



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

EXPEDIENTE N° : 14615-2016  
INTERESADO :  
ASUNTO : Impuesto a la Renta no domiciliados y multa  
PROCEDENCIA : Lima  
FECHA : Lima, 17 de mayo de 2017

**VISTA** la apelación interpuesta por (R.U.C. N° ), contra la Resolución de Intendencia N° 0150140012647 de 27 de julio de 2016, emitida por la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, que declaró infundada la reclamación formulada contra la Resolución de Determinación N° 012-003-0071160 y la Resolución de Multa N° 012-002-0028217, giradas por el Impuesto a la Renta - Retenciones No domiciliados de marzo 2012 y por la infracción tipificada en el numeral 13 del artículo 177° del Código Tributario.

## CONSIDERANDO:

Que señala que la transferencia de propiedad del 49% de las acciones representativas del capital social de (en adelante ), surtió efectos el 26 de junio de 2012, fecha en la que se llevó a cabo la operación de Rueda de Bolsa, conforme a lo previsto por las partes en el Contrato de Inversiones Conjuntas, Acuerdo de Capitalización y Opción de Compra (en adelante Contrato de Inversiones Conjuntas), por lo que el Impuesto a la Renta de No Domiciliados sobre la ganancia de capital fue correctamente pagado por CAVALI considerando la tasa del 5% del impuesto.

Que indica que de una lectura sistemática de las cláusulas del Contrato de Inversiones Conjuntas y del Contrato Escrow suscritos, las partes acordaron postergar el pago del 49% de las acciones del capital de a una fecha posterior, esto es la fecha en que tales acciones fueran transferidas mediante una operación cruzada en Rueda de Bolsa y que el pago del paquete de acciones a los vendedores se efectuaría luego de la liquidación de la referida operación.

Que alega que el ejercicio de la opción perfeccionó el contrato de opción pero no implicó la transferencia de propiedad del 49% de las acciones de , agregando que debe diferenciarse el perfeccionamiento del contrato, que en su caso ocurrió con el ejercicio de la opción el 28 de marzo de 2012, y la transferencia de propiedad, la que se encontraba sujeta a un requisito adicional conforme lo previeron las partes contractualmente.

Que señala que el artículo 3° de la Ley del Mercado de Valores garantiza la libertad de negociación de los valores mobiliarios, por lo que mientras las acciones de l estuvieron listadas existía la posibilidad de que éstas pudieran ser adquiridas por un tercero y que el hecho de que ello no ocurriera no es suficiente para desconocer que el derecho de disposición sobre las acciones recaía en las empresas vendedoras y no en ella. Agrega que conforme a lo dispuesto por el inciso a) del primer párrafo del artículo 12° del Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa, aprobado por Resolución CONASEV N° 0021-1999, la transferencia de propiedad de los valores objeto de una operación en Bolsa se produce con la correspondiente inscripción a favor del adquirente en el registro de dicha institución en el día de su liquidación, lo que se condice con la excepción prevista en el artículo 947° del Código Civil respecto a la transferencia de propiedad de bienes muebles.

Que sostiene que la Administración Tributaria ha recurrido de forma arbitraria a la facultad de recalificación regulada por los párrafos primero y último de la Norma XVI del Código Tributario para construir un caso de simulación en base a una serie de conjeturas y especulaciones sin asidero fáctico ni jurídico.

Que indica que la facultad de recalificación económica prevista en la Norma XVI del Código Tributario no permite a la Administración Tributaria evaluar la intención o finalidad económica (menor carga tributaria) de los contribuyentes al momento de adoptar una estructura jurídica en una operación para propósitos de



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

recalificaría, ello en el entendido que los contribuyentes son libres de adoptar la forma jurídica que más convenga a sus intereses (siempre que se trate de una operación real), en atención al principio de economía de opción.

Que agrega que la referida Norma XVI únicamente resulta de aplicación a los supuestos de simulación relativa, en los que exista un acto falso que aparece como fachada y un acto real encubierto.

Que sostiene que la aplicación de la facultad de recalificación será indebida si la Administración sustenta su aplicación en que la intención del contribuyente ha sido disminuir su carga tributaria, dado que en tal caso se estaría refiriendo a un supuesto de fraude de ley cuya vigencia en el contexto de la Norma XVI se encuentra suspendida.

Que alega que la Administración Tributaria debe garantizar la libertad de contratar y contractual, las que facultan a las personas a poder elegir cómo, dónde, con quien y con qué contenido celebrar un contrato, no pudiendo aquélla cuestionar la decisión en tanto no acredite indubitadamente que el sustento económico es distinto a la figura jurídica empleada, indicando además que el hecho que las partes establezcan reglas adicionales a sus operaciones que no se encuentran expresamente reguladas, no habilita a la Administración Tributaria a aplicar su facultad de recalificación, en la medida que no desvirtúen la naturaleza de la operación.

Que afirma que no se han configurado los elementos para calificar que existe una simulación relativa en el presente caso, dado que (a) no es posible atribuir la existencia de una disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada entre los participantes de las operaciones, pues desde un inicio la intención de las partes fue que el 49% de las acciones representativas del capital de *[redacted]* se transfiera una vez listadas las acciones en Bolsa; (b) no existió acuerdo entre los participantes de la operación de producir un acto simulado, pues desde un inicio fue públicamente conocido que la adquisición tendría una estructura gradual y que en su segundo tramo se haría una vez listadas las acciones en la Bolsa de Valores de Lima; (c) las partes no tuvieron la intención o propósito de engañar o esconder algún elemento de la transacción a terceros, pues desde un inicio las partes tuvieron la intención de utilizar el mecanismo de Rueda de Bolsa para la transferencia del 49% de las acciones de *[redacted]*.

Que indica que de acuerdo a las normas del mercado de valores cualquier acuerdo privado por el que se enajenen acciones listadas en bolsa, que no sea llevado a cabo mediante las modalidades previstas en la Ley del Mercado de Valores, esto es en rueda de bolsa o a través de mecanismos extrabursátiles o que no sean anotados en cuenta en el Registro Contable de CAVALI no tienen eficacia y validez.

Que afirma que la Administración Tributaria no acredita que el 28 de marzo de 2012 haya ejercido, sin limitación alguna, todos los atributos económicos y políticos sobre el 49% de las acciones del capital de Kuntur, los que también pueden ejercerse a través de un usufructo de acciones de acuerdo a la Ley General de Sociedades, agregando que solo si aquélla demuestra que pudo ejercer todos los atributos del derecho de propiedad una vez configurado el contrato de compra venta definitivo, podría afirmar que se produjo la transferencia de propiedad en dicha fecha.

Que alega que la Administración desconoce la contraprestación asignada por las partes al 49% de las acciones del capital de *[redacted]*, aun cuando dicho importe ha quedado plenamente acreditado con la Póliza Nº 11391 emitida por *[redacted]* el 26 de junio de 2012; precisando que aún bajo la premisa de la Administración la contraprestación del referido porcentaje accionario debería reducirse en US\$ 5 991 360,66 los cuales corresponden a las inversiones en exceso realizadas por ella, las mismas que han sido reconocidas por los vendedores *[redacted]* y se pueden apreciar de los asientos de su Libro Mayor y de los movimientos de la Cuenta Escrow.

*[Signatures and initials]*



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que afirma que la Administración le atribuye indebidamente la calidad de agente retenedor, cuando de conformidad con las normas tributarias vigentes, corresponde a CAVALI la obligación de efectuar la retención y el pago del Impuesto a la Renta de No Domiciliados.

Que señala que aún bajo la errada posición de la Administración, en el sentido que el 28 de marzo de 2012 y con el ejercicio de la opción se habría configurado el nacimiento de la obligación tributaria, en realidad la obligación tributaria del Impuesto a la Renta de No Domiciliado únicamente se configuró el 26 de junio de 2012, fecha en que se concretaron el aspecto material (transferencia de las acciones en rueda de bolsa) y temporal (puesta a disposición de la contraprestación a favor de los accionistas el 26 de junio de 2012) de la hipótesis de incidencia.

Que indica que aún bajo la tesis errada de la Administración, no se habría configurado tampoco la infracción tipificada en el numeral 13 del artículo 177º del Código Tributario, habida cuenta que para que dicha infracción se configure es necesario que quien haya tenido la obligación de retener no haya efectuado ésta, siendo que en el presente caso era CAVALI la encargada de realizar la retención y no ella, por lo que debería dejarse sin efecto la multa impuesta.

Que considera que al tratarse de un caso de atribución de responsabilidad solidaria, la Administración debió haber determinado la obligación tributaria del contribuyente de manera previa, hecho que no ha ocurrido, toda vez que la atribución de la condición de responsable solidario supone siempre la determinación previa en cabeza del contribuyente de la deuda; agregando que el artículo 20º-A del Código Tributario no exime a aquella de determinar en un procedimiento del contribuyente la realización del hecho generador de la obligación tributaria, la identificación del deudor tributario, la base imponible y la cuantía del tributo.

Que indica que la entrega de los US\$ 69 000 000,00 a la Cuenta Escrow no configuró el pago del precio del 49% de las acciones ni el nacimiento de la obligación de retener del Impuesto a la Renta el 28 de marzo de 2012 y que el ejercicio de la opción de compra en dicha fecha no demuestra que la operación de venta vía rueda de bolsa del 26 de junio de 2012 haya sido un acto simulado en los términos de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal.

Que agrega que el saldo de los fondos del depósito de los US\$ 69 000 000,00 en la Cuenta Escrow, descontado el pago del 51% de las acciones, tenía la condición de un depósito en garantía y no se encontraba a libre disposición de los vendedores sino únicamente del agente escrow al 28 de marzo de 2012 y que la naturaleza del contrato escrow es la de un contrato en el que se depositan fondos con el propósito de garantizar una obligación, los cuales solo pueden ser liberados por el agente una vez cumplidas ciertas condiciones o instrucciones; de acuerdo al Contrato de Inversiones Conjuntas el pago estrictamente operaría en dos supuestos, el primero con motivo de la operación en rueda de Bolsa, conforme a lo establecido en la cláusula 7.3.1, y el segundo al vencimiento del plazo de seis meses para la realización de la operación en rueda de bolsa; indica que abona al carácter de garantía del depósito el hecho de que el importe depositado se encontraba sujeto a ajustes, liquidaciones y devoluciones posteriores.

Que arguye que de acuerdo a jurisprudencia del Tribunal que invoca, la Administración debe probar en forma fehaciente la existencia de la real operación económica que se encontraría detrás de una simulación; que dicha opción no habilita a la Administración a obligar al contribuyente a aplicar el régimen jurídico más gravoso; que ninguno de los hechos argumentados por la Administración resulta válido toda vez que: (i) confunde las figuras de perfeccionamiento del contrato con la transferencia de propiedad; (ii) mucho antes de ejercida la opción de compra se inició el procedimiento del listado de las acciones en la Bolsa de Valores de Lima y que dicha circunstancia evaluada en conjunto con las cláusulas suscritas demuestra indubitadamente que la voluntad de las partes siempre fue que el 49% de las acciones de sean transferidas en una operación de rueda de bolsa; (iii) no ejerció como propietaria a partir del 28 de marzo de



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

2012, únicamente gozó de la facultad de disponer de las acciones luego de adquiridas vía rueda de bolsa el 26 de junio de 2012.

