



Universidad de  
**San Andrés**

**Universidad de San Andrés**  
**Departamento de Derecho y Escuela de negocios**  
**Abogacía y Contador Publico**

*La reorganización de empresas libre de impuestos:  
Un trabajo comparativo entre el marco tributario argentino y  
el estadounidense*

Agustin Wernli Garin  
Legajo Nro. 30.236  
Mentor de Tesis: Fernando M. Vaquero

Ciudad de Buenos Aires, 22 de agosto de 2024

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>LA REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS LIBRE DE IMPUESTOS</b>	<b>3</b>
A.	EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD FISCAL Y LAS REORGANIZACIONES LIBRE DE IMPUESTOS	4
<b>III.</b>	<b>BREVE HISTORIA SOBRE LAS REORGANIZACIONES LIBRES DE IMPUESTOS</b>	<b>6</b>
A.	LA REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA	6
B.	LA REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS EN LOS ESTADOS UNIDOS	8
<b>IV.</b>	<b>LOS SUPUESTOS TÍPICOS DE LAS REORGANIZACIONES LIBRE DE IMPUESTOS</b>	<b>9</b>
A.	EL ARTÍCULO 80 DE LA LIG: LOS TIPOS DE REORGANIZACIONES EN LA ARGENTINA	9
B.	§ 368: LA REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS LIBRE DE IMPUESTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS	12
i.	<i>Reorganizaciones adquisitivas</i>	14
ii.	<i>Reorganizaciones divisorias</i>	19
iii.	<i>Reorganizaciones de una sola parte</i>	21
C.	CONCLUSIONES PARCIALES SOBRE LOS SUPUESTOS LEGALES DE AMBOS RÉGIMENES	22
<b>V.</b>	<b>REQUISITOS EXIGIDOS</b>	<b>24</b>
A.	REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 80 LIG Y EL ARTÍCULO 172 DEL DRLIG	24
i.	<i>Requisitos exigidos por la LIG para los supuestos de fusiones y escisiones</i>	26
a)	Mantenimiento de capital a la fecha y posterior a la reorganización	27
b)	Empresa en marcha	29
c)	Mantenimiento de la actividad de la empresa reestructurada por dos años	29
d)	Actividades iguales o vinculadas	31
e)	Comunicación al fisco	31
f)	Publicidad e inscripción según la LGS	32
ii.	<i>Requisitos y aplicabilidad del inciso C, artículo 80</i>	33
a)	Mantenimiento del capital a la fecha y posterior a la reorganización	33
b)	Mantenimiento de la actividad de la o las antecesoras	34
c)	Autorización por parte de la AFIP	34
d)	Fusiones y escisiones dentro del mismo conjunto económico	34
B.	REQUISITOS DE LOS ESTADOS UNIDOS	36
i.	<i>Doctrinas jurisprudenciales: Requerimientos subjetivos</i>	36
a)	Continuidad del interés propietario	36
b)	Continuidad del negocio (COBE)	42
c)	Propósito de negocio o sustancia sobre la forma	43
ii.	<i>Requerimientos para las distribuciones según la sección §355</i>	46
a)	§355(a)(1)(A): Obtener el control de la corporación inmediatamente antes de la distribución	47
b)	§355(a)(1)(C): Ejercer una actividad comercial o empresarial	47
c)	§355(a)(1)(B): La limitación “dispositivo”	48
d)	Doctrinas jurisprudenciales	49
C.	CONCLUSIONES PARCIALES RESPECTO A LOS REQUISITOS DE AMBOS RÉGIMENES	49
<b>VI.</b>	<b>EFFECTOS DE LAS REORGANIZACIONES</b>	<b>50</b>
A.	EFFECTOS DE LAS REORGANIZACIONES EN LA LIG	50
B.	EFFECTOS DE LAS REORGANIZACIONES EN EL IRC	51
C.	CONCLUSIONES PARCIALES RESPECTO A LOS EFFECTOS DE AMBOS RÉGIMENES	52
<b>VII.</b>	<b>¿MEJORAS AL RÉGIMEN ARGENTINO?</b>	<b>52</b>
<b>VIII.</b>	<b>CONCLUSIÓN</b>	<b>53</b>
<b>IX.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>54</b>
A.	BIBLIOGRAFÍA ARGENTINA	54
i.	<i>Doctrina</i>	54
ii.	<i>Jurisprudencia Argentina</i>	54
iii.	<i>Dictámenes</i>	54
B.	BIBLIOGRAFÍA ESTADOUNIDENSE	55
i.	<i>Doctrina</i>	55
ii.	<i>Jurisprudencia</i>	55
iii.	<i>Otros</i>	55

*A mi madre, mi padre, mi hermana, y a toda mi familia  
por estar a mi lado en cada paso de este camino.*

*A mis amigos, que siempre han sido mi guía  
y comparten conmigo, mí misma  
necesidad por la velocidad.*



Universidad de  
**SanAndrés**

## ABSTRACT

Esta tesis ofrece una comparativa detallada entre los regímenes de reorganización empresarial libres de impuestos contemplados en la legislación fiscal tanto de Argentina como de los Estados Unidos. A lo largo de las siguientes páginas, se llevará a cabo un análisis exhaustivo de las características de ambos sistemas, con el objetivo de evaluar si el régimen de nuestro país se encuentra al mismo nivel que el de Estados Unidos.



## I. INTRODUCCIÓN

Los Estados generan ingresos para luego financiar sus gastos. En finanzas públicas, se estudia que una de las principales fuentes de ingresos de los Estados son los impuestos. Los impuestos son una categoría tributaria derivada del poder de imperio de los Estados que, a diferencia de las tasas, el contribuyente los paga sin esperar ninguna obligación ni servicio a cambio<sup>1</sup>. Según un dicho del juez Wendell Holmes, “*los impuestos son el precio que pagamos por vivir en una sociedad civilizada.*”<sup>2</sup>

Uno de los tantos impuestos que existen en varios países desarrollados y también en la Argentina es el llamado Impuesto a las Ganancias<sup>3</sup> (En el derecho anglosajón *Income Tax*). Según Enrique Reig:

*El impuesto a los réditos es un tributo que ocupa hoy un lugar preferente en la mayor parte de los sistemas impositivos de los Estados modernos como gravamen nacional, aun cuando también se lo aplica en numerosos casos como un impuesto provincial y, aun local.*<sup>4</sup>

La característica diferencial de este tributo es que grava los beneficios producidos separados de los capitales o fuentes de renta que los generan. Por lo que se lo considera como una medida ideal de la capacidad de los beneficiarios que los perciben, lo que teóricamente permitiría el logro de una mayor equidad en la imposición.

¿Cuál es el concepto de renta? El término “Renta” se utiliza en el español para indicar el ingreso neto total de una persona, pero también se lo utiliza para designar los productos netos de fuentes determinadas, tales como: renta del suelo, de capitales, y de títulos mobiliarios. Actualmente se utiliza el término “Ganancia” para indicar ingresos netos de determinadas fuentes o, en singular, para indicar la renta neta global.<sup>5</sup>

El término renta es equivalente al concepto del ingreso neto global y corresponde al inglés *income*. En *Eisner v. Macomber*, la Corte Suprema de los Estados Unidos definió al ingreso como la ganancia derivada del capital, del trabajo o de ambos combinados. Para la Corte el término renta significa algo de valor intercambiable que procede de la propiedad, separado del capital, que es extraído por el contribuyente para su uso separado, beneficio y disposición.<sup>6</sup>

Los intentos por definir un concepto único internacional por lo que debe entenderse por renta han fracasado. Esto conlleva a que cada legislación, dependiendo del funcionamiento económico-social del impuesto deben definir que esta alcanzado y que no por el tributo.<sup>7</sup> Por lo tanto, puede concluirse que los Estados pueden cobrar impuestos por cualquier tipo de renta que definan en sus correspondientes normas tributarias:

*En el centro de toda discusión tributaria existe una tensión entre, por un lado, el derecho del contribuyente a manejar sus negocios y limitar sus impuestos al mínimo legal y, por otro lado, el deber de contribuir al sostenimiento económico del Estado en función de su capacidad contributiva. Dicha tensión se acrecienta con la necesidad constante de los Estados de incrementar la recaudación fiscal para hacer frente al gasto*

<sup>1</sup> Conf. Mexicana de Aviación S.A. de C.V. c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – FFA, CSJN, 26 de agosto de 2008.

<sup>2</sup> Conf. Toch, Henry. *Income Tax Made simple*, Heinemann, 1985, p. 1.

<sup>3</sup> Anteriormente llamado el Impuesto a los Réditos.

<sup>4</sup> Reig, Enrique. *El impuesto a los Réditos*, Contabilidad Moderna SRL, 1961, p. 11.

<sup>5</sup> Conf. Reig, Enrique. *El impuesto a los Réditos*, Contabilidad Moderna SRL, 1961.

<sup>6</sup> Véase *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189, 8 March 1920.

<sup>7</sup> Nuestra Ley del Impuesto a las Ganancias define renta en su Artículo 2. *Internal Revenue Code* lo hace en §63.

*público en un contexto de necesidades de financiamiento cada vez mayores, donde la renuncia a recaudar impuestos, por la razón que fuere, es pasible de cuestionamientos de las más variadas índoles.*<sup>8</sup>

No obstante, los Estados no deben solamente preocuparse por su financiamiento, sino también en dar la posibilidad a sus ciudadanos de poder crecer y evolucionar tanto social como económicamente. Tanto las exenciones como los regímenes especiales cumplen determinados propósitos en las legislaciones fiscales modernas. Estas excluyen del ámbito del gravamen ciertas actividades u objetos ya sea por su carácter social, de política económica o por razones de administración fiscal. Las exenciones y los regímenes cambian en todas las legislaciones, estas dependen del contexto socio económico de cada país.<sup>9</sup>

Las exenciones, cuando su texto resulta claro y no exige ningún tipo de esfuerzo interpretativo, deben aplicarse directamente. No obstante, cuando debe realizarse algún esfuerzo interpretativo, el significado por el cual deben interpretarse es el lenguaje común o bien el sentido más obvio al entendimiento común.<sup>10</sup>

Uno de los ejemplos más comunes de un régimen especial en las legislaciones tributarias son las reorganizaciones de empresas libre de impuestos. El fin que ha perseguido el legislador con este régimen:

*(...) ha sido el de facilitar la reestructuración de las actividades empresariales, entendiéndose que la carga impositiva que podría generar dicho ordenamiento constituye una restricción importante para llevar a cabo este tipo de operaciones, las cuales, normalmente, redundan en un mejor desenvolvimiento de los negocios.*<sup>11</sup>

Nuestro país no es la excepción, ya que nuestra Ley del Impuesto a las Ganancias (“LIG”) posee en su capítulo III, una sección que contiene este régimen especial.

Que sea similar no significa que sea igual o lo mismo, sino que tiene semejanza o analogía con algo.<sup>12</sup> Según la doctrina, las reorganizaciones en Argentina han sido objeto de examen superficial y escasa comprensión en innumerables oportunidades, tanto antes como después de su formal introducción en el derecho positivo comercial y en el tributario.<sup>13</sup> Según la doctrina:

*La reorganización fiscal ha carecido (...) de una adecuada fundamentación epistemológica, de modo que la ausencia de una perspectiva sistemática ha enturbiado el abordaje del fenómeno, permitiendo que no se formulara un cuerpo sólido de doctrinas y principios instrumentales. Consiguientemente, se ha echado mano a instrumentos toscos y conceptualizaciones demasiado genéricas para ser de real utilidad.*<sup>14</sup>

Por ende, cabe presentar la cuestión principal de este trabajo. Si actualmente nuestro régimen de reorganizaciones de empresas libre de impuestos está al nivel otros regímenes de países de primer mundo, en este caso como puede ser el de los Estados Unidos. Además de la aplicación teórica y

---

<sup>8</sup> Laudato, C., Iglesias, J., & Palomares, L., “La Exigencia de propósito de negocio como requisito adicional en las reorganizaciones empresariales libre de impuestos” en *Debates de Derecho Tributario y Financiero*, Año III, N.º 9, 2023.

<sup>9</sup> Conf. Gebhardt, J., & Malvitano, R., *Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina*, tomo II, Errepar, 2020.

<sup>10</sup> Conf. ATCO I S.A. (TF 18.015 - I) c/ DGI, CSJN, 12 de octubre de 2010.

<sup>11</sup> Lorenzo, A., Bechara F., Calcagno, G., Cavalli, C., Edelstein, A., *Tratado del Impuesto a las Ganancias*, Errepar, 2005, pp. 587-588.

<sup>12</sup> Véase [Diccionario de la Real Academia Española](#).

<sup>13</sup> Conf. Haladjian, Alejandro. *Tratado de las Reorganizaciones Fiscales de Empresas. En el marco de precedentes administrativos y jurisprudenciales de la Argentina y los Estados Unidos*, La Ley, 2002.

<sup>14</sup> Haladjian, Alejandro. *Tratado de las Reorganizaciones Fiscales de Empresas. En el marco de precedentes administrativos y jurisprudenciales de la Argentina y los Estados Unidos*, La Ley, 2002, p. 3

práctica, tanto del régimen argentino como el americano, se intentará dar explicaciones a la mejor luz de lo que se podría mejorar en nuestro régimen de reorganizaciones de empresas libre de impuestos.

## II. LA REORGANIZACIÓN DE EMPRESAS LIBRE DE IMPUESTOS

El término “Reorganizar” se refiere a volver a organizar algo, o a organizar algo de manera distinta y de forma que resulte más eficaz.<sup>15</sup> La preposición inseparable “re” unida al verbo “organizar” refleja el hecho de volver a ordenar una cosa.<sup>16</sup>

En un sentido amplio, una reorganización de empresas puede significar cualquier reordenamiento de la actividad empresarial, incluida la escisión de una única empresa en dos o más entidades, la fusión de dos o más empresas en una única entidad y la continuación de las actividades de una empresa por parte de nuevos accionistas. Las ventas de acciones y de activos de una sociedad son, por tanto, “reorganizaciones” en este sentido amplio.

Cabe aclarar que la arista tributaria no suele ser la única variable al momento de decidir atravesar un proceso de reorganización. Detrás de estos cambios aparecen otros motivos, como aspectos de legislación vigente en materia societaria, laboral, comercial, contable, consecuencias comunicacionales, y motivos estratégicos y financieros.

La finalidad y justificación de un régimen de reorganizaciones de empresas han sido objeto de estudio tanto de la economía y del derecho. A partir de los años sesenta, se puede observar una tendencia en el estudio de las reorganizaciones libre de impuestos. En 1963, se celebró en la ciudad de París el Congreso de la *International Fiscal Association* en donde se destacó la conveniencia de que las legislaciones de cada país adopten una actitud de neutralidad frente a los procesos de reorganizaciones. El informe general sugería la eliminación de los gravámenes que podían constituir un incentivo a la concentración, al igual que las exenciones sobre los diversos hechos imposables que se configuren en las reorganizaciones.

El informe Carter, elaborado para realizar un estudio del sistema fiscal de Canadá, mencionaba que los procesos de reorganización son necesarios por distintas razones de negocios y gravar estos podría producir efectos inhibitorios y provocaría una falta de agilidad en la estructura de las sociedades. La conclusión del informe era que las reorganizaciones no deberían ser alcanzadas por el impuesto.<sup>17</sup>

El Fondo Monetario Internacional en un manual respecto al diseño de legislación tributaria en un país emergente menciona que, en los países en desarrollo, aunque las reorganizaciones pueden o no ser muy frecuentes, tiene sentido disponer de un conjunto de normas para que estas no se vean obstaculizadas por el sistema fiscal.<sup>18</sup>

En Latinoamérica se destacan la II Jornadas Tributarias del Mercosur celebradas en San Pablo en octubre de 1997 y las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario celebradas en Cartagena, en 2010. En ambas se aconseja que las reorganizaciones de empresas deben perseguir la neutralidad, y que además pasar las

---

<sup>15</sup> Conf. [Diccionario de la Real Academia Española](#).

<sup>16</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>17</sup> Véase Laudato, C., Iglesias, J., & Palomares, L., “La Exigencia de propósito de negocio como requisito adicional en las reorganizaciones empresariales libre de impuestos” en *Debates de Derecho Tributario y Financiero*, Año III, N.º 9, 2023.

<sup>18</sup> Conf. Vanistendael, Frans. “Taxation of Corporate Reorganizations” in *Tax Law Design and Drafting*, volume 2, International Monetary Fund, 1998.

fronteras para que todos los países, por medio de acuerdos bilaterales, puedan beneficiarse de dichos beneficios en todo Latinoamérica.<sup>19</sup>

Tanto los Estados Unidos como la Argentina no son los únicos países que tienen sistemas asimiles. Otros países como el Reino Unido, Alemania, Francia, entre otros, también poseen un sistema de reorganizaciones de empresas libre de impuestos.

#### **A. El principio de neutralidad fiscal y las reorganizaciones libre de impuestos**

El principio que rige en los regímenes de reorganizaciones libre de impuestos es el llamado principio de neutralidad fiscal. Que el sistema tributario sea neutral o que se aplique la neutralidad en un sistema significa que el gravamen no afectará la flexibilidad de tomar decisiones económicas al contribuyente, ya que este no estará alcanzado por dicho tributo. Respecto a las organizaciones, el profesor Reig menciona lo siguiente:

*Pero aún sin considerar el problema de la realización del beneficio, surge claro, a nuestro modo de ver, que desde un punto de vista extrafiscal no resulta conveniente que la legislación tributaria interfiera en la organización y reorganización de los negocios, impidiendo la existencia de una reagrupación, disociación, etc., de los factores productivos, pues sólo de esa manera y sin que medien para ello factores fiscales habrán los negocios de organizarse de modo que se optimice su eficiencia. Sin embargo, la preocupación por liberalizar el tratamiento de las reorganizaciones debe cuidar el no abrir vías indirectas para evasiones de impuesto (...)<sup>20</sup>*

En Nobleza Piccardo SAIC y F, el Tribunal Fiscal Nacional (“TFN”), citando al caso Establecimientos Modelo Terrabusi S.A, menciona que:

*(...) Las empresas se reorganizan (fusionan, escinden) con el objeto de integrarse vertical u horizontalmente o mejorar su situación en el mercado. Se producen entonces transferencias de bienes y derechos cuyos resultados, si se los considera realizados, pueden quedar alcanzados en un impuesto a la renta ajustado al principio del flujo de riqueza. Frente a tales circunstancias se plantea el problema relativo a si el sistema tributario debe alterar las decisiones de los titulares de la empresa al someter a imposición, por aplicación estricta del criterio de la realización del rédito, determinadas ganancias de capital derivadas de meras reacomodaciones de la fuente; o si, por el contrario, debe mantenerse neutral, excluyendo del ámbito del impuesto a la renta (y de los otros que puedan gravar la operación) los resultados que pudieran producir las reorganizaciones, permitiendo además, que se transfieran créditos y obligaciones fiscales a las entidades resultantes de la reorganización...”*

*Que, la respuesta a este interrogante es la neutralidad del sistema impositivo para el caso que las reorganizaciones empresarias cumplan los requisitos reglamentarios previstos, tal como ocurre en autos.<sup>21</sup>*

La doctrina estadounidense también menciona que:

*La teoría en la que se basa el no reconocimiento de ganancias en caso de reorganización (...) es que los empresarios deben tener plena flexibilidad en sus operaciones comerciales y deben ser libres de ajustar sus métodos de realización de negocios sin incurrir en impuestos adversos.<sup>22</sup>*

<sup>19</sup> Conf. Laudato, C., Iglesias, J., & Palomares, L., “La Exigencia de propósito de negocio como requisito adicional en las reorganizaciones empresariales libre de impuestos” en *Debates de Derecho Tributario y Financiero*, Año III, N.º 9, 2023.

<sup>20</sup> Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>21</sup> Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F., TFN, 12 de octubre de 2004.

<sup>22</sup> Turner, Martin. “Splitting the Small Corporation by Divisive Reorganization: Internal Revenue Code, Sections 355 and 368(a)(1)(D)” in *Florida Law Review*, Vol. 18, issue 2, 1965, p. 333. Traducido literalmente.

Estas citas dejan en claro que un régimen de reorganización libre de impuestos debe inspirarse en el principio de neutralidad. Sin embargo, en la práctica no existe una neutralidad al 100%, esta deberá tener en cuenta los requerimientos y propósitos que las características económicas impongan. Además, el legislador al contemplar la implementación de dicho sistema tuvo que lidiar entre un balance entre la recaudación y la forma en que los contribuyentes desarrollan sus negocios.<sup>23</sup>

Por ende, los casos y las discusiones doctrinarias van a centrarse en dos tópicos fundamentales: (1) si los mayores valores asignados a los bienes de las empresas que se transfieren a otras constituyen beneficios realizados y gravables; (2) si corresponde el traslado de atributos fiscales.

Respecto a los mayores valores, estos se pueden producir en dos niveles, tanto al nivel de la sociedad como al nivel del accionista. Supongamos el siguiente ejemplo:

*Acquiring Corp, pretende obtener los activos empresariales de Target Corp. Para ello, Acquiring compra los activos productivos de Target, pagando con efectivo, acciones y valores de Acquiring, o alguna combinación. A continuación, Target distribuye la contraprestación recibida de Acquiring, junto con sus activos restantes, si los hubiere, a sus accionistas a cambio de sus acciones de Target.*

*En ausencia de disposiciones especiales, esta operación tributará tanto a nivel de la sociedad como de los accionistas. En primer lugar, Target Corp, reconocerá ganancias o pérdidas por los activos que venda a Acquiring Corp, así como por los activos que no venda, sino que distribuya como parte de su reparto de liquidación. En segundo lugar, los accionistas de Target reconocerán ganancias o pérdidas al canjear sus acciones por los activos distribuidos en la medida en que la valuación de sus acciones difiera del valor razonable de mercado de los activos que reciban.<sup>24</sup>*

Tanto la doctrina americana como su jurisprudencia no discute la existencia de estos mayores valores. De hecho, entienden que, si este régimen especial no existiera, estas operaciones estarían alcanzadas por el impuesto.

Respecto a los mayores valores, Reig sostenía que el fenómeno reorganizativo puede generar la gravabilidad en diferentes tributos nacionales, provinciales y locales. Según el profesor Reig, en el caso del impuesto a las ganancias, aun prescindiendo de la aplicación del principio, la imposición no debería configurarse ya que no existe la realización de dichos mayores valores al no ser posible reconocer una transacción con terceros, ya que se trata de ellos mismos titulares del capital que, con una distinta estructura jurídica continúan sus actividades económicas y el empleo de sus bienes

En otras palabras, para Reig, no existen disponibilidades financieras como consecuencias de estas transacciones ni tampoco transferencia de riqueza, por lo que no tendría lógica exigir el ingreso de una obligación tributaria.<sup>25</sup>

Sin embargo, la opinión de Enrique Reig rige en el mundo ideal teórico. La posición que adopta la LIG es totalmente distinta. Para la ley toda operación la cual se caracterice como una reorganización de empresas será libre de impuestos siempre y cuando se satisfagan los requisitos que esta obliga a cumplir. En caso de incumplimiento de uno de estos, toda la operación será alcanzada por el tributo.

---

<sup>23</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>24</sup> Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019, p. 539. Traducido literalmente.

<sup>25</sup> Conf. Gebhardt, J., & Malvitano, R., *Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina*, tomo II, Errepar, 2020.

Por último, uno de los efectos principales de las reorganizaciones de empresas es el de transferir los atributos fiscales, en especial los quebrantos impositivos acumulados no caducos.

Cabe destacar que el traslado de estos se produce es una transmisión a título universal y no de cada uno de los bienes, de derechos y obligaciones. En otras palabras, el traspaso es en conjunto, en bloque.

