



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

EXPEDIENTE Nº : 2815-2009
INTERESADO :
ASUNTO : Impuesto a la Renta y Multas
PROCEDENCIA : Lima
FECHA : Lima, 18 de setiembre de 2013

VISTA la apelación interpuesta por

contra la Resolución de Intendencia Nº 0150140007961 de 31 de diciembre de 2008, emitida por la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria¹, que declaró fundada en parte la reclamación formulada contra las Resoluciones de Determinación Nº 012-003-0009329 a 012-003-0009339, emitidas por pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de noviembre de 2002, marzo a mayo, julio, agosto, y octubre a diciembre de 2003, e Impuesto a la Renta de los ejercicios 2002 y 2003, y las Resoluciones de Multa Nº 012-002-0009021 a 012-002-0009028, giradas por la infracción tipificada por el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario.

CONSIDERANDO:

Que la recurrente indica que los reparos materia de impugnación se refieren a la errónea concepción del devengo de los ingresos por las ventas efectuadas con Holding Certificates, las pérdidas originadas en el exterior respecto de las operaciones de cobertura que no tendrían sustento y al desconocimiento de la pérdida generada por la venta de acciones de Compañía Minera Condestable S.A.A.(CONDESTABLE), agregando que las multas aplicadas están vinculadas con dichos reparos, por lo que al ser éstos desvirtuados, ellas también deberán ser dejadas sin efecto.

Que con relación a los citados reparos, tanto en su apelación como en los escritos presentados durante la etapa de apelación, incluyendo los alegatos posteriores al informe oral, ha esbozado los siguientes argumentos:

• Ingresos por ventas devengadas efectuadas con Holding Certificates

La Administración considera como ingresos devengados en los ejercicios 2002 y 2003 a los anticipos recibidos de parte de Trafigura Beheer B.V. (TRAFIGURA) por concepto de futuras exportaciones de concentrados de mineral. Dicho reparo pretende fundamentarse en el principio de lo devengado al señalar que los ingresos se devengaron al haberse emitido el documento denominado "Holding Certificate", que representaría la transferencia del título de propiedad sobre los lotes de concentrados de mineral, con la emisión de facturas por concepto de los adelantos recibidos.

No se ha cumplido con el primer requisito de la NIC 18 para reconocer como ingresos devengados a los mencionados anticipos, toda vez que el riesgo no se transfería en el momento en que se recibía el adelanto del comprador y se entregaba el Holding Certificate, lo cual se encuentra establecido en los contratos de compraventa vinculados a los Holding Certificates, en los que se señala que el riesgo se transfería del vendedor al comprador cuando los minerales se encontraran sobre la bodega del buque en el puerto de embarque.

La emisión del Holding Certificate y el pago adelantado, realizado contra entrega del documento, no implica la transferencia de propiedad de los concentrados en stock, como equivocadamente sostiene la Administración.

¹ Hoy Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.

9 8 r a



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

En instancia de reclamación, la Administración ha aceptado que los pagos provisionales sólo se realizaban luego de la entrega del conocimiento de embarque, la factura provisional, el certificado provisional de peso y humedad, y el certificado provisional de ensaye, a diferencia de los anticipos, que se recibieron contra entrega de los Holding Certificates, que son materia de reparo. Ahora bien, la Administración sostiene que se ha verificado una tradición documentaria, es decir, con la sola entrega del Holding Certificate, la que habría reemplazado la tradición física de los bienes. Sin embargo, ésta debió considerar que los concentrados de minerales son bienes muebles por lo que su transferencia de propiedad se producía conforme con lo establecido por el artículo 947° del Código Civil, esto es, con la tradición al acreedor, lo cual se efectuaría en condiciones Free On Board (FOB), y no con la emisión del Holding Certificate.

Carece de sustento el argumento de la Administración referido a que el Holding Certificate constituye un título que confiere la propiedad sobre bienes muebles a quien lo posea, habida cuenta que la emisión de dichos documentos responde a la necesidad de que el comprador que otorga un adelanto, tenga la seguridad que los minerales que se le entregaran en un futuro se encuentran en stock.

La emisión de Holding Certificates no implica una compraventa sobre documentos regulada en el artículo 1580° del Código Civil, como pretende hacer ver la Administración, toda vez que el referido documento tiene un carácter accesorio a los contratos de compraventa celebrados, los cuales prevén la modalidad de tradición de los bienes, siendo además que a efectos de la transferencia documentaria a que hace referencia la Administración, sólo se admiten como documentos los que se encuentran regulados en la Ley de Títulos Valores, tales como Conocimiento de Embarque, Carta Porte, Warrant y Certificado de Depósito.

Es una práctica comercial habitual otorgar al comprador que efectúa el adelanto ciertas facultades de control sobre los bienes que garantizan dicho adelanto, siendo el Holding Certificate el documento que contempla dichas atribuciones, debiéndose entender cuando se consigna en el mencionado documento, que los minerales se encuentran "a disposición" del comprador, que éste último tiene ciertas atribuciones, tales como el derecho a inspeccionar en cualquier momento los bienes almacenados y tomar muestras, a que no mueva, libere para producción o tome posición de los bienes sin la autorización del comprador (a través del Banco), o sean sujetos a cualquier hipoteca, fianza, venta o embargo o gravamen de cualquier naturaleza sin la autorización del Banco.

La transferencia del riesgo se produjo con la entrega de los bienes en el embarque, al ser una operación pactada en términos FOB, de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

Las Resoluciones del Tribunal Fiscal Nº 1217-4-97, 01047-4-2004, 03557-2-2004, 01038-1-2006 y 7898-4-2001, son aplicables al caso de autos.

De otra parte, aun cuando se contabilizaron por error los adelantos recibidos de su cliente como operaciones de compraventa, procediendo a emitir la factura correspondiente, debe tenerse en cuenta la realidad de la operación.

El Tribunal deberá tomar en cuenta la Resolución Nº 09190-8-2011, en la cual se desestimaron los reparos al Impuesto General a las Ventas por los mismos períodos que son materia de autos, los cuales fueron formulados en iguales términos que los reparos al Impuesto a la Renta.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

- **Pérdidas originadas por operaciones en el exterior con Instrumentos Financieros Derivados sin sustento**

Las pérdidas obtenidas en las operaciones de cobertura celebradas en la Bolsa de Metales de Londres (LME) son perfectamente imputables contra las rentas de fuente peruana al encontrarse vinculadas a su generación.

Debido a que en los períodos acotados aún no se había promulgado el Decreto Legislativo N° 970, éste no es aplicable al caso de autos, por lo que el tema en cuestión debe ser dilucidado atendiendo a las fuentes de interpretación y a lo señalado en la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario.

A partir de la teoría de integración, que sostiene que los resultados de los Instrumentos Financieros Derivados (IFD) son indisolubles de las operaciones físicas que motivan su celebración, se puede señalar que al tener las operaciones de cobertura la finalidad de asegurar los márgenes de rentabilidad esperados por sus operaciones en el mercado spot, las que constituyen rentas de fuente peruana, las pérdidas sufridas por dichas operaciones son perfectamente deducibles de la renta de fuente peruana al cumplir con el principio de causalidad.

En ese sentido, la Administración no ha cuestionado en la apelada la necesidad que tenía la empresa de cubrir el riesgo del mercado al que estaba sujeta por la volatilidad de los precios de cotización de los minerales comercializados, ni ha desconocido la existencia de un riesgo real y latente que la empresa no puede controlar y que podría afectar los resultados esperados de su actividad como "trader" de minerales.

Lo anterior, lleva a concluir que los IFD celebrados, cumplieron la finalidad de cobertura de riesgos de mercado vinculados con las operaciones propias del giro del negocio, esto es, la comercialización de minerales, que es la actividad generadora de rentas gravadas en el país.

Resulta claro que la relación de causalidad se verifica entre los IFD contratados en la LME y las operaciones de comercialización de concentrados de minerales que realiza, toda vez que la toma de dichas coberturas fue necesaria para eliminar o mitigar el riesgo de sufrir pérdidas en estas últimas transacciones que constituyen su giro de negocio, producto de la fluctuación del precio de cotización de los commodities que comercializa.

Procede deducir las sumas abonadas a su agente, quien luego las trasladó a la LME, por concepto de liquidación de los contratos.

La Administración ha utilizado indebidamente el criterio de fuente previsto en el inciso c) del artículo 9° de la Ley del Impuesto a la Renta, toda vez que la celebración de los contratos derivados no implica el desarrollo de una "actividad" y mucho menos "comercial" o de comercio como sostiene la Administración, sino que se trata de operaciones financieras en que asumió una posición pasiva trasladando el riesgo de fluctuación de las cotizaciones.

Además del argumento legal antes desarrollado, la Administración sustenta su reparo en una supuesta falta de acreditación de la realidad y fehaciencia de las operaciones de cobertura con IFD celebradas en la LME. A fin de acreditar la fehaciencia de las citadas operaciones de cobertura, presentó diversa documentación sustentatoria, sin embargo, la Administración ha optado por mantener el reparo, siendo incluso que no se ha detenido a evaluar que la información que pretendía que presentara era mantenida por la LME, los brokers autorizados con los cuales trabaja (TRAFIGURA) y en el mejor de los casos por el agente, TRAFIGURA, en su estado de residencia en Suiza, por lo que era prácticamente imposible contar con el detalle de la información solicitada en el breve plazo otorgado por la Administración.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

En la etapa de reclamación y a mayor abundamiento de las pruebas presentadas durante la fiscalización, presentó informes técnicos de instituciones de reconocido prestigio que acreditaban la realidad de las operaciones de cobertura, no obstante, la Administración se ha negado a merituarlas, vulnerando de esta manera su derecho de defensa.

Las pruebas presentadas mediante escrito N° 000TI0002-2005-068076-2 debieron meritarse en instancia de reclamación, toda vez que es claro que tales documentos fueron presentados antes de que culmine el procedimiento de fiscalización. Cita al respecto las Resoluciones N° 0078-1-2000 y 01816-3-2004.

La información proporcionada en la etapa de reclamación (informes elaborados por la Universidad del Pacífico y Ernst & Young – sede Holanda, documentos proporcionados por TRAFIGURA y los brókeres autorizados a intermediar en la LME), no fue requerida expresamente en la fiscalización, por lo que no le resulta aplicable la restricción del artículo 141° del Código Tributario, criterio que es compartido con el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 02407-2-2003, y también se advierte en la Resolución N° 8657-4-2001.

Aun cuando se argumentase que la presentación de las pruebas en instancia de reclamación fue extemporánea, su presentación en la etapa de reclamación no se debió a una causa imputable. Precisa que la documentación presentada dentro del plazo probatorio de la reclamación, no podría haber sido presentada en la fiscalización pues no contaba con ella en tal momento al no estar obligada a ello conforme con las normas vigentes en los ejercicios 2002 y 2003; asimismo, es claro que las opiniones de la Universidad del Pacífico y Ernst & Young fueron emitidas con posterioridad al cierre de la fiscalización, por lo que no las hubiera podido presentar antes, ya que no existían. Lo mismo ocurre con las cartas de los brókeres, que datan de mayo de 2006. De igual manera refiere que la información no estaba en su poder sino de terceros, por lo que atendiendo a los plazos otorgados por la Administración, no habría estado en posibilidad de presentarla en la fiscalización.

Según lo explicado a la Administración en instancia de fiscalización, para poder contratar los IFD de cobertura, recurría a su matriz, TRAFIGURA, a través de un contrato de agencia, en el cual ésta última actuaba como bróker interno del grupo económico, canalizando las solicitudes de cobertura a TRAFIGURA DERIVATIVES LTD., TDL., que es el bróker adscrito a LME. Anota que la regla general en materia de celebración de IFD a los que desee ingresar una empresa de un país en vía de desarrollo es que recurra a intermediarios de su propio grupo económico o externos para que le garanticen el nexo suficiente y real con los indicados mercados centralizados de derivados.

La conclusión a la que arriba la Administración en relación al criterio de fuente aplicado a los resultados provenientes de los IFD es equivocada y carece de base legal, ya que no hay base legal ni doctrinal para concluir que la fuente de la renta se fija en función del lugar de "realización" del IFD, lo que argumenta equivocadamente la Administración a efecto de considerar a las pérdidas como pérdidas de fuente extranjera. Los IFD celebrados arrojaron resultados reales y ciertos, en mercados financieros internacionales, que coadyuvaron a que pudiese proteger su fuente productora de renta, es decir, la comercialización de concentrado de minerales. Es falso que no haya presentado documentación idónea para sustentar de manera fehaciente las operaciones con IFD ya que en respuesta a los Requerimientos N° 00219301 y 00219303, presentó hedge tickets y hedge requests, dentro del plazo otorgado conforme con el artículo 75° del Código Tributario.

El procedimiento de contratación de los IFD se inicia con el contacto con TRAFIGURA para que actúe en su nombre, siendo el primer paso la emisión de un hedge request. A modo de ejemplo cita al hedge request #183/03 que emitió el 25 de abril de 2003 en el que se aprecia el detalle de la operación física que requiere la cobertura: instrucción de fijación de precios para 300 000 onzas de plata (vol. To hedge) del embarque proveniente de Banimex, realizada a US\$4,62 (Intake Q/P) el 25 de abril de 2003, transacción realizada el mismo día por teléfono. Una vez enviado el correo

4
P S R A



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

electrónico a TRAFIGURA, ésta responde con un correo electrónico confirmando la recepción de la orden y adjunta un documento en el cual se confirma la recepción de la operación.

