



PosGrado Económicas

Universidad de Buenos Aires



Facultad de Ciencias Económicas - Secretaría de Posgrado

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE
ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.**

ALUMNO: SANTIAGO STRATICO

DNI: 26.583.204

TUTOR: DR. ROBERTO OSCAR FREYTES

**DIRECTOR DE LA CARRERA: DR. JUAN
CARLOS VICCHI**

AÑO 2015

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

ÍNDICE.

I. Objetivos.....	3
II. Introducción.....	3
A. Las reorganizaciones empresariales.....	3
B. Los requisitos a ser cumplidos para marginarlas de la imposición y para el traslado de créditos impositivos.....	6
III. El requisito del mantenimiento de la misma actividad o de otra vinculada luego de la reorganización	7
A. El concepto de “actividad vinculada”	7
B. Mantenimiento como mínimo de una actividad de cualquier entidad reorganizada.....	13
1. Fusiones	14
2. Escisiones.....	17
3. Transferencias dentro de un mismo grupo económico	19
C. Alcance del término “reestructuradas”, “reorganizadas” o “antecesoras”... ..	19
1. Fusiones	20
2. Escisiones.....	23
3. Transferencias entre entes de un mismo grupo económico.....	25
D. Alcance del término “continuadoras”	25
E. Actividad de las sociedades holding.....	27
F. Actividad de locación de inmuebles.....	30
G. Nueva reorganización antes de transcurridos dos años.....	34
H. Personas físicas como continuadoras de la actividad de la empresa reestructurada.....	35
I. Discontinuidad de la actividad antes de transcurridos dos años por fuerza mayor.....	36
J. Determinación de la fecha de reorganización.....	37
IV. El requisito del mantenimiento de la actividad o de otra vinculada antes de la reorganización.....	41
A. La aplicación del requisito en general.....	41
B. La aplicación del requisito en las transferencias dentro de un mismo conjunto económico.....	44
C. La fusión y escisión dentro del conjunto económico.....	48
V. Conclusiones.....	52

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

**EL MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD EN LAS REORGANIZACIONES
EMPRESARIALES LIBRES DE IMPUESTOS.**

I. Objetivos.

Abordar en profundidad la temática referente al tratamiento de las reorganizaciones empresariales en la ley de impuesto a las ganancias, en el aspecto particular del requisito del mantenimiento temporal de la misma actividad o de otra vinculada, detectando posibles cuestiones no resueltas por la normativa vigente.

Determinar si las normas sobre el mantenimiento temporal de la actividad, en la ley de impuesto a las ganancias, se corresponden con el objetivo de evitar que las reestructuraciones se realicen sólo por cuestiones fiscales.

II. Introducción.

Seguidamente, se introducirá el contexto general en el que se halla enmarcado el tema particular que se trata en el presente trabajo: el mantenimiento temporal de la actividad en los procesos de reorganización empresarial libre de impuestos.

A. Las reorganizaciones empresariales.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

La reorganización empresarial es una figura adoptada en el derecho argentino por las ramas comercial y tributaria. A continuación se describirán las particularidades del instituto en cada una de ellas.

En lo que hace a los sujetos alcanzados, el derecho comercial regla la reorganización societaria en la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, por lo tanto, el término “reorganización” sólo abarca a entes regulados por dicha normativa.

En cambio, el derecho tributario no limita la reestructuración a las sociedades comerciales, sino que, de acuerdo con él, también son susceptibles de reorganización los fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza pues, como dijera Asorey, *“la ley ha utilizado conceptos con contenido amplio para designar la realidad subyacente a todo proceso de reorganización. Es evidente que 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.”*¹

No se hace mención en este trabajo a las asociaciones civiles, fundaciones, mutuales y cooperativas pues no son sociedades comerciales, ni empresas, ni explotaciones, por un lado, ni están generalmente sujetas a la imposición a los réditos, por el otro², siendo muy discutible su susceptibilidad a ser reorganizadas.

En lo referente a los tipos de reorganización, están contempladas expresamente en el derecho societario la fusión y la escisión³, mientras que en el derecho fiscal,

¹ Asorey, Rubén O., “Reorganizaciones empresariales libres de impuestos”, editorial La Ley, año 1984, página 15.

² Esta es la postura de la AFIP en su Dictamen (DI ATEC) 37/2012 donde la que se reorganiza es una sociedad, mientras que la continuadora es una fundación.

³ Varios autores incluyen a la transformación, legislada en la sección X del capítulo I de la Ley 19.950, como una de las formas de reorganización societaria. Tal el caso de Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muño en su obra Derecho Societario, Editorial Astrea, 5ª reimpression, año 2004, página 817 y ss. En el ámbito tributario, la transformación no es reconocida como una forma de reorganización. Ver al respecto dictámenes 48/1978 DATJ, 13/1980 DATJ, 20/1988 DATJ,

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

además de aquellas, se considera reorganización a toda transferencia entre entes de un mismo conjunto económico.

Otra diferencia entre ambas ramas jurídicas radica en los *objetivos implícitos* que se persiguen con la creación de las normas. Mientras que el derecho societario busca reglamentar las reorganizaciones para brindar seguridad jurídica ante una numerosa cantidad de fusiones y escisiones, así como también para la protección de las minorías y de terceros, el derecho tributario busca la neutralidad fiscal, pero a la vez, también aspira a que no se realicen reorganizaciones con fines pura y exclusivamente fiscales.

En tal sentido es que la ley 18.527, modificatoria de la entonces ley de impuesto a las ganancias, la 11.682, introdujo importantes cambios a las normas reorganizativas fiscales, contando con la siguiente exposición de motivos:

“Dentro de los objetivos vinculados con la eficiencia del sector privado, juega un papel importante el hecho de que las empresas logren una dimensión apropiada a la producción en gran escala en algunos casos y aprovechen la ventaja de la especialización en otros.

“El sistema tributario argentino en muchos casos obstaculiza la reorganización de empresas, dándole el carácter de operación gravada e impidiendo de ese modo que - por razones de costo fiscal - se realicen reorganizaciones cuyo resultado podría ser el mejoramiento de la productividad.

“El propósito central de las reformas vinculadas con este punto, consiste en facilitar estos procesos de reorganización, impidiendo de ese modo que la tendencia del mercado a la optimización del rendimiento de los factores

66/2001 (DI ATEC) y 03/2005 DAL, así como también la obra de Enrique J. Reig “Impuesto a las Ganancias” 11ª edición, año 2006, página 962, que no identifican a esa figura como reorganizativa a los fines fiscales.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

productivos sean obstaculizados por razones impositivas. Se han adoptado, por otra parte, algunos recaudos para impedir que las reorganizaciones tengan propósitos exclusivamente fiscales, ya que en tal caso no se lograría el objeto deseado.”

Justamente, uno de los recaudos adoptados para evitar que las reorganizaciones se hagan con fines meramente fiscales es el requisito que exige el mantenimiento de la actividad de la empresa reorganizada en la o las continuadoras.

Sobre el alcance de dichos requisitos se buscará profundizar en este trabajo y finalmente se arribará a una conclusión relativa a si los mismos se corresponden con el objetivo planteado en la exposición de motivos que acompañó a la Ley 18.527, referente a la evitación de las reorganizaciones con un móvil puramente fiscal.

B. Los requisitos a ser cumplidos para marginarlas de la imposición y para el traslado de créditos impositivos.

Además del requisito del mantenimiento - antes y después - de la misma actividad de la empresa reorganizada u otra similar, por parte de la o las continuadoras, por un determinado lapso de tiempo, se deben dar otras condiciones para que procedan los beneficios fiscales, fijados en el artículo 77 de la ley de impuesto a las ganancias y en el artículo 105 de su decreto reglamentario, como el mantenimiento de la participación por parte de los propietarios, la comunicación a la AFIP y el encontrarse la entidad en marcha, cuestiones que no se abordarán en el presente trabajo por exceder el objetivo del mismo.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Debe aclararse que no todos los requisitos deben ser cumplidos en todo tipo de reorganización: el de tratarse de una empresa en marcha, junto con el del mantenimiento de la actividad previamente no son una exigencia para gozar de los beneficios fiscales en el caso de las transferencias entre entes pertenecientes a un mismo conjunto económico.

III. El requisito del mantenimiento de la misma actividad o de otra vinculada luego de la reorganización

A continuación se analizará el contenido de este condicionamiento que impone la ley ante cada reestructuración.

A título informativo, se debe destacar que este requisito ha estado presente no sólo en nuestro país, sino en otras legislaciones comparadas, como en el Internal Revenue Code de los Estados Unidos, donde también aparece la exigencia de *“cierta continuidad en el ejercicio de la industria o el comercio de las empresas liquidadas.”*⁴

A. El concepto de “actividad vinculada”

El artículo 105 del decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias, prescribe en el inciso II), que la vinculación tiene que ver con la *“permanencia de la explotación dentro del mismo ramo”*, de manera 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”*.

⁴ Krause Murguiondo, Gustavo A., “Régimen impositivo de las reorganizaciones empresariales”, Lexis Nexis Argentina, 2005, pág. 39.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Sin embargo, en lo que parecería un contrasentido, en el segundo párrafo de su inciso III), prevé que *“Se considerará como actividad vinculada a aquella que coadyuve o complemente 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)”*.⁵

Para poner en evidencia la contradicción aludida, es menester en este caso, fraccionar la definición para lograr interpretar su alcance.

Por *coadyuvar*, debe entenderse como *“contribuir, asistir o ayudar a la consecución de algo”*.⁶

Por *complemento*, como *“cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”*.⁷

Es decir, que tanto la actividad de la continuadora, como la de la antecesora, pueden contribuir o integrarse mutuamente para beneficiar a alguna de las dos o a ambas. No es necesario entonces que se parezcan las actividades, o sea, no se habla de semejanza, sino que las mismas pueden resultar bien distintas, mientras que se pueda demostrar el rédito que tal unión genera en la operatoria. Por ello es de difícil comprensión la exigencia de similares características a las de los productos de las empresas antecesoras.

⁵ Si bien, en este caso se define “actividad vinculada previa” a la reorganización, mientras que en el inciso II) se alude a “actividad vinculada posterior” a la reorganización, es impensable creer que el concepto pueda diferir tratándose de uno u otro caso.

⁶ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=coadyuvar, consultado el 7/12/2010 a las 18:29 hs.