Que la recurrente invoca la nulidad de los Requerimientos Nº 0222130033080, 0222150003635 y 0222160000354 y de sus resultados, así como de la Resolución de Determinación Nº 012-003-0071160 y la Resolución de Multa Nº 012-002-0028217, al haberse vulnerado el numeral 5 del artículo 62º y 75º del Código Tributario y el artículo 16º del Reglamento de Fiscalización, encontrándose la Administración imposibilitada de proceder al cierre de requerimientos con posterioridad al vencimiento del plazo de fiscalización y otorgamiento de prórroga, lo que contraviene el procedimiento legal establecido, respecto del procedimiento de fiscalización parcial establecido por el Código Tributario y el Reglamento del Procedimiento de Fiscalización.

Que la Administración señala que como resultado de la fiscalización efectuada a la recurrente, formuló reparo por concepto de retenciones del Impuesto a la Renta de no domiciliados por el pago que ésta efectuó por la adquisición de acciones representativas del capital de \_\_\_\_\_ a las empresas no domiciliadas \_\_\_\_\_, en su calidad de propietarias de dichas acciones.

Que con relación a la venta de las acciones, afirma que aun cuando no es materia de reparo la venta del 51% de las acciones de \_\_\_\_\_ es preciso tener en cuenta que en virtud de las cláusulas del Contrato de Compra Venta y del Convenio suscrito entre las partes, se estipuló un pacto de reserva de propiedad condicionando la transferencia de propiedad a la fecha en que se efectúe el pago de las mismas, lo que ocurrió el 28 de marzo de 2012.

Que con respecto a la transferencia del 49% de las acciones restantes de \_\_\_\_\_; señala que de acuerdo al Contrato de Inversiones Conjuntas suscrito entre las partes, se otorgó a la recurrente una opción de compra por dicho porcentaje accionario, la misma que fue ejercida el 28 de marzo de 2012 mediante el envío de una carta notarial que contenía su voluntad de ejercer dicha opción y adjuntando el pago del precio del 100% de las acciones ascendente a US\$ 69 000 000,00, según Carta PSF-0923/2012 emitida por \_\_\_\_\_; por lo que en dicha fecha se perfeccionó el contrato de compraventa del 49% de las acciones de \_\_\_\_\_ a favor de la recurrente con el que se transfirió la propiedad de éstas a su favor, por lo que considera un contrasentido afirmar que dicha transferencia se realizó posteriormente mediante una operación en rueda de bolsa de 26 de junio de 2012, dado que no es posible concretar dos veces una transferencia de propiedad sobre los mismos bienes interviniendo las mismas partes compradora y vendedora.

Que sostiene que la operación cruzada en rueda de bolsa es un acto jurídico aparente o simulado, toda vez que no obedece a la verdadera intención de las partes, la cual era concretar la transferencia de propiedad del 49% de las acciones de \_\_\_\_\_ fuera de rueda de bolsa a través del ejercicio de la opción de compra otorgada a la recurrente, siendo que el acto jurídico auténtico es la transferencia de propiedad de las acciones mediante el contrato de compraventa celebrado con el ejercicio de la opción de compra, mientras que el acto jurídico simulado o aparente es la transferencia de propiedad de dichas acciones a través de rueda de bolsa en la Bolsa de Valores de Lima.

Que indica que el derecho de usufructo a favor de la recurrente también constituye un acto jurídico simulado o aparente, toda vez que no cabía establecer un derecho de usufructo a favor de aquélla, habida cuenta que ya ostentaba el derecho de propiedad sobre las acciones, siendo que la intención de las partes al constituir el usufructo fue dar la apariencia de que el contribuyente no ostentaba la propiedad del 49% de las acciones de \_\_\_\_\_ en el período comprendido entre el ejercicio de la opción de compra y la realización de la transacción en rueda de bolsa.

Que alega que en el Contrato de Inversiones Conjuntas se estipularon cláusulas que denotan que a partir del 28 de marzo de 2012 la recurrente realizó una serie de actos societarios como propietario del 100% de las acciones de \_\_\_\_\_, tales como la designación de apoderados y otorgamiento de poderes, la remoción



# Tribunal Fiscal

N° 04234-5-2017

del directorio y elección de un nuevo, la designación del gerente general de la sociedad, la aprobación de la memoria anual de la gestión social y de los estados financieros del ejercicio 2011, por lo que considera que la operación bajo análisis fue realizada fuera de un mecanismo centralizado de negociación y sobre la base de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario determina que se trata de actos jurídicos aparentes o simulados, correspondiéndole aplicar las normas tributarias adecuadas a los actos efectivamente realizados, siendo éstas los artículos 76° y 56° inciso j) de la Ley del Impuesto a la Renta, en virtud de los cuales la transferencia del 49% de las acciones de \_\_\_\_\_ está sujeta a la retención del 30% y no la del 5% al tratarse de una operación extra bursátil.

Que señala que en virtud de la cláusula segunda, numeral 2.4 del Contrato de Inversiones Conjuntas, la liquidación de las inversiones realizadas por las partes se reflejaría en el precio de la opción de compra, entendiéndose que el mismo quedaría automáticamente reajustado para todos los efectos del contrato, resultando claro que las inversiones realizadas han sido automáticamente consideradas para efectos de determinar el monto de US\$ 69 000 000,00 pactado en el precitado Contrato, no procediendo que el importe de las inversiones realizadas por la recurrente, ascendente a US\$ 5 991 360,66, sean restadas del monto total.

Que arguye que de acuerdo al numeral ii) del numeral 6.2 de la cláusula sexta del Contrato Escrow, la suma a ser liberada de la Cuenta Escrow es por concepto de adeudos a favor de la recurrente (inversiones realizadas en exceso), por lo que al no estar relacionada dicha suma con el monto pactado en el Contrato de Inversiones Conjuntas no corresponde que sea restada de este último.

Que indica que siendo \_\_\_\_\_ personas jurídicas no domiciliadas, correspondía que el Impuesto a la Renta generado por las rentas de fuente peruana obtenidas por éstas, sea abonado al fisco por la recurrente en su calidad de agente de retención, careciendo de sustento la pretensión de la recurrente de que la determinación de la deuda tributaria debió ser comunicada a aquellas de manera previa.

Que agrega que en el marco del Contrato de Inversiones Conjuntas suscrito entre las empresas no domiciliadas y la recurrente, ésta envió el 28 de marzo de 2012 una carta notarial con la que manifestó su voluntad de ejercer la opción de compra respecto al 49% de las acciones de \_\_\_\_\_, siendo que el ejercicio de la indicada opción contenía los elementos esenciales de un contrato de compra venta: bien (49% de las acciones) y precio (US\$ 57 560 147,75), por lo que en dicha fecha ocurrió la transferencia de propiedad del referido porcentaje accionario a favor de la recurrente, reiterando además que de acuerdo con lo expresado en el "contrato de inversiones conjuntas" el ejercicio de la opción de compra regulado en dicho contrato, se concretizó en la aceptación por parte de la recurrente de la oferta planteada por las empresas no domiciliadas, mediante el envío de la referida carta notarial, siendo que dicha aceptación además se realizó conjuntamente con el pago del precio de las acciones de \_\_\_\_\_, según el precio señalado en el citado contrato, que contiene el acuerdo de voluntades de las referidas partes.

Que se aprecia de autos que mediante Orden de Fiscalización N° 150011458910-01 (foja 1225), Carta N° 130021385118-01 SUNAT y Requerimiento N° 0222130008646<sup>1</sup> (fojas 1204 a 1206, 1227), la Administración inició a la recurrente un procedimiento de fiscalización parcial respecto del Impuesto a la Renta Retenciones de No Domiciliados del ejercicio 2012.

Que como resultado del mencionado procedimiento de fiscalización, la Administración reparó la determinación del Impuesto a la Renta Retenciones de No Domiciliados de marzo de 2012, al amparo de lo dispuesto por los artículos inciso j) del 56° y 76° de la Ley del Impuesto a la Renta, emitiendo como consecuencia de ello la Resolución de Determinación N° 012-003-0071160 (fojas 1303 a 1330) y la

<sup>1</sup> Notificados mediante acuse de recibo, de conformidad con el inciso a) del artículo 104° del Código Tributario (fojas 1207 y 1228)



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Resolución de Multa Nº012-002-0028217, girada por la infracción tipificada en el numeral 13 del artículo 177° del Código Tributario (fojas 1301 y 132).

## Resolución de Determinación Nº 012-003-0071160

Que conforme se aprecia de los Anexos Nº 1 al 4 de la Resolución de Determinación Nº 012-003-0071160, la Administración determinó que la recurrente adquirió el 49% de las acciones del capital social de Kuntur como resultado de haber ejercido la opción de compra, mediante carta notarial de 28 de marzo de 2012, y considerar que en ese momento se configuró el contrato de venta definitivo y la transferencia de propiedad de las acciones, en razón de haberse producido, de un lado, el depósito en cuenta del pago del valor de transferencia<sup>2</sup> y, de otro, la realización de una serie de actos con los que la recurrente asumió el control y la propiedad de ; por lo que en aplicación de lo dispuesto en los párrafos primero y último de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, estimó que la venta ocurrió el 28 de marzo de 2012 fuera de un mecanismo centralizado de negociación y no el 26 de junio de 2012 a través de una operación cruzada de rueda de bolsa, la misma que considera un acto simulado, estableciendo, en consecuencia, que la operación de enajenación de valores mobiliarios se encuentra afecta a la tasa del 30% del Impuesto a la Renta y no a la tasa reducida del 5%.

Que de lo actuado se tiene que la controversia en el presente caso se centra en determinar la oportunidad en que se realizó la enajenación del 49% de las acciones representativas del capital social de la empresa por parte de sus originales titulares a favor de la recurrente.

Que conforme a lo dispuesto por el inciso a) del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo Nº 179-2004-EF, constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital, entendiéndose por tales a aquéllos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa, precisándose que entre las operaciones que generan ganancias de capital, de acuerdo a dicha Ley, se encuentra la enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios.

Que por su parte el artículo 5° de la citada Ley del Impuesto a la Renta, establece que para los efectos de ésta, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso.

Que de acuerdo al inciso f) del artículo 14° de la Ley del Impuesto a la Renta, son contribuyentes del impuesto, entre otros, las personas naturales y las personas jurídicas, siendo que para los efectos de dicha Ley, se considerarán personas jurídicas, entre otras, a las empresas unipersonales, las sociedades y las entidades de cualquier naturaleza, constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana.

Que conforme al segundo párrafo del artículo 6° de la referida Ley, en caso de contribuyentes no domiciliados en el país, de sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes, el impuesto recae sólo sobre las rentas gravadas de fuente peruana, y según el primer párrafo del inciso h) del artículo 9° de la Ley en comentario, constituyen rentas de fuente peruana las obtenidas, entre otros, por la enajenación de acciones representativas del capital, cuando las empresas o sociedades, entre otros, que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú.

<sup>2</sup> En la Resolución de Determinación (foja 1328 reverso) se precisa que el depósito efectuado por la recurrente ascendió a US\$ 69 000 000,00, los cuales corresponden al pago del 100% de las acciones del capital social de I



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que por su parte, de acuerdo al inciso h) del artículo 56° de la citada norma, modificado por Decreto Legislativo N° 972, el impuesto a las personas jurídicas no domiciliadas en el país, por concepto de rentas provenientes de la enajenación de valores mobiliarios realizada dentro del país, se determinará aplicando la tasa del 5% mientras que, conforme al inciso j), las otras rentas están sujetas a la tasa del 30%.