En el informe de Ernst & Young – sede Holanda, que no fue meritado en la instancia de reclamación, se explican los aspectos más relevantes del procedimiento de verificación en los libros de TRAFIGURA: Se seleccionó una muestra de 25 transacciones de cobertura de los años 2002 y 2003, efectuadas por TRAFIGURA, que se ejecutaron a través del bróker interno del grupo; se concilió las operaciones con los comprobantes de cobertura; se verificó si los precios de los IFD acordados coincidían con la información de precios de mercado de futuros según LME, a fin de evaluar si se encontraban en igualdad de condiciones; y se verificó si las operaciones de cobertura fueron ejecutadas mediante un broker externo de acuerdo con las prácticas de mercado. Dicho informe, que se basa en el análisis de documentación interna de TRAFIGURA y TDL, concluye que todas las operaciones de cobertura fueron efectuadas por TDL mediante un bróker externo, miembro del LME y que el valor asignado al contrato de futuros coincide con el precio de cotización de LME.

Adjunta a los escritos de fechas 23 de julio de 2010 y 18 de enero de 2012, un informe legal, elaborado por el abogado argentino Gabriel Gotlib, a fin de sustentar su posición en relación a la deducibilidad de las pérdidas obtenidas como resultado de los IFD de cobertura, contra las rentas de fuente peruana; y un informe preparado por la firma Price Waterhouse Coopers en el cual se exponen los alcances de la NIC 39 y se concluye que su contenido no es de obligatorio cumplimiento para las empresas, siendo que los requisitos establecidos en dicho texto para la "contabilidad de coberturas" no suponen ni originan que los IFD califiquen para fines fiscales como coberturas. Con este último informe pretende desvirtuar lo afirmado por la Administración en el sentido que ha incumplido los requisitos establecidos por la NIC 39 para que los IFD cumplan con la finalidad de cobertura, ya que dichos requisitos configuran un tratamiento especial para el reconocimiento contable de los resultados provenientes de los IFD, los que no tienen relación alguna con la existencia de un IFD que cumpla con calificar como cobertura en el sentido financiero o económico del instrumento así como para fines tributarios.

En su escrito de alegatos señala que la Administración vulnera su derecho de defensa y el debido procedimiento al no merituar las pruebas que presentó durante la fiscalización, ya que presentar una prueba después del plazo otorgado en un requerimiento puede implicar, de ser el caso, la comisión de una infracción formal, pero en modo alguno puede significar que las pruebas presentadas no sean valoradas, así, por ejemplo, el que se presenten pruebas solicitadas en un primer requerimiento al cierre del segundo no conlleva que no sean valoradas, puesto que ello vulneraría el derecho a probar.

Asimismo, indica que se ha vulnerado el procedimiento al no valorarse las pruebas presentadas durante el plazo probatorio de la etapa de reclamaciones, específicamente, el informe emitido por Ernst & Young – sede Holanda. Sobre el particular indica que conforme con la definición establecida por el Tribunal Fiscal en la Resolución Nº 0577-4-2002, el citado informe es una prueba pericial preparada bajo un procedimiento de revisión riguroso, realizado por personas altamente calificadas, y que fundamenta cada conclusión en las muestras seleccionadas selectivamente, siendo que durante la fiscalización nunca se le solicitó expresamente la presentación de una pericia internacional, por lo que está fuera de los alcances del artículo 141º del Código Tributario, interpretar lo contrario sería una vulneración del derecho a probar.

Añade que mediante escrito ampliatorio a la apelación presentó un segundo informe técnico elaborado por Ernst & Young – sede Holanda el 24 de abril de 2009, el cual, atendiendo a su fecha de elaboración debe ser meritado, invocando al respecto la Resolución Nº 18767-1-2011, precisando que en el supuesto negado que no se declare la nulidad de la apelada en este punto, corresponderá que sea meritada la indicada pericia.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Manifiesta que es arbitrario que la Administración cuestione la contratación de coberturas, considerando que la documentación es insuficiente, por el hecho que las pericias presentadas basen sus conclusiones en muestras de esas operaciones. Refiere que si vía la diligencia de informe oral se cuestiona la citada muestra, de manera indirecta, se está restando fehaciencia y credibilidad a los documentos presentados, siendo que si ellos son insuficientes y no fehacientes para la Administración, entonces, ¿cómo podría probar hechos, actuaciones y ejecuciones de contratos que ocurrieron en el exterior?. Claramente se vulneraría su derecho de defensa.

Agrega que la Administración incurre en error al considerar que el contrato que suscribió con TRAFIGURA constituye un mandato con representación en base a la presunción contenida en el artículo 1807° del Código Civil, ya que se trata de un negocio financiero asociado a un mandato sin representación, siendo además que la forma de contratación realizada excluía jurídicamente la posibilidad de que las coberturas hubieran sido tomadas en su nombre. Refiere que al tratarse de un negocio financiero, TRAFIGURA actuaría directamente para obtener las coberturas, lo que excluye toda posibilidad de que se hubiera acordado concederle la calidad de apoderado o representante, precisando que la pretendida identificación del mandato con el apoderamiento, de manera que resulte sostenible la interpretación de la Administración en el sentido que todo mandato se presume con representación, no resiste ningún análisis ni tiene el menor sustento jurídico, pues la doctrina nacional y extranjera han rechazado radicalmente que se pueda sostener que todo mandato incorpora un apoderamiento.

Sobre el particular adiciona que, la presunción legal del artículo 1807° del Código Civil está colocada en el subcapítulo que define el mandato con representación, indicándose que cuando el mandatario es representante son aplicables las normas sobre representación, de modo que tal presunción no se aplica a los casos en que el mandatario recibió expresas facultades de representación, dado que al ser ésta explícita no hay nada que presumir.

Anota que en la diligencia de informe oral la Administración ha pretendido asimilar el contrato con TRAFIGURA a un servicio de agencia, suponiendo que el agente (TRAFIGURA) actuó en su representación, lo cual también es un error y se basa únicamente en la denominación que se dio a dicha empresa en el contrato, siendo que el contrato es de servicios no solo en cuanto al nombre sino respecto a que de su objeto se aprecia que no se pactó como un contrato de agencia, siendo que este contrato no es uno típico que esté recogido por la legislación peruana por lo que la Administración no tiene sustento para afirmar que el contrato de agencia es uno en el que resulta intrínseco el apoderamiento a favor del agente. Resalta que la Ley española 12/1992, invocada por la Administración para sostener que la agencia conlleva la representación, no regula el contrato en la forma presentada sino que admite que existan contratos de agencia con y sin representación, tal como lo hace el Código Civil peruano para el caso del contrato de mandato.

Sostiene que la Administración pretende asimilar el rol de TRAFIGURA con el que cumplían las empresas Glencore International AG y Glencore AG en el caso analizado por el Tribunal Fiscal en la Resolución Nº 18323-3-2012, lo cual no es correcto ya que se trata de casos distintos, pues la relación jurídica entre las partes en ese caso ("poderdante" e "intermediario") no es igual a la relación que fluye del contrato de servicios que celebró con TRAFIGURA, por lo que no puede extrapolarse en forma automática las conclusiones de dicha resolución a su caso.

Aduce que las afirmaciones de la Administración que pretenden cuestionar o restar fehaciencia a las coberturas que solicitó y luego fueron incluidas en la posición "neta" o "consolidada" que contrató el bróker interno del grupo económico, es decir, TDL, en la LME, deben ser rechazadas. Según ella, los documentos de confirmación que recibió TDL de los brókeres de la LME y que fueron exhibidos en el informe técnico elaborado por Ernst & Young, no permiten apreciar el neteo ni tampoco como en éste queda reflejada la posición de la recurrente, pero previamente la Administración no solicitó o requirió información alguna que pudiera responder tales cuestionamientos, siendo que desde el punto de vista procesal tributario, la controversia solo se



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

limita a determinar si los IFD que celebró califican como coberturas y no a definir la cuantía de las pérdidas declaradas o a verificar el procedimiento de consolidación de coberturas.

Añade que la "prueba" que la Administración estaría exigiendo tendría que haber sido únicamente información propia de TDL, precisando al respecto que no ha tenido ni tiene acceso a documentación interna de dicha empresa, más aún si no ha tenido relación contractual alguna con ella, como si la mantuvo con TRAFIGURA.

Refiere que las pruebas que ha presentado deben ser analizadas con un criterio de razonabilidad y que en el supuesto negado que sus coberturas no hubieran formado parte del proceso de consolidación a cargo del bróker interno, entonces ¿Por qué TRAFIGURA habría llevado un libro de control de las posiciones de coberturas requeridas por ella?, ¿Cómo se explicaría la existencia del documento denominado "Políticas y procedimientos de cobertura Grupo TRAFIGURA" que deja expresa constancia de la labor de consolidación a cargo de TDL? y ¿Cómo así sus hedge tickets se han conciliado con las confirmaciones emitidas por los brókeres de LME, recibidas por TDL si no es porque efectivamente esas operaciones de TDL comprendieron las operaciones de la recurrente?.

Señala que es arbitrario que se pretenda negar la existencia de las coberturas en base a argumentos basados en la teoría de precios de transferencia, la cual no es pertinente a su caso.

Argumenta que existen ejercicios en los cuales sus operaciones con IFD generaron ganancias que fueron declaradas como ingresos afectos al Impuesto a la Renta, citando como ejemplo al ejercicio 2008 en cual obtuvo resultados positivos por tal concepto por más de quinientos millones de soles. Alega que respecto del año 1998, la Administración desconoció las pérdidas de coberturas pero reconoció que las ganancias sí calificaban como operaciones fehacientes de cobertura – levantando el reparo asociado – siendo que para llegar a dicha conclusión se debió merituar la misma documentación, que es igual a la que motiva el presente expediente.

Finalmente, adjunta el informe técnico sobre el funcionamiento de los mercados derivados preparado por la firma argentina Dyszel Consultores S.A., que cuenta con funcionarios vinculados al LME que se han desempeñado como capacitadores en él.

- **Pérdida por venta de acciones de CÍA MINERA CONDESTABLE S.A.A. (CONDESTABLE)**

La Administración indicó que se omitió reconocer en el ejercicio 2003 un ingreso de S/. 7 549 778,80 generado por la venta de acciones de CONDESTABLE a favor de TRAFIGURA, ya que el valor de mercado se debió calcular utilizando la última cotización establecida por la Bolsa de Valores de Lima; sin embargo, no se trata de dos operaciones, una de compra de acciones de CONDESTABLE y una de venta a favor de TRAFIGURA, sino sólo una operación, que es la compra por parte de TRAFIGURA de las acciones de CONDESTABLE a través de un mandato.

Para acreditar que se trataba de una sola operación en la que actuó en representación de TRAFIGURA, de acuerdo al mandato formulado por ésta última, presentó copia de la carta de 3 de julio de 2002, mediante la cual TRAFIGURA le solicita proceder a efectuar la adquisición de las acciones de CONDESTABLE por su cuenta y riesgo, no obstante, la Administración no meritó dicha prueba. Invoca los principios de informalismo, presunción de veracidad y verdad material.

El mandato de TRAFIGURA no debe revestir mayor formalidad, debido a que estaba dirigido a su subsidiaria, por lo que resultaba innecesaria la suscripción de un contrato escrito que recogiera las indicaciones puntuales impartidas por el mandante, bastando para acreditar el mandato, las actas de Junta General de Accionistas de CONDESTABLE y TRAFIGURA.

Si la Administración pretende cuestionar el valor de mercado de una transacción entre dos partes vinculadas como son _____ y TRAFIGURA, tendría que haber basado su reparo en el numeral 4



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, y no en el numeral 2 del citado artículo. Invoca al respecto a la Resolución del Tribunal Fiscal N° 3709-1-2006.

La Administración se ha limitado a comparar el valor de la supuesta transacción de venta fuera de Bolsa con la última cotización en bolsa de las acciones de CONDESTABLE; sin embargo, estos valores no son comparables, toda vez que la cotización utilizada para acotar corresponde a una operación dentro de bolsa, mientras que la supuesta operación materia de reparo se llevó a cabo fuera de bolsa, en ese sentido, al no contar con condiciones "*iguales o similares*" no puede usarse la cotización como un comparable para este caso. Cita al respecto la Resolución del Tribunal Fiscal N° 3709-1-2006.

- **Resoluciones de Multa**

Las resoluciones de multa deberán ser dejadas sin efecto, habida cuenta que fueron emitidas en base a los reparos antes descritos, los que ha desvirtuado.

Que la Administración por su parte, tanto en la apelada como en los escritos presentados para mejor resolver y sus alegatos, señala que como consecuencia del procedimiento de fiscalización iniciado a la recurrente, formuló reparos a la determinación de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de noviembre de 2002, marzo a mayo, julio, agosto, y octubre a diciembre de 2003, e Impuesto a la Renta de los ejercicios 2002 y 2003, los cuales deben mantenerse según los argumentos que se detallan a continuación:

- **Ingresos por ventas devengadas efectuadas con Holding Certificates**

En el caso de autos se configuró una tradición documental mediante la emisión de Holding Certificates, lo que significó que los bienes objeto de la operación se encontraban a disposición de TRAFIGURA en los almacenes de la recurrente o de acuerdo con lo señalado en los Holding Certificates, por lo que TRAFIGURA detentaba la propiedad de los bienes almacenados y podía decidir cuál sería su destino, incluso venderlos en territorio nacional.

Según lo señalado en los Holding Certificates, el riesgo de pérdida de los bienes no correspondía a la recurrente, sino que había sido transferido a un tercero, el almacén, quien respondía de la pérdida ante TRAFIGURA.