⁷ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=complemento, consultado el 7/12/2010 a las 18:33 hs.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Por ejemplo, si la entidad antecesora es una empresa que se dedica a la locación de buques de pesca y la continuadora es una pesquera, no existirían óbices frente a una fusión por absorción, dado que esta última dejaría de arrendar los buques, para integrar verticalmente tal función a su organización.

Idéntica postura se podría aplicar respecto de la industria del petróleo, tomando como ejemplo una entidad antecesora que se dedique a la venta al público de productos derivados del petróleo (nafta, querosene, gasoil, lubricantes, etc.), y que es absorbida por una que se dedique a la refinación de petróleo que quiera comercializar directamente sus propios productos.

A lo anotado, se puede agregar que el mismo inciso l) utiliza una expresión que no hace sencilla su interpretación, ya que habla de *“permanencia de la explotación dentro del mismo ramo”*.

Aquí hay que detenerse e intentar comprender el alcance del término *“ramo”*. La acepción que interesa es la que lo define como *“cada una de las partes en que se considera dividida una ciencia, arte, industria, etc.”*⁸, dando como ejemplos *“Ramo del saber, de la Administración Pública, de mercería”*. La dificultad en este caso estriba en la vaguedad del concepto; ¿se encuentran dentro del mismo ramo las actividades que se mencionaron en los ejemplos precedentes?

Se entiende que sí. En la definición, cuando se habla de arte o industria, se habla de un segmento dentro del cual se desempeñan diversas actividades unidas por un nexo común. Ese nexo común es una actividad primaria (entiéndase por actividad primaria la que se contrapone a las actividades secundarias – comercio – y terciaria – servicios-) en torno a la cual gira el resto.

⁸ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ramo, consultado el 18/6/2011 a las 11:49 hs.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Así, por ejemplo, la industria agropecuaria (o industria del campo), arrastra no sólo a la actividad agropecuaria en sí, sino a los intermediarios, al transporte, al almacenaje, a los servicios agrícolas como la fumigación, la siembra y la cosecha, etc. Todas estas actividades se encuentran dentro del mismo ramo.

Es por todo ello que no se comprende por qué el decreto exige la similitud en los productos elaborados o en los servicios prestados.

El criterio de la AFIP quedó plasmado en el Dictamen (DI ATEC) 59/2006, donde interpreta que, para reputarse vinculadas, las actividades deben ser complementarias o tendientes a un mismo fin, con costos, riesgos e ingresos de igual origen.

Este dictamen dio lugar a una apelación - en los términos del quinto párrafo del Artículo incorporado a continuación del Artículo 4º de la Ley N° 11.683 - por parte de la empresa consultante, ante el Ministerio de Economía, cuya opinión fue también desfavorable a las pretensiones de aquella.⁹

Se trataba de una empresa pesquera que absorbería a la firma que le alquilaba el buque de pesca. Frente a esta situación, el Fisco entendió que, al ser la locación de dicho bien la única actividad de la empresa absorbida, no se cumpliría con el requisito del mantenimiento de la actividad o de otra vinculada por parte de la entidad resultante de la fusión. En concreto, expresó: *“entre las actividades que desarrollará la fusionada no subsiste la única prestación que suministra la firma que sería absorbida dado que a partir de la nueva organización empresarial la actividad de la locadora quedaría eliminada....en tales condiciones, la reorganización descrita por la recurrente no cumple con el requisito exigido por el primer párrafo del Artículo 77 de la ley del tributo.”*

⁹ Resolución N° 927/2006 del 28/11/2006 publicada en el Boletín Oficial el 04/12/2006.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

De acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores, la locación de buques es una actividad totalmente vinculada a la pesca ya que pertenecen al mismo ramo y, por tanto, no existirían óbices para llevar a cabo la reorganización.

Pero aquel no es el único argumento. Se entiende asimismo, que se hizo una interpretación literal de la norma, en el sentido de que no puede exigirse que la sociedad absorbente continúe la actividad de locación para “auto – alquilarse” el buque. Como se verá en el punto F., esta conclusión es la misma que puede obtenerse en el caso de la locación de inmuebles: si el barco estuviere inexplorado y, raudamente, se realiza una reorganización, ello configuraría un indicio de la falta de genuinidad de la operación. Lo cual no se advierte en el caso de marras.

También la AFIP denegó una reorganización porque, en una fusión por absorción, se continuaba con la actividad de la empresa absorbente, que era la fabricación de envases para elementos líquidos y semilíquidos, mientras que la entidad absorbida fabricaba envases para elementos sólidos (Dictamen (DI ATEC) N° 90/1995). Si bien no se acuerda con sus conclusiones, en este último caso podría denegarse la reestructuración si lo que se envasa en la continuadora es sustancialmente disímil a lo que envasaba la continuadora, v. gr. alimentos vs. lubricantes, lo cual da una idea de que no se continúa en el mismo ramo, tal como se definió dicho concepto anteriormente.

También interpretó que no es actividad vinculada a la actividad de locación de inmuebles rurales, la explotación de dichos inmuebles (Resolución (SDG LTI) 53-2012).

Por otra parte, Raimondi y Atchabahian entienden que no existen óbices para abandonar la actividad principal y mantener las vinculadas, a la vez que advierten

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

que la definición de las actividades vinculadas *“implica que ellas son siempre y exclusivamente actividades complementarias o integradas. A raíz de esta definición, se puede abandonar la actividad madre y mantener sólo alguna que le sea complementaria; o ampliarla mediante integraciones horizontales o verticales (no diversificación).”*¹⁰

La comisión 1 del 4º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, concluyó que *“Reconocer que, si bien hace a la esencia de los procesos de reorganización, que la o las entidades continuadoras prosigan con la actividad de la o las reestructuradas y otra vinculada con las mismas, debe entenderse que es aquella de naturaleza esencialmente similar, pero que puede diferir de la desarrollada por la antecesora en la medida que permanezca en el mismo ramo...”*¹¹

La contradicción puesta de manifiesto en este acápite también fue advertida mucho antes por Asorey, quien expresó que *“el decreto reglamentario es contradictorio al definir a las actividades vinculadas como aquellas actividades complementarias o que tienden a una integración cuando exige simultáneamente, la permanencia en la producción o comercialización de bienes o servicios con similar características a los que se efectuaban con anterioridad a la reorganización”*¹²

Krause Murguiondo coincide expresando que *“En nuestra opinión, el concepto de actividad “vinculada” que contiene el art. 77 de la ley y los aparts. II y III del art. 105 del decr. 1344/1998, debe prevalecer por representar un criterio más amplio y*

¹⁰ Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo; “El impuesto a las ganancias”; segunda edición; Ediciones Depalma; Buenos Aires 1999; pág. 678.

¹¹ 7º conclusión del 4º SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA -COMISIÓN N°1- C.P.C.E.C.A.B.A., 2002. Fuente: Biblioteca Digital.

¹² Asorey, Rubén O., “Reorganizaciones empresariales libres de impuestos”, editorial La Ley, año 1984, página 31.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

más acorde con los fines de la ley respecto del concepto de “bienes o servicios esencialmente similares”¹³

Como resultado de lo expuesto, se concluye que debe considerarse a una actividad vinculada cuando se integre o complemente a la actividad originaria y, concurrentemente, sea del mismo ramo. Por tal razón es que se entiende reñida con el principio de legalidad la exigencia reglamentaria de la similitud de los productos o servicios, porque la propia ley habla claramente de actividades vinculadas y no de los productos o servicios, debiendo limitarse el reglamento a brindar una definición acorde con lo que se desprende de la ley.

B. Mantenimiento como mínimo de una actividad de cualquier entidad reorganizada.

La ley de impuesto a las ganancias, en el primer párrafo del artículo 77 prevé que debe mantenerse por un lapso de dos años la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada.

La cuestión a determinar aquí sería la de qué cantidad de actividades debe mantenerse. Freytes asevera que *“No hay duda de que si la pretensión reglamentaria fue la del mantenimiento de la totalidad de las actividades no debió afirmar que alcanzaba con mantener “alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas”. De haber querido afirmar lo contrario hubiese alcanzado con señalar que debían mantener “las actividades de la o las empresas reestructuradas”. Tampoco se nos escapa la posibilidad de admitir que la referencia a “alguna” puede referirse al supuesto de escisión en el que las*

¹³ Krause Murguiondo, Gustavo A., “Régimen impositivo de las reorganizaciones empresariales”, Lexis Nexis Argentina, 2005, pág. 181.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

actividades de la escidente se reparten entre las escisionarias y cada una de estas continúa con “alguna” de ellas.”

“Sin embargo, siendo tan rígidas las exigencias en materia de mantenimiento de la titularidad del capital, no parece que entorpezca los propósitos perseguidos por el régimen una admisión más flexible del requisito de mantenimiento de actividades ya que, es común que la propia reestructuración produzca necesariamente, o se aproveche, para hacer adecuaciones dentro del mismo ramo.”¹⁴

No obstante estar de acuerdo con la opinión calificada de la doctrina, a los fines de este trabajo se intentará determinar cuál es la actividad a continuar en cada tipo y subtipo de reorganización.

1. Fusiones

Así, si se está en presencia de una fusión propia, surge el interrogante de precisar si la actividad a mantener es una actividad de al menos una de las fusionadas o alguna de las actividades de cada una de ellas. Es decir, tratándose de la fusión de una empresa A con una empresa B, la duda radica en si hay que seguir con alguna actividad de A “o” de B, o en el otro caso, si hay que seguir una actividad de A “y” otra de B.

El inciso II) del artículo 105 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias trata este tema y menciona que se deberá continuar *“alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquéllas”*, lo cual tampoco zanja la cuestión porque no define el término “empresas reestructuradas”.

¹⁴ Freytes, Roberto Oscar, "Desarrollo previo y continuación de actividades vinculadas en los procesos de reorganización", Derecho Fiscal, edición de julio/agosto de 2007.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

No se debe entonces soslayar en estos casos la trillada - pero no por ello menos efectiva - regla del artículo 1º de la ley 11.683, de procedimientos tributarios que dice: *“En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado.”* Es decir, no pueden interpretarse tales normas si no se tiene en cuenta el propósito empresarial que debe subyacer en toda reorganización.