### III. BREVE HISTORIA SOBRE LAS REORGANIZACIONES LIBRES DE IMPUESTOS

#### A. La reorganización de empresas en la legislación argentina

La primitiva ley 11.682, Ley del Impuesto a los Réditos, no mencionaba nada acerca sobre un régimen de reorganización de empresas. No fue hasta diciembre de 1943, cuando el gobierno de Pedro Ramírez dictó el decreto 18.229, el cual establecía que:<sup>26</sup>

*(...) en los casos de reorganización de sociedades o fondos de comercios, la Dirección podrá disponer que el valor de los bienes que se haga cargo la nueva entidad no sea superior, a los efectos de las amortizaciones, al que resulte deduciendo de los precios de costo de la sociedad antecesora, las amortizaciones impositivas. Se entiende por reorganización de sociedades o fondos de comercio, las ventas, transferencias, fusiones, absorciones, consolidación, etc., de una entidad con otra que, a pesar de ser jurídicamente independiente, constituyen un mismo conjunto económico. La misma disposición rige cuando las partes que intervienen en la reorganización no sean sociedades, y aun cuando la operación haya sido realizada con anterioridad a la promulgación de esta ley (...)*<sup>27</sup>

A diferencia de los Estados Unidos, en donde fue introducido un régimen con la finalidad de evitar la incidencia tributaria de ciertas reorganizaciones empresarias, la figura en la legislación argentina se crea como una restricción a modalidades evasivas.

En la práctica, se producían reorganizaciones de un tipo a otro o se efectuaban ventas simuladas de una empresa a otra cuyos titulares eran las mismas personas, revaluándose al momento de la venta los activos. El supuesto vendedor no abonaba impuesto por la utilidad obtenida por la venta y el comprador efectuaba sus amortizaciones sobre el nuevo valor abultado, disminuyendo la verdadera ganancia sujeta al impuesto. Según Asoray:

*La modificación que se introdujo en la ley de impuesto a los réditos consistió en prohibir en forma explícita toda posibilidad de revaluación o abultamiento de capital, disponiendo que en el caso de reorganización de fondos de comercio las amortizaciones impositivas se debían efectuar sobre los valores de compra de la sociedad reorganizada y, para que no exista confusión, se dejó perfectamente sentado el concepto de "reorganización de sociedades o fondos de comercio".*<sup>28</sup>

Otra de las modificaciones que presentó el decreto fue la introducción del concepto de "Conjunto Económico". Este concepto fue una invención con el objeto de significar la subsistencia de la propiedad virtual de la entidad en las mismas personas, remplazando así la palabra control o controlador del derecho norteamericano por una nueva expresión. Recién en 1952, durante la segunda presidencia de Perón, que el Poder Ejecutivo dicta el decreto 6.188, en donde se precisa el concepto de conjunto económico, fijándose la proporción mínima de capital que debía continuar en la entidad sucesora.

<sup>26</sup> Conf Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>27</sup> Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>28</sup> Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

Durante el gobierno de Onganía, en 1969, se dicta la ley 18.527. Esta establece un régimen fiscal sobre reorganización empresarial cuyo propósito es el de facilitar los procesos reorganizativos. La intención que se tuvo al crear esta modificación se encuentra en la nota que acompañaba a la ley:

*(...) dentro de los objetivos vinculados con la eficiencia del sector privado, jugó un papel importante el hecho de que las empresas logren una dimensión apropiada a la producción en gran escala en algunos casos y aprovechen las ventajas 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 —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 esos procesos de reorganización, impidiendo de ese modo que las tendencias del mercado a la optimización del rendimiento de los factores productivos sean obstaculizadas 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 objetivo deseado.<sup>29</sup>*

La ventaja clara de este nuevo régimen fue la claridad y certeza de los términos que la ley introdujo, pues siendo la reorganización un concepto típico del derecho tributario, esta no podía descansar en conceptos del derecho privado. Asimismo, también clarifica sobre el traslado de los derechos y obligaciones de las entidades que se reorganizan, y sobre los efectos en el caso de incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

El régimen introducido por la ley 18.527 se ha mantenido hasta la actualidad con algunas modificaciones. Esta ley representó un gran avance para la legislación fiscal argentina, ya que estableció un régimen similar al establecido en el *Internal Revenue Code* (“IRC”)

Posterior a esta reforma hasta el día de hoy se introdujeron pequeñas modificaciones al régimen. En primer lugar, la ley 21.604 aclaró que la reorganización podía ser de empresas u de explotaciones de cualquier naturaleza. Se dio lugar a esta modificación con la intención de adecuar las normas de la reorganización de empresas con la reforma de la Ley General de Sociedades (“LGS”), ley 19.550.

En segundo lugar, la ley 21.911 introdujo un párrafo adicional precisando las consecuencias en el caso de incumplimiento de los requisitos establecidos por la ley y el decreto reglamentario.

En tercer lugar, la ley 21.894, la cual incorporó las normas del ajuste por inflación. En esta se dispuso que los gastos que se originen en una reorganización no se computaran como activo computable si hubieren sido deducidos impositivamente.

Por último, se debe destacar la discusión respecto a si el régimen de reorganización de empresas libre de impuestos en la LIG se trata de una exención o si estamos ante el reconocimiento de una no sujeción al tributo.

Según Asoray, el régimen representa una no sujeción al tributo. En primer lugar, la voluntad del legislador jamás se refiere al otorgamiento de exenciones en dichas transacciones, sino al reconocimiento de la no gravabilidad de estas. En segundo lugar, el legislador se inspiró en la necesidad de respetar el principio de neutralidad fiscal. En tercer lugar, existe un fundamento técnico, el cual es que al cumplir los requisitos no se genera la realización de beneficios gravados, en cambio, en una exención, primero se gravan los ingresos, y luego se determina si quedan exentos o no del tributo.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>30</sup> Véase Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-

## **B. La reorganización de empresas en los Estados Unidos**

La primera vez que se empezó a discutir acerca de una excepción para las reorganizaciones de empresas en los Estados Unidos fue en 1917 con el incremento de las alícuotas para poder financiar el esfuerzo bélico de la Primera Guerra Mundial.<sup>31</sup>

En 1919, el Congreso vota una ley en la cual se establecen condiciones en las cuales no quedarían alcanzados por el *income tax* a los accionistas en relación con una reorganización. La ley también agregaba que no se limitaban a las reorganizaciones de una sola empresa, sino que también permitían la combinación de dos empresas distintas.

Esta ley establecía que para que la exclusión se aplique a un intercambio de acciones o títulos de deuda, el canje debe realizarse en relación con una reorganización, fusión o consolidación de una corporación. Las ganancias derivadas del intercambio sólo se gravarían en la medida en que el valor nominal de las acciones o títulos recibidos superase el valor nominal de las acciones o títulos entregados.

En el año 1921, el Congreso por medio de una *Revenue Act* define a la palabra reorganización, la cual incluía como operaciones a las fusiones y consolidaciones, recapitalizaciones y las transformaciones de corporaciones. Sin embargo, el Congreso cometió un grave error al no establecer en la norma una base especial para las reorganizaciones libre de impuestos.

Por ende, los contribuyentes siguieron sujetos a la norma de la base imponible, según la cual el coste de los bienes adquiridos en un canje es igual al *fair market value* de los bienes entregados, independientemente de que se haya reconocido o no una ganancia. Los contribuyentes aprovecharon esta oportunidad para obtener un incremento exento de impuestos en el valor de sus acciones u otros bienes apreciados, simplemente implicando dichos bienes en una reorganización libre de impuestos.

La *Revenue Act* de 1924 abordó por primera vez el tratamiento de una corporación que transfiere activos y recibe acciones en una reorganización, pero que no desaparece, la ley le otorgó a este tipo de corporaciones un tratamiento no alcanzado por el impuesto. También, preveía el tratamiento de las acciones eliminando por fin la preocupación por la regla del valor nominal de estas.

Las subsiguientes modificaciones al régimen fueron insuficientes para el constante avance y complejidad en las transacciones. El régimen estaba demostrando ser inadecuado para aquel tiempo, ya que la evasión fiscal en virtud de las disposiciones de reorganización estaba dando lugar a una pérdida de ingresos estimada en 18 millones de dólares anuales para el Estado. Por lo general, se empleaban tres tipos de técnicas para evadir impuestos: (1) la venta de activos estructurada como una reorganización; (2) la distribución de dividendos en forma de acciones de una subsidiaria; (3) y la transferencia de una valuación favorable de un activo a otro antes de su venta.

Esta ineficiencia por parte del Poder Legislativo de los Estados Unidos dio lugar a que la jurisprudencia desarrolle doctrinas para poder solucionar dichos problemas. En la década del treinta se crearon tanto las doctrinas de la continuidad del interés del propietario como la del propósito del negocio.

---

book).

<sup>31</sup> Conf. Posin, Daniel. "Taxing Corporate Reorganizations: Purging Penelope's web" in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133, No. 6, 1985.

La ley no cambio hasta la adopción del IRC de 1954. El Código, aunque no altero la estructura básica del régimen, introdujo algunas modificaciones significativas. Uno de los principales cambios fue que las escisiones se separaron del régimen, se creó la sección 355 y algunos de sus requisitos<sup>32</sup>. Por lo tanto, ya no era necesario que una escisión se considerara una reorganización para que no se reconocieran las ganancias. Esto significaba que una corporación podía evitar el reconocimiento de ganancias en una escisión sin transferir primero activos de la controlante a su subsidiaria.

Los seis tipos básicos de reorganización identificados en el IRC de 1939 se mantuvieron en el IRC de 1954, aunque se modificaron algunos detalles de sus definiciones. Sin embargo, el Código de 1954 estableció explícitamente la validez de la denominada *drop-down*, es decir, una transacción en la que algunos de los activos adquiridos en una reorganización podían transferirse a una subsidiaria. Otro resultado significativo de la legislación de 1954 fue un importante conjunto de nuevas normas para restringir el traslado de quebrantos de una corporación a otra en las combinaciones de corporaciones.

La estructura del IRC de 1954 sobrevive hasta el día de hoy, aunque con algunos cambios. Tales como nuevos requisitos para las escisiones y para el traslado de quebrantos. También modificaciones a la definición y requisitos de la reorganización de tipo C y la introducción del tipo G en 1980.

#### IV. LOS SUPUESTOS TÍPICOS DE LAS REORGANIZACIONES LIBRE DE IMPUESTOS

##### A. El artículo 80 de la LIG: Los tipos de reorganizaciones en la Argentina

El concepto de reorganización que establece el artículo 80 de la LIG, se particulariza por su carácter genérico y sin asimilación a nuestro derecho civil y comercial. Según la doctrina, es sin duda un concepto del derecho tributario.<sup>33</sup> El artículo 80 califica como reorganización a:

- 1) *La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas.*
- 2) *La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera.*
- 3) *Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.*<sup>34</sup>

Respecto a nuestro derecho societario, al hablar de reorganizaciones de empresas, la LGS menciona dos de los tipos anteriores, estos son la fusión y la escisión.

La fusión de sociedades es uno de los instrumentos modernos de reorganización empresarial:

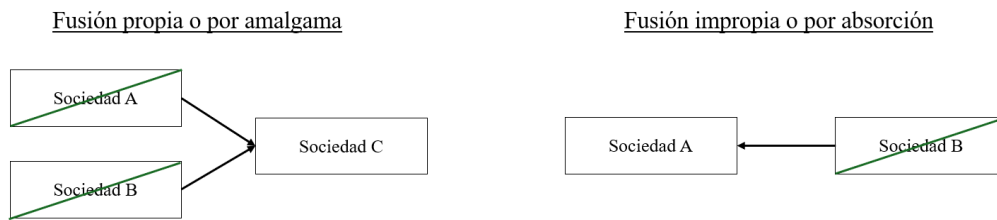
*(...) la fusión es un proceso de organización societaria de carácter sucesivo, el cual se cumple mediante un procedimiento que involucra la realización de diversos contratos y actos societarios pero cuya finalidad es la transmisión a título universal del patrimonio de uno o más sujetos fusionantes a la nueva sociedad que se constituye como consecuencia de la fusión o a la sociedad absorbente.*<sup>35</sup>

<sup>32</sup> El requisito original fue ejercer una actividad comercial o empresarial.

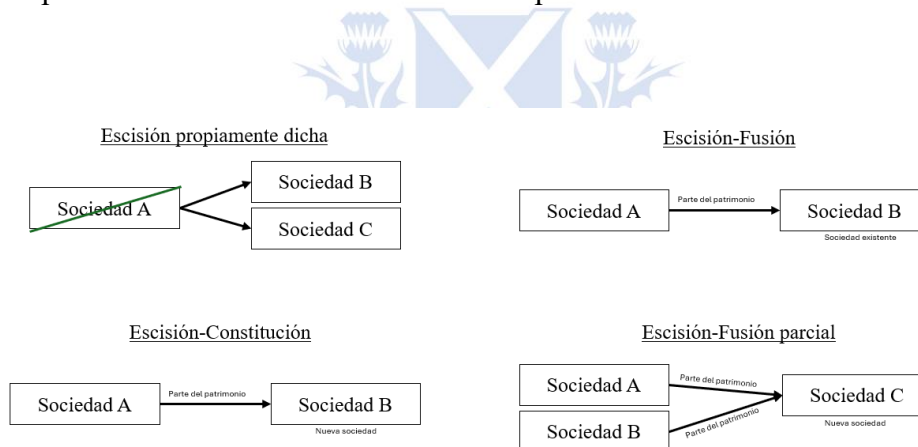
<sup>33</sup> Véase Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>34</sup> Véase LIG, Artículo 80.

<sup>35</sup> Vitolo, Daniel, *Manual de Sociedades*, 2da Edición, Editorial Estudios, 2017. Págs. 284-285.



El artículo 82 de la LGS, ley 19.550, contempla dos modalidades de fusión. Por un lado, la creación de una nueva sociedad por dos o más sociedades que a tal efecto se disuelven sin liquidarse (fusión propia o por amalgama); por otro, la fusión por absorción o impropia, por la cual una sociedad ya existente incorpora a una o más sociedades, que se disuelven sin liquidarse. Cabe aclarar que los socios de los entes disueltos pasan a ser socios de la nueva sociedad o de la incorporante.<sup>36</sup> Al no existir una limitación de cuales sociedades pueden fusionarse, se ha sostenido que el legislador concibió este instituto para las sociedades sin más precisiones, por ende, se podrían incorporar una sociedad colectiva con una con acciones, o bien, una sociedad por acciones podría fusionarse a una comandita simple.<sup>37</sup>



Por otro lado, el artículo 88 de la LGS regula el proceso de la escisión, el cual es reconocido como un proceso de desmembramiento empresarial, es decir, la forma a través de la cual la empresa se organiza patrimonialmente de modo de desprenderse de una o más facciones de su patrimonio para constituir nuevas sociedades, o para incorporarlo a nuevas sociedades o para fusionarse con otras.<sup>38</sup> Cabe aclarar, que la inteligencia de la figura no pasa por la “desmembración” de la empresa, sino por el reordenamiento, la descentralización de los capitales para su debido uso.<sup>39</sup> Existen diversos tipos de escisión. La primera es la escisión propiamente dicha, en donde la sociedad se desdobra en dos o más entes nuevos y se extingue la primera. La segunda, es la escisión-constitución, en donde la sociedad destina parte de su patrimonio para la creación de una nueva sociedad. El tercer tipo es la escisión-fusión, en donde la sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente. Finalmente, el ultimo tipo es la llamada escisión-

<sup>36</sup> Conf. Zunino, Jorge. *Régimen de sociedades, Ley general 19.550*. Astrea. 2019.

<sup>37</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>38</sup> Conf. Vitolo, Daniel, *Manual de Sociedades*, 2da Edición, Editorial Estudios, 2017.

<sup>39</sup> Véase Zunino, Jorge. *Régimen de sociedades, Ley general 19.550*. Astrea. 2019.

fusión parcial, que se genera cuando una sociedad destina parte de su patrimonio para participar con otra ya existente en la creación de una nueva sociedad.<sup>40</sup>

Cabe destacar que el artículo 172 del Decreto Reglamentario del Impuesto a las Ganancias (“**DRLIG**”) va más allá y establece también se pueden reorganizar sociedades de hecho y unipersonales. Respecto a esto existen varias opiniones. El TFN en “Massera Angélica Batancor” y “Doti Miguel” avala la regularización de una sociedad de hecho en una sociedad anónima como un acto reorganizativo del artículo 80. Sin embargo, existen dictámenes<sup>41</sup> del Fisco en donde considero que la regularización no es un supuesto de reorganización del artículo 80. También en el dictamen 13/1980, el Fisco encuadra la división de una sociedad de hecho en una unipersonal y otra de hecho dentro del régimen de reorganización de empresas. En este precedente administrativo se consideró que no era exigible el cumplimiento de los requisitos de publicidad e inscripción, al no ser tales requisitos obligatorios para la ley comercial respecto de sociedades irregulares.

Respecto a la variante planteada por el inciso C se debe definir que es un conjunto económico. Este se lo define por dos elementos. En primer lugar, la pluralidad de entes, los cuales pueden estar conformados tanto por personas humanas como jurídicas o por otros entes que se les atribuya la calidad de contribuyente<sup>42</sup>. En segundo lugar, es la relación que debe existir entre ambos entes.<sup>43</sup> Según el DRLIG, existe conjunto económico cuando el 80% o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. Además, estos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad al momento de la reorganización, no menos del 80% del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora.

Existe una discusión doctrinal respecto a si este inciso puede ser calificado o no como un caso genuino de reorganización. Por un lado, la doctrina mayoritaria opina que se trata de un supuesto que opera como una verdadera reorganización y que, a través del tiempo, ha demostrado ser un vehículo adecuado para la reorganización de empresas, entidades o fondos de comercio.<sup>44</sup> Esto se debe principalmente a que la mayoría de las reorganizaciones se hacen entre entidades que pertenecen al mismo conjunto económico, por ejemplo, el caso Bunge, Turismo Doss, Paladini, Rina Iberia, entre otros.

Por otro lado, una doctrina minoritaria pone en duda de que este inciso pueda ser calificado como un genuino caso de reorganización. Según esta corriente, el inciso C es un resabio histórico que sobrevive en la estructura legal del régimen pero que carece de significado útil en la actualidad como figura reorganizativa autónoma. Este argumento se apoya en casos como Instituto Rosenbush o el dictamen Cia. Gral. De combustibles, en donde ha resultado de utilidad para la calificación del cumplimiento de los requisitos reorganizativos en relación con una fusión o escisión.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Véase Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>41</sup> Dictámenes 60/2003 (DAL) 16/10/2003; 2/2006 (DAT) 56/2007 (DI ATEC), 1/10/2007 y 90/2007, 24/1/2008.

<sup>42</sup> Véase [Ley de Procedimiento Tributario](#), Artículo 5.

<sup>43</sup> Conf. Vaquero, Fernando M. “Conjuntos económicos y conglomerados análogos. Tratamiento tributario según la normativa y el principio de sustancia vs. Forma” en *Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, Nro. 1, 2019.

<sup>44</sup> Véase Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>45</sup> Gebhardt, J., & Malvitano, R., *Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina*, tomo II, Errepar, 2020, p. 1247.

No obstante, al igual que la postura mayoritaria, tal cual como opinan Asoray y Reig, la opinión de este trabajo es que el inciso C representa un caso genuino de reorganización por ende se le deben reconocer la vigencia plena de los beneficios reorganizativos y de la transferencia de los atributos fiscales.

Por último, cabe analizar el artículo 74 de la LGS, el cual habla de transformaciones societarias. La transformación societaria puede identificarse como un cambio estructural que está motivado en nuevas necesidades organizativas de la empresa, como por imperativo de ciertas circunstancias legales. Debe aclararse que lo que cambia es el tipo societario, y no la personalidad, por ende, la sociedad sigue siendo la misma bajo otro tipo. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia tributaria señalan que el cambio de ropaje jurídico no implica per se alteraciones en la estructura societaria.

En otras palabras, el ente muda su tipo jurídico sin que tal circunstancia origine tributación alguna. No hay una entidad “continuadora” o nueva Sociedad, sino que se mantiene la misma empresa con distinto tipo jurídico. En resumen, se trata del mismo organismo social modificado en su forma.<sup>46</sup> Esta misma opinión la sostiene el Fisco en el dictamen 33/2009, 13/1980 y 02/2006. Por esta razón, la transformación societaria no tiene consecuencias fiscales en el Impuesto a las Ganancias. Por ende, queda fuera de la aplicación de los requisitos que prevé el artículo 80 LIG.

## **B. § 368: La reorganización de empresas libre de impuestos en los Estados Unidos**

En el derecho norteamericano se entiende como a una reorganización de corporaciones a una reestructuración de una corporación<sup>47</sup>, por medio de una fusión o recapitalización en orden de mejorar su tratamiento fiscal bajo el IRC.<sup>48</sup>

La sección §368(a) define varios tipos de reorganizaciones para las que se evita la imposición tanto al nivel de la corporación como al nivel del accionista. El legislador estadounidense también ha permitido que otros tipos de empresa experimenten un cambio, una “reorganización”, sin ser alcanzadas por el impuesto. Por ejemplo, la sección §351<sup>49</sup>, permite la incorporación de activos

---

<sup>46</sup> Conf. Gebhardt, Jorge; Malvitano, Rubén H. Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina. Errepar. 2020.

<sup>47</sup> **Corporation:** Una entidad que bajo la ley tiene autoridad para actuar como una persona distinta a sus accionistas que son dueños de ella, que existe indefinidamente y tiene la potestad de emitir acciones; Un grupo o una sucesión de personas establecidas de acuerdo con reglas legales en una persona jurídica que tiene personalidad legal distinta a las personas naturales que la crearon, que existe indefinidamente y que tiene los poderes legales que le confiere su estatuto. Existen diversos tipos de corporaciones:

1. *S-Corporation:* Una corporación cuyos ingresos se gravan a través de sus accionistas en lugar de a través de la propia corporación. Sólo las corporaciones con un número limitado de accionistas pueden elegir el estatus fiscal de S-Corporación bajo el Subcapítulo S del IRC.
2. *C-Corporation:* Una corporación cuyos ingresos se gravan a través de ella y no a través de sus accionistas. Cualquier corporación que no elija el estatus fiscal de S-Corporation bajo el IRC es una C Corporation por defecto.
3. *Limited Liability Company (LLC):* Entidad empresarial autorizada por ley que se caracteriza por la responsabilidad limitada y la gestión por parte de sus miembros y gerentes, y que tributa como una *partnership* a efectos del *income tax*. Sin embargo, dependiendo de las elecciones realizadas por la LLC y el número de miembros, el IRS tratará una LLC como una corporación, *partnership*, o como parte de la declaración de impuestos del inversor. (disregarded entity).

Garner, Bryan, *Black's law dictionary*, Deluxe 11<sup>th</sup> Edition, Thomson Reuters, 2019, p. 429. Traducido literalmente.

<sup>48</sup> Garner, Bryan, *Black's law dictionary*, Deluxe 11<sup>th</sup> Edition, Thomson Reuters, 2019, p. 1553. Traducido literalmente.

<sup>49</sup> Según la sección §351, la regla general es que no se reconocerá ninguna ganancia o pérdida si una o más personas transfieren bienes a una sociedad únicamente a cambio de acciones de dicha sociedad e inmediatamente después del

libre de impuestos, y la sección §721<sup>50</sup> desempeña una función similar en la constitución de sociedades (En el derecho americano *partnerships*<sup>51</sup>).