No obstante lo pactado entre las partes en los contratos de compraventa de concentrados, de acuerdo con los hechos y el análisis de la documentación actuada en la fiscalización, concluyó que en realidad la transferencia de propiedad de los bienes (concentrado) de la recurrente a TRAFIGURA, se efectuó cuando los bienes se encontraban en territorio nacional, esto es, con la emisión de los Holding Certificates, y no con el pago provisional o definitivo ni con la emisión de la factura, habiéndose transferido en dicha oportunidad también el riesgo de pérdida de los mismos a un tercero.

En ese sentido, el ingreso obtenido por la venta de concentrados se devengó en la fecha en que se produjo la transferencia de propiedad y del riesgo de los bienes de la recurrente a TRAFIGURA, lo que ocurrió antes de la salida de los bienes fuera del territorio nacional.

Cita la Resolución del Tribunal Fiscal N° 05682-2-2009 referido a un caso similar en que se produjo la tradición ficta, así como a la Resolución N° 08974-3-2009.

- **Pérdidas originadas por operaciones en el exterior con Instrumentos Financieros Derivados sin sustento**

El reparo se sustenta en que de acuerdo con lo establecido en el artículo 51° de la Ley del Impuesto a la Renta, la pérdida de fuente extranjera no resulta compensable a fin de determinar la renta neta de fuente peruana; y en que la recurrente no ha presentado la documentación que



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

acredite la calidad del activo, el tamaño del contrato y las disposiciones de la entrega, por lo que no se puede concluir la existencia de un IFD de cobertura.

En los ejercicios fiscalizados, los resultados provenientes de la celebración de contratos derivados, en los cuales el IFD se realizaría en el territorio nacional constituían renta de fuente peruana, por cuanto encuadraban en la regla de fuente contenida en el inciso c) del artículo 9º de la Ley del Impuesto a la Renta, lo que no ocurría tratándose de los resultados provenientes de la celebración de contratos derivados en los que se pactara la realización del IFD en el extranjero.

En tal sentido, antes de la modificación efectuada a la Ley del Impuesto a la Renta mediante Decreto Legislativo N° 970, no existía un tratamiento fiscal específico para los IFD, de esta manera, la calificación de renta de fuente peruana o extranjera dependía de donde se llevaran a cabo las actividades civiles, comerciales o de cualquier índole, al margen de si quien celebraba los contratos era un sujeto domiciliado o no domiciliado, por lo que los IFD eran de fuente peruana si se realizaban en el territorio nacional y eran de fuente extranjera si se realizaban en territorio extranjero.

En los ejercicios 2002 y 2003, el criterio de fuente tratándose de operaciones realizadas en mercados extranjeros con IFD, operan de manera que los resultados positivos provenientes de este tipo de operaciones, constituyen rentas de fuente extranjera, por lo que son considerados renta gravada únicamente para los contribuyentes domiciliados, atendiendo al criterio de renta de fuente mundial, en tal sentido, por provenir de la misma fuente de renta, los resultados negativos provenientes de tales operaciones sólo pueden devenir en pérdidas de fuente extranjera.

La pérdida resultante de la celebración de contratos derivados con no domiciliados, realizados en mercados diferentes al peruano, constituye pérdida de fuente extranjera; la cual no puede ser compensada ni deducida como gasto a efectos de determinar la renta neta de fuente peruana, en aplicación del artículo 51º de la Ley del Impuesto a la Renta.

Los medios probatorios presentados por la recurrente en etapa de reclamación resultan extemporáneos, al haberse dejado constancia en los resultados de los requerimientos notificados por el área de fiscalización, de la no presentación de la documentación destinada a sustentar de manera fehaciente las operaciones con IFD que permitiera acreditar que se trató de operaciones realizadas con fines de cobertura.

Contrariamente a lo indicado por la recurrente, la aplicación de las disposiciones financieras/contables (NIC 39 y FAS 133) no vulnera el principio de reserva de ley ni la seguridad jurídica, lo que ha sido reconocido por el Tribunal Fiscal.

Invoca el criterio contenido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 18323-8-2012, de la cual se desprende que se ha impuesto a los contribuyentes una exigencia de acreditación específica de cada operación de cobertura, como forma de evitar el riesgo de traslado de pérdidas entre diferentes empresas.

La recurrente solo ha presentado algunos documentos emitidos por algunos brókeres donde se evidencia la contratación de futuros por parte de TDL, los que fueron anexados como muestra al informe elaborado por Ernst & Young, lo que evidenciaría que existen documentos que emiten los brókeres autorizados para operar en la LME, que pudieron haber sido presentados como sustento, lo que no se hizo.

Contrariamente a lo indicado por la recurrente, las funciones que cumple la cámara de compensación son diferentes al neteo, el cual, según el autor John Hull está referido al mantenimiento de los márgenes iniciales que hace la citada cámara, que puede calcular una posición bruta o neta, siendo que no se refiere en absoluto a la posibilidad de netear dos solicitudes (una de compra y otra de venta) con la finalidad de ahorrar costos de transacción,



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

siendo que si bien se ha alegado que este "neteo" es recurrente, el ejemplo que se presenta es teórico, por lo que no se ha podido acreditar con algún caso real que el neteo se haya producido en los periodos acotados.

El argumento adicional sobre la no deducibilidad de pérdidas no altera el fundamento principal del reparo, esto es, que se trata de un IFD que no es de cobertura. Cita a la Resolución Nº 13105-3-2012.

La información preparada por la recurrente no ha tomado en cuenta los estándares de calidad establecidos en las Normas Internacionales de Información Financiera, por lo que las operaciones que se presentan y sistematizan en sus declaraciones tributarias no pueden producir certeza ni ser consideradas como fehacientes. La citada carencia no puede ser reemplazada por muestras o ejemplos teóricos.

Si bien la recurrente alega que su caso es diferente al que motivó la emisión de la Resolución Nº 18323-3-2012, indicando que además de haber presentado la documentación vinculada al procedimiento de contratación de los IFD instruidos a través de su "agente" y bróker interno, pudo obtener y adjuntar como medio probatorio las cartas de confirmación de dichas operaciones por parte de los brókeres adscritos a la LME, dichas confirmaciones y/o liquidaciones de operaciones no permiten la identificación de aquéllas que se dieron por instrucción específica de la recurrente, lo que no permite tener certeza de que los resultados negativos netos registrados producto de las operaciones de cobertura están vinculadas a aquéllas ejecutadas en forma consolidada por TDL.

De la lectura del contrato de servicios de coberturas en las Bolsas Internacionales de Metales se aprecia que supone un mandato con representación, de modo que toda la documentación que debe exigirse para sustentar las operaciones debió contener el nombre de la recurrente pues sus intermediarios vinculados habrían actuado en su representación. Es de aplicación el artículo 1807º del Código Civil según el cual se presume que el mandato es con representación, lo que en el caso de autos se advierte del literal d) del numeral 2.1 de la cláusula segunda del contrato así como del literal c) del numeral 2.2 de la misma cláusula. En el supuesto negado que el contrato correspondiera a un mandato sin representación, ello no eximiría a la recurrente de acreditar que la operación fue realizada por su cuenta e interés.

Refiere que no resulta pertinente que la recurrente indique que el informe preparado por Ernst & Young sea una pericia pues se trata de un informe realizado bajo su encargo que ha sido retribuido económicamente, lo que evidenciaría parcialidad. No obstante ello, de las propias alegaciones de la recurrente al respecto se tiene que cuando efectuó la provisión (registro) contable de sus operaciones no había evaluado las condiciones y parámetros exigidos por los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados pues no cumplió con respaldar dicha contabilización con la documentación e información pertinente, siendo que recién con fecha muy posterior, tal como la misma recurrente lo indica, se elaboró el mencionado informe técnico.

- **Pérdida por venta de acciones de COMPAÑÍA MINERA CONDESTABLE S.A.A. (CONDESTABLE)**

Se desconoció la pérdida en la venta de acciones de CONDESTABLE determinada por la recurrente, quien le asignó un precio de venta de S/. 0,202 por acción, habiéndose verificado que el valor de mercado según la última cotización en Bolsa ascendió a S/. 0,90 por acción, de acuerdo con la información obtenida de la página web de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores del Perú (CONASEV).

La recurrente no cumplió con sustentar sus afirmaciones en el sentido que habría adquirido las acciones de CONDESTABLE a través de un mandato con representación otorgado por TRAFIGURA, ni que el pago que ésta última le realizó haya sido efectuado por concepto de reembolso, a pesar de habérselo requerido expresamente.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

• Resoluciones de Multa

Debido a que se ha dejado sin efecto el reparo por concepto de gastos por intereses provenientes del préstamo bancario para la adquisición de acciones de IMEXCALLAO, manteniéndose los demás reparos, se reliquidó el importe de las resoluciones de multa en base a la nueva determinación.

Que como resultado de la fiscalización practicada a la recurrente por Impuesto a la Renta de los ejercicios 2002 y 2003 mediante Cartas Nº 050011140940-01 SUNAT y Nº 050011140940-02 SUNAT, y Requerimiento Nº 241496, notificadas el 12 y 31 de enero de 2005 (fojas 2215, 2422 y 2423), la Administración realizó los siguientes reparos: i) Ingresos por ventas devengadas efectuadas con Holding Certificates (ejercicios 2002 y 2003), ii) Pérdida en la venta de acciones de CONDESTABLE (ejercicio 2003), iii) Gastos por intereses provenientes del contrato de préstamo celebrado con el Banco Wiese Sudameris, con la finalidad de comprar acciones de IMEXCALLAO (ejercicios 2002 y 2003), y iv) Pérdidas originadas en el exterior respecto de operaciones de futuro (ejercicios 2002 y 2003); lo que originó la emisión de las Resoluciones de Determinación Nº 012-003-0009329 a 012-003-0009339, y las Resoluciones de Multa Nº 012-002-0009021 a 012-002-0009028, giradas por la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario, vinculadas a dichos reparos.

Que según se observa de la resolución apelada, de fojas 4586 a 4678, la Administración dispuso dejar sin efecto el reparo a los gastos por intereses provenientes del contrato de préstamo celebrado con el Banco Wiese Sudameris, con la finalidad de comprar acciones de IMEXCALLAO, siendo que según se advierte del recurso de apelación (fojas 4695 a 4809), la recurrente ha señalado expresamente que no impugna dicho extremo, por lo que al no ser materia de la controversia ante esta instancia no corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular.

Que estando a lo expuesto, corresponde emitir pronunciamiento sólo en relación con los reparos por ingresos por ventas devengadas efectuadas con Holding Certificates (ejercicios 2002 y 2003), pérdida por venta de acciones de CONDESTABLE (ejercicio 2003), y pérdidas originadas en el exterior respecto de operaciones de futuro (ejercicios 2002 y 2003), así como respecto a las infracciones vinculadas a dichos reparos.

Ingresos por ventas devengadas efectuadas con Holding Certificates (ejercicios 2002 y 2003)

Que según se explica en el Anexo Nº 2 de la Resolución de Determinación Nº 012-003-0009329 sobre pago a cuenta del Impuesto a la Renta de noviembre de 2002, Anexo Nº 3 de las Resoluciones de Determinación Nº 012-003-0009330 a 012-003-0009337 sobre pagos a cuenta del citado impuesto de marzo a mayo, julio, agosto y octubre a diciembre de 2003, Anexo Nº 2 de la Resolución de Determinación Nº 012-003-0009338 sobre Impuesto a la Renta de 2002, y Anexo Nº 2 de la Resolución de Determinación Nº 012-003-0009339 referida al Impuesto a la Renta de 2003 (fojas 4099 a 4122, 4151 a 4174, 4189 a 4216, y 4231 a 4257), durante el procedimiento de fiscalización se determinó que en los contratos de venta de concentrados para exportación a TRAFIGURA, el título del vendedor al comprador pasaba una vez que el vendedor recibía el pago provisional, según lo establecen los contratos de venta de concentrados; asimismo, se precisa que en dichos contratos se indica que el vendedor tiene la opción de solicitar un pago adelantado del 90% o 95% contra la presentación de un Holding Certificate por el material que mantiene en stock en sus almacenes, y que el primer pago provisional, sería el 90% o 95% del valor de la factura provisional, sin embargo, la recurrente al emitir el Holding Certificate, emite la factura al 100% y cobra el porcentaje del adelanto, por lo que en la fecha en que se emite la factura provisional, Holding Certificate y el monto cobrado, constituyen en realidad al primer pago provisional, siendo que el título de propiedad pasa del vendedor al comprador desde el momento en que se producen estos hechos. Los Holding Certificates, son títulos representativos de propiedad que tienen las mismas finalidades que un título valor, a través de los cuales, la recurrente transfirió la propiedad de los bienes depositados en los almacenes, por lo que procedió a gravar las ventas con el Impuesto a la Renta, en la fecha en que se producía la venta y no en la fecha en que se producía el embarque de los materiales.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Que del punto 1 del Requerimiento N° 00219301 (fojas 1478 a 1482), se advierte que la Administración solicitó a la recurrente explicar con la documentación sustentatoria respectiva, los motivos por los cuales no gravó con el Impuesto a la Renta ni reconoció como ingresos gravables en los períodos fiscalizados la venta de concentrados depositados en su almacén de depósito y en el almacén de ' por cuya transferencia de propiedad se emitieron los Holding Certificates a disposición del banco no domiciliado por cuenta de su cliente TRAFIGURA (no domiciliado), los cuales se encuentran detallados en los Anexos N° 1, 2 y 3 (fojas 1468, 1470 y 1472).