Que cabe indicar que de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 30°-B del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF, modificado por Decreto Supremo N° 011-2010-EF, para efecto del inciso h) del artículo 56° de la Ley, se considerará que la enajenación de valores mobiliarios se ha realizado dentro del país, cuando los citados valores estén inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores y sean negociados a través de un mecanismo centralizado de negociación del Perú.

Que en consecuencia, de lo anterior se colige que la enajenación de valores mobiliarios realizada fuera del país, en contraposición a los términos definidos en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta como "dentro del país", se determinará aplicando la tasa del 30% por concepto de Impuesto a la Renta.

Que según los literales c) y d) del artículo 71° de la Ley del Impuesto a la Renta, modificada por Ley N° 29645, son agentes de retención las personas o entidades que paguen o acrediten rentas de cualquier naturaleza a beneficiarios no domiciliados, así como las Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores o quienes ejerzan funciones similares, constituidas en el país, cuando efectúen la liquidación en efectivo en operaciones con instrumentos o valores mobiliarios.

Que en concordancia con la disposición precedente, el primer párrafo del artículo 76° de la citada Ley, modificada por Ley N° 29645, establece que las personas o entidades que paguen o acrediten a beneficiarios no domiciliados rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza, deberán retener y abonar al fisco con carácter definitivo dentro de los plazos previstos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad mensual, los impuestos a que se refieren los artículos 54° y 56° de dicha ley, según sea el caso.

Que, de otro lado, el primer párrafo de la Norma XVI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, modificado por Decreto Legislativo N° 1121, regula lo concerniente a la calificación económica de los hechos imponible señalando que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

Que por su parte, en el último párrafo de la precitada Norma, se regula lo relativo a la simulación, indicando que en caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la disposición en comentario, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados.

Que sobre la facultad de calificación económica de la Administración Tributaria, este Tribunal ha dejado establecido, entre otras, en la Resolución N° 590-2-2003, que la apreciación o calificación del hecho imponible busca descubrir la real operación económica y no el negocio civil que realizaron las partes, razón por la cual permite la actuación de la Administración facultándola a verificar o fiscalizar los hechos imponibles ocultos por formas jurídicas aparentes.

Que en ese mismo sentido, la Resolución N° 10890-3-2016<sup>3</sup> señala que: "...este Tribunal admite la posibilidad que la Administración establezca la realidad económica que subyace en un contrato o en un conjunto de actos jurídicos estrechamente vinculados, supeditando dicha actuación a la acreditación fehaciente del negocio que en realidad ha llevado a cabo el contribuyente. La Administración, en virtud al

<sup>3</sup> Es pertinente tener en cuenta que el texto del primer párrafo de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, corresponde al texto del segundo párrafo de la Norma VIII del indicado cuerpo normativo, por lo que resulta válidamente aplicables a la Norma XVI, los criterios del Tribunal Fiscal emitidos con respecto a la Norma VIII.



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

*critero de la realidad económica recogido en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, se encuentra facultada a tomar en consideración y preferir la real operación efectivamente llevada a cabo, sobre el negocio civil realizado por las partes, encontrándose habilitada a fiscalizar los hechos impositivos ocultos por formas jurídicas aparentes; y siendo ello así se acepta la posibilidad de dejar de lado el acto jurídico realizado, y establecer las consecuencias impositivas de la real transacción económica que se ha efectuado.”*

Que habida cuenta que en el presente caso la Administración Tributaria ha hecho uso de la facultad de calificación económica de los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios, a fin de aplicar la norma tributaria correspondiente atendiendo a los actos efectivamente realizados por aquéllos, es pertinente revisar los acuerdos adoptados en los contratos, así como los actos realizados por la recurrente y las demás partes intervinientes, con el objeto de determinar si – conforme a lo determinado por la Administración – existe discrepancia entre la real operación efectivamente llevada a cabo, respecto de los negocios civiles realizados por la recurrente y las demás partes intervinientes en las operaciones, a efectos de establecer las consecuencias impositivas a dicha real transacción económica efectuada.

Que a fin de establecer los actos efectivamente realizados por los deudores tributarios, no es suficiente con atender aisladamente a las operaciones realizadas, sino que debe tenerse en cuenta la secuencia de negocios desarrollados, así como las situaciones y relaciones económicas éxistentes o establecidas por los interesados, por lo que es menester atender a los actos coetáneos y posteriores del contrato que – en principio – regularía el negocio jurídico que se alega haber efectuado (opción de compra), para conocer la verdadera operación llevada a cabo.

Que en tal orden de ideas, de la documentación obrante en el expediente se tiene que la recurrente suscribió diversos actos jurídicos (Convenio, Contrato de Compra Venta de Acciones, Contrato de Inversiones Conjuntas, Acuerdo de Capitalización y Opción de Compra y Contrato de Comisión de Confianza, Administración de Cuenta Escrow y Otros) y realizó diversos actos, los cuales fueron ejecutados en diferentes momentos y le permitieron la adquisición del 100% de las acciones del capital social de

Que conforme se aprecia de autos (Cláusula Primera del Convenio – foja 192 y 193 reverso), Kuntur es una sociedad constituida en el Perú, cuyo 100% de acciones - hasta antes de las operaciones de enajenación de acciones celebradas con la recurrente - eran de titularidad de sociedades constituidas y regidas por las leyes de las Islas Gran Caymán, teniendo, en tal orden de ideas, para los efectos de la Ley del Impuesto a la Renta la calidad de personas jurídicas no domiciliadas.

Que por su parte, \_\_\_\_\_ - en adelante \_\_\_\_\_ (actualmente \_\_\_\_\_ - la recurrente) es una sociedad constituida en el Perú e inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao en la Partida N° 11893941 (Ficha del Contribuyente – foja 1219 y 1219 reverso).

Que conforme a lo acordado en el Contrato de Compra Venta de Acciones (fojas 857 a 859) (en adelante Contrato de Compra Venta), así como en el Contrato de Inversiones Conjuntas, Acuerdo de Capitalización y Opción de Compra (fojas 822 a 837) (en adelante Contrato de Inversiones), se establece que tanto la enajenación del 51% de acciones del capital de \_\_\_\_\_ como la opción de compra y posterior enajenación del 49% acciones de \_\_\_\_\_ se realizó entre la recurrente como compradora y \_\_\_\_\_ como vendedores.

Que en consecuencia, la operación de enajenación de acciones se verifica entre una persona jurídica domiciliada (la compradora) y personas jurídicas no domiciliadas (las vendedoras).

8





# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que en cuanto a la cronología de los contratos celebrados por las partes y de la realización de ciertos actos relevantes para el análisis de la materia controvertida, de la documentación obrante en el expediente se identifican la siguiente secuencia de actos:

- **01.04.2011**  
Celebración de:  
Contrato Compra Venta del 51% acciones de  
Convenio.  
Contrato de Inversiones Conjuntas, Acuerdo de Capitalización y Opción de Compra.
- **18.08.2011**  
Obtención de la Certificación de Recuperación del Capital Invertido, emitido por la Administración Tributaria mediante la Resolución de Intendencia Nº 024-024-0010807/SUNAT.
- **04.11.2011**  
Celebración del Contrato de Comisión de Confianza, Administración de Cuenta Escrow y Otros.
- **14.11.2011**  
Solicitud de inscripción a la Bolsa de Valores de Lima (en adelante BVL) para el listado de sus acciones comunes con derecho a voto representativas de su capital social en el Registro Público del Mercado de Valores.
- **28.03.2012**  
Ejercicio de la Opción de compra.  
Depósito en Cuenta Escrow del pago del 100% acciones  
Inicio de la vigencia del Derecho de Usufructo a favor de  
Entrega de documentos societarios de [redacted] a representante de [redacted] (la recurrente) de parte del  
(Agente Escrow)
- **14.06.2012**  
Aprobación del listado de acciones de [redacted] en el Registro Público del Mercado de Valores por parte de la BVL mediante la Resolución de Intendencia General SMV Nº 051-2012-SMV/11.1
- **26.06.2012**  
Realización de la operación cruzada en rueda bursátil por el 49% de acciones de [redacted]
- **30.07.2014**  
Solicitud de inscripción a BVL para la exclusión del listado de sus acciones en [redacted], en el Registro Público del Mercado de Valores.
- **22.08.2014**  
Emisión de la Resolución de Intendencia General SMV Nº 078-2014-SMV/11.01 por parte de la BVL disponiendo la exclusión del listado de las acciones de [redacted] del Registro Público del Mercado de Valores.

Que del análisis que se efectuará en los considerando siguientes de los acuerdos tomados en los diversos contratos suscritos, se aprecia que a la recurrente le interesa adquirir el 100% de las acciones de [redacted] para la cual se estableció a su favor la opción de compra de tales acciones.

Que en el numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta del Convenio de 1 de abril de 2011 (foja 192 reverso) se señala:

*"Las partes reconocen y aceptan que, no obstante la suscripción del Contrato de Compra Venta, es su intención que [redacted] solo adquiera los derechos y obligaciones como titular*



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

**del cincuenta y un por ciento (51%) del capital social de una vez ejercida la opción de compra regulada en la cláusula cuarta del Contrato de Opción".**

Que, asimismo, en el numeral 4.2 de la cláusula cuarta del citado Convenio en comentario (foja 192 reverso), se aprecia que no obstante la suscripción de la compra venta del 51% de las acciones, las partes acuerdan que la transferencia de propiedad operada con dicho acuerdo solo es formal hasta el ejercicio de la opción de compra del 49% de acciones restantes, precisándose, además, que la recurrente no asume ningún derecho ni responsabilidad frente a los accionistas por la transferencia de las acciones, ni tampoco asume la obligación de pagar el precio pactado el que será exigible a partir del ejercicio de la opción, pactando lo siguiente :

*"En virtud de lo dispuesto en el numeral 4.1 anterior, queda claramente establecido que, si bien la titularidad formal sobre las Acciones ha sido transferida a favor de en virtud del Contrato de Compra Venta, las Partes reconocen que únicamente ha asumido los derechos, obligaciones y responsabilidades expresamente previstas en el presente Convenio y en el Contrato de Opción, razón por la cual no asume ningún derecho ni responsabilidad frente a los , por la transferencia de las Acciones, ni por su condición de accionistas formales.*

*De acuerdo con lo anterior, solo tiene el derecho formal de propiedad sobre las Acciones y, por tanto, no tiene ni el derecho ni la obligación de pagar el precio pactado bajo el Contrato de Compra Venta ni la obligación de sustituir el 51% de la contragarantía que respalda la "Garantía 1", según ésta se encuentra definida bajo el Contrato de Concesión (la "Garantía 1") y en cumplimiento del mismo, las cuales solo serán exigibles a partir del ejercicio de la Opción de Compra".*

Que otro acuerdo relevante es el contenido en el numeral 5.1 de la cláusula quinta del Convenio (foja 191), a través de la cual, y consistente con la transferencia formal acordada, la recurrente se obligó a no asistir a las Juntas Generales de Accionistas y a no ejercer su derecho de voto:

*"(...) En estos casos, la junta general de accionistas se llevará a cabo únicamente con asistencia de los obligándose a no asistir a la referida junta. No obstante lo anterior, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 6.7, los informarán a de su intención de celebrar la junta respectiva (indicando a dichos efectos los asuntos a ser tratados bajo la misma) y de los acuerdos que en virtud de ella se hayan tomado, dentro del día hábil siguiente de su celebración.*

*(...)*

*"Oll no estará obligada, y no deberá ejercer el derecho de intervención ni el derecho de voto que le dan las Acciones ni siquiera para adoptar aquellos acuerdos que por Ley General de Sociedades o por el estatuto de requieran del mismo. (...)"*

Que teniendo en cuenta las reglas antes glosadas, la recurrente suscribió, en paralelo a la suscripción del Convenio, el Contrato de Compra Venta de Acciones con , acordando la transferencia de 33 937 862 acciones de , que representan el 51% de su capital social. (Cláusulas Primera, numeral 1.2, y segunda del Contrato de Compra Venta fojas 859 reverso):

*"El Vendedor desea transferir 33 937 862 acciones de su propiedad, representativas del 51% del capital social de (las "Acciones"), para lo cual ha contactado al Comprador, quien ha manifestado su intención de adquirirlas."*

*"Por el presente instrumento, el Vendedor transfiere a favor del Comprador la propiedad exclusiva y excluyente de las Acciones, así como el íntegro de los derechos y prerrogativas que existen respecto de las mismas. La forma de pago del Precio, según se define en la*



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

*Cláusula Tercera siguiente, no afecta ni limita la transferencia de propiedad sobre las Acciones ni la inscripción de dicha transferencia en el Libro de Matrícula de Acciones de a favor del Comprador."*

Que las partes acordaron, inicialmente, que el precio de venta del 51% de las acciones ascendería a S/. 33 937 862,00 (Cláusula tercera Contrato de Compra Venta – foja 859 reverso), modificándolo a través de la Primera Adenda del 4 de noviembre de 2011 a US\$ 11 560 147,75 (foja 849).