Siguiendo esa línea de argumentación, Freytes enseña que *“Por nuestra parte, entendemos que la exigencia de un propósito empresarial es un requisito implícito en las normas del los arts. 77 y 78 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. 1997), en la medida en que las leyes deben ser interpretadas conforme a la realidad de los hechos, atendiendo a su sustancia y no meramente a las formas jurídicas externas. Ello es así por cuanto aparece necesario comprobar, para otorgar los beneficios fiscales, que las reorganizaciones beneficiadas se correspondan a la necesidad o conveniencia real en el ámbito de los negocios, y que no constituyan un mero juego de papeles jurídicos distintos a los existentes, sin otro propósito que el beneficio fiscal previsto no para esa alternativa ficticia sino para las operaciones reales.*

Mediante la doctrina de la exigencia de un propósito empresarial o comercial no se trata, entonces, de obligar al contribuyente a seguir el procedimiento más gravoso impositivamente y no el más económico, lo cual resultaría improcedente, conforme la doctrina de la Corte Suprema antes citada. De lo que trata es de controlar que los beneficios fiscales se aplique a los casos reales para los cuales han sido previstos, lo que implica en los contribuyentes la exigencia de motivos específicos,

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

a la vez que de situaciones reales, en el caso de necesidades o conveniencias de las operaciones de reorganización”.

“Exigir la continuación de alguna de las actividades de cada una de las sociedades reestructuradas, implica establecer obstáculos que son los que precisamente justificaron la sanción de las normas sobre reorganización de empresas.”¹⁵

Si bien, en líneas generales, se acuerda con tal postura, que concluye que sólo es obligatoria la continuidad de alguna actividad de sólo una empresa antecesora, es dable remarcar que no parece razonable que los créditos fiscales trasladables provengan sólo de la entidad cuyas actividades no se continuaron en la fusionada. En este caso no se estaría cumpliendo acabadamente el objetivo que se fijó al crearse el beneficio fiscal.

Cuando, entre los créditos a trasladar, se encuentre el de la empresa de la cual se continúa con alguna actividad, no habría inconvenientes porque no es razonable presumir que lo único que se busca con la reorganización es trasladar créditos fiscales cuando se está continuando con alguna de las actividades de la empresa generadora de los mismos.

Asorey, por su parte, interpreta que *“las empresas resultantes deben mantener una de las actividades, aunque sean parciales, de las sociedades fusionadas”*.¹⁶

Si se tratara de una fusión impropia o por absorción, la actividad que se debe continuar en la entidad reorganizada es la de la entidad absorbida, tenga o no vinculación con la actividad de la entidad absorbente. En tal entendimiento, nada

¹⁵ Freytes, Roberto Oscar, "Desarrollo previo y continuación de actividades vinculadas en los procesos de reorganización", Derecho Fiscal, edición de julio/agosto de 2007.

¹⁶ Asorey, Rubén O., "Reorganizaciones empresariales libres de impuestos", editorial La Ley, año 1984, página 31.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

obsta a que se discontinúe la actividad de esta última pues, como se verá más adelante, no debe ser considerada entidad antecesora.

Se estima que, si el objetivo de la implantación del requisito del mantenimiento de la actividad responde a la necesidad de no aceptar reorganizaciones con fines sólo fiscales, no puede resultar indiferente la actividad a seguir: es decir, los créditos impositivos que se trasladen deben ser utilizados en alguna de las actividades del ente que los generó u otra vinculada. En este caso, si la que poseía los créditos era la entidad absorbida, sí o sí se debe continuar con alguna actividad de ésta, pues de lo contrario, si se continúa sólo con la actividad de la absorbente, y si ésta no fuere igual o vinculada a las de la antecesora, se estarían aprovechando los mismos en otro ramo, alejándose del fin de la ley.

Asorey expresa, en una de sus obras que se debe mantener al menos una actividad tanto del ente absorbido como del absorbente.¹⁷

2. Escisiones

En referencia a los tipos de escisión, debemos decir lo siguiente:

El primer supuesto de escisión se da cuando una entidad destina parte de su patrimonio al de una entidad existente. En este caso la entidad continuadora está obligada a proseguir sólo con alguna actividad de la empresa escidente (u otra vinculada) o de la entidad preexistente (u otra vinculada).

El segundo supuesto acaece cuando una entidad destina parte de su patrimonio para participar, junto con una entidad existente, en la creación de una nueva

¹⁷ Ídem cita anterior.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

entidad. En este caso se debería continuar al menos una actividad de la empresa que se escinde o de la otra empresa junto con la cual formarán la nueva entidad (o bien, actividades vinculadas).

En estos dos primeros supuestos hay opiniones de peso discordantes, como la de Asorey, que interpreta que debe seguirse al menos una actividad de cada una de las empresas intervinientes.¹⁸

El tercer supuesto de escisión se presenta cuando una entidad destina parte de su patrimonio a la creación de una nueva entidad. En tal sentido, sólo deberá seguirse con alguna actividad de dicha empresa (o actividad vinculada).

Ello, en total concordancia con el criterio de la administración, tal como surge del Dictamen (DATyJ) 18/1985, donde se expresa que *“Es suficiente para el cumplimiento de la condición precitada que la entidad escisionaria continúe desarrollando alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas y no su globalidad, no existiendo además, necesariamente, la obligación por parte de estas últimas de conservar paralelamente dichas explotaciones.”*

En consonancia con el mentado precedente administrativo se pronuncian Krause Murguiondo¹⁹ y Deymonnaz y Fiorilli²⁰

Es el mismo caso que el cuarto supuesto de escisión el cual consiste en el fraccionamiento en nuevas empresas por parte de una ya existente, por ende las continuadoras deberán ejercer alguna actividad de aquella (o alguna vinculada).

¹⁸ Asorey, Rubén O., “Reorganizaciones empresariales libres de impuestos”, editorial La Ley, año 1984, página 55.

¹⁹ Krause Murguiondo, Gustavo A., “Régimen impositivo de las reorganizaciones empresariales”, Lexis Nexis Argentina, 2005, pág. 182.

²⁰ Deymonnaz, Julián A. y Fiorilli, Julio, Reorganización de empresas: requisitos y condiciones de la ley de impuesto a las ganancias, Derecho Fiscal, Tomo XLVII, pág. 3.

3. Transferencias dentro de un mismo grupo económico

En el caso de las transferencias entre entes de un mismo conjunto económico, debe continuarse alguna actividad del fondo de comercio enajenado.

C. Alcance del término “reestructuradas”, “reorganizadas” o “antecesoras”.

La última parte del primer párrafo del artículo 77 de la ley de impuesto a las ganancias sujeta la reorganización al mantenimiento, por un lapso mínimo de dos años, de *“la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas”*.

Ahora bien, nótese que la norma habla de la actividad de cualquiera de la o las empresas reestructuradas²¹. Por ello, es esencial determinar qué se entiende por entidad reestructurada, para saber cuál es la actividad o las actividades que se deben continuar.

En tal sentido, se opina que la ley no discrimina entre los términos antecesora, reestructurada y reorganizada, empleándolos indistintamente.

En líneas generales, podemos definir entidad antecesora como aquella susceptible de transferir los atributos fiscales. No obstante y, a efectos de lograr mayor claridad, el análisis respecto de cómo tiene que interpretarse este concepto debe

²¹ De acuerdo a la redacción de la norma, en un análisis literal, podría entenderse que la expresión *“las mismas”* habla de actividades vinculadas con la o las *“empresas”* reestructuradas y no con la *“actividad”* de dichas empresas, pero no se advertiría lógica en dicha interpretación.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

realizarse para cada tipo de reorganización y las variantes que se encuentran dentro de cada uno de dichos tipos.

1. Fusiones

En el caso de una fusión propia o de consolidación, se entiende que las antecesoras son las dos empresas que participan en la conformación de la nueva entidad. En este caso, no existen mayores controversias.

En cambio, si se tratara de una fusión impropia o por absorción, la cuestión deja de ser unánime.

Asorey, por su parte, entiende que el término “entidad reorganizada” puede caberle tanto a la entidad absorbida como a la absorbente.²²

En apoyo de su tesis, expresa que el fisco dispuso en su Dictamen (DI ATEC) N° 14/2001, ante un caso de fusión por absorción, que *“esta Asesoría entiende que el término “antecesoras” debe ser aplicado a ambas empresas partícipes en el proceso reorganizativo”*. Lo propio ha aseverado el ente recaudador, según Asorey, en la opinión de fecha 12/02/04 recaída en la Act. N° 2433/03, por entender que *“en caso contrario, se posibilitaría la elusión de los requisitos legales mediante el simple cambio de roles de absorbente y absorbida, y según convenga a los intereses de los sujetos involucrados”*.²³

²² Asorey, Rubén O., ob. cit. en nota 1, página 31.

²³ Asorey, Rubén O., “Fusión societaria e impositiva”, editorial La Ley, año 2004, página 63.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Freytes también abona dicha opinión, diciendo que *“Así podemos concluir que en una fusión por absorción, tanto absorbente como absorbida son empresas reestructuradas.”*²⁴

La AFIP había hecho referencia en esa oportunidad al requisito del mantenimiento de la participación en el capital, plasmado en el penúltimo párrafo del artículo 77, y no al del mantenimiento de la actividad localizado en el primer párrafo de dicho artículo.

Por su parte, el Dictamen (DI ATEC) N° 11/2009, finalmente dejó en claro que: *“La calidad de empresa antecesora en lo atinente al cumplimiento de los requisitos establecidos en el último párrafo del Artículo 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.), debe aplicarse a todas las firmas fusionadas, es decir que tanto las empresas absorbidas como absorbentes tomarán dicho carácter en un proceso de fusión por absorción”*. Si bien, en tal dictamen, la administración se expidió en torno al requisito del mantenimiento de la participación, lo concreto es que está marcando una tendencia en su línea de opinión. A igual conclusión llega en el Dictamen (DI ATEC) 101/2002.

En cambio, la jurisprudencia jurisdiccional no abonó dicha tesitura en la causa International Engines South America SA, de la sala D del Tribunal Fiscal de la Nación, pues allí se ha esbozado que la entidad antecesora en una fusión por absorción sólo era la absorbida.²⁵

En este trabajo, al igual que en el precedente previamente citado, se entiende que solamente la entidad absorbida es la antecesora o reestructurada. Se llega a esta conclusión pues el segundo párrafo del artículo 77 de la ley del impuesto a las

²⁴ Freytes, Roberto Oscar, "Desarrollo previo y continuación de actividades vinculadas en los procesos de reorganización", Derecho Fiscal, edición de julio/agosto de 2007.