Que del punto 1 del Resultado del Requerimiento N° 00219301 (fojas 1482 vuelta, y 1459 a 1466), se observa que la Administración dio cuenta del escrito presentado por la recurrente, concluyendo que el contrato de venta obliga al vendedor a emitir la factura con el adelanto pagado, de acuerdo con las normas del Reglamento de Comprobantes de Pago, y que en cuanto a los beneficios de la propiedad de los productos indicados en la NIC 18, señala que la recurrente ha transferido la propiedad de los minerales con la emisión de los Holding Certificates, estando los bienes en los almacenes de depósito ubicados en el Perú, lo que implica que transfirió el título de propiedad antes que el material cruce a la embarcación en el puerto de carga, es decir, se trataba de ventas internas, por lo que lo indicado en los contratos sobre que el riesgo está referido a operaciones de venta FOB, no resulta aplicable. Asimismo, indica que no hubieron riesgos en la custodia y venta de los minerales hasta su embarque, de tal forma que se embarcaron los bienes transferidos con Holding Certificates y se emitieron los respectivos Conocimientos de Embarque, por lo que no se ha comprobado la existencia de riesgos importantes o significativos, toda vez que al haberse transmitido la propiedad previamente al embarque, no existían tales riesgos.

Que estando a lo expuesto, la Administración procedió a gravar con Impuesto a la Renta de los ejercicios 2002 y 2003 la venta de concentrados devengados en dicho ejercicio, y a gravar la base imponible de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de noviembre de 2002, abril, mayo, julio y agosto de 2003, de acuerdo con el detalle de los Anexos 2, 2.1, 3, 3.1 del Requerimiento N° 00219301, de fojas 1467 a 1470, y los Anexos 1, 1.1 y 1.2 al Resultado del Requerimiento N° 00219301 (fojas 1435 a 1446).

Que del Requerimiento N° 219303 y sus Anexos N° 1, 2, 3 y 4 (fojas 1228 a 1233), se observa que la Administración, de acuerdo con lo establecido por el artículo 75° del Código Tributario, puso en conocimiento de la recurrente los resultados y conclusiones respecto del Impuesto a la Renta de los ejercicios 2002 y 2003, a fin de que ésta presentara sus observaciones a los cargos formulados.

Que del Resultado del Requerimiento N° 219303 (fojas 1223 a 1227, y 1233 vuelta), se advierte que la Administración dio cuenta del escrito de respuesta de la recurrente, concluyendo que de los ejemplos aportados por ella respecto a sus operaciones de venta de concentrados, se comprobaba que la primera factura emitida era la factura provisional y que con ella se efectuaba el adelanto de pago sustentado con el Holding Certificate. Asimismo, indica que la recurrente omitió señalar en su análisis que de acuerdo con el párrafo 15 de la NIC 18, la evaluación de cuándo la empresa ha transferido los riesgos significativos y el beneficio de propiedad de los compradores, requiere de un examen de la transacción, y que en la mayoría de los casos la transferencia de los riesgos y beneficios de la propiedad coinciden con la transferencia del título legal o la transferencia de la posesión a los compradores. En tal sentido, al efectuar el examen de las transacciones realizadas con Holding Certificates, la Administración considera que los riesgos significativos se transfirieron cuando ocurrió la transferencia del título legal de la mercancía, con la emisión del Holding Certificate, documento que acredita la entrega en propiedad y en posesión al comprador en el país, lo que implica además que no se pueda tratar de operaciones FOB, tal como lo manifiesta la recurrente, optando en ese sentido por mantener el reparo efectuado.

Que la materia en controversia se centra en determinar el momento en que se devengaron los ingresos derivados de las operaciones descritas que se detallan a continuación respecto de las cuales, se emitieron Holding Certificates:

[Firma manuscrita]



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Holding Certificate Nº	Fecha	Entidad emisora del Holding Certificate	Bienes	Entidad Financiera	Contrato	Fojas
040 (I/E 566/02)	06.11.02	CONSORCIO MINERO S.A. CORMIN	5,345.652 WMT de concentrado de cobre (4,893.4100 TM)	FORTISBANK S.A. / N.V. - LONDON	TBV 103-03-20990-P-CORMIN 103-02CM-127-S	265, 266, 665 a 672, 790 y 791,
041 (I/E 590/02)	12.11.02		5,107.140 WMT de concentrado de oro (4,573.4440 TM)	NATEXIS BANQUES POPULAIRES LONDON	TBV 603-02-21001-P - CORMIN 603-02CM-128-S	787 a 789, y 695 a 699
CD-CON-080-03 (I/E 181/03)	21.04.03		4,097.000 WMT de concentrado de plomo (3,641.2399 TM)	CREDIT SUISSE - ZURICH	TBV 203-03-21205-P - CORMIN 203-03CM-042-S	262, 263, 739 a 746, y 784 a 786
CD-CRM-025-03 (I/E 274/03)	30.05.03	CORMIN CALLAO S.A.C.	5,812.721 WMT de concentrado de plomo (5,376.7063 TM)		TBV 203-03-21262-P-CORMIN 203-03CM-049-S	652 a 664, 726 a 738, 4350 y 4351
CD-CRM-024-03 (I/E 275/03)	30.05.03		5,010.950 WMT de concentrado de plomo (4,640.2543 TM)		TBV 203-03-21262-P-CORMIN 203-03CM-049-S	652 a 664, 726 a 738, 4350 y 4351
CD-CRM-072-03 (I/E 381/03)	05.08.03		5,159.019 WMT de concentrado de oro (4,363.2400 TM)	FORTISBANK LDN	TBV 603-03-21111-P - CORMIN 603-03CM-050-S	241, 242, 643 a 651, y 764 a 766
CD-CRM-080-03 (I/E 375/03)	13.08.03		15,000.000 WMT de concentrado de cobre (13,875.0000 TM)	ING BANK NV - LONDON	TBV 303-03-21339-P - CORMIN 303-03CM-072-S	239, 240, 700 a 708, y 778 a 780

Que en cuanto al criterio de lo devengado, este Tribunal a través de las Resoluciones Nº 1841-2-2002, 467-5-2003 y 1652-5-2004, ha establecido que el concepto de devengado en relación al reconocimiento de ingresos, supone que se hayan producido los hechos sustanciales generadores del ingreso, que el derecho al ingreso o compromiso no esté sujeto a condición que pueda hacerlo inexistente, y que el monto proveniente de la operación sea medido confiablemente para que dicho reconocimiento sea válido, de modo que los ingresos sólo se reconocerán cuando exista certeza razonable en cuanto a la suma que se va a obtener.

Que la NIC 18 - Ingresos, señala que los ingresos en la venta de productos deben ser reconocidos cuando todas las siguientes condiciones han sido satisfechas: i) La empresa ha transferido al comprador los riesgos significativos y los beneficios de propiedad de los productos; ii) La empresa no retiene ni la continuidad de la administración en un grado que esté asociado a la propiedad, ni el control efectivo de los productos vendidos; iii) El monto de ingresos puede ser medido confiablemente; iv) Es probable que los beneficios económicos relacionados con la transacción fluirán a la empresa; y v) Los costos incurridos o a ser incurridos, respecto a la transferencia pueden ser medidos confiablemente.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Que además precisa que el proceso de evaluación de cuándo una entidad ha transferido al comprador los riesgos y ventajas significativos, que implica la propiedad, requiere un examen de las circunstancias de la transacción; que en la mayoría de los casos, la transferencia de los riesgos y ventajas de la propiedad coincidirá con la transferencia de la titularidad legal o el traspaso de la posesión al comprador, como es el caso en la mayor parte de las ventas al por menor; y que en otros casos, por el contrario, la transferencia de los riesgos y las ventajas de la propiedad tendrá lugar en un momento diferente del correspondiente a la transferencia de la titularidad legal o el traspaso de la posesión de los bienes.

Que este Tribunal en la Resolución N° 0604-5-2001 señaló que conforme al artículo 57° de la Ley del Impuesto a la Renta, los ingresos son computables en el ejercicio en que se adquiere el derecho a recibirlos y de acuerdo a la NIC 18, los ingresos de la venta de productos deben ser reconocidos cuando, entre otros requisitos, la empresa haya transferido al comprador los riesgos significativos y los beneficios de propiedad de los productos, lo que requiere un examen de la transacción.

Que de las normas contables y los criterios jurisprudenciales antes citados, se tiene que para definir en qué momento se produce el devengo de los ingresos, se deben tener en cuenta las condiciones esenciales del ingreso, esto es, que se hayan transferido al comprador los riesgos significativos y los beneficios de propiedad de los productos, lo que debe examinarse en cada transacción.

Que según se observa de la apelada (foja 4629 vuelta), la Administración a efectos de determinar la transferencia de propiedad y del riesgo respecto de la venta de concentrados con Holding Certificates en el caso materia de autos, se amparó en los argumentos formulados en la Resolución de Intendencia N° 0150140006641 de 31 de agosto de 2007 (fojas 4329 a 4376), a través de la cual se resolvió un anterior reclamo presentado por la recurrente respecto de los reparos efectuados por la Administración por concepto de Impuesto General a las Ventas de los años 2002 y 2003 en relación a las ventas de concentrados de minerales detalladas en el cuadro precedente, en cuyo informe se exponen los fundamentos relacionados con la transferencia de propiedad y el riesgo en relación a las operaciones de venta de minerales con Holding Certificates, luego de haberse efectuado el análisis de los contratos celebrados entre la recurrente y TRAFIGURA, los Holding Certificates, los pagos realizados, la documentación sustentatoria presentada, así como los resultados obtenidos de los cruces de información, según lo señalado por la Administración, la cual precisa además que existe coincidencia con la documentación y medios probatorios actuados en el presente caso.

Que de lo expuesto en el considerando precedente se tiene que la Administración a efectos de determinar el momento en el cual tuvieron lugar la transferencia de propiedad y del riesgo en relación a las ventas de concentrados con Holding Certificates detalladas en el cuadro anterior, formuló los mismos argumentos del caso previo, en el cual había analizado las mismas operaciones de venta de concentrados de minerales entre la recurrente y TRAFIGURA.

Que este Tribunal a través de la Resolución N° 09190-8-2011 de 31 de mayo de 2011, resolvió el recurso de apelación formulado por la recurrente contra la Resolución de Intendencia N° 0150140006641, estableciendo en relación al reparo al Impuesto General a las Ventas de enero de 2002 a diciembre de 2003 por ventas de concentrados de minerales y metales refinados de cobre, plata y oro, efectuadas por la recurrente a TRAFIGURA en los periodos acotados, lo siguiente:

"Que de la revisión de los contratos de ventas de concentrados, se tiene que en la Cláusula 8 - Del Pago, las partes acordaron, entre otros términos, que el vendedor tenía la opción de solicitar al comprador un pago adelantado contra la presentación de un Certificado de Almacenaje a conveniencia del comprador por el material que mantenía en stock en sus almacenes; que existirían dos pagos provisionales, un pago final provisional y un pago final; asimismo estipulaba que el primer pago provisional se efectuaría por un porcentaje de la factura provisional, determinado sobre la base del peso húmedo indicado en los conocimientos de embarque, humedad provisional y ensayos provisionales, menos el valor de cualquier pago por

[Firma manuscrita]



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

adelantado ya realizado; y que dicho primer pago provisional se haría contra la presentación del conocimiento de embarque originales completos (3/3) libre abordo, factura provisional emitida por el vendedor, certificado provisional de peso y humedad emitido por el vendedor, y certificado provisional de ensaye emitido por el vendedor.

Que por su parte, de la revisión de los Certificados de Almacenaje o Holding Certificates emitidos, que obran en autos, se aprecia que en éstos se disponía lo siguiente:

- Que el tenedor de los concentrados, el que en unos casos era la recurrente y en otros mantendría una determinada cantidad de toneladas métricas de concentrados de oro, cobre, plomo, plata o zinc a disposición irrevocable de un banco del exterior, por cuenta de Trafigura Beheer B.V.
- Que los bienes se encontrarían a salvo y sin riesgo en todo momento en la ubicación (depósito) segregados de otros materiales y claramente identificados a nombre del banco por cuenta del comprador.
- Que el comprador y/o el banco y/o cualquier inspector nominado por el comprador o el banco tendrían el derecho en cualquier momento y en todo momento de inspeccionar los bienes, tomar muestras y el tenedor aseguraría libre acceso a los bienes para dicha operación inmediatamente luego de haber recibido tal solicitud.
- Que el tenedor no podría mover, liberar para producción o tomar disposición de los bienes sin la autorización escrita del banco, excepto bajo autorización escrita de éste.
- Que los bienes serían acompañados y permanecerían acompañados en todo momento por todos los documentos que sean requeridos para que los bienes sean embarcados a cualquier destino del mundo nominado por Trafigura Beheer B.V. inmediatamente a solicitud de ésta y con la autorización escrita del banco. El tenedor se comprometía a obtener o asistir a Trafigura Beheer B.V. o al banco para la obtención de cualquier permiso, licencia o autorización que sea o pueda ser necesaria para Trafigura Beheer B.V. y/o el banco, de tener la posesión de los bienes y en particular la exportación de los bienes a cualquier destino en el mundo.
- Que el tenedor quedaría como total responsable ante el banco por el adecuado mantenimiento, seguro, conservación y control de los bienes. En cualquier caso que los bienes dejen de estar en la ubicación y no puedan ser encontrados, el tenedor confirma que pagará el valor total de la cantidad faltante y pagara dicho monto a Trafigura Beheer B.V. (en el banco) al ser solicitado por ella.