Que se acordó también que el precio de venta de las acciones sería cancelado a través de (Agente Escrow), una vez obtenido el Certificado de Recuperación del Capital Invertido (Numerales 3.1 y 3.2 de la cláusula tercera del Contrato de Compra Venta, modificada mediante Primera Adenda – foja 859 reverso y 849):

*"El precio total por la compraventa de las Acciones es de US\$ 11 560 147,75 (...) (el "Precio") (...)."*

*"El Precio será cancelado por el Comprador a través de quien suscribirá con las Partes un contrato de comisión de confianza (el "Contrato Escrow") a más tardar a los doce (12) meses desde la suscripción del presente Contrato y previa obtención del Certificado de Recuperación de Capital Invertido por parte del Vendedor ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT. Dicho pago deberá hacerse de acuerdo con el Contrato Escrow en Dólares de los Estados Unidos de América en la cuenta bancaria que a dichos efectos notifique el Vendedor al Comprador al domicilio que se indica en la introducción del presente Contrato".*

Que el mismo 1 de abril de 2011, la recurrente y los accionistas con la intervención, entre otros, de (en adelante ), suscribieron el Contrato de Inversiones Conjuntas en el que se dejó constancia de que tenía interés en implementar, desarrollar y explotar las actividades reguladas bajo el Contrato de Concesión celebrado por con el Estado Peruano actuando a través del Ministerio de Energía y Minas, siendo que la recurrente expresó a los accionistas su interés en adquirir el 100% de las acciones y éstos su interés en que la recurrente llegue a ser individual o colectivamente propietaria del 100% de las acciones de (Cláusula Primera, numerales 1.5 y 1.7 del Contrato de Inversiones Conjuntas, Acuerdo de Capitalización y Opción de Compra foja 836):

*" es una empresa de ingeniería, construcción, montaje y suministro de equipos y materiales con experiencia en proyectos de infraestructura y está interesada en implementar, desarrollar y explotar las actividades reguladas bajo el Contrato de Concesión, como accionista de ."*

*" y han manifestado a los su interés de que OII o quien se designe según lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato, sean individual o colectivamente propietarios del cien por ciento (100%) de las acciones representativas del capital social de*

*Por su parte, a dichos efectos, los han expresado a y a su interés de venderle a y/o a quien se designe según lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato, el íntegro de las acciones de su propiedad emitidas por*

<sup>4</sup> Conforme se indica en el Estudio Técnico de Precios de Transferencia 2012, elaborado por Pricewaterhouse Coopers para la recurrente (fojas 539 a 692) es, conjuntamente con la recurrente, parte de las empresas del (siendo una subsidiaria directa de la que posee el 99.9% de su capital social y se encuentra domiciliada en la República Federativa del Brasil.



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

**a los efectos que o quien se designe según lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato, lleguen a ser individual o conjuntamente propietarios del cien por ciento (100%) de las acciones representativas del capital social de** ”.

Que asimismo se acordó el otorgamiento de una primera, preferente, exclusiva, gratuita e irrevocable opción de compra a favor de la recurrente de parte de los accionistas, para que ésta adquiriera el 100% de las acciones del capital de habiéndose acordado además que la opción de compra sería registrada en su Libro de Matrícula de Acciones de manera simultánea a la firma del contrato y que dicha opción de compra sería oponible a y a cualquier tercero que pretendiera adquirir, directa o indirectamente, las acciones representativas de su capital social (Cláusula cuarta, numerales 4.1 y 4.2 del Contrato de Inversiones Conjuntas – foja 834 reverso):

“Mediante el presente documento, los otorgan primera, preferente, exclusiva, gratuita e irrevocable opción de compra a favor de y/o de la persona jurídica que se designe de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena, para que o la persona jurídica que se designe de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena, adquieran libre de cargas y/o gravámenes la propiedad del cien por ciento (100%) de las acciones de titularidad de los representativas del capital social de (...).”

“La Opción de Compra será registrada en el Libro de Matrícula de Acciones de de manera simultánea a la suscripción de este documento, sin la necesidad de comunicación o autorización adicional por parte de ninguno de los , (...).  
(...)”

La Opción de Compra será oponible a y a cualquier tercero que pretenda adquirir, directa o indirectamente, las acciones representativas del capital social de de titularidad de cualquiera de los , o que pretenda adquirir cualquier derecho sobre las mismas”.

Que en concordancia con la obligación anteriormente descrita, los accionistas, asumieron la obligación de no enajenar, transferir ni afectar en forma alguna las acciones, incluso acordaron que no obstante extinguirse la citada obligación de no enajenar a los efectos de listar las acciones de en la BVL, no realizarían ningún acto que pudiera afectar la opción de compra (Cláusula cuarta, numerales 4.3 y 4.4 del Contrato de Inversiones Conjuntas – foja 833):

“Mediante el presente documento y durante la vigencia de la Opción de Compra (o, en caso se haya ejercido la Opción de Compra, hasta que las acciones objeto de la Opción de Compra sean adquiridas por o la persona jurídica que se designe de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena), los se obligan a no enajenar, transferir, gravar ni afectar ninguna de las acciones objeto de la Opción de Compra durante el plazo de vigencia del Contrato, (...).  
(...)”

La obligación de no enajenar se extinguirá, de ser necesario, a los efectos de listar las acciones de en la BVL durante la vigencia de la Opción de Compra. **No obstante lo anterior, queda establecido que los no realizarán ningún acto que pueda afectar la Opción de Compra regulada bajo el presente Contrato”.**

“En el caso que las acciones de fueran listadas en la BVL durante la vigencia de la Opción de Compra, los se comprometen a no tomar ninguna acción que pudiera perjudicar la Opción de Compra y/o reducir o alterar los derechos y obligaciones que de ella o de su eventual ejercicio se derivan, incluyendo el derecho de usufructo contemplado en el numeral 7.2.2 (b), lo que resulte aplicable. Asimismo, los



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

ACCIONISTAS se comprometen a causar que no tome ninguna acción que pudiera tener dichos efectos”.

Que las partes acordaron que la opción de compra se otorgara por un plazo de 12 meses contados desde la suscripción del Contrato de Inversiones Conjuntas, por lo que dicha opción vencía el 1 de abril de 2012, acordándose también que el precio del 100% de las acciones se fijó en US\$ 69 000 000,00 y que el pago del precio se efectuaría a través de la sociedad agente de bolsa que ejecute la operación en rueda de bolsa (Cláusula quinta, numera 5.2 y cláusula sexta, numeral 6.1, modificado por Adenda del 4 de noviembre de 2011, y párrafo final del Contrato de Inversiones Conjuntas – fojas 792 y 833 reverso):

*“La Opción de Compra se mantendrá vigente de manera irrevocable por un período de doce (12) meses contados desde la fecha de suscripción del presente Contrato, es decir, de acuerdo con la Cláusula Séptima, hasta el 1 de abril de 2012, inclusive; plazo durante el cual la Opción de Compra podrá ser ejercida. (...)”.*

*“El precio a ser pagado a favor de los por las acciones objeto de la Opción de Compra, asciende al monto que resulte de restar a la suma de US\$ 69 000 000,00 (...), el “Precio” tal como dicho término se define en el Contrato de Compraventa (el “Precio”).*

*Queda claramente establecido que el monto total que tienen derecho a recibir los por la venta de las acciones materia de la Opción de Compra, por la venta de las acciones materia del Contrato de Compraventa (según este término se define más adelante) es de US\$ 69 000 000,00 (...), sujeto a lo establecido en este Contrato. (...).”*

*“(...) el pago del Precio será efectuado a través de la sociedad agente de bolsa que ejecute la operación cruzada en la Rueda de la Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima, si así es requerido por dicha sociedad agente de bolsa. (...)”.*

Que en cuanto al ejercicio de la Opción de Compra, la recurrente y los accionistas, acordaron<sup>5</sup> que ésta se efectuaría a través de la remisión de una carta notarial dirigida al Agente Escrow ( ), a la que se debía adjuntar: (a) copia de la constancia del depósito de los US\$ 69 000 000,00 en la Cuenta Escrow, y (b) copia legalizada del cargo de recepción de la solicitud presentada al Ministerio de Energía y Minas requiriendo el reemplazo y devolución de la carta fianza emitida por el que respalda las obligaciones de en el Contrato de Concesión (Cláusula séptima, numeral 7.1 del Contrato de Inversiones Conjuntas - foja 832):

*“La Opción de Compra se considerará ejercida en la fecha de remisión por parte de ODEBRECHT de una carta notarial (la “Carta Notarial”) dirigida al Agente Escrow – por instituirlo así los en virtud del Contrato – a la dirección indicada en el Contrato Escrow, expresando que se ejerce la Opción de Compra e indicando, de ser el caso, la(s) persona(s) a favor de quienes se transferirá la propiedad de las acciones que son objeto de la referida Opción de Compra, con quienes se celebrarán todos los actos que sean necesarios para formalizar dicha transferencia. Simultáneamente al envío de la carta notarial deberá enviar copia de dicha carta a los*

*La Carta Notarial incluirá: (A) copia de la constancia del depósito de un monto ascendente a US\$ 69 000 000,00 (...) en la Cuenta Escrow a que se refiere el numeral 7.2.2 del Contrato; (B) copia legalizada notarialmente del cargo de recepción de la solicitud presentada al*

<sup>5</sup> Segunda Adenda (fojas 788 a 790).



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Ministerio de Energía y Minas, mediante la cual se requiere (i) el reemplazo de la actual carta fianza emitida por el \_\_\_\_\_ que respalda las obligaciones de \_\_\_\_\_ bajo el Contrato de Concesión (la “**Carta Fianza Actual**”) por una nueva carta fianza en los términos previstos en la cláusula Décima y el Anexo 4-A del Contrato de Concesión (la “**Nueva Carta Fianza**”) y (ii) la devolución del original de la Carta Fianza Actual, y adjuntando a la solicitud el original de la Nueva Carta Fianza; la copia legalizada notarialmente del cargo deberá incluir el texto completo de la solicitud y de la Nueva Carta Fianza en los términos exigidos en el Anexo 4-A del Contrato de Concesión”.

Que otro acuerdo adoptado por las partes, se refiere al derecho de usufructo irrevocable y gratuito otorgado a favor de la recurrente, el mismo que entró en vigencia de manera simultánea al ejercicio de la opción de compra y se mantuvo vigente hasta la realización de la operación en rueda de bolsa, en virtud del cual se concedió a la recurrente el ejercicio del íntegro de los derechos políticos y económicos derivados de las acciones objeto de la opción de compra, sin reserva ni limitación alguna, incluyendo la potestad de capitalizar los créditos que \_\_\_\_\_, ella o cualquier otro integrante del grupo \_\_\_\_\_ mantuviera frente a \_\_\_\_\_ habiendo sido registrado en el Libro de Matrícula de Acciones de \_\_\_\_\_ (Cláusula séptima, numeral 7.2.2, inciso b) del Contrato de Inversiones Conjuntas – fojas 830 a 832/reverso):

**“De manera simultánea al ejercicio de la Opción de Compra en los términos del numeral 7.1, entrará automáticamente en vigencia el derecho de usufructo que – mediante el presente Contrato – otorgan las \_\_\_\_\_ a favor de \_\_\_\_\_, sobre el íntegro de las acciones objeto de la Opción de Compra y se anotará en el libro de matrícula de acciones de \_\_\_\_\_ de acuerdo con lo previsto en el Anexo 7.2 (b).**

**El derecho de usufructo es irrevocable, gratuito y estará vigente hasta que \_\_\_\_\_ o la persona jurídica que se designe de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena adquieran la propiedad de las acciones objeto de la Opción de Compra. El derecho de usufructo concede a \_\_\_\_\_ la potestad de ejercer el íntegro de los derechos políticos y económicos derivados de las acciones objeto de la Opción de Compra sin reservas ni limitación alguna, incluyendo la potestad de capitalizar créditos que \_\_\_\_\_ o cualquier persona jurídica integrante del Grupo Económico de \_\_\_\_\_ mantenga frente a \_\_\_\_\_.**

**El derecho de usufructo sobre las acciones objeto de la Opción de Compra será registrado en el Libro de Matrícula de Acciones y en los certificados de acciones emitidos por \_\_\_\_\_ incluyéndose en ellos el texto que se indica en el Anexo N° 7.2.3 del Contrato”.**

Que las partes acordaron también, en forma simultánea al ejercicio de la Opción de Compra, ceder de manera automática el íntegro de los créditos, acreencias y derechos de cobro que los accionistas vendedores mantenía respecto a \_\_\_\_\_ - a la fecha del ejercicio de la opción de compra - a favor de la recurrente (Cláusula séptima, numeral 7.2.2, inciso c) del Contrato de Inversiones Conjuntas – foja 831):

**“De manera simultánea al ejercicio de la Opción de Compra, el íntegro de los créditos, acreencias y derechos de cobro que los \_\_\_\_\_, en condición de acreedores, mantengan frente a \_\_\_\_\_ en la fecha de ejercicio de la Opción de Compra (los “**Créditos**”) se considerarán automáticamente cedidos y transferidos, a favor de OII o la persona jurídica que se designe de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena para adquirir la propiedad de las acciones objeto de la Opción de Compra”.**

Que como parte de las obligaciones complementarias a las previamente reseñadas, las partes acuerdan que una vez ejercida la opción de compra, los Accionistas o la recurrente se obligaban a realizar todas las acciones y tomar todos los acuerdos necesarios en \_\_\_\_\_ a fin de que ésta solicite el listado del 100% de



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

sus acciones en la BVL, precisándose, además, que la solicitud del listado del 100% de las acciones en la BVL, se presentaría previa solicitud escrita de (Cláusula octava, numerales 8.2 y 8.3 del Contrato de Inversiones Conjuntas – fojas 829 y 830/reverso):

*“Los o la persona jurídica que se designe de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena para adquirir la propiedad de las acciones objeto de la Opción de Compra se obligan a realizar todas las acciones y tomar todos los acuerdos necesarios en (en el caso que la Opción de Compra haya sido ejercida), de ser el caso, con el fin de que esta última solicite el listado en la Bolsa de Valores de Lima del cien por ciento (100%) de sus acciones, y a suscribir todos los documentos que resulten necesarios para tal efecto”.*

*“La solicitud del listado en la BVL del cien por ciento (100%) de las acciones emitidas por se presentará los más pronto posible, previa solicitud por escrito de a los , la cual podrá ser enviada incluso antes del ejercicio de la Opción de Compra”.*

Que se aprecia de autos (fojas 752 a 777) que tanto la recurrente como los accionistas vendedores, entre otros sujetos intervinientes, suscribieron el Contrato de Comisión de Confianza, Administración de Cuenta Escrow y otros, en virtud del cual acordaron determinadas reglas con respecto a (i) la custodia y manejo de ciertas actas, documentos corporativos y los libros societarios de ; (ii) la implementación y ejecución de la Opción de compra, y, (iii) la administración de la Cuenta Escrow. (Cláusula segunda – fojas 774 y 775).

Que, en línea con lo estipulado en el Contrato de Inversiones Conjuntas y la primera adenda (fojas 749 a 751), acordaron que el ejercicio de la opción de compra sería a través de la remisión, por parte de la recurrente, de la carta notarial al Agente Escrow indicando su decisión de ejercer la opción de compra, del depósito de los US\$ 69 000 000,00– precio de venta del 100% de las acciones - y de la entrega de la carta dirigida al Ministerio de Energía y Minas respecto a la sustitución de la carta fianza que respalda las obligaciones de en el Contrato de Concesión con el Estado (Cláusula quinta – fojas 770 y 749).

Que acordaron también que ejercida la opción de compra y cumplidas las obligaciones vinculadas a éstas, el Agente Escrow entregaría los documentos corporativos y societarios de Kuntur a la recurrente, a más tardar al día hábil siguiente del ejercicio de la opción (Cláusula quinta, numeral 5.2 – foja 769).

Que, asimismo, se estipuló que la operación cruzada en la rueda de bolsa de la BVL se realizaría en la fecha o rango de fechas (dentro del plazo de 30 días de efectuados los pagos) que la recurrente indicará por escrito a los Accionistas, al Banco y a (“Fecha de Cierre”), precisándose que de no señalar la recurrente una fecha para la realización de la operación cruzada, ésta se efectuaría en la fecha que designarán los accionistas vendedores de común acuerdo con la recurrente (Cláusula séptima, numeral 7.2 – foja 761)

Que se acuerda que en la fecha de cierre, procedería a ejecutar en forma cruzada las órdenes de venta y compra, recibidas de y la recurrente respectivamente, a informar al Banco la ejecución de la operación y a emitir la Póliza con la liquidación de la operación y posteriormente (a más tardar 30 días después) a entregar a los Accionistas el Certificado de Retención del Impuesto a la Renta emitido por CAVALI (Cláusula séptima, numerales 7.1, (v) y 7.5 – fojas 760 y 762).

Que cabe mencionar, que obran en autos copias de las actas de las sesiones de Junta General de Accionistas de de fechas 28 y 30 de marzo, 2 y 10 de abril y 1 de junio de 2012 (fojas 137 a 170) en las que con la participación de la recurrente como titular de 33 937 862 acciones suscritas y como usufructuaria de los derechos políticos y económicos sobre 32 606 964 acciones, se adoptaron acuerdos relativos a: (a) la remoción del directorio, (b) elección del nuevo directorio, (c) designación del Gerente



# Tribunal Fiscal

N° 04234-5-2017

General y otorgamiento de poderes, (d) revocación de apoderados y poderes, (e) formalización de acuerdos; y, (f) aprobación de la memoria anual de la gestión social y de los estados financieros correspondientes al ejercicio económico 2011.

Que consta también en autos (fojas 113 y 114) copia del Acta de Entrega de Documentos de 28 de marzo de 2012, en la que se deja constancia que el Agente Escrow hizo entrega al representante de la recurrente para ese efecto, de diversos documentos societarios entre los cuales destacan la referencia a la entrega de los Certificados de acciones N° 53 y 56 de ..., emitidos a favor de ... (la recurrente) y suscritos por dos directores, conforme a lo exigido por el artículo 100° de la Ley General de Sociedades, debiéndose indicar que conforme se desprende del expediente el Certificado N° 53 corresponde a la adquisición de 33 937 862 acciones – equivalente al 51% de acciones (foja 856) y el Certificado N° 56 reemplaza a los Certificados N° 54 y 55 y corresponde a la adquisición de 32 606 964 de acciones – equivalente al 49% de acciones restantes de ..., según se desprende de las copias del asiento de transferencia de acciones y del asiento de Opción de Compra (fojas 856 y 813 respectivamente).

Que de los actos realizados por las partes, reseñados en los considerandos precedentes, y con base en la calificación económica de los hechos imponible, se establece que la transferencia de propiedad del 100% de las acciones representativas del capital social de ..., para efectos tributarios, se produjo el 28 de marzo de 2012.

Que la conclusión anteriormente expuesta tiene como fundamento lo dispuesto en los artículos 82°, 95° y 100° de la Ley General de Sociedades<sup>6</sup>, los artículos 1.1°, 29.1°, 255.1° 255.2° y 257.1° de la Ley de Títulos Valores<sup>7</sup> y los artículos 1206°, 1207° 1419°, 1422°, 1529° y 1583° del Código Civil<sup>8</sup>.

## Ley General de Sociedades:

### Artículo 82°:

*“Las acciones representan partes alicuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164° y las demás contempladas en la presente Ley.”*

### Artículo 95°:

*“La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos:*

- 1. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación;*
- 2. Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda;*
- 3. Fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto, la gestión de los negocios sociales;*
- 4. Ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en esta ley, para:*
  - a) La suscripción de acciones en caso de aumento del capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y*
  - b) La suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones; y,*

<sup>6</sup> Aprobada por Ley N° 26887.

<sup>7</sup> Aprobada por Ley N° 27287.

<sup>8</sup> Aprobado por Decreto Legislativo N° 295 y modificatorias.





# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

5. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto.”

Artículo 100°:

“Las acciones emitidas, cualquiera que sea su clase, se representan por certificados, por anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma que permita la ley.

Los certificados de acciones, ya sean provisionales o definitivos, deben contener, cuando menos, la siguiente información:

1. La denominación de la sociedad, su domicilio, duración, la fecha de la escritura pública de constitución, el notario ante el cual se otorgó y los datos de inscripción de la sociedad en el Registro;
2. El monto del capital y el valor nominal de cada acción;
3. Las acciones que representa el certificado, la clase a la que pertenece y los derechos y obligaciones inherentes a la acción;
4. El monto desembolsado o la indicación de estar totalmente pagada;
5. Los gravámenes o cargas que se puedan haber establecido sobre la acción;
6. Cualquier limitación a su transmisibilidad; y,
7. La fecha de emisión y número de certificado.

El certificado es firmado por dos directores, salvo que el estatuto disponga otra cosa.”