²⁵ International Engines South America SA, Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 22/12/2004, Errepar On Line.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

ganancias establece que *“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”* (la negrita y el subrayado es nuestro). Nótese que no habrá nunca traslado alguno de atributos fiscales a la entidad absorbente provenientes de ella misma, pues nunca se desprenderá de ellos, por no cesar su existencia. Con esto se quiere decir que nunca puede referirse la ley a la entidad absorbente cuando habla de sujeto reorganizado.

Además, según el inciso l) del art. 105 del reglamento, exige que *“las empresas que se **reorganizan** se encuentren en marcha”*, de lo cual se sigue que no es razonable hacer recaer dicha obligación sobre la empresa absorbente, que se supone en marcha (la negrita y el subrayado es nuestro).

El inciso a) del reglamento confirma esta tesitura nuevamente, diciendo que: *“las empresas continuadoras gozarán de los atributos impositivos que, de acuerdo con la ley y este reglamento, poseían las empresas **reorganizadas**, en proporción al patrimonio transferido”* (la negrita y el subrayado es nuestro). Es decir, al hablarse de patrimonio transferido de las empresas reorganizadas, no se puede estar hablando de la empresa absorbente como empresa reorganizada, dado que no se transfiere patrimonio a sí misma.

Por otro lado, no se concuerda con el criterio de admitir que ambas entidades - absorbida y absorbente – sean las antecesoras por el mero hecho de que existe la posibilidad de intercambiar los roles a conveniencia, pues por esta cuestión pueden verse truncadas reorganizaciones genuinas en las que la empresa absorbente deba discontinuar su actividad dentro de los dos años posteriores a la fecha de reorganización.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Es decir, si la realidad económica indica que la entidad absorbente es la entidad absorbida y viceversa, entonces sí podríamos estar en presencia de una reorganización no genuina que busca meramente un beneficio fiscal (aprovechar los quebrantos y créditos fiscales de la entidad que en la realidad es absorbente) y debe ser denegada, pero sólo en tal caso.

De todos modos, no debe desconocerse el fallo de la Corte en la causa Galeno, en el cual los magistrados acuerdan unánimemente con el dictamen de la Procuradora General. Si bien el mismo versó sobre el mantenimiento previo de la participación por dos años por parte de los titulares de la entidad absorbente, es perfectamente aplicable al caso que analizamos.

El mentado dictamen entiende que interpretar que sólo la entidad absorbida es la entidad antecesora es un excesivo apego a la literalidad de la norma, recordando que *"es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de la leyes más que guiarse por el rigor de las palabras en que ellas están concebidas"* (Fallos:308:1664), brindando ejemplos del modo de burlar el requisito si no se reputase antecesora a la entidad absorbente.²⁶

Se insiste en que cuando se materialicen abusos a la norma los mismos deben ser penados, pero quienes no deben ser penados son aquéllos que genuinamente deciden reorganizarse y que razonablemente han interpretado que los requisitos (en nuestro caso, sobre el mantenimiento de la actividad) sólo recaen en cabeza de la entidad absorbida.

2. Escisiones

²⁶ GALENO ARGENTINA SA c/ EN AFIP DGI RESOL 21/07 s/DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA, CSJN, 28/08/2012, sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Tratándose de escisiones, los supuestos a contemplar son cuatro.

El primer supuesto de escisión consiste en que una entidad destine parte de su patrimonio al de una entidad existente. Se trata de un caso similar al de la fusión por absorción; se entiende que la entidad antecesora es sólo la empresa escindida. Valgan aquí, entonces, las consideraciones vertidas en oportunidad de analizar la fusión por absorción.

A contrario sensu, la AFIP interpretó que todas las entidades participantes son antecesoras, de acuerdo con la opinión vertida en su dictamen (DI ATEC) 23/2012.

Aquí se debe hacer una aclaración similar a la que se realizó para el caso de la fusión por absorción: en la medida en que la realidad económica no muestre que se cambió a conveniencia el rol de entidad escindida, no debería exigirse la continuidad de la actividad del ente que absorbe la parte escindida.

El segundo supuesto se da cuando una entidad destina parte de su patrimonio para participar, junto con una entidad existente, en la creación de una nueva entidad. En este caso las entidades reorganizadas son dos: tanto la que se escinde como la otra junto con la cual formarán la nueva entidad.

El tercer supuesto de escisión se da cuando una entidad destina parte de su patrimonio a la creación de una nueva entidad. En tal caso, la entidad antecesora es la escidente, pues es la única que participa en el proceso de reorganización. Este tipo de escisión no ofrece dudas.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Lo mismo sucede en el cuarto supuesto de escisión que consiste en el fraccionamiento en nuevas empresas por parte de una ya existente. Aquí también queda claro que la entidad que se escinde es la única antecesora.

3. Transferencias entre entes de un mismo grupo económico

En este caso, no caben dudas, la entidad antecesora es la empresa que se transfiere entre los integrantes de un mismo conjunto económico.

D. Alcance del término “continuadoras”

Tal como se mostró en el acápite anterior, es necesario determinar cuáles son las entidades antecesoras, para conocer qué actividades son susceptibles de ser continuadas, pero también es indispensable saber cuáles son las entidades continuadoras para saber en cabeza de quien es exigible el mantenimiento de alguna de dichas actividades.

Así, en la fusión propia, la entidad resultante de la unión de las empresas preexistentes es la entidad continuadora.

En la fusión por absorción, la continuadora es la entidad resultante de la conjunción de la absorbente y absorbida.

En el primer supuesto de escisión, la entidad que continúa con el negocio es la entidad existente a la que se unió la porción de patrimonio de la entidad escidente.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

En el segundo supuesto de escisión, la entidad continuadora es la nueva entidad resultante de la unión de la porción de patrimonio de la escidente con otra entidad.

En el tercer supuesto de escisión la entidad creada es la continuadora.

En el cuarto supuesto de escisión las entidades continuadoras son las resultantes del fraccionamiento de la empresa antecesora.

Como corolario de lo expuesto, se colige que las únicas entidades que deben continuar con alguna de las actividades de la o las antecesoras por el término de dos años, son las que se citan ut-supra. El resto de los entes participantes de la reorganización están totalmente exceptuados del cumplimiento de tal requisito.

No obstante, refiriéndose al segundo supuesto de escisión, la administración deslizó su postura en el Dictamen (DI ATEC) 39/2002, en el cual, si bien no trató específicamente el requisito de continuidad de las actividades, consignó en el marco de una escisión que *“Se considerará empresas continuadoras tanto a la empresa nueva que se crea a partir de una escisión como a la empresa que escinde su patrimonio sin disolverse.”*

En este caso no queda más que coincidir con Freytes, que expresa al respecto de tal pronunciamiento administrativo que *“Obviamente no coincidimos con la opinión fiscal ya que en el caso planteado hay una sola empresa continuadora: la nueva empresa que se crea como consecuencia de la escisión.”*²⁷ Esto no significa que la escidente no prosiga como tal, pero no con el significado de empresa *“continuadora”* a los fines del régimen de reorganización de empresas.” El mismo

²⁷ Freytes, Roberto Oscar, "Desarrollo previo y continuación de actividades vinculadas en los procesos de reorganización", Derecho Fiscal, edición de julio/agosto de 2007.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

autor desliza igual fundamento en el 7° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina.²⁸

Se deben destacar otras opiniones del fisco, como la vertida en el Dictamen (DI ATEC) 12/2006 que deriva en aceptar como suficiente para dar por configurada la reorganización, al hecho de que *“cada una de las entidades escisionarias continúen desarrollando alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas y no su globalidad.”* Se aclara que las “entidades escisionarias” no son otras que las descritas precedentemente bajo la denominación de “entidades continuadoras”.

Aun más lejos va el ya citado Dictamen (DATyJ) 18/1985 al establecer que *“Es suficiente para el cumplimiento de la condición precitada que la entidad escisionaria continúe desarrollando alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas y no su globalidad, no existiendo además, necesariamente, la obligación por parte de estas últimas de conservar paralelamente dichas explotaciones.”*, ratificando que la exigencia de continuidad queda sólo en cabeza de las entidades continuadoras y no de las empresas reestructuradas.

E. Actividad de las sociedades holding.

Otro aspecto a considerar es el caso de que la actividad sea la mera tenencia de un paquete accionario.

La controversia radica específicamente en determinar si nos encontramos frente a una genuina actividad o más bien, todo lo contrario.

²⁸ Freytes, Roberto O., El concepto de actividad vinculada en los procesos de reorganización de empresas, pág. 241, en el marco del 7° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, C.P.C.E.C.A.B.A, año 2005.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Es menester, entonces, definir qué se entiende por actividad a los fines de encuadrar al presente caso.

De acuerdo con la Real Academia Española, la acepción de actividad que aquí importa está definida como *“Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”*²⁹.

Ello quiere decir que la tenencia de acciones de una o varias empresas es susceptible de ser incluida en dicha definición, ya que se trata de una operación o tarea propia de una entidad.

Reforzando esta tesis, si se revisa el nomenclador de actividades de la AFIP, puede apreciarse que una de ellas es la de *“Servicios de financiación y actividades financieras n.c.p. (Incluye actividades de inversión en acciones, títulos, fondos comunes de inversión, la actividad de corredores de bolsa, las sociedades de inversión inmobiliaria y sociedades de cartera, arrendamiento financiero o leasing, securitización, etc.. No incluye actividades financieras relacionadas con el otorgamiento de créditos)*, bajo el número 659990. Se observa de este modo que la inversión en acciones es admitida como una actividad más por la administración.

Recurriendo a la doctrina contable, debe recordarse que las inversiones pueden ser transitorias o permanentes, en el caso de las sociedades holding éstas dan una idea de permanencia, pero no por ello dejan de ser inversiones, ergo tampoco dejan de ser una actividad.

²⁹ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=actividad, consultado el 29/12/2011 a las 19:35 hs.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Una vez aclarado el hecho de que la tenencia de participaciones societarias es una actividad, cabe debatir si, en cierta medida, el holding realiza al menos indirectamente, la actividad de sus participadas.

Ello, en el entendimiento de que, sólo en tal supuesto, procedería una reorganización libre de impuestos si los entes continuadores no prosiguen la actividad de consecución de rentas pasivas, ejerciendo por el contrario actividades productivas, comerciales o de servicios.

La administración ha sido reacia a entenderlo de tal modo y ha denegado la reorganización de sociedades holdings a través de los Dictámenes (DI ATEC) 12/2004 y 15/2001.

Sólo ha avalado la reorganización de una sociedad inversora cuando, simultáneamente, ejercía otra actividad operativa y continuó desarrollando la misma (Dictamen (DI ATEC) 54/2005) o cuando una sociedad absorbente en una fusión, continuó con la actividad inversora de las absorbidas (Dictamen (DI ATEC) 71/2007). También hizo lo propio cuando, ante una escisión, cada patrimonio escindido y absorbido continuó la actividad inversora (Dictamen (DI ATEC) 46/2007).

En lo que a la doctrina concierne, Asorey es claro en cuanto a que no hay relación entre una actividad operativa y la mera tenencia de participaciones societarias.³⁰

Por el contrario, la Comisión N° 1 del 4° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina concluye que se debe *“Reconocer que, si bien hace a la esencia de los procesos de reorganización, que la o las entidades continuadoras prosigan con la actividad de la o las reestructuradas y otra vinculada con las mismas, debe*

³⁰ Asorey, Rubén O., “Fusión societaria e impositiva”, editorial La Ley, año 2004, página 73.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

entenderse que es aquella de naturaleza esencialmente similar, pero que puede diferir de la desarrollada por la antecesora en la medida que permanezca en el mismo ramo. Debería reconocerse en ese sentido que las actividades inversora e inmobiliaria están comprendidas dentro del proceso de reorganización.”³¹

Krause Murgiondo expone su criterio, con el que se acuerda plenamente, indicando que *“si la finalidad de una reorganización es la de simplificar la estructura de la tenencia del capital empresario, sin que se produzcan transferencias de bienes hacia terceros, dicha finalidad puede considerarse que cumple con lo requerido con la ley y el reglamento”³²*

F. Actividad de locación de inmuebles.

Es muy común – mayormente tratándose del ámbito rural - que se constituyan sociedades con el único objeto de arrendar inmuebles, aportando los socios tales bienes para el cumplimiento del objeto social.

Este tipo de sociedades está constituido generalmente por los distintos componentes de una familia, lo que las transforma en sociedades de familia.

Cuando los propietarios originarios de los inmuebles – que son los propietarios de las acciones – fallecen, las participaciones pasan a ser de sus derecho – habientes, que pueden decidir seguir con la sociedad, con lo cual sólo se da un mero traspaso de acciones, o bien, escindir la misma y continuar cada cual por su lado.

³¹ 5º conclusión del 4º SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA -COMISIÓN N°1-. organizado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2002. Fuente: Biblioteca Digital.

³² Krause Murgiondo, Gustavo A., “Régimen impositivo de las reorganizaciones empresariales”, Lexis Nexis Argentina, 2005, pág. 187.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

En este último caso debe analizarse la operación a los efectos de encuadrarla dentro de las reorganizaciones del art. 77 de la ley de impuesto a las ganancias.

Ello dependerá no sólo de la continuación de la actividad, sino de quién es la persona que prosigue con la misma.

Esto es así, dado que la ley habla de que el régimen es aplicable a *"... sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza..."*.

Por ende, en el caso de que la escisión recaiga en cabeza de, al menos, una persona física, no se configuraría reorganización libre de impuestos si la actividad no se organiza a través de una empresa o explotación.

Ello porque la actividad de locación de inmuebles tiene una particularidad: si es ejercida por una persona física no se advierte la existencia de explotación o de empresa.

Esta es la postura de la AFIP en su dictamen (DI ATEC) 35/2009, donde interpretó que *"... la actividad que se caracteriza por la conjunción de los factores: capital, trabajo, producción, distribución y resultado. En consecuencia es obvio que la mera y pasiva circunstancia de alquilar un inmueble no puede de ninguna manera considerarse una explotación" (Cfr. "identidad tributaria del resultado de la venta de bienes inmuebles dados en locación"; Rosendo S. Oliver; Revista Doctrina Tributaria, Editorial Errepar, Tomo II, pág. 113)."*

Siguiendo con tal línea interpretativa, el organismo entendió que tampoco puede considerarse empresa a la locación de inmuebles por parte de una persona física, pues *"...para que una actividad desarrollada por una persona física pueda ser*

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

caracterizada como empresa o explotación unipersonal, será necesario que se verifique en los hechos una conjunción de los distintos factores productivos, esto es que involucre no sólo la inversión de capital sino también el esfuerzo personal del comerciante".

“En concordancia con lo expresado”, - sigue subrayando el órgano asesor – “atento a que uno de los sujetos escindidos no revestirá el carácter de empresa con relación a la actividad de alquiler de inmuebles, sino que se trata de una persona física que liquidará sus rentas de acuerdo a las previsiones de la primera categoría, esta asesoría estima que no cabría acordar al proceso de reestructuración sometido a consideración el carácter de reorganización de libre de impuestos según los términos previstos por el Artículo 77 de la ley del tributo...”

En idéntico sentido se expide la administración en el Dictamen (DI ATEC) 6/2009 y el Tribunal Fiscal en la causa Carro de Castelo³³.

De igual modo, es común que se fusionen dos empresas, donde una de ellas desarrolla la actividad agropecuaria, mientras que la otra arrienda el inmueble que aquélla explotaba.

Esto también genera controversia: si la entidad continuadora, como producto de la reorganización, pasa a ser propietaria del inmueble, lo lógico es que no continúe con la actividad de locación del predio, porque es precisamente el lugar donde ejerce su actividad. En idéntico sentido se expiden Ziccardi³⁴ y Freytes.³⁵

³³ Castelo, Soledad I. Carro de s. recurso de apelación -Impuesto de Sellos-, T. F. N., sala C, 28/02/1986.

³⁴ Exposición de Ziccardi, Horacio, en el 4º SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA -COMISIÓN N°1-, organizado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2002. Fuente: Biblioteca Digital.

³⁵ Freytes, Roberto Oscar, "Desarrollo previo y continuación de actividades vinculadas en los procesos de reorganización", Derecho Fiscal, edición de julio/agosto de 2007.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

La AFIP no lo ha entendido de esta manera, y así lo expresa en el Dictamen (DI ATEC) 31/1996. Este dictamen debe ser interpretado cuidadosamente porque, si bien es favorable al contribuyente, deja en claro su postura respecto de la actividad de locación de inmuebles: entiende que no es necesario el requisito del desarrollo posterior de tal actividad sólo cuando la locación exista en un marco meramente formal, por tratarse de una reorganización dentro de un conjunto económico. En cambio, cuando se produzcan fusiones y escisiones donde los entes participantes no se encuentren dentro del mismo grupo, es necesario que en las empresas continuadoras se desarrolle la actividad de alquiler de propiedades por un lapso igual o superior a los dos años. A igual conclusión arribó el dictamen (DI ATEC) 82/2003, echando por tierra el antecedente favorable al contribuyente sentado por el dictamen (DATyJ) 18/1985.

Luego de lo anteriormente acotado se interpreta que sólo debe reputarse improcedente la fusión cuando quede claro que el propósito es simplemente el aprovechamiento de los beneficios fiscales. Por ejemplo, si una de las sociedades antecesoras transfiere un inmueble y su actividad era la locación del mismo, la falta de continuidad de la actividad por el nuevo ente, junto con el hecho de encontrarse tal predio desocupado, son indicadores precisos de que no es procedente la reorganización.

Pero si, como se planteó insistentemente en los párrafos previos, el inmueble es precisamente la propiedad donde funciona la nueva entidad, no es dable exigir un “auto-alquiler” para reconocer el beneficio tributario. Tal como lo expresa Asorey³⁶, la reorganización debe ser tenida como tal, cuando haya complementariedad o tienda a la integración horizontal o vertical, supuesto que se produce cuando el nuevo sujeto ocupa el inmueble para el desarrollo de sus actividades.

³⁶ Asorey, Rubén O., “Fusión societaria e impositiva”, editorial La Ley, año 2004, página 76.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Diferente es el hecho de que una agropecuaria transfiera inmuebles explotados a una sociedad que los va a arrendar, donde no se verifica identidad de objeto y, en ese caso, si bien hay permanencia dentro del mismo ramo, no se observa una integración horizontal o vertical. Esta conclusión coincide con la del Dictamen (DI ATEC) 29/2012, pero la interpretación que hace llegar al mismo resultado es disímil: el dictamen entiende que, de por sí, las actividades no son vinculadas, prescindiendo del análisis de la integración o complementariedad, y por ello rechaza la reestructuración.

G. Nueva reorganización antes de transcurridos dos años.

En este punto se hace palmaria la escasa reglamentación del régimen. Es el caso que se plantea cuando media entre dos procesos de reorganización menos de dos años.

Si bien ninguna norma impide literalmente esto, debemos destacar lo que el fisco interpretó en su Dictamen (DI ATEC) 74/2002: *“...esta asesoría opina que al no cumplir las empresas continuadoras con el requisito de mantenimiento de la actividad de la antecesora por el lapso de dos años, tal los casos en la segunda de las reorganizaciones bajo análisis -efectuado dentro de los dos años de la primera reorganización-...”*

Se entiende que la interpretación de la administración es razonable, ya que se exige sólo en cabeza de la entidad continuadora el mantenimiento de la actividad por un lapso de dos años, lo cual se incumple aun si también la ejerce la segunda continuadora por ser otra persona diferente.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

H. Personas físicas como continuadoras de la actividad de la empresa reestructurada.

Es muy común que el traspaso se haga entre sociedades o empresas, pero también puede suceder que los continuadores sean personas físicas.

En ese caso, se entiende que no correspondería la liberación del impuesto, porque la ley es clara al exponer, qué se entiende por cada supuesto de reorganización:

Para las fusiones: “La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas.”

Para las escisiones: “La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto con las operaciones de la primera”.

Para las transferencias entre entes de un mismo conjunto económico: “Las ventas de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.

Se alude entonces en todos los casos a empresas o entidades, utilizando tales términos en forma genérica, abarcando a explotaciones unipersonales y sociedades, no a personas físicas.

Este es el criterio adoptado en los Dictámenes (DI ATEC) 5/2006, 35/2009 y 6/2009 (estos dos últimos citados en el acápite F).

En el dictamen 5/2006, el fisco concluyó que *“Atento a que las personas físicas escisionarias -titulares de la sociedad a disolver- no revestirán el carácter de empresas con relación a la actividad de alquiler de inmuebles -cuyas rentas se*

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

liquidarían en cabeza de las mismas de acuerdo a las previsiones de la primera categoría-, se estima improcedente acordar al proceso de reestructuración sometido a consideración el carácter de reorganización libre de impuestos”

Las otras dos opiniones fiscales (que fueran citadas en oportunidad de tratar la actividad de locación de inmuebles en cabeza de una persona física, en el punto F) van en idéntico sentido.

En la causa Dorignac, Marcelo Eduardo, del Tribunal Fiscal de la Nación, los Dres. Wurcel y Brodsky entendieron que es posible que una persona física continúe con las actividades de una sociedad, libres del impuesto, pero esta persona poseía una empresa agropecuaria, que revestía el carácter de explotación unipersonal, cosa completamente diferente al mero arrendamiento de inmuebles.³⁷

I. Discontinuidad de la actividad antes de transcurridos dos años por fuerza mayor.

Es indubitable que el hecho de hacer abandono de la actividad a proseguir, da lugar al acaecimiento de la condición resolutoria que prevé la norma, en cuanto a que decaerán los beneficios acordados oportunamente.

En principio esto es así, siempre y cuando el desistimiento sea por voluntad del contribuyente. Pero el interrogante nace cuando la norma no dispensa de la quita de beneficios a los casos en los que el contribuyente no puede ejercer el control de la situación.

³⁷ Dorignac, Marcelo Eduardo, Tribunal Fiscal de la Nación, sala C, 26/11/1996, Thomson Reuters Checkpoint, cita online AR/JUR/5502/1996.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Al respecto, vale poner de manifiesto la opinión de Aurelio Cid, cuando expresa que *“compartimos la inquietud de Freytes (D.F., XX-B, 1198) acerca de que ni la ley ni el reglamento contemplan excepción alguna para los casos de cambio o abandono de actividad. Sería razonable que si esa circunstancia obedeciera a razones de fuerza mayor ajenas a la voluntad del contribuyente, la condición resolutoria no debiera entrar en juego.”*³⁸

Asorey cita en una de sus obras a Krause Murguiondo, indicando que *“Se ha dicho que si el cambio o abandono de la actividad tuviera su origen en caso fortuito, fuerza mayor o situaciones asimilables a éstas 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.”*³⁹

En sintonía con la anterior conclusión, se entiende que, en la medida en que tales causales de fuerza mayor sean debidamente acreditadas, las franquicias oportunamente acordadas no debieran serle quitadas al contribuyente.

J. Determinación de la fecha de reorganización.

La determinación de la fecha de reorganización es esencial a los efectos de precisar cuándo comienza a correr el plazo mínimo para el mantenimiento de la actividad vinculada.

Esto fue vislumbrado por Alberto López que anticipó que *“habrá dilatado campo para la discusión relativa al momento en que comienza la cuenta del plazo*

³⁸ Cid, Aurelio, Los aspectos fiscales de la reorganización de empresas, Derecho Fiscal, T. XXIII, pág. 1236.

³⁹ Asorey, Rubén O., “Reorganizaciones empresariales libres de impuestos”, editorial La Ley, año 1984, página 31.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

establecido como mínimo para continuar las operaciones de las empresas reorganizadas.”⁴⁰

De acuerdo con el art. 105 del decreto reglamentario – 3º párrafo -, la fecha de reorganización es *“la del comienzo por parte de la o las empresas continuadoras, de la actividad o actividades que desarrollaban la o las antecesoras”*.

Ahora bien, ¿cuándo acaece tal comienzo? ¿con la inscripción de la reorganización en el registro público de comercio? ¿con la inscripción en AFIP? ¿con la primer operación?

De acuerdo con el dictamen (DI ALIR) 52/2004, tal fecha es la fecha de la declaración ante la administración, del inicio de actividades de la empresa reorganizada.

Concordantemente con tal criterio, en el Dictamen (DI ATEC) 66/2005, el fisco no admitió que la empresa continuadora imputara los resultados obtenidos dentro del período que va desde la fecha fijada retroactivamente en el acta de asamblea como fecha de reorganización, hasta la fecha de la inscripción de la escisión y de la constitución de dicha entidad continuadora. Entendiendo de ese modo que tiene validez la fecha de inicio de actividades que figura en los padrones de la administración, sin admitir retroactividad alguna.

Por otro lado, el Dictamen (DI ALIR) 12/2001 se había expedido indicando que tal inicio se da cuando la continuadora comienza a desarrollar la actividad de su antecesora, tal como la opinión esgrimida en el Dictamen (DATJ) 48/1984 y en el Dictamen (DI ATEC) 13/2002.

⁴⁰ López, Alberto T., Reorganización de empresas (Régimen de la leyes Nos. 18.524, 18.527 y 18.528, Derecho Fiscal, T. XIX, pág. 1043.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

El Dictamen (DI ATEC) 53/1994, se explayó en similar línea, por cuanto expresa que la fecha está dada *“por la oportunidad en que la nueva estructura entra en funcionamiento mediante la realización de actividades”*.

Unos años antes, el Dictamen (DI ATEC) 127/1992 había dado preeminencia a la fecha de inicio acordada por las partes para denegar una reorganización.

En lo que a jurisprudencia concierne, cabe citar a la causa Sociedad Industrial Argentina S.A., en la cual se concluye que la fecha de inicio es *“la del comienzo por parte de la o las empresas continuadoras, de la actividad o actividades que desarrollaban la o las antecesoras”*,⁴¹ con prescindencia de lo que se había determinado en el acuerdo definitivo de fusión, que establecía una fecha retroactiva.

En el fallo Comega Cía Mercantil y Ganadera, se concluye que *“ha de considerarse como fecha de reorganización..., la de celebración de los respectivos compromisos de fusión”*.⁴²

En la causa Unilever de Argentina, el Tribunal Fiscal falla en favor del Fisco, por entender que el ahorro forzoso alcanzaba a la nueva entidad dado que, a la fecha de vigencia de la norma creadora del pseudo tributo, la fusión ya se había llevado adelante, a pesar de que aun no se habían iniciado los trámites para la inscripción en la Inspección General de Justicia.⁴³

En el ámbito doctrinario, y de acuerdo con la conclusión N° 5 de la comisión 1 del 4º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, *“La fecha de reorganización será la que los órganos societarios de las entidades establezcan, pudiendo ser*

⁴¹ Sociedad Industrial Argentina S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 28/10/2005.

⁴² Comega Cía. Mercantil y Ganadera S.A. y sus continuadoras, Tribunal Fiscal de la Nación, sala A, 30/06/2003, AR/JUR/1992/2003.

⁴³ Unilever Argentina S.A. s. recurso de apelación, Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 30/12/1996, AR/JUR/5337/1996.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

retroactiva, pero no más allá de los tres meses exigidos en la ley de sociedades cuando corresponda.”⁴⁴

Ello, en consonancia con el trabajo y la exposición de Ziccardi en el simposio, quien planteó que la fecha puede ser retroactiva *“en la medida en que la decisión tomada por las autoridades en el acuerdo previo de fusión ha sido que todo lo desarrollado por las antecesoras es por cuenta y orden de la continuadora”*.⁴⁵, refiriéndose al caso de una fusión.

Asorey estima que *“el tema debe decidirse a través del criterio de la realidad económica, método interpretativo de la ley fiscal, que, en consecuencia, obligará a tomar la fecha a partir de la cual se produce de hecho el fenómeno señalado por el reglamento, con prescindencia de la realización a posteriori de menos (SIC) trámites administrativos, siempre que todos los requisitos legales y reglamentarios se cumplan y que no exista un claro propósito evasivo o se trate de un supuesto de reorganización parcial.”*⁴⁶

Este es el criterio adoptado por Raimondi y Atchabahian, que expresan lo siguiente, en relación al término comienzo de actividades: *“nosotros entendemos que significa comienzo de las ventas o de las prestaciones de servicios”*.⁴⁷

Luego de todo lo anotado precedentemente, se concluye que, tal como lo apuntara Asorey, lo que debe primar siempre es la realidad económica y, por tanto, la fecha de la reorganización es cuando de hecho la o las continuadoras comienzan a desarrollar la actividad de la o las antecesoras. No obstante, también se entiende

⁴⁴ 5º conclusión del 4º SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA -COMISIÓN N°1-. organizado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2002. Fuente: Biblioteca Digital.

⁴⁵ Exposición de Ziccardi, Horacio, en el 4º SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA -COMISIÓN N°1-, organizado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2002. Fuente: Biblioteca Digital.

⁴⁶ Asorey, Rubén O., “Fusión societaria e impositiva”, editorial La Ley, año 2004, página 135.

⁴⁷ Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo; “El impuesto a las ganancias”, segunda edición; Ediciones Depalma; Buenos Aires 1999; pág. 674.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

admisible la posibilidad planteada en los párrafos anteriores por Ziccardi, en la medida que, como se aclara, la antecesora actúe por cuenta y orden de la continuadora.

Finalmente, es dable aclarar que el cómputo del plazo de dos años de mantenimiento de la participación debe realizarse – en concordancia con Reig, Gebhardt y Malvitano⁴⁸ – siguiendo los lineamientos del art. 25 del Código Civil⁴⁹, y lógicamente, se trata de dos años calendario y no de ejercicios fiscales.

IV. El requisito del mantenimiento de la actividad o de otra vinculada antes de la reorganización.

A. La aplicación del requisito en general

Debe recordarse que este requisito se encuentra inserto en el recurrentemente mencionado art. 105 del decreto reglamentario, en su inciso III y consiste en el desarrollo de la actividad u otra vinculada, durante 12 los meses inmediatos anteriores a la fecha de reorganización, o durante el lapso de su existencia, si ésta fuere menor.

Este requisito es fuertemente cuestionado por la doctrina, en el entendimiento de que no tiene sustento legal, sino que es una atribución que el reglamentador no debió haberse tomado.

⁴⁸ Reig, Enrique J.; Gebhardt, Jorge y Malvitano, Rubén H.; Impuesto a las Ganancias, 11ª edición, pág. 934, Ediciones Macchi, Buenos Aires, año 2006.

⁴⁹ Código Civil, art. 25: “Los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año.”