Que adicionalmente de las cédulas "Cobranza de los comprobantes de pago por venta de concentrados emitidos con Holding Certificates de enero a diciembre de 2002 y 2003", ...se aprecia que la Administración consigna la relación de los documentos denominados "CEA" - "Cobranzas Efectuadas y Adelantos" emitidos por la recurrente por los adelantos de dinero recibidos de diversos bancos del exterior por cuenta de Trafigura Beheer B.V. con ocasión de la emisión de los Holdings Certificates o Certificados de Almacenaje, lo que confirma que dichos documentos denominados "CEA" fueron emitidos contra la presentación de los referidos Holdings Certificates o Certificados de Almacenaje.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Que de la revisión de los términos de los Holding Certificates o Certificados de Almacenaje emitidos por la recurrente, se tiene que éstos constituyen documentos emitidos en relación con los contratos de compra venta internacional de concentrados de minerales, por tanto son accesorios a éstos, y acreditan la existencia de una determinada cantidad de dichos bienes depositados en un almacén, en unos casos el almacén de la recurrente y en otros el almacén de un tercero, a la orden o disposición del comprador del exterior o de su banco, en respaldo del adelanto o financiamiento otorgado por éstos a favor de la recurrente respecto de la venta de exportación de los concentrados acordada por tales sujetos.

Que en tal sentido, los Holding Certificates o Certificados de Almacenaje constituyen una garantía de existencia de bienes en respaldo de un financiamiento recibido por el vendedor de éstos, de ahí que son otorgados por el tenedor de los bienes, quien a través de su emisión asegura al sujeto que adelantó el financiamiento, que puede ser el propio comprador o su banco, que los bienes se encuentran listos, separados e identificados a su favor.

Que asimismo, a partir de la lectura de las condiciones establecidas en los Holding Certificates o Certificados de Almacenaje, materia de controversia, se aprecia que no fueron emitidos con el propósito de transferir la propiedad de los bienes; que no existe ninguna condición en la que se indique que con la ubicación de los bienes en los almacenes designados por las partes y con su emisión se entenderían transferidos a favor del comprador los concentrados de minerales; por el contrario en los contratos de venta de concentrados, de los que forman parte tales certificados como expresamente indican dichos contratos, las partes acordaron que la transferencia de propiedad operaría en otro momento, esto es, una vez recibido el primer pago provisional.

Que si bien en la introducción de los mencionados documentos se señala que "(...) mantendrá (...) ("los Bienes") a disposición irrevocable del (...) – nombre del banco del exterior – "por cuenta de Trafigura Beheer (...)", respecto a la venta de concentrados, la Administración no ha acreditado que la compradora, es decir Trafigura Beheer B.V., haya realizado algún acto de disposición en el sentido jurídico del término, esto es el poder jurídico que permite enajenar o gravar un bien, a partir de la emisión del Holding Certificate, y que el supuesto de disposición o transferencia que alega realizó la compradora, está referido a la emisión de un Certificado de Entrega Futura el cual se relaciona con la venta de metales refinados, el que se analizará posteriormente, por lo que la expresión en comentario tiene el sentido de que los bienes están o se hallan aptos o listos para su venta, de acuerdo con el significado que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua le otorga a la expresión a disposición.

Que contrariamente a lo afirmado por la Administración, los Holding Certificate o Certificados de Almacenaje no constituyen títulos de propiedad que cumplan las funciones y fines de un título valor, ya que dichos documentos no son reconocidos como tales por la Ley N° 27287, ni están destinados a circular mediante endoso, característica principal de estos², no siendo legalmente posible extenderles esa condición, por el hecho que a criterio de aquella cumplan sus funciones y fines, pues

² Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287. Artículo 1.- Título Valor 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.

[Firma manuscrita]



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

conforme con lo dispuesto por el artículo 3º de la mencionada ley, la creación de nuevos títulos valores se hará por ley, en ningún caso por interpretación analógica.

Que en ese mismo sentido se pronunció este Tribunal en la Resolución Nº 8974-3-2009, al señalar que los antes referidos certificados no constituyen títulos valores para el sistema legal existente y en todo caso recogen la manifestación de voluntad de las partes intervinientes, pero no producen los efectos jurídicos que se atribuyen a los títulos valores como tales, criterio que también resulta aplicable a los Certificados de Entrega Futura.

Que la condición establecida en los Holding Certificates respecto a que en cualquier caso que los bienes dejen de estar en la ubicación y no puedan ser encontrados, el tenedor confirma que pagará el valor total de la cantidad faltante y pagará dicho monto a Trafigura Beheer B.V., la que para la Administración no se explicaría si es que Trafigura Beheer BV. no fuera el propietario de los bienes, dicha condición de responsabilidad resulta consistente con la obligación asumida por el tenedor de los bienes en el contrato de almacenaje, ... en virtud de la cual su principal obligación era garantizar la existencia y adecuada conservación de los mismos y en caso de no cumplirla, estaría obligado a resarcir la pérdida de los bienes, la que puede pactarse expresamente que beneficie a aquél que tenía una acreencia frente a la recurrente, legítimamente respaldada con la existencia de los bienes, es decir, el comprador o su banco, sin que por ello deba entenderse que se había convertido ya en su propietario o que el financiamiento que el Holding Certificate documentara fuera entre la compradora y su banco.

Que si bien la Administración considera que la exportación del concentrado de minerales no fue realizada por la recurrente sino por cuenta de un tercero, toda vez que en los Holding Certificate se acordó que tanto esta como el almacén se comprometían a obtener o asistir a Trafigura Beheer B.V. para la obtención de cualquier permiso, licencia o autorización y en particular en la exportación de los bienes a cualquier destino del mundo, de la revisión de las Declaraciones Únicas de Aduanas se aprecia que consignan en todos los casos a la recurrente como exportador de los bienes.

Que asimismo la referida estipulación constituía una obligación de asistencia al comprador asumida por la recurrente y el tenedor de los bienes, para gestionar y/o lograr cualquier autorización que le pudiera ser exigida en su calidad de comprador, en caso fuera requerida, pero no revela por sí misma que la exportación no fue realizada por ésta.

Que en consecuencia, con la emisión de los citados Holding Certificate o Certificados de Almacenaje, no se realizó la transferencia de propiedad de los citados concentrados, mediante una tradición documental, conforme lo afirma la Administración.

Que según se verifica de los contratos de compra venta de concentrados, (...), las partes acordaron que la entrega de los bienes se haría en condiciones FOB ST Callao (Cláusulas 3, 4 o 5), esto es a bordo del buque en el puerto de embarque, en tal sentido, la entrega de los bienes materia de compra venta se produjo cuando éstos sobrepasaron la borda del buque en el puerto de embarque, momento en el

17

[Firma manuscrita]



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

cual además se transfirieron los riesgos de pérdida y daño de los bienes³, conforme con lo pactado por las partes en los contratos⁴.

Que de la revisión de las Declaraciones Únicas de Aduanas y de las órdenes de embarque emitidas en los trámites de exportación definitiva, se aprecia que de acuerdo con la información consignada en la casilla 10 de dichas órdenes de embarque, de fojas 8875, 8884, 8885, 8891, 8892, 8902, 8912, 8924, 8934, 8935, 8944, 8945, 8960, 8961, 13494, 13568, 13822, 13823, 13921 y 13967, de conformidad con el criterio establecido por este Tribunal en las Resoluciones Nº. 03204-2-2004, Nº 0251-5-2001 y Nº 0623-1-2000, según las cuales una exportación se considera realizada en la fecha de embarque de la mercancía, la cual corresponde a la fecha de control de embarque anotada en las casillas 10 ó 12 de la orden de embarque, según sea el caso, de acuerdo con el criterio adoptado en la Resolución Nº 11699-A-2007; los bienes materia de venta fueron embarcados en el puerto del Callao el 9 de agosto, 12 y 18 de diciembre de 2002, 5 de enero, 23 de abril, 27 de mayo, 7 de junio, 4 de julio, 1 de agosto y 2 de setiembre de 2003, fechas en las cuales se produjo la tradición de los bienes mediante su entrega física, por lo que en las mismas fechas se produjo la culminación del embarque y, por ende, la exportación de los bienes, y también operó la transferencia de propiedad⁵.

Que conforme lo citado, se tiene que este Tribunal a través de la Resolución Nº 09190-8-2011, determinó que la transferencia de propiedad y del riesgo de las operaciones de venta de concentrados con Holding Certificates, relacionadas con los Contratos Nº TBV 103-03-20990-P- 103-02CM-127-S, TBV 603-02-21001-P - 603-02CM-128-S, TBV 203-03-21205-P - 203-03CM-042-S, TBV 203-03-21262-P- 203-03CM-049-S, TBV 203-03-21262-P- 203-03CM-049-S, TBV 603-03-21111-P - 603-03CM-050-S y TBV 303-03-21339-P - 303-03CM-072-S materia de autos, se produjo cuando éstos sobrepasaron la borda del buque en el puerto de embarque, momento en el cual además se transfirieron los riesgos de pérdida y daño de los bienes, conforme con lo pactado por las partes en los citados contratos.

Que en ese sentido, de acuerdo con el criterio establecido en las Resoluciones Nº 1841-2-2002, 467-5-2003 y 1652-5-2004, los ingresos resultantes de las operaciones descritas respecto de las cuales, se emitieron Holding Certificates, detalladas en los Contratos Nº TBV 103-03-20990-P- 103-02CM-127-S, TBV 603-02-21001-P - 603-02CM-128-S, TBV 203-03-21205-P - 203-03CM-042-S, TBV 203-03-21262-P- 203-03CM-049-S, TBV 203-03-21262-P- 203-03CM-049-S, TBV 603-03-21111-P - 603-03CM-050-S y TBV 303-03-21339-P - 303-03CM-072-S, se devengaron en la fecha en que la mercancía sobrepasó la borda del buque en el puerto de embarque, de acuerdo con las condiciones FOB (Free On Board) pactadas entre la recurrente y TRAFIGURA, y no en las fechas en que los Holding Certificates fueron emitidos, como alegaba la Administración, por lo que procede revocar la apelada en este extremo a efecto que la Administración impute los ingresos a los ejercicios materia de autos según la fecha de devengo, tomando en cuenta lo establecido por este Tribunal en la Resolución Nº 9190-8-2011 antes glosada.

Que estando a lo expuesto en el considerando precedente carece de objeto emitir pronunciamiento en relación a los demás alegatos de la recurrente respecto al presente reparo.

³ Conforme al artículo 1567º del Código Civil, el riesgo de pérdida de bienes ciertos, materia de un contrato de compra venta, pasa al comprador en el momento de su entrega.

⁴ Énfasis agregado.

⁵ Énfasis agregado.

9 8 1 18



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Venta de acciones de CONDESTABLE por las cuales determinó pérdida (ejercicio 2003)

Que del Anexo 4 de las Resoluciones de Determinación N° 012-003-0009330 a 012-003-0009337 y del Anexo 3 de la Resolución de Determinación N° 012-003-0009339, de fojas 4179 a 4186 y 4092 a 4098, se observa que la Administración reparó la pérdida resultado de la venta de las acciones de Cía. Minera Condestable S.A.A. (CONDESTABLE), según se refleja en los análisis y asientos contables, siendo el valor de venta de S/. 0,202. Sin embargo, de acuerdo con la información obtenida de la página web de CONASEV, dichas acciones tuvieron un valor de S/. 0,90 en la última fecha de cotización en Bolsa anterior a la venta (18 de diciembre de 2003).

Que del punto 3 del Requerimiento N° 00094745 (foja 2200), se advierte que la Administración solicitó a la recurrente presentar documentación sustentatoria y fehaciente referida a la venta de acciones de CONDESTABLE, tales como: i) Si los valores fueron cotizados en Bolsa: Documentación del Agente de Bolsa, Reporte del Mercado de Valores, demostrar con cualquier otra documentación fehaciente el precio del Mercado Bursátil vigente a la fecha de la venta y la indicación expresa si la operación fue realizada fuera de Bolsa. ii) Si los valores no se cotizan en el Mercado Bursátil: Valorización de parte sobre el balance de la empresa emisora formulado a la fecha de la transferencia o en su defecto, del inmediato anterior a esa fecha siempre que ésta no tenga una antigüedad mayor a 6 meses. Para ambos casos (I y II), solicitó además presentar asientos contables que sustenten la operación (venta y costo de las acciones), análisis de determinación de las operaciones, actas de accionistas, registro de transferencia de acciones y cualquier otra documentación que sustente la operación.

Que del punto 3 del Resultado del Requerimiento N° 00094745 (fojas 2193 a 2195), se observa que la Administración dio cuenta de la documentación presentada por la recurrente y del escrito de 25 de noviembre de 2005, en el cual ésta señala, respecto del valor de mercado de las acciones de CONDESTABLE, que entregó una extracción del reporte de las cotizaciones en Bolsa en la cual se aprecia que desde 1998 hasta avanzado el año 2004 no se registran cotizaciones en la Bolsa, salvo operaciones esporádicas y que durante los años 1997 a 2002, CONDESTABLE acumuló más de US\$ 11.000 000,00 de pérdida y que realizó además aumentos de capital bajo la par. Al respecto, la Administración indica que la recurrente no presentó la valorización de parte de las acciones de CONDESTABLE, por lo que dicha información sería requerida, teniendo en cuenta que las acciones comunes de CONDESTABLE que se encuentran cotizadas en Bolsa a precio de cierre de S/. 0,90 por acción, a la fecha de su última cotización (18 de diciembre de 2003).

