



RESOLUCIÓN DE RECURSO JERÁRQUICO AGIT-RJ 1744/2013

La Paz, 23 de septiembre de 2013

Resolución de la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria:	Resolución ARIT/CHQ/RA 0146/2012, de 20 de mayo de 2013 emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca.
Sujeto Pasivo o Tercero Responsable:	Minera San Cristóbal SA , representada legalmente por Vladimir Alejandro Aguirre Morales.
Administración Tributaria:	Gerencia Distrital Potosí del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN) , representada por Zenobio Vilamani Atanacio.
Número de Expediente:	AGIT/1225/2013//PTS-0004/2012.

VISTOS: El Recurso Jerárquico interpuesto por la Minera San Cristobal SA (fs. 1253-1285 vta. del expediente); la Resolución ARIT/CHQ/RA 0146/2013, de 20 de mayo de 2013 (fs. 1207-1243 del expediente); el Informe Técnico-Jurídico AGIT-SDRJ-1744/2013 (fs. 1408-1445 del expediente); los antecedentes administrativos, todo lo actuado; y,

CONSIDERANDO I:

I.1. Antecedentes del Recurso Jerárquico.

I.1.1. Fundamentos del Sujeto Pasivo.

Minera San Cristóbal SA, representada legalmente por Vladimir Alejandro Aguirre Morales, interpuso Recurso Jerárquico (fs. 1253-1285 vta. del expediente), impugnando la Resolución ARIT/CHQ/RA 0146/2013, de 20 de mayo de 2013, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca; que resuelve revocar parcialmente la Resolución Determinativa N° 17-0000636-11, de 28 de diciembre de 2011, emitida por la Gerencia Distrital Potosí del Servicio de Impuestos Nacionales

1 de 76





(SIN), dejando sin efecto las obligaciones impositivas determinadas por IUE-BE por concepto de Gastos de Tratamiento y Realización, Bono Puerto Mejillones y Provisión Aker Kvaerner por un importe total de 353.101.421 UFV, así como la sanción de Omisión de Pago establecida por tales conceptos de 292.172.441 UFV; manteniendo subsistente la deuda tributaria determinada por IUE-BE de 276.163.124 UFV por los conceptos de Cobertura Financiera, así como su correspondiente sanción de Omisión de Pago equivalente al 100% del total del tributo omitido de 225.316.140 UFV y multas por incumplimiento a deberes formales de 49.500 UFV, presentando los siguientes argumentos:

- i. Solicita, que los elementos no impugnados sean ratificados, observa que la Autoridad de Impugnación Tributaria Chuquisaca (ARIT) incurre en contradicción al admitir la existencia de cuatro diferentes operaciones y ratificar la pretensión del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), referida a una inexistente cobertura financiera como si se tratase de una única observación. La falta de demostración de la existencia de un hecho imponible denota la ausencia de una correcta valoración de la prueba en inobservancia al Artículo 81 de la Ley N° 2492 (CTB), estando el SIN y la ARIT obligadas a apreciar la documentación de respaldo conforme la sana crítica, como también se refleja en otras materias, como el Artículo 397 del Código de Procedimiento Civil.
- ii. Alega, que el Artículo 81 del CTB se halla estrechamente vinculado con el Artículo 69 del mismo cuerpo legal que instituye la presunción a favor del sujeto pasivo, siendo obligación tanto del SIN como de la ARIT, emitir resoluciones claras y concretas, más aún cuando se trata de los medios de prueba aportados por el contribuyente, sin lugar a ambigüedades; asimismo, la Constitución Política del Estado en su Artículo 155, Parágrafo II y los Artículos 6 y 68 del CTB garantizan el derecho al debido proceso y a la defensa. Aspecto que señala también fue manifestado en la Sentencia 138/2013 del Tribunal Supremo de Justicia; transcribe la parte pertinente y concluye que la sana crítica, la presunción de buena fe y transparencia, la presunción de cumplimiento de las obligaciones tributarias, el debido proceso, la verdad material e informal debieron orientar la actividad de la ARIT .
- iii. Expresa, que el SIN ni la ARIT explican en qué momento se configuró el hecho imponible que dio lugar al incumplimiento de la obligación tributaria; refiere que en la



fase administrativa y en la instancia de alzada solicitó la revisión pormenorizada de la documentación, la misma que no fue expuesta según los Artículos 81 y 99 del CTB. Asimismo, en atención del Artículo 200 de la Ley N° 3092 (Título V del CTB), la ARIT debió hacer prevalecer su carácter impulsor, lo que no sucedió ya que para la supuesta Cobertura Financiera, la prueba no fue interpretada correctamente. Adjunta un Detalle y Referencia de Prueba que identifica el objeto de la prueba de descargo y su ubicación en el expediente administrativo. Añade que en el período probatorio, ofreció y presentó prueba pericial, los que no han merecido evaluación por parte de la ARIT, instancia que se limita a deducir hechos imponderables inexistentes, sin concluir su trabajo y revisar en base a elementos probatorios y verdades irrefutables.

- iv. Señala, que la Administración Tributaria y la ARIT denominaron "Cobertura Financiera" a cuatro operaciones de distinta naturaleza como si se tratarán de una sola operación.
- v. En cuanto a la Operación 1, referida a la remesas por devolución de préstamo de capital a la empresa ASF, explica que en la gestión terminada al 30 de septiembre de 2006, MSC obtuvo un préstamo de Apex Silver Finance (ASF) por \$us 166.087.283, firmando el 25 de septiembre de 2006 un pagaré (Subordinated Promissory Note), hecho que fue reflejado en sus Estados Financieros Auditados en dicha gestión, y que reexpresado a bolivianos, al 30 de septiembre de 2007, a un TC de 7,81 equivale a Bs1.297.141.680.-; siendo este pagaré al que primero se refiere la ARIT y se trata de un documento que contiene una promesa incondicional de pago. Quién lo emite, se compromete a pagar a un beneficiario una cierta cantidad de dinero en un determinado plazo. Este documento de pago es perfectamente válido y evidencia la existencia de una legítima operación de préstamo entre ASF y MSC.
- vi. Expone que este pagaré, es un documento legal, del orden comercial, por el cual una parte se obliga a efectuar un pago, por un concepto debido; se trata de un título valor autónomo que se utiliza conforme la legislación (Artículos 592 y siguientes del Código de Comercio) como en cualquier parte del mundo, y lleva en sí mismo el carácter de título ejecutivo de cobro, con la sola solicitud de pago, siendo un requisito para su eficacia únicamente la firma del deudor y su entrega al beneficiario. Es decir que se establece una obligación de pago "promesa", que emerge del reconocimiento de un préstamo. Un pasivo para el deudor MSC y un activo para el acreedor ASF.