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Así lo expresan Reig, Gebhardt y Malvitano, aseverando que *“Este requisito constituye un avance del decreto reglamentario sobre la letra de la ley.”*⁵⁰

Por su parte, Aurelio Cid manifiesta que *“Otra exigencia ilegal e injustificada es la que dispone que a la fecha de reorganización las empresas involucradas hayan desarrollado en los doce meses inmediatos anteriores, o durante el lapso de su existencia si éste fuese menor, actividades similares o vinculadas”*⁵¹

Asorey, en una de sus obras, refiriéndose a otros doctrinarios, expresa que *“Se ha visto en este requisito, a pesar de no estar en la ley, una exigencia justa, ya que perseguiría evitar las reorganizaciones con fines exclusivos de carácter fiscal”*⁵². En otro de sus libros, retoma el tema, expresando que *“coincidimos con la opinión de quienes ven la justicia de esta norma reglamentaria, sin perjuicio de su cuestionamiento frente al principio de legalidad, pues intenta evitar las reorganizaciones con fines exclusivamente fiscales.”*⁵³

Sanz de Urquiza da una interpretación particular de este requisito: *“... el criterio de actividad vinculada difiere según se la considere con anterioridad o posterioridad a la reorganización; en el primer caso puede tratarse de actividades complementarias o etapas de un proceso económico y, en el segundo, corresponde que sean actividades de un mismo ramo, de tal manera que los bienes o servicios que produzcan la o las empresas continuadoras, posean características esencialmente similares a las de las que producían las antecesoras”*⁵⁴

⁵⁰ Reig, Enrique J.; Gebhardt, Jorge y Malvitano, Rubén H.; Impuesto a las Ganancias, 11ª edición, pág. 934, Ediciones Macchi, Buenos Aires, año 2006.

⁵¹ Cid, Aurelio, Los aspectos fiscales de la reorganización de empresas, Derecho Fiscal, T. XXIII, pág. 1236.

⁵² Asorey, Rubén O.; “Reorganizaciones empresariales”, Editorial La Ley, año 1996, pág. 59.

⁵³ Asorey, Rubén O., “Fusión societaria e impositiva”, editorial La Ley, año 2004, página 79.

⁵⁴ Sanz de Urquiza, Fernando, “Requisitos legales en la reorganización de sociedades y empresas, Editorial La Ley, año 1990 - T. B - pág. 1623, citado por el Dictamen (DI ATEC 39/2005).

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Krause Murguiondo, se pronuncia por la aceptación del criterio contemplado en el reglamento, aclarando que *“Por lo expuesto estimamos que la definición o apreciación del concepto de “actividades vinculadas” contenido en los aparts. II y III del art. 105 del reglamento , no difiere entre ambas normas sustancialmente. Las expresiones usadas en el reglamento como “permanencia de la explotación dentro de un mismo ramo” o una “esencial similitud” entre los productos y servicios anteriores y posteriores a la reorganización, o bien “coadyuvar o complementar un proceso industrial” o un propósito de “integración horizontal o vertical”, permiten llegar a la conclusión de que la reorganización debe vincularse a razones productivas o comerciales y las limitaciones reglamentarias deben interpretarse elásticamente si existe la convicción de que dichas razones existen o demuestran la necesidad o conveniencia del proceso reorganizativo.”*⁵⁵

Se entiende que, en la medida que la reglamentación no contradiga lo prescrito por la ley, aunque imponga requisitos adicionales para que proceda la reorganización, los mismos no serían – a priori – cuestionables. El límite está dado en el principio constitucional de “razonabilidad”.

Y se sostiene tal postura, en el entendimiento de que la propia ley es la que faculta al Poder Ejecutivo a establecer otras exigencias para que proceda la reestructuración. El art. 77 dice al respecto, en su cuarto párrafo *“En el caso de incumplirse los requisitos establecidos por esta ley o su decreto reglamentario para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos...”*.

Y no parece irrazonable que el desarrollo previo de la misma actividad por un lapso prudente como el de un (1) año, se establezca como un requerimiento adicional para evitar – o al menos intentar evitar - que la reorganización sea sólo con fines fiscales.

⁵⁵ Krause Murguiondo, Gustavo A., “Régimen impositivo de las reorganizaciones empresariales”, Lexis Nexis Argentina, 2005, pág. 215.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

En referencia a la aplicación de casos concretos, se debe decir que la administración aceptó la postura del contribuyente en el Dictamen (DI ATEC) 39/2005.

Asimismo, vale aclarar que, en el Dictamen (DI ATEC) 90/2001 se expresa, al igual que lo que sucede con el requisito del mantenimiento posterior de la actividad, que sólo es necesario que se haya ejercido una actividad de las que luego continuarán desarrollándose.

En el Dictamen (DI ALIR) 100/1994 se denegaron los beneficios fiscales al contribuyente por haberse modificado el objeto social antes de la reorganización, pero sólo en un sentido formal, puesto que no se había dado principio de ejecución a un proyecto enmarcado en el régimen de promoción industrial. Similar situación se produjo en el caso tratado en el Dictamen (DI ALIR) 43/1995.

B. La aplicación del requisito en las transferencias dentro de un mismo conjunto económico.

Para arrojar luz sobre esta cuestión, es menester reproducir una parte del mentado art. 105 del reglamento, que exige para las fusiones y escisiones lo siguiente:

“l) 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 (18) meses anteriores a la fecha de la reorganización;

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

II) que continúen desarrollando por un período no inferior a DOS (2) 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 (12) 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 apartado I) precedente o, en ambos casos, durante el lapso de su existencia, si éste fuera menor.

Se considerará como actividad vinculada a aquella 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);

IV) que la reorganización se comunique a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS y se cumplan los requisitos necesarios dentro del plazo que ésta determine.

A los efectos precedentes se entenderá por fecha de la reorganización, la del comienzo por parte de la o las empresas continuadoras, de la actividad o actividades que desarrollaban la o las antecesoras.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Para que la reorganización de que trata este artículo tenga los efectos impositivos previstos, deberán cumplimentarse los requisitos de publicidad e inscripción establecidos en la Ley N° 19.550 de sociedades comerciales y sus modificatorias.

Las disposiciones del presente artículo serán también aplicables, en lo pertinente, a los casos de reorganización de empresas o explotaciones unipersonales.”

Es decir, lo novedoso del decreto es que hay dos requisitos que, en principio, no son exigibles cuando la reorganización consiste en una venta dentro del mismo grupo económico: el mantenimiento previo de la actividad y la situación de “empresa en marcha”. El resto de los requisitos están previstos legalmente, con lo cual la exigencia de su cumplimiento es innegable.

Los tribunales no estuvieron ajenos a la cuestión: en la causa Instituto Rosenbusch, la sala D del Tribunal Fiscal se expidió en el caso de una fusión que tuvo lugar dentro de un conjunto económico, donde se discutía si la entidad antecesora debía haber desarrollado previamente las actividades de la sucesora. Allí se esgrimió el fundamento teórico de la exclusión del art. 105 del reglamento. En tal sentido se expuso en tal precedente que se consideró especialmente “*el tratamiento a acordar al "conjunto económico", ya que los casos de "fusión" se producen generalmente entre entes extraños entre sí, tanto jurídica como económicamente, mientras que en la "escisión" el conjunto económico es preexistente. Lo que está claro es que la legislación dictada apunta a las reorganizaciones de sociedades o de fondos de comercio en las que los titulares de sus capitales continúan las mismas actividades aunque bajo otra estructura y empleando económicamente los mismos bienes que componen los acervos que se reorganizan, lo que supone que no sólo no se opera con terceros ajenos, sino tampoco que se produzca el acceso a una riqueza de la que antes no se disponía. Por tal razón, la ley tiende a proteger la situación de tales sujetos titulares, frente a*

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

derechos y a obligaciones de otra naturaleza como pueden serlo las tributarias. En resumen, al reconocer al "conjunto económico" como cualidad virtual, la legislación tributaria evita interferir en la reorganización de negocios, que así despojados de consecuencias impositivas, habrán de optimizar su eficiencia. Y esa es la razón por la que el art. 109 del reglamento no ha incluido a dicho conjunto entre los llamados a cumplir los requisitos que enuncia en sus incisos 1) a 4), con la salvedad expresada supra, al analizar el inciso 2).⁵⁶ El Tribunal Fiscal también suscribió tal lineamiento en la causa Ormas.⁵⁷ y en International Engines⁵⁸.

Este último antecedente (International Engines) fue confirmado tanto por la Cámara⁵⁹ como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que puso fin a la incertidumbre⁶⁰. Asimismo, el Máximo Tribunal se expidió favorablemente al contribuyente en la causa Paladini⁶¹.

También la AFIP, en alguna oportunidad ha receptado el tema favorablemente. En su Dictamen (DI ATEC) 53/1994, expresa que *“El Decreto Reglamentario, en su artículo 109”* (hoy art. 105), *“determina que debe entenderse por fusión, escisión o división de empresas y conjunto económico, y en su segundo párrafo establece una serie de requisitos a cumplirse en el caso de fusión y escisión de empresas, los cuales no resultan exigibles cuando se configure la existencia de conjunto económico. Entre esos condicionamientos, se prevé que las empresas que se reorganizan se encuentren en marcha y que hubieran desarrollado actividades iguales o vinculadas durante el lapso, que indica específicamente, inmediato anterior a la fecha de reorganización.”*

⁵⁶ Instituto Rosenbusch S.A. de Biología Experimental Agropecuaria s. recurso de apelación - Impuesto de Sellos, Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 15/07/1999, La Ley Online.

⁵⁷ Ormas SAICIC, Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 16/12/2003, Errepar.

⁵⁸ International Engines South America SA, Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 22/12/2004, Errepar On Line.

⁵⁹ International Engines South America (TF 24911-1) c/DGI" – CNACAF – 13/12/2012, elDial.com - AA7DAA.

⁶⁰ DGI (en autos: Inter Engines South Ame S.A.) (TE 20.363-I) c. D.G.I. s/ av. de causas, CSJN, 18/06/2013.

⁶¹ Frigorífico Paladini S.A. c. A.F.I.P. s/demanda, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02/03/2011, Checkpoint.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Pero ya en el Dictamen (DI ALIR) 43/1995 el órgano recaudador cambia la postura, expresando que *“no obstante, en la demás documentación agregada se alude expresamente a la figura de la fusión y no a la transferencia dentro de un conjunto económico, **si bien los recaudos que deben cumplimentarse son semejantes en ambos supuestos** (...) se infiere que en el supuesto de no cumplimentarse los recaudos, condiciones y plazos previstos, los resultados tributarios de la reorganización resultarán alcanzados por el impuesto a las ganancias. Se podría concluir del mismo modo en el supuesto de encuadrar la situación planteada en el instituto de la transferencia dentro de un conjunto económico.*

Otra cuestión a tener en cuenta es la definición de conjunto económico. El inciso c) del art. 105 del reglamento establece que se está en presencia de un conjunto económico *“cuando el OCHENTA POR CIENTO (80%) o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza.”*

El término “pertenezca” hace clara alusión al concepto de “nuda propiedad”, descartando todo otro tipo de derecho real sobre las participaciones sociales, como por ejemplo el usufructo. En consecuencia, no habrá transferencia entre entes de un mismo conjunto económico; a lo sumo fusión o escisión, pero en ese caso será aplicable a la reorganización el requisito del mantenimiento previo de la actividad. Tal es la postura del fisco en la Resolución (SDG LTI) 52-2012.