Que del punto 2 del Requerimiento N° 00219301 (fojas 1477 y 1478), se aprecia que la Administración en atención a los resultados del punto 3 del Requerimiento N° 00094745, señala que la recurrente vendió 10 816 302 acciones de CONDESTABLE el 30 de diciembre de 2003, las que tuvieron cotización en bolsa (S/. 0,90 por acción), siendo la fecha de última cotización el 18 de diciembre de 2003, por lo que le solicitó explicar por escrito, con la base legal correspondiente y sustentar con documentación fehaciente, los motivos por los cuáles no se utilizó para efectos tributarios la última cotización que representa el valor de mercado de acuerdo con el numeral 2 del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, dado que la empresa determinó pérdida en la venta de acciones, aplicando el valor de participación patrimonial que se encuentra regulado sólo para aquellos valores que no se cotizan en Bolsa, de acuerdo con el artículo 19° de la Ley del Impuesto a la Renta, según el siguiente detalle:



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Concepto	Nº acciones	Precio		Valor de Venta (S/.)
		Recurrente	Valor de Mercado (*)	
Venta de acciones	10'816,302	0.202		2 184 893,00
• Costo de adquisición según determinación de la recurrente	10'816,302			(2 252 098,91)
Pérdida en venta de acciones según recurrente				(67 205,91)
Venta de acciones	10'816,302		0.90	9 734 671,80
• Costo de adquisición según determinación de la recurrente	10'816,302			(2 252 098,91)
Utilidad en venta de acciones según la Administración				7 482 572,89

(*) Importe tomado de la página web: www.conasev.gob.pe

Que del punto 2 del Resultado del Requerimiento N° 00219301 (fojas 1455 a 1459), se advierte que la Administración dio cuenta del escrito presentado por la recurrente y de la documentación adjunta a él, concluyendo que con los endosos de los Certificados de Suscripción Preferente N° 02/02 y 03/02 realizados por TRAFIGURA y CALACO INVESTMENT INC., dichas empresas transfirieron la propiedad de dichos títulos a favor de la recurrente. Asimismo, respecto a lo señalado por la recurrente sobre que no existe operación alguna con TRAFIGURA que deba sujetarse a las reglas de valor de mercado, sino que se trata de un reembolso de lo gastado por cuenta del mandante, refiere que ésta no ha presentado documentación sustentatoria que acredite el "*mandato con representación*" ni el reembolso, por lo que en aplicación del artículo 5° de la Ley del Impuesto a la Renta, al ser las acciones de propiedad de la recurrente y al haber sido transferidas a TRAFIGURA, se configuró su enajenación, siendo aplicable a efectos de determinar el valor de venta, el valor de mercado regulado por el numeral 2 del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, conforme con la determinación efectuada en el cuadro precedente.

Que del punto 3 del Anexo N° 3 del Requerimiento N° 00219303 (foja 1230), se desprende que en aplicación del artículo 75° del Código Tributario, la Administración puso en conocimiento de la recurrente las observaciones detectadas en la fiscalización, en especial la referida a la venta de las acciones de CONDESTABLE, en cuyo caso no aplicó el valor de mercado, según Ley del Impuesto a la Renta, a fin de que la recurrente sustentara la observación realizada.

Que del punto II del Resultado del Requerimiento N° 00219303, se observa que la Administración dejó constancia de los argumentos descritos por la recurrente en su escrito de respuesta, así como de la documentación adjunta a dicho escrito, concluyendo que se produjo la venta de acciones de CONDESTABLE por parte de la recurrente a TRAFIGURA, y que por tanto debieron aplicarse las reglas del valor de mercado previstas en el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta. Asimismo, señala que no existe documentación que haga referencia al "*reembolso*" mencionado por la recurrente, por lo que mantiene su posición respecto al reparo formulado.

Que de lo expuesto se tiene que la controversia se centra en determinar, en primer lugar, si se produjo una operación de venta de acciones de CONDESTABLE entre la recurrente y TRAFIGURA y, en segundo lugar, si la citada operación fue realizada a valor de mercado.

Que respecto al primer punto, el artículo 1790° del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 295, señala que por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

Que los artículos 1791° y 1792° del citado código, disponen que el mandato se presume oneroso y que el mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento. Asimismo, se prevé que el mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente.

9 8 P A



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Que el artículo 1793° de la referida norma, señala que el mandatario está obligado: 1.- A practicar personalmente, salvo disposición distinta, los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del mandante. 2.- A comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato. 3.- A rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante.

Que el artículo 1796° del anotado código precisa que el mandante está obligado frente al mandatario, entre otros, a pagarle la retribución que le corresponda y a hacerle provisión de ella según los usos y a reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados.

Que los artículos 1806° y 1807° del mencionado código, establecen que se presume que el mandato es con representación, y que el mandatario debe actuar en nombre del mandante.

Que según se observa del escrito de fojas 1199 a 1203, la recurrente señala que efectuó la capitalización y realizó los aportes correspondientes por encargo expreso de su matriz (TRAFIGURA), interesada en seguir apoyando el salvataje de CONDESTABLE, como se establece en la carta remitida por TRAFIGURA de fecha 3 de julio de 2002 y en la Junta de Accionistas de fecha 15 de julio de 2003. En ese sentido, agregó que la adquisición de las acciones de CONDESTABLE no fue realizada en nombre propio, sino por cuenta y riesgo de su matriz, quien se obligó al reembolso de la inversión correspondiente, debiendo tomarse en cuenta que su actuación se ampara en un mandato otorgado por TRAFIGURA, de modo que debía entregar las acciones de CONDESTABLE a TRAFIGURA en el momento en el que ésta última las solicitase. Por lo expuesto, indica que no existe operación alguna entre ella y TRAFIGURA que deba sujetarse a las normas de valor de mercado, tratándose simplemente de un reembolso de lo gastado por cuenta del mandante, motivo por el cual, TRAFIGURA procedió a devolverle el monto asumido al momento de adquirir las acciones al amparo del mandato que le había sido otorgado. Señalando además que propiamente, la única operación de adquisición de acciones se realizó entre CONDESTABLE y TRAFIGURA.

Que según se constata en autos, a efectos de acreditar que la adquisición de acciones de CONDESTABLE y posterior entrega a TRAFIGURA correspondía a un mandato con representación, en el cual la recurrente actuó como mandatario y TRAFIGURA como mandante, la recurrente presentó una serie de documentación que se detalla a continuación:

- Acta de Junta General de Accionistas de CONDESTABLE de fecha 15 de julio de 2002 (fojas 1402 a 1409), en la que se advierte como principal punto de agenda, el aumento de capital por nuevos aportes en efectivo, con la posibilidad de pago mediante la compensación de créditos contra la sociedad. Del texto del acta se observa que se hace referencia a la carta de fecha 6 de junio de 2002, remitida por el accionista TRAFIGURA a CONDESTABLE, en la que argumenta a favor del aumento de capital y compromete su participación a condición de que el aumento se realice bajo la par a S/. 0,20 por acción, indicando además que las pérdidas acumuladas y el patrimonio negativo, no justifican otra valuación de la empresa a efectos del aporte.

Es así que en dicha oportunidad se acordó aumentar el capital de CONDESTABLE en la suma de S/. 17 250 000,00 mediante la creación de igual número de acciones comunes, disponiendo como consecuencia, la emisión de Certificados de Suscripción Preferente, los cuales se entregan a todos los accionistas⁶ a prorrata de su participación en el capital, encontrándose a disposición de éstos a partir del 6 de agosto de 2000, pudiendo ser negociados libremente.

- Certificados de Suscripción Preferente N° 02/02 y 03/02 (fojas 1400 y 1401), de los cuales se aprecia que tienen su origen en los acuerdos tomados en Junta General de Accionistas de 15 de julio de 2002, representativos de 5'033,291 y 374,877 acciones comunes correspondientes a TRAFIGURA y Calaco Investment INC respectivamente, los cuales les dan derecho de suscripción

⁶ De la citada acta, se observa que TRAFIGURA y Calaco Investment INC. son accionistas de CONDESTABLE.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

preferente respecto de las referidas acciones de CONDESTABLE. Asimismo, se observa al reverso de los Certificados de Suscripción Preferente N° 02/02 y 03/02, que ambas empresas endosaron los referidos certificados a favor de la recurrente, transfiriéndose de esta manera el derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones.

- Reporte de las cotizaciones en Bolsa (fojas 1483 a 1521), se aprecia de los documentos denominados "Extracción de cotizaciones en la Bolsa", que estas cotizaciones pertenecen a la recurrente y no a CONDESTABLE.
- Estados Financieros al 31 de diciembre de 2002 y 2001 de la recurrente (fojas 2216 a 2264), en cuya Nota 1 se detalla la actividad económica de la recurrente, señalándose que su actividad económica principal es la comercialización de minerales concentrados y de minerales no ferrosos. Asimismo, se precisa que como parte del desarrollo de sus actividades adquirió el 30% del capital social de CONDESTABLE. En la Nota 10, se especifica que adquirió 10'816,302 acciones en octubre de 2002 a S/. 0,20 por cada acción, equivalentes a S/. 1 100 000,00 millones pagados en efectivo, y S/. 1 100 000,00 por capitalización de acreencias, y que basándose en los estados financieros no auditados al 31 de diciembre de 2002 de CONDESTABLE, ha obtenido pérdidas por su participación por aproximadamente S/. 220 000,00.
- Estados Financieros consolidados al 31 de diciembre de 2002 y de 2003 de la recurrente (fojas 2265 a 2313), en cuya Nota 9 se hace referencia a que adquirió 10'816,302 de acciones de CONDESTABLE y que en diciembre de 2003 vendió dichas acciones a su Principal (TRAFIGURA) a un precio de S/. 2 200 000,00 generándose una ganancia de S/. 127 000,00, la cual fue registrada en el rubro "Otros gastos, neto" del estado consolidado de ganancias y pérdidas.
- Cartas emitidas el 30 de diciembre de 2003 por la Sociedad Agente de Bolsa Juan Magot & Asociados S.A.B. S.A.C. (fojas 2051 a 2053) siendo que en la Carta N° MAG/GG-423-03, se informó a CONDESTABLE que se había procedido a realizar la operación de venta extrabursátil de 10'816,302 de sus acciones comunes, las cuales fueron adquiridas por TRAFIGURA. Asimismo, en la Carta N° MAG/ADM-424-03, se informa a TRAFIGURA que se ha procedido a realizar la operación extrabursátil de acciones comunes de CONDESTABLE, solicitándole realizar el pago de las comisiones por dicha operación. Finalmente en la Carta N° MAG-EX/014-03, se comunica a la recurrente que en cumplimiento de sus instrucciones se ha realizado la operación de venta de 10'816,302 de acciones comunes de CONDESTABLE a favor de TRAFIGURA.
- Factura N° 001-010628 de 31 de diciembre de 2003 emitida por la recurrente a TRAFIGURA (foja 2047), en cuya glosa se consigna "venta de acciones de CONDESTABLE y VOLCAN S.A.A." por la suma total de US\$ 1 636 042,16 a favor de TRAFIGURA.
- Hoja de cálculo del valor en libros al 30 de noviembre de 2003 (foja 2049), en donde se detalla el valor de compra de las acciones de CONDESTABLE por parte de la recurrente y el valor de venta a TRAFIGURA.
- Asientos contables de la recurrente (foja 2045), se hace referencia a la Factura N° 001-010628 como una operación de venta.
- Carta N° CONT-GRAL-379-2002 de fecha 14 de noviembre de 2002, emitida por CONDESTABLE a la recurrente (foja 2040), a través de la cual CONDESTABLE confirma el aumento de capital realizado como consecuencia del aporte de la recurrente suscribiendo acciones hasta la suma de US\$ 627 032,00.
- Certificado de Acciones Comunes N° 2012 de CONDESTABLE del 27 de diciembre de 2002 (foja 2037), a través del cual CONDESTABLE reconoce a favor de la recurrente la cantidad de 10'816,302 acciones.

9 8 P A



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

- Acta de Sesión de Directorio de la recurrente de 20 de diciembre de 2003 (fojas 2027 a 2029), en la cual se da cuenta que la recurrente era propietaria de 10'816,302 acciones comunes de CONDESTABLE, adquiridas por suscripción directa a un valor de US\$ 627 032,00, las que según acuerdo en dicha sesión, se optó por transferir para pagar otros financiamientos recibidos de la principal (TRAFIGURA) y mejorar el capital de trabajo de la compañía. Luego de la deliberación, se aprobó la venta de 10'816,302 de acciones comunes de CONDESTABLE de la recurrente a TRAFIGURA a un valor de S/. 0,202 cada una, por un total de S/. 2 184 893,00, monto que sería destinado a pagar diversos financiamientos recibidos de TRAFIGURA.
- Carta de fecha 3 de julio de 2002, emitida por TRAFIGURA a la recurrente (foja 1398), mediante la cual TRAFIGURA indica a la recurrente que con motivo de la Junta General de Accionistas de CONDESTABLE debe proceder, en su nombre y a su orden a la compra de las acciones de la citada empresa, siendo que el importe gastado en ello le sería posteriormente devuelto.