La principal definición de que es una reorganización se encuentra en la sección §368(a)(1). El IRC califica como reorganización a:

- A. *Una fusión o concentración.*
- B. *La adquisición por una corporación, a cambio únicamente de la totalidad o parte de sus acciones con derecho a voto (o a cambio únicamente de la totalidad o parte de las acciones con derecho a voto de una corporación que controle la corporación adquirente), de acciones de otra corporación si, inmediatamente después de la adquisición, la corporación adquirente tiene el control de dicha otra corporación (independientemente de que dicha corporación adquirente tuviera o no el control inmediately antes de la adquisición);*
- C. *La adquisición por una corporación, a cambio únicamente de la totalidad o parte de sus acciones con derecho a voto (o a cambio únicamente de la totalidad o parte de las acciones con derecho a voto de una corporación que esté bajo el control de la sociedad adquirente), de substancialmente la totalidad de las propiedades de otra corporación, pero para determinar si el canje es únicamente por acciones no se tendrá en cuenta la asunción por la corporación adquirente de un pasivo de la otra;*
- D. *Una transferencia por parte de una corporación de la totalidad o parte de sus activos a otra corporación si inmediatamente después de la transferencia el cedente, o uno o más de sus accionistas (incluidas las personas que eran accionistas inmediatamente antes de la transferencia), o cualquier combinación de los mismos, tiene el control de la sociedad a la que se transfieren los activos; pero sólo si, en cumplimiento del plan, se distribuyen acciones o títulos de deuda de la corporación a la que se transfieren los activos en una operación que cumpla los requisitos de las secciones §354, §355 y §356;*
- E. *Una recapitalización*
- F. *Un mero cambio de identidad forma o lugar de organización de una corporación, independientemente de cómo se haya efectuado;*
- G. *Una transferencia por parte de una corporación de la totalidad o parte de sus activos a otra corporación en un caso de título 11 (Quiebra) o similar; pero sólo si, en cumplimiento del plan, las acciones o títulos de deuda de la corporación a la que se transfieren los activos se distribuyen en una transacción que cumpla los requisitos de las secciones §354, §355 y §356.<sup>52</sup>*

La sección §368(a)(1) define siete tipos de reorganizaciones las cuales pueden estar fuera del alcance del pago del impuesto. Cada tipo tiene diferentes calificaciones, y algunas pueden sobreponerse sobre otras. Sin embargo, el IRC no establece ningún nivel de prioridad entre los tipos.<sup>53</sup>

---

intercambio dicha persona o personas tienen el control (tal como se define en la sección 368(c)) de la sociedad.

<sup>50</sup> Con conformidad a la sección §721, la regla general es que no se reconocerá ninguna ganancia o pérdida a una *partnership* ni a ninguno de sus socios en el caso de una contribución de bienes a la sociedad a cambio de una participación en la misma.

<sup>51</sup> **Partnership:** Asociación voluntaria de dos o más personas que poseen y llevan a cabo conjuntamente un negocio con ánimo de lucro. Garner, Bryan, *Black's law dictionary*, Deluxe 11<sup>th</sup> Edition, Thomson Reuters, 2019, p. 1348. Traducido literalmente.

<sup>52</sup> [26 U.S. Code § 368\(a\)\(1\)](#) - Definitions relating to corporate reorganizations. Traducido literalmente.

<sup>53</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

La elección del tipo depende por lo general de factores no impositivos, tales como: (1) debido a pasivos contingentes de la corporación cedente, la corporación adquirente puede preferir una reorganización de tipo C a una A o B; (2) la preservación de ciertos derechos o licencias de la corporación adquirida puede requerir el uso de un tipo B; (3) la aprobación de los accionistas tanto del cedente como de la sociedad adquirente suele ser necesaria en una tipo A – estos son procedimientos costosos y que consumen mucho tiempo - mientras que solo se requiere la aprobación de los accionistas del cedente en una B o C; entre otros.<sup>54</sup>

La sección §368(a) simplemente define que constituye como una reorganización, tanto los requisitos como los efectos impositivos están descritos en otras secciones del IRC o son establecidos por la jurisprudencia.

La doctrina americana separa a estos tipos en distintas categorías: (i) las llamadas reorganizaciones adquisitivas<sup>55</sup> que van desde el tipo A hasta el tipo D y G, no incluyendo aquellas transferencias cuya distribución sea calificada por la §355; (ii) las llamadas reorganizaciones divisorias<sup>56</sup> que incluyen a los tipos D y G con aquellas transferencias que se complementen con una distribución calificada por la §355 y; (iii) por ultimo las llamadas reorganizaciones de una sola parte<sup>57</sup>.

Cabe realizar una aclaración respecto al termino “Control” que establece la sección §368(c) para los distintos tipos de reorganizaciones. En conformidad a esta, tener el control de una corporación implica poseer al menos el 80% del total de todas las clases de acciones con derecho al voto, y por lo menos el 80% de la totalidad de las acciones.<sup>58</sup>

#### *i. Reorganizaciones adquisitivas*

La doctrina americana define a los tipos A hasta la G (tanto el tipo D y como el G con distribuciones bajo conformidad de la sección §354) como *reorganizaciones adquisitivas*, es decir, la combinación de dos o más corporaciones.

---

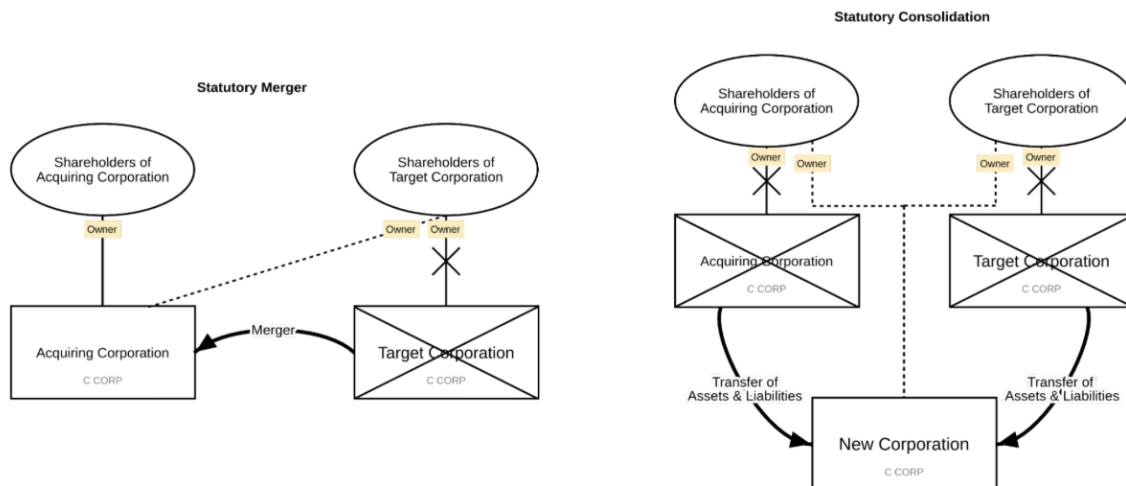
<sup>54</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

<sup>55</sup> *Acquisiives reorganizations*. Traducido literalmente.

<sup>56</sup> *Divisive reorganizations*. Traducido literalmente.

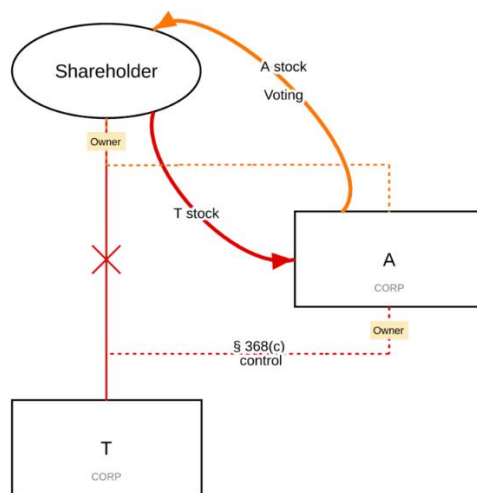
<sup>57</sup> *One-Party Reorganizations*. Traducido literalmente.

<sup>58</sup> [26 U.S. Code § 368\(c\)](#) - Definitions relating to corporate reorganizations. Traducido literalmente.



El primer tipo, la reorganización tipo A, trata de una fusión por absorción<sup>59</sup> o una consolidación. En la primera, una corporación<sup>60</sup> adquiere activos de una corporación objetivo, la cual cancela todas sus acciones y cuyos accionistas reciben una combinación de dinero, acciones u otros valores financieros de la corporación adquirente. Finalmente, la corporación objetivo cesa su existencia legal, es decir, se disuelve.

En cambio, en una consolidación, dos corporaciones se fusionan para formar una nueva corporación.<sup>61</sup>



En una reorganización de tipo B (acción por acción<sup>62</sup>), la corporación adquirente utiliza sus propias acciones con derecho a voto, las cuales pueden ser ordinarias como preferidas, como contraprestación por la compra de las acciones de la corporación absorbida.<sup>63</sup> Tras la

<sup>59</sup> *Statutory merger*, tal cual se encuentra en el grafico anterior.

<sup>60</sup> Conforme a la doctrina americana, una reorganización de tipo A puede involucrar a corporaciones estadounidenses y corporaciones extranjeras.

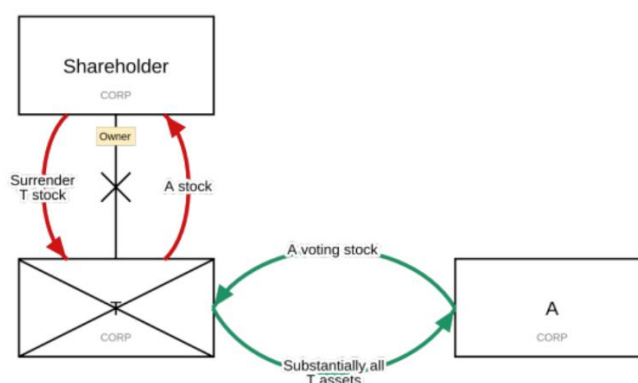
<sup>61</sup> Véase Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

<sup>62</sup> Nombre que le otorga la doctrina americana. Traducido literalmente: “*Stock for stock*”.

<sup>63</sup> Gaughan, Patrick, *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*, 7<sup>th</sup> Ed., Wiley, 2018.

reorganización, la adquirente (A Corp.) debe adquirir inmediatamente el control de la corporación objetivo (T Corp.). La corporación adquirente debe poseer al menos el 80% del *voting control* combinado de las acciones de la corporación objetivo más al menos el 80% de la totalidad de las acciones de todas las clases.<sup>64</sup> Es importante destacar que la corporación adquirente de acciones no puede adquirir ninguna acción de la corporación objetivo a través de lo que se llama *boot*<sup>65</sup>.

Dado que no se requiere la compra de activos, los mayores valores susceptibles de impuestos se reflejarán en el nivel de los accionistas, no en el de la entidad. Cabe aclarar que los accionistas de la corporación objetivo no pueden reconocer una ganancia o pérdida por el intercambio de acciones con la adquirente.



La doctrina americana llama a la reorganización tipo C (Acción por activos<sup>66</sup>) como *de facto merger provision* debido a que posee efectos similares a la reorganización A, pero sin ser necesariamente una fusión. Para que la reorganización califique como tipo C debe cumplir los siguientes requisitos: (1) que la corporación adquirente (A Corp.) compre *sustancialmente todos* los activos<sup>67</sup> de la corporación objetivo (T Corp.); (2) el adquirente únicamente<sup>68</sup> puede comprar los activos de la corporación objetivo por medio de sus acciones con derecho a voto o las acciones con derecho a voto de alguna de sus subsidiarias. No obstante, la compra no puede producirse por medio de una mezcla de acciones de ambas corporaciones. Para el propósito de la adquisición,

<sup>64</sup> Véase Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

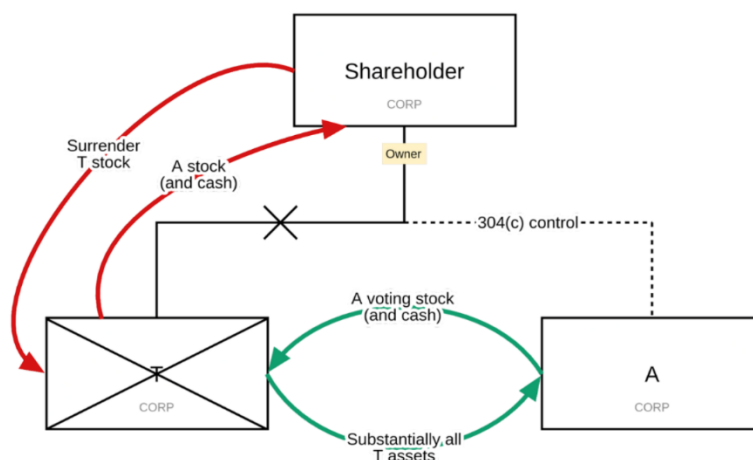
<sup>65</sup> **Boot:** Dinero o bienes suplementarios sujetos a impuestos en un intercambio que, de otro modo, estaría exento de impuestos. (2) Corporaciones: En una reorganización corporativa, cualquier cosa recibida que no sean las acciones o valores de una sociedad controlada. (3) Derecho comercial: Dinero en efectivo u otra contraprestación utilizada para equilibrar un intercambio que de otro modo sería desigual. Es efectivo u otra propiedad añadida a un intercambio para hacer el valor de los bienes comercializados iguales. Por ejemplo, cuando se deja como parte de pago un auto viejo para poder comprar un Okm. El efectivo que se paga al concesionario por la diferencia del valor, a eso se lo llama *boot*.

<sup>66</sup> *Stock for Assets*. Traducido literalmente.

<sup>67</sup> Según el IRS se cumple este requerimiento si se transfiere el 70% de los activos brutos y el 90% de los activos netos de la corporación objetivo (T corp.). Los activos netos equivalen al activo bruto menos los pasivos. Por otro lado, la jurisprudencia americana toma una definición más laxa, tomando que existe una reorganización de tipo C cuando se transfieren la totalidad de los activos operativos de la corporación objetivo.

<sup>68</sup> El uso único de acciones con derecho a voto es un requerimiento absoluto en las reorganizaciones de tipo B. Sin embargo, en una reorganización de tipo C, si por lo menos el 80% del *fair market value* de los activos de la corporación objetivo son adquiridos por medio de acciones con derecho al voto, la diferencia puede realizarse un *boot*. Para determinar si el 80% de todos los activos se adquieren a cambio de acciones con derecho a voto, cualquier pasivo asumido por la corporación adquirente se trata como dinero u otra propiedad.

los pasivos de la corporación objetivo no son tenidos en cuenta; (3) la corporación objetivo (T Corp.) debe liquidarse y distribuir cualquier activo no distribuido.



La reorganización D, a diferencia de otros tipos, contempla una transferencia de activos de una corporación a otra en vez de un intercambio de activos por acciones u otra contraprestación. Cabe resaltar, que una transferencia no será considerada como reorganización de tipo D a menos que la corporación cedente (o sus accionistas) controlen a la corporación cesionaria (A Corp.).

La sección §368(a)(1)(D) establece que los requisitos legales de la reorganización tipo D son: (1) la transferencia de sustancialmente todos los activos del cedente (T Corp.) a la cesionaria (A Corp.); (2) que la corporación cedente (o sus accionistas) tengan el control sobre la cesionaria (A Corp.); (3) la corporación cedente debe liquidarse y distribuirse todo activo no transmitido.<sup>69</sup>

A diferencia del resto de tipos de reorganizaciones, el término control para una reorganización de tipo D se define en la sección §304(c), la cual determina que una corporación (o sus accionistas) controla a otra al obtener el 50% de las acciones con derecho a voto de otra corporación.

Una transferencia de activos a una corporación controlada por el cedente (o sus accionistas) no se considerará reorganización D a menos que la transferencia de activos vaya acompañada de una distribución de acciones o títulos de deuda descrita en las secciones §354, §355 o §356.

La reorganización de tipo D puede tratarse tanto de una reorganización adquisitiva como divisoria. Si la distribución es conforme a la sección §354 estamos ante una reorganización adquisitiva. En cambio, si esta es conforme a la sección §355, estamos ante una reorganización divisoria y esta deberá satisfacer los requisitos que dispone dicha sección. La sección §356 presenta alguna de las dos formas básicas, sin embargo, a diferencia de las primeras dos es que la distribución incluye algún tipo de *boot* el cual si será alcanzado por el impuesto. La sección §356 per se no es una sección cualificada para la reorganización tipo D.

Una reorganización de tipo D que realice una distribución bajo las reglas de la sección §354 debe cumplir con los requisitos de la sección §354(b)(1). Estos son: (1) que la corporación a la que se transfieren los activos adquiere sustancialmente todos los activos del cedente; (2) que las acciones, títulos de deuda y otros activos recibidos por dicho cedente, así como los demás activos de dicho cedente, se distribuyan de conformidad con un plan de reorganización. Por lo general,

<sup>69</sup> Conf. Marmer, Melvin. "D Reorganizations - Corporate Divisions or Liquidation – Reincorporations" in *Case Western Reserve Law Review*, Volume 19, issue 4, 1968.

este plan adopta la forma de resoluciones y actas de las corporaciones redactadas por un abogado de las partes. Estos documentos contendrán una guía la cual se etiquete como “Plan de Reorganización” para disipar las dudas del fisco. Sin embargo, en ausencia de una preparación formal, la intención de las partes puede usarse como tal.

La corporación cedente que puede, aunque no necesariamente, recibir acciones, títulos de deuda u otros bienes a cambio de sus activos. Lo que reciba, mas todos los activos no transferidos, deben distribuirse en la liquidación.

La reorganización D seguida por una distribución bajo la sección §354 se la denomina reorganización adquisitiva debido a que la corporación cesionaria (A Corp.) está controlada por los mismos accionistas que controlaban la corporación cedente (T Corp.), y termina con al menos sustancialmente todos los activos de la corporación cedente. Estos requisitos se asemejan a los de la reorganización tipo C, no obstante, la diferencia recae en la definición y que en la reorganización D este control de la corporación absorbente debe obtenerse inmediatamente antes de la distribución. Según el IRC, si existe un solapamiento entre ambos tipos, la sección 368(a)(2) (A) establece que, si la operación se describe tanto en la definición de C como en la D, se tratará como una reorganización tipo D.

Por último, en 1980, por medio de la *Bankruptcy Tax Act*, el Congreso de los Estados Unidos agrego una nueva categoría a la sección §368: La reorganización tipo G. Esto lo hizo para darle un fin al régimen separado de las corporaciones insolventes en un caso del título 11 (Quiebra) para poder fomentar la rehabilitación de este tipo de corporaciones. La reorganización de tipo G es la más flexible de los tipos de reorganizaciones en la sección §368. Según la doctrina, es un tipo híbrido que toma características de otros.<sup>70</sup>

Una reorganización de tipo G se define como: (1) una transferencia de activos (2) por una corporación a otra corporación en un título 11 (quiebra) o caso similar (3) seguido de una distribución como se describe en las secciones §354, §355, o §356 como contraprestación recibida en la transacción.

Este tipo de reorganización requiere que una corporación transfiera todos o parte de sus activos a otra corporación, siempre que una de estas se encuentre en un caso de quiebra (o similar) y siempre que la transferencia se produzca de conformidad con un plan de reorganización aprobado por un tribunal. Tal como se mencionó anteriormente, la sección §354(b)(1) exige que se transfieran sustancialmente la totalidad de los activos de la transmitente.

No obstante, el Congreso ha indicado que los requisitos aplicables a la reorganización de tipo G son de una aplicación más laxa, ya que la finalidad de este tipo es facilitar la rehabilitación de las corporaciones insolventes.<sup>71</sup> En consecuencia, la práctica totalidad de los activos de la corporación deudora pueden adquirirse incluso si el deudor vende activos para pagar a los acreedores o para reorganizar sus negocios con el fin de obtener la aprobación de los acreedores de su plan de reorganización. El *Internal Revenue Services* (“IRS”)<sup>72</sup> también ha sido más laxo con la aplicación de este requisito.<sup>73</sup>

Un segundo requisito que exige la sección §354(a) es que las acciones o títulos de deuda de la corporación absorbente se distribuyan a los titulares de las acciones de la corporación absorbida.

---

<sup>70</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

<sup>71</sup> Conf. S. Rep. No. 1035, 96th Cong., 2d Sess. 36-36, 1980.

<sup>72</sup> El análogo a la AFIP en los Estados Unidos. El fisco estadounidense.

<sup>73</sup> Véase Priv. Ltr. Rul. 9313020, 2 April 1993; y Priv. Ltr. Rul. 8726055, 31 March 1987.

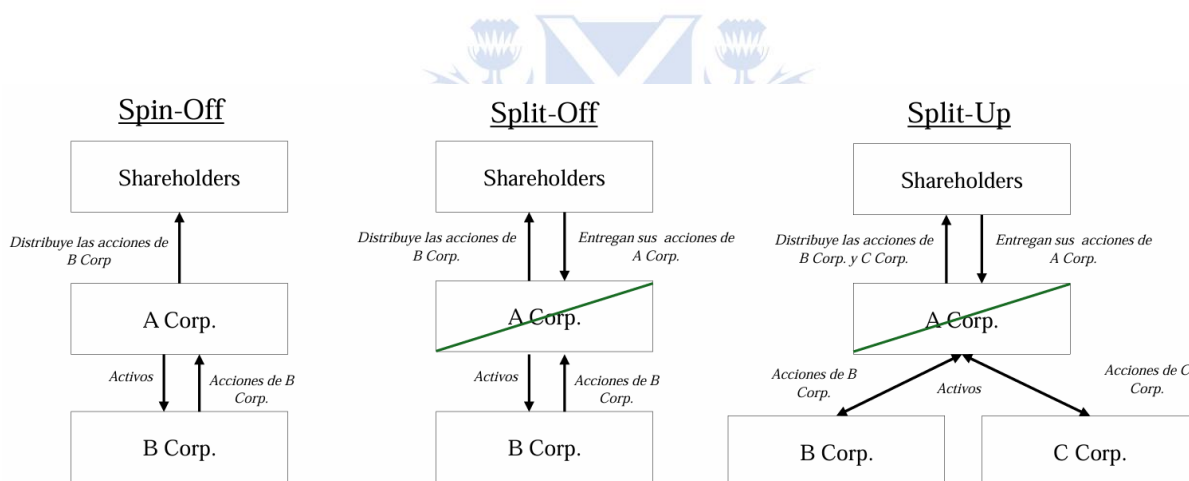
Si estos reciben las acciones en conformidad al plan de reorganización, la operación debería considerarse como de tipo G, aun cuando el valor de las acciones o los títulos de deuda represente un pequeño porcentaje del valor de la contraprestación total en acciones otorgada en la operación.

Por ende, el requisito del umbral de canje de la sección § 354(a) debería cumplirse si un accionista recibe acciones en virtud del plan de reorganización. Sin embargo, el requisito del umbral de canje de la sección § 354(a) no se cumplirá si se cancelan todas las acciones antiguas de la sociedad deudora (porque no queda capital social) y las acciones de la sociedad adquirente se distribuyen entre los acreedores a corto plazo cuyos instrumentos de deuda pasaron a ser la representación de la propiedad de la empresa.

## ii. Reorganizaciones divisorias

En una reorganización divisoria una corporación distribuye, llamada generalmente distribuyente, las acciones de una segunda corporación que controla inmediatamente antes de la distribución.<sup>74</sup>

La corporación controlada puede ser una corporación ya existente o puede ser de nueva creación con activos contribuidos por la corporación distribuyente como parte de la transacción. Independientemente de esto, la sección § 355 define las características principales de las escisiones.

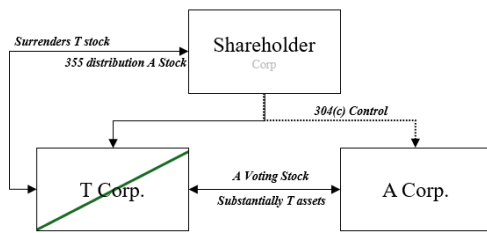


Existen diversos tipos de escisiones: (1) el llamado *spin-off* que ocurre cuando una subsidiaria o división de una corporación se convierte en una compañía independiente y las acciones de la nueva corporación se distribuyen a los accionistas de la corporación original; (2) el *split-off* es la creación de una nueva corporación por una corporación ya existente que le da a sus accionistas acciones de la nueva compañía a cambio de sus acciones en la corporación; (3) por último, el *split-up* es la división de una corporación en dos o más corporaciones nuevas. Los accionistas de la corporación original, por lo general, reciben acciones de las nuevas corporaciones y la original se liquida.<sup>75</sup>

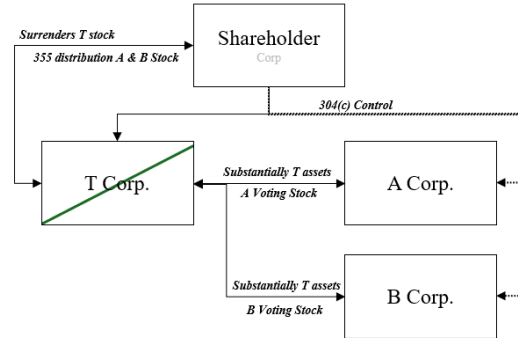
<sup>74</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

<sup>75</sup> Conf. Garner, Bryan, *Black's law dictionary*, Deluxe 11<sup>th</sup> Edition, Thomson Reuters, 2019.

### D Reorganization: Split-Off



### D Reorganization: Split-Up



Una transacción que pueda calificar bajo la sección §355 también puede estructurarse como una reorganización divisoria del tipo D [§368(a)(1)(D)] y tipo G [§368(a)(1)(G)]. En ambas, una parte de los activos de la distribuyente son transferidos a la controlada antes de una distribución de acciones de la controlada por distribuyente. Por lo general, controlada es una nueva entidad. Por último, las acciones de controlada son distribuidas como dividendos por acciones a los accionistas de la controlante. En el caso de las reorganizaciones de tipo G, tal como se recalcó anteriormente, la aplicación de los requisitos propios de la reorganización es más laxos, debido a la intención pensada por el legislador para la figura. En estos casos, la sección §355 es simplemente parte de una transacción más amplia que es una reorganización.

Para que una distribución califique bajo la sección §355, esta debe cumplir ciertos requisitos: (1) la distribuyente deberá tener el control de la controlada. En el caso de que un *Spin-off* sea una reorganización divisoria de tipo D, el control deberá obtenerse inmediatamente después de la transferencia; (2) ejercer una actividad comercial o empresarial [§355(a)(1)(C)]; (3) satisfacer la limitación dispositivo [§355(a)(1)(B)]; y (4) satisfacer las doctrinas jurisprudenciales.<sup>76</sup>

Estos requisitos existen ya que, sin ellos, se podría abusar de la figura. Por ejemplo, supongamos que A Corp. ha sido exitosa por varios años. Posee varios periodos con resultados positivos y una excelente liquidez. No obstante, los accionistas de A desean poder obtener esas ganancias sin tener que reconocer un ingreso por dividendos y pagando la menor cantidad de impuestos posible.

Con este propósito, A Corp. crea una nueva corporación, B Corp. A transfiere parte de sus activos a B a cambio de la totalidad de las acciones de esta última, de esta manera A se asegura poseer el control de la entidad. Luego A por medio de una distribución, distribuye las acciones de B a sus accionistas sin tener que pagar un solo impuesto ya que esa distribución es libre de impuestos.

Ahora los accionistas de A también lo son de B. Estos pueden escoger dos caminos: (1) los accionistas podrían liquidar B para poder quedarse con sus activos y luego venderlos; (2) pueden vender las acciones para obtener una ganancia. En ambos casos de aplicaría la alícuota para las ganancias de capital<sup>77</sup>, lo cual conlleva a un ahorro fiscal debido a la disparidad entre la alícuota ordinaria que se aplica a los dividendos y a la alícuota de ganancias de capital.

Esta separación libre de impuestos de los activos de una corporación para realizar una ganancia de capital en lugar de una ordinaria se llama “*Bailout* de resultados”. *Gregory v. Helvering* resulta ser un *leading case* en donde se identificó este esquema, este se lo analizara más adelante.

<sup>76</sup> Conf. Marmer, Melvin. “D Reorganizations - Corporate Divisions or Liquidation – Reincorporations” in *Case Western Reserve Law Review*, Volume 19, issue 4, 1968.

<sup>77</sup> *Capital gains*.

Por lo tanto, si una reorganización divisoria satisface todos estos requisitos, los accionistas no serán alcanzados por el impuesto, siempre y cuando no se distribuya ninguna clase de *boot* con conformidad a la sección §356.

### *iii. Reorganizaciones de una sola parte*

Este tipo de reorganizaciones poseen dos subtipos: (1) las recapitalizaciones, y (2) las llamadas reincorporaciones.<sup>78</sup>

En primer lugar, cuando se habla de una recapitalización, se refiere a un ajuste en la estructura del capital de una corporación. No obstante, se genera un dilema debido a que el concepto no es definido como tal por el IRC, por ende, su alcance puede ser incierto. Según la doctrina y jurisprudencia americana existen dos tipos de recapitalizaciones, sin embargo, el segundo tipo esta encuadrado dentro de la reorganización tipo G.

La recapitalización clásica que ocurre cuando los dueños de una corporación, por lo general una compañía familiar, están cerca de jubilarse y tienen la intención de transferir las riendas del negocio a gerentes más jóvenes, comúnmente sus propios hijos. Este tipo de recapitalización involucra un intercambio de las acciones comunes de los propietarios pronto a jubilarse por acciones preferidas. La doctrina americana conoce a esta transacción como *estate freeze*, ya que los actuales dueños ceden el liderazgo de la compañía, mantienen en una forma segura su capital, y por último este intercambio es libre de impuestos:

*No se reconocerán pérdidas o ganancias si, en virtud del plan de reorganización, las acciones o títulos de deuda de una sociedad que sean parte en una reorganización se intercambian únicamente por acciones o títulos de deuda de dicha corporación o de otra corporación que sea parte en la reorganización.*<sup>79</sup>

Para que esta sección sea aplicable, el intercambio de acciones tiene que realizarse bajo las reglas de la sección §358, ya que es necesario para que no se reconozca ninguna ganancia ni pérdida que el valor tanto de las acciones que se entregan como las que se reparten sea el mismo. El valor que se tienen en cuenta para cualquier tipo de activo, a excepción de dinero, será el de su *fair market value*<sup>80</sup>. En esta recapitalización, tanto las transacciones como los efectos suceden únicamente al nivel del accionista, por ende, la corporación generalmente conserva todos sus atributos fiscales. La existencia fiscal de esta continúa sin interrupción. Por último, los dividendos de las acciones preferentes pueden proporcionar a los propietarios próximos a retirarse un ingreso estable.

En segundo lugar, se encuentran las reincorporaciones las cuales son un mero cambio en la identidad, forma o lugar de organización de una corporación, sin importar cómo se efectúe. La doctrina utiliza el siguiente ejemplo:

*Supongamos que una empresa cambia el estado de su constitución. Formalmente, los accionistas deben renunciar a sus antiguas acciones a cambio de las nuevas. En un caso anterior al tratamiento legal especial de las reorganizaciones empresariales, la Suprema Corte sostuvo que la reincorporación de General Motors Corporation de Nueva Jersey a Delaware (junto con una transferencia de 5 millones de dólares de la cuenta de excedentes devengados de la sociedad a su cuenta de capital y cambios menores en las condiciones de las acciones preferentes de la sociedad) constituía un hecho imponible para los accionistas que canjeaban acciones ordinarias de General Motors (Nueva Jersey) por acciones*

<sup>78</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

<sup>79</sup> [26 U.S. Code § 354\(a\)\(1\)](#) - Exchanges of stock and securities in certain reorganizations. Traducido literalmente.

<sup>80</sup> El valor monetario o el precio de algo.

ordinarias de General Motors (Delaware). *Marr v. United States*, 268 U.S 536 (1925).<sup>81</sup>

Esta más que claro que la opinión de la Corte en este caso es errónea, ya que los activos de la corporación son los mismos al igual que la actividad que se ejerce. Un cambio de lugar de constitución no debería de por qué ser alcanzado por el impuesto. Actualmente, el IRC incluye a estos casos en el concepto de una reorganización.

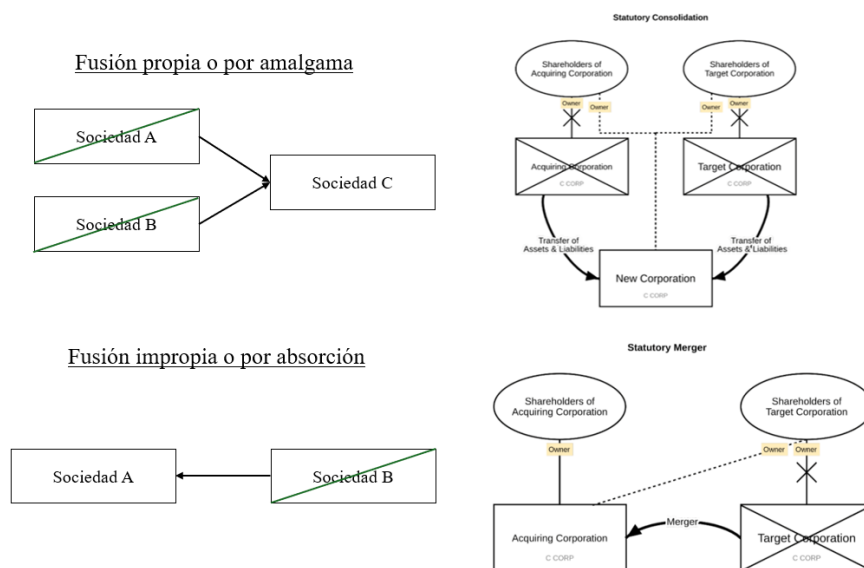
A diferencia de otros tipos de reorganización que presenta el IRC, §368(a)(1)(F) es tratado por el código como si la corporación que pasa por una reincorporación fuera la misma corporación que existía con anterioridad a la reorganización. Este tipo F se asemeja al artículo 74 de la LGS, el cual habla de la transformación de sociedades.

Cabe aclarar que una transacción no calificara como §368(a)(1)(F) si hay cambios en los accionistas existentes o si hay cambios en los activos de la corporación. Sin embargo, será considerada como §368(a)(1)(F) si los accionistas disidentes de la reincorporación representan un 1% de la totalidad de las acciones.

### C. Conclusiones parciales sobre los supuestos legales de ambos regímenes

Al leer los anteriores párrafos, el lector puede llegar a la conclusión de que los supuestos típicos de ambos regímenes son totalmente opuestos. Esto resulta de cierta forma verdadero, ya que los supuestos no son similares.

La única excepción, son los supuestos de fusión de la LGS y el tipo de reorganización A de la ley estadounidense.

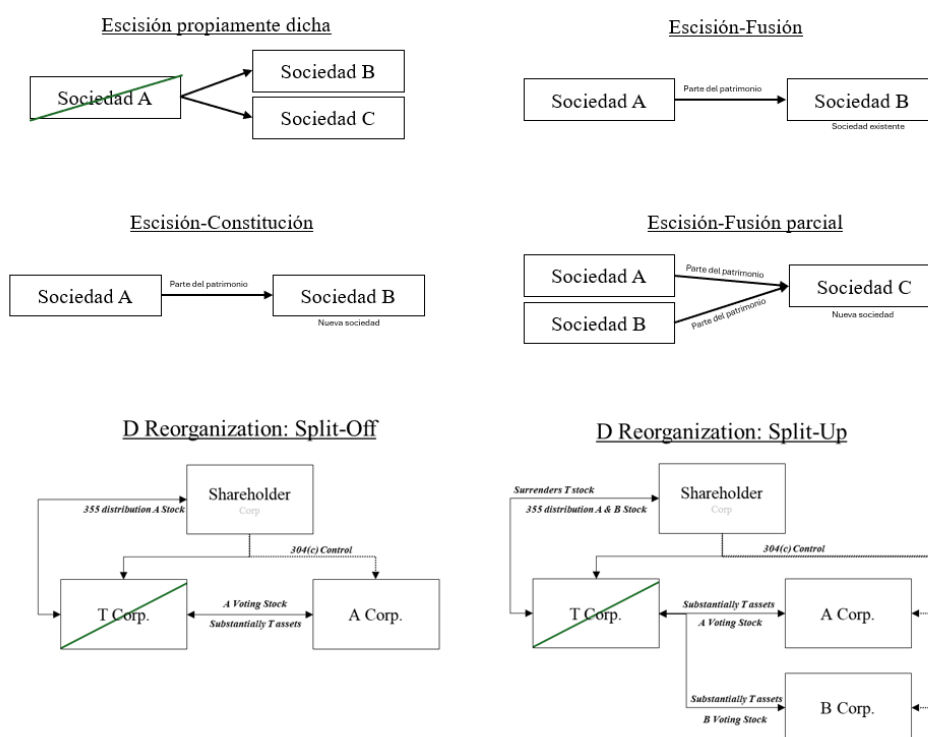


El resto de los supuestos típicos de la sección §368(a)(1) son muy diferentes a sus contrapartes de la LGS y la LIG. Estas diferencias se resaltan en la estructuración legal que poseen los tipos de reorganizaciones en el IRC, como lo pueden ser las tipo C, D, y G; y que los tipos F y E no sean tomados en cuenta por nuestro régimen como reorganizaciones.

<sup>81</sup> Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019, p. 712. Traducido literalmente.

Por ejemplo, cabe recordar que no todas las escisiones califican como “reorganizaciones” en base a la sección §368(a)(1). Si la escisión se realiza transfiriendo activos a una nueva subsidiaria y luego distribuyendo las acciones de esta subsidiaria, esta operación es una reorganización D que cumplen los requisitos según una distribución descrita en la sección §355. En cambio, si la escisión se lleva a cabo mediante la distribución de acciones de una subsidiaria ya existente, sin transferir activos como parte del plan, se aplica la sección §355 a la distribución de acciones de la filial, sin necesidad de recurrir a la sección §368(a)(1)(D).<sup>82</sup>

Aunque todas estas operaciones se denominan "escisiones", el criterio fundamental no es la calificación bajo el §368(a)(1)(D), sino la aplicación de la sección §355. Sin embargo, el tratamiento fiscal de una distribución bajo la sección §355 puede depender de si la operación se considera una "reorganización" bajo la sección §368(a)(1)(D).



En cambio, en la normativa argentina todas las escisiones son consideradas posibles reorganizaciones.

Estas diferencias pueden inducir al lector a que el régimen estadounidense resulta poseer una complejidad superior, lo cual resulta cierto:

*(...) estas disposiciones de reorganización son sumamente complejas. Gran parte de esta complejidad se debe a los deseos contradictorios del Congreso de (1) permitir que un mero cambio en la forma de una empresa corporativa se efectúe sin tributación inmediata, mientras que (2) no permitir que la venta de una empresa escape a la tributación por el mero hecho de que la empresa esté constituida en sociedad. Aunque el Congreso y los tribunales han intentado desarrollar formas razonables de distinguir las reorganizaciones corporativas no imponibles de las ventas imponibles de empresas corporativas, el marco legal y judicial actual a menudo parece exaltar la forma (y el asesoramiento fiscal anticipado) por*

<sup>82</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

encima del fondo.<sup>83</sup>

Esta complejidad lleva a que los contribuyentes, en determinados casos no opten por el régimen:

*Si una reorganización puede no estar sujeta a impuestos, ¿por qué habrían de estructurar los contribuyentes una adquisición sujeta a impuestos? La respuesta está en los estrictos requisitos impuestos por el Código que debe cumplir una operación para ser considerada una reorganización no imponible. A menudo, los contribuyentes no pueden cumplir los requisitos o deciden no hacerlo. Por ejemplo, si B insiste en recibir efectivo, en lugar de acciones de P o de una corporación creada por P, la transacción se tratará como una reorganización imponible.<sup>84</sup>*

No cabe duda de que estamos ante un sistema de mayor complejidad que el argentino. Sin embargo, la complejidad no significa que sea mejor o peor. Esta complejidad, tal como está descripta, lleva a que los contribuyentes no opten por el régimen en determinadas transacciones, por ende, en cierta medida, la intención que tuvo el legislador de que el sistema tributario sea neutral frente a estas transacciones para mejorar la productividad de los negocios se vea afectada seriamente.

Otra de las diferencias a destacar entre ambos regímenes son los sujetos sociedad que pueden reorganizarse. La sección 368 limita únicamente a las llamadas corporaciones, mientras que la ley argentina extiende el régimen no solo a las sociedades anónimas, sino a otro tipo de sociedades como pueden ser las de hecho y las unipersonales.

## **V. REQUISITOS EXIGIDOS**

Resulta comprensible que tanto el legislador argentino como el estadounidense hayan intentado evitar que el empleo de la figura de la reorganización pueda convertirse en objetos de abusos que permitan no tributar sobre resultados que de otro modo estarían alcanzados por el impuesto si no se hubiera camuflado a ciertas operaciones con el ropaje de una reorganización de empresas. Tampoco la legislación tributaria debería facilitar las elusiones por la mera aplicación del principio de neutralidad fiscal a operaciones que impliquen distribuciones encubiertas, *bailouts* de resultados o ventas de atributos fiscales.

Por estas razones, ambas legislaciones exigen diversos requisitos que deben ser satisfechos en su totalidad para que se generen los efectos del principio de neutralidad.

### **A. Requisitos exigidos por el artículo 80 LIG y el artículo 172 del DRLIG**

Tanto el artículo 80 LIG como el artículo 172 y subsiguientes del DRLIG establecen una serie de requisitos los cuales deben ser cumplidos para poder gozar de los beneficios del régimen. Respecto a estos requisitos, la Corte en una variedad de casos ha debatido sobre como estos deben interpretarse.

En Turismo Doss S.A, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, rechazó la demanda iniciada por Turismo Doss S.A. contra la AFIP a fin de obtener la nulidad de la resolución 1/2011 (DV NGDE) y de su confirmatoria 317/12 (DI RNOR), mediante las cuales el organismo recaudador había desestimado la solicitud de encuadrar el proceso de reorganización empresarial por medio del cual se había transferido el fondo de comercio de

<sup>83</sup> Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019, p. 540. Traducido literalmente.

<sup>84</sup> Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019, p. 481. Traducido literalmente.

Inversora El Huerto S.A. a Turismo Doss S.A. como libre de impuestos, en los términos del artículo 77 de la ley 20.628.<sup>85</sup>

La Cámara para poder revocar dicha sentencia anterior utilizó varios argumentos. Sin embargo, el más importante resultó ser que la reorganización societaria del contribuyente no se había llevado a cabo con el propósito exclusivo de promover la eficiencia en la organización empresarial. Contra esta sentencia, el contribuyente dedujo recurso extraordinario ante la Corte.

La Corte declara admisible el recurso y deja sin efecto la sentencia apelada en base a los siguientes argumentos: (1) la primera fuente de interpretación de la ley es su letra. El primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley; (2) la sentencia apelada impuso un recaudo que no surge prescripto por el legislador y que, por lo tanto, la decisión de la Cámara carece del necesario respaldo normativo. La Corte recuerda que no puede entenderse que exista una redacción descuidada o desafortunada del legislador, quien podría haber establecido el requisito explicitado por la cámara, y, sin embargo, no lo hizo. La inconsecuencia del legislador no se presume.

En conclusión, Turismo Doss deja en claro que la interpretación que debe hacerse del artículo 80 de la LIG es literal, y que los requisitos que deben tomarse en cuenta son los únicamente que impuso el legislador tanto en la ley como en el DRLIG.<sup>86</sup>

En BBVA Banco Frances S.A., la Corte examinó la decisión de la AFIP-DGI de rechazar la solicitud de reorganización societaria presentada por la entidad bancaria y CorpBanca S.A. – ambas, aunque independientes jurídicamente, forman parte del mismo conjunto económico. La Corte consideró que la exigencia impuesta, que requería que la contraprestación por la transferencia de activos y pasivos se realizara mediante la entrega de títulos representativos del capital de la sociedad adquirente en lugar de dinero, como se hizo en este caso, violaba el principio de legalidad en materia tributaria. Esto se debe a que estableció un requisito no previsto en el régimen legal del artículo 77 y siguientes de la LIG.<sup>87</sup>

Respecto a la formulación del artículo 172 DRLIG, existe una discusión respecto a la aplicabilidad de algunos de estos requisitos para los casos de reorganizaciones dentro del mismo conjunto económico, ya que parte de este artículo establece que: *“En los casos contemplados en los incisos a)<sup>88</sup> y b)<sup>89</sup> del párrafo precedente deberán cumplirse, en lo pertinente, la totalidad de los requisitos que se enumeran a continuación.”*<sup>90</sup>

En Bunge Argentina S.A, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó lo decidido por el Juzgado Federal de Río Cuarto y, en consecuencia, rechazó la acción de lesividad iniciada por la AFIP con el objeto de que se declare la nulidad del acto emitido por el jefe del Distrito Hernando de la Regional Córdoba de ese organismo, en fecha 27 de julio de 2004, por el que se había aprobado el traslado de derechos y obligaciones fiscales, relacionados con la reorganización societaria de las empresas Bunge Argentina S.A. y Bunge Ceval S.A. Que, contra lo así decidido, Fisco interpuso recurso extraordinario, el cual fue concebido.

El Fisco sostenía que la reorganización fue erróneamente encuadrada como una transferencia dentro del mismo conjunto económico. Asimismo, declaró que el contribuyente no había

<sup>85</sup> Véase Turismo Doss SA c/EN - AFIP-DGI - R. 1/2011 (NGDE), CSJN, 11 de marzo de 2021.

<sup>86</sup> Conf. Turismo Doss SA c/EN - AFIP-DGI - R. 1/2011 (NGDE), CSJN, 11 de marzo de 2021.

<sup>87</sup> Conf. BBVA Banco Francés SA c/EN - AFIP DGI - R. 56/2005 y 20/2007 s/DGI, CSJN, 17 de mayo de 2016.

<sup>88</sup> Se refiere a los supuestos de fusión.

<sup>89</sup> Se refiere a los supuestos de escisión.

<sup>90</sup> DRLIG, Artículo 172.

cumplido con los requisitos establecidos en el DRLIG. También menciono que, respecto al conjunto económico, la transferencia de bienes entre empresas de un mismo conjunto económico se prevé para firmas que subsisten a la reorganización.

La Corte confirmó la sentencia apelada en base a distintos argumentos. En primer lugar, el hecho de que el contribuyente haya comunicado la reorganización a la AFIP como una fusión, encuadrándola en los términos del inciso a) del artículo 77, no impide que en sede administrativa se asigne al proceso reorganizativo el encuadramiento legal pertinente. En segundo lugar, la Corte menciona que de la normativa transcrita surge que los requisitos establecidos por el artículo 105<sup>91</sup> del DRLIG sólo son exigibles para las reorganizaciones societarias que se encuadren como fusiones o escisiones, y no para las transferencias dentro del mismo conjunto económico.

La Corte no discute si encuadra en determinado supuesto de reorganización, esta comenta que al no haberse impuesto queja por su denegación en lo relativo a la tacha de arbitrariedad, corresponde tener por válidas las conclusiones a las que llegó el tribunal anterior, el cual estableció que el supuesto de reorganización era el indicado por el inciso c) de la LIG. Por lo tanto, al haberse verificado la existencia de una reorganización dentro de un conjunto económico, los agravios vertidos por la AFIP respecto al incumplimiento de requisitos no previstos para tal figura resultan inatendibles.

Al igual que en Turismo Doss S.A, la Corte recuerda que los recaudos que no surgen de la LIG ni del DRLIG no son aplicables. Para la Corte los requisitos aplicables a cada uno de los supuestos están claramente fijados por las normas respectivas, y que el olvido o la imprevisión no se presumen en el legislador.<sup>92</sup>

En Rina Iberia, la Corte examina la transferencia total del fondo de comercio entre Rina SPA y Rina Iberia, a efectos de desarrollar la actividad de clasificación de buques y embarcaciones en Argentina, en cuyo marco la primera transmitió a la segunda todos y cada uno de sus activos, pasivos, contrato, bienes de uso y bienes de cambio relacionados o utilizados para dicha actividad. Según el Fisco, Rina Iberia había cumplido con el requisito de publicidad e inscripción, por lo tanto, denegó la solicitud de reorganización. La Corte, al igual que en los casos anteriores, dejó sin efectos la resolución del Fisco en base a que agregar una condición que no está prevista en la ley, esta puede impedir el ejercicio del derecho que el ordenamiento legal confiere al contribuyente.<sup>93</sup>

La jurisprudencia deja más que claro que para los supuestos de reorganización dentro de un mismo conjunto económico no aplican los mismos requisitos. Por esta razón, se dividirá esta subparte en los requisitos exigidos para los casos de fusión y escisión, y en los casos de reorganización dentro del mismo conjunto económico.