- vii. Prosigue y manifiesta que en la gestión fiscal 2007, MSC pagó parte del préstamo, por lo tanto, el financiamiento obtenido de ASF disminuyó en \$us 19.101.389.-, que equivalía a Bs149.181.854.- a un T.C. de 7.81, con lo cual el saldo por pagar a ASF al 30 de septiembre de 2007 ascendía a Bs1.147.959.826.- (\$us 146.985.893.-). Tal como refleja en la Nota 6 de los Estados Financieros Auditados de MSC de la mencionada gestión.
- viii. Señala que en la gestión fiscal 2008, entre agosto y julio, se terminó de pagar el saldo de Bs1.147.959.826.- (\$us 146.985.893.-) importe que re-expresado en Bs en base UFV al 30 de septiembre de 2008 equivalía a Bs1.302.183.593.- como se refleja en la Nota 5 de los Estados Financieros auditados al 30 de septiembre de 2008.
- ix. De lo expuesto, sostiene que se demostró que existe un ingreso de dinero a favor de MSC que proviene de un préstamo que le otorga ASF, por a \$us 166.087.283.-, cuyo respaldo documental es el pagaré emitido el 25 de septiembre de 2006, que fue cancelado en las gestiones 2007 y 2008, de acuerdo al siguiente detalle:

Detalle	Importe en US\$	Importe re-expresado en Bs.	Respaldo	Fojas
Préstamo de ASF en favor de MSC en la gestión 2006	166.087.283	1.297.141.680	Informe emitido por Ernst & Young de fecha 29/09/11	2303 SIN (175 MSC)
Pagos efectuados en la gestión 2007	19.101.389	149.181.854	Carta de instrucción de pago de ASF	Fojas 335 (306) a Fojas 363 (334), del Cuadernillo de Antecedentes No 32 (RECURRENTE).
Saldo por pagar al 30 de septiembre de 2007	146.985.893	1.147.959.826	Nota 6 a los EEFF al 30 de septiembre de 2007 y 2006	Fojas 1216 del Cuadernillo de Antecedentes No 7 (SIN) del Expediente
Pagos efectuados en la gestión 2008	146.985.893	1.147.959.826	Carta de instrucción de pago de ASF	Fojas 335 (306) a Fojas 363 (334), del Cuadernillo de Antecedentes No 32 (RECURRENTE).
Saldo por pagar al 30 de septiembre de 2008	0	0	Nota 5 de los EEFF al 30 de septiembre de 2008 y 2007	Fojas 1285 del Cuadernillo de Antecedentes No 7 (SIN) del Expediente

- x. Sostiene que todos los depósitos de dinero que fueron entregados por ASF se hallan auditados e identificados en un trabajo que ha sido relevado por la firma de Auditoría Independiente Ernest & Young, el mismo que fue presentado como documento de respaldo y se halla a Fojas 2303 SIN (Fojas 175 MSC) a Fojas 2307 SIN (Fojas 179 MSC), del Cuadernillo de Antecedentes Nº 13 (SIN) del Expediente, demostrando la existencia de desembolsos a favor de MSC y consecuentemente, la obligación de parte de MSC de cumplir con el pago del Pagaré, así como el reconocimiento de la deuda contenido en dicho título valor.



- xi. Concluye, que la documentación presentada acredita la existencia de una deuda a favor de ASF respaldada con un pagaré (Subordinated Promissory Note) firmado el 25 de septiembre de 2006, como un instrumento legal y válidamente aceptado para respaldar una obligación de deuda, tanto local como internacionalmente.
- xii. Alega, que de manera separada y que genera otro escenario, ASF, como empresa con personalidad jurídica independiente, con obligaciones financieras propias, situada en el extranjero tenía firmados contratos propios, a su nombre y beneficio, de Cobertura Financiera con los Bancos en el Exterior, BNP Paribas y el Barclays Bank PLC (Bancos de Cobertura Inicial). Las partes intervinientes en dichos contratos eran ASF y los mencionados Bancos; agrega que MSC actuó únicamente como garante de ASF, no como parte de los contratos, aspecto reflejado en la Nota 28 a los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2008 mencionada por la ARIT; además de señalar que el hecho fáctico de que quien firmó y adquirió los contratos de instrumentos derivados (cobertura financiera) es ASF.
- xiii. Manifiesta, que MSC contrajo una deuda a favor de ASF de \$us 166.087.283.-, cuyo respaldo documental es un pagaré (Subordinated Promissory Note), dicha deuda debía ser pagada a sola exigencia del Acreedor, por tratarse de un pagaré a la vista; sin embargo, por instrucción de ASF, como acreedor del préstamo otorgado a MSC, los pagos de capital fueron efectuados por MSC, mediante transferencias de dinero efectuadas por cuenta de ASF, en las cuentas bancarias del exterior de los bancos con quien ASF tenía firmados contratos de cobertura financiera.
- xiv. Luego de realizar una explicación de las transferencias efectuadas de pagos de capital, señala que el prestatario (MSC), estipuló con el banco que podía seguir pagando su deuda a ASF; sin embargo, al no ser parte del Contrato de Cobertura Financiera (Hedge) que tenía ASF, el banco debió, en esa misma cláusula, obligar a que ASF pague o destine ese repago de capital, realizado por MSC a ASF, a los pagos que por Cobertura Financiera estaba obligado ASF; explica que la instrucción de ASF tenía como fundamento una obligación contractual con el banco y es por eso que el capital devuelto por MSC a favor de ASF, no va a sus propias cuentas, sino a las cuentas de un banco.
- xv. Sostiene, que la propia legislación reconoce que el pago debe hacerse al acreedor "o a su representante", "o "bien a la persona indicada por el acreedor..." (Art. 297° del





Código Civil), por lo que, indica que es perfectamente válido, legal y contractualmente apropiado que ASF hubiera instruido a MSC el pago del préstamo a una cuenta que no era de ASF, alega que el exigir que el pago se realice en cuentas del acreedor (ASF) para que luego éste efectúe su propia transferencia por el pago de su deuda, está fuera de toda lógica financiera y alejado de la realidad empresarial y bancaria, ya que en ningún caso, por motivos de optimización de costos y tiempo, se realizan transferencias sucesivas, pudiendo el Acreedor, pedir que depositen el dinero en la cuenta que él disponga.

- xvi. Solicita, que sea considerado que la naturaleza de la operación y su tratamiento tributario, fueron confirmados en un informe de PwC, emitido en fecha 18 de agosto de 2011, con cite PWC/2774/2011.
- xvii. Aclara, que no tiene ninguna relación con los Contratos Maestros ISDA de Cobertura Financiera, que fueron suscritos entre ASF y los Bancos BNP Paribas y Barclays Bank puesto que es una operación que se realizó con anterioridad a la firma de dichos acuerdos, es decir los fondos que MSC se prestó y que fueron instrumentados a través de un pagaré, se recibieron con anterioridad a la firma de estos acuerdos de cobertura, que no fueron firmados por MSC, sino por ASF y los bancos BNB Paribas y Barclays Bank, añade que la realidad económica es que MSC devolvió ese préstamo de capital a ASF y sí ASF pagó o no con ese dinero sus obligaciones bajo los contratos de Cobertura Financiera, que ella suscribió en forma independiente a MSC, no es incumbencia de MSC, es decir no le genera ningún efecto jurídico.
- xviii. Señala, que la ARIT pretende vincular el hecho de que MSC es parte del Contrato de Enmienda General "Omnibus Amendment Agreement" y el Contrato de Garantía Común, que no son contratos de Cobertura Financiera o en el inglés Hedge, como si de ello se pudiera inferir que también es parte de los Contratos de Cobertura Financiera.
- xix. Sostiene, que el Contrato de Enmienda General (Omnibus Amendment Agreement) incluye una serie de enmiendas a los contratos firmados entre MSC, las empresas del grupo Apex y los Bancos financiadores, entre los que se encontraba el Common Security Agreement; y establece como sucesor de todos los derechos y obligaciones con respecto a los Mandatory Metals Hedge Agreements (contratos de cobertura financiera) a la empresa Apex Silver Finance en sustitución de Apex Metals GmbH.



