

~~Santiago, cuatro de mayo de dos mil diecisiete.~~

VISTOS Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que la reclamante de autos EMPRESA NACIONAL DE ENERGÍA ENEX S.A. dedujo, en tiempo y forma, recurso de apelación dirigido en contra de la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 12 de julio de 2016, dictada por don Óscar Meriño Maturana, Juez Titular del Segundo Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana, fallo por el cual se rechazó, sin costas, la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Ex. 17000 N° 73 de fecha 09 de mayo de 2014 emanada de la Dirección de Grandes Contribuyentes del Servicio de Impuestos Internos, mediante la cual se rebajó la pérdida tributaria declarada por la contribuyente para el año tributario 2013, de (\$81.537.776.466.-) a (\$1.470.050.167.-) y que denegó parcialmente la solicitud de Pagos Provisionales por Utilidades Absorbidas – PPUA – de \$6.220.088.974.- a \$249.908.528.- Solicita de ésta Corte, que se enmiende conforme a derecho la sentencia recurrida, revocándola en todas sus partes y que se acoja el reclamo tributario interpuesto en contra de la Resolución, ya singularizada, dejando sin efecto el acto reclamado indicado y validando el procedimiento empleado por ENEX S.A. para reconocer el menor valor de inversión generado en el proceso de fusión inversa con su sociedad matriz Río Aurum y, consecuentemente, validando la pérdida de (\$81.537.776.466) declarada para el año tributario 2013 o, en su defecto, acogiendo la petición subsidiaria que considera la generación de una pérdida directa en ENEX S.A. por un monto de \$161.821.556.800.-, con costas.

SEGUNDO: Que, en estos autos primeramente, el asunto controvertido ha estado determinado por la procedencia – alegada por la reclamante – de la devolución de un saldo a favor por un monto ascendente a \$5.970.180.446.-, por concepto de Pagos Provisionales de Utilidades Absorbidas que fuera solicitada por ésta en su Declaración Anual de Impuesto a la Renta, Formulario 22, correspondiente al Año Tributario 2013 y que fuera denegada por el Servicio de Impuestos Internos mediante la Resolución Ex. 17000 N° 73 de fecha 9 de mayo de 2014.

TERCERO: Que, asimismo, el Servicio de Impuestos Internos ha estimado que la disminución de capital efectuada por la firma contribuyente no representa una pérdida tributaria para la sociedad absorbente – léase ENEX S.A. – de acuerdo a lo dispuesto en el N° 3 del inciso tercero del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, y que tampoco configura un gasto diferido o una diferencia que deba incrementar el valor de los activos no monetarios recibidos con ocasión



XBXNBECHDC

de la fusión, puesto que, en el presente caso no se cumplirían los requisitos necesarios para el reconocimiento del denominado “goodwill” tributario.

CUARTO: Que, de lo expuesto y en relación con la reorganización empresarial materializada por la sociedad reclamante, se ha podido acreditar con el mérito de las pruebas allegadas a este proceso que, la fusión realizada correspondió a una fusión inversa propia por incorporación, en donde se transmitieron la totalidad de los activos y pasivos de la matriz – RÍO AURUM a la filial – ENEX – como asimismo, se incorporaron la totalidad de los socios o accionista a la continuadora legal, a la sazón ENEX S.A.

QUINTO: Que en este orden de ideas, cabe tener presente que para configurar el denominado goodwill tributario se hace preciso, primero estar en presencia de una fusión de acuerdo a lo establecido en el artículo 99 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, circunstancia ésta última que en la especie no ha sido puesta en duda por las partes; en segundo término, se requiere que la sociedad que absorbe posea una inversión previa en la firma absorbida y que esto haya significado un desembolso efectivo; para finalmente, ser necesario efectuar la comparación entre el valor efectivo de lo invertido y el capital propio tributario de la sociedad que es absorbida y que de ello resulte una diferencia positiva. De este modo, consta de los antecedentes tenidos a la vista, que la sociedad absorbente no realizó una inversión efectiva en su matriz que implicara un desembolso pecuniario, por lo que manifiestamente no se pueden dar por acreditados los dos últimos requisitos que harían procedente el goodwill tributario en el presente caso.

SEXTO: Que a mayor abundamiento, esta Corte no comparte lo sostenido por la reclamante y apelante en estos autos, respecto a que en la situación expuesta el Servicio de Impuestos Internos se habría apartado de lo resuelto con ocasión de la emisión del Oficio N° 3.850 de fecha 24.09.2001, de ese origen, toda vez que, según se puede apreciar de la simple lectura de aquel Ordinario, en su numeral 3, dicha repartición concluye que: *“...en la situación hipotética que se describe, la sociedad absorbente no efectúa ningún desembolso efectivo en la adquisición de las acciones de las sociedades absorbidas, ya que la fusión de que se trata se produce sólo como consecuencia de una reorganización empresarial...”*, lo que permite comprender de forma meridianamente clara que en el presente caso no es posible acceder a lo requerido, por este capítulo, en la forma señalada y, por ende, la Resolución del Servicio de Impuestos Internos impugnada se encuentra ajustada a derecho.

SÉPTIMO: Que en subsidio de lo anterior, la parte reclamante ha solicitado se reconozca un gasto por pérdida tributaria en ENEX para el Año Tributario 2013 en un monto ascendente a \$161.821.556.800, esto es, el monto total equivalente a



la diferencia patrimonial generada entre el costo tributario de las acciones de ENEX recibidas en el proceso de fusión y el patrimonio tributario de ella misma a la fecha de la fusión.

Agrega que, en la especie, su representada se encuentra frente al cumplimiento de una obligación de carácter legal, que impide la mantención de acciones de propia emisión en las condiciones indicadas, siendo esta pérdida de carácter necesaria, inevitable y obligatoria, dado que, resulta como consecuencia de la aplicación del artículo 27 de la Ley de Sociedades Anónimas que, obliga a terminar con la participación en el propio capital, por lo que la disminución que se produce en la sociedad continuadora, debiera ser aceptada como una pérdida tributaria para ser imputada en el resultado del mismo año correspondiente al ejercicio de la fusión.

OCTAVO: Que consta, como hechos asentados en la sentencia apelada que en el Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de ENEX de fecha 01.06.2012, se reconoce la emisión de 46.815.475 acciones de canje, por lo que los accionistas de RIO AURUM – sociedad matriz absorbida – no experimentaron un detrimento en su patrimonio, toda vez que, dichas acciones representan la participación que tenían en ésta. Asimismo, también consta que, en el aludido instrumento en su cláusula VII, Acuerdo N° 5, los accionistas decidieron voluntariamente no enajenar las acciones y proceder a renunciar al plazo establecido en la ley para ello, con lo cual se realizó la rebaja al capital de la misma.

NOVENO: Que, el artículo 27 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, dispone que: “Las sociedades anónimas sólo podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión cuando la adquisición:

- 1.- Resulte del ejercicio del derecho de retiro referido en el artículo 69;
- 2.- Resulte de la fusión con otra sociedad, que sea accionista de la sociedad absorbente;
- 3.- Permita cumplir una reforma de estatutos de disminución de capital, cuando la cotización de las acciones en el mercado fuere inferior al valor de rescate que proporcionalmente corresponda pagar a los accionistas;
- 4.- Permita cumplir un acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas para la adquisición de acciones de su propia emisión, en las condiciones establecidas en los artículos 27 a 27 D.

Mientras las acciones sean de propiedad de la sociedad, no se computarán para la constitución del quórum en las asambleas de accionistas y no tendrán derecho a voto, dividiendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital.



Las acciones adquiridas de acuerdo con lo dispuesto en los números 1) y 2) del presente artículo, deberán enajenarse en una bolsa de valores dentro del plazo máximo de un año a contar de su adquisición y si así no se hiciere, el capital quedará disminuido de pleno derecho.

Para la enajenación de las acciones deberá cumplirse con la oferta preferente a los accionistas a que se refiere el artículo 25.”

DÉCIMO: Que, por su parte, el artículo 100 de la misma Ley de Sociedades Anónimas, dispone que: “Ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones, fusión, incorporación, transformación o división de una sociedad anónima.”

UNDÉCIMO: Que, de los hechos acreditados en el proceso y de la normativa citada precedentemente, es posible establecer que con ocasión de esta fusión inversa propia por incorporación realizada por la reclamante no ha existido – como se ha venido diciendo – una inversión efectiva por parte de la firma ENEX, por lo que no existe una diferencia que determinar y, por consiguiente, tampoco hay un gasto o pérdida que se pueda imputar a esa contribuyente.

Por estas consideraciones y visto además, lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes del Código Tributario, **se confirma** la sentencia pronunciada con fecha doce de julio de dos mil dieciséis, dictada por el Segundo Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, escrita a fojas 257 y siguientes, sin costas por estimar que la apelante ha tenido motivo plausible para litigar.

Redacción del Abogado Integrante señor Rodrigo Rieloff Fuentes.

Regístrese y comuníquese.

Tributario y Aduanero Rol N° 323-2016.-

No firma la señora Merino, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones como Ministra Suplente.

Pronunciada por la **Undécima Sala**, integrada por el Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, por la Ministro (S) señora María Paula Merino Verdugo y por el



XBXNBECHDC

abogado integrante señor Rodrigo Rieloff Fuentes. Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. En Santiago, cuatro de mayo de dos mil diecisiete, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



XBXNBECHDC

Pronunciado por la Undécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Juan Manuel Muñoz P. y Abogado Integrante Rodrigo Rieloff F. Santiago, cuatro de mayo de dos mil diecisiete.

En Santiago, a cuatro de mayo de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.