#### *i. Requisitos exigidos por la LIG para los supuestos de fusiones y escisiones*

La ley establece varios requisitos para los supuestos típicos de fusión y escisión. Estos son: **(a)** el mantenimiento de capital a la fecha y posterior a la reorganización; **(b)** el requisito de “empresa en marcha”; **(c)** el mantenimiento de la actividad de la empresa reestructurada por dos años; **(d)**

<sup>91</sup> Actualmente es el DRLIG, Artículo 172.

<sup>92</sup> Véase Acción de Lesividad, AFIP-DGI s/solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad, CSJN, 17 de diciembre de 2013.

<sup>93</sup> Rina Iberia SL Suc. Argentina c/ AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva, CSJN, 28 de junio de 2022.

actividades iguales o vinculadas; (e) la comunicación al fisco; y (f) la publicidad e inscripción según la LGS.

Cabe destacar, que el artículo 172 DRLIG define 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. Dicha fecha es trascendental para determinar el momento a partir del cual se produce la efectivización de dichos beneficios, en particular de los traslados de los beneficios y obligaciones fiscales.<sup>94</sup>

*a) Mantenimiento de capital a la fecha y posterior a la reorganización*

El artículo 80 de la LIG exige en su octavo párrafo que los titulares de las entidades antecesoras mantengan por no menos de dos años contados desde la fecha de la reorganización, un importe no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las continuadoras.

El art. 175 del DRLIG establece la exigencia de titularidad de ciertos porcentajes de capital al momento de la fusión por parte de los accionistas de sociedades que se reorganizan.

A la vista salta una diferencia de redacción entre ambas normativas, el artículo 80 LIG se refiere a importe. Esto resulta ser una redacción poco clara, ya que dicha palabra puede referirse a valores absolutos. No obstante, el Fisco en el Dictamen (DAT) 90/2001 concluye que lo que debe mantenerse es un importe calculado a partir de considerar el 80% del capital de la predecesora.

Respecto al supuesto típico de la fusión, el requisito tiene distintas formulaciones para los dos tipos de fusión existentes.

Por un lado, en el caso de la fusión propia, se requiere el 80% del capital de la nueva sociedad al momento de la fusión corresponda a los titulares de las antecesoras. En este supuesto se exige que el requisito de participación en el capital se considere tomando en consideración el capital de la nueva sociedad, permitiendo que el nuevo ente pueda estar integrado hasta en un 20% con otros accionistas que no eran socios de las antecesoras.

Por otro lado, en el caso de la fusión impropia, se requiere que el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o de las sociedades absorbidas en el capital de la incorporante será aquel que represente por lo menos el 80% del capital de la o las absorbidas. En este supuesto, el o los titulares de la sociedad absorbida o de las sociedades incorporadas pueden no mantener en el ente absorbente hasta un 20% del capital de tales sociedades.<sup>95</sup>

Respecto a las escisiones, este requisito se dificulta debido a la compleja redacción del DRLIG, que aplica el requisito del 80% en forma diferente según cada una de las escisiones previstas. El decreto establece los siguientes tipos de escisión: (1) cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente; (2) participa con ella en la creación de una nueva sociedad; (3) destina parte de su patrimonio a la creación de una nueva sociedad; y (4) se fraccionan en nuevas empresas jurídicas y económicamente independientes.

Para los supuestos en (1) y (2), establece que el valor de la participación correspondiente a los titulares de la sociedad escindida en el capital de la sociedad existente o en el del que se forma al

<sup>94</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>95</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

integrar con ella una nueva sociedad, no debe ser inferior a aquel que represente por lo menos el 80% sobre el patrimonio destinado a tal fin.<sup>96</sup>

Para los casos (3) y (4) se dispone que el 80% del capital de las nuevas entidades consideradas en conjunto deben pertenecer a los titulares de la entidad predecesora. En este caso es razonable que el 80% se exija "en el conjunto" de las empresas resultantes. Ello facilita los supuestos de escisión propiamente dicha o división cuando es necesario separar en distintos entes o empresas a los titulares de las empresas antecesoras, debiendo señalarse que tal forma de computar el capital no procede en los restantes tipos de escisión.

El requisito, para ambos supuestos, se pide al momento de la fecha de la reorganización, es decir cuando en la realidad de los hechos se hace efectiva la reorganización.

Conforme al último párrafo del artículo 80 LIG, para que las reorganizaciones de empresas tengan los efectos impositivos previstos, el o los titulares de la o las empresas antecesoras deberán mantener, durante un lapso no inferior a dos años contados desde la fecha de la reorganización, un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las entidades continuadoras. Cabe aclarar que el mantenimiento indirecto de las tenencias no implica incumplir este requisito.

En Galeno Argentina S.A.<sup>97</sup>, la Corte revisó una resolución que rechazó el traslado de quebrantos impositivos acumulados no prescriptos tras una fusión de Galeno S.A. con Sistemas Integrales de Salud S.A. y Génesis Salud S.A. La Cámara Nacional de Apelaciones había confirmado la postura fiscal, argumentando que Galeno S.A. no cumplía con el requisito de haber mantenido al menos el 80% de participación en las empresas antecesoras durante dos años, como lo exigía el artículo 77<sup>98</sup> de la LIG. Galeno S.A. recurrió el caso aclarando que el requisito de la ley se aplica sólo a las empresas antecesoras, sin que pueda extenderse esa exigencia por vía interpretativa a las continuadoras ya que no surge de la letra de la norma ni de su fin, violando así el principio constitucional de legalidad tributaria

El caso llegó a la Corte, la cual determinó que la ley no impide considerar a la empresa absorbente como "antecesora". Según la Corte, el juez debe indagar sobre el espíritu de las leyes, debiendo averiguar su verdadero sentido y alcance mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador pues, sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla.

La Corte confirmó la sentencia de la Cámara, reiterando que el requisito debe ser cumplido por todas las empresas involucradas en la reorganización, sin distinción de su naturaleza continua o absorbente.

Por último, según el artículo 80 LIG, este requisito no será de aplicación cuando la o las empresas continuadoras coticen sus acciones en mercados autorregulados bursátiles, debiendo mantener esa cotización por un lapso no inferior a dos años contados desde la fecha de la reorganización.

---

<sup>96</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuesto*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>97</sup> Galeno Argentina, CSJN, 28 de agosto de 2012.

<sup>98</sup> Actual LIG, Artículo 80.

### *b) Empresa en marcha*

El artículo 172, segundo párrafo, punto I, del DRLIG establece que, a la fecha de la reorganización, las empresas que se reorganizan se deben encontrar en marcha. Esta condición se cumple, cuando se encuentren desarrollando las actividades objeto de la empresa o, cuando habiendo cesado estas, el cese se hubiera producido dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la reorganización.

Cabe preguntarse a que se refiere la ley con el concepto de “actividades objeto de la empresa”. En Don Marcelino, la Corte discutió el alcance de este requisito. En este caso, el Fisco denegó la denegó la solicitud de reorganización efectuada por Don Marcelino S.A. respecto de su fusión por absorción con la empresa Montebello S.C.A. El Fisco sostuvo que, a la fecha de la reorganización, la cual ocurrió el 12 de abril del 2010, habían transcurrido más de 18 meses del cese de las actividades de Montebello S.C.A, razón por la cual se encontraba incumplido el requisito de empresa en marcha.<sup>99</sup>

La instancia anterior reconoció que la sociedad celebró asambleas, presentó declaraciones juradas correspondientes al periodo fiscal de 2009, pago el impuesto inmobiliario, presentó estados financieros y realizó otros gastos. Según la Corte, la Cámara al fallar a favor del Fisco da a entender que dichas actividades no son “actividades objeto de la empresa” porque no se desprende que haya habido actividad económica en el período requerido por la norma para considerarla como “empresa en marcha”. No obstante, la Corte opina que:

*Al interpretar el requisito de empresa en marcha de la manera en que lo hizo, la cámara privó de autonomía a la condición de realizar “actividades objeto de la empresa” establecida en el apartado I) del art. 105 para reemplazarla por la condición de realizar las “actividades económicas” de producción y comercialización de bienes y servicios a las que se refiere el apartado II) de dicho artículo.<sup>100</sup>*

En conclusión, debe entenderse como “actividades objeto de la empresa” a toda actividad o movimiento que la sociedad posea.

### *c) Mantenimiento de la actividad de la empresa reestructurada por dos años*

El artículo 172, segundo párrafo, punto II, del DRLIG, requiere que continúen desarrollando por un periodo no inferior a dos años, contados a partir de la de la fecha de la reorganización, alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquellas — permanencia de la explotación dentro del mismo ramo—, de forma tal que los bienes y/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.

La justificación a este requisito es que trata de evitar los beneficios de la no imposición y la transferencia de los atributos fiscales a quienes pretendan usar la figura del régimen con la finalidad de obtener el beneficio del goce de los atributos de empresas que han cesado en sus operaciones a otras que nada tienen que ver con sus actividades.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Véase Don Marcelino S.A. c. Fisco Nacional – DGI s/ contencioso administrativo – varios s/ Recurso de queja, CSJN, 20 de abril de 2023.

<sup>100</sup> Don Marcelino S.A. c. Fisco Nacional – DGI s/ contencioso administrativo – varios s/ Recurso de queja, CSJN, 20 de abril de 2023, p. 11.

<sup>101</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

En el caso de las fusiones, el DRLIG se refiere a mantener actividades de las empresas reestructuradas. Cabe aclarar que por empresa antecesora se entiende a ambas empresas partícipes en el proceso reorganizativo.<sup>102</sup> En cuanto a si se trata de la totalidad o de algunas de las actividades, el Fisco ha tenido a lo largo de los últimos años distintas posturas. No obstante, la Corte ha dejado en claro que no se deben agregar requisitos extra a los que ya se encuentran en la ley, por ende, si el punto II menciona alguna de las actividades, la interpretación debe ser alguna y no la totalidad de las actividades de las antecesoras. Esta más que claro que esta actividad que se mantiene debe cumplirse con el mantenimiento dentro del mismo ramo y se toma como pauta de cumplimiento de tal extremo que los bienes y/o servicios que comercialicen las empresas continuadoras sean, esencialmente, similares a los que producían y/o comercializaban las antecesoras.

En el caso de las escisiones, en cuanto al termino de empresa antecesora es aplicable el mismo concepto de fusión. No obstante, la discusión sobre si el requisito trata de la totalidad o de algunas de las actividades existe una interpretación unánime, en cuanto a que deben mantenerse únicamente algunas de las actividades de las empresas reorganizadas.

La norma establece que en el caso que haya un cambio de actividad antes de transcurrido el lapso de dos años, tendrá efecto de condición resolutoria y que, en caso de incumplir este requisito, al igual que los otros establecidos por la ley, se deberá presentarse o rectificarse las declaraciones juradas respectivas, aplicando las disposiciones legales que hubieran correspondido si la operación se hubiera realizado al margen del régimen e ingresarse los intereses y demás accesorios.

Esta condición resolutoria se puede ver en el caso Grupo Republica S.A.<sup>103</sup> En este caso, Grupo Republica S.A. impugno la resolución de la AFIP-DGI que, por considerar que la venta del inmueble de su propiedad ubicado en la calle Bouchard 685 —conocido como Edificio “República”— a favor de República Compañía de Inversiones S.A., cuando aquél aún conservaba la autorización para funcionar como banco comercial, no constituyó una reorganización empresaria debido a que consideró que la venta del inmueble no reunía el requisito previsto por el artículo 77 de la LIG, consistente en que la entidad continuadora debía proseguir la actividad de la empresa reestructurada u otra vinculada.

Cabe aclarar, que Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal relativizó la posibilidad de que pudiera tenerse por cumplido el requisito de continuidad de la actividad de la empresa reestructurada u otra vinculada a ella porque la actividad inmobiliaria no constituía una actividad autorizada legalmente en cabeza del Banco República S.A. ya que “de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 21.526, las entidades financieras tienen prohibido explotar por cuenta propia empresas comerciales o de otra especie”.

El caso fue recurrido a la Corte, la cual menciona que la resolución del BCRA 395/96 del 28 de agosto de 1996 tampoco menciona que la entidad financiera haya solicitado autorización al Banco Central para llevar a cabo la actividad constructora e inmobiliaria alegada y que el ente rector del sistema financiero la haya concedido. Por ende, la Corte resuelve que corresponde concluir que el Banco República no había logrado acreditar el desarrollo de la actividad constructora e inmobiliaria alegada, por lo cual coincide con la cámara en cuanto a que la venta del inmueble no puede considerarse incluida en un proceso de reorganización en los términos del artículo 77 de la LIG.

---

<sup>102</sup> Conf. Dictámenes 14/01, 13/2002, 101/2002, 51/2005, 39/2008 y 66/2009

<sup>103</sup> Grupo República, CSJN, 20 de diciembre de 2011.

#### d) Actividades iguales o vinculadas

El artículo 172, segundo párrafo, punto III, establece que las empresas hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización o a la de cese, si éste se hubiera producido dentro del término del requisito de empresa en marcha precedente o, en ambos casos, durante el lapso de su existencia, si éste fuera menor.

Este requisito únicamente requiere cumplir con el concepto de actividad vinculada, es decir, que deberá verificarse que las sociedades hayan tenido actividades iguales o, de no configurarse tal supuesto, actividades que coadyuven o complementen un proceso industrial, comercial o administrativo, o que tienda a un logro o finalidad que guarde relación con la otra actividad, es decir integración horizontal y/o vertical. La idea detrás de este requisito, al igual que el anterior, es evitar las reorganizaciones con fines exclusivamente fiscales.<sup>104</sup>

Las actividades vinculadas horizontales y verticales son conceptos relacionados con la forma en que las empresas organizan y gestionan sus operaciones y cadenas de suministro.

En primer lugar, las actividades vinculadas horizontales se refieren a la colaboración o integración entre empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de valor o del mercado. Es decir, son empresas que producen productos o servicios similares y, por lo tanto, compiten entre sí.

En segundo lugar, respecto a las integraciones verticales, la vinculación ocurre entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de valor, es decir, entre proveedores y clientes. Esta integración puede ser "hacia adelante" (cuando una empresa se expande hacia las etapas de distribución o venta de su producto) o "hacia atrás" (cuando una empresa se expande hacia la producción de materias primas o componentes necesarios para su producto).<sup>105</sup>

#### e) Comunicación al fisco

El cuarto punto del artículo 172 del DRLIG establece que la reorganización se comunique a la AFIP y se cumplan los requisitos necesarios dentro del plazo que ésta determine.

Este requisito está reglamentado actualmente por la resolución general 2513, en donde se especifica la forma en que el contribuyente debe notificar al Fisco respecto a dichas operaciones. La resolución, en su artículo 4, establece también que la comunicación al Fisco deberá cumplirse dentro de los 180 días corridos<sup>106</sup> contados a partir de la fecha de la reorganización, entendiéndose por esta última, el concepto explicado anteriormente.

La justificación de este requisito tiene que ver con permitir al Fisco desarrollar una adecuada fiscalización y control del cumplimiento de las exigencias normativas como también del conocimiento de los datos y elementos que componen la restructuración.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>105</sup> Conf. Porter, Michael, *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, 1985.

<sup>106</sup> Se debe resaltar esta diferencia, ya que la Ley de Procedimiento Tributario, Artículo 4, establece como estándar que los plazos corren según los días hábiles administrativos.

<sup>107</sup> Gebhardt, J., & Malvitano, R., *Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina*, tomo II, Errepar, 2020.

Se discute si estamos ante un requisito de naturaleza formal o substancial.<sup>108</sup> La jurisprudencia, en varios casos<sup>109</sup>, ha determinado que el incumplimiento de una disposición de rango normativo secundario conduce a una interpretación excesivamente rigorista. Por ende, han determinado que en caso de incumplimiento la pena a aplicar no es el decaimiento de la reorganización libre de impuestos sino la aplicación de una multa formal, es decir la pena económica establecida en el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Tributario. Según la jurisprudencia, el incumplimiento de este requisito no puede resultar fatal para el derecho del contribuyente.

Para Asorey, las normas establecidas en el DRLIG y en la LIG establecen la condición resolutoria únicamente para el cambio o abandono de la actividad, pero no para la comunicación al Fisco. Por ende, al no mencionar la condición resolutoria por la ley, la falta de comunicación no puede interpretarse como que su omisión hace decaer los derechos de la reorganización, sino que su omisión es consecuente de una mera infracción formal.<sup>110</sup>

Por lo mismo, el autor establece que la comunicación por otros medios que no sean los establecidos por la Resolución 2513, no puede imponer condición resolutoria, ya que la finalidad del legislador fue la de poner en conocimiento al Fisco, pero no declaro porque medio o procedimiento. Así, podría ocurrir que la finalidad del legislador de poner en conocimiento del Fisco la reorganización se cumplió, a través de otro procedimiento que, no sea necesariamente, el de la Resolución 2513.<sup>111</sup>

#### f) *Publicidad e inscripción según la LGS*

El art 172 del decreto reglamentario menciona que deberán cumplimentarse los requisitos de publicidad e inscripción establecidos en la LGS. Tanto el Fisco<sup>112</sup> como la doctrina, entienden que la publicidad y registración resulta obligatoria únicamente para las sociedades regidas por la LGS.

La doctrina discute, al igual que al requisito de comunicación al fisco, si este requisito es de naturaleza formal o substancial para evaluar las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. El argumento que se puede retomar es el mismo a la comunicación al Fisco. Por ende, dado el carácter formal del requisito, el incumplimiento no constituye un obstáculo para el reconocimiento de la reorganización, y la AFIP debe intimar a su cumplimiento por medio del artículo 39 de la Ley de Procedimiento Tributario.

La Corte en esto último resulto ser bastante clara. En Loma Negra CIASA<sup>113</sup>, Loma Negra CIASA y Materflet S.A.- celebraron una fusión por absorción mediante la cual la primera absorbió a la segunda; y que tal reorganización societaria fue informada a la AFIP el 16 de febrero de 2004 a fin de dar cumplimiento a la resolución general 2245 de dicho organismo.

El Fisco argumentó que la actora no explicó cómo habían transcurrido seis años para la inscripción y la Cámara de Apelaciones sostuvo que no puede autorizarse la dilación indefinida en el cumplimiento de este requisito y confirmó el rechazo de la reorganización.

---

<sup>108</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>109</sup> Véase Santa Ana SCA. CNACAF, 13/6/1969; Comercial Union Cia. Arg. De Seguros, TFN. 19/6/2003.

<sup>110</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>111</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>112</sup> Véase Dictamen 13/1980.

<sup>113</sup> Loma Negra, CSJN, 14 de noviembre de 2017.

Por su parte la Corte determino que de la norma transcrita surge con claridad que, si la inscripción del acto societario aún no fue otorgada al momento en que el contribuyente formula la pertinente comunicación de la reorganización al Fisco, la presentación de las constancias que acrediten la iniciación de los trámites de inscripción ante las autoridades competentes es bastante para tener por cumplido el aludido requerimiento. Por consiguiente, de cumplirse los restantes requisitos exigibles asiste al contribuyente el derecho de gozar de los beneficios establecidos en los artículos 77 y 78 de la LIG.

*ii. Requisitos y aplicabilidad del inciso C, artículo 80*

El supuesto típico del inciso C, las reorganizaciones dentro de un mismo conjunto económico, les son aplicables dos requisitos: **(a)** el mantenimiento del capital a la fecha y posterior a la reorganización; y **(b)** el mantenimiento de la actividad de la o las antecesoras. Sin embargo, estos tipos de reorganizaciones presentan situaciones singulares que deben ser mencionadas, como lo son: **(c)** la autorización por parte de la AFIP; y **(d)** las fusiones y escisiones dentro del mismo conjunto económico.

*a) Mantenimiento del capital a la fecha y posterior a la reorganización*

Una de las dos condiciones impuestas reglamentariamente a las transferencias y ventas en conjunto es el requisito patrimonial en virtud del cual las empresas subsistentes de las reorganizaciones deben mantener el capital de los accionistas de las entidades que se reorganizaron. El artículo 172, inciso c) del DRLIG define a las transferencias y ventas en conjunto económico cuando el 80% o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. Además, éstos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad, al momento de la transformación, no menos del 80% del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora. En conformidad con el dictamen 10/2005, el Fisco aceptó transferencias accionarias entre los integrantes del conjunto económico siempre que el conjunto económico mantenga como unidad las participaciones, es decir que no se produzca una transferencia a terceros superior al 20% del capital reorganizado y teniendo en consideración que la transferencia en cuestión ocurrió dentro del grupo económico. El requisito se pide al momento de la fecha de la reorganización.

Respecto a la mantención del capital posterior a la reorganización establecida en el último párrafo del artículo 80 LIG, la condición a cumplir es doble pues, por un lado, el capital resultante del ente, empresa o explotación que subsista como consecuencia de la reorganización debe pertenecer al menos en un 80% a los dueños, socios accionistas de las empresas antecesoras. Además, dichos titulares deberán mantener en forma individual en la entidad, empresa o explotación subsistente, no menos del 80% del capital que poseía al momento de la reorganización en la entidad o empresa antecesora.

Conforme al dictamen 60/2006, la AFIP permite que tratándose de la reorganización de una sociedad, explotación o empresa donde un socio mayoritario cuente con la casi totalidad del capital, se desvincule a algunos socios minoritarios que tengan porcentajes insignificantes frente a la totalidad del capital. El fin de la norma es que se mantengan quienes fundamentalmente son los dueños socios, accionistas y no quienes tienen una posición nominal o carente de toda significación práctica frente al universo patrimonial que se reorganiza. Por último, al igual que

en la fusión y escisión, el mantenimiento indirecto de las tenencias no implica incumplir este requisito<sup>114</sup>. Lo mismo aplica si las empresas cotizan en mercados autorregulados.

*b) Mantenimiento de la actividad de la o las antecesoras*

El artículo 80 de la LIG establece que los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a dos años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas.

Existe consenso en la doctrina sobre la aplicación de este requisito por encontrarse establecido en la ley, con prescindencia de la omisión reglamentaria.<sup>115</sup> Tanto el Fisco como la jurisprudencia poseen la misma inclinación que la doctrina.<sup>116</sup> Respecto a la interpretación de cuantas actividades, se debe establecer la misma que para los casos de fusión u escisión.

Idénticas conclusiones a las de fusión u escisión se dan en cuanto al supuesto de incumplimiento de los requisitos reglamentarios o para el caso del cambio o abandono de la actividad

*c) Autorización por parte de la AFIP*

El artículo 80 de la LIG establece que cuando por el tipo de reorganización no se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas, excepto en el caso de escisión, el traslado de los derechos y obligaciones fiscales quedará supeditado a la aprobación previa de la AFIP.

En materia societaria, el artículo 82 de la LGS habla que la transmisión total del patrimonio es una de las características que distingue la fusión de la escisión, mientras que el artículo 88 LGS habla de la transmisión de parte del patrimonio para los casos de escisión. Este criterio se convalida en la ley fiscal al establecerse el concepto de fusión, ya que siempre se habla de fusión de entes completos y no parciales. Por ello es por lo que la autorización que se requiere para el caso en que la transferencia de la o las empresas reorganizadas sea parcial no se pueda aplicar en fusiones. Tampoco en el caso de escisiones ya que el propio artículo las elimina de la discusión. Por ende, el supuesto aplicable sería el del inciso c), artículo 80 LIG.<sup>117</sup>

Cabe aclarar que la ley habla de aprobación previa y no de consulta. Por ende, resulta una condición indispensable la autorización para la procedencia de los beneficios fiscales en los supuestos del inciso c) en donde no se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas.