- xx. En cuanto al Contrato de Garantía Común (Common Security Agreement), fue firmado entre MSC, varias empresas del grupo Apex y los bancos que otorgaron un financiamiento a MSC para la construcción y desarrollo del proyecto San Cristóbal; señala que en este contrato se establecen todas las reglas para que el financiamiento se haga posible.
- xxi. De lo expuesto sostiene que la operación de cobertura financiera entre ASF y los Bancos de Cobertura, en la que MSC accedió como Garante, es una operación distinta y posterior al libramiento del Pagaré.
- xxii. Prosigue y manifiesta que la ARIT señala que existe un "supuesto financiamiento" sobre el cual no se conoce el destino del financiamiento, y aclara que el destino del capital que MSC recibió de ASF, no es relevante a fines tributarios y menos para probar la existencia o no de la obligación de pago de un crédito. Lo que es relevante en materia tributaria es si las obligaciones contraídas y respaldadas en un documento (Pagaré) fueron o no cumplidas. En efecto, las obligaciones puras y simples contenidas en el Pagaré deben ser evidenciadas a través de documentación financiera que efectivamente pruebe que por una parte, MSC recibió dicho capital, y por otra, que lo devolvió. Esta realidad económica es la que tiene relevancia para gravar o no la transacción realizada, cómo o en qué se utilizó el capital no es pertinente tributariamente.
- xxiii. Menciona, que en los Estados Financieros, que fueron auditados, exponen como activo de la empresa al 2007 la suma aproximada de \$us. 800.000.000.- lo cual evidencia que el uso del capital del préstamo otorgado por ASF está dentro de las actividades de construcción y desarrollo del Proyecto Minera San Cristóbal. De lo contrario MSC no hubiera podido reconocer contable y legalmente una deuda con ASF, si no hubiera utilizado ese capital en su giro y menos aún, las auditorías realizadas hubiesen opinado favorablemente respecto de nuestra posición financiera.
- xxiv. Señala, que el hecho de que no existan intereses de ninguna manera muta la existencia de una obligación de pago; añade que se les entregó capital, que fue reconocido como una deuda y finalmente, se devolvió el mismo capital; asimismo, sostiene que tampoco es un requisito para la eficacia y validez de un pagaré, que éste establezca una fecha de vencimiento. En caso que el Pagaré no determine una fecha de vencimiento se entiende que es exigible a su sola presentación (a la vista).





- xxv. Realiza el ejercicio de registro contable de los pagos del préstamo realizados por MSC a favor de ASF, y señala que fueron registrados como una disminución del pasivo que MSC había constituido por esta deuda.
- xxvi. En cuanto a la remesa de dinero a bancos del exterior para pago de coberturas financieras de metales contratadas por ASF, señala que dicho pago se produjo por una instrucción precisa y documentada por parte de ASF, para un pago "contratado" por ASF, no por MSC, lo que además demuestra la existencia jurídica de dos entidades totalmente diferentes, es decir, MSC y ASF. Alega que la ARIT debió fundamentar explicar, exponer y referir a una norma legal, su criterio respecto a que MSC realiza operaciones "no normales", pues en su criterio, esta es una operación completamente normal y común, en la que existe un préstamo que se cancela con una instrucción de pago efectuada por el acreedor de dicho préstamo. Por otra parte, en cuanto a los "beneficios que le reportan", sostiene que no existe otro beneficio que no sea el de la adquisición de un préstamo otorgado por parte de ASF; agrega que no existe prestación ni contraprestación alguna, por el simple hecho de que no existe participación de MSC en los Contratos de Cobertura Financiera firmados por ASF y los Bancos y la única razón por la cual se le remesan determinados importes, es por la instrucción recibida de ASF y reitera lo que establece el Contrato Omnibus.
- xxvii. Señala, que el hecho de que se "deduzca" un cargo, en una instancia en la que se busca precisamente la determinación probatoria, respetando el debido proceso respecto de la verificación de un hecho imponible y la averiguación de la verdad material, genera un agravio a su empresa.
- xxviii. Entiende, por exclusión, que de la remesa pagada a una entidad bancaria compuesta por capital e intereses, solo se grava la renta, el beneficio, la utilidad o ganancia, es decir, en este caso los intereses que surgen del préstamo y no así el capital, a lo que señala que conforme a la prueba presentada, MSC únicamente pagó capital emergente de la deuda contraída con ASF, por tanto el pago realizado corresponde a la devolución del capital prestado, lo que en definitiva no representa renta ganancia ni utilidad de fuente boliviana.
- xxix. Manifiesta, que la mención a que ASF es una empresa vinculada económicamente con MSC, tampoco desvirtúa la naturaleza de la operación de préstamos, más por el contrario es frecuente que empresas que pertenecen a grupos económicos efectúen



préstamos entre sí y bajo condiciones que respetan la naturaleza legal, económica de éste tipo de transacciones y las prácticas comerciales aceptadas universalmente con el objetivo de hacer rentable una inversión tan importante como la realizada en lo que fuera el Proyecto San Cristóbal, y hoy la operación de la Mina San Cristóbal.

- xxx. Expone partes de Peritos respecto al Principio de Fuente y opiniones respecto a la Operación de devolución de préstamo a ASF de especialistas en temas tributarios financieros.
- xxxi. Explica la Operación 2: Remesas por otorgación de préstamo de capital a la empresa AMM y expone que al 30 de septiembre de 2008, MSC efectuó desembolsos a Apex Metals Marketing (AMM), otra empresa del grupo Apex, en calidad de préstamo, para tal efecto, el 30 de septiembre de 2008 se firmó un Pagaré (Promisory Note Agreement) a favor de MSC, tal como se expone en la aclaración (1) de la Nota 5 a los Estados Financieros auditados de la gestión 2008.
- xxxii. Advierte, que la ARIT aportó una definición de lo que se entiende por un préstamo, en la cual claramente se establece que el préstamo puede efectuarse "gratuitamente o abonando intereses"; sin embargo, continúa señalando que la operación de préstamo con AMM no contempla intereses ni plazo, y que éstas son condiciones ineludibles en una operación normal de préstamo. Cuando su propia definición establece que el préstamo puede ser gratuito o con intereses.
- xxxiii. Prosigue y recalca que existe una presunción por parte de la ARIT en sentido de que se estarían remesando rentas de fuente boliviana, pero no se señala cuál sería la renta que se está remesando; a ello aclara que el presente caso se refiere al desembolso por un préstamo que efectuó MSC a favor de AMM; sostiene que la retención del IUE-BE debe aplicarse sobre cualquier concepto que implique una renta o beneficio para quien realiza la operación, en el presente caso al tratarse de CAPITAL no corresponde aplicar retención por concepto de IUE-BE.



- xxxiv. Expone, criterios de peritos en relación al préstamo de capital a favor de AMM; y señala que al haber efectuado una evaluación del expediente administrativo, han concluido en sentido de que al no existir remesa de renta, ganancia, o rendimiento alguno, y tratándose de un préstamo de dinero efectuado por MSC a favor de AMM, registrado como un pasivo y no como un resultado que iría a un activo, tales





transferencias no constituyen pagos de renta de origen boliviano. Por lo tanto, no se halla configurada la obligación de retención del IUE-BE.

- xxxv. En relación a la Operación 3: Ejecución del contrato de garantía suscrito por MSC garantizando los contratos de cobertura financiera de ASF por \$us. 73.6 millones, transcribe las Notas a los Estados Financieros 1, 17 y 28; de lo cual advierte que en principio, ASF la empresa que adquirió los contratos de instrumentos derivados en el marco del Convenio Cobertura denominado Mandatory Metals Hedge Agreements; asimismo, MSC, se obligó en su calidad de garante, a cubrir toda obligación asumida por ASF, en el caso de que ASF por su propia cuenta, no pueda honrar sus obligaciones con Barclays Bank PLC y el BNP Paribas.
- xxxvi. Explica, la operación de garantía e indica que en Diciembre de 2008 se cierran las posiciones de los contratos de Cobertura Financiera de ASF, determinando una deuda a favor de los bancos por de \$us. 73,6 millones; debido a que ASF se encontraba en imposibilidad financiera (en quiebra) de pagar estas posiciones negativas, el acreedor (Bancos Hedge) ejecutó la Garantía, razón por la que MSC tuvo que pagar la deuda de ASF, en su condición de Garante, el gasto en MSC generado por esta operación fue considerado como no deducible a efectos del IUE.
- xxxvii. Señala, que la ARIT reconoce que MSC es garante de ASF por pagos que esta empresa debió efectuar por los contratos de cobertura que suscribió con los Bancos BNP Paribas y Barclays Bank, no obstante, ingresa en contradicción, puesto que como no identifica cual es el beneficio o prestación, "DEDUCE", que existe una remesa de una utilidad de fuente Boliviana; el hecho de que se "deduzca" un cargo, en una instancia en la que se busca precisamente la determinación probatoria respetando el debido proceso, y la existencia verdadera de un hecho imponible y la averiguación de la verdad material, genera un agravio a la empresa, por lo que sostiene que la ARIT no tiene un fundamento técnico, jurídico, fáctico, lógico y un perfecto enlace con la normativa aplicable y la realidad de la operación.
- xxxviii. Indica, que el Artículo 51 de la Ley N° 843 establece que la retención del IUE-BE corresponde cuando existe una renta de fuente boliviana; además de aclarar que tanto el IUE y el IUE-BE gravan los rendimientos, utilidades, beneficios o rentas generadas en territorio Boliviano; asimismo transcribe el Artículo 40 del mismo cuerpo legal; continua e indica que la ARIT "DEDUCE", porque no puede demostrar la