Ley de Títulos Valores:

Artículo 1.1°:

“Los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales, tendrán la calidad y los efectos de Título Valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza. Las cláusulas que restrinjan o limiten su circulación o el hecho de no haber circulado, no afectan su calidad de título valor”.

Artículo 29.1:

“El título valor nominativo es aquél emitido en favor o a nombre de persona determinada, quien es su titular. Se transmite por cesión de derechos. Estos títulos carecen de la cláusula “a la orden” y si se consigna no lo convierte en título valor endosable”.

Artículo 255.1°:

“Son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva, con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan. (...)”.

Artículo 255.2°:

“Los valores mobiliarios son libremente negociables, en forma privada o mediante oferta pública a través de los mecanismos centralizados de negociación respectivos o fuera de ellos, observando la ley de la materia”.

Artículo 257°.1°:

“La Acción se emite sólo en forma nominativa. Es indivisible y representa la parte alícuota del capital de la sociedad autorizada a emitirla. Se emite en título o mediante anotación en cuenta y su contenido se rige por la ley de la materia.”



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Código Civil:

*Artículo 1206°:*

*"La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto."*

*Artículo 1207°:*

*"La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad."*

*Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión."*

*Artículo 1419°:*

*"Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no."*

*Artículo 1422°:*

*"El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo"*

*Artículo 1529°:*

*"Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero".*

*Artículo 1583°:*

*"En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega."*

*El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido."*

Que de las normas glosadas se tiene que la acción confiere a su titular derechos políticos y patrimoniales y se representan, entre otra forma, por certificados, los cuales constituyen un título valor nominativo que se transmite por cesión escrita de derechos, siendo que si el contrato que constituye el título de la transferencia del derecho consta por escrito, dicho documento sirve de constancia de la cesión.

Que en el caso del 49% de las acciones del capital social de con el ejercicio de la opción de compra el 28 de marzo de 2012 y el cumplimiento de los requerimientos estipulados por las partes (remisión carta notarial del ejercicio de la opción de compra – fojas 782 y 783, depósito del pago del precio del 100% de las acciones en la cuenta Escrow – foja 746 y presentación del cargo de remisión de la carta al Ministerio de Energía y Minas solicitando la devolución y reemplazo de la carta fianza que garantiza a en el Contrato de Concesión – fojas 783, 782 y 783), se configuró en tal fecha la compra venta definitiva del 49% de las acciones y la transferencia de propiedad de éstas a favor de la recurrente, dado que se cedió a ésta el ejercicio del íntegro de los derechos políticos y económicos derivados las acciones objeto de la Opción de Compra sin reservas ni limitación alguna, lo cual comprendía, entre otros derechos económicos, el derecho a disponer de las acciones, e incluyó además la potestad de capitalizar, entre otros, sus créditos frente a mientras que en el caso del 51% de acciones, en dicha fecha se perfeccionó el contrato de compra venta al haberse cumplido la condición suspensiva estipulada por las partes, cuál era el ejercicio de la opción de compra y el pago del precio de venta de las acciones.



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que en tal orden de ideas, en el presente caso al perfeccionarse la compra venta del 49% de las acciones con el ejercicio de la opción de compra, dicha compra venta - título - importó también la constancia de la transferencia de la titularidad de accionista y de las acciones a favor de la recurrente.

Que adicionalmente como se indicó en considerandos precedentes, la calificación económica de los hechos imponible prevista en el primer párrafo de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, permite determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible tomando en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios, por lo que corresponde destacar a continuación aquellos hechos que demuestran la real operación efectivamente llevada a cabo por las partes, más allá de los negocios civiles realizados:

1. Conforme ha sido destacado en los considerandos precedentes, la recurrente expresó su voluntad de ser propietaria del 100% de las acciones de por lo que reservó la propiedad formal del 51% de acciones adquiridas en virtud del contrato de compraventa, no a la fecha en que se efectuó la operación cruzada en rueda de bolsa, sino a la fecha en la que se hizo ejercicio de la opción de compra, esto es el 28 de marzo de 2012, ello en razón de que – como ha sido expuesto – en esa fecha se produjo el perfeccionamiento del contrato de compra venta del 49% de acciones restantes y la transferencia de propiedad de éstas a su favor, produciéndose en ese momento la condición buscada por la recurrente, esto es, ser titular del 100% de las acciones del capital social de
2. Desde el 28 de marzo de 2012 la recurrente actuó frente a la sociedad y frente a terceros, por ejemplo el Ministerio de Energía y Minas, como accionista de aquélla, premunida de todos los derechos políticos y patrimoniales de los que goza un accionista, al adoptar una serie de acuerdos societarios, tales como la remoción del directorio, la elección de un nuevo directorio, la designación del Gerente General, la aprobación de la memoria anual de la gestión social y de los estados financieros correspondientes al ejercicio económico 2011, así como la solicitud al precitado Ministerio por el que requiere el reemplazo y devolución de la carta fianza originalmente emitida garantizando a en el Contrato de Concesión con el Estado Peruano, por una nueva carta fianza; todas acciones que hacen a la naturaleza de un accionista y no de un usufructuario al que la ley le concede la cesión temporal de ciertos derechos del accionista más no de todos y no de manera indefinida, como ocurrió en el presente caso".
3. Asumió desde el 28 de marzo de 2012 los créditos que los accionistas vendedores mantenían respecto a Kuntur, sin que se desprenda de los acuerdos suscritos por las partes, alguna otra razón para ello que no fuera el perfeccionamiento de la transferencia de propiedad de las acciones y por ende la titularidad de accionista debido al ejercicio del derecho de la opción por parte de la recurrente, con el que se convirtió en propietario de las acciones y sustituyó a aquéllos en todos sus derechos como tales.
4. Se asumieron acuerdos que no se condicen con los objetivos de listar en un mercado centralizado de negociación bursátil. Así, los accionistas vendedores se comprometieron a no realizar algún acto que pudiera afectar la opción de compra incluso luego de listadas las acciones en la BVL., y fijaron de antemano (previo al listado en la BVL) quién sería el comprador de sus acciones y cuál sería el precio de éstas, siendo que conforme a lo señalado por la Bolsa de Valores de Lima en respuesta al requerimiento de información de la Administración, dos de los objetivos de listar acciones en bolsa son el de formación de precios y mayores opciones para vender acciones; lo cual coincide con lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores<sup>9</sup>, según el cual constituye "oferta pública de valores mobiliarios la invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general, o a determinados segmentos de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios"

<sup>9</sup> Aprobado por el Decreto Supremo N° 0093-2002-EF.



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

(artículo 4°); mientras que “Son mecanismos centralizados de negociación regulados por esta Ley aquellos que reúnen o interconectan simultáneamente a varios compradores y vendedores con el objeto de negociar valores, instrumentos derivados e instrumentos que no sean objeto de emisión masiva.” (artículo 110°). De otro lado se destaca que la finalidad del Registro Público de Valores es “poner a disposición del público la información necesaria para la toma de decisiones de los inversionistas y lograr la transparencia en el mercado” (artículo 13°), nada de lo cual corresponde a lo ocurrido en el caso de autos, en el que no se trató de una oferta abierta al público sino que la operación cruzada se efectuó con un comprador previamente determinado, a un precio fijado de antemano y con posterioridad al haberse producido la compra venta y transferencia de las acciones representativas del capital social de

5. Se otorgó a la recurrente la facultad de decidir<sup>10</sup> la fecha de cierre de la operación cruzada, lo que denota que tanto para las sociedades vendedoras como para la recurrente ostentaba la calidad de accionista único y por ende el que gozaba de la prerrogativa de decidir la oportunidad del referido acto.
6. De acuerdo a la cronología de los actos efectuados, se tiene que la operación cruzada en rueda bursátil efectuada el 26 de junio de 2012, fue la única operación efectuada en un mecanismo centralizado de negociación bursátil luego de obtenerse el Certificado de Recuperación del Capital Invertido de las acciones representativas del capital social de habida cuenta que fueron canceladas las 13 propuestas de negociación bursátil que se produjeron con posterioridad a la realizada en junio y durante el período en el que las acciones de estuvieron listadas en bolsa (14.06.2012 al 22.08.2014), lo que evidencia que era aparente el interés de las partes intervinientes en los diversos contratos suscritos, por realizar operaciones públicas de venta de valores en la BVL.

Que lo anterior permite concluir en la existencia de una simulación en lo concerniente a la oportunidad y mercado utilizado para la transferencia de las acciones<sup>11</sup> y establecer, coincidiendo con lo determinado por la Administración, que el 28 de marzo de 2012 se produjo, realmente, la transferencia de propiedad del 100% de las acciones de a la recurrente, a través del perfeccionamiento de diversos negocios jurídicos (compra venta, opción de compra, usufructo, cesión de derechos) dirigido a dar la apariencia de que la oportunidad de la transferencia antes dicha se produjo en un momento posterior y en un mercado distinto al realmente utilizado. Por lo cual, al mediar simulación, debe estimarse procedente que la Administración aplique la norma tributaria correspondiente al acto realmente realizado por las partes, que en el presente caso es el inciso j) del artículo 56° de la Ley del Impuesto a la Renta.

Que a propósito de la simulación es pertinente tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 26 de Abril de 2012<sup>12</sup>: “La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico norma otro propósito comercial, ya sea éste

<sup>10</sup> Solo en el caso en que la recurrente no manifestaría su decisión en el plazo estipulado, se procedería a decidir la fecha en un acuerdo conjunto con la recurrente.

<sup>11</sup> Cabe indicar que este Tribunal ha dejado establecido en las Resoluciones Nº 4773-4-2006 y 4774-4-2006, que la discordancia entre la realidad económica y la forma jurídica respecto de una operación económica determinada, puede evidenciarse en distintos niveles de desajuste entre forma y fondo, constituyendo uno de ellos la realización de actos simulados.

<sup>12</sup> En [https://supremo.vlex.es/vid/-375392206?\\_ga=1.208539346.1502542560.1492548794](https://supremo.vlex.es/vid/-375392206?_ga=1.208539346.1502542560.1492548794).



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

*contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)."*

Que atendiendo a lo precedentemente expuesto, en el presente caso la realidad jurídica aparente (simulada) es la transferencia de propiedad de las acciones bajo análisis en el mercado centralizado de negociación de la BVL el 26 de junio de 2012, mientras que la realidad jurídica subyacente es la concreción de la citada transferencia de propiedad fuera de un mercado bursátil el 28 de marzo de 2012.

Que con relación a la determinación de la renta neta imponible, el primer párrafo del artículo 76° de la Ley del Impuesto a la Renta establece que las personas o entidades que paguen o acrediten a beneficiarios no domiciliados rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza, deberán retener y abonar al fisco con carácter definitivo dentro de los plazos previstos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad mensual, los impuestos a que se refieren los artículos 54° y 56° de dicha ley, según sea el caso, precisándose en el último párrafo que para los efectos de la retención establecida, se consideran rentas netas, sin admitir prueba en contrario, la totalidad de los importes pagados o acreditados correspondientes a rentas de la segunda categoría, salvo los casos a los que se refiere el inciso g), en cuyo caso se considerará renta neta el importe que resulte de deducir la recuperación del capital invertido provenientes, entre otros, de la enajenación de bienes o derechos. La deducción del capital invertido se efectuará con arreglo a las normas que a tal efecto establezca el Reglamento.