Que del análisis conjunto de la documentación presentada, esta instancia aprecia que la recurrente realizó por cuenta propia la adquisición de 10'816,302 de acciones comunes de CONDESTABLE, habida cuenta que de los documentos aportados no es posible determinar fehacientemente la existencia de un mandato con representación como consecuencia del cual, la recurrente haya actuado como mandataria y TRAFIGURA como mandante, tal como argumenta ésta, siendo que como se ha indicado anteriormente, si bien se presentó la copia simple de una carta en la que TRAFIGURA daría instrucciones para que se compren las acciones a su nombre, los demás documentos aportados revisten de formalidades que les brindan fehaciencia y no evidencian que la situación alegada se hubiera producido. Asimismo, se advierte que la operación a través de la cual se transfirieron las acciones a favor de TRAFIGURA, es una operación de venta, lo cual se corrobora de las cartas emitidas por la sociedad agente de bolsa encargada de la operación entre la recurrente y TRAFIGURA, e incluso de los mismos documentos contables y del acta de Sesión de Directorio elaborados por la recurrente, por lo que lo argumentado por ésta en sentido contrario carece de sustento.

Que con relación a lo señalado por la recurrente sobre que el mandato no está sujeto a formalidad y que basta para probarlo las actas de Junta General de Accionistas de CONDESTABLE y TRAFIGURA, cabe señalar que según se aprecia de autos, la Administración no ha cuestionado la formalidad del mandato a que hace alusión la recurrente, sino la existencia de pruebas fehacientes que permitan determinar que ésta actuó en virtud del mandato de TRAFIGURA a cambio de una contraprestación, por lo que lo alegado por aquélla no resulta atendible, siendo además que las actas de Junta General de Accionistas de CONDESTABLE y TRAFIGURA a que hace mención la recurrente, no acreditan por sí solas la existencia del mandato con representación al que alude la recurrente, de acuerdo con lo antes expuesto.

Que al haberse determinado que la transferencia de acciones de CONDESTABLE a favor de TRAFIGURA, responde a una operación de venta, procede analizar si el valor al cual fueron enajenadas las acciones corresponde al valor de mercado a que se refiere el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta.

Que al respecto, el numeral 6 del inciso b) el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo Nº 054-99-EF, señala que constituye renta gravada, entre otros, los resultados provenientes de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas o empresas constituidas en el país.

Que según el artículo 5° de la mencionada norma, para los efectos de esta ley, 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 conforme con el artículo 20° de la misma ley, la renta bruta está constituida por el conjunto de ingresos afectos al impuesto que se obtenga en el ejercicio gravable, agregando que cuando tales ingresos provengan de la enajenación de bienes, la renta bruta estará dada por la diferencia existente

9 8 R A



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de los bienes enajenados.

Que el numeral 2 del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, sustituido por la Ley N° 27356, establece que en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del impuesto, será el de mercado, sin embargo, si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Administración procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente, siendo que en el caso de los valores, cuando se coticen en el mercado bursátil, el precio será de dicho mercado, en caso contrario, su valor se determinará de acuerdo a las normas que señala el reglamento.

Que el numeral 4 del citado artículo, sustituido por la mencionada ley, señala que para las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, el valor de mercado será el que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados en condiciones iguales o similares, o en su defecto se considerará el valor que se obtenga en una operación entre sujetos no vinculados en condiciones iguales y similares. Supletoriamente, la Administración Tributaria aplicará el método de valoración que resulte más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación, tales como los métodos de costo incrementado y precio de reventa. Mediante decreto supremo se regularán los métodos de valoración que la SUNAT utilizará.

Que el inciso a) del artículo 19° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo N° 122-94-EF, sustituido por el artículo 8 del Decreto Supremo N° 194-99-EF, señala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32° de la ley, tratándose de acciones que no se coticen en el mercado bursátil, el valor de mercado se determinará por valorización de parte, sobre la base del balance de la empresa emisora, formulado a la fecha de la transferencia o, en su defecto, del inmediato anterior a esa fecha, siempre que éste no tenga una antigüedad mayor a seis (6) meses.

Que según se advierte de autos, y de lo manifestado por la recurrente durante el procedimiento de fiscalización, se tiene que ésta última enajenó las acciones de su propiedad que mantenía en CONDESTABLE a S/. 0,202 por acción, siendo que conforme se observa de los Resultados del Requerimiento N° 00219301 (fojas 1477 y 1478), la Administración consideró que la transferencia de dichas acciones se efectuó por debajo del valor de mercado ya que las acciones de CONDESTABLE tenían una cotización en Bolsa a la fecha de su transferencia (diciembre de 2003) ascendente a S/. 0,90 por acción.

Que tal como se evidenció en la fiscalización y es aceptado por las partes, TRAFIGURA y la recurrente son empresas vinculadas económicamente, correspondiendo la aplicación el numeral 4 del artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta, según texto vigente al ejercicio objeto de reparo, siendo que conforme con dicha disposición, el valor de mercado debía establecerse considerando las operaciones que la recurrente pudiera haber tenido en condiciones iguales o similares o, en caso contrario, considerando las operaciones de terceros no vinculados en condiciones iguales o similares. Dado que no se evidencia en autos que se haya establecido que el valor de cotización bursátil sea el aplicable luego de haberse analizado las operaciones de la recurrente y de terceros en condiciones iguales o similares, corresponde revocar la apelada en este extremo a efecto que la Administración proceda a establecer el valor de mercado aplicable al caso de autos conforme con lo antes expuesto.

Que es del caso indicar que contrariamente a lo alegado por la recurrente, en la Resolución N° 03709-1-2006 no se declaró la nulidad del reparo, sino que más bien se señaló que la Administración lo debía sustentar en la forma legal establecida, para lo cual regresaron los actuados a dicha instancia, habiendo ésta emitido, en cumplimiento, la Resolución de Intendencia N° 066015000304, la que fue nuevamente impugnada por el recurrente de dicho caso.

9 ✓ R A



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

Que estando a lo expuesto, carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre los demás argumentos de las partes.

Pérdidas originadas en el exterior respecto de operaciones de futuro (ejercicios 2002 y 2003)

Que del Anexo N° 4 de la Resolución de Determinación N° 012-003-0009338 (fojas 4127 a 4143) y el Anexo N° 5 de la Resolución de Determinación N° 012-003-0009339 (fojas 4067 a 4083), se advierte que la Administración reparó las pérdidas originadas en el exterior sin sustento, por cuanto la recurrente no presentó documentación respecto de las operaciones de futuro que habría realizado en la Bolsa de Metales de Londres (London Metal Exchange - LME), lo cual repercutía en el costo de venta anual.

Que a través del punto 5 del Requerimiento N° 00094745 (fojas 2197 y 2198), la Administración solicitó a la recurrente explicar por escrito con la debida documentación sustentatoria y fehaciente la relación de operaciones con instrumentos derivados realizados durante los ejercicios 2002 y 2003, así como presentar copia simple de los contratos celebrados por las operaciones con IFD; siendo que en el caso que se encuentren en idioma extranjero, debían ser traducidos al español.

Que del punto 5 del Resultado del Requerimiento N° 00094745 (fojas 2186 a 2191), se observa que la Administración dio cuenta del escrito presentado por la recurrente en respuesta, así como de la documentación adjuntada a éste, concluyendo que si bien la recurrente señala que los instrumentos financieros utilizados son futuros de cobertura, cuyo plazo y vencimiento es variable, los cuales son comercializados en la LME y cuyo costo ha sido eliminado en virtud del Addendum al Contrato de Servicios celebrado con TRAFIGURA el 26 de octubre de 1998, ésta no ha acreditado con documentación fehaciente el sustento de sus afirmaciones. Asimismo, la Administración dejó constancia de lo siguiente: i) La recurrente presentó un Contrato de Servicios celebrado con TRAFIGURA, el cual es sólo de agente, no indicándose en dicho contrato el nombre de la Bolsa de Metales en donde se van a realizar las operaciones, y no exhibiéndose documentación que acredite las operaciones en Bolsa, ii) En relación al análisis del riesgo que se pretende cubrir, la recurrente sólo procedió a explicarlo en el escrito, pero no ha presentado documentación sustentatoria del análisis del riesgo, iii) Con respecto al mecanismo para medir la eficacia de cada uno de los IFD con fines de cobertura, la recurrente indica la existencia de liquidaciones de Bolsa, sin embargo no las presentó ni cualquier otra documentación que acredite el mecanismo para medir la eficacia de cada uno de los IFD, iv) Respecto al análisis de la determinación del valor razonable inicial y ajustes posteriores de los IFD, la recurrente sólo presentó copia de las notas de los Estados Financieros del año 2003, sin embargo, no ha demostrado documentariamente la forma de cálculo, los contratos por cada producto y cualquier otra documentación que acredite dicha determinación, v) La recurrente presentó los documentos emitidos por TRAFIGURA en los cuales se factura el resultado neto de las variaciones de precios, sin la documentación que sustente los resultados de cobertura ni las liquidaciones de los brókeres del exterior, ni documentación de las Bolsas Internacionales de Metales, y vi) No exhibió los contratos en los que se detalle el tipo de IFD, su clasificación, plazo, vencimiento, la entidad, elemento subyacente, costo, el precio pactado y spot. Finalmente la Administración precisó que se reiteraría a la recurrente para la exhibición de los documentos no exhibidos a la fecha del cierre del requerimiento.

Que efectivamente, la Administración a través del punto 4 del Requerimiento N° 219301 (fojas 1473 a 1475), reiteró su solicitud de información a la recurrente respecto de la existencia de contratos celebrados con IFD, solicitando además explicar por escrito con la base legal respectiva y la documentación sustentatoria los motivos por los cuales afectó a cuenta de resultados la pérdida originada en el exterior según contrato de agencia, la cual fue deducida para efectos tributarios en las declaraciones juradas del Impuesto a la Renta de los ejercicios 2002 y 2003.

Que del punto 4 del Resultado del Requerimiento N° 00219301 (fojas 1447 a 1452), se observa que la Administración dio cuenta de la respuesta de la recurrente, concluyendo que la modalidad utilizada por ésta en relación a sus IFD, se ajustaría a una cobertura de valor de mercado o una cobertura de flujo de caja, por lo que le son aplicables los requisitos señalados en cada una de dichas coberturas, recogidas



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

del FAS 133, los cuales no cumple en ninguno de los casos, no habiendo tampoco sustentado con documentación fehaciente las operaciones con futuros, por lo que procedió a desconocer los gastos cargados a cuentas de resultados, conforme al siguiente detalle:

Cuenta	Concepto	Resultado de la cobertura (S/.)	
		Ejercicio 2002	Ejercicio 2003
6910101	Resultado de Cobertura País	(16'305,458.31)	(24'856,445.57)
6910401	Resultado Cobertura País estimado	425,916.90	1'138,870.77
6988804	Corrección monetaria E. Cober	(175,289.29)	(181,790.81)
	Pérdida de Cobertura no Sustentada	(16'054,830.70)	(23'899,365.61)

Que a través del Requerimiento N° 00219303 (fojas 1228 a 1233), la Administración, al amparo del segundo párrafo del artículo 75° del Código Tributario, puso en conocimiento de la recurrente las observaciones formuladas durante el procedimiento de fiscalización, en especial, sobre las pérdidas originadas en el exterior sin sustento, solicitándole a ésta se sirva formular los descargos correspondientes.

Que del punto IV del Resultado del Requerimiento N° 00219303 (fojas 1213 a 1217), se observa que la Administración concluyó respecto de la documentación presentada por la recurrente, que no existe documentación respecto de las operaciones de futuro realizadas en la Bolsa, a pesar de que la recurrente señaló en su escrito de 2 de noviembre de 2005, que celebró contratos de futuro a través de la LME, y que dicha documentación fue solicitada previamente a través del Requerimiento N° 00094745, en virtud del párrafo 142 de la NIC 39 y la FAS 133. En ese sentido, la Administración sostiene que al no haber remitido la recurrente la documentación que acredite las operaciones de futuro, no le era posible verificar la calidad del activo, el tamaño del contrato y las disposiciones de la entrega, lo que a su vez no permitía establecer que se estaba ante un IFD de cobertura, toda vez que el único contrato exhibido fue el Contrato de agencia celebrado con TRAFIGURA, por lo que mantuvo el reparo materia de autos.

Que de lo actuado se observa que el 22 de diciembre de 2005, la recurrente presentó el Escrito N°000-TI0002-2005-068076-2 (fojas 2679 a 2883), al cual adjuntó diversa documentación a fin de sustentar su posición en relación con el reparo materia de autos, la cual no fue merituada por la Administración.

Que según se aprecia en dicho escrito y se verifica de autos, la recurrente adjuntó algunos ejemplos para aclarar el mecanismo utilizado en la contratación de coberturas, indicando los hedge tickets⁷ por los cuales se instruyeron ventas a TRAFIGURA y las respuestas que ésta le habría dado. En el detalle consignado específicamente en la foja 2877 y se verifica en las fojas siguientes, la recurrente adjuntó: confirmación de algunas operaciones de cobertura instruidas a TRAFIGURA, los acuerdos entre TRAFIGURA y diversos brókeres (Sogemin Metals Limited, Barclays Bank PLC, Macquarie Bank Limited, Refco Overseas Limited y Prudential Bache International Limited), y los acuerdos específicos en cuanto a operatividad y condiciones de márgenes y financiamientos suscritos por TRAFIGURA con Natexis Metales, Barclays Bank PLC, Refco Overseas Limited y Prudential Bache International Limited.