existencia de una utilidad remesada, indica que existe "APARIENCIA", de un contrato de garantía, cuando en todo el desarrollo de su "ratio decidendi", ratifica la participación de MSC como garante en la operación suscrita por ASF y los bancos BNP Paribas y Barclays Bank.

- xxxix. Manifiesta, que cuando la ARIT señala que existe una apariencia de un contrato de garantía, es atentatorio a su empresa y genera un segundo agravio, pues en ningún momento devela, explica o demuestra las razones por las que considera que ha existido una especie de simulación, sinónimo de apariencia o finalmente una presunción. Al respecto, reitera que la Administración Tributaria como la ARIT, no demostraron ni comprobaron dicho extremo, que la ARIT asumió, que el pago por un tercero, de una garantía, es una remesa de utilidades de fuente boliviana.
- xi. Transcribe partes de la Resolución de Recurso Jerárquico STG- RJ/0223/2005 de 23 de diciembre de 2005, de lo que señala que es así que la "deducción" no jurídicamente apropiada para definir la existencia de un hecho imponible, siendo que la determinación fue sobre base cierta, es decir mediante un método que necesariamente debe tomar en cuenta los documentos e informaciones que permiten conocer en forma directa e indubitable los hechos generadores del tributo.
- xli. Rechaza, que la ARIT sostenga que existe una apariencia de contrato de garantía, primero porque es ultra petita, pues el contrato de garantía nunca ha sido cuestionado por el SIN y segundo, porque en tal caso, esta sería una situación que el SIN tendría que demostrar, comprobar y probar que esa forma jurídica es manifiestamente inapropiada y, dar una clara y amplia explicación de cuál sería la forma jurídica apropiada o, no aparente, de la cual emerja la obligación de retener el tributo IUE-BE.
- xlii. Sostiene, que con el objeto que pueda (o deba) aplicarse el régimen de retención del IUE-BE debe verificarse, necesariamente la concurrencia conjunta de los siguiente tres elementos sustanciales: Debe existir un "pago" o una "remesa"; dicho pago (o remesa) debe representar, para el beneficiario, el cobro de "rentas de fuente boliviana", y el sujeto que la cobra tiene que ser un "beneficiario del exterior".





- xliii. Sostiene, que la definición de lo que debe entenderse por "pago" se encuentra contenida en el Artículo 46 de la Ley N° 843, el de "rentas de fuente boliviana" en el Artículo 42 del mismo cuerpo legal y 4 del Decreto Supremo N° 24051.
- xliv. Expone, lo que señalan especialistas en temas tributarios financieros: Rubén Assorey, Nicolás Malumian y Julián Martín con relación a la "Operación 3" relativa al contrato de garantía suscrito por MSC garantizando los contratos de cobertura financiera de ASF; que indicaron que el pago de MSC en reemplazo de ASF que es una entidad que desarrolla sus actividades fuera de Territorio Boliviano, pagados a los Bancos BNP Paribas como Barclays Bank, que también se hallan fuera de territorio boliviano, es decir tanto el deudor como el acreedor, se hallan fuera de Bolivia, por lo que el hecho de efectuar el pago desde Bolivia, no otorga fuente boliviana a dicho pago, por lo que considera resulta inaplicable el régimen consagrado en los Artículos 42 y 51 de la Ley N° 843 y 34 del Decreto Supremo N° 24051, por ende no existe beneficiario de rentas bolivianas en el exterior alguno.
- xliv. En cuanto a la Operación 4: Adquisición de únicos contratos de cobertura financiera propios de MSC por \$us 9.6 millones, sostiene que MSC participó en un Contrato de Cobertura propio, que no tiene ninguna relación con el Contrato de Cobertura que ASF suscribió con los Bancos señalados anteriormente; sostiene que la observación emergente de la verificación efectuada por el SIN, hace referencia, como en todos los casos, al registro contable relativo a la remesa de \$us. 9.620.800.000 que corresponde al envío de un monto de dinero por la adquisición de contratos de cobertura financiera propios de MSC; agrega que la ARIT señaló que dicho monto observado por el SIN, se refiere al pago de una prima pagada que se registra como un activo para el comprador de la opción, nada más que una inversión.
- xlvi. Para explicar lo mencionado copia partes de la Resolución de Recurso de Alzada, y hace notar, que precisamente atendiendo a la opinión manifestada por el Ministerio de Hacienda, en lo que respecta a la deducibilidad de los gastos originados por los Contratos de Cobertura Financiera, es que MSC, no consideró como gastos deducibles de la gestión, todos aquellos gastos vinculados a los Contratos de Cobertura Financiera, tal es el caso de la ejecución de la Garantía de los contratos Hedge suscritos entre ASF y los Bancos; concluye y señala que la ratio decidendi de la ARIT, establece claramente que el monto que ha sido remesado es una INVERSIÓN, es decir, no se trata de la remesa de una utilidad, ganancia o renta,



simplemente es la inversión, similar a cuando una persona efectúa un depósito de dinero en un banco del exterior.

- xlvii. Explica, la Operación de Adquisición de Contratos de Cobertura Propios de MSC y señala que en septiembre de 2007, por primera y única vez MSC adquiere contratos propios de Cobertura Financiera para lo cual realizó un desembolso de \$us. 9.620.800.000 importe que constituye una inversión en el exterior de MSC (activo) y que no guardan ninguna relación con los contratos de Cobertura Financiera suscritos por ASF. El documento que respalda esta inversión es el contrato ISDA, que fue oportunamente entregado a la Fiscalización; prosigue y señala que tratándose de una inversión, el monto observado NO representa la remesa de una renta, mucho menos de fuente boliviana, en consecuencia es un concepto no alcanzado por el IUE-BE. Una prueba adicional de que este monto constituye una inversión en el exterior, es que al vencimiento de la operación, el monto fue acreditado a favor de MSC por los Bancos, junto con sus rendimientos.
- xlviii. Con el afán de desvirtuar la posición de la ARIT, cita al autor Nicolas Malumian para explicar la finalidad de los contratos financieros derivados y expone el concepto de un contrato de cobertura o "hedge", de donde sostiene que el contrato de cobertura tiene tres aspectos centrales: 1. Se debe tener claridad de que en estos contratos cumplida la condición futura e incierta o materializado el hecho condicionado, una de las partes ejercerá un derecho, y la contraparte contractual estará obligada a cumplir con una obligación, la prestación debida; 2. Su finalidad es la de transferir un determinado riesgo; 3. No se trata de la prestación de un servicio por alguna de las partes contractuales.
- xlix. Sobre el punto concluye que se trata de un contrato, suscrito entre dos partes, las cuales acuerdan cumplir con una obligación futura e incierta, pero desde ningún punto de vista, una de las partes le presta un servicio a la otra. Como bien lo ha señalado la propia ARIT, se trata de una inversión.



Transcribe lo señalado por especialistas en temas tributarios Rubén Assorey, Nicolás Malumian y Julián Martín, los cuales indican que siendo la prima el monto que se paga cuando se participa de una inversión en el extranjero, es decir, el pago de un derecho situado y localizado en el exterior, no se verifica el pago de una renta, utilidad o beneficio. Por lo tanto, no otorga fuente boliviana a dicho pago, por lo tanto

13 de 76





resulta inaplicable el régimen consagrado en los Artículos 42 y 51 de la Ley N° 843 y 34 del Decreto Supremo N° 24051, por ende no existe beneficiario de rentas bolivianas en el exterior alguno. Por lo tanto, no se halla configurada la obligación de retención del IUE-BE, y al advertir que los informes periciales no fueron evaluados por la ARIT recurrida, con lo cual se demuestra lo expresado como agravio referido a que la ARIT vulneró el Artículo 81 del CTB.

- ii. Transcribe partes de la Resolución de Recurso de Alzada referido a la observación del GROSSING UP; y explica el Artículo 51 de la Ley N° 843 referido a los beneficiarios del exterior; señala que la aplicación de grossing up consiste en extrapolar o inferir el monto del impuesto a retener, a partir de un valor neto; aclara que es inferir, porque en esta metodología, la base de cálculo del impuesto que se pretende determinar no es la base imponible, sino el valor resultante de la diferencia de la base imponible menos la retención impositiva (valor neto), por lo que es aplicable únicamente cuando la base de cálculo es el monto neto pagado (valor bruto neto del impuesto); por lo expuesto concluye que únicamente cuando las partes acuerdan un valor neto de impuestos, como pago o retribución, corresponde inferir cuánto es el valor bruto antes de impuestos y, es sólo en este caso, cuando corresponde aplicar la tasa efectiva del 14,2857% sobre el valor neto conocido.
- iii. Alude que conforme a lo señalado, la aplicación de grossing up, no es la autorización para incrementar las cargas impositivas que están incluidas en la base imponible, sino simplemente es la fórmula para inferir o extrapolar el monto del impuesto, a partir de un valor neto; es decir, el IUE-BE a retener en todos los casos debe ser el 12,5% del valor bruto de "la utilidad neta gravada presunta", lo cual es matemáticamente equivalente al 14,2857% del valor neto (valor bruto menos el IUE- BE), valor que NO es la alícuota del impuesto, sino simplemente un "factor" o "coeficiente" matemáticos aplicables, únicamente para inferir el valor del impuesto, a partir de un valor neto.
- liii. Por lo señalado, manifiesta que los montos observados que la Administración Tributaria ha denominado "base imponible", tanto en sus hojas de trabajo, como en la Resolución Determinativa, no corresponde de ningún modo el incremento de dicha "base imponible" mediante la aplicación de grossing up; sostiene que con la aplicación de grossing up, sin ninguna norma que avale tal hecho, se ha sobrevalorado la carga fiscal (está incrementando la tasa real del impuesto), incrementando el valor de la Base Imponible dispuesta por Ley; señala el Artículo 42



del Código Tributario, y colige que la alícuota del 25% del IUE se debe aplicar directamente sobre el 50% "del monto total pagado o remesado", de este modo, no existe ninguna norma que determine, ni autorice a que la base imponible para el IUE-BE sea incrementada y mucho menos se prevé la determinación de otro tipo de cálculos.

- liv. Resume los agravios recurridos y señala que el IUE-BE no es un tributo que recae sobre todas las remesas al exterior (no es un impuesto sobre las remesas), por este motivo, no todas las transferencias de fondos a un beneficiario en el exterior implican per se que se estén remesando utilidades o rentas de fuente boliviana; cuando se aplica el IUE-BE, el aspecto principal (objeto del tributo) es la utilidad o ganancia del beneficiario del exterior, no así el origen de los fondos de la empresa local que remite los fondos; no todas las transferencias de fondos constituyen pagos de utilidades o rentas, en muchos casos las remesas no representan rentas para el beneficiario, cuando se verifica la remesa de una renta, utilidad o ganancia a favor de un beneficiario del exterior, esta debe ser de fuente boliviana; destaca que en la medida que no exista remesa, acreditación en cuenta del beneficiario del exterior y/o disposición con autorización tácita o expresa del beneficiario, no existe obligación de retención del IUE-BE, toda vez que no se habría perfeccionado el hecho imponible de este impuesto; el grossing up, no se halla fundado en norma legal alguna, lo que vulnera el principio de reserva legal, establecido en el Artículo 61 del CTB.
- iv. Señala, los aspectos sobre los cuales solicita expreso pronunciamiento; siendo estos el de establecer la real naturaleza y motivo de las transferencias efectuadas por MSC, considerando que corresponden a las cuatro (4) operaciones identificadas, explicadas y demostradas en la etapa de fiscalización y en el presente recurso, las cuales no pueden englobarse como operaciones de cobertura financiera; identificar y comprobar la existencia de operaciones que únicamente implican movimientos de capital; establecer que la condición de garante de MSC en los contratos de cobertura Financiera suscritos por ASF con los Bancos Hedge, no se ejecutó durante las gestiones 2007 y 2008, pues ASF cumplió con sus obligaciones, sin generar en consecuencia, ningún resultado (pérdida/ganancia) para MSC; establecer que la ejecución de la garantía ocurrida en la gestión 2009, no genera la obligación de retención del IUE-BE, pues se trata de una ganancia de fuente extranjera; determinar que en el contrato de Cobertura financiera propio desarrollado por MSC, el pago de la





prima, no constituye el pago de la prestación de un servicio, más bien por el contrario como lo reconoce la ARIT, se trata de una inversión; establecer que la transferencia por sí misma, no activa la obligación de retención del IUE-BE, pues necesariamente se debe considerar la naturaleza de la operación (pago de capital, desembolso de préstamo, pago de intereses, etc.), determinando si existe -o no- una utilidad o renta de fuente boliviana a favor de un beneficiario del exterior.

- lvi. Respecto a la calificación de la conducta, señala que el tipo contravencional de "omisión de pago", previsto por el artículo 165° del CTB aplica cuando quien por omisión "no efectúe las retenciones a las que está obligado; al respecto, como sostiene que se demostró MSC no realizó remesas de utilidades de fuente boliviana que conlleven a la obligación de efectuar la retención del IUE-BE, en el marco de lo previsto por el Artículo 51 de la Ley N° 843; por lo tanto que al no existir una obligación de retener en cabeza de la empresa, no se ha configurado el tipo contravencional analizado y no es factible aplicarle a la empresa la sanción prevista por el Artículo 156 del CTB.
- lvii. Añade, que toda sanción por una contravención tributaria es accesoria a la obligación tributaria principal, de tal modo que al extinguirse la segunda, la sanción tampoco existe.
- lviii. Con relación a la imposición de las multas por incumplimiento a deberes, sostiene que las mismas son inexistentes y también injustificadas; puesto que demostró que se cumplió con la presentación de descargos en tiempo, y adicionalmente, el hecho de tener contabilidad en dos idiomas, no implica el incumplimiento de deber formal alguno, puesto que su contabilidad es clara y en sistema bilingüe.
- lix. Por lo expuesto solicita revocar parcialmente la Resolución de Recurso de Alzada ARIT-CHQ/RA 0146/2013 de 20 de mayo de 2013 y el Auto de Rectificación y Aclaración 29 de mayo de 2013, en lo concerniente a las observaciones por Cobertura Financiera y Multa por Incumplimiento a Deberes Formales, y mantener firme la misma en cuanto a los conceptos de Gastos de Realización, Bono Puerto Mejillones y Provisión Aker Kvaemer que han sido revocados.



I.2. Fundamentos de la Resolución del Recurso de Alzada.

La Resolución ARIT/CHQ/RA 0146/2012, de 20 de mayo de 2013, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca; resuelve revocar parcialmente la Resolución Determinativa N° 17-0000636-11, de 28 de diciembre de 2011, emitida por la Gerencia Distrital Potosí del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), **dejando sin efecto** las obligaciones impositivas determinadas por IUE-BE por concepto de Gastos de Tratamiento y Realización, Bono Puerto Mejillones y Provisión Aker Kvaerner por un importe total de 353.101.421 UFV, así como la sanción de Omisión de Pago establecida por tales conceptos de 292.172.441 UFV; y **mantiene subsistente** la deuda tributaria determinada por IUE-BE de 276.163.124 UFV, por los conceptos de Cobertura Financiera, así como su correspondiente sanción de Omisión de Pago de 225.316.140 UFV y multas por incumplimiento a deberes formales por 49.500 UFV, con los siguientes fundamentos:

- i. Sostiene que el CTB y DS 27310, no definen los alcances, las características ni el objeto de los procedimientos de fiscalización, investigación, verificación y control, por lo que -por estos procedimientos- en tanto no exista una disposición normativa que distinga los mismos, deben entenderse como un conjunto de facultades que tiene la Administración Tributaria para investigar los hechos generadores de los tributos, requerir información y establecer la correcta o incorrecta determinación de tributos por los sujetos pasivos, por lo que, para emitir la Vista de Cargo que fundamente la Resolución Determinativa, la Administración Tributaria puede iniciar el procedimiento mediante una orden de verificación o una orden de fiscalización, según la definición de su alcance conforme prevé el art. 29 del indicado Decreto Supremo; por lo cual, establece que la Orden de Verificación N° 0010OVE00493 fue emitida por la Administración Tributaria en el marco de las atribuciones que le confieren los arts. 66, 95 y 100 del CTB, siendo errado el argumento del recurrente, en sentido de que la Administración Tributaria debió emitir una orden de fiscalización y no una orden de verificación, planteamiento que más bien contradice el sentido y alcance de los arts. 95 y 100 del CTB; no correspondiendo declarar la nulidad de tales actuaciones.

- ii. Manifiesta, que la Administración Tributaria inició un proceso de verificación conforme la Orden de Verificación N° 0010OVE00493 para la revisión puntual del IUE-BE de los periodos octubre, noviembre y diciembre 2006; enero a diciembre 2007; enero a

17 de 76





diciembre 2008; enero a septiembre 2009, procedimiento regulado por los arts. 29, inc. c) y 32 del Decreto Supremo 27310; y no así un procedimiento de fiscalización, como entiende debió realizarse el recurrente.

iii. En cuanto a los argumentos expuestos tanto por el recurrente, como por la Administración Tributaria, referentes al cargo por un supuesto tributo omitido por "Transferencias por concepto de Cobertura Financiera"; cita dichos argumentos, hace mención a la normativa que rige el pago del IUE y el IUE-BE, a los antecedentes de la revisión de papeles de trabajo que realizó la Administración Tributaria. Efectúa un análisis del Contrato de Enmienda General "**Omnibus Amendment Agreement de 20 de septiembre de 2006,**" suscrito entre MSC y los Bancos BNP Paribas, Barclays Capital, JPMorgan Chase Bank NA. y la Cooperación Andina de Fomento, de los **acuerdos de Garantía Común entre MSC y otras empresas internacionales,** así como de los **Contratos obligatorios de Cobertura Financiera de metales de Apex Silver Finance y los Bancos de Cobertura,** y advierte la vinculación económica entre MSC, Apex Silver Finance y Apex Metals Marketing, motivo por el cual determina realizar el análisis integral de las cuatro operaciones que menciona MSC, componen el Concepto de Cobertura.

iv. Respecto a las **Remesas por devolución de préstamo de capital a la empresa Apex Silver Finance (ASF) por un importe de Bs1.302.281.396,18 incluido el Gross up, sin las retenciones IUE-BE de Bs186.040.199.-;** señala que del análisis de la notas a los Estados Financieros, Pagaré Subordinado, Contrato de Cobertura Financiera adquirido por ASF, Documento de Garantía suscrito por MSC con los Bancos BNP Paribas, Barclays Bank PCL y el Banco de Nueva York (EX JP Morgan Chase Bank NA), se advierte que MSC obtuvo un supuesto financiamiento de Apex Silver Finance (ASF) mediante un Pagaré Subordinado, sobre el cual no se conoce el destino del financiamiento, intereses y tampoco un plazo o término de vigencia del contrato y devolución del préstamo; y que MSC efectuó remesas a Bancos del Exterior, a cuenta del supuesto Pagaré adeudado a ASF, por orden de la misma y en pago de Coberturas Financieras de Metales convenidas por ASF con los Bancos BNP Paribas y Barclays Bank PCL, operaciones derivadas del contrato "Omnibus Amendment Agreement", en el cual ASF es un prestatario secundario, además obligado a adquirir los Contratos de Cobertura de Metales, MSC figura también como garante de los Contratos de Cobertura Financiera suscritos por ASF



con los señalados bancos, en ese entendido MSC remesó dineros a Bancos del exterior y no habiendo explicado cuáles los compromisos adquiridos y contraprestaciones emergentes de su participación en el contrato de financiamiento como prestatario principal respecto a las otras empresas que resultan prestatarias secundarias tal el caso de ASF; se deduce que bajo esta operación MSC en realidad efectuó el pago de rentas de fuente boliviana a beneficiarios del exterior a través de una empresa vinculada económicamente; consiguientemente, confirma la deuda tributaria y su correspondiente sanción por Omisión de Pago.

- v. En cuanto a las **Remesas por otorgación de préstamo de capital (principal) a la empresa Apex Metals Marketing (AMM) por Bs318.580.611,73 incluido el grossing up, sin las retenciones IUE-BE de Bs39.822.577.-;** concluye que de acuerdo al contenido del Pagaré y el registro de Cuentas por Cobrar se establece que MSC contabilizó un préstamo de capital a favor de AMM, operación en la que no están contemplados intereses y tampoco un plazo o término de vigencia del contrato y devolución del préstamo; condiciones ineludibles que debe tener toda operación normal de préstamo, máxime si se trata de empresas cuyas inversiones están motivadas en la obtención de ganancias las cuales se traducen en intereses si acaso se invierte capital, y que por lo expuesto, en la transacción contabilizada como "préstamo de capital entre MSC y AMM", al no darse las condiciones propias de un contrato de préstamo, se entiende que en realidad subyace una operación entre empresas vinculadas económicamente, a través de la cual MSC remesó rentas de fuente boliviana, sujetas al IUE-BE conforme prevé el art. 51 de la Ley 843 (T.O), por lo que confirma la deuda tributaria y la correspondiente sanción de omisión de pago.

- vi. Sobre la **ejecución del contrato de garantía suscrito por Minera San Cristóbal garantizando los contratos de Cobertura Financiera de ASF;** manifiesta que del análisis de las notas a los Estados Financieros, Contrato de Enmienda General "Omnibus Amendment Agreement" suscrito entre MSC y los Bancos BNP Paribas, Barclays Capital, JPMorgan Chase Bank NA. y la Cooperación Andina, Contrato de Garantía de fecha 01 de diciembre de 2005, **suscrito entre Minera San Cristóbal S.A (el Garante) y BNP PARIBAS, como Banco de Cobertura Inicial; BARCLAYS BANK PLC, como Banco de Cobertura Inicial y JPMORGAN CHASE BANK, N.A., como Agente Colateral,** se colige que el Contrato de Garantía -suscrito por Minera San

19 de 76





Cristóbal S.A (el Garante) y el banco BNP PARIBAS con el objetivo de cubrir los pagos de los Contratos Obligatorios de Cobertura con Metales adquiridos por Apex Silver Finance - se derivan del Contrato Maestro de Financiamiento; y debido a la quiebra declarada por Apex Silver Finance Ltd., MSC asumió el pago de la cobertura financiera de metales, contabilizando pérdidas no operativas al 30 de septiembre de 2009, de Bs520.513.938, equivalentes a \$us. 73.622.905, en ese entendido el recurrente realizó pagos o remesas a los Bancos del Exterior por concepto de Cobertura Financiera de Metales de la empresa afiliada ASF, es decir de otra empresa, transacción que no es típica de la actividad o giro ordinario de MSC y por una obligación de un tercero, ya que no cubre una obligación propia, sino de otra extranjera vinculada económicamente, conforme se establece de su participación en el Contrato de Enmiendas "Omnibus Amendment Agreement", transacción en la que no se advierte contraprestación alguna o beneficio individualizado a favor de MSC, de lo que se deduce que existió una remesa de utilidades de fuente boliviana, bajo la apariencia del pago de una Garantía a favor de un tercero, operación que sí debe ser objeto de gravamen por el IUE BE, por tanto confirma la deuda tributaria y su correspondiente sanción de omisión de pago.

- vii. Señala que en cuanto, a la **Adquisición de Contratos de Cobertura Financiera propios de Minera San Cristóbal**; de la doctrina y el contrato de Cobertura Financiera que adquirió MSC, modalidad "Lead Put Option", se entiende que MSC es el tomador de la opción de venta de sus productos y los bancos BNP Paribas y el Barclays Capital contraparte lanzadores de la opción, así mismo en Balance General auditado al 30 de septiembre de 2007 y 2006, se advierte que los Instrumentos Derivados, **han sido contabilizados en la partida Activo No Corriente de la Sociedad, por un valor de Bs50.435.809**, según Nota 14. Igualmente en Balance General auditado al 30 de septiembre de 2008 y 2007, se observa la cuenta Instrumentos Derivados por un importe de Bs87.238.253, mayor en relación a la gestión 2007 por los incrementos en la valuación, en este entendido el pago inicial o prima de Cobertura Financiera, se registra como un Activo No corriente, al ser un importe que aún no constituye un gasto o ingreso real, sino hasta la finalización de la operación; las pérdidas de valor (compensadas) o incrementos de valor (devueltos por el Banco) se registran en base a las normas de contabilidad NIC 32 y 39; y que en el presente caso, MSC en la gestión 2007, contabilizó el valor de las primas de Cobertura Financiera "Option Put" en la partida de Activo no Corriente, al ser una Inversión en el



exterior para cubrir posibles pérdidas de valor en la venta de minerales, que al tener incidencia posterior en ingresos de fuente boliviana, si está alcanzado por el IUE-BE, sin perjuicio de que contablemente tal pago sea contabilizado como una inversión para MSC, por lo que, confirma la deuda tributaria y su correspondiente sanción por Omisión de Pago; de la misma manera, hace referencia a la nota MH/VPT/DGPT/UTEPTI/Nº 240/2008 de fecha 25 de julio de 2008, en la cual el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, emitió opinión respecto al tratamiento del gasto por concepto de cobertura financiera en relación al IUE a cargo de MSC como contribuyente u obligado directo de dicho impuesto; no así en relación al IUE-BE respecto al cual se atribuye a MSC el carácter de agente de retención como sustituto del beneficiario del exterior

- viii. En cuanto a los **Gastos de Realización y Tratamiento realizados en el exterior de Bs400.514.584.-, por la gestión comprendida entre septiembre/2007 a septiembre/2009 referidos en la Resolución impugnada**, hace una relación de normativa y de la explicación técnica del Ministerio de Minería y Metalurgia, referida al tema; y señala, que "los gastos de realización" expuestos como ajuste en el Estado de Resultados del recurrente, para la fijación del valor real de la transacción de venta del mineral concentrado exportado, no deben considerarse como "gastos" en el sentido establecido en el Artículo 47 de la Ley Nº 843 y Artículo 8 del Decreto Supremo Nº 24051, por cuanto no son erogaciones realizadas por el contribuyente, sino que únicamente sirven de referencia para fijar el precio real de la venta del mineral concentrado exportado, por lo que tampoco corresponde que se respalden con la retención del IUE como erróneamente argumenta la Administración Tributaria, por cuanto tales actividades posteriores a la salida del mineral exportado, corresponde a agentes externos y realizadas enteramente en el exterior, fuera del objeto del IUE-BE.
- ix. En este contexto refiere que de la normativa y de los antecedentes administrativos se establece que los gastos de realización observados por la Administración Tributaria son deducciones admitidas por ley de acuerdo al art. art. 39 inc. b), Título III del DS 24780 y art. 16 del DS 29165, y reconocidos por el Ministerio de Minería y Metalurgia como ajustes para determinar el valor de los minerales según notas de respuesta a consulta del SIN, CITE: MM/DS/53-VDP 13/2012 de 20 de marzo de 2012 y de respuesta la consulta formulada por la ARIT con CITE: MM/VDP/210-VDP66/2012 de 23 de julio de 2012, y que provienen de condiciones contractuales usuales en la práctica comercial de venta de minerales al exterior, y son contabilizadas de acuerdo a





la práctica común por control, seguimiento y a efectos de reflejar la determinación del precio de los concentrados. Por lo tanto, establece que la Administración Tributaria no observó adecuadamente el procedimiento previsto en la normativa tributaria en vigencia para la determinación de las diferencias establecidas a favor del Fisco, bajo el concepto de "**Gastos de Tratamiento y Realización**" por lo que deja sin efecto el importe de deuda tributaria de y su correspondiente sanción por Omisión de Pago.

- x. Respecto al **Bono Puerto Mejillones**, hace referencia a los argumentos planteados tanto por el recurrente como por la Administración Tributaria, a la normativa pertinente, a la Nota 4 a los Estados Financieros auditados al 30 de septiembre de 2008 referida a Documentos por cobrar y al contrato de Construcción y Servicios Portuarios suscrito entre MSC y Puerto Mejillones S.A. de 01 de septiembre de 2003, del cual se entiende que la obra a desarrollarse, la construcción del Puerto y la prestación de servicios portuarios se realizarán en el Puerto Mejillones de la ciudad de Mejillones, Provincia Antofagasta, II. Sección de la República de Chile, es decir en el exterior por una empresa del exterior; y su conclusión anticipada para la prestación de futuros servicios portuarios, es la que dio origen al pago de un Bono, concluye que en el presente caso se verifica la existencia de dos elementos en la configuración del hecho imponible que son: el sujeto pasivo (beneficiario del exterior) y el pago o remesa; pero no la existencia del primer elemento que es el objeto; es decir la renta o utilidad obtenida en territorio boliviano, pues el concepto pagado es el Bono o premio por la pronta realización de una obra en el exterior, no es un servicio prestado en Bolivia o desde el exterior para su aplicación en Bolivia y que para que se produzca el hecho generador de las retenciones IUE-BE, debe generarse primero la renta o la utilidad obtenida en el país, siendo el beneficiario del exterior el que debe obtener la renta o utilidad en el país; consiguientemente revoca el reparo determinado por la Administración Tributaria por este concepto, tanto la deuda tributaria como su correspondiente sanción por omisión de pago.
- xi. En cuanto a los **reparos por concepto de Provisión Aker Kvaerner Metals INC (Proveedor del exterior)**, donde no se verifica la retención del 12,5% del IUE-BE, analiza el Informe de Conclusiones, la norma de contabilidad N°5 Principios de Contabilidad para la Industria Minera Decisión N° 9, la nota 12 a los Estados Financieros auditados al 30 de septiembre del 2007, referida a Construcciones en Progreso y que menciona también a la nota 1, el registro contable (Libro Diario que



curso a fs. 1141 y 1143 del cuadernillo de antecedentes N°6 SIN), la nota 15 referida a CUENTAS POR PAGAR de los Estados Financieros auditados al 30 de septiembre del 2007, papeles de trabajo elaborados por la Administración Tributaria; advirtiéndose la inexistencia de documentos que respalden la supuesta remesa o pagos realizados a beneficiarios del exterior, como ser extractos bancarios, órdenes de pago, cheques, órdenes de transferencia, por lo que concluye que en el presente caso la Administración Tributaria no realizó una verificación de un incremento de patrimonio o del mecanismo o instrumento utilizado para la retribución a acreedores del exterior; no evidenció pagos o transferencias a proveedores del exterior al 30 de septiembre de 2007. Por el contrario de los registros contables se observa la capitalización de los costos -construcción, ingeniería, adquisición de maquinaria y equipo, servicios de administración, supervisión y montaje de instalación de la Planta- contenidos en la cuenta Provisión Aker Kvaerner a los Activos de la Sociedad. Debido a lo cual la Administración debió hacer seguimiento a los movimientos de la Cuenta Provisión Aker Kvaerner durante las gestiones 2008 y 2009, en las cuales sí existen disminuciones y el reconocimiento del propio recurrente de haber efectuado pagos, incluso con retenciones a Beneficiarios al Exterior; consiguientemente revoca los reparos determinados por la Administración Tributaria en la gestión 2007 por la deuda tributaria y su sanción por Omisión de Pago.

- xii. Respecto a la sobrevaloración de la carga fiscal **incrementando la tasa real del impuesto IUE-BE del 12.50 al 14.29%, que repercute en una pretensión de exacción de aproximadamente 90 Millones de Bolivianos; resultado del incremento indebido de la base imponible mediante la aplicación de *grossing up* (que quiere decir “total bruto sin deducciones”)**, señala que Conforme la doctrina y normativa vigente un agente de retención, es quien asume las obligaciones tributarias a cuenta del sujeto pasivo, mediante la retención del impuesto; en este entendido el impuesto retenido debe ser trasladado al sujeto pasivo que se benefició del pago por el servicio prestado, consiguientemente, esta traslación para el pago lo constituyen las retenciones realizadas por mandato de la ley, empero estas deben ser reducidas del importe que debió haber sido cancelado al sujeto pasivo (dependiente o vendedor de insumos) y que el agente de retención es quien por ser deudor o por el ejercicio de una función pública, una actividad, un oficio o una profesión se halla en contacto directo con una suma de dinero que, en principio, correspondería al contribuyente y, consecuentemente, puede computar la parte de la misma que corresponde al Fisco en

23 de 76





concepto de impuesto, ingresándola a la orden de ese acreedor, y que en el presente caso la Administración Tributaria incrementó (engrosó) el impuesto a partir del monto neto, procedimiento utilizado para subir el importe de las remesas en un monto tal que permita cubrir las retenciones, en vista de que el agente de retención MSC, no efectuó las retenciones al momento del pago; consecuentemente confirma los importes de *grossing up* determinados para los conceptos observados por Cobertura Financiera correspondiente a las Operaciones descritas en los puntos 9.2.1.1; 9.2.1.2, 9.2.1.3 y 9.2.1.4, cuyos reparos se confirman.

- xiii. Refiere que de acuerdo a lo determinado en el Artículo 165 del CTB, el que por acción u omisión no pague o pague de menos la deuda tributaria, será sancionado con el 100% del monto calculado para la deuda tributaria, y que en el presente caso, la Administración Tributaria estableció que el recurrente no realizó las retenciones, ni pagó el IUE-BE por los conceptos observados, situación que da lugar a la aplicación de la sanción de multa equivalente al 100% del tributo omitido determinado y confirma la sanción impuesta por la Administración Tributaria, para los conceptos observados de Cobertura Financiera, así mismo confirma el importe total de 49.500 UFV, por Incumplimiento de Deberes Formales determinados por la Administración Tributaria, por registro en otros libros contables (contabilidad en inglés, Libros Diarios y Mayores) de los periodos enero 2007 a septiembre 2009, considerando que el recurrente no presentó reclamo alguno.

CONSIDERANDO II:

Ámbito de Competencia de la Autoridad de Impugnación Tributaria.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, (CPE) promulgada y publicada el 7 de febrero de 2009, regula al Órgano Ejecutivo estableciendo una nueva estructura organizativa del Estado Plurinacional mediante Decreto Supremo N° 29894, que en el Título X determina la extinción de las Superintendencias; sin embargo, el Artículo 141 del referido Decreto Supremo N° 29894, dispone que: "*La Superintendencia General Tributaria y las Superintendencias Tributarias Regionales pasan a denominarse **Autoridad General de Impugnación Tributaria y Autoridades Regionales de Impugnación Tributaria**, entes que continuarán cumpliendo sus objetivos y desarrollando sus funciones y atribuciones hasta que se emita una normativa específica que adecúe su funcionamiento a la Nueva Constitución Política del Estado*"; en ese sentido, la competencia, funciones y atribuciones de la Autoridad



General de Impugnación Tributaria se enmarcan en lo dispuesto por la Constitución, las Leyes Nos. 2492 (CTB) y 3092 (Título V del CTB), Decreto Supremo N° 29894 y demás normas reglamentarias conexas.

CONSIDERANDO III:

Trámite del Recurso Jerárquico.

El 25 de junio de 2013, mediante nota ARIT-CHQ-SCR N° 0492/2013, de 24 de junio de 2013, se recibió el expediente ARIT-PTS-0004/2012 (fs. 1-1293 del expediente), procediéndose a emitir el correspondiente Informe de Remisión de Expediente y el Decreto de Radicatoria, ambos de 1 de julio de 2013 (fs. 1294-1295 del expediente), actuaciones notificadas a las partes el 3 de julio de 2013 (fs. 1295 del expediente). El plazo para el conocimiento y resolución del Recurso Jerárquico, conforme dispone el Artículo 210 de la Ley N° 3092 (Título V del Código Tributario Boliviano), vencia el 13 de agosto de 2013, sin embargo mediante Auto de Ampliación de Plazo AGIT-RJ/0155/2013 de 13 de agosto de 2013, se amplió hasta el **23 de septiembre de 2013** (fs. 1400 del expediente), por lo que la presente Resolución se dicta dentro del plazo legalmente establecido.

CONSIDERANDO IV:

IV.1. Antecedentes de hecho.

- i. El 31 de agosto de 2010, la Administración Tributaria notificó personalmente a Mercedes Ruiz Lago en calidad de Apoderada Legal de Minera San Cristóbal SA, con la Orden de Verificación N° 0010OVE00493, cuyo alcance comprende la verificación específica de los hechos y/o elementos relacionados con el Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas – Beneficiarios del Exterior (IUE-BE); bajo modalidad de Verificación Específica IUE Beneficiarios del Exterior; por los periodos Octubre a Diciembre de 2006, Enero a Diciembre de 2007, Enero a Diciembre de 2008 y Enero a Septiembre de 2009 (fs. 2 de antecedentes administrativos c.1).
- ii. El 31 de agosto de 2010, la Administración Tributaria notificó el Requerimiento F-4003 No.00107389, en el cual solicitó la presentación de la Declaración Jurada del Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas (IUE), Extractos Bancarios, Comprobante de los Ingresos y Egresos con respaldo, Estados Financieros,

25 de 76





Dictamen de Auditoria y Plan de Cuentas de las Gestiones 2007, 2008 y 2009, Libros de contabilidad (Diario, Mayor) Impreso y medio magnