecto del alcance del presente análisis, que la viabilidad de la reorganización planteada también dependerá de lo que resuelva oportunamente la Inspección General de Justicia en el ejercicio de sus facultades de control de legalidad y poder de policía, concretadas en la fijación del correcto encuadramiento de las sociedades constituidas bajo el marco normativo de la Ley 19.550 y sus modificaciones, y dentro de las pautas reglamentarias establecidas por la misma.

Ver Consulta vinculante relacionada N° 31/14 (SD.G.T.L.I.).