Que por su parte el inciso a) del artículo 57° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, establece que se entenderá por recuperación del capital invertido para efecto de aplicar lo dispuesto en el inciso g) del artículo 76° de la Ley, tratándose de la enajenación de bienes o derechos, al costo computable determinado de conformidad con lo dispuesto por los artículos 20° y 21° de la Ley y el artículo 11° del Reglamento; se indica además que la SUNAT con la información proporcionada sobre los bienes o derechos que se enajenen o se fueran a enajenar emitirá una certificación dentro de los treinta días de presentada la solicitud.

Que de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 20° y 21° incisos a) y e) de la Ley del Impuesto a la Renta, la renta bruta está constituida por el conjunto de ingresos afectos al impuesto que se obtenga en el ejercicio gravable. Cuando tales ingresos provengan de la enajenación de bienes, la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de los bienes enajenados, el que en el caso de la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones adquiridas a título oneroso será el costo de adquisición y tratándose de acciones o participaciones de una sociedad, todas con iguales derechos, que fueron adquiridas o recibidas por el contribuyente en diversas formas u oportunidades, el costo computable estará dado por su costo promedio ponderado, de acuerdo a lo señalado por el Reglamento.

Que ahora bien, conforme a lo acordado por las partes en el Contrato de Inversiones Conjuntas, el precio a ser pagado a favor de los accionistas vendedores por las acciones objeto de la Opción de Compra, ascendía al monto que resultara de restar a la suma de US\$ 69 000 000,00 el precio correspondiente al 51% de las acciones objeto del Contrato de Compraventa, que - conforme también ha sido indicado - ascendió a US\$ 11 560 147,00.

Que en tal orden de ideas, dicho importe resultante (US\$ 57 439 853,00) constituía el ingreso afecto o renta bruta, del cual, de acuerdo a las normas glosadas, únicamente correspondía deducirse el costo de adquisición de las acciones a fin de determinar la renta neta imponible.

Que conforme se verifica de la Resolución de Determinación N° 012-003-0071160, la Administración Tributaria ha liquidado el Impuesto a la Renta de No domiciliados, considerando el valor de transferencia pactado por las partes, lo que constituye la renta bruta, descontando de dicho importe el costo computable de adquisición de las acciones consignado en el Certificado de Recuperación del Capital Invertido –



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Resolución de Intendencia Nº 024-024-0010807, determinando así la ganancia de capital gravable, lo que resulta arreglado a ley, en consecuencia corresponde confirmar la apelada en este extremo.

## Resolución de Multa Nº 012-002-0028217

Que la Resolución de Multa Nº 012-002-0028217 (fojas 1301 y 1302) fue emitida por la infracción tipificada en el numeral 13 del artículo 177º del Código Tributario.

Que de conformidad con el numeral 13 del artículo 177º del Código Tributario, constituye infracción, no efectuar las retenciones o percepciones establecidas por Ley, salvo que el agente de retención o percepción hubiera cumplido con efectuar el pago del tributo que debió retener o percibir dentro de los plazos establecidos.

Que toda vez que la Resolución de Multa Nº 012-002-0028217, se sustenta en el reparo que ha dado lugar a la Resolución de Determinación Nº 012-003-0071160, el mismo que ha sido mantenido en la presente instancia, por lo que se establece que se ha configurado la infracción tipificada en el numeral 13 del artículo 177º del Código Tributario, en consecuencia la citada resolución de multa se encuentra arreglada a ley, correspondiendo confirmar la apelada en dicho extremo.

Que con respecto a lo alegado por la recurrente respecto a que la Administración Tributaria ha recurrido de forma arbitraria a la facultad de calificación regulada por los párrafos primero y último de la Norma XVI del Código Tributario, como ya se ha indicado este Tribunal reconoce que la calificación económica constituye una facultad de la Administración Tributaria de la que puede hacer uso para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible a fin de aplicarle la norma tributaria que resulte pertinente a los actos efectivamente realizados, por lo que carece de validez lo alegado por aquella.

Que con relación a que la facultad de calificación económica prevista en la Norma XVI del Código Tributario, no permite a la Administración evaluar la intención o finalidad económica de los contribuyentes al momento de adoptar una estructura jurídica en una operación para propósitos de recalificarla, resultando indebida si la Administración sustenta su aplicación en que la intención del contribuyente ha sido disminuir su carga tributaria, dado que en tal caso se trataría de un supuesto de fraude de ley cuya vigencia en el contexto de la Norma XVI se encuentra suspendida y que las partes no tuvieron la intención o propósito de engañar, asimismo que los contribuyentes son libres de adoptar la forma jurídica que más convenga a sus intereses (siempre que se trate de una operación real), en atención al principio de economía de opción, debiendo la Administración Tributaria garantizar la libertad de contratar y contractual, las que facultan a las personas a elegir cómo, dónde, con quien y con qué contenido celebrar un contrato, no pudiendo aquélla cuestionar la decisión en tanto no acredite indubitablemente que el sustento económico es distinto a la figura jurídica empleada; se debe indicar que, conforme ha sido expuesto en los considerando anteriores, la calificación económica permite a la Administración identificar el verdadero acto, situación o relación económica efectivamente realizados o perseguidos por los deudores tributarios a fin de aplicarles la norma tributaria correspondiente; que así lo ha dejado establecido este Tribunal en la Resolución Nº 10890-3-2006 "(...) este Tribunal admite la posibilidad que la Administración establezca la realidad económica que subyace en un contrato o en un conjunto de actos jurídicos estrechamente vinculados, supeditando dicha actuación a la acreditación fehaciente del negocio que en realidad ha llevado a cabo el contribuyente. La Administración, en virtud al criterio de la realidad económica (...) se encuentra facultada a tomar en consideración y preferir la real operación efectivamente llevada a cabo, sobre el negocio civil realizado por las partes, encontrándose habilitada a fiscalizar los hechos imposables ocultos por formas jurídicas aparentes; y siendo ello así se acepta la posibilidad de dejar de lado el acto jurídico realizado, y establecer las consecuencias impositivas de la real transacción económica que se ha efectuado."; por lo que no procede amparar tales alegatos.



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que con relación a que no se han configurado los elementos para calificar que existe una simulación relativa en el presente caso, dado que no es posible atribuir la existencia de una disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada entre los participantes de las operaciones, pues desde un inicio la intención de las partes fue que el 49% de las acciones representativas del capital de se transfiera una vez listadas las acciones en Bolsa; se debe indicar que conforme ha quedado establecido de los diversos acuerdos tomados, a partir del 28 de marzo de 2012 los participantes de las operaciones reconocieron y admitieron en los hechos el ejercicio de los derechos que como accionista adquirió la recurrente como consecuencia de la transferencia de propiedad de las acciones representativas del capital social de (voluntad interna), aun cuando siguieron adelante con la operación de venta de valores mobiliarios en rueda de bolsa (voluntad declarada), no obstante que la transferencia de propiedad de las acciones objeto de dicha operación bursátil ya había operado entre los mismos comprador y vendedores el 28 de marzo de 2012.

Que en cuanto a que la Administración no acredita que el 28 de marzo de 2012 haya ejercido, sin limitación alguna, todos los atributos económicos y políticos sobre el 49% de las acciones del capital de (habiéndolos ejercido únicamente a partir del 26 de junio de 2012) los que también pueden ejercerse a través de un usufructo de acciones de acuerdo a la Ley General de Sociedades, agregando que solo si aquella demuestra que pudo ejercer todos los atributos del derecho de propiedad una vez configurado el contrato de compra venta definitivo, podría afirmar que se produjo la transferencia de propiedad en dicha fecha; se debe indicar que conforme a lo antes expuesto se encuentra acreditado en autos que la recurrente adquirió la propiedad del 100% de las acciones el 28 de marzo de 2012 con el perfeccionamiento del contrato de compra venta, el cual conllevó la cesión de derechos operada a su favor, por lo que a partir de ese momento ésta podía ejercer todos los atributos de la propiedad, incluido el de disposición.

Que con respecto a que la facultad de calificación no habilita a la Administración a obligar al contribuyente a aplicar el régimen jurídico más gravoso, debe reiterarse que dicha facultad permite aplicar al acto realmente realizado la norma tributaria correspondiente, como ha sucedido en el presente caso.

Que en cuanto a que la Administración confunde las figuras de perfeccionamiento del contrato con la transferencia de propiedad, debe estarse a lo indicado precedentemente respecto al título con el que se entiende acreditada la transferencia de propiedad de las acciones.

Que con relación a que la oportunidad de la solicitud del listado de acciones de evaluada en conjunto con las cláusulas suscritas por las partes demuestra indubitablemente que la voluntad de éstas siempre fue que el 49% de las acciones de sean transferidas en una operación de rueda de bolsa, debe indicarse que en contraposición a la fecha de la solicitud a que alude la recurrente, se han identificado otros actos concretos que desestiman que el acto perseguido por las partes fue transferir la propiedad con ocasión de una operación bursátil y éstos son los mencionados en considerandos precedentes.

Que respecto a que de acuerdo al Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa, la transferencia de propiedad de los valores objeto de una operación en Bolsa se produce con la correspondiente inscripción a favor del adquirente en el registro de dicha institución en el día de su liquidación y que conforme a las normas del mercado de valores cualquier acuerdo privado de enajenación de acciones listadas en bolsa, que no sea llevado a cabo mediante las modalidades previstas en la Ley del Mercado de Valores que no sean anotados en cuenta en el Registro Contable de CAVALI no tienen eficacia y validez, se debe señalar que carecen de pertinencia y no resultan aplicables al haberse establecido en autos que la transferencia de acciones objeto de controversia se efectuó con anterioridad a la operación cruzada y fuera del mecanismo centralizado de negociación bursátil.

Que con relación a que el valor de venta del 49% de las acciones de es el precio establecido en la Póliza N° 11391 emitida por ascendente a S/. 136 623 179,16, se debe tener en cuenta que el valor de transferencia de las acciones establecido por las partes ascendió a un importe en dólares (US\$ 69



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

000 000,00 menos US\$ 11 560 147,00), el mismo que correspondía convertirse a soles, conforme a lo establecido por el inciso a) del artículo 61° de la Ley del Impuesto a la Renta, apreciándose de autos que la determinación del valor de transferencia efectuada por la Administración se ajusta a lo dispuesto por el aludido artículo.

Que de otro lado, no resulta atendible la pretensión de la recurrente de disminuir la base de cálculo del impuesto en el monto de las inversiones en exceso realizadas, toda vez que las disposiciones del Impuesto a la Renta que regulan la determinación de la renta neta gravable en el caso de enajenación de acciones a título oneroso, señalan de manera taxativa que el único concepto a descontarse es el correspondiente al costo de adquisición de las acciones, siendo que el acuerdo arribado por la recurrente con los vendedores de deducir dichas inversiones sólo tiene validez en el ámbito privado y no afecta la determinación del Impuesto a la Renta.

Que la recurrente alega que la obligación tributaria del Impuesto a la Renta de No Domiciliado únicamente se configuró el 26 de junio de 2012, fecha en que se concretaron el aspecto material (transferencia de las acciones en rueda de bolsa) y temporal (puesta a disposición de la contraprestación a favor de los accionistas) de la hipótesis de incidencia, agregando que el saldo de los fondos del depósito de los US\$ 69 000 000,00 fueron depositados en una Cuenta Escrow, la misma que tenía la condición de un depósito en garantía y no se encontraba a libre disposición de los vendedores sino únicamente del agente escrow al 28 de marzo de 2012, el que solo podía liberarlos una vez cumplida la condición o instrucción, cuál era la realización de la operación en rueda de Bolsa, añadiendo que el carácter de garantía del depósito se encontraría reforzado por el hecho de que el importe depositado se encontraba sujeto a ajustes, liquidaciones y devoluciones posteriores.