*d) Fusiones y escisiones dentro del mismo conjunto económico*

Se ha planteado un tema de gran relevancia en el ámbito de la reorganización fiscal libre de impuestos. Esto se refiere a aquellas fusiones y escisiones que, aunque se realizan de acuerdo con la LGS, pero desde el punto de vista fiscal, se encuadran en la figura del conjunto económico, previsto en el artículo 80, inciso c).

---

<sup>114</sup> Conf. Dictamen 84/2003.

<sup>115</sup> Conf. Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>116</sup> Dictamen 7/1981; S.A. La Nación, TFN, 22 de abril de 1986.

<sup>117</sup> Conf. Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

La Corte, por su parte, ha analizado este dilema en varios casos. Los más destacados son Frigorífico Paladini, Bunge Argentina S.A y International Engines South America S.A (“IESA”).

En Paladini, el Fisco determino que la fusión por absorción de Frigorífico Villa Diego S.A. (absorbida) por parte de Frigorífico Paladini S.A. (absorbente) no cumplía con los requisitos establecidos por el DRLIG, aunque se cumplió con los requisitos fiscales previstos para la figura de transferencias en conjunto económico.

En el caso en cuestión si bien se notificó inicialmente al Fisco la reorganización como fusión en los términos del artículo 77<sup>118</sup>, inciso a) de la LIG, el contribuyente, al serle rechazada por la AFIP los beneficios fiscales de la reorganización, interpuso recurso administrativo ante el propio ente, a los efectos de agotar la vía administrativa manifestando, que si bien se trataba de un proceso de fusión desde el punto de vista fiscal debe considerarse como un supuesto de transferencia en conjunto económico. Por su parte, Paladini decidió recurrir la decisión del Fisco. No obstante, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario concluyó que correspondía aplicar los requisitos de fusión y no de transferencia en conjunto económico.

La Cámara denegó el recurso extraordinario interpuesto por el contribuyente, por lo cual recurre en queja a la Corte. Por su parte la CSJN, por voto unánime hace suyos los fundamentos de la Procuradora y hace lugar a la queja y revoca la sentencia apelada.

Uno de los argumentos utilizados por la procuradora fue el principio de formalismo moderado, el cual se deriva de que no existen estructuras sacramentales para los planteos de los particulares efectuados en sede administrativa. Por ende, que el contribuyente no haya comunicado desde su inicio su reorganización bajo el inciso c), pero si lo haya notificado con posterioridad no puede resultar fatal en su derecho, ni obsta a que el funcionario brinde adecuada respuesta a esta petición. Advierte también que la negativa a esta notificación con posterioridad, a raíz de un excesivo apego a las formalidades de los procedimientos, se presenta revestida de un injustificado rigor formal, incompatible con el derecho de defensa y con un adecuado servicio de justicia.

Otro de los argumentos utilizados por la procuradora es el principio de la realidad económica, el cual posee una gran relevancia en el examen de los requisitos exigidos en el régimen, especialmente, cuando se trata de un caso del inciso c), para poder cumplir con la intención del legislador, la cual es la neutralidad del régimen fiscal en estas operaciones para no formar un obstáculo en el mejoramiento de la productividad de los negocios.

Determinado que la reorganización debía encuadrarse dentro del inciso c), la procuradora analizo si existía un incumplimiento por no haberse mantenido la actividad inmobiliaria. Se determino que había un cumplimiento de este requisito debido a que en la práctica ambas empresas actuaban como una, compartían instalaciones, habilitaciones de sanidad, un único sistema contable, entre otros. Además, por su parte el Fisco había reconocido que actuaban como una única empresa.

Respecto al caso Bunge Argentina S.A, me remito a lo analizado en el titulo principal de este apartado de requisitos exigidos por la LIG, en donde la Corte dio como valido las conclusiones de instancias anteriores en donde se encuadro la reorganización como un supuesto del inciso c), cuando inicialmente el contribuyente la había comunicado en sede administrativa como una fusión.

---

<sup>118</sup> Actual LIG, Artículo 80.

En IESA<sup>119</sup>, esta empresa puso en conocimiento a la Dirección General Impositiva que había realizado un procedimiento de reorganización de empresas, encuadrado en el artículo 77 y subsiguientes, absorbiendo por fusión a Industria de Máquinas Agrícolas del Sur.

No obstante, la DGI rechazó la solicitud de reorganización efectuada por IESA. El contribuyente recurrió estos dichos por vía del artículo 74 de la Ley de Procedimiento Tributario. Su presentación fue desestimada por la resolución AFIP-DGI 91/01. IESA recurrió a primera instancia judicial, en la cual la jueza revocó el acto administrativo ya que entendió que estaban reunidos todos los requisitos para gozar de los beneficios fiscales del régimen.

A su vez, la AFIP le confirió vista iniciándose el proceso de determinación de oficio. Una vez realizado el descargo por el contribuyente, este recurrió al TFN, quien el 22 de diciembre de 2004 resolvió revocarlo, siendo confirmada dicha sentencia el 6 de noviembre del 2008 por la Sala 11 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Por su parte el Fisco interpuso recurso del artículo 14 de la ley 48.

La Corte rechazó el criterio fiscal y confirmando la sentencia apelada, con los mismos fundamentos dados en Paladini.

## **B. Requisitos de los Estados Unidos**

### *i. Doctrinas jurisprudenciales: Requerimientos subjetivos*

Desde la introducción del régimen en 1919 este ha evolucionado constantemente, sin embargo, la complejidad de las transacciones evoluciona a un nivel mucho más veloz que la legislación. En consecuencia, para evitar el abuso de la figura, los tribunales estadounidenses han desarrollado varias doctrinas para verificar la aceptabilidad de las reorganizaciones.

Algunas de estas doctrinas, como lo son los requisitos de la sección §355, han sido modificadas y adaptadas para poder incluirlas en el IRC. No obstante, la mayoría aún siguen siendo objeto de interpretación de los tribunales.<sup>120</sup>

Estas doctrinas jurisprudenciales son: **(a)** la doctrina de la continuidad del interés propietario; **(b)** la doctrina de la continuidad del negocio; y **(c)** la doctrina del propósito de negocio o sustancia sobre la forma.

#### *a) Continuidad del interés propietario*

La doctrina de la continuidad del interés propietario<sup>121</sup> requiere que el accionista de una corporación adquirida mantenga un interés propietario en la corporación adquirente para poder no estar alcanzado por el impuesto.

---

<sup>119</sup> International Engines South America SA., CSJN, 18 de junio del 2013.

<sup>120</sup> Conf. Haladjian, Alejandro. *Tratado de las Reorganizaciones Fiscales de Empresas. En el marco de precedentes administrativos y jurisprudenciales de la Argentina y los Estados Unidos*, La Ley, 2002.

<sup>121</sup> Esta doctrina surgió por primera vez en 1932 en *Cortland Specialty Co. v. Commissioner*, un caso del Segundo Circuito. Cortland Specialty Co. era una compañía cuyo objeto era la comercialización de productos elaborados del petróleo. Deyo Oil Company, una corporación que se dedicaba al mismo rubro, decidió comprar la primera a cambio de 53 mil dólares en efectivo y 159 mil dólares en pagares.

Según el tribunal, en una reorganización esta la idea de que debe haber cierta continuidad de interés por parte del cedente o sus accionistas para garantizar los beneficios del régimen. Por lo tanto, concluyo que habría existido una continuidad de interés del propietario en el caso en que los accionistas del cedente hubieran recibido acciones en vez de pagares.

La jurisprudencia creó esta doctrina con la intención de diferenciar una venta de una compañía y las reorganizaciones en las que los accionistas intercambian un interés patrimonial de determinadas empresas que se reorganizan por otro interés patrimonial según corresponda la transacción.

Esta doctrina plantea dos incógnitas: (1) ¿cuál es el porcentaje mínimo del interés propietario que debe presentar una transacción para satisfacer la doctrina?; (2) ¿qué tipos de activos pueden representar una continuidad del interés propietario?

En 1933, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el caso *Pinellas Ice & Cold Storage Co. v Commissioner*. Pinellas Ice y Cold Storage Co. eran dos compañías bajo un mismo grupo de accionistas que fabricaban y vendían hielo en St. Petersburg, Florida. En 1926 ambas fueron vendidas a la Florida West Coast Ice Company, empresa que operaba en el mismo rubro. En consideración por los activos de ambas compañías, la corporación adquirente pagó 400 mil dólares en efectivo y un millón de dólares en pagares pagaderos a cuatro meses. Estos pagares fueron distribuidos a los accionistas de las corporaciones objetivo.

La opinión de la Corte fue que la transacción estaba alcanzada por el impuesto debido a que los accionistas de las corporaciones objetivo deben adquirir un interés en la adquirente, y por lo tanto la Corte determinó que un pagare no representa un interés propietario.<sup>122</sup>

Según la doctrina, la Corte tuvo que haber esperado a un caso de abuso para haber realizado una decisión interpretativa importante respecto al régimen. *Pinellas* dio origen a dos líneas de desarrollo judicial que aún siguen influyendo en los casos de reorganizaciones. Uno es el requisito de la continuidad del interés y la otra es la definición de “título de deuda”<sup>123</sup>. *Pinellas* se lo considera como un caso débil debido a que la Corte exigió la existencia de un requisito que no se encontraba presente, por lo tanto, la opinión del tribunal no explica como necesariamente debe satisfacerse dicho requisito.<sup>124</sup>

Por lo tanto, se generaron otras preguntas, tales como: (1) ¿es 100% el porcentaje de continuidad de interés que debe tomarse para satisfacer el requisito?; (2) ¿pueden los títulos de deuda privada en forma de bonos a largo plazo ser suficiente para cumplir el requisito o solamente pueden satisfacerlo las acciones?

Cabe aclarar que un título de deuda es un instrumento de deuda de una sociedad. No obstante, el término de título de deuda no incluye a todos los instrumentos de deuda. En el contexto de estos casos, un título de deuda es un instrumento de deuda que representa un interés continuado en los negocios de la sociedad emisora. Otros instrumentos como los usualmente llamados como notas, se parecen más al producido de la venta de los activos del transmitente.<sup>125</sup>

En *Helvering v. Minnesota Tea Co.*, la Corte nuevamente tuvo en sus manos un caso en donde aplicó la doctrina. Minnesota Tea Co. era una corporación establecida en Minnesota que poseía únicamente tres accionistas. En 1928, el contribuyente constituyó a la Peterson Investment Company, a la que transfirió bienes inmuebles, inversiones y activos diversos a cambio de la totalidad del capital social del cesionario. Las acciones así obtenidas se distribuyeron inmediatamente entre los tres accionistas. El 23 de agosto de 1928, transfirió todos los activos

---

<sup>122</sup> Conf. *Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner*, 287 U.S. 462, 9 January 1933.

<sup>123</sup> El término utilizado por el IRC y la jurisprudencia es *Security*.

<sup>124</sup> Conf. Posin, Daniel. “Taxing Corporate Reorganizations: Purging Penelope’s web” in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133, No. 6, 1985.

<sup>125</sup> Conf. Haladjian, Alejandro. *Tratado de las Reorganizaciones Fiscales de Empresas. En el marco de precedentes administrativos y jurisprudenciales de la Argentina y los Estados Unidos*, La Ley, 2002.

restantes a Grand Union Company a cambio de certificados fiduciarios con derecho a voto, que representaban 18.000 acciones ordinarias del cesionario, y \$426.842,52 dólares en efectivo. Para el Fisco, la operación se trataba de una reorganización gravable debido a que el efectivo presentaba un alto porcentaje de la contraprestación.

Aunque las acciones únicamente representaban un 55.85% de la contraprestación, la Corte determinó que este caso no representaba una venta, sino una reorganización debido a que el vendedor había adquirido un interés definido y sustancial al comprador. También agregó que estos casos eran siempre admisibles cuando el contribuyente recibía una participación en los negocios del cesionario que represente una parte sustancial del valor de los activos transferidos.<sup>126</sup>

*Minnesota Tea* dejó el antecedente de que era innecesario tener una continuidad de interés del 100% para una reorganización. La Corte dejó en claro que bastaba al menos el 55.85%, aunque una cantidad sustancial de la contraprestación fuera en efectivo.

En *John A. Nelson & Co. v. Helvering* la Corte definió nuevamente el alcance porcentual de dicho requisito. En 1926, en virtud de un acuerdo del contribuyente, Elliot-Fisher Corporation constituyó una nueva sociedad con 12.500 acciones preferentes sin derecho a voto y 30.000 acciones ordinarias. Compró estas últimas por \$2.000.000 de dólares en efectivo. A continuación, esta nueva sociedad adquirió prácticamente todos los bienes de John A. Nelson & Co, excepto \$100.000 dólares, a cambio de \$2.000.000 de dólares en efectivo y la totalidad de las acciones preferentes. Parte de este efectivo se utilizó para retirar las propias acciones preferentes del peticionario, y el resto y las acciones preferentes de la nueva empresa se destinaron a sus accionistas. Conservó su franquicia y 100.000 dólares, y continuó siendo responsable de ciertas obligaciones. Las acciones preferentes así distribuidas, excepto en caso de incumplimiento, no tenían derecho a voto. Estas acciones constituían el 38,46% de la contraprestación.<sup>127</sup>

Según la doctrina, las acciones preferentes sin derecho a voto representaban un interés más débil que las 18 mil acciones ordinarias de *Minnesota Tea*. Sin embargo, la Corte reconoció que en el caso existía una reorganización argumentando que:

*El propietario de acciones preferentes no carece de interés sustancial en los asuntos de la sociedad emisora, aunque se le deniegue el derecho de voto. La ley no exige la participación en la gestión del comprador ni la disolución de la sociedad transmitente.*<sup>128</sup>

Respecto a la segunda pregunta, que clase de bien representa un interés propietario esta fue respondida por la Corte en el caso *LeTulle v. Scofield*.

LeTulle era el propietario de Gulf Coast Irrigation Company, una corporación que era propietaria de varios campos de riego. Además, LeTulle poseía en su propio patrimonio otras tierras. El 4 de noviembre de 1931, LeTulle celebró un contrato con una compañía de aguas, la Gulf Coast Irrigation Company. En este se estipulaba que el contribuyente era el propietario de todas las acciones de la compañía de riego, se describían las propiedades de la compañía y se establecía que, antes de la transmisión que se realizaría en virtud del contrato, la compañía de riego sería la propietaria de otras tierras y propiedades de riego. Estas otras tierras y propiedades eran las que el peticionario poseía individualmente. El contrato estipulaba la transmisión de todas las propiedades que poseía y poseería la Gulf Coast Irrigation Company por \$50.000 dólares en efectivo y \$750.000 dólares en bonos de la corporación de aguas, pagaderos en serie durante el

<sup>126</sup> Véase *Helvering v. Minnesota Tea Co.*, 296 U.S. 378, 16 December 1935.

<sup>127</sup> Conf. *John A. Nelson Co. v. Helvering*, 296 U.S. 374, 16 December 1935.

<sup>128</sup> *Helvering v. Minnesota Tea Co.*, 296 U.S. 378, 16 December 1935. Traducido literalmente.

período comprendido entre el 1 de enero de 1933 y el 1 de enero de 1944. El contribuyente se adhirió a este acuerdo como garante del título de la Compañía de Riego y con el propósito de comprometerse a no entrar personalmente en el negocio del riego dentro de un área fija durante un período especificado después de la ejecución del contrato.<sup>129</sup>

El contrato entre las dos corporaciones se llevó a cabo el 18 de noviembre. La sociedad se disolvió entonces. El contribuyente presentó una declaración jurada en donde no declaró ninguna ganancia como consecuencia de la percepción del dividendo de liquidación de su corporación.

El Fisco por su parte, determinó que la transacción estaba alcanzada por el impuesto, y que el contribuyente debía pagar los impuestos acordados a los dividendos de la liquidación de su sociedad. Lo que puso en conflicto en el caso era si los bonos representaban un interés propietario. Respecto a este tema, la Corte concluyó lo siguiente:

*Cuando la contraprestación es totalmente en bonos del cesionario, o parte en efectivo y parte en dichos bonos, creemos que no puede decirse que el cedente retiene ningún interés propietario en la empresa. Por el contrario, se convierte en acreedor del cesionario, y no creemos que el hecho mencionado por el Tribunal de Circuito de Apelaciones, de que los bonos estaban garantizados únicamente por los activos transferidos y que, en caso de incumplimiento, el tenedor de bonos retomaría la propiedad vendida, cambie su condición de acreedor a uno que tiene un interés propietario dentro del ámbito de aplicación de la ley.<sup>130</sup>*

La respuesta de la Corte fue clara, los accionistas de la corporación adquirida para poder cumplir con lo exigido por la doctrina deben recibir algún tipo de acción o algún otro valor que represente un interés de capital. Esta respuesta de la Corte nos encamina a preguntarse qué pasa con aquellas compañías que se reorganizan y cuyo patrimonio no está representado por ningún tipo de acción.

En *Paulsen v. Commissioner*, la Corte discutió sobre si las cuentas de ahorro y los certificados de depósito a plazo fijo de una mutual de ahorro y préstamo constituyen participaciones de capital a efectos de satisfacer la doctrina de continuidad de interés.<sup>131</sup>

El matrimonio Paulsen era propietario de 17.459 acciones de garantía de Commerce Savings and Loan Association, la cual era una asociación de ahorro y préstamo constituida y gestionada con arreglo a la ley del Estado de Washington. Esta únicamente estaba autorizada a emitir acciones de garantía, ofrecer diversas clases de cuenta de ahorro y a otorgar préstamos. Según la Corte, estas acciones de garantía tienen las mismas características que las acciones ordinarias emitidas por una corporación.<sup>132</sup>

Esta entidad se fusionó con Citizens Federal Savings and Loan Association, la cual era una mutual de ahorro y préstamo constituida a nivel federal bajo la jurisdicción del Federal Home Loan Bank Board. Citizens ofrecía cuentas de ahorro y otorgaba préstamos, pero no tenía capital social. Por lo cual, sus miembros eran depositantes y prestatarios. En dicha fusión, los accionistas de Commerce canjearon todas sus acciones por libretas de ahorro y certificados de depósito en Citizens.

Los Paulsens recibieron certificados de depósitos por un valor de \$209.508 dólares, a un costo de \$56.802. Por ende, en su declaración jurada debieron haber declarado un mayor valor de

<sup>129</sup> Conf. *LeTulle v. Scofield*, 308 U.S. 415, 2 January 1940.

<sup>130</sup> *LeTulle v. Scofield*, 308 U.S. 415, 2 January 1940. Traducido literalmente.

<sup>131</sup> Coleman, Susan, "Analyzing the Continuity of Interest Doctrine: *Paulsen v. Commissioner*" in *SMU Law Review*, Vol. 39, issue 4, 1985.

<sup>132</sup> Conf. *Paulsen v. Commissioner*, 469 U.S. 131, 8 January 1985.

\$152,706. Sin embargo, no lo hicieron porque creían que la transacción había sido una reorganización de empresas libre de impuestos.

La Corte reconoció que tanto los certificados como las cuentas tienen un interés híbrido, es decir que poseen características tanto de deuda como de capital. Sin embargo, la Corte concluyó que las características de deuda superaban con creces los atributos de capital.

El argumento utilizado por el tribunal fue que el patrimonio de estas mutuales se difunde entre todos los depositantes, en vez de concentrarse en los accionistas como se representa en una corporación. Por ende, la participación de cada depositante en relación con el valor total de su participación va a ser mucho menor en la mutual que en una corporación, ya que estos podrían adquirir un número limitado de votos y cada préstamo diluía estos.

También la Corte analizó las características propias de estas cuentas y certificados:

*El valor nominal de las cuentas de libreta y los certificados de depósito de los peticionarios era de 210.000 dólares. Los peticionarios han estipulado que tenían derecho a retirar el importe nominal de los depósitos en efectivo, a la vista al cabo de un año o a intervalos establecidos a partir de entonces. Su inversión estaba prácticamente libre de riesgo y los dividendos recibidos eran equivalentes a los tipos de interés vigentes para cuentas de ahorro en otro tipo de entidades de ahorro. El valor de la deuda de las acciones era el mismo que el valor nominal, 210.000 dólares; como nadie pagaría más por las acciones, el valor incremental atribuible a las características del capital era prácticamente cero. En consecuencia, sostenemos que las libretas de ahorro y los certificados de depósito de los demandantes eran equivalentes de efectivo.<sup>133</sup>*

Por ende, la Corte determinó que la transacción en este caso había sido una venta y no una reorganización, ya que no se satisfacía la doctrina de la continuidad del interés.

En conclusión, para poder satisfacer esta doctrina la Corte ha determinado que se debe cumplir con dos requisitos: (1) que el interés propietario represente como mínimo 38,46% de la contraprestación; y (2) el interés propietario debe estar representado por la figura de acciones de cualquier clase u otro valor que represente un interés patrimonial.

Aunque la doctrina ya tiene aproximadamente 100 años aún hay cuestiones que no se han resuelto. Una de ellas es si existe un periodo de tiempo determinado, antes y después de la reorganización, durante el cual debe existir la continuidad de interés requerida.

Esta cuestión resulta importante porque en muchos casos el transmitente puede tener la intención o el compromiso de enajenar las acciones de la corporación adquirente poco después de recibirlas. En un dictamen, el IRS menciona que:

*Por lo general, el Servicio tratará 5 años de derechos de propiedad sin restricciones como un período suficiente a efectos de satisfacer los requisitos de continuidad de los intereses de una reorganización.<sup>134</sup>*

También el IRS determina que, aunque el contribuyente enajenara parte o la totalidad de las acciones en el plazo de 5 años, la reorganización no se vería afectada, porque en el momento de la reorganización el contribuyente no tenía ningún plan o acuerdo preconcebido para vender dichas acciones.

No obstante, existe una gran incertidumbre sobre esta cuestión; la Corte aún no se ha expedido respecto a esto y los casos y las resoluciones existentes no han definido que debe aplicarse el

<sup>133</sup> Paulsen v. Commissioner, 469 U.S. 131, 8 January 1985. Traducido literalmente.

<sup>134</sup> Rev. Rul. 66-23, 1966-1 C.B. 67, 68.

plazo de 5 años que menciona el IRS<sup>135</sup>. Tampoco es de gran ayuda la falta de claridad en los casos de los tribunales inferiores.

La doctrina tampoco se libra de críticas, una de las mayores críticas a esta doctrina es que únicamente las acciones representan un interés propietario. Esto genera casos sin sentido, como puede ser el siguiente ejemplo:

*Consideremos una pequeña empresa de fabricación de piezas de automóviles, con un accionista (una persona física) A. La empresa es adquirida por General Motors únicamente a cambio de acciones con derecho a voto. Dado que A sólo recibe acciones con derecho a voto de General Motors, cumpliría el requisito de continuidad de los intereses y la operación no estaría sujeta a tributación. Sin embargo, A tendría mucho menos del uno por ciento de las acciones de General Motors. ¿En qué sentido puede decirse que A mantiene una «continuidad de intereses patrimoniales» con su antigua empresa de recambios para automóviles? Las fortunas de ese pequeño negocio son simplemente una gota en un cubo en comparación con el resto de las operaciones de General Motors. A es ahora sólo un inversor que posee acciones de General Motors, una inversión extremadamente líquida.*

*Supongamos alternativamente que A vendió su empresa a la persona física B, que constituyó la corporación X con el fin de realizar la compra. A recibe como única contraprestación bonos a quince años de X, garantizados por los activos de su empresa transferida. B posee todas las acciones de X. ¿No está A más personalmente interesada en la fortuna de su antigua empresa en este caso que cuando vendió su empresa a General Motors? ¿No están los resultados de su participación en los bonos mucho más ligados a la fortuna de su antigua empresa que a su propiedad de menos del uno por ciento de las acciones de General Motors? De hecho, el valor de los bonos fluctuará en función del éxito o el fracaso de la empresa de X.*

*Además, no cabe duda de que es mucho más difícil vender los bonos de esta empresa de capital privado que vender las acciones de General Motors, lo que demuestra una vez más que los resultados de la inversión de A están inextricablemente ligados a la fortuna de su antigua empresa. Cuando posee acciones de General Motors, A está a sólo una llamada telefónica de su agente de bolsa de romper por completo*

---

<sup>135</sup> En *McDonald's Restaurants v. Commissioner*, la compañía de comida rápida adquirió las operaciones de una de sus franquicias bajo una fusión por adquisición. La sociedad adquirida, Garb-Stern group a cambio de su negocio quería que la operación se completara en efectivo. No obstante, McDonald's quería entregarle acciones a cambio de su negocio para poder beneficiarse del tratamiento contable de "pooling of interest".

