

TRABAJO FINAL INTEGRADOR

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE LA EMPRESA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES FCJS|UNL

COHORTE 2020

Apellido y Nombre

Carlos María VALSECCHI

Título del Trabajo Final Integrador

Planificación Fiscal en la gestación y en la Transferencia de la Empresa.

Resumen del tema/problema (500 palabras)

En el nacimiento y gestación de la empresa, una de las primeras problemáticas que aparece, es el encuadre fiscal que le vamos a dar a la empresa, con la finalidad de optimizar las cargas tributarias, temática muy en boga en la Argentina y en el mundo de hoy. ¿Se puede disminuir el costo fiscal, eliminar o bien se puede diferir el mismo? Qué tipos de sociedades son más convenientes y qué impuestos se pagan en función de la sociedad elegida nos permitirá embarcarnos de una manera cierta a la hora de emprender.

Planificar fiscalmente (Tax Planning), con la finalidad de ahorrar impuestos y optimizar la tributación de empresas, todo ello dentro del marco legal aplicable. ¿Hay herramientas jurídicas que nos permitan lograr y/o prever bajar costos o a al menos que la carga tributaria no sea tan onerosa? Todo ello, lógicamente, sin caer en la defraudación fiscal.

Analizaremos la carga tributaria que tiene la Empresa Argentina, este costo fiscal que algunas veces parece conspirar contra las empresas ¿Cómo juegan los principios del derecho tributario?

Asimismo, las propias vicisitudes de la empresa, ya sea a medida que se va consolidando, expandiendo, la entrada en decadencia de la misma sea por el motivo que fuere - envejecimiento de la empresa, de producto vendido, cambios de reglas del mercado, competencia -, o bien razones particulares de los empresarios - edad alcanzada por dueños, la falta de gestión de los descendientes, peleas entre socios u oportunidades -, son el puntapié para decidir venderla.

Y con ello, surge nuevamente la misma problemática ¿Qué tratamiento impositivo se le debe dar a la venta de la empresa? No, es lo mismo transferir “la empresa”, que la transferencia de un fondo de comercio, la transferencia de un paquete accionario en una S.A o la transferencia de cuotas sociales en una S.R.L. ¿Qué implicancias tributarias trae para los socios? Es importante asesorar y dar conocer la responsabilidad Fiscal conforme ley de Procedimiento Tributarios 11.683.

¿Cómo valuamos la empresa? Esta es una problemática asociada a la venta, del resultado arrojado dependerá un menor o mayor coste fiscal. En la inmensidad de los comienzos no suele haber reglas claras y específicas para poder establecer el valor de la empresa a la hora de concretar la venta, ya sea total o parcial, por lo que hay que buscar mecanismos alternativos que logren una cierta armonía cuando se deba suscitar el proceso de realización.

Hay operaciones que estén exentas, hay operaciones que nos permitan aislar el pasivo al realizar la venta. Entran en juego también el derecho de preferencias, impuesto por el estatuto social o bien por un pacto de sindicación de acciones de empresa.

Consideramos que en la práctica cuando la empresa es incipiente, muchas veces la planificación fiscal en el nacimiento y la venta de la empresa se dejan libradas al azar, pero son cuestiones que se pueden prever con un asesoramiento profesional adecuado, y de esa manera no solo lograr una mejor administración, sino también caer en conductas pasibles de sanciones por el ordenamiento jurídico.

Índice o estructura del tema/problema a desarrollar (500 palabras)

Capítulo I. Cuestiones preliminares. Empresa y Tributo. Conceptualización

I.I.-Introducción.

I.II.- Breve noción de la empresa ¿Qué es la empresa? ¿Sujeto, objeto de derecho o actividad? Empresa y hacienda empresaria. Emprendedor. Tamaños de las Empresas. Mipymes-Pymes-Grandes Empresas.

I.III. - Breve noción de Tributo. Principio de Capacidad contributiva. No Confiscatoreidad. Disminución del Costo Fiscal - Planificación Fiscal vs Defraudación Fiscal.

Capítulo II. Carga tributaria y planificación fiscal en la gestación de la empresa.

II.I.- Introducción. Carga tributaria en las Empresas Argentina.

II.II.- Problemática del encuadre fiscal en la gestación de la empresa. Tratamiento Impositivo especial. (Ley 25.300 – 27.264 - 27.349). Beneficios Impositivos. Sociedades Anónimas Simplificadas.

II.II.III.- Herramientas para disminuir el costo fiscal. a) Consulta vinculante (Art. 4.1 Ley 11683); b) Consulta no vinculante (Art. 12 DR 1397/79); c) Procedimientos de acuerdo mutuo previstos en los CDI (Tít. IV, Cap. I, Ley 11683); d) Determinaciones Conjuntas de Precios de Operaciones Internacionales (Tít. IV, Cap. II, Ley 11683).

Capítulo III. Valuación de la empresa y transferencia de la empresa.

III.I.-Valuación de la Empresa. Valor – Precio. Método de valuación. Valor llave.

III.II.-Distinción entre Empresa y Fondo de comercio. Transferencia de Empresa y Fondo de Comercio, su tratamiento en la ley 11.867.

III.III. – Transferencia de Paquete accionario en sociedades anónimas cerradas y de cuotas sociales de S.R.L. Derecho de preferencias impuesto por el estatuto social o bien por un pacto de sindicación de acciones en la empresa

III.IV.- Reorganización societaria (Fusión, escisión, aumento de capital, transferencia de una sociedad a otra de las integrantes de un grupo económico).

Capítulo IV.- Régimen fiscal de la Transferencia de la empresa.

IV.I- Acciones y participaciones sociales.

IV.II.- Reorganizaciones empresarias libres de impuestos. Transferencia de Fondos de Comercio.

IV.III- Palabras finales.

Bibliografía

*El ABC del sistema tributario argentino, Artículo de Walter Agosto.

*Artículo de José Osvaldo CASÁS, Los principios del Derecho Tributario.

*FOLCO, Carlos María, "Procedimiento tributario: Naturaleza y estructura", 3ra. Edición, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2011.

*¿CUÁLES SON LAS CAUSAS DE LA EVASIÓN TRIBUTARIA? Por Alfredo COLLOSA. Revista de Derecho Penal Tributario Nro. 25 – 2020.

*MEDIOS PARA REDUCIR LA INCERTIDUMBRE AL PLANIFICAR RFISCALMENTE. Autor: Marcelo Corbalán.

*Título: Derecho de sociedades y reforma del derecho de los contratos. Autor: Goffaux Callebaut, Géraldine .Publicado en: RCyS2019 - Edición Especial, 118.

* Apuntes sobre el fenómeno del Grupo Empresarial y la conveniencia de su sistematización jurídica, María Eugenia Ruscitti.

*La empresa en el Código Civil y Comercial de la Nación. Business in Civil and Commercial Code María Cristina Walker.

* CURSO DE FINANZAS, DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO, TOMO ÚNICO. 7- edición, ampliada y actualizada. HÉCTOR B. VILLEGAS.

*TRIBUTOS PROVINCIALES (2018). Rodolfo R. Spisso.

* EL HECHO IMPONIBLE. TEORIA GENERAL DEL DERECHO TRIBUTARIO SUSTANTIVO. Dino Jarach.

*DERECHO SOCIETARIO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (2019) – EMANUEL TORRES.

*REGIMEN DEL EMPRENDEDOR (2018) Miguel Angel Raspall.

*CONVENIO MULTILATERAL. IMPUESTOS INTERNOS.MONOTRIBUTO EXPLICADOS Y COMENTADOS (2020) ERNESTO CARLOS CELDEIRO.

*Revista DEBATES DE DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO, Año I – N° 1 – 2021 Temática Derecho Penal Tributario, DIRECTOR Horacio G. Corti. SUBDIRECTOR Pablo Revilla.

*LA CORTE SUPREMA DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE PUBLICIDAD DE LA LEY DE TRANSFERENCIA DE FONDO DE COMERCIO EN LAS REORGANIZACIONES FISCALES LIBRES DE IMPUESTOS. AUTOR/ES: Asorey, Rubén O.; Asorey, Fátima, 2022.

*MIGUEL ÁNGEL RASPALL, MARÍA LAURA RASPALL, RUBÉN MIGUEL RUBIOLO. Transferencia de empresa. Reg. Legal y Tributario. Año 2017.

* Intervención del sujeto individual en la reorganización de empresas. Autores: M. Eugenia Pedraza y Osvaldo Solari Costa. Año 2022.

*TÍTULO: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LAS REORGANIZACIONES FISCALES
AUTOR/ES: Pelle, Enrique R. Año 2021.

Tutor

CARLOS MARÍA FOLCO

PLANIFICACIÓN FISCAL EN LA GESTACIÓN Y EN LA TRANSFERENCIA DE LA EMPRESA.

Capítulo I. Cuestiones preliminares. Empresa y Tributo. Conceptualización

I.I.-Introducción.

Como lo indica el título el presente trabajo intenta ser una guía para la planificación fiscal que deberá tener en cuenta una empresa incipiente a lo largo de su vida y en particular en un momento trascendental que es en la venta de ella, y los tributos que la gravan.

En el nacimiento y gestación de la empresa, una de las primeras problemáticas que aparece, es: que encuadre fiscal le damos a la empresa, con la finalidad de optimizar las cargas tributarias, temática muy en boga en la Argentina y en el mundo de hoy. Se puede disminuir el costo fiscal, eliminar o bien se puede diferir el mismo? ¿Con que beneficios impositivos contamos en la gestación? ¿Hay sociedades más convenientes impositivamente? Qué impuestos se pagan en función de la sociedad elegida nos permitirá embarcarnos de una manera cierta a la hora de emprender.

Nos atrevemos a darle importancia al Planificar fiscalmente (tax planning), con la finalidad de ahorrar impuestos y optimizar la tributación de la empresa, todo ello dentro del marco legal aplicable.

Es por ello, que para adentrarnos en esta temática debemos obligatoriamente tener una breve noción de los siguientes conceptos: “Empresa” y “Tributo”, y a partir de ello profundizar en la temática propuesta.

I.II.- Breve noción de la empresa ¿Qué es la empresa? ¿Sujeto, objeto de derecho o actividad? Empresa y hacienda empresaria. Emprendedor. Tamaños de las Empresas. Minipymes-Pymes-Grandes Empresas.

El 1° de octubre de 2014 se sancionó la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) derogando el Código Civil y el Código de Comercio, comenzando a regir a partir del 1° de agosto de 2015.

Dicho Código refiere a la empresa a través de la obligación de llevar contabilidad, distinguiendo la «actividad económica organizada», de la «titularidad de una empresa» y de la «titularidad de un establecimiento comercial», aunque sin conceptualizar a ninguna de ellas. Resulta claro que la comercialidad se introduce en el Código a partir de la empresa y la mencionada obligación contable.

Coincidimos con María Cristina WALKER en su artículo “La empresa en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en cuanto a que hubo y hay numerosos intentos de la doctrina nacional y extranjera por lograr un concepto jurídico unitario, y a partir de allí, someter a la empresa al tratamiento de diversas disciplinas, conforme al enfoque que a cada una de ellas le corresponde realizar. Mucho se ha escrito acerca de la empresa, fundamentalmente, tomándola como noción de la ciencia y de la realidad económica, afirmando que como fenómeno económico es una organización para producir bienes o prestar servicios para el mercado con el fin de obtener beneficios, combinando los factores de la producción: naturaleza, capital y trabajo.

Asimismo, como sostiene la autora María Eugenia Ruscitti es de suma importancia hacer un distingo entre el “Concepto de Empresa” vs. “Concepto de persona jurídica”. El de empresa es un concepto económico, y diferenciarlo del concepto jurídico comúnmente relacionado, que es la persona jurídica.

Ella define a la Empresa como *una unidad organizada que produce bienes o servicios a cambio de un lucro*¹, mientras que la persona jurídica es el centro de imputación de obligaciones y derechos, diferenciado al de las personas humanas o jurídicas que la integran. Como consecuencia, un concepto y otro no necesariamente coinciden.

Una situación que se puede dar es la de una Empresa que no responda necesariamente a una persona jurídica, sino que esté conformada por varias. También podemos encontrarnos personas jurídicas que no sean empresa. —entre ellas, Asociaciones Civiles, Fundaciones, y todas aquellas, que, aunque sean una organización de recursos, no tienen como objeto el lucro—.