Que al respecto, el artículo 75° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, modificado por Decreto Legislativo N° 953, establece que concluida la fiscalización o verificación, la Administración Tributaria emitirá la correspondiente resolución de

⁷ Hedge Tickets N° 002/02 y 004/02 de 31 de diciembre de 2001, 267/02 de 10 de mayo de 2002, 675/02 de 13 de diciembre de 2002, 001/03 del 31 de diciembre de 2002, 118/03 y 120/03 de 28 de febrero de 2003, 183/03 de 25 de abril de 2003, 189/03 y 190/03 de 30 de abril de 2003.

9 y r A



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

determinación, resolución de multa u orden de pago, si fuera el caso. No obstante, previamente a la emisión de las resoluciones referidas, la Administración Tributaria podrá comunicar sus conclusiones a los contribuyentes, indicándoles expresamente las observaciones formuladas y, cuando corresponda, las infracciones que se les imputan, siempre que a su juicio la complejidad del caso tratado lo justifique. En estos casos, dentro del plazo que la Administración Tributaria establezca en dicha comunicación, el que no podrá ser menor a 3 días hábiles, el contribuyente o responsable podrá presentar por escrito sus observaciones a los cargos formulados, debidamente sustentadas, a efecto que la Administración Tributaria las considere, de ser el caso. La documentación que se presente ante la Administración Tributaria luego de transcurrido el mencionado plazo no será merituada en la fiscalización o verificación.

Que el numeral 2 del artículo 109° del Código Tributario, modificado por Decreto Legislativo N° 981, señala que son nulos los actos de la Administración cuando son dictados prescindiendo totalmente del procedimiento legal establecido, o que sean contrarios a la ley o norma con rango inferior.

Que reiteradas resoluciones de este Tribunal, como es el caso de las Resoluciones N° 01801-5-2009 y 09725-5-2004, han dejado establecido que el cierre de uno o varios requerimientos no implica el fin de la fiscalización, sino que este procedimiento solo concluye con la emisión y notificación del acto administrativo que contiene la determinación de la obligación tributaria, es así que se ha considerado válido que la propia Administración, como consecuencia del análisis o evaluación de la documentación requerida y/o presentada y/o exhibida en los requerimientos cerrados, pueda requerir nueva información o documentación para completar la solicitada dentro de la fiscalización, incluso con posterioridad al cierre del requerimiento emitido en virtud del citado artículo 75° del Código Tributario, como ocurrió en el caso a que se refirió la Resolución N° 2102-4-2010, entre otras.

Que en ese mismo sentido, estando a que en el caso de autos la recurrente presentó una serie de documentación anexa a su escrito N°000-TI0002-2005-068076-2 cuando aún no había culminado el procedimiento de fiscalización, correspondía que fuera merituada por la Administración, lo que no se efectuó, por lo que de acuerdo con lo establecido por el numeral 2 del artículo 109° del Código Tributario, procede declarar la nulidad de los valores en el extremo referido al reparo bajo análisis así como la nulidad de la resolución apelada sobre este particular, en virtud del artículo 13° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, debiendo la Administración emitir nuevo pronunciamiento considerando las citadas pruebas.

Que es del caso indicar que carece de sustento lo alegado por la recurrente en el sentido que no era correcto que la Administración le opusiera la restricción prevista por el artículo 141° del Código Tributario⁸ ya que la información que presentó en la etapa de reclamación (informes elaborados por la Universidad del Pacífico y Ernst & Young – sede Holanda, documentos proporcionados por TRAFIGURA y los brókeres autorizados a intermediar en la LME), no le había sido requerida expresamente en la fiscalización, ya que según se advierte de los citados Requerimientos N° 00094745, 00219301 y 00219303, la Administración solicitó a la recurrente: "...explicar por escrito con la debida documentación sustentatoria y fehaciente la relación de operaciones con instrumentos derivados realizados durante los ejercicios 2002 y 2003, así como copia simple de los contratos celebrados por las operaciones con IFD; siendo que en el caso que se encuentren en idioma extranjero, traducirlos al español" de lo que se evidencia que la Administración solicitó expresamente a la recurrente sustentar las operaciones con IFD

⁸ El citado artículo señala que no se admitirá como medio probatorio, bajo responsabilidad, el que habiendo sido requerido por la Administración durante la verificación o fiscalización, no hubiera sido presentado y/o exhibido, salvo que el deudor tributario pruebe que la omisión no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera por dicho monto, actualizada hasta por seis (6) meses o nueve (9) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

detalladas por la recurrente durante los ejercicios 2002 y 2003⁹. En la misma línea, tampoco resulta atendible lo señalado con relación a que no le fueron solicitados previamente los informes elaborados por la Universidad del Pacífico y Ernst & Young, toda vez que sería irrazonable exigir a la Administración que solicitara exactamente tales documentos, los que fueron elaborados por encargo de la recurrente a efecto de sustentar las operaciones con IFD.

Que asimismo, carece de fundamento el argumento de la recurrente referido a que si no presentó la documentación en su oportunidad ello se debió a causas que no le son imputables dado que no estaba obligada a contar con tal documentación en virtud de las normas vigentes, toda vez que conforme con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 87° del Código Tributario, sustituido por el Decreto Legislativo N° 953, texto aplicable a la fecha de la fiscalización, los administrados están obligados a facilitar las labores de fiscalización y determinación que realice la Administración y en especial, deben conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, así como los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionados con ellas, mientras el tributo no esté prescrito, de lo que se colige que a efecto de sustentar sus operaciones con incidencia tributaria todo contribuyente debe conservar la documentación que permita acreditar tal sustento.

Que en el caso específico de los informes elaborados por la Universidad del Pacífico y Ernst & Young – sede Holanda, la recurrente indica que existía una imposibilidad material de presentarlos previamente al haber sido elaborados con posterioridad a la fiscalización, pasando lo mismo con las cartas emitidas por los brókeres que datan del año 2006. Sobre el particular, cabe indicar que este Tribunal ha señalado que se debe distinguir entre la documentación con la que deben contar los contribuyentes de forma previa al requerimiento de la Administración, de la que es elaborada con motivo de un requerimiento cursado por ésta¹⁰, siendo que, por ejemplo, los mencionados informes constituyen documentos que se han elaborado con motivo de la fiscalización realizada, no obstante, en ambos casos, deben ser exhibidos y/o presentados a la Administración ante sus requerimientos, sirviendo para que ésta desarrolle su labor y finalmente realice la determinación de las obligaciones tributarias relacionadas. En esta medida, carece de sustento lo alegado por la recurrente respecto a que no pudo presentar documentos que no existían, pues como se ha anotado, está claro que por su propia naturaleza no podían preexistir a la fiscalización, pero ello no implica que si, a criterio del contribuyente, un informe sirve para sustentar o tiene relevancia respecto de la determinación de la obligación tributaria, debe ser presentado a la Administración con motivo de su requerimiento.

Que ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto con relación a los alegatos de la recurrente, es del caso mencionar que al haber esta instancia declarado la nulidad del valor en el extremo referido al reparo por pérdidas originadas en el exterior sin sustento, sobre este punto la Administración tiene subsistentes sus facultades de fiscalización y determinación, lo que implica, de un lado, que bien podría efectuar algún nuevo requerimiento, de considerarlo necesario, así como, de otro lado, que se debe considerar toda otra documentación presentada por la recurrente sobre el particular, siendo éste el caso de las que ella ha denominado “pruebas adicionales”.

Que entre esta documentación adicional se encuentra lo siguiente: (i) Según se aprecia a fojas 3427 a 3460, el 26 de mayo de 2006 la recurrente presentó un escrito¹¹ con la sumilla “amplía recurso de reclamación y presenta medios probatorios”, al cual adjuntó una serie de documentos que detalla en el “otrosí decimos” de fojas 3427 a 3429, entre ellos, el informe elaborado por Ernst & Young de fecha 23 de mayo de 2006 (Anexo 2 de fojas 3411 a 3417) y el informe elaborado por el Centro de Investigación Área de Economía de la Regulación de la Universidad del Pacífico denominado “Análisis de las operaciones de

⁹ A mayor abundamiento, la Resolución N° 02407-2-2003, invocada por la recurrente, no resulta aplicable al caso de autos, habida cuenta que en el presente caso se ha acreditado la solicitud expresa por parte de la Administración a efectos de sustentar el reparo.

¹⁰ Criterio que fluye, entre otras, de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 12707-4-2008.

¹¹ Expediente N° 0159260004880.



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

cobertura en la comercialización de minerales: El caso del de 24 de mayo de 2006 (Anexo 19 de fojas 3252 a 3271). (ii) Tal como consta a foja 3599 el 25 de julio de 2006 la recurrente presentó documentación complementaria que según indica, recibió de su matriz (TRAFIGURA) el 29 de mayo de 2006, como es el caso del informe de Ernst & Young – sede Holanda de 23 de mayo de 2006 (fojas 3592 a 3594). (iii) Obra a fojas 5107 a 5144 el escrito presentado por la recurrente el 30 de abril de 2009 al que denominó "alegatos", al cual adjuntó, entre otros, el informe de Ernst & Young – sede Holanda de 24 de abril de 2009 (fojas 5067 a 5069), y (iv) A fojas 5580 a 5674 consta el escrito presentado por la recurrente el 23 de julio de 2010, al cual acompañó, entre otros, documentación que sustentaría la liquidación de diversos hedge tickets.

Que estando a lo expuesto, carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre lo señalado por la recurrente en cuanto a que la Administración ha vulnerado su derecho de defensa y al debido procedimiento al no haberse meritado las pruebas presentadas en la etapa de reclamación.

Que de la misma manera, atendiendo al fallo emitido sobre este extremo, tampoco resulta pertinente emitir pronunciamiento con relación a los demás argumentos expuestos por las partes.

Que finalmente, es del caso mencionar que las partes deberán tener en cuenta que la actuación probatoria con relación al reparo bajo análisis debe comprender a la documentación sustentatoria de todas las transacciones que la recurrente habría efectuado con IFD durante los ejercicios acotados, a fin de verificar que ciertamente se hayan realizado, determinar sus características y así establecer si la totalidad de los importes contabilizados corresponden en efecto al resultado obtenido por transacciones con IFD de cobertura pertenecientes a ella, siendo que, tal como se ha indicado en considerandos anteriores, los contribuyentes tienen la obligación de acreditar documentariamente las características de tales transacciones, así como su participación en los resultados obtenidos por dichas transacciones¹², a fin de establecer, de manera objetiva, que los importes contabilizados por tales conceptos corresponden en cada caso a un resultado derivado de una operación de cobertura, de acuerdo con el criterio establecido por este Tribunal en la Resolución Nº 18323-3-2012.

Que atendiendo al análisis efectuado respecto de cada uno de los reparos materia de impugnación se tiene que en cuanto a un punto (reparo por pérdidas originadas en el exterior por operaciones de futuro), se ha declarado la nulidad de los valores y de la resolución apelada en dicho extremo y que con relación a los otros dos reparos (por ingresos por ventas devengadas efectuadas con Holding Certificates y venta de acciones de CONDESTABLE por las cuales determinó pérdida), se ha revocado la apelada a efecto que la Administración emita nuevo pronunciamiento, siendo que ello implicará, de ser el caso, que los importes de omisión establecidos en las resoluciones de determinación referidas tanto al Impuesto a la Renta anual de los citados ejercicios como a los pagos a cuenta sean reliquidados.

Multas

Que las Resoluciones de Multa Nº 012-002-0009021 a 012-002-0009028 (fojas 4261 a 4269), fueron emitidas por la infracción tipificada por el numeral 1 del artículo 178º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo Nº 135-99-EF, modificado por el Decreto Legislativo Nº 953; según el cual constituye infracción relacionada con el cumplimiento de las obligaciones tributarias, no incluir en las declaraciones ingresos, rentas, patrimonio, actos gravados o tributos retenidos o percibidos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias que influyeran en la determinación de la obligación tributaria.

Que las citadas resoluciones de multa fueron giradas sobre la base del tributo omitido establecido en las resoluciones de determinación cuyos reparos han sido antes analizados, por lo que considerando que tal omisión será materia de reliquidación, corresponde que se revoque la apelada en cuanto a las

¹² Lo que no sólo podría acreditarse con documentación interna de terceros, como erróneamente afirma la recurrente, sino también con documentación propia, como podría ser correspondencia, entre otros.

9 8 P A



Tribunal Fiscal

Nº 14610-8-2013

resoluciones de multa a efecto que sean reliquidadas como consecuencia de lo que se resuelva en cuanto a las mencionadas resoluciones de determinación.

Que de otra parte, el informe oral solicitado por la recurrente se llevó a cabo con la asistencia de ambas partes según consta a foja 5818.

Con los vocales Falconí Sinche e Izaguirre Llampasi, e interviniendo como ponente la vocal Huertas Lizarzaburu.

RESUELVE:

Declarar **NULAS** las resoluciones de determinación impugnadas en cuanto al reparo por pérdidas originadas en el exterior por operaciones de futuro, así como la Resolución de Intendencia N° 0150140007961 de 31 de diciembre de 2008, en tal extremo, y **REVOCAR** dicha resolución de intendencia respecto a los reparos por ingresos por ventas devengadas efectuadas con Holding Certificates y venta de acciones de CONDESTABLE por las cuales determinó pérdida y en cuanto a las Resoluciones de Multa N° 012-002-0009021 a 012-002-0009028, debiendo la Administración proceder conforme con lo expuesto.

Regístrese, comuníquese y remítase a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, para sus efectos.


HUERTAS LIZARZABURU
VOCAL PRESIDENTA


FALCONI SINCHE
VOCAL


IZAGUIRRE LLAMPASI
VOCAL


Castro Arana
Secretaria Relatora (e)
HL/CA/mppe.