McDonald's propuso un plan para satisfacer a ambas partes: adquiriría las empresas Garb-Stern a cambio de acciones ordinarias de McDonald's, pero acordó que estas acciones debían ser vendidas al público en un plazo de 6 meses, de modo que el grupo Garb-Stern pudiera adquirir el efectivo.

En sus Estados Financieros, McDonald's trató la operación como una "pooling of interest", pero en su declaración fiscal de 1973, trató a la operación como una adquisición. En consonancia con esa caracterización, McDonald's se dio a sí misma una base incrementada en los activos adquiridos al grupo Garb-Stern para reflejar su coste (29.029.000 dólares, que representaban el valor de las acciones ordinarias transferidas y una "prima de molestia" de entre 1 y 2 millones de dólares pagada para eliminar al grupo Garb-Stern de la organización McDonald's).

Asignó esa base entre varios activos de Garb-Stern y, a continuación, cedió los activos del restaurante a las 27 filiales del contribuyente, de conformidad con la Sección 351 del IRC. Las filiales utilizaron la base incrementada que les correspondía para calcular las deducciones por depreciación y amortización en sus propias declaraciones fiscales de 1973.

El Fisco redujo esas deducciones de las subsidiarias. Este dictaminó que la transferencia de los activos del grupo Garb-Stern a McDonald's no era una adquisición gravada, sino una fusión o consolidación en virtud de la sección 368(a)(1)(A) y que, en conformidad con la 362(b), McDonald's debía asumir la base del grupo Garb-Stern en los activos adquiridos. A su vez, las filiales debían calcular las deducciones por depreciación y amortización sobre esta base inferior. Con las deducciones correctamente calculadas, los contribuyentes de las filiales debían 566.403 dólares más en concepto de income tax de 1973.

Por su parte, McDonald's alegó que la fusión y la venta por el grupo Garb-Stern de todas sus acciones a cambio de efectivo seis meses más tarde debían tratarse como una única transacción, lo que anulaba la continuidad de los intereses.

La Corte de Apelaciones del séptimo circuito falló a favor de McDonald's. Por ende, este caso deja aun sin respuesta a la cuestión de cuánto tiempo después de la reorganización deben conservarse las acciones para satisfacer la doctrina.

*cualquier conexión infinitesimal que todavía tenga con su antiguo negocio de piezas de automóviles. Sin embargo, en virtud de la doctrina de la continuidad de los intereses, A tiene derecho a no tributar por su venta a General Motors, mientras que en la segunda operación A, al no poseer acciones, no tiene una continuidad de los intereses patrimoniales, y la venta de sus activos a cambio de bonos de la empresa X es indudablemente imponible para ella.*<sup>136</sup>

Lo anteriormente citado demuestra a los sin sentidos que puede llevar el requisito de que únicamente las acciones representan un interés del propietario. Coincido con la doctrina estadounidense que debe analizarse las circunstancias de cada caso. En la cita anterior, está más que claro que poseer las acciones de General Motors no representa ninguna continuidad de interés, ya que el poseedor de esas acciones paso de ser el dueño de una empresa a ser un accionista de los miles que posee el monstruo automovilístico. El segundo ejemplo, aunque haya recibido bonos en vez de acciones, deja más en claro que A está más interesado en la fortuna de su vieja empresa, ya que debe cobrar los bonos, por ende, tiene cierto interés en la continuidad de interés del propietario.

En resumen, volviendo a repetir la aplicación actual de la doctrina, se debe cumplir con dos requisitos: (1) que el interés propietario represente como mínimo 38,46% de la contraprestación; y (2) el interés propietario debe estar representado por la figura de acciones de cualquier clase.

*b) Continuidad del negocio (COBE<sup>137</sup>)*

En la actualidad, en base a la resolución 26 CFR § 1.368-1<sup>138</sup>, se requiere que las reorganizaciones que quieran alcanzar la categoría de libre de impuestos deban cumplir con un criterio de continuidad del negocio. Según la normativa, la razón subyacente a esta norma general, que consiste en garantizar que las reorganizaciones se limiten a reajustes de participaciones continuas en bienes bajo una forma societaria modificada, proporciona la orientación necesaria para realizar estas determinaciones de hechos y circunstancias.

Para poder satisfacer esta doctrina, la corporación adquirente u aquella que no se escinde debe poder cumplir dos requisitos: (1) continuar con el negocio histórico de la corporación objetivo; (2) u utilizar una parte significativa de los activos históricos de la corporación objetivo en su propio negocio.

Por un lado, según la normativa, el negocio histórico de una corporación es aquel que se encuentra desarrollando la corporación objetivo más recientemente. En el caso que la corporación objetivo tenga más de una línea de negocios, la doctrina quedara satisfecha cuando se continúen una línea significante de negocios de objetivo. Por ejemplo, la resolución cita el siguiente caso:

*(...) desarrolla tres líneas de negocio: fabricación de resinas sintéticas, fabricación de productos químicos para la industria textil y distribución de productos químicos. Las tres líneas de negocio tienen un valor aproximadamente igual. El 1 de julio de 1981, T vende los negocios de resinas sintéticas y distribución de productos químicos a un tercero a cambio de efectivo y valores negociables. El 31 de diciembre de 1981, T transfiere todos sus activos a P a cambio únicamente de las acciones con derecho a voto de P. P continúa con el negocio de fabricación de productos químicos sin interrupción. P continúa con la actividad de fabricación de productos químicos sin interrupción. Se cumple el requisito de continuidad del negocio.*<sup>139</sup>

<sup>136</sup> Posin, Daniel. "Taxing Corporate Reorganizations: Purging Penelope's web" in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133, No. 6, 1985, p. 1372.

<sup>137</sup> *Continuity of Business Enterprise*.

<sup>138</sup> Véase [26 CFR § 1.368-1 - Purpose and scope of exception of reorganization exchanges](#).

<sup>139</sup> 26 CFR § 1.368-1 - Purpose and scope of exception of reorganization exchanges. Traducido literalmente.

Los activos del negocio históricos de una corporación son aquellos activos utilizados en su negocio histórico. Estos pueden incluir acciones, títulos de deuda y activos intangibles como *goodwill*, patentes, y marcas.

En general, la determinación de los activos de una corporación que se considera “significativa” se basa en la importancia relativa de los activos para el funcionamiento de la empresa. No obstante, se tendrán en cuenta todos los demás hechos y circunstancias, como el *fair market value* de dichos activos. Por ejemplo:

*(...) fabrica ordenadores y T fabrica componentes para ordenadores. T vende toda su producción a P. El 1 de enero de 1981, P decide comprar únicamente componentes importados. El 1 de marzo de 1981, T se fusiona con P. P sigue comprando componentes importados, pero conserva los equipos de T como fuente de suministro de reserva. El uso del equipo como fuente de suministro de reserva constituye el uso de una parte significativa de los activos del negocio histórico de T, estableciendo así la continuidad del negocio. P no está obligada a continuar la actividad de T.<sup>140</sup>*

En conclusión, para poder cumplir la doctrina, la entidad que subsiste a una reorganización debe Continuar con el negocio histórico de la corporación objetivo, u utilizar una parte significativa de los activos históricos. Cabe aclarar, que, a diferencia de los requisitos establecidos en el régimen de nuestro país, la normativa no establece ningún plazo determinado.

### *c) Propósito de negocio o sustancia sobre la forma*

A diferencia del resto de doctrinas, la jurisprudencia estadounidense desarrollo la doctrina del propósito de negocio para rechazar todo tipo de transacción que cumpla los requerimientos legales pero que carezca argumentos de algún propósito de negocio que no sea impositivo. En otras palabras, se aplica para evitar que el fenómeno de la reorganización se utilice para la evasión de impuestos por medio del *bailout* de resultados<sup>141</sup>. Por esta razón, también se la llama la doctrina de la sustancia sobre la forma.

Esta doctrina fue desarrollada por la Corte Suprema a partir del caso *Gregory v. Helvering*. La Sra. Gregory era la única accionista de United Mortgage Company (“UMC”). Entre los activos de la compañía, se encontraban mil acciones de Monitor Securities Corporation (“**Monitor**”).<sup>142</sup>

Si UMC distribuía las acciones de Monitor como un dividendo, UMC no tendría que reconocer ninguna ganancia bajo la ley vigente. No obstante, debido a que UMC tenía resultados positivos, Gregory hubiera tenido que declarar ingresos por dividendos. La Sra. Gregory no estaba dispuesta a pagar ningún impuesto por estas acciones. Cabe recordar que en aquella época los dividendos de una corporación estaban gravados por alícuotas más altas que las exigidas a *capital gains*<sup>143, 144</sup>.

Gregory no tenía intención de liquidar la empresa. La doctrina menciona que:

*Aunque del expediente no se desprende por qué no deseaba hacerlo, pueden inferirse fácilmente algunas razones. Desde el punto de vista fiscal, la liquidación de United Mortgage habría supuesto para la Sra. Gregory un impuesto sobre los mayores valores de Monitor Securities y de todos los demás activos de*

<sup>140</sup> 26 CFR § 1.368-1 - Purpose and scope of exception of reorganization exchanges. Traducido literalmente.

<sup>141</sup> Concepto explicado en el apartado de reorganizaciones divisorias.

<sup>142</sup> Conf. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, 7 January 1935.

<sup>143</sup> Ganancias de capital, podríamos asemejar esta alícuota más baja a nuestro impuesto cedular.

<sup>144</sup> Según Posing, una de las formas por la cual la Sra. Gregory podría a ver logrado su objetivo, por supuesto, era liquidar United Mortgage. Esto habría proporcionado a la Sra. Gregory un incremento en el costo de sus acciones de Monitor Securities hasta su *fair market value* al precio de sólo una ganancia de capital. La posterior venta de Monitor Securities no habría causado ningún otro mayor valor y la Sra. Gregory habría logrado su objetivo.

*United Mortgage que se le hubieran distribuido. Esto podría haber dado lugar a una deuda tributaria muy importante y, desde el punto de vista de la Sra. Gregory, muy innecesaria. Además, es muy posible que hubiera razones empresariales no fiscales por las que la Sra. Gregory no quisiera liquidar United Mortgage. Evidentemente, la liquidación de una empresa importante, con sus diversos contratos y relaciones permanentes con clientes y proveedores, no es algo que deba emprenderse a la ligera.<sup>145</sup>*

Para poder pagar la mínima cantidad de impuestos, la Sra. Gregory hizo que UMC constituyera una nueva corporación, Averill Corporation (“Averill”), el 18 de septiembre de 1928. Tres días después, UMC transfirió la totalidad de las acciones de Monitor a Averill a cambio de todas las acciones de esta última. El 24 de septiembre, Averill fue disuelta, y liquidó todos sus activos, incluyendo las acciones de Monitor, a Gregory. Averill no realizó ni nunca tuvo la intención de realizar otra actividad.

La ley de la época establecía que una reorganización incluía la transferencia por parte de una corporación de todos o parte de sus activos a otra corporación si inmediatamente después el cedente o sus accionistas, o ambos, tienen el control de la corporación a la que se transfieren los activos.

La constitución de Averill cumplía con todos estos requisitos formales. Además, la ley establecía que una distribución en cumplimiento de un plan de reorganización, a un accionista de una corporación que sea parte de una reorganización, de acciones de dicha corporación o de otra que sea parte de la reorganización, sin que dicho accionista entregue las acciones de dicha corporación, no produce ninguna ganancia para el beneficiario de la distribución por la recepción de dichas acciones o títulos.

Si la ley se aplicara literalmente, Gregory hubiera recibido las acciones de Averill sin pagar un solo impuesto. La liquidación de Averill estaba gravada a tasas de *capital gain* sobre los activos distribuidos. No obstante, por medio de la reorganización y la posterior liquidación, Gregory había logrado su objetivo de aumentar el costo base de sus acciones hasta el *fair market value* a costa de únicamente pagar impuestos por la liquidación. Por último, Gregory vendió las acciones de Monitor por una suma de \$133.333, sin tener que reconocer ninguna ganancia.

Según la Corte, no hay dudas de que Gregory evadió impuestos y que es responsable de un impuesto mayor como resultado de la transacción. Según la Corte:

*Dejando a un lado, por tanto, la cuestión del motivo con respecto a la tributación, y fijando el carácter del procedimiento por lo que realmente ocurrió, ¿qué encontramos? Sencillamente, una operación sin objeto empresarial o corporativo, un mero dispositivo que adoptó la forma de una reorganización corporativa como disfraz para ocultar su carácter real, y cuyo único objeto y realización fue la consumación de un plan preconcebido, no para reorganizar una empresa o parte de una empresa, sino para transferir un paquete de acciones corporativas al peticionario. Sin duda, se creó una sociedad nueva y válida. Pero esa corporación no era más que un artificio para el fin descrito anteriormente. No se creó con ningún otro propósito; no desempeñó ninguna otra función, como se pretendió desde el principio que lo hiciera.*

*Una vez ejercida esa función limitada, se le dio muerte inmediatamente.*

*En estas circunstancias, los hechos hablan por sí mismos y sólo son susceptibles de una interpretación. Toda la empresa, aunque se llevó a cabo de acuerdo con los términos de la subdivisión (B), era de hecho una forma elaborada y tortuosa de transmisión disfrazada de reorganización corporativa, y nada más. La norma que excluye de la consideración el motivo de la evasión fiscal no es pertinente a la situación,*

---

<sup>145</sup> Posin, Daniel. “Taxing Corporate Reorganizations: Purging Penelope’s web” in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133, No. 6, 1985, p. 1379.

porque la transacción, a primera vista, se encuentra fuera de la intención clara de la ley. Sostener lo contrario sería exaltar el artificio por encima de la realidad y privar a la disposición legal en cuestión de todo propósito serio.<sup>146</sup>

Gregory es el *leading case* de esta doctrina.<sup>147</sup> Este caso establece el antecedente que una reorganización está obligada a tener un propósito de negocios, y que, en ausencia de este, las diversas etapas de una transacción pueden combinarse para identificar lo que realmente paso.

En la actualidad, esta doctrina se aplica de tres formas distintas. En primer lugar, los tribunales pueden utilizar la prueba del “resultado final”, con la cual se fijan en el principio y el final de la transacción para interpretar lo sucedido. En segundo lugar, la prueba de la “interdependencia”. En esta, el tribunal examina los distintos pasos de una transacción para ver si la realización de cada paso depende de la realización de los demás. Si se determina que los pasos son interdependientes, el tribunal los agrupa para ver cuáles serían las consecuencias fiscales, en lugar de analizarlas paso por paso de forma independiente. En tercer y último lugar, es la prueba del “compromiso vinculante”, en la que los distintos pasos de una transacción solo pueden agruparse si las partes están contractualmente obligadas a pasar de un paso al siguiente.<sup>148</sup>

*Gregory* ha tenido un impacto muy importante ya que los tribunales pueden utilizarlo para socavar planes de evasión fiscal de un contribuyente. Por esta razón, *Gregory* ha sido citado en más de mil casos federales, y actualmente, no puede planificarse una reorganización sin tener en cuenta este antecedente.

No obstante, *Gregory* deja una gran incógnita: ¿Cuál sería un propósito de negocios correcto para poder satisfacer la doctrina?

El primer obstáculo en encontrar un propósito acorde que sea aprobado por un tribunal es identificar si la motivación de la reorganización resulta ser un propósito corporativo o si es un propósito de los accionistas.

La jurisprudencia americana aún no se ha podido poner de acuerdo en que consiste un legítimo propósito de negocios. Por ende, cada caso debe adaptarse a sus hechos correspondientes.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465, 7 January 1935.

<sup>147</sup> Cabe aclarar que, aunque *Gregory* se refiere a una reorganización divisoria, esta doctrina también desempeña un papel importante en las reorganizaciones adquisitivas.

En *Helvering v. Elkhorn Coal Co*, Elkhorn Coal & Coke Company era propietaria de varias minas de carbon en West Virginia y también de acciones de otras compañías mineras en el mismo estado. En diciembre de 1925, la compañía transfirió parte de sus activos a Mill Creek Company, una filial de nueva creación, a cambio de mil acciones de la corporación. Luego las acciones de la filiar se distribuyeron entre los accionistas de Elkhorn, al igual que en *Gregory*. Por sí misma, esta operación constituía una reorganización divisoria D exenta de impuestos. A continuación, sin embargo, el contribuyente transfirió sus activos restantes a una corporación no vinculada a cambio de acciones con derecho a voto de esta corporacion, operación que, por sí sola, constituiría una reorganización adquisitiva C. Por último, el contribuyente liquidó por completo, distribuyendo las acciones de la corporación adquirente. (En aquel momento, la liquidación posterior no era necesaria como parte de la reorganización C.) Con arreglo al actual artículo 368(a)(2)(G), la liquidación de la corporación transmitente es obligatoria).

Al ceder parte de sus activos a una corporación de nueva creación inmediatamente antes de la reorganización de tipo C, los accionistas de Elkhorn evadieron impuestos. Esto se debe a que la creación de la filial no tenía otra finalidad que la de calificar la transacción como una reorganización de impuestos, la transacción en su conjunto claramente carecía de otro propósito que no sea evadir impuestos. Por ende, el Cuarto Circuito determino que la transferencia de los activos a la corporación adquirente a cambio de acciones con derecho a voto y la posterior liquidación, constituían un hecho imponible.

<sup>148</sup> Véase Posin, Daniel. “Taxing Corporate Reorganizations: Purging Penelope’s web” in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133, No. 6, 1985.

<sup>149</sup> En *Parshelsky's Estate v. Commissioner* el tribunal del Segundo Circuito concluyo que bastaba con un propósito de elusión personal no fiscal del accionista para calificar como una reorganización. Sin embargo, en *Rafferty v.*

La opinión del IRS ha sido que un propósito del accionista resulta insuficiente para que una transacción no sea alcanzada por el impuesto. Las resoluciones del Fisco establecen que los fines sean inherentes a la actividad de la corporación y que sean generados por necesidades empresariales.<sup>150</sup> De todos los propósitos de negocio, tanto el Departamento de Tesoro como el Congreso han mencionado que el cumplimiento de las leyes o decretos de *antitrust* es el único propósito que obtendrá la aprobación sin invocar el análisis de los tribunales.

Sin embargo, a veces los propósitos del accionista y el corporativo pueden estar tan estrechamente conectados por lo tanto esto genera que sea casi imposible distinguir entre ellos. En ese caso, la transacción debe ser considerada realizada para un propósito corporativo.

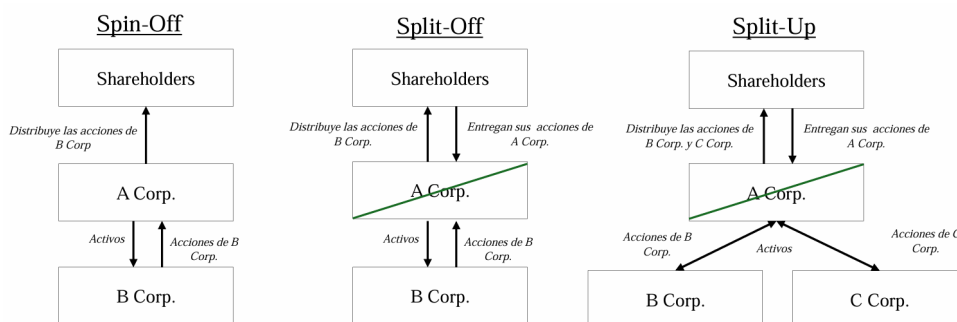
En conclusión, esta doctrina representa la figura de una espada de doble filo. No hay dudas de que evita el abuso del régimen evitando los llamados *Bailouts* de resultados. No obstante, en un caso hipotético en que se han cumplido todos los requisitos del IRC, además de la doctrina de la continuidad del interés del propietario. Aún sigue siendo posible que un tribunal analice la transacción y decida derribar todo el edificio por razones de fondo sobre la forma o la falta de un propósito de negocios. El resultado que esto puede generar es que la operación sea alcanzada por una manera totalmente distinta a las esperadas por las partes, a pesar de que cumplieron la ley al pie de la letra.

## ii. *Requerimientos para las distribuciones según la sección §355*

Para que los efectos de la sección §355 sean aplicables a una distribución, se deben cumplir varios requisitos. Estos requisitos son: (a) poseer control de la corporación que da a cambio sus acciones por activos, antes de la distribución bajo dicha sección; (b) ejercer una actividad comercial o empresarial; (c) la limitación “dispositivo”; y (d) satisfacer las doctrinas jurisprudenciales anteriormente mencionadas.

El incumplimiento de alguno de estos requisitos refleja un potencial abuso de la figura de la distribución de la sección §355, representada en un *bailout* de resultados<sup>151</sup>.

En el caso de que se cumplan todos estos requisitos, la distribución de acciones de la corporación controlada no será alcanzada por el impuesto tanto para sus accionistas como para la corporación distribuidora. En el caso que esta última distribuya algún tipo de *boot*, deberá reconocer únicamente este.



Commissioner, el Primer Circuito concluyó que la distinción entre los propósitos de negocio que satisfacen o no, no residen en si la motivación era del accionista o de la corporación, sino en si el motivo era pertinente para la continuidad de la actividad empresarial.

<sup>150</sup> Conf. Treas. Reg. § 1.355-2(c), 1980.

<sup>151</sup> Concepto explicado en el apartado de reorganizaciones divisorias.

*a) §355(a)(1)(A): Obtener el control de la corporación inmediatamente antes de la distribución*

La corporación (A. Corp.) que luego va a distribuir las acciones de la nueva empresa, tal cual se ve en el grafico anterior, debe controlar antes de la distribución a esta nueva entidad (B Corp. y en el caso de un Split-up también C Corp.). El concepto de control que debe aplicarse es bajo los términos de la sección 368(a)(2), a excepción de cuando estamos bajo una reorganización de tipo D, en donde el concepto de control varia.<sup>152</sup>

*b) §355(a)(1)(C): Ejercer una actividad comercial o empresarial*

La sección §355(a)(1)(C), tomando en consideración la sección §355(b), requiere que tanto la corporación que distribuye las acciones (A Corp.) como la sociedad controlada (B Corp. y en el caso de un Split-up también C Corp.) se dediquen inmediatamente después de la transacción a la realización activa de actividades comerciales o empresariales que se hayan llevado a cabo durante al menos cinco años antes de la fecha de la distribución.

La finalidad de este requisito de cinco años es evitar que los resultados de una empresa se detraigan y se inviertan en una nueva compañía y, de este modo, mediante la creación de una nueva corporación, convertir lo que, normalmente, habría sido un dividendo en una distribución de acciones no imponible que sea fácilmente vendible por los accionistas. Si la actividad es sustancialmente la misma que era en la fecha a partir de la cual se mide el periodo de cinco años, esta se ha convertido en una nueva actividad y el plazo de cinco años debe contarse a partir de la fecha de la transformación.

Cambios en los empleados, propiedad planta y equipo, el producto y la ubicación de la compañía son relevantes para determinar si la actividad ha seguido siendo sustancialmente la misma. El mero hecho de cambiar la forma de la organización en la que se lleva a cabo la actividad empresarial, de cambiar la ubicación de una compañía, de cambiar la capacidad productiva de una empresa, o de añadir nuevas líneas de productos o abandonar las antiguas no cambia el carácter de la actividad.

También si la actividad ha decaído hasta prácticamente paralizarse, la actividad habrá terminado. La reactivación nuevamente de la actividad es el comienzo de una nueva, y el periodo de cinco años volverá a medirse nuevamente.<sup>153</sup>

Si las actividades de una empresa han decaído hasta prácticamente paralizarse, la empresa ha terminado. La reactivación de la empresa desaparecida es el comienzo de una nueva empresa, y el período de cinco años debe medirse a partir de un punto no anterior a este nuevo comienzo.

¿Pero que se considera como una actividad comercial o empresarial? El Fisco ha tenido varias opiniones. Según Treas. Reg. §1.355-I (c):

*Un grupo específico de actividades que se llevan a cabo con el fin de obtener ingresos o beneficios únicamente de dicho grupo de actividades, y las actividades incluidas en dicho grupo deben incluir todas las operaciones que formen parte o constituyan una etapa del proceso de obtención de ingresos o beneficios de dicho grupo.*<sup>154</sup>

<sup>152</sup> Véase [26 U.S. Code § 355](#) - Distribution of stock and securities of a controlled corporation.

<sup>153</sup> Véase *Pridemark, Inc. v. Commissioner*, US Court of Appeals, Fourth Circuit 345 F.2d 35, 23 April 1965.

<sup>154</sup> Treas. Reg. §1.355-I (c).

REV. 843, 849 (1958) menciona que una actividad comercial o empresarial:

*Implican actividad comercial en el sentido de cierto grado de trabajo humano o habilidad aplicada para ayudar a producir ingresos, la existencia de un ánimo de lucro y la necesidad de que la actividad generadora de ingresos sea una unidad sustancialmente autónoma que se valga por sí misma antes de la separación de la sociedad.*<sup>155</sup>

En conclusión, una actividad comercial o empresarial será una actividad con fines de lucro, que pueda generar ingresos y que sea autónoma a la reestructuración de las compañías.

*c) §355(a)(1)(B): La limitación “dispositivo”*

La palabra dispositivo es definida como un mecanismo o artificio para producir una acción prevista.<sup>156</sup> La §355(a)(1)(B) establece que la operación no se haya utilizado como un dispositivo para la distribución de los resultados de una corporación distribuidora, la corporación controlada o de ambas,

Sin embargo, el mero hecho de que, con posterioridad a la distribución, todas o algunas de las corporaciones que distribuyen, vendan o intercambien acciones o títulos de deuda de una o más de dichas corporaciones (salvo en virtud de un acuerdo negociado o convenido con anterioridad a dicha distribución) no se interpretará en el sentido de que la operación se utilizó principalmente como tal dispositivo.

La limitación dispositivo fue creada por el legislador debido a que este creyó que la existencia de una actividad comercial o empresarial no es suficiente para asegurarse de que la distribución de acciones no se utilice para un *bailout* de resultados.

La limitación permite que al juzgar los hechos determinar la probable motivación de la transacción de los accionistas. Cuantos más factores se presenten que indiquen que podría lograrse un *bailout*, más parece que el propósito motivador de la transacción era permitir a los accionistas disfrutar de los beneficios sin pagar un impuesto sobre los dividendos.

Las regulaciones establecen tres factores que evidencian la existencia de un dispositivo: (1) si una distribución es prorrateada o sustancialmente prorrateada se asemeja mucho a un dividendo y, por lo tanto, presenta la posible existencia de un dispositivo;<sup>157</sup> (2) el segundo factor es una venta o un intercambio post distribución. Si la venta o el intercambio fueron acordados con antelación a la distribución, esto resulta ser una evidencia de un dispositivo.<sup>158</sup> (3) El tercer factor es la naturaleza de los activos de las corporaciones distribuidoras y controladas. Las regulaciones del Fisco reconocen que si se escinden activos corrientes u otros activos no utilizados en la actividad comercial o empresarial de la sociedad distribuidora no deberían aplicarse los efectos de la sección §355.

La doctrina y la jurisprudencia han discutido la relación y el parecido entre esta limitación y la doctrina del propósito del negocio. Cabe destacar que la doctrina del propósito de negocio requiere que el contribuyente justifique un válido propósito tanto para la escisión como para la distribución de acciones, es decir, mira la transacción como un todo, mientras que la limitación dispositivo analiza la motivación del accionista para distribuir acciones.<sup>159</sup> Si se iguala ambos

<sup>155</sup> REV. 843, 849, 1958.

<sup>156</sup> Conf. [Diccionario de la Real Academia Española](#).

<sup>157</sup> Véase Treas. Regs. §1.355-2(d)(2).

<sup>158</sup> Véase Treas. Regs. §1.355-2(d)(2)(iii).

<sup>159</sup> Crocker, Brenda. “The Business Purpose Test in Section 355 Distributions: Major Pitfalls for Close Corporation

requerimientos, la doctrina que fue creada para monitorear toda una transacción sería limitada a una doctrina que se limita a la motivación del accionista.

*d) Doctrinas jurisprudenciales*

Respecto a este apartado, reitero lo explicado anteriormente sobre las tres distintas doctrinas jurisprudenciales que deben cumplirse.

**C. Conclusiones parciales respecto a los requisitos de ambos regímenes**

Requisitos Similares	
<u>Regimen Argentino</u>	<u>Regimen Estadounidense</u>
Mantenimiento del capital a la fecha y posterior a la reorganización	Doctrina de la continuidad del interés propietario
Mantenimiento de la actividad de la empresa reestructurada por dos años	Ejercer una actividad comercial o empresarial (Sec. 355)
Actividades iguales o vinculadas	Doctrina de la continuidad del Negocio

Existen requisitos de ambos regímenes que resultan relativamente similares, pero no iguales. Estos se demuestran en el cuadro anterior. En primer lugar, el requisito de mantenimiento del capital de nuestro régimen posee la misma intención que la doctrina de la continuidad del interés del propietario, ya que ambos buscan separar a las reorganizaciones de las meras ventas de empresas. No obstante, su aplicación es muy distinta. Uno es aplicado a la contraprestación recibida por la reorganización mientras que el otro analiza la totalidad del patrimonio de las sociedades que participan en el proceso.

Los requisitos que parecen más cercanos son el mantenimiento de la actividad de la empresa con el de ejercer una actividad comercial o empresarial. En ambos se dispone que se tiene que mantener alguna de las actividades de las antecesoras por un determinado plazo.

En cuanto a la doctrina de la continuidad del negocio, es comparable a nuestro requisito de actividades vinculadas debido a que dicha doctrina requiere mantener el negocio o activos históricos de la compañía objetivo.

---

Planning” in *University of Richmond Law Review*, Vol. 15, issue 4, 1981.

Requisitos particulares	
Regimen Argentino	Regimen Estadounidense
Empresa en marcha	
Comunicación al Fisco y publicidad e inscripción según la LGS	Doctrina del Proposito del negocio
Autorización por parte de la AFIP para algunas transacciones del inc. C).	La limitación "Dispositivo"

Al igual requisitos similares, ambos regímenes tienen requerimientos particulares. Estos son los presentados en el anterior cuadro. El más destacado de estos resulta ser la doctrina del propósito del negocio, ya que se trata de un requerimiento totalmente subjetivo, que queda a disposición del tribunal que analiza el caso. Esta clase de requisitos en el régimen argentino está totalmente ausente.

En conclusión, existen requisitos que resultan similares entre ambos regímenes, además de que cada uno posee requisitos que les son particulares.

## VI. EFECTOS DE LAS REORGANIZACIONES

Una vez cumplidos los requisitos, en ambos regímenes, la ley aplica el principio de neutralidad fiscal en la cual se funda ambos regímenes, y el traslado de atributos fiscales.

### A. Efectos de las Reorganizaciones en la LIG

Una vez cumplidos los requisitos, en primer lugar, tanto al nivel del accionista como al de la sociedad los mayores valores generados no son alcanzados por el impuesto a las ganancias.

En segundo lugar, corresponde el traslado de los atributos fiscales. Según la doctrina, lo que se produce es una transmisión a título universal y no de cada uno de los bienes, de derechos y obligaciones. En otras palabras, el traspaso es en conjunto, en bloque.<sup>160</sup>

También la remuneración de atributos fiscales transferibles contenida en el artículo 81 de la LIG es solo aclaratoria.<sup>161</sup> Esto se debe a que de hecho existen otros que por su naturaleza son trasladables: certificados de exclusión de retención o percepción, crédito por impuestos análogos pagados en el exterior, deducciones pendientes de cómputo, etc.<sup>162</sup>

Esta más que claro que el atributo fiscal más importante son los quebrantos impositivos no prescriptos, acumulados. Las empresas continuadoras gozarán de los atributos impositivos que poseían las empresas reorganizadas en proporción al patrimonio transferido. En las fusiones y en las transferencias en conjunto económico, estos últimos totales o parciales, los quebrantos deberán transferirse en proporción al patrimonio transferido, mientras que en la escisión deberán tenerse en cuenta los valores de los bienes. Al expresar en proporción al valor de los bienes se refiere al valor fiscal de tales bienes.

<sup>160</sup> Conf. Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).

<sup>161</sup> Conf. Gebhardt, J., & Malvitano, R., *Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina*, tomo II, Errepar, 2020.

<sup>162</sup> Conf. Gebhardt, J., & Malvitano, R., *Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina*, tomo II, Errepar, 2020.

Por ende, en el régimen argentino, una vez cumplidos los requisitos se deben trasladar los beneficios fiscales establecidos por el artículo 80.

## **B. Efectos de las reorganizaciones en el IRC**

Si una reorganización ha cumplido todos sus requisitos y satisfecho las doctrinas jurisprudenciales, los efectos que esta tendrán están descriptos en las secciones §357, §358, §361<sup>163</sup>, §362, §1032<sup>164</sup>, y §1223(2).<sup>165</sup>

En general, estas secciones establecen que no se deben reconocer una ganancia o una pérdida, si la valuación continúa siendo la misma. La corporación adquirente toma los activos adquiridos sobre una valuación determinada, y ni la corporación objetivo ni la adquirente reconocen ganancias o pérdidas. Si un accionista de la corporación objetivo intercambia acciones objetivo únicamente por acciones, el accionista no reconoce ninguna ganancia o pérdida y toma la misma base en las acciones recibidas que en las acciones entregadas en el intercambio. Si el accionista recibe otros bienes además de las acciones calificadas (es decir, un *boot*), puede reconocer una ganancia, pero no una pérdida. Estas normas son aplicables a las partes de una reorganización que son definidas en la sección §368(b).

Respecto al traslado de atributos fiscales, las corporaciones tienen muchos más atributos fiscales que la base y los periodos de tenencia de los activos. Diferentes corporaciones emplearán diferentes métodos de contabilidad, habrán elegido ciertos métodos de depreciación con respecto a la propiedad, tendrán cuentas de ganancias y ganancias positivas o negativas, pueden o no tener créditos fiscales extranjeros, y pueden o no tener quebrantos de inversión no utilizados o quebrantos de operación.<sup>166</sup>

La sección §381 del IRC, prevé el traslado de atributos fiscales de una corporación transmitente a una corporación adquirente en determinadas operaciones. Algunas de las transacciones que adopta esta sección son las reorganizaciones libres de impuestos A, C, D y G o F. Cabe destacar que en los tipos de reorganizaciones en donde se realiza un intercambio de acciones por acciones, por ejemplo, de acuerdo con la sección §368(a)(1)(B) no son necesarias las normas de la sección §381, ya que la existencia de la corporación adquirida se mantiene, aunque se produzca un intercambio entre los accionistas. Lo mismo puede decirse de las recapitalizaciones con conformidad a la sección §368(a)(1)(E).

Respecto a la sección §382, esta establece que existe un límite en el traslado de quebrantos. Este límite se calcula a partir del *fair market value* de la corporación que poseía pérdidas multiplicado por la *long-term tax-exempt rate*<sup>167</sup>.

Supongamos que A Corp. dispone de un remanente de *Net Operating Loss* (“**NOL**”)<sup>168</sup> de 1 millón de dólares. El 1 de enero del año 1, todas las acciones de A Corp. se venden en una

---

<sup>163</sup> La sección §361 regula el reconocimiento de ganancias y pérdidas por parte de la sociedad transmitente.

<sup>164</sup> En conformidad por la sección §1032, una corporación no reconoce pérdidas ni ganancias cuando adquiere bienes a cambio de sus acciones o derechos sobre acciones (independientemente de que esté o no relacionada con una reorganización).

<sup>165</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

<sup>166</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

<sup>167</sup> Véase la [tasa correspondiente](#).

<sup>168</sup> El exceso de los gastos operativos sobre los ingresos, cuyo importe puede deducirse de los ingresos brutos si las demás deducciones no superan los ingresos brutos (Quebrantos en inglés). Garner, Bryan, *Black's law dictionary*, Deluxe 11th Edition, Thomson Reuters, 2019, p. 1132. Traducido literalmente.

transacción que aplica la sección §382. En esa fecha, el valor de las acciones de A Corp. era de \$500.000, y la tasa federal de exención fiscal a largo plazo aplicable era del 10%. En el año 1 (y en cada uno de los años siguientes), A Corp. podría compensar 50.000 dólares (10%× 500.000 dólares) de ingresos con el traslado de NOL.<sup>169</sup>

Este enfoque de limitación de los beneficios pretende aproximarse a los resultados que se obtendrían si los activos de una corporación con pérdidas se combinaran con los de una corporación con resultados positivos en una nueva corporación con las siguientes características: Sólo la parte de los ingresos de la corporación correspondiente a la corporación con pérdidas podría compensarse con los quebrantos de la corporación. Una vez determinado el límite de la sección §382, se utiliza todos los años hasta que se agotan los NOL anteriores a la reorganización o se alcanza el límite de 20 años que establece la sección §172.

### **C. Conclusiones parciales respecto a los efectos de ambos regímenes**

Los efectos producidos en ambos regímenes son los mismos. En primer lugar, se genera la no sujeción al tributo de la operación. En segundo lugar, se trasladan los atributos fiscales correspondientes.

La diferencia claro está en cuales atributos fiscales se trasladan, y en especial la diferencia que existe respecto a los quebrantos. En el régimen argentino, las empresas continuadoras gozarán de los atributos impositivos que poseían las empresas reorganizadas en proporción al patrimonio transferido. Esto quiere decir que, en el plazo de 5 años, la empresa puede computarse los quebrantos que le fueron trasladados de la forma que quiera, siempre y cuando estos no prescriban. En cambio, en el régimen estadounidense se calcula un límite de cómputo anual por los quebrantos que se trasladan.

### **VII. ¿MEJORAS AL RÉGIMEN ARGENTINO?**

A lo largo de este escrito se ha demostrado las diferentes características que posee cada régimen de reorganización de empresas libre de impuestos.

Tanto su historia de implementación como sus características son distintas, ambos comparten cierta intención y elementos. Sin embargo, no hay duda de que el sistema americano resulta más complejo y de cierta forma más avanzado. Esto, principalmente, se debe a los millones de transacciones por año que ocurren en el sistema económico de los Estados Unidos.

Una economía que vive moviéndose, da como resultado que también lo hagan las empresas. Por lo tanto, resulta lógico que, debido a mayor cantidad de transacciones, las cuales a medida que avanza el tiempo se complejizan, se necesite un sistema que pueda atajarlas correctamente.

Que el sistema americano sea más complejo o avanzado no implica que el régimen argentino sea malo. Nada está más lejos de la realidad. Respecto a las reorganizaciones de empresas, Argentina presenta un sistema simple y entendible para todos los contribuyentes. Con supuestos legales claros y requisitos que resultan ser dentro de todos objetivos.

La complejidad del sistema americano acarrea un grave problema, el cual es que algunos contribuyentes decidan no encuadrar sus transacciones dentro del régimen debido a la complejidad que este posee. Esto conlleva a que, como se ha mencionado anteriormente, la intención del legislador en que el sistema tributario sea neutral en algunas transacciones no sea tomada en cuenta.

---

<sup>169</sup> Conf. Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6th ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.

En cuestión de requisitos, he de decir que estamos de cierta forma un paso adelante al sistema estadounidense. Esto se debe a la doctrina del propósito del negocio, la cual está ausente en nuestro sistema. El caso Gregory creó tanto una solución a un problema de elusión como una gran dificultad a todas las reorganizaciones posteriores. Esta más que claro que la doctrina propone una espada de doble filo, ya que, aunque satisfecho todos los requisitos necesarios para una reorganización, un tribunal subjetivamente puede cambiar esta situación.

Esta espada de doble filo no existe en nuestro sistema, esto permite cierta tranquilidad al contribuyente y, además, que los requisitos establecidos por la ley sean lo más objetivos posibles.

Por último, respecto a los efectos, resulta interesante la forma de cómputo de los quebrantos trasladados que posee el régimen estadounidense. Este interés es debido a la diferencia de nuestro régimen, en el cual por la inflación siempre presente en nuestro país conviene siempre computarse lo antes posible los quebrantos.

### **VIII. CONCLUSIÓN**

Comparar dos regímenes de dos distintos países, que aplican leyes distintas y cuyos sistemas fiscales son también distintos no es una tarea sencilla, aunque tampoco es inalcanzable.

Se puede concluir a la mejor luz que nuestro régimen de reorganizaciones de empresas libre de impuestos no es superior ni inferior al régimen estadounidense contemplado en el IRC, sino que son diferentes.

Tanto los contextos en los que fueron creados como algunas de sus características son únicos. No se trata de que uno sea bueno o malo, sino que fueron diseñados para favorecer al contribuyente en la gestión de sus negocios.



## IX. BIBLIOGRAFÍA

### A. Bibliografía Argentina

#### i. *Doctrina*

- Asorey, R., & Asorey, F., *Reorganizaciones empresariales libres de impuestos*, La Ley, 2017 (Versión E-book).
- Gebhardt, J., & Malvitano, R., *Impuesto a las Ganancias. Fundamentos teóricos y la técnica de su aplicación en la Argentina*, tomo II, Errepar, 2020.
- Haladjian, Alejandro. *Tratado de las Reorganizaciones Fiscales de Empresas. En el marco de precedentes administrativos y jurisprudenciales de la Argentina y los Estados Unidos*, La Ley, 2002.
- Laudato, C., Iglesias, J., & Palomares, L., “La Exigencia de propósito de negocio como requisito adicional en las reorganizaciones empresariales libre de impuestos” en *Debates de Derecho Tributario y Financiero*, Año III, N.º 9, 2023.
- Lorenzo, A., Bechara F., Calcagno, G., Cavalli, C., Edelstein, A., *Tratado del Impuesto a las Ganancias*, Errepar, 2005.
- Reig, Enrique, *El impuesto a los Réditos*. Contabilidad Moderna SRL. 1961.
- Vaquero, Fernando M. “Conjuntos económicos y conglomerados análogos. Tratamiento tributario según la normativa y el principio de sustancia vs. Forma” en *Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, Nro. 1, 2019.
- Vitolo, Daniel, *Manual de Sociedades*, 2da Edición, Editorial Estudios, 2017.
- Zunino, Jorge. *Régimen de sociedades, Ley general 19.550*. Astrea. 2019.

#### ii. *Jurisprudencia Argentina*

- Acción de Lesividad, AFIP-DGI s/solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad, CSJN, 17 de diciembre de 2013
- ATCO I S.A. (TF 18.015 - I) c/ DGI, CSJN, 12 de octubre de 2010
- BBVA Banco Francés SA c/EN - AFIP DGI - R. 56/2005 y 20/2007 s/DGI, CSJN, 17 de mayo de 2016
- Comercial Union Cia. Arg. De Seguros, TFN, 19 de junio de 2003
- Don Marcelino S.A. c. Fisco Nacional – DGI s/ contencioso administrativo – varios s/ Recurso de queja, CSJN, 20 abril de 2023
- Galeno Argentina, CSJN, 28 de agosto de 2012
- Grupo República, CSJN, 20 de diciembre de 2011
- Loma Negra, CSJN, 14 de noviembre de 2017
- Mexicana de Aviación S.A. de C.V. c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – FFA, CSJN, 26 de agosto de 2008
- Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F, TFN, 12 de octubre de 2004
- Rina Iberia SL Suc. Argentina c/ AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva., CSJN, 28 de junio de 2022
- S.A. La Nación, TFN, 22 de abril de 1986
- Santa Ana SCA, CNACAF, 13 de junio de 1969
- Turismo Doss SA c/EN - AFIP-DGI - R. 1/2011 (NGDE), CSJN, 11 de marzo de 2021

#### iii. *Dictámenes*

- Dictámenes 60/2003 (DAL) 16/10/2003; 2/2006 (DAT) 56/2007 (DI ATEC), 1/10/2007 y 90/2007, 24/1/2008.
- Dictámenes 14/01, 13/2002, 101/2002, 51/2005, 39/2008 y 66/2009.
- Dictamen 84/2003.
- Dictamen 7/1981.

- Dictamen 13/1980

## **B. Bibliografía Estadounidense**

### *i. Doctrina*

- Abrams, H. E., & Leatherman, D., *Federal Income Taxation of Corporations and Partnerships*, 6 ed., Wolters Kluwer, Aspen Publishing, 2019.
- Coleman, Susan, “Analyzing the Continuity of Interest Doctrine: Paulsen v. Commissioner” in *SMU Law Review*, Vol. 39, issue 4, 1985.
- Crocker, Brenda. “The Business Purpose Test in Section 355 Distributions: Major Pitfalls for Close Corporation Planning” in *University of Richmond Law Review*, Vol. 15, issue 4, 1981.
- Garner, Bryan, *Black’s law dictionary*, Deluxe 11<sup>th</sup> Edition, Thomson Reuters, 2019.
- Gaughan, Patrick, *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*, 7th Ed., Wiley, 2018.
- Marmer, Melvin. “D Reorganizations - Corporate Divisions or Liquidation – Reincorporations” in *Case Western Reserve Law Review*, Volume 19, issue 4, 1968.
- Porter, Michael, *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, 1985.
- Posin, Daniel. “Taxing Corporate Reorganizations: Purging Penelope’s web” in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133, No. 6, 1985.
- Toch, Henry. *Income Tax Made simple*, Heinemann, 1985.
- Turner, Martin. “Splitting the Small Corporation by Divisive Reorganization: Internal Revenue Code, Sections 355 and 368(a)(1)(D)” in *Florida Law Review*, Vol. 18, issue 2, 1965.
- Vanistendael, Frans. “Taxation of Corporate Reorganizations” in *Tax Law Design and Drafting*, volume 2, International Monetary Fund, 1998.

### *ii. Jurisprudencia*

- Eisner v. Macomber, 252 U.S. 189, 8 March 1920
- Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465, 7 January 1935
- Helvering v. Minnesota Tea Co., 296 U.S. 378, 16 December 1935
- John A. Nelson Co. v. Helvering, 296 U.S. 374, 16 December 1935
- LeTulle v. Scofield, 308 U.S. 415, 2 January 1940
- Paulsen v. Commissioner, 469 U.S. 131, 8 January 1985
- Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner, 287 U.S. 462, 9 January 1933
- Pridemark, Inc. v. Commissioner, US Court of Appeals, Fourth Circuit 345 F.2d 35, 23 April 1965

### *iii. Otros*

- S. Rep. No. 1035, 96th Cong., 2d Sess. 36-36 (1980).
- Priv. Ltr. Rul. 9313020 (Apr. 2, 1993); y Priv. Ltr. Rul. 8726055 (Mar. 31, 1987).
- Rev. Rul. 66-23, 1966-1 C.B. 67, 68.
- 26 CFR § 1.368-1 - Purpose and scope of exception of reorganization exchanges.
- Treas. Reg. § 1.355-2(c) (1980).
- 26 U.S. Code § 355 - Distribution of stock and securities of a controlled corporation.
- Treas. Reg. § 1.355-1 (c).
- REV. 843, 849 (1958).
- Vease Treas. Regs. § 1.355-2(d)(2).