A partir de la entrada de vigencia del CCCN, no existen más los “actos de comercios”, la empresa “comercial”, el “comerciante”, es decir los institutos regulados por el viejo Código de Comercio. Ahora bien, el nuevo art. 320 del CCCN se refiere a “titulares de una empresa”, donde

¹ María Eugenia Ruscitti. Apuntes sobre el fenómeno del Grupo Empresarial y la conveniencia de su sistematización jurídica. Pág. 1.

entonces aparece como objeto de derecho. Pero corresponde comparar dicha norma con el art. 1093 del mismo Código, que al determinar los contratos de consumo señala “o con una empresa productora”, o sea que la introduce como sujeto de derecho. A su vez, conforme el art. 1890 y la ley de transferencia de fondos de comercio (Ley Nro. 11.867), la hacienda aparece como un bien registrable.

La empresa es organización y actividad y un patrimonio afectado al cumplimiento de determinados objetivos; o la organización sistemática, funcional y activa de medios (factores de la producción) apta para producir o actuar en el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado². En esta descripción estamos poniendo de relieve los elementos que integran la empresa: a) *el empresario*, que es quién organiza la actividad y procura el lucro que la misma le produce, y b) *los elementos materiales, inmateriales y humanos* de que dispone y organiza el empresario para llevar adelante la actividad, el sustrato material. O sea, un conjunto de bienes que son organizados para llevar adelante la explotación de la “empresa”.

Para la visión de Satanowsky³ y a modo de resumen, la empresa goza de distintos elementos que la componen: a) *aspecto subjetivo: la empresa como empresario*, siendo empresario quién ejerce como profesión una actividad económica organizada dirigida a la producción o intercambio de bienes y servicios; b) *aspecto funcional: la empresa como actividad*; una actividad dirigida por un lado a organizar las fuerzas de trabajo y el capital necesario para la producción de determinados bienes y servicios; c) *aspecto patrimonial y objetivo: la empresa como patrimonio hacendal y como hacienda*, siendo la hacienda conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa y el patrimonio hacendal sería el conjunto de las relaciones jurídicas, y d) *el aspecto corporativo*, la empresa como institución, siendo la empresa una organización de personas.

En sí, la empresa en una noción económica, es actividad organizada, por eso, se suele sostener que la “empresa” no es nada en el aspecto jurídico, que no es sujeto, ni objeto de relaciones jurídicas y decir que es una actividad no tiene sentido jurídico.

Cuando se discute sobre la naturaleza jurídica de la empresa, Farina dice que “la empresa no puede encasillarse dentro de ninguna de las categorías elaboradas por la ciencia de derecho (ej.

² Richard – Muiño, Derecho Societario, t. 1. Pág. 28.

³ Satanowsky, Tratado de derecho comercial, t.1, p.490.

persona jurídica, sociedad, patrimonio separado). No puede precisarse la naturaleza jurídica, porque entre nuestras clásicas categorías falta la que se adecue a ella, es decir, a su significado económico. No puede pretenderse un concepto jurídico a espaldas de la realidad, no puede aceptarse que la empresa sean una cosa para la economía y otra total o parcialmente distinta para el derecho.⁴

Muy ligado a la terminología empresa, encontramos los términos de *emprendimiento* y *emprendedor*, siendo el emprendimiento el objeto mismo de la actividad empresarial, lo que esta hace, a lo que se dedica⁵ y siendo el emprendedor el sujeto que va a impulsar y llevar adelante el emprendimiento, lo que hará mediante la empresa que va a crear, de modo que el emprendedor termina siendo el empresario⁶ (titular de la empresa).

Sin lugar a dudas, la “empresa” tiene un rol trascendente para el sostenimiento del tipo y de la calidad de las personas por eso tanto el Estado Nacional, como las provincias han generado un importante régimen regulatorio dirigido a facilitar su nacimiento, desarrollo y permanencia, que pasa por el fomento, información, educación, asistencia técnica y tributaria. Si bien en la práctica empresarial a pesar de las bondades prenombradas, se observan trabas burocráticas y algo que siempre las afecta que es la inestabilidad financiera propia de nuestro país.

Asimismo, la empresa se distingue por tamaños, siguiendo a Miguel A. Raspall en su trabajo “Régimen del Emprendedor”, encontramos tres grandes bloques:

a) *Microempresa*. Empresa de baja actividad económica, desarrolladas habitualmente de forma personal por el empresario, tales como comercios, bares, comedores, oficios, etc. Suelen llevarse adelante de forma personalísima por los propios empresarios, con pocos empleados y representadas por el empleador.

Ha sido sancionada en nuestro país la ley 27.349, de apoyo al capital emprendedor, que ha incorporado institutos de financiación muy novedosos para apoyar al capital emprendedor, y también societario nuevo (las “sociedades por acciones simplificadas”)

b) *Pymes (Pequeñas y medianas empresas)*. Ragazzi explica que las pymes “no son empresas más pequeñas, sino empresas pequeñas con características económicas propias, objetivos diferenciados de corto y mediano plazo, organización burocrática simple. Ellas cumplen un

⁴ Farina, Contrato Comerciales Modernos, p. 18

⁵ Miguel Ángel Raspall. Reg. del Emprendedor. Año 2018. P.6

⁶ Miguel Ángel Raspall. Reg. del Emprendedor. Año 2018. P.7

importante papel en la economía de todos los países. Los países de la OCE suelen tener entre el 70% y el 90% de los empleados en este grupo de empresas.

Pueden realizar productos individualizados, sirven de tejido auxiliar a las grandes empresas y existen actividades productivas en las que es más apropiado trabajar con pequeñas empresas.

La Sepyme (Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa, actualmente dependiente del Ministerio de Producción) mediante la res. 88/2023 ha actualizado los valores totales de facturación anual en consideración a cuatro categorías: micro, pequeñas, medianas 1 y medianas 2. El criterio para dividirla es la venta total anual.

LOS NUEVOS VALORES PARA SER PYME

Los topes de ventas anuales que comienzan a regir a partir del 30 de marzo de 2023 son:

Categoría	Construcción	Servicios	Comercio	Industria y Minería	Agropecuaria
MICRO	78.690.000	36.850.000	213.150.000	150.620.000	90.930.000
PEQUEÑA	466.910.000	222.160.000	1.518.340.000	1.125.450.000	334.950.000
MEDIANA TRAMO 1	2.605.040.000	1.838.740.000	7.217.020.000	8.010.250.000	1.971.190.000
MEDIANA TRAMO 2	3.907.130.000	2.625.990.000	10.310.100.000	16.184.690.000	3.126.440.000

FUENTE: Secretaría de Industria y Desarrollo Productivo

IPROFESIONAL

Existen leyes especialmente dirigidas a abastecer y a asistir a las pymes, entre otras, las leyes 22.317, 24.467, 25.300, 27.264 y la ley del emprendedor (27.349), y también varias resoluciones de la Secretaría para la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional (Sepyme) dependiente del Ministerio de Producción.

1) La ley 22.317 (del 31/10/80) establece el régimen de crédito fiscal para los establecimientos industriales que tengan organizados cursos de educación técnica. Ha sufrido diversas reformas posteriores por leyes modificatorias.

2) La ley de obligaciones negociables 23.576 permite el acceso a las pymes a la emisión de títulos de deuda (contraer empréstitos). El art. 36, inc. 1º, establece que si se trata de emisiones de obligaciones negociables que sean colocados por oferta pública, deberán contar para ello con autorización de la Comisión Nacional de Valores (CNV). La norma NT 2013 de la CNV trata en el

Cap. VI. lo relativo a las pequeñas y medianas empresas y la emisión de valores representativos de deuda, estableciendo cuáles de las medianas empresas pueden acceder al mercado de capitales.

3) La ley 24.467 (del 15/3/95), dictada con el espíritu de favorecer el desarrollo de las pymes y su financiamiento, creó las sociedades de garantía recíproca (SGR), de mucho uso en la actualidad para atender y asistir financieramente a las pymes. El art. 79 establece los beneficios impositivos a los que podrán acceder las empresas protectoras que inviertan en las SGR, en el régimen del impuesto a las ganancias e impuesto al valor agregado. Luego, en el art. 83 y ss. establece el régimen de las relaciones laborales para las pymes. El texto original ha sufrido diversas reformas por leyes posteriores como las leyes 25.300 y 27.264, a su vez modificadas por ley 27.444.

4) La ley 25.300 (promulgada parcialmente el 4/9/00), como ley de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa, trata del acceso al financiamiento; de la integración regional y sectorial; del acceso a la información y a los servicios técnicos; además, trata del Compre mi pyme; de modificaciones al régimen de crédito fiscal para capacitación; del Consejo Federal de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas; y por último las modificaciones a la ley de cheques e importe de las multas.

5) La ley 27.264 (del 13/7/16) y normas que la modifican y complementan, ha sido denominada como programa de recuperación productiva. Aborda entre otros temas los siguientes: a) ganancias mínimas presuntas, impuestos al valor agregado y oportunidad de liquidación, régimen de compensaciones y tratamiento diferenciado para provincias de las zonas de frontera o que presenten mayores desequilibrios por razones de competitividad con países limítrofes, impuestos a los créditos y débitos bancarios; b) fomento a las inversiones, estabilidad fiscal hasta diciembre de año 2018; c) pago a cuenta de la inversión productiva con impuesto a las ganancias; d) bonos de crédito fiscal por inversiones en bienes de capital e infraestructura; e) simplificación de trámites y acceso a los beneficios de la norma; f) creación del FOGAPYME (Fondo de garantía para pymes), que tiene por objeto garantizar la operatoria crediticia de las pymes para que estas puedan acceder o reforzar las garantías para las SGR; g) acceso al régimen de obligaciones negociables para las pymes (sociedades anónimas, cooperativas y sociedades de responsabilidad limitada); pueden contraer empréstitos mediante la emisión de obligaciones negociables, conforme las disposiciones de la presente ley que podrán emitirse con garantía especial, flotante o común. Modifica la ley del mercado de capitales (26.831) a fin de facilitar el acceso a las pymes (medianas 2), y h) promoción

de la competitividad mediante la creación dentro del ámbito de la Sepyme de un consejo consultivo público-privado de monitoreo y competitividad pyme.

c) *Gran empresa*. Se definen en contraposición a las otras dos, superan los parámetros que fijan los Estado para identificar a las Pymes. Las grandes empresas también son o pueden ser “emprendedoras”, pero no los sujetos en los cuales se piensa cuando se habla de emprendedores, la ley 27.349 no las excluye, pero el régimen legal que mejor las comprende es la Sepyme.

I.III. - Breve noción de Tributo. Principio de Capacidad contributiva. No confiscatoriedad (fallo Navarro Viola). Disminución del Costo Fiscal - Planificación Fiscal vs Defraudación Fiscal.

Sin lugar a dudas, uno de los principales sujetos contribuyentes a lo ancho del mundo son las empresas, lo que nos obliga a definir sucintamente la noción de tributo y principios fundamentales del derecho tributario que se ven entrelazados con ella.

El tributo es uno de los recursos que se ofrecen al Estado para lograr los medios pecuniarios necesarios al desarrollo de sus actividades.

El tributo es una prestación pecuniaria coactiva de un sujeto (contribuyente) al Estado u otra entidad pública que tenga derecho a ingresarlo.⁷

Otra definición similar dispone que los tributos son "las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines".⁸

Conforme a la clasificación más aceptada por la doctrina y el derecho positivo, los tributos se dividen en impuestos, tasas y contribuciones especiales

En el impuesto, la prestación exigida al obligado es independiente de toda actividad estatal relativa a él, mientras que en la tasa existe una especial actividad del Estado materializada en la prestación de un servicio individualizado en el obligado. Por su parte, en la contribución especial existe también una actividad estatal que es generadora de un especial beneficio para el llamado a contribuir.

⁷ DINO JARACH. EL HECHO IMPONIBLE-TEORÍA GENERAL DEL DERECHO TRIBUTARIO SUSTANTIVO. Ter. Ed. P.11

⁸ CURSO DE FINANZAS, DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO, TOMO ÚNICO. 7- edición, ampliada y actualizada. HÉCTOR B. VILLEGAS.P.67

Estas categorías no son sino especies de un mismo género, y la diferencia se justifica por razones políticas, técnicas y jurídicas.

La capacidad contributiva es uno de los principales basales del derecho tributario, y es de interés en este trabajo para analizar si la fuerte presión fiscal que hay en nuestro país, que afectan a todos los contribuyentes, empresas inclusive lógicamente, no vulnera este principio, ya que este es el límite material en cuanto al contenido de la norma tributaria, garantizando su "justicia y razonabilidad".