Que sobre el particular corresponde indicar que conforme a la cláusula séptima, numeral 7.1 del Contrato de Inversiones Conjuntas, las partes acordaron que la Opción de Compra se consideraría ejercida – y consecuentemente perfeccionados el contrato de compra venta y la transferencia de propiedad por la cesión de derechos operada - en la fecha de remisión la Carta Notarial al Agente Escrow, la que debía incluir copia de la constancia del depósito del monto ascendente a US\$ 69 000 000,00 en la Cuenta Escrow a que se refiere el numeral 7.2.2 del Contrato de Inversiones Conjuntas, importe que de acuerdo a la cláusula sexta, numeral 6.1 del referido contrato correspondía al monto total que tenían derecho a recibir los accionistas por la venta de las acciones materia de la Opción de Compra y por la venta de las acciones materia del Contrato de Compraventa, constando en autos (foja 746) la constancia bancaria de la realización del indicado depósito el 28 de marzo de 2012. De otro lado, las partes acordaron también en el Contrato de Comisión de Confianza, Administración de Cuenta Escrow y Otros, entre otros acuerdos, las directrices que debería seguir el Agente Escrow en relación al encargo de administración de la Cuenta Escrow<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> En el numeral 1.7 de la cláusula primera se establece que *"De conformidad con lo establecido en el Contrato de Opción, a los efectos de viabilizar el ejercicio de la Opción, las partes de dicho contrato acordaron suscribir este Contrato y encargar al BANCO la custodia de ciertos documentos, la apertura y manejo de una Cuenta Escrow y la realización de ciertas actividades.*

*En tal sentido, los ACCIONISTAS,*

*han solicitado la participación del BANCO a fin de que actúe como agente en los términos y condiciones establecidos en el presente Contrato."*; asimismo en el inciso a) del numeral 6.1 de la cláusula sexta respecto a la liberación de los fondos depositados en la Cuenta Escrow, las partes estipularon lo siguiente: *"Para efecto de la liberación de los fondos de la Cuenta Escrow, las Partes acuerdan lo siguiente: (a) y los ACCIONISTAS (de forma individual o conjuntamente, según sea el caso de acuerdo a lo establecido en el numeral 6.2 siguiente) serán los únicos autorizados para emitir instrucciones al BANCO para la liberación de los fondos depositados en la Cuenta Escrow mediante cartas. En dichas cartas de instrucción, se debe indicar con absoluta precisión quiénes deberán ser los beneficiarios de tales fondos y la forma de pago respectiva, la cual podrá ser mediante transferencias bancarias o a través de la emisión de cheques de gerencia."*





# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que cabe indicar que si bien el contrato de comisión bajo comentario también incluye<sup>14</sup> el acuerdo de la recurrente y los accionistas de que las instrucciones que se emitieran para liberar los fondos se ajustarían a las disposiciones establecidas en el Contrato de Opción y al propio contrato de comisión, no es menos cierto que con base en la prerrogativa prevista en el inciso a) del numeral 6.1 de la cláusula sexta antes reseñada, las partes podían impartir una instrucción distinta al agente escrow quien únicamente en dicho caso debía confirmar la instrucción pero no negarse a ejecutarla<sup>15</sup>.

Que en consecuencia, las partes acordaron que el abono del precio total de venta de las acciones se efectuara en la referida Cuenta Escrow administrada por el \_\_\_\_\_, la que más allá de tener la calidad de cuenta de garantía, era el lugar designado por las partes para dar cumplimiento a una de las obligaciones a cargo de la recurrente, cual era depositar el importe correspondiente al precio de venta de las acciones; adicionalmente se aprecia que las instrucciones impartidas al agente escrow respecto a la oportunidad de la liberación de los fondos eran el resultado de los acuerdos que voluntariamente adoptaron las partes, por lo que producido el depósito de los fondos en la referida cuenta, dicho importe de dinero se encontraba a disposición de los vendedores, lo que no resulta enervado por el hecho de que éstos decidieran, de acuerdo a lo que voluntariamente pactaron, mantener éstos en esa cuenta hasta un momento posterior, como fue la liquidación de la operación bursátil, instruyendo de ello al agente escrow.

Que el referido criterio de la voluntariedad de la disposición ha sido recogido por este Tribunal, entre otras, en las Resoluciones N° 11985-8-2013 y 05657-5-2004, al delimitar el criterio de lo percibido en el Impuesto a la Renta, habiendo establecido que la "puesta a disposición" a que hace referencia la ley del citado impuesto debe ser entendida como la oportunidad en que el contribuyente puede hacer suyo el ingreso, dependiendo solo de su voluntad que tal situación acontezca.

Que adicionalmente es pertinente también tener en cuenta el concepto de retención que se recoge en la Resolución N° 5015-2-2003 en la que se hace mención a la definición formulada por \_\_\_\_\_ cuando refiriéndose al instituto de la retención en la fuente, señala que retener significa detraer de una suma dineraria de un contribuyente (y con la cual se halla en contacto el agente de retención) un determinado importe en concepto del tributo. Asimismo, señala \_\_\_\_\_ que el elemento común que caracteriza a los agentes de retención es que quien debe retener se halla en contacto directo con un importe dinerario de propiedad del contribuyente o que él debe recibirlo y que tiene por consiguiente la posibilidad material de detraer la parte que corresponda al fisco en concepto de tributo.

Que por tanto, atendiendo a que la puesta a disposición de los vendedores del precio de venta de las acciones en la Cuenta Escrow ocurrió el 28 de marzo de 2012 y que la posibilidad de contacto directo con dicha suma permitía a la recurrente realizar el descuento respectivo por concepto de retención en dicha fecha, conforme a lo dispuesto por el artículo 2º del Código Tributario en concordancia con el artículo 76º de la Ley del Impuesto a la Renta, se establece que la obligación tributaria se configuró el 28 de marzo de 2012.

Que respecto a que el importe depositado se encontraba sujeto a ajustes, liquidaciones y devoluciones posteriores, lo que confirmaría que se trataba de un depósito en garantía, debe estarse a lo señalado precedentemente en el sentido que la calidad de la cuenta bancaria en la que las partes eligieron como la receptora del pago del precio de venta, no desestima la calidad de pago o acreditación realizado por la recurrente.

<sup>14</sup> Literal b), numeral 6.1 de la cláusula sexta.

<sup>15</sup> En el literal c) del numeral y cláusula en comentario se establece que: "El BANCO no confirmará ni verificará la información que se le proporcione en cualquiera de las cartas de instrucción para la liberación de los fondos de la Cuenta Escrow, salvo que dichas cartas de instrucción no cumplan con lo establecido en el presente Contrato."



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que con relación a la presunción establecida en el artículo 91° de la Ley General de Sociedades<sup>16</sup>, respecto a quién reputa como accionista la sociedad, se debe indicar que en el caso de autos al haber emitido los certificados de acciones N° 53 y 56 a nombre de la recurrente y haberlos entregado a ésta, por intermedio del agente escrow, se concluye que dicha sociedad asumió como nuevo accionista a ésta desde el 28 de marzo de 2012.

Que con relación a que corresponde a CAVALI y no a la recurrente la calidad de agente de retención, se debe señalar que siendo la recurrente la persona jurídica que puso a disposición, en la Cuenta Escrow que para tal efecto designaron las partes, el importe correspondiente al precio por la enajenación de las acciones de (rentas de no domiciliado) a favor de , recae sobre ésta la calidad de agente de retención a tenor de lo establecido por el inciso c) del artículo 71° en concordancia con el artículo 76° de la Ley del Impuesto a la Renta, asimismo respecto a que debería dejarse sin efecto la multa impuesta dado que CAVALI sería la obligada a realizar la retención, como ya se ha indicado la venta de las acciones se efectuó fuera del mecanismo centralizado de negociación, por lo que la obligación de retener no correspondía a la referida Institución de Compensación y Liquidación de Valores sino a la recurrente, por lo que tales alegatos carecen de sustento.

Que con respecto a que la Administración debió haber determinado la obligación tributaria del contribuyente de manera previa, toda vez que la atribución de la condición de responsable solidario supone siempre la determinación previa en cabeza del contribuyente de la deuda y que el artículo 20°-A del Código Tributario no exime a aquélla de determinar en un procedimiento del contribuyente la realización del hecho generador de la obligación tributaria, la identificación del deudor tributario, la base imponible y la cuantía del tributo; se debe indicar que conforme a lo dispuesto por los artículos 7° y 9° del Código Tributario, deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable, siendo responsable aquél que, sin tener la condición de contribuyente, debe cumplir la obligación atribuida a éste, en tal sentido, el artículo 76° de la LIR regula la forma en que se determinará y pagará el Impuesto a la Renta de no domiciliados, estableciendo que en ese caso será el sujeto domiciliado en el país que pague o acredite la renta de fuente peruana al beneficiario no domiciliado, el que deberá retener el impuesto y abonarlo al fisco, teniendo en consecuencia la calidad de agente de retención, situación jurídica que ha tenido en cuenta la Administración a efecto de proceder a la acotación materia de autos, por lo que tales alegatos no resultan pertinentes.

Que con relación a lo alegado por la recurrente respecto a que los Requerimientos N° 0222130033080, 0222150003635 y 0222160000354 son nulos habiendo sido emitidos contraviniendo el procedimiento de fiscalización establecido por el Código Tributario y el Reglamento del Procedimiento de Fiscalización afectando el debido proceso, vulnerando el numeral 5 del artículo 62° y 75° del Código Tributario y el artículo 16° del Reglamento de Fiscalización; se debe señalar que no se aprecia en autos tal vulneración, siendo que este Tribunal en las Resoluciones N° 9164-4-2010 y 7649-2-2016 ha señalado que se puede cerrar un requerimiento vencido el plazo para llevar a cabo el procedimiento de fiscalización y que el artículo 75° del Código Tributario faculta a la Administración a comunicar sus conclusiones a los contribuyentes, indicándoles expresamente las observaciones formuladas, para que el contribuyente pueda presentar por escrito sus observaciones a los cargos formulados fuera del plazo del procedimiento de fiscalización, criterio establecido en diversas resoluciones de este Tribunal, entre otras las N° 467-Q-2017 y 696-Q-2017, habiéndose asimismo verificado en esta instancia que la emisión, notificación de los requerimientos y cierre de los mismos se ajustan a lo previsto en la normatividad vigente, por lo que no procede amparar tales alegatos.

<sup>16</sup> La misma que constituye una presunción relativa que admite prueba en contrario.



# Tribunal Fiscal

Nº 04234-5-2017

Que finalmente, se deja constancia que el informe oral se llevó a cabo con la asistencia de ambas partes (foja 1686).

Con las vocales Márquez Pacheco y Terry Ramos, e interviniendo como ponente la vocal Barrantes Takata.

**RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la Resolución de Intendencia Nº 0150140012647 de 27 de julio de 2016.


Regístrese, comuníquese y remítase a la SUNAT, para sus efectos.




MÁRQUEZ PACHECO  
VOCAL PRESIDENTE



BARRANTES TAKATA  
VOCAL



TERRY RAMOS  
VOCAL



Jiménez Suárez  
Secretaria Relatora  
BT/JS/CHS/jcs.