C. La fusión y escisión dentro del conjunto económico.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Es muy común que, dentro de un mismo grupo, se produzcan fusiones (o escisiones, pero es más atípico), lo cual se trasluce en el acaecimiento de dos supuestos incorporados a la norma dispensadora.

Por tanto, cabe en este supuesto determinar si debe optarse por encuadrar la reorganización dentro de los incisos a) (fusiones) y b) escisiones o c) (transferencias dentro del mismo grupo) del art. 77 de la ley.

Ello no es simplemente doctrinario, dado que, como se manifestara anteriormente, de acuerdo con el art. 105 segundo párrafo del decreto reglamentario, sólo deben cumplirse los requisitos establecidos en el mismo cuando se produzcan fusiones y escisiones, excluyéndose a las transferencias dentro del mismo grupo.

No es esta la postura de Aurelio Cid quien sostiene que *“cuando el segundo párrafo del artículo 105 del decreto reglamentario, a continuación del inc. c), dispone: “En los casos contemplados en los incisos a) y b) del párrafo precedente deberán cumplirse en lo pertinente, la totalidad de los requisitos que se enumeran a continuación: ...” de ninguna manera puede interpretarse que tales requisitos no son aplicables a la figura contemplada en el inciso c) del artículo 77 de la Ley. Sencillamente, el párrafo transcrito sólo hace referencia a los incisos a) y b) precedentes y no al inciso c) porque, como ya fue dicho, la de este último inciso no es una de las formas de reorganización; es, reiteramos, la condición que debe cumplirse para que se considere la existencia del conjunto económico a los fines de la figura a que se refiere el artículo 77, inc. c) de la Ley.”*⁶²

No obstante la respetable opinión del autor, la propia administración admitió, en la reunión del Grupo de Enlace AFIP-CPCECABA que, al consultársele sobre la

⁶² Cid, Aurelio, PROBLEMAS DERIVADOS DE LA REORGANIZACION DE EMPRESAS. ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS, trabajo presentado en el marco del 4° SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA -COMISIÓN N°1-, organizado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2002. Fuente: Biblioteca Digital.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

aplicación del requisito del mantenimiento previo de la actividad dentro de una fusión por absorción respondió que *“Al encuadrarse en el art. 77 inc. c) de la ley del IG, no se exige el requisito de las mismas actividades.”*⁶³ Otro antecedente administrativo en tal sentido es el dictamen (DI ATEC) 48/2002.

Sin perjuicio de ello, la opinión del fisco al respecto ha sido oscilante. En el dictamen (DI ATEC) 26/2004, expresa que *“En razón de lo manifestado, se estima que el citado inciso c) no resulta aplicable al caso, pues el mismo encuadra en el mentado inciso a) en su calidad de fusión, esto al no cumplir la condición de que las empresas que se reorganizan subsistan a la transferencia de patrimonios.”*

El Tribunal Fiscal de la Nación expuso su criterio en la ya mentada causa Instituto Rosenbusch S.A., donde se discutía la aplicación del inciso III del artículo 105 del reglamento a una fusión por absorción, dentro de un mismo conjunto económico, dejando sentado que *“Teniendo en cuenta que en el caso de autos, la fusión por absorción se verifica dentro de un conjunto económico, cuya existencia no ha sido objetada (...) cabe concluir que la exigencia de haber desarrollado ambas entidades actividades iguales o vinculadas durante los 12 meses anteriores a la fusión, no es aplicable al caso de autos.”*⁶⁴

Asimismo, nuestro máximo tribunal en la causa Inter Engines en la que, al interpretar que los incisos a) (fusiones) y c) (transferencias dentro del mismo grupo) del art. 77 de la ley no son mutuamente excluyentes, dejó en claro que *“torna inoficioso el tratamiento del restante planteamiento del Fisco Nacional, fincado en que afirmar que la actora no ha cumplido con los requisitos fijados en el art. 105, incs. I) y III), del decreto 1.344/98, toda vez que ellos únicamente se exigen para los supuestos regulados en los incs. a) y b) del art. 77 de la ya citada*

⁶³ Grupo de Enlace AFIP-CPCECABA, acta de la reunión del 13/12/2000.

⁶⁴ Instituto Rosenbusch S.A. de Biología Experimental Agropecuaria s. recurso de apelación - Impuesto de Sellos, Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 15/07/1999, La Ley Online.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

ley, y a la luz de lo expuesto en el acápite anterior, no regulan la situación del sub *judice*.⁶⁵ Es decir, un criterio diametralmente opuesto al esgrimido por Cid.

En igual sentido se ha expedido la sala II de la Cámara en la causa Blaistein⁶⁶ y la sala III en la causa Massalín Particulares⁶⁷.

Mayormente, el resto de la doctrina se ha pronunciado en favor de la aplicación de la exención cuando se da esta particularidad (fusión o escisión dentro de un mismo grupo económico).⁶⁸

Si bien, la postura de Cid en este punto es correcta, en el sentido de que el art. 105 no define “transferencias dentro de un mismo conjunto económico”, cuando sí define “fusión” y “escisión”, no por ello serían aplicables los requisitos adicionales –incisos I) y III) del art. 105 del reglamento - a las mentadas transferencias.

No es necesario recurrir al decreto para que los requisitos de mantenimiento de actividades en forma posterior y de información a la AFIP – incisos II) y IV) del art. 105 del reglamento - sean exigibles en cabeza de tales transferencias. La ley es clara cuando en el art. 77 estatuye que *“siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a DOS (2) años...”* o cuando prescribe que *“La reorganización deberá ser comunicada a la DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA...”*, siendo aplicables ambos supuestos a todo tipo de reorganización.

⁶⁵ DGI (en autos: Inter Engines South Ame S.A.) (TE 20.363-I) c. D.G.I. s/ av. de causas, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/06/2013, La Ley Online.

⁶⁶ Blaistein S.A. c. Administración Federal de Ingresos Públicos, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II, 18/10/2007, LL AR/JUR/10536/2007.

⁶⁷ Causa 11902/2008 – Massalín Particulares SA c/EN – AFIP DGI Resol 6/08 Dirección General Impositiva – SM, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III, 14/05/2013.

⁶⁸ Por ejemplo: Consoli, A. Gustavo y Caveggia, Sergio G., Avatares de las fusiones en un mismo conjunto económico, Novedades Fiscales, Ámbito Financiero, 27/06/2005.

V. Conclusiones

Respecto del primer objetivo: **“Abordar en profundidad la temática referente al tratamiento de las reorganizaciones empresariales en la ley de impuesto a las ganancias, en el aspecto particular del requisito del mantenimiento temporal de la misma actividad o de otra vinculada, detectando posibles cuestiones no resueltas por la normativa vigente.”**

Como corolario de lo analizado precedentemente y respecto del presente objetivo se debe concluir que debería definirse con mayor precisión el alcance del término “reestructuradas” o “antecesoras”. Esta es una conclusión que va en consonancia con lo resuelto por la comisión 1 del 4º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, que entendió que *“El concepto de empresa antecesora y empresa continuadora, debe ser definido con precisión de forma tal que inequívocamente pueda atribuirse dicho carácter a las empresas que se reorganizan.”*⁶⁹

También debería resolverse la contradicción que existe al momento de establecer el alcance de la voz *“actividad vinculada”*, toda vez que en los incisos I) y III) del artículo 105 del decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias se define en forma disímil.

Respecto del segundo objetivo planteado: **“Determinar si las normas sobre el mantenimiento temporal de la actividad, en la ley de impuesto a las ganancias, se corresponden con el objetivo de evitar que las reestructuraciones se realicen sólo por cuestiones fiscales.”**

⁶⁹ 11º conclusión del 4º SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA -COMISIÓN N°1-, organizado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2002. Fuente: Biblioteca Digital.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

A este respecto debemos decir que, si bien la continuidad de la actividad garantiza la genuinidad de algunas reorganizaciones, el requisito no tiene en cuenta las reorganizaciones donde es necesario variar la actividad y donde el cambio tampoco responde a razones fiscales, sino a necesidades reales de subsistencia.

La norma presume que si no se continúa la actividad, sí o sí el fin de la reorganización tiene que ser el mero ahorro impositivo, cuando ello no es generalmente así.

Desde el momento que los mismos titulares (o al menos el 80% de ellos) deben permanecer con su participación, no es lógico que cambien la actividad sólo para conseguir una ventaja impositiva si tal cambio le genera un perjuicio al negocio.

No debería impedirse en este caso la reorganización si no existieran créditos a favor del contribuyente.

Adicionalmente se debe decir que parecería exagerado el requisito si no contemplara como excepción la posibilidad de conservar los beneficios, si la actividad a continuar se debe interrumpir por razones de fuerza mayor.

La Real Academia Española define fuerza mayor como *“fuerza que, por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación.”*⁷⁰

Indiscutiblemente son casos de fuerza mayor una inundación, un incendio, un terremoto, un ataque vandálico, un atentado, etc.

⁷⁰ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=fuerza+mayor>, consultado el 09/03/2015 a las 16:43 hs.

**TRABAJO FINAL – CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN –
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES.**

Pero si se define fuerza mayor como todo acontecimiento ajeno a la voluntad del damnificado que no pudo haber sido razonablemente previsto por éste, la lista de ejemplos no se agotaría con los sucesos mencionados ut supra.

En tal sentido, nada obstaría a considerar como causal eximente del requisito en estudio a la obsolescencia tecnológica, a la desaparición del producto comercializado en el mercado, al cierre de la importación de las materias primas necesarias para elaborar el producto, etc., situaciones que se entienden plenamente incluidas entre los supuestos de fuerza mayor.

La potencialidad de tales acontecimientos no está prevista en las normas, con lo que queda al arbitrio del juzgador de turno (sea juez administrativo o jurisdiccional) el decaimiento o no de los beneficios acordados.

Por ello es que se concluye que el requisito debe ser flexibilizado, es decir, no debe exigirse el cumplimiento del plazo de los dos años para el mantenimiento de la actividad cuando se haya acreditado que el cambio de la misma fue una decisión provocada por un hecho exógeno no previsible a la fecha de la reorganización.