Lo cierto es que la Constitución nacional, al referirse a los tributos, lo hace con una terminología que no puede dejar dudas sobre la intención de los constituyentes. Vemos así que: a) en el art. 4 se habla de contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población, imponga el Congreso; b) en el art. 16, in fine, se dice que la igualdad es la base del impuesto; c) en el art. 67, inc. 2, al otorgarse al Congreso la facultad excepcional de imponer contribuciones directas, se estipula que ellas deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.⁹

Observamos la utilización combinada de las nociones de "igualdad", "equidad" y "proporcionalidad". Esa conexión de tan trascendentales conceptos torna viable llegar a la siguiente conclusión: la igualdad a que se refiere la Constitución como "base" del impuesto, es la contribución de todos los habitantes del suelo argentino según su aptitud patrimonial de prestación. El concepto es complementado por el de proporcionalidad, que no se refiere al número de habitantes sino a la cantidad de riqueza gravada¹⁰ y se refuerza axiológicamente con el de equidad, principio, éste, que se opone a la arbitrariedad y que se entiende cumplido cuando la imposición es justa y razonable (sobre el significado constitucional de conceptos como "justicia", "razonabilidad", "equidad", "proporcionalidad", etc.

Ello es lo que se desprende del espíritu de la Constitución, conforme al objetivo deseado por quienes la plasmaron: que cada persona contribuya a la cobertura de las erogaciones estatales en "equitativa proporción" a su aptitud económica de pago público, es decir, a su capacidad contributiva. Como dice Bidart Campos, reproduciendo la tesis de la Corte: "a igual capacidad

⁹ CURSO DE FINANZAS, DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO, TOMO ÚNICO. 7- edición, ampliada y actualizada. HÉCTOR B. VILLEGAS. P.196

¹⁰ Conf. Bidart Campos, ob. cit, p. 317

tributaria con respecto a la misma riqueza, el impuesto debe ser, en las mismas circunstancias, igual para todos los contribuyentes".

Concretando: si bien la Constitución argentina no consagra en forma expresa el principio de capacidad contributiva, sí lo hace implícitamente.

La producción de venta de bienes, el suministro de servicios, la adquisición o consumo de bienes o servicios, el ejercicio de actividades o profesiones con fines de lucro, la realización de actos o negocios jurídicos documentalmente exteriorizados, son signos indiciarios de capacidad contributiva. Por ejemplo, quien adiciona valores a los bienes o servicios, produciéndolos, fabricándolos, proporcionándolos, comerciándolos, exportándolos, etc., está ejerciendo una actividad en la cual el lucro se infiere razonablemente, pero con gran dosis de relatividad (la efectividad del lucro y su dimensión dependerán de diversas cuestiones, como costos, situación del mercado, política de control de precios, etc.)

Una contracara al principio de la capacidad económica es la *no confiscatoriedad*, la Constitución nacional asegura la inviolabilidad de la propiedad privada, su libre uso y disposición, y prohíbe la confiscación (arts. 14 y 17).

En el fallo de Corte "Navarro Viola de Herrera Vegas, Marta c/ Estado nacional -D. G. I. s/ repetición", 19/12/1989 (Fallos 312:2467), se sostuvo: "...para que la tacha de confiscatoriedad pueda prosperar, es necesaria la demostración de que el gravamen cuestionado excede la capacidad económica o financiera del contribuyente (Fallos 271:7, consid. 10 y su cita Rev. La Ley, 134-608)..."

Ha sostenido el alto tribunal que los tributos son confiscatorios cuando absorben una parte sustancial de la propiedad o de la renta. La dificultad surge para determinar concretamente qué debe entenderse por "parte sustancial", y cabe decir que no existe respuesta a ello en términos absolutos. La razonabilidad de la imposición se debe establecer en cada caso concreto, según exigencias de tiempo y lugar y según los fines económico-sociales de cada impuesto.¹¹

No es aconsejable que el texto constitucional establezca un límite fijo, y es preferible el análisis de las situaciones concretas que se presentan. La Corte ha fijado el 33 % como tope de validez constitucional de ciertos tributos. Así, ha

¹¹ CURSO DE FINANZAS, DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO, TOMO ÚNICO. 7- edición, ampliada y actualizada. HÉCTOR B. VILLEGAS.P.207

declarado inconstitucional el impuesto inmobiliario que insume más del 33 % de la renta calculada según el rendimiento normal medio de una correcta y adecuada explotación ("Fallos", 196-122). También ha declarado inconstitucional el impuesto sucesorio que excede del 33 % del valor de bienes recibidos por el beneficiario ("Fallos", 190-159). Asimismo, ha declarado no válida la contribución de mejoras que no guarda prudente relación con la valoración del inmueble ("Fallos", 130-161; 179-188).

Para Geraldo Ataliva, el análisis debe partir del principio de la capacidad contributiva que es consagrado por el derecho brasileño. Este principio se traduce en la exigencia de que la tributación sea graduada en forma tal de adaptarse a la riqueza de los contribuyentes. Implica que cada ley tributaria tome aspectos de esta riqueza, pero sin destruir su base creadora. Tanto el conjunto de impuestos, como cada impuesto, han de adecuarse a la capacidad económica de los contribuyentes.

Y por capacidad económica ha de entenderse a la real posibilidad de poder ser disminuida patrimonialmente, pero sin destruirla, y sin que pierda la posibilidad de persistir generando la riqueza que es materia de la tributación. La violación a esta regla por excesos tributarios -concluye Ataliba- configura confiscación, constitucionalmente vedada, además de una suprema irracionalidad.¹²

En conclusión, se puede sostener que la confiscatoriedad originada en tributos puntuales se configura cuando la aplicación de ese tributo excede la capacidad contributiva del contribuyente, disminuyendo su patrimonio e impidiéndole ejercer su actividad, es ahí donde al ser consultado por empresas debemos analizar el caso concreto y ver si corresponde interponer acción de inconstitucionalidad sobre la normativa dictada. Reclamos de este tipo se vieron en la pandemia donde desde el Gobierno nacional, pasando por el provincial, hasta los Municipios instauraron tributos extraordinarios.

Ahora ¿qué pasa con la acumulación de tributos? Creemos que un contribuyente afectado por una presión insoportable de gravámenes debe tener acción para defenderse, pudiendo argumentar que la aplicación sobre él de múltiples gravámenes que afectan su capacidad contributiva o bien excede esa capacidad, detraen su patrimonio y le impiden ejercer su actividad.

Esta situación es correctamente explicada por José Osvaldo Casas, quien señala que la objeción más seria respecto de la concurrencia impositiva es que en la utilización de los gravámenes los distintos planos gubernamentales suelen desentenderse de la intensidad con que se aplican

¹² Autor cit, Ponencia nacional de Brasil, en las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.

análogos tributos por los restantes fiscos, con lo cual la situación del contribuyente puede convertirse en insostenible al ver ampliamente sobrepasada su efectiva capacidad contributiva.¹³

Toda esta concurrencia de tributos, carga tributaria lleva a que muchos contribuyentes, planifiquen inteligentemente sus negocios, o bien tomen conductas inapropiadas, que eventualmente pueden llegar a consistir en un ilícito tributario, por eso en este capítulo nos ocupamos de la conducta de la “Evasión Fiscal o Tributaria” y la conducta de la “Economía de Opción”.

La evasión consiste en toda eliminación o disminución de un monto tributario producida dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas violatorias de disposiciones legales.¹⁴

Si el supuesto “evadido” aprovecha realmente las oscuridades o lagunas de la ley para dedicarse a empresas rentables que le producen disminución en su carga fiscal sin que nada se le pueda objetar legalmente, es evidente que se ha colocado en una clara hipótesis de “economía de opción”, perfectamente válida y hasta explicable, puesto que ninguna norma legal puede prohibir a un contribuyente arreglar lícitamente sus negocios de manera tal de pagar menos tributos.

La obtención de ventajas mediante la adopción de ciertas formas jurídicas es posible y lícita siempre que se limite a configurar un caso de “economía de opción”, como, por ejemplo, sucedería si varias personas resuelven asociarse y al observar que una sociedad anónima implica ventajas fiscales en relación a una sociedad colectiva, resolviendo adoptar la primera forma jurídica.

Por ello, resulta conveniente *ab initio* distinguir los conceptos de “planificación fiscal” y de “defraudación fiscal”. Esta última, como enseña el Dr. Folco en una de sus clásicas obras¹⁵, consiste en disminuir o eliminar dolosamente la carga tributaria u obtener indebidamente un beneficio fiscal, mediante cualquier ardid o engaño, con el consecuente perjuicio fiscal.

Por el contrario, planificación fiscal busca disminuir la carga tributaria o gozar de un beneficio fiscal exclusivamente dentro del marco legal. El concepto “Tax planning” consiste en proyectar y planificar fiscalmente, con la finalidad de ahorrar impuestos y optimizar la tributación de personas

¹³ Autor cit, ponencia argentina en las XTV Jomadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.

¹⁴ conf.: Villegas, Arguello Vélez y Spila García, La evasión..., en “D.F.”, XVHI-337.

¹⁵ FOLCO, Carlos María, “Procedimiento tributario: Naturaleza y estructura”, 3ra. Edición, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2011.

humanas y empresas, todo ello dentro del marco legal aplicable. Por ello, al momento de estructurar la planificación fiscal en un determinado emprendimiento, concebimos la mejor forma de encuadrar el mismo, tratando de disminuir su costo fiscal, diferirlo, o directamente eliminarlo.¹⁶

Capítulo II. Carga tributaria y planificación fiscal en la gestación de la empresa.

II.1.- Introducción. Carga tributaria en las Empresas Argentina.

La planificación fiscal está enfocada en esta tesis a empresas incipientes, de emprendedores, ello es así porque en la matriz de una empresa siempre hay un comienzo y ese inicio, posterior despegue, arranca desde abajo, la planificación se suele dar de una empresa pequeña que se va gestando y posteriormente creciendo, no una empresa ya consolidada, si bien es cierto que la diagramación está siempre presente en toda empresa.

La planificación lógicamente no es solo fiscal, se planifica o programa el mercado en su integridad, conformando metodologías de financiamiento, producción y comercialización. Se trata de saber “ver los negocios”, determinar la asunción de un riesgo y la rapidez en las decisiones frente a la concurrencia en el mercado.

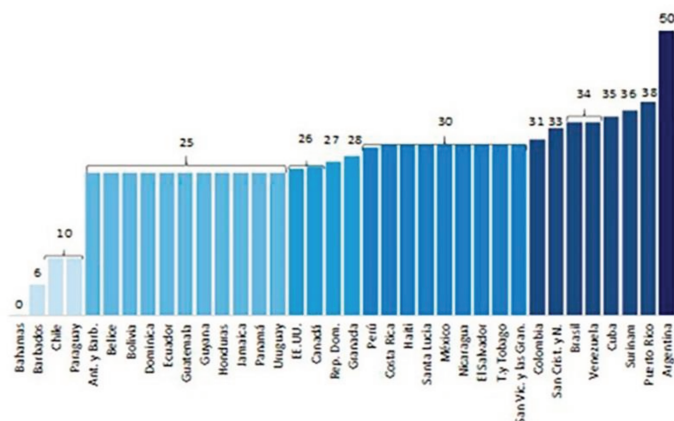
En la actualidad, una empresa que no está planificada para obtener rentabilidad y no contaminar no es empresa. Si no hay planificación hay responsabilidad si se genera daño, o sea que planificación y empresariado es una identidad de la cual el derecho privado no puede alejarse. Se trata de un “buen hombre de negocios” planificar, informarse (no sólo hacer el negocio). Si no asume esa obligación se hace responsable de los daños que genere a la empresa económica y jurídicamente.

La carga impositiva representa casi la mitad del precio de muchos bienes y servicios. Esto convierte a nuestro país en uno de los estados con mayores cargas tributarias del mundo, situación que pone en riesgo a las pymes.

¹⁶Marcelo Corbalán. MEDIOS PARA REDUCIR LA INCERTIDUMBRE AL PLANIFICAR FISCALMENTE. P. 1

IMPUESTO SOBRE LAS GANANCIAS/INGRESOS DE LAS EMPRESAS POR PAÍS

Economías del continente americano. Año 2021



Fuente: Libertad y Progreso en base a American Tax Foundation

*Se muestra la alícuota efectiva máxima para Argentina

Haciendo un breve repaso por los tributos más importantes encontramos: el “Impuesto a las Ganancias”, sin dudas uno de los más gravosos, es un tributo que pagan las empresas en proporción a sus beneficios, y que también pagan las personas que ganan por sobre una cantidad de dinero que fija la ley como monto mínimo no imponible. Este impuesto es anual y tiene distintas características para las empresas y para las personas humanas. Las empresas deben tributar, el 35 % (escala que se irá reduciendo) de sus ganancias, una vez descontados sus costos y todas las deducciones que permite la ley. Para establecer el impuesto a pagar sobre las ganancias obtenidas en el año fiscal, se le restan los gastos necesarios para obtenerlas, mantenerlas y conservarlas, más las deducciones que admite la ley. Por razones de promoción sectorial o de índole social hay determinadas actividades y ganancias que quedan excluidas.

El “Impuesto al Valor Agregado” (I.V.A.) es un impuesto aplicado al valor de los bienes y servicios en cada etapa del proceso de comercialización; a diferencia del impuesto sobre la venta, que se aplica en una sola etapa. La alícuota general es de 21% y está incluida en el precio final. Asimismo, para determinadas actividades, existen tasas diferenciales establecidas por la ley. Hay IVA diferenciado (27%) y reducido también (10.5%)

El “Impuesto a los Bienes Personales” es un impuesto que grava con el 0,25% el patrimonio de la empresa al 31 de diciembre de cada año. No es un impuesto directo de la empresa, sino que

está obligada a ingresarlo en sustitución de los accionistas. Las sociedades argentinas pagan impuesto a los bienes personales sobre todas las acciones/participaciones emitidas por ellas y de propiedad de personas físicas, independientemente de su lugar de residencia, o de sociedades extranjeras. La sociedad local calcula y paga el impuesto directamente como pago único y definitivo en nombre de los accionistas/socios (la sociedad emisora puede solicitar al accionista/socio el reintegro del impuesto pagado).

Los “Impuestos Internos” que son impuestos que gravan el consumo de bienes específicos a tasas diferentes y sujeto a diferentes reglas de pago. En general, estos impuestos son pagados por fabricantes o importadores.

El “Impuesto sobre los Débitos y Créditos Bancarios y Otras Operatorias”, las transacciones de crédito y débito en cuentas bancarias mantenidas por instituciones gobernadas por la Ley de Instituciones Financieras están sujetas a una tasa impositiva general del 0,6%. Además, a todas las transacciones de dinero se les cobra un impuesto del 1,2 % si son llevadas a cabo usando los sistemas de pago que sustituyen el empleo de cuentas corrientes. Ciertas transacciones son cobradas a diferentes tasas y califican para exenciones específicas.

Como “Impuestos provinciales” nos encontramos con “Ingresos brutos”, “Sellos”, “Inmobiliario” y “Automotor” que son los cuatro impuestos que hacen a la caja tributaria de las provincias, pero es el impuesto a los ingresos brutos el de mayor peso, ya que representa el setenta y cinco por ciento (75%) de la recaudación tributaria de los gobiernos provinciales, según explican desde el Instituto Argentino de Análisis Fiscal (I.A.R.A.F.¹⁷).

En Santa Fe conforme Artículo 6 del Código Fiscal, se establece Alícuota básica. *Artículo 6: Establécese la alícuota básica en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, en tanto no tenga previsto otro tratamiento específico en esta ley o en el Código Fiscal, en el 4,50% (cuatro con cincuenta centésimos por ciento) Para aquellas actividades desarrolladas por contribuyentes y/o responsables cuyos ingresos brutos anuales devengados en el período fiscal inmediato anterior superen los montos máximos establecidos en el cuadro A del Anexo I de la Resolución SEyPYME 215/2018 del Ministerio de Producción de la Nación o sus modificatorias, la alícuota básica será del 5% (cinco por ciento)”. (Texto del artículo modificado según Ley 13875, art. 24 - Publicada en el B.O. 28/12/2018)*

¹⁷ Instituto Argentino de análisis fiscal.

Las Pymes se enfrentan a un sistema tributario de complejidad, desprolijidades al emitir leyes y resoluciones, inequidades, dobles imposiciones, excesos de presunciones, obligaciones de pagos de anticipos exagerados que las desfinancian, falta de actualización de saldos a favores y la no aplicación del ajuste por inflación.

II.II.- Problemática del encuadre fiscal en la gestación de la empresa. Tratamiento Impositivo especial. (Ley 25.300 – 27.264 - 27.349). Beneficios Impositivos. Sociedades Anónimas Simplificadas.

Los nuevos emprendimientos reciben un tratamiento preferencial en su Regimen Fiscal durante un lapso que coincide con su etapa fundacional y de instalación.

Muestra de ello es la ley 27.264 (año 2.016) conocida con el título de “programa de recuperación productiva”, que en su art. 4° establece: “Tratamiento impositivo especial”. Los sujetos que encuadren en la categoría de micro, pequeñas y medianas empresas, según los términos de la ley 25.300 (año 2.000) y sus normas complementarias, gozaran de un tratamiento impositivo especial, de acuerdo a lo establecido en el presente título, en las formas y condiciones que establezca la reglamentación”, Luego la suceden distintas previsiones para diversos impuestos, tales como ganancia mínima presunta -art.5- (hoy impuesto derogado), créditos y débitos bancarios –art.6-, IVA –art.27-, Pago a cuenta en el impuesto a las ganancias por inversiones productivas – art. 23 y ss.-estabilidad fiscal, etc.

Asimismo la ley 27.349 (año 2.017 emprendedores), ley de emprendedores, establece beneficios impositivos para los inversores del capital emprendedor (art. 7° a 10°). Se concede beneficios en el pago del impuesto a las ganancias, dado que permiten a los inversores hasta el límite del 10% de la ganancia total sujeta a impuesto del ejercicio o su proporcional a los meses del inicio de actividades, pudiéndose deducir el excedente, en los cinco ejercicios fiscales inmediatos siguientes a aquel en el que se hubieren efectuado los aportes, no pudiendo exceder el 75% máximo del total de los aportes realizados. Si ellos fueron realizados en emprendimientos en determinadas zonas de menor desarrollo, la deducción antes referida podrá extenderse hasta el 85% de los aportes realizados

Siguiendo el ejemplo de Acuña.¹⁸

Por ejemplo:

- a) Si una empresa invierte \$ 200.000 en un emprendimiento.
- b) Cuenta con una ganancia neta en su ejercicio fiscal de \$ 1.000.000.
- c) Límite del beneficio (10 % de ganancia neta) = \$ 100.000.
- d) Impuesto a las ganancias (antes del beneficio) \$ 350.000.
- e) Beneficio de desgravación de inversiones (75 % de \$ 200.000) = \$ 150.000.

Por aplicación del límite el inversor podría deducirse \$ 100.000, en lugar de \$ 150.000. Pero tengamos en cuenta que esa deducción representa el 50 % de su inversión, por lo cual termina siendo un importe significativo, ya que equivale a un ahorro fiscal del 28 % de impuesto a las ganancias”⁷².

Los aportes de inversión deberán consistir en dinero o activos financieros líquidos de fácil realización en moneda local, lo que muestra que la ley pretende que los aportes sean tales que puedan ser utilizados rápidamente en el proyecto o emprendimiento. La inversión debe mantenerse como mínimo dos años contados desde el primer ejercicio económico, desde que se realizó la inversión, apuntando a evitar el ingreso de recursos con el solo objetivo de la ventaja fiscal, pero que no sirve como aportes a los emprendimientos. Si dentro del plazo de dos años el inversor solicitase la devolución total o parcial del aporte, deberá incorporar en su declaración jurada del impuesto a las ganancias el monto efectivamente deducido con más los intereses resacitorios correspondientes.

Por otro lado, los gobiernos provinciales dictan normas y resoluciones para disminuir costos fiscales para las empresas incipientes, como es en el caso de las “startup”.

¹⁸ Acuña. Ley de emprendedores: beneficios fiscales y oportunidades de financiamiento, www.barrerolarroude.com.ar/articulo/Ley-de-Emprendedores-beneficios-fiscales-oportunidades-de-finaciamento/741

La ley 27.349 (emprendedores) no solamente trata el tema de beneficios impositivos sino que incorpora la figura societaria más joven de nuestro país, que sin lugar a dudas es la forma elegida por las pequeñas empresas incipiente, o al menos eso es lo que se ve en la práctica, y esto no es solo por lo hablado con anterioridad sino también por su fácil y rápida constitución.

A la hora de asesorar, la empresa puede existir siendo el titular de la misma una persona humana pero siempre a mi criterio es aconsejable que se constituya una S.A.S, atento los beneficios que tiene el deslinde de la responsabilidad (separación patrimonial) al nacer otra persona.

Por lo tanto, la intención que ha tenido el legislador es que la Sociedad se transforme en una herramienta utilizada por los emprendedores para la constitución emprendimientos de un modo ágil y sencillo, sin mayores trámites burocráticos, como así también como se ha pensado este tipo social de manera tal que los socios puedan diseñar la estructura y organización societaria, haciendo prevalecer la autonomía de la voluntad.

Este nuevo tipo social se caracteriza por permitir la utilización de nuevas tecnologías para la constitución de la persona jurídica e incorporando formas alternativas que faciliten la deliberación entre los socios, sobretudo al encontrarse en distintos puntos del país o del mundo.

Entre las notas características de la Sociedad por Acciones Simplificada, se establece que podrá ser unipersonal o pluripersonal (en consonancia con el criterio actualmente receptado en la Ley General de Sociedades) y los socios limitarán su responsabilidad a la integración de las acciones (al igual que los socios de las S.A. en los términos del art. 163 LGS). Por otra parte, el capital social no podrá ser inferior al importe equivalente a dos veces el salario mínimo vital y móvil.¹⁹

Además, sumado a los beneficios anteriores, se otorga la CUIT en principio en 24 hs., apertura de cuenta bancaria de manera rápida y fácil, posibilidad de no ser tan específico a la hora de describir el objeto del negocio, por lo que, si el proyecto empresarial crece y se decide ampliar el espectro de bienes y servicios incluidos en dicho objeto, los inversores se ahorrarán los trámites para actualizarlo.

Yendo a lo impositivo: ¿Las empresas que adoptan la figura societaria de SAS ¿tiene que pagar IVA por las ventas que realice?

¹⁹ Derecho societario para pequeñas y medianas empresas / Emanuel Torres. - 1a ed. - Santa Fe : Universidad Católica de Santa Fe, 2019. Pág.9

Sí, cualquier sociedad comercial o autónomo responsable inscripto debe pagar IVA por las ventas que realice. Pero sí hay beneficios respecto al pago del IVA para una SAS:

- Existe la posibilidad de emitir Facturas Proforma. Las facturas proforma permiten entregar mercadería y cobrar a los clientes, pero no generan obligación de IVA al ser emitidas. Una vez cobrado, se deberá reemplazar la factura proforma por una factura convencional, que sí generará la obligación de pagar IVA. La ventaja de la factura proforma es que no tendrás que adelantar IVA al estado mientras tu empresa no haya cobrado lo que vendió.

En el caso de las SRL, la legislación prohíbe en general la emisión de comprobantes por facturas a emitir en el futuro y sólo pueden prorratear el pago del IVA cuando cumplen ciertos requisitos.

- Además existiría la posibilidad de diferir el pago del IVA hasta que se venda la empresa, no del todo reglamentado.

- Por último también se puede adherir al beneficio para PyMEs y pagar el IVA a 90 días.

La empresa SAS ¿tiene que pagar Ingresos Brutos?

Sí. Para Ingresos Brutos, la SAS es como cualquier otra sociedad o persona física. La ley de emprendedores no contempla beneficios a las SAS.

La empresa SAS ¿tiene que pagar Impuesto a las Ganancias?

Sí. Las empresas SAS tendrán el mismo régimen de impuestos a las ganancias que las demás sociedades, con algunos beneficios y deducciones adicionales para fomentar la inversión en la empresa.

¿Cuáles son las obligaciones mensuales para una SAS?

Las empresas que adopten forma S.A.S tienen las mismas obligaciones mensuales que una S.A. o S.R.L. Eso quiere decir:

- Presentaciones de IVA
- Regímenes de información
- Presentaciones de Ingresos Brutos
- Presentaciones de Impuestos a las Ganancias
- Presentaciones de aportes y contribuciones para empleado

Ahora bien tanto la S.A.S. como todas las empresas no tienen un tratamiento impositivo diferenciado en general muy marcado(hablando de las sociedades que suelen constituirse "S.R.L")

“S.A.S.” y “S.A”), lo que otorga la ley es la concesión de beneficios impositivos que le permitirá al emprendedor (sea cual fuere la forma que adopte) ciertas deducciones, créditos fiscales y excensiones.

II.II.III.- Herramientas para disminuir el costo fiscal. a) Consulta vinculante (Art. 4.1 Ley 11683); b) Consulta no vinculante (Art. 12 DR 1397/79); c) Procedimientos de acuerdo mutuo previstos en los CDI (Tít. IV, Cap. I, Ley 11683); d) Determinaciones Conjuntas de Precios de Operaciones Internacionales (Tít. IV, Cap. II, Ley 11683).

Debe reconocerse el derecho del contribuyente a consultar sobre el contenido y alcance de las normas a aplicar a cada caso concreto. La administración debe responder en un plazo breve y perentorio, vinculándose a su respuesta.²⁰

Pongo de resalto que la principal obligación profesional que afrontamos, radica en que nuestros clientes puedan beneficiarse certeramente con una adecuada estrategia de planificación fiscal sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad tributaria y/o penal.

En el artículo “Medios para reducir la incertidumbre al planificar fiscalmente”²¹, encontramos institutos legislados que forman parte de una adecuada planificación tributaria y por ende, susceptibles de un análisis pormenorizado, siendo los siguientes:

a) Consulta vinculante (Art. 4.1 Ley 11.683)

Establécese un régimen de consulta vinculante. La consulta deberá presentarse antes de producirse el hecho imponible o dentro del plazo para su declaración conforme la reglamentación que fije la Administración Federal de Ingresos Públicos, debiendo ser contestada en un plazo que no deberá exceder los NOVENTA (90) días corridos.

La presentación de la consulta no suspenderá el transcurso de los plazos ni justificará el incumplimiento de los obligados.

La respuesta que se brinde vinculará a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y a los consultantes, en tanto no se hubieran alterado las circunstancias antecedentes y los datos suministrados en oportunidad de evacuarse la consulta.

²⁰ Los principios del Derecho Tributario. José Osvaldo CASÁS. P 11

²¹ MEDIOS PARA REDUCIR LA INCERTIDUMBRE AL PLANIFICAR RFISCALMENTE. Autor: Marcelo Corbalán.

Los consultantes podrán interponer contra el acto que evacúa la consulta, recurso de apelación fundado ante el Ministerio de Economía y Producción, dentro de los DIEZ (10) días de notificado el mismo. Dicho recurso se concederá al solo efecto devolutivo y deberá ser presentado ante el funcionario que dicte el acto recurrido.

Las respuestas que se brinden a los consultantes tendrán carácter público y serán publicadas conforme los medios que determine la Administración Federal de Ingresos Públicos. En tales casos se suprimirá toda mención identificatoria del consultante.

Se trata de un régimen optativo al cual pueden acceder los contribuyentes en cuestiones de impuestos y de seguridad social. La reglamentación de la ley que dicte la AFIP, emanada del artículo 99 inciso 2) de la Constitución Nacional no puede ir más allá ni interferir con la misma.

Los requisitos se encuentran en la página de Afip.²²

b) Consulta no vinculante (Art. 12 DR 1397/79);

El decreto dispone Las opiniones de los funcionarios en respuesta a las consultas que los contribuyentes, responsables o terceros formulen no serán recurribles y no producirán efectos jurídicos, ni para la Dirección General ni para los consultantes.

La presentación de la consulta no suspende el transcurso de los plazos, ni justifica el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los consultantes.

Los requisitos se encuentran en la página de Afip.²³

c) Procedimientos de acuerdo mutuo previstos en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional (Tít. IV, Cap. I, Ley 11.683 – art. 205 y ss.).

En este Título se reglamenta el procedimiento de acuerdo mutuo previsto en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República Argentina, en materia de imposición a la renta y al patrimonio, el cual constituye un mecanismo tendiente a la solución de controversias suscitadas en aquellos casos en que hubiere o pudiere haber, para un contribuyente en particular, una imposición no conforme a un determinado convenio.

d) Determinaciones Conjuntas de Precios de Operaciones Internacionales (Tít. IV, Cap. II, Ley 11.683 – art 217)

²² <https://www.afip.gob.ar/presentaciones-digitales/documentos/Consultas-vinculantes.pdf>

²³ <https://www.afip.gob.ar/presentaciones-digitales/documentos/Consultas-no-vinculantes.pdf>

Establécese un régimen mediante el cual los contribuyentes o responsables podrán solicitar la celebración de una "Determinación Conjunta de Precios de Operaciones Internacionales" (DCPOI) con la Administración Federal de Ingresos Públicos, en la cual se fijen los criterios y metodología aplicables para la determinación de los precios, montos de contraprestaciones o márgenes de utilidad de las transacciones a las que se alude en el artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.

Capítulo III. Valuación de la empresa y transferencia de la empresa.

III.1.-Valuación de la Empresa. Valor – Precio. Método de valuación. Valor llave.

Uno de los grandes interrogantes y grandes problemáticas que se suscita en la vida de la empresa es cuál es el valor que tiene al momento de ser vendida, sin importar el motivo, ya sea a medida que se va consolidando, expandiendo, la entrada en decadencia de la misma - envejecimiento de la empresa, de producto vendido, cambios de reglas del mercado, competencia -, o bien razones particulares de los empresarios - edad alcanzada por dueños, la falta de gestión de los descendientes, peleas entre socios u oportunidades.

Dice VALLS: "En el mundo real se presenta una gran variedad de circunstancias en las cuales es preciso estimar el valor de una empresa: transferencia total o parcial de su propiedad, obtención de nueva financiación ajena, solución de conflictos judiciales, estudios económicos, determinación de impuestos, medición de la gestión, etcétera. Un problema que debe resolver el experto es la elección del método valorativo a emplear, que dependerá del caso concreto ante el que se encuentre [...] tampoco puede valorar de igual modo una empresa de reciente creación que otra con una amplia vida de funcionamiento; o una empresa que genere importantes beneficios de otra deficitaria"²⁴

Que el titular conozca el precio es una necesidad prioritaria para poder encarar una operación de venta, porque muchas veces, cuando ella es tasada, el valor real de la empresa difiere grandemente de las expectativas de valor que su titular le asignaba y puede llevar a que prefiera no realizar la venta. obtuviera por ella.

²⁴ VALLS MARTINEZ, Métodos clásicos de valoración de empresas. Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa, vol. 7, nº 3, 2001, p. 49 a 66.

Por otra parte, y visto desde la persona a quien se le ofrezca la empresa (sea en forma total o parcial o por un ofrecimiento para integrarse y participar), es el dueño de ella quien debe definir el precio que pretende, más allá de que posteriormente el interesado en comprar vaya a producir su propia valuación y ajustar o negociar el precio.

Por lo que la valuación y el precio a pagarse por una empresa pueden no coincidir. Observemos que valor y precio no son lo mismo, el valor es una posibilidad, mientras que el precio es una realidad. La valuación es la determinación técnica del valor, pero el precio a pagarse se encuentra influenciado por circunstancias relativas a la situación de las partes, del mercado, de la oportunidad y el interés, etcétera. Con ello estamos diciendo que un comprador puede pagar un precio mayor a su verdadero valor de tasación, o menor.

a) Influyen en forma positiva, entre otros, además de los bienes del activo físico y financiero, los bienes intangibles, el valor Ila-ve, la tecnología, las patentes y marcas, la formación técnica y calificación de sus empleados, la antigüedad promedio, la presencia, inserción o porción de mercado que ocupa, la fidelidad y calidad de la clientela, la trascendencia y consideración (p.ej., prestigio, nombre, publicidad), la rentabilidad que genera en proporción al capital invertido, la ubicación de la empresa y sus puntos de acceso, la proyección y posibilidad de incrementar esa rentabilidad actual en función de inversiones o planes de negocios recién puestos en marcha, las expectativas futuras del sector, la necesidad o vocación. Entre los casos más comunes podemos nombrar: adquisición de la empresa por un tercero (compra del fondo de comercio), escisión, privatizaciones, alianzas estratégicas, oferta pública, fijación de prima de emisión, herencias y testamentos, decisiones acerca de la continuidad de la empresa, incluso puede servir para decidir una planificación estratégica, como podría ser qué productos o líneas de productos comerciar, en qué tipo de negocios incursionar, etcétera"²⁵

b) Influyen en forma negativa, entre otros, la situación del país donde ella se desarrolla (estabilidad de las reglas de juego y la seguridad jurídica, los riesgos de cambios políticos, económicos, sociales, fiscales); la actualización tecnológica de la empresa y su equipamiento; la presencia de otros productos sustitutivos en el mercado o nuevos desarrollos; el desplazamiento en

²⁵ Milete - Berri - Scocco, "Un ejemplo de valoración integral de una empresa", ponencia en Undécimas Jornadas "Investigaciones en la Facultad" de Ciencias Económicas y Estadísticas, Universidad Nacional de Rosario, nov. 2007, p. I.

las tendencias del consumidor; lo relativo a la estructura interna de funcionamiento o gerenciamiento y la dependencia de la empresa y su organización de una persona o de muy pocas personas; los gremios que nuclean al personal en relación de dependencia y la conflictividad del sector; su lugar de radicación, cercanía o lejanía de los mercados con los cuales opera para suministros o para consumidores, etcétera.

Por un lado está el “*precio fijo y variable*”, en donde el precio debe estar establecido para una compraventa o cesión, siendo un elemento “necesario” del contrato y, como tal, el precio debe ser “cierto” ya que es la razón por la cual se produce el desplazamiento de la propiedad de la cosa, en este caso de la empresa o de la titularidad de las acciones. Es común que una parte del precio se establezca en un monto fijo y una parte quede sujeta a una variación a producirse en el futuro. El ejemplo más gráfico y repetido se da cuando una empresa se vende tomando en consideración primordialmente los resultados pasados (p.ej., EBITDA²⁶ de los tres últimos ejercicios).

Por otro lado está el “*valor de mercado*”, respecto de las sociedades que cotizan en bolsa (sociedades cotizantes con oferta pública de sus acciones), en la puja entre la oferta y la demanda se genera un valor, que es el “valor de cotización”. En definitiva, las sociedades cotizantes tienen el valor que resulta de multiplicar el valor de cotización de cada acción por la cantidad de acciones emitidas y ello arroja el “valor de mercado” de dicha empresa, tomándose a sus fines el valor de cotización del cierre de operaciones en la bolsa del día anterior a la determinación. Esta técnica de valuación no suele tener lugar respecto de participaciones en sociedades cerradas donde, generalmente, existe asimetría de información, restricciones para el ingreso y egreso de socios, magras políticas de dividendos y un excesivo personalismo del o de los administradores, habitualmente socios mayoritarios, lo que impide o dificulta toda comparación.²⁷

Los “*Métodos de Evaluación*”, pasan por la determinación del valor patrimonial neto (más llave) o por los resultados generados por la empresa, sean pasados o estimaciones de resultados futuros. Una primera impresión sobre la empresa se obtiene tomando contacto con los estados contables que nos proveen una rápida aproximación a lo que esta es, su dimensión, facturación y

²⁶ Se calcula a partir del resultado final de explotación de una empresa, excluyendo o sin considerar los gastos por intereses o impuestos, ni las disminuciones de valor por depreciaciones o amortizaciones, para mostrar así lo que es el resultado puro de la empresa. Por lo tanto, los elementos financieros (intereses), tributarios (impuestos), externos (depreciaciones) y de recuperación de la inversión (amortizaciones) deben quedar fuera de este indicador.

²⁷ FAVIER DUBOIS - FAVIER DUBOIS (H.), La valuación de las acciones y participaciones en las sociedades cerradas. Marco legal, cláusulas contractuales y propuestas, DSE, 2014, n° 316, t. XXVI.

rentabilidad contable (balance general, estado de resultados, que suministra una información sobre conformación de los ingresos, ventas, costos, capital de trabajo, rentabilidad operativa, endeudamiento, liquidez, solvencia), pero sabemos que esta información es insuficiente por múltiples razones, entre las cuales podemos expresar lo relacionado con que el valor contable de los activos no refleja el valor real, las amortizaciones que se aplican contablemente sobre el valor de los bienes no expresan su valor de mercado, la ausencia de los intangibles, la ausencia de contingencias, y también por la existencia de operaciones no contabilizadas (a veces) y que por ende no figuran ni aparecen en los cuadros de resultados. De modo que la información contable no representa el valor de comercialización de una empresa, sino una primera aproximación a algunos ratios que pueden llevar a establecer un interés primario o provisorio por la compañía, digamos, un primer disparador.

Hoy se sostiene que un negocio vale por su capacidad de generar beneficios futuros (goodwill). Puede considerarse el valor de sus activos netos más la llave (que también muestra la capacidad de generar beneficios por sobre el valor de estos). Hacer una proyección de los beneficios que se espera o prevé que la empresa pueda generar a futuro.

El “*Valor llave*” sin dudas ha de ser tenido en cuenta, es el plus o excedente que surge de considerar el valor de una empresa con relación al valor corriente de sus componentes o bien en comparación con el contable del patrimonio neto. Se ha considerado que “por modesto que sea un negocio que se transfiere, posee un valor llave, que el juez debe apreciar, tal el caso de un pequeño negocio, explotado por una sociedad de escasa duración, con trabajo personal de sus dueños”.²⁸

Una empresa en marcha que desea ser comprada siempre vale algo más que sus activos. Asimismo, el valor llave de un establecimiento comercial comprende los valores imponderables que no pueden ser incluidos en el balance, pero que reportarán un beneficio a quien continúe con la explotación del negocio. (Ubicación, clientela adicta, prestigio, existencia de exenciones impositivas, etc.)

III.II.-Distinción entre Empresa y Fondo de comercio. Transferencia de Empresa y Fondo de Comercio, su tratamiento en la ley 11.867.

²⁸ CNCom, Sala B, 7/12/56, “Lucioni, Juan C. c/Cusmano, Rafael”, LL, 87-78.

Se distingue la "empresa", que es la organización y actividad, del "empresario", que es el titular de la empresa y quien organiza la actividad, y la "hacienda", que son los bienes que integran el patrimonio dispuesto o afectado para el giro y la explotación.

A la "hacienda" se la identifica indistintamente con las denominaciones de "establecimiento" o "fondo de comercio".

La hacienda o fondo de comercio es el conjunto de bienes materiales e inmateriales de los cuales se sirve la empresa para el cumplimiento de sus fines.

La hacienda se compone de bienes materiales, inmateriales y recursos humanos (el personal) y los jurídicos, como concesiones, licencias, franquicias, etcétera.

La ley que dispone o regula la forma y modo en que puede llevarse adelante la venta de todos estos bienes en forma conjunta y en un solo acto, o sea, como universalidad de hecho, que es la ley de transferencia de fondo de comercio (11.867).

Vemos entonces que existe la posibilidad de transferir "la empresa", acto por el cual se produce la sustitución del empresario o la transferencia del fondo de comercio; es decir, es un acto mediante el cual el comprador solo adquiere el fondo de comercio y no la empresa como organización.

Cuando se transfiere el fondo de comercio, es perfectamente factible aislar el pasivo y que el comprador lo adquiera libre de riesgos por los pasivos ocultos, contingentes, eventuales, potenciales, etcétera.

Cuando se transfiere "la empresa", el comprador sustituye al empresario, se pone en su lugar y, de este modo, queda como responsable de los pasivos visibles e invisibles.

La forma típica de la transferencia de empresas opera cuando el empresario es una sociedad y lo que se trasmite -para producir la sustitución de un empresario por otro- es la transferencia de la posición de socio o accionista, mediante la cesión de las cuotas de capital o de las acciones.

A pesar de esta amplitud, en la práctica comercial, dadas las regulaciones específicas establecidas por las leyes especiales como la ley de sociedades comerciales, de instituciones financieras, de seguros, etc., la transferencia del fondo de comercio reglada en la ley 11.867 ha

quedado reducida a pequeñas y medianas empresas, más de tipo personales o familiares, excluidas de las normas especiales.²⁹

Seguimos la posición asumida por MARTORELL que define a la ley 11.867 como una norma de procedimiento que impone garantizar la publicidad de la operación, el derecho de oponerse a ella por parte de algunos acreedores, retenciones y embargos de las sumas pretendidas en la oposición, garantía de razonabilidad del precio y responsabilidad solidaria de los intervinientes en la transferencia en el caso de violación de las normas legales.³⁰

La ley cuenta con tres fines marcados que son el de protección de los intereses de los acreedores en primer lugar y de los terceros en general; protección del fondo de comercio como unidad productiva; y garantiza al adquirente del fondo de comercio que no va a asumir pasivo alguno anterior a la transmisión, salvo convención en contrario.

El procedimiento reglado de la transferencia privada del fondo de comercio establece a modo de puntos salientes:

1) Publicación: podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar donde funcione el establecimiento, debiendo indicarse la clase y ubicación del negocio, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y en caso que interviniesen, el del rematador y del escribano con cuya actuación se realizará el acto".

2) Acreedores: el art. 3º, al mencionar: "El enajenante entregará en todos los casos al presunto adquirente una nota firmada, enunciativa de los créditos adeudados, con nombres y domicilios de los acreedores, monto de los créditos y fechas de vencimientos si las hay, créditos por los que se podrá solicitar de inmediato las medidas autorizadas por el art. 4º, a pesar de los plazos a que puedan estar subordinados, salvo el caso de la conformidad de los acreedores en la negociación".

3) Régimen de oposición: el art. 4 dispone que "El documento de transmisión solo podrá firmarse después de transcurridos diez días desde la última publicación, y hasta ese momento, los acreedores afectados por la transferencia, podrán notificar su oposición al comprador en el domicilio

²⁹MIGUEL ÁNGEL RASPALL, MARÍA LAURA RASPALL, RUBÉN MIGUEL RUBIOLO. Transferencia de empresa. Reg. Legal y Tributario. Año 2017. P. 100

³⁰ MARTORELL, Tratado de derecho comercial. Parte general, t. 1, p. 950

denunciado en la publicación, o al rematador o escribano que intervengan en el acto reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos y el depósito, en cuenta especial en el banco correspondiente, de las sumas necesarias para el pago.

La denominación "oposición" puede resultar confusa, en tanto no se constituye como una verdadera oposición del acreedor a la venta, la que en principio no podría ser paralizada por él. Mediante la oposición el acreedor omitido o aquel que reclamare una diferencia con el crédito denunciado, se hace conocer, naciendo para él el derecho a pedir la retención y depósito de la suma que se le adeuda.³¹

4) Retención: Vencido el término para ejercer las oposiciones (diez días, art. 4°), el adquirente, martillero, escribano o intermediario, deberán retener del precio el monto de los acreedores denunciados y opuestos, y depositar dicha suma en el banco oficial, la que se mantendrá por el término de veinte días, a los fines de permitir a los beneficiarios que efectúen el embargo de los fondos.

5) Embargo: Una vez concretadas las retenciones, los beneficiarios tienen derecho a trabar embargo sobre dichas sumas en el término de veinte días, pudiendo el vendedor oponer las defensas que estime procedentes. El plazo fijado por la ley comenzará a correr a partir de que se haya hecho efectivo el depósito ante un banco oficial.

La medida cautelar será presentada ante el juez competente, con el título de su crédito, y copias que acrediten la transferencia del fondo de comercio y el ejercicio de la oposición en debido tiempo y forma. La prueba del proceso de transferencia seguido por el régimen de la ley 11.867 da por acreditados los supuestos de la ley de fondo, verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela.³²

6) Documento de venta. Dice el art. 7°: "Transcurrido el plazo que señala el art. 4°, sin mediar oposición, o cumpliéndose, si se hubiera producido, la disposición del art. 5°, podrá otorgarse válidamente el documento de venta, el que, para producir efecto con relación a terceros, deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto".

³¹ MIGUEL ÁNGEL RASPALL, MARÍA LAURA RASPALL, RUBÉN MIGUEL RUBIOLO. Transferencia de empresa. Reg. Legal y Tributario. Año 2017. P. 134

³² Tesis contraria, GRAZIABILE, Derecho procesal comercial, t. III, p. 2858.

7) Requisitos para la Inscripción en el Registro Público de Comercio, la ciudad de Santa Fe³³:

III.III. – Transferencia de Paquete accionario en sociedades anónimas cerradas y de cuotas sociales de S.R.L. Derecho de preferencias impuesto por el estatuto social o bien por un pacto de sindicación de acciones en la empresa.

Sabemos que las sociedades cerradas son aquellas en las cuales la conformación del capital social se produce mediante el aporte de determinadas personas que se vinculan entre sí en forma privada por el contrato constitutivo y el aporte de capitales (acto interno). Por el contrario, las sociedades abiertas recurren al mercado de capitales donde la incorporación del capital se hace en forma indiscriminada y pública, de modo tal que cualquier persona puede acceder a ser socio o accionista de la sociedad.

La característica marcada es que la administración y la gestión de la sociedad y de la empresa está a cargo de uno o varios accionistas con participación directa, a diferencia de las grandes corporaciones o sociedades verdaderamente de capital, donde es habitual el desinterés de los accionistas en la gestión, la que es puesta en manos de ejecutivos con capacitación o especialización en las disciplinas propias de la sociedad.

³³ 1) Solicitud de inscripción firmada por mandatario especial - profesional autorizado para diligenciar el trámite-. 2) Dos ejemplares del contrato de transferencia (escritura pública o instrumento privado) firmadas por todos los intervinientes después de transcurridos diez días desde la última publicación (Art. 4°), con certificación de firmas por autoridad competente. 3) Comprobante de haberse publicado previamente durante cinco días en el boletín oficial y en un diario local (Art. 2°). 4) Declaración de las oposiciones habidas y la retención y depósito de fondos efectuados conforme Art. 4° y 5° de la ley o, en su caso, manifestación expresa de que, dentro del término de ley, no se practicaron oposiciones o que las realizadas fueron dejadas sin efecto, firmado ello por el escribano o martillero interviniente. 5) Certificados de: - Libre Inhibición de los intervinientes (Registro General) - Libre Gravamen de cuotas del transmitente, en caso de corresponder (Registro Público) - Libre Deuda Previsión Social Ley N°14499 (A.F.I.P.) del transmitente, - Certificados de: Libre Deuda Ingresos Brutos - Constancia de Cumplimiento Fiscal - Libre Prenda del Fondo de Comercio y, en caso de corresponder, de los bienes muebles individualizables con marca y número (Registro de Créditos Prendarios), - Libre Inhabilitación del comprador (Registro de Procesos Universales) 6) Dos ejemplares del inventario y balance del transmitente firmado por contador y con certificación del C.P.C.E. 7) Publicación por un día en el boletín oficial con previa autorización del Registro Público. 8) Reposiciones: tasa e impuesto de sellos: 6,75 por mil y código A.P.I.: 16018 respectivamente sobre el precio de transferencia y fojas de actuación (cada hoja de los dos ejemplares a inscribir) <https://www.justiciasantafe.gov.ar/wp-content/uploads/2022/10/REGISTRO-PUBLICO-SANTA-FE-v11.pdf>

Cuando se habla de "paquete de acciones", se hace referencia a un conjunto de acciones que tiene alguna persona (una o varias) que, se ofrecen a la venta. Para que el conjunto de acciones pueda considerarse como un "paquete", la cantidad de ellas debe otorgar a su titular un grado razonable de presencia, participación e injerencia en la vida de la sociedad. Esta característica, en sí misma, le confiere a ese conjunto de acciones de una sociedad cerrada un valor adicional, que se hace evidente en su precio o comerciabilidad.

Las sociedades cerradas tienen la posibilidad de establecer regulaciones estatutarias que pueden imponer determinadas restricciones para la transferencia de las acciones, que permite mantener consolidada la integración del capital accionario entre personas conocidas (p.ej., fundadores, familiares).

Dentro de este tipo de sociedades vemos que en nuestro país no existe una marcada diferencia entre las sociedades anónimas cerradas y las sociedades de responsabilidad limitada, cumpliendo ambas estructuras societarias funciones muy similares. Quizá por razones de un supuesto mayor "prestigio" del que gozan las sociedades anónimas, determinadas empresas son llevadas adelante bajo el ropaje de ellas, pero en términos prácticos u operativos no existen notorias diferencias con la organización empresarial si fuera una SRL.³⁴

La venta de la empresa en las sociedades cerradas se concreta por medio de la compraventa o cesión de las partes en que se divide el capital de la sociedad (acciones, cuotas, partes de interés).

La ventaja comparativa que tiene esta modalidad de venta de empresas es que sigue siendo la sociedad la propietaria de la empresa y, por ende, nada se modifica en el ámbito externo, produciéndose el desplazamiento de su titularidad con solo producir la sustitución de los socios o accionistas, permaneciendo la empresa inalterada, de modo que lo que se cambia es el empresario y no la empresa.

De este modo, cuando se venden las acciones de una sociedad, aun cuando sea el paquete de control de ella, e incluso cuando se transfiere el 100 % de las acciones, la empresa sigue siendo de la persona jurídica, es esta la titular del patrimonio y quien responde por el pasivo frente a sus acreedores.

³⁴ MIGUEL ÁNGEL RASPALL, MARÍA LAURA RASPALL, RUBÉN MIGUEL RUBIOLO. Transferencia de empresa. Reg. Legal y Tributario. Año 2017. P. 158

Podemos hablar "coloquialmente" de venta de la empresa cuando la transferencia de las acciones involucra como mínimo el desplazamiento del control de la sociedad (lo mismo corresponde decir respecto de las cuotas de las sociedades de responsabilidad limitada).

La transferencia de las acciones o cuotas implica sustituir el estado de socio y con ello la legitimidad que tal carácter le otorga.

El régimen de las sociedades cerradas se vincula directamente con la "intensidad" del factor personal (sociedades de personas, sociedades mixtas y sociedades de capital), siendo este el que determina las restricciones que existirán en el contrato social para la transferencia del carácter de socio.

No es factible prohibir la transferencia de las cuotas o de las acciones, pero sí pueden ponerse limitaciones, preferencias, cláusulas de agrado y otras cláusulas restrictivas que podemos decir que son de estilo para las sociedades cerradas.

Cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada el contrato puede establecer que, para que la cesión se produzca válidamente, debe contarse con la voluntad mayoritaria de los socios e, incluso, aprobación unánime de ellos (art. 153, LSC, "Limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas"), pero sin que ello pueda implicar una prohibición que afecte la libertad de transferencia que juega como un "principio general", a cuyo fin la ley de sociedades establece en el art. 154 que, en caso de denegatoria infundada o sin justa causa, el socio interesado podrá recurrir a la vía jurisdiccional para suplir el consentimiento de los socios. En su caso, los demás socios, o algunos, podrán optar por utilizar el derecho de preferencia o lo podrá ejercer la sociedad, todo lo cual deberá estar regla-mentado en el contrato social o supletoriamente por las previsiones del mismo art. 153.

En el caso de las sociedades anónimas, las restricciones a la circulación de los títulos pueden tener base legal o contractual, o ser obligaciones emergentes de pactos de accionistas.

a) *De Base Legal*. Como ejemplo de restricciones de base legal, encontramos las que se establecen respecto de algunas sociedades en las que, conforme al tipo de actividad que desarrollan (objeto social) y a que comprometen el interés público, el Estado impide la libre circulación de sus títulos a fin de conocer y permitir pre-viamente la integración de la sociedad y también de sus directores y órgano de fiscalización más allá de las funciones de superintendencia que él se reserva. Tal es el caso de los bancos (ley de entidades financieras), servicios públicos, aseguradoras.

b) *De Base Contractual (Estatutaria)*. Las restricciones a la circulación de los títulos accionarios de base contractual receptan la libre convención de las partes al momento de constituir la sociedad, pudiendo establecerse cláusulas limitativas en protección de los propios fines e intereses de los mismos accionistas fundadores, pero que no se transformen en prohibitivas. También pueden introducirse estas cláusulas durante la vida de la sociedad, pero ello requerirá la modificación del estatuto y, en su caso, podría habilitar el derecho de receso. Estas restricciones resultan del estatuto mismo y cualquier persona que se aproxime a concertar una operación de transferencia de acciones podrá conocerlas en función de que se encuentran expresamente establecidas en el estatuto y, como tal, son oponibles a la sociedad, a los socios y a los terceros y también deben constar en el mismo título accionario o en la cuenta (art. 214, LSC).

Entre estas restricciones podríamos mencionar: 1) consentimiento previo de los demás accionistas; 2) derecho de preferencia para comprar a favor de los accionistas que ya existen o que la constituyeron; 3) profesión de la persona que pueda acceder (p.ej., debe ser médico y, en su caso, de alguna especialidad); 4) prohibición de transferir las acciones durante un lapso de tiempo determinado; 5) de tipo económico, estableciéndose que solo pueden suscribir acciones otras sociedades que detenten determinado capital social mínimo, y 6) de tipo comercial, que impiden que pasen a otras empresas o personas de análogo ramo o actividad, entre otras de libre creación ("contractualización", o sea, el ámbito de la libertad contractual en la conformación de las sociedades) con los límites indicados a su creación dispuestos por el art. 214 de la LSC.

c) *De base convencional parasocietaria*. Se trata de acuerdos privados celebrados entre dos o más accionistas que han establecido autolimitaciones y condiciones internas y exigibles solo a los contratantes, para evitar la dispersión del capital social y del poder de voto, de modo de conservar el control social (quorum en las asambleas y mayorías para imponer sus criterios en orden al gobierno de la sociedad o los directores que la van a administrar). Son los conocidos pactos de sindicación de acciones, que no son oponibles a la sociedad ni a los otros socios, de modo que su violación no puede impedir el ejercicio de los derechos sociales, sino que habilita -como cualquier obligación asumida- a la reparación de daños y perjuicios que se ocasionen.

De este modo, al momento de producirse la transferencia de la totalidad de las acciones o de parte de ellas, deberá analizarse y despejarse lo relativo a la existencia de cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de los títulos.

III.IV.- Reorganización societaria (Fusión, escisión, aumento de capital, transferencia de una sociedad a otra de las integrantes de un grupo económico).

La “*Reorganización societaria*” es una técnica jurídico-económica dirigida a modificar la estructura o el patrimonio de una o más sociedades y, como la palabra lo indica, reorganizar es organizar de manera distinta algo que existe, cambiándole algunos aspectos de su configuración actual.

La ley de impuesto a las ganancias habla de “reorganización” de sociedades en su art. 77 (t.o.1997) y siguientes.

La “*Fusión*” y la “*Escisión*” patrimonial se insertan en los denominados procesos de reorganización societaria que regulan una mejor asignación de recursos económicos y funcionales de dos o más empresas.

Las razones pueden estar basadas en diversas necesidades, por ejemplo: necesidad de redimensionar la empresa; de gestionar el patrimonio en forma atomizada por medio de más de un centro de imputación (sociedad), dividiendo conjuntamente el factor “riesgo-empresa” para lo cual puede recurrirse a las técnicas de la escisión societaria, el ingreso de nuevos socios con aportes de nuevos capitales, de tecnología, de gerenciamiento especializado de limitar la responsabilidad de los socios, o, por el contrario, que la empresa tenga necesidad de reducir sus costos operativos aumentando la eficiencia de sus recursos humanos, o el aprovechamiento de los inmuebles o de equipos, o cuestiones fiscales que en determinados momentos gravan distintito a las sociedades de personas o de capitales; o aspectos vinculados con el régimen de las ganancias y su exposición tributaria (p.ej., alícuota); de concentrar la dirección y la toma de resoluciones, o de mejorar la capacidad de asistencia financiera o de presencia en el mercado.

De modo que las reestructuraciones societarias son institutos de uso difundido en operaciones de transferencias de empresas.

Existe “Fusión” cuando dos o más sociedades se disuelven “sin liquidarse” para constituir una nueva, o “fusión por absorción”, que es cuando una sociedad ya existente incorpora a otra que se disuelve sin liquidarse (art. 82, LGS).

Existe “Escisión” en los términos del art. 88 de la LGS cuando: a) una sociedad sin disolverse destina “parte” de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con

ellas en la creación de una nueva sociedad; 2) una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas, y 3) una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

"Los dos institutos implican una alteración de la estructura jurídica de la empresa. La fusión permite la unificación del centro de poder en un único sujeto de derecho. La escisión, por su parte, permite el desdoblamiento de la sociedad titular en otras controladas, la estructura de poder queda repartida en varias sociedades"³⁵

El *"Aumento del Capital"* de una sociedad, puede ser a la vez una forma de reorganización de la sociedad y también de transferencia de la empresa. El supuesto se da cuando el capital social es aumentado por medio de los aportes de un tercero no accionista, en una proporción tal que, con las nuevas acciones que vayan a emitirse por el aumento, quien las suscribe y detenta alcanza el control de la sociedad. Este es un supuesto en el cual los socios originarios no dejan de serlo y, en lo sucesivo, compartirán el estatus con el nuevo socio mayoritario.

La *"Transferencia de una sociedad a otra de las integrantes de un grupo económico"* es cuando una sociedad adquiere la totalidad de las acciones de otra sociedad de manos de sus accionistas produciendo la disolución de la primera. La ley de impuesto a las ganancias (LIG), en su art. 77, inc.c, igualmente el Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe, en el art. 164, toman como reorganizaciones societarias a las ventas o transferencias de entidades dentro de un mismo grupo económico. *El art. 77 de la LIG se refiere exactamente a que se "entiende por reorganización... c) Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.*

Capítulo IV.- Régimen fiscal de la Transferencia de la empresa.

IV.I- Acciones y participaciones sociales.

Siguiendo la obra del Miguel Angel Raspall, "Transferencia de empresa. Reg. Legal y Tributario", y conforme la normativa impositiva analizaremos los diferentes tributos que gravan la operación de la venta de *"Acciones y participaciones sociales"*.

Comencemos con el más gravoso, el *"Impuesto a las Ganancias"* argentino efectúa una clara distinción entre los sujetos que la obtienen. Así, otorga un tratamiento determinado para las

³⁵ ROITMAN, Ley de sociedades comerciales, t. 11, p. 309.

rentas obtenidas por personas humanas ("personas físicas" en la LIG) y sucesiones indivisas (ley 20.628, art. 2º, inc. 1); y otro para las generadas por los denominados "sujetos empresa" (art. 2º, inc. 2).

Para las primeras, salvo contadas excepciones, fija su gravabilidad en la medida en que concurren los siguientes elementos: periodicidad, permanencia de la fuente productora y su habilitación. Por ello, si una persona humana obtiene una ganancia que no reúna tales características, en principio no está gravada por el impuesto.

Para las derivadas de sociedades o de empresas o explotaciones unipersonales, en cambio, no rigen las aludidas condiciones sino que cualquier rendimiento, renta, beneficio o enriquecimiento obtenido por este tipo de sujetos, siempre se encontrará gravado en el impuesto, debido a las características empresariales de quienes los obtienen.

En razón de ello, el resultado proveniente de las transferencias de acciones y, en general, de participaciones en el capital de los distintos tipos societarios, que obtengan los denominados "sujetos-empresa" (sociedades de cualquier tipo) estará alcanzado por el tributo. La LIG prevé que dicha renta estará gravada a la alícuota proporcional del 35 %.

El impuesto a las ganancias es, de los denominados "de ejercicio", con lo cual todas las rentas obtenidas en su transcurso quedan gravadas al final de este, la ley contempla situaciones particulares en las que les da un tratamiento diferente y autónomo a ciertas ganancias, como en este caso a las provenientes de la venta de acciones, cuotas, participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores. Pero el hecho de que dichas rentas tengan que declararse cuando se perciben, no debe generar confusión con el momento en que se produce el hecho imponible previsto por la ley, y este no es otro que la formalización de la operación de transferencia de acciones, cuotas o participaciones societarias.

Hay operaciones exentas como ser las originadas en aquellas referidas a instrumentos que coticen en bolsas o mercados de valores o que tengan autorización de oferta pública, realizados por personas humanas y sucesiones indivisas residentes en el país (ley 20.628, art. 20, inc. w).

El art. 61 de la ley del impuesto a las ganancias prevé, para los sujetos-empresa, que el resultado bruto de la operación se determina deduciendo, del precio de la transferencia, el costo de adquisición "actualizado".

En todos los casos dicho costo deberá incluir todos los gastos realizados hasta incorporar tales bienes al patrimonio, es decir, comisiones, sellados, derechos, etcétera. En suma, deberá considerarse como tal a la suma efectivamente erogada por el adquirente en su oportunidad

El "I.V.A" grava las ventas de cosas muebles y las obras, locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el país, las importaciones definitivas de cosas muebles y las "exportaciones de servicios" (definiéndose como tal en el art. 1º, inc. d, de la ley 23.349 -t.o. decr. 280/97 y modif.-, a "las prestaciones comprendidas en el inc. e del art. 3º, realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imponibles y revistan la calidad de responsables inscriptos").

Por lo que las participaciones societarias no encuadran en ninguna de las definiciones del objeto del tributo. Por ello, se encuentran fuera de su alcance.

Respecto de las acciones, como pueden materializarse en una lámina o título, ósea una cosa mueble cuya transferencia a título oneroso se considera una venta alcanzada por el tributo, la ley del impuesto prevé expresamente su exención (ley 23.349 -t.o. decr. 280/97 y modif.- art. 7º, inc.b).

En lo que refiere a los impuestos provinciales tenemos los "*Ingresos brutos*", que tiene como objeto gravar, no ya las utilidades, sino los ingresos generados por el ejercicio habitual -salvo contadas excepciones- de cualquier actividad a título oneroso, dentro de los límites de cada jurisdicción.

Es un impuesto de los denominados "en cascada" porque alcanza a todas las etapas de la actividad económica, pudiendo, según las características de cada una de ellas, ser trasladable hasta impactar definitivamente en el consumidor final de los productos gravados.

En el caso puntual de los ingresos provenientes de la transferencia de acciones y participaciones societarias, el principio general sería que se encuentran fuera del ámbito de la tributación en la medida que sean obtenidos por quienes no hacen habitualidad de ello.

Para definir el concepto de "habitualidad", la gran mayoría de las jurisdicciones establecen que "la habitualidad deberá determinarse teniendo en cuenta especialmente la índole de las actividades, el objeto de la empresa, profesión, o locación y los usos y costumbres de la vida económica.

En definitiva, aun en el caso de los "sujetos-empresa", incluyendo bajo este concepto también a las sociedades constituidas bajo la ley 19.550, solo estarán alcanzados por el tributo en la medida que hagan "habitualidad" de la actividad. Y esa habitualidad se constata, por ejemplo, si la actividad en cuestión -compraventa de acciones o participaciones societarias- se encuentra incluida dentro del objeto social.

La provincia de Santa Fe, en cambio, constituye la excepción a la regla antes enunciada, ya que ha optado por restringir el concepto de "habitualidad", presumiendo que ella existe por el solo hecho de que quien obtenga el ingreso sea un "sujeto empresa", incluyéndose bajo esta denominación no solo a todo tipo de sociedad u organización empresaria contemplada en la ley 19.550 y sus modificaciones, sociedades civiles (hoy suprimidas por ley 26.994 e incluidas dentro de la secc. IV de la ley 19.550), cooperativas, fundaciones, sociedades de economía mixta, entes empresarios estatales (nacionales, provinciales, municipales o comunales), sino también a asociaciones y empresas o explotaciones unipersonales o pertenecientes a sucesiones indivisas.

En estos casos, los ingresos se considerarán alcanzados por el impuesto independientemente de la frecuencia o periodicidad y naturaleza de la actividad, rubro, acto, hecho u operación que los genere (Cód. Fiscal de Santa Fe -t.o. 2014, decr. 4881/14 y modif., art. 175, párr. último).

Santa Fe entiende que todos los ingresos que se generan en una sociedad comercial o, en general, en cualquier "sujeto empresa", están alcanzados por el tributo sobre los ingresos brutos, independientemente de si ellos provienen de actividades ordinarias de la empresa o si tienen carácter extraordinario y ajeno a su objeto social.

Se convierte así en la única de las veinticuatro jurisdicciones provinciales que pretende gravar a los ingresos provenientes de la venta de acciones o participaciones societarias de cualquier tipo obtenidos por un sujeto empresa.³⁶

En cuanto a los "*Impuestos a los sellos*", la ley 23.548 de coparticipación federal dispuso que "recaerá sobre actos, contratos y operaciones de carácter oneroso instrumentados, sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia, y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés, efectuadas por entidades

³⁶ MIGUEL ÁNGEL RASPALL, MARÍA LAURA RASPALL, RUBÉN MIGUEL RUBIOLO. Transferencia de empresa. Reg. Legal y Tributario. Año 2017. P.439

financieras regidas por la ley 21.526". Y dio la siguiente definición: "Se entenderá por instrumento toda escritura, papel o documento del que surja el perfeccionamiento de los actos, contratos y operaciones mencionados en el párrafo anterior, de manera que revista los caracteres exteriores de un título jurídico por el cual pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de otro documento y con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes" (ley 23.548, art. 9º, inc. b, apdo. 2).

De lo expresado se desprenden características propias de este tributo: la onerosidad y la instrumentación de los actos que se pre-tenden gravar.

En general, todo instrumento que refleje un acto, operación o contrato de carácter oneroso, se encuentra alcanzado por este tributo.

Por ende, el contrato por el cual se instrumente una operación de transferencia de acciones, cuotas o participaciones societarias a cambio de una contraprestación, estará alcanzado por el impuesto de sellos.

También, a excepción de Chaco, Entre Ríos y La Rioja, todas las provincias y la CABA prevén la exención del impuesto sobre los actos en los que se formalicen fusiones y escisiones o divisiones societarias, alcanzando dicha exención en algunos casos también a la constitución y transformación de sociedades (Santa Fe, Entre Ríos, Buenos Aires, CABA, Córdoba, Catamarca).

En cuanto a la "*Tasa de servicio*" en Santa Fe, la inscripción en el Registro Público de Comercio de actos de constitución, aumento de capital, transformación, cesiones de cuotas y prórrogas de duración de sociedades tributan en tal concepto el 7,5 por mil del capital social.

IV.II.- Reorganizaciones empresarias libres de impuestos. Transferencia de Fondos de Comercio.

Otro tema que nos convoca es las "*Reorganizaciones empresarias libres de impuestos*", que gozan de un tratamiento especial, realizadas en el marco de la normativa específica sobre la materia, liberándolas de los tributos que pudiesen gravar tanto a las operaciones de transferencia de activos y pasivos entre los sujetos intervinientes como al resultado derivado de ellas.

El criterio que prima como fundamento de esta dispensa tributaria es que mientras los activos y pasivos que conforman el núcleo empresarial continúen sus actividades, aunque bajo otra

forma jurídica u otra denominación, sin que ello signifique una transferencia a terceros ajenos a sus propietarios originales, su traspaso no constituirá un hecho imponible sujeto a tributación.

Se pretende que el *"Impuesto a las Ganancias"* sea neutro y no exista incidencia impositiva porque no se da el concepto de realización al que se refieren los primeros artículos de la ley, sino la mera reorganización.³⁷

Como lo señala destacada doctrina, el régimen apunta a la reorganización de sociedades o empresas en las que los titulares de sus capitales continúan las mismas actividades bajo otra estructura, empleando económicamente los mismos bienes que componen los acervos que se reorganizan, lo que supone que no se opera con terceros ajenos, y que tampoco se produce el acceso a una riqueza de la que antes no se disponía, o sea que, tratándose de un impuesto que grava la renta, en este tipo de operaciones la característica es la inexistencia de utilidades.³⁸

Este régimen se encuentra originalmente contemplado en la ley de impuesto a las ganancias (LIG) y en su decreto reglamentario (ley 20.628 -t.o. decr. 649/97-, arts. 77 y 78; decr. regl. 1344/98, arts. 105 a 109)

Si bien la ley del impuesto a las ganancias incluye el articulado respectivo bajo la denominación de "Reorganización de sociedades", el propio decreto reglamentario lo amplía a "Reorganización de sociedades y empresas".

El art. 77 de la LIG establece que cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y, en general, empresas o explotaciones de cualquier naturaleza dentro de los términos de esta normativa, los resultados que pudiesen surgir como consecuencia de esta reorganización no estarán alcanzados por el impuesto, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el régimen.

- a) *La fusión de empresas preexistentes por medio de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas.*
- b) *La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera.*
- c) *Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.*

³⁷ CNContAdmFed, Sala 11, 5/11/09, "ABB SA".

³⁸ E1G, Impuestos a las ganancias, p. 817 y ss.; RA1MoN01 - ATCHABAHJAN, El impuesto a las ganancias, p. 736 y siguientes.

Son requisitos de la fusión y escisión. 1) Empresas en marcha. 2) Actividades vinculadas. 3) Comunicación a AFIP. 4) Publicidad.

El abandono de la actividad dentro de los dos años contados desde la fecha de la reorganización tiene efecto de condición resolutoria de la reorganización, decayendo todos los beneficios.

La “*Ley del impuesto al valor agregado*” excluye del concepto de “venta” a los efectos de la aplicación del tributo, a “las transferencias que se realicen como consecuencia de reorganizaciones de sociedades a fondos de comercio y en general empresas y explotaciones de cualquier naturaleza comprendidas en el art. 77 de la ley de impuesto a las ganancias, texto ordenado en 1986 y sus modificaciones.

En cuanto a los “Impuestos provinciales”, los “*ingresos Brutos*” en provincia de Santa Fe, en el art. 213, inc. b, del Cód. Fiscal, declara exentos del impuesto a los ingresos provenientes de reorganizaciones de empresas realizadas conforme a lo pre-visto en el art. 217 del mismo Código.

En referencia a los “*Sellos*” se aplican conforme a la onerosidad y la instrumentación de los actos que se pretenden gravar, y en referencia a la “*Tasa de Servicio*” si de la reorganización empresarial realizada surge un instrumento que requiera su inscripción en el Registro Público de Comercio de la jurisdicción, deberá reponerse seguramente la tasa respectiva que se exija al efecto.

Por último resta decir que como sostienen los autores M. Eugenia Pedra Actis Y Osvaldo Solari Costa³⁹ nada tiene que ver una transferencia de patrimonio por reorganización con una “*Transferencia de Fondo de Comercio*”. Nada más alejado del objetivo que encuadrar estas formas de reorganización en una transferencia de fondo de comercio.

Sostienen que es muy distinto lo que ocurre jurídicamente cuando se lleva a cabo una reorganización de cuando se realiza una transferencia de fondo de comercio. La Ley 11.867, previamente analizada, establece una serie de requisitos y de conceptos que denotan que buscan cubrir a los acreedores –o al comprador de un negocio– de otros acreedores que puedan existir y que tengan créditos imputados a bienes de ese negocio como se explicó detalladamente con anterioridad. También, que el mencionado comprador reciba el negocio (una zapatería, una heladería, un local de venta de carteras, etc.) sin problemas. Por tanto, el comprador puede dar

³⁹ M. Eugenia Pedra Actis Y Osvaldo Solari Costa. Artículo “Intervención del sujeto individual en la reorganización de empresas”-P. 8

conformidad y evitar cumplir con los requisitos de la citada ley; será él el perjudicado. Por consiguiente, no se entiende cuando, ante una reorganización de empresa unipersonal, se pide el cumplimiento de la Ley 11.867

La res. gral. AFIP 2513 y su predecesora 2468 resultan ilegales e inconstitucionales, esto último, por convertirse en un exceso reglamentario violatorio del art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional⁴⁰

En referencia a ello Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se acaba de pronunciar en los autos *"Rina Iberia SL Suc. Argentina c/AFIP DGIs/DGI"*, con fecha 28 de junio de 2022, declarando la inconstitucionalidad del requisito de publicidad por la resolución general (AFIP) 2513/2008 para que proceda el régimen de reorganizaciones fiscales libre de impuestos.

No se desea aportar un negocio a una sociedad que lo recibe, y, por ello, aumenta el capital, emite acciones (o las participaciones que fueran). No cabe el encuadre en el artículo 44 de la Ley de Sociedades. No se quiere aportar un negocio en forma onerosa contra acciones de la continuadora; se desea reorganizar la empresa cuya titularidad es de un sujeto individual, no colectivo, bajo la normativa tributaria, o sea, libre de impuestos.

Cuando, tras la reorganización en la cual participa un empresario individual, se produce un aumento de capital, no es porque se desea aumentar el capital y solo eso, sino que el aumento es una consecuencia de la reorganización, para emitir acciones –o participaciones sociales– que se entregan al socio de la antecesora –si es una sociedad– o al empresario individual –si el titular de la empresa no es una sociedad sino un sujeto humano–. Por tanto, no tiene sentido pensar que estamos ante una transferencia de fondo de comercio, cuando no es esta la intención. No se desea transferir o aportar un comercio a una sociedad contra acciones en un acto oneroso, sino que se lleva a cabo una reorganización empresarial neutra, lo que jurídica y tributariamente es muy distinto. Por supuesto, el empresario individual que ha reorganizado (transferido) su empresa debe ser titular de, al menos, el 80% de las participaciones "nuevas" en la sociedad continuadora, por ser este un requisito tributario.

Lo que no está prohibido está permitido. Más aún, en nuestro caso, la ley tributaria expresamente lo permite. Por consiguiente, la reorganización –sea vía fusión societaria, vía escisión

⁴⁰ EMBÓN, Reorganizaciones libres de impuesto: ¿es aplicable el requisito de la publicidad e inscripción a las transferencias de fondos de comercio en conjunto económico?, "Impuestos", 2008, n° 19, p. 1629.

societaria o vía empresario individual– deberá considerarse como una figura autónoma de transferencia de patrimonios que la ley tributaria contempla.⁴¹

IV.III-Palabras finales.

No solamente hay una carencia de legislación especial en referencia a la empresa, sino también y a partir de lo antedicho tampoco hay normativa específica de la transferencia de la misma, como se hacía referencia en capítulos anteriores el legislador tuvo una oportunidad importante de reglamentar de manera comprensiva, sistematizar y unificar la totalidad de la conflictividad empresarial, no habiéndolo realizado nos encontramos con normativa dispersa.

Ello obliga a los asesores jurídicos que intervienen en las operaciones y acompañan en el crecimiento de la empresa, a nutrirse de la variedad de normativa y a trabajar interdisciplinariamente para dotar a la empresa de todo tipo de alternativa, y de evitar la eventual comisión de ilícitos tributarios.

Compartiendo las palabras de Marcelo Corbalán, resulta también necesario al momento de planificar fiscalmente, analizar y optimizar la utilización de las herramientas que nos otorga el plexo normativo, como caminos idóneos en la tarea de otorgar mayor certidumbre y previsibilidad al ciudadano contribuyente sobre las consecuencias jurídicas tributarias de ciertos actos y hechos o negocios.

⁴¹ M. Eugenia Pedraza y Osvaldo Solari Costa. Artículo “Intervención del sujeto individual en la reorganización de empresas-”P. 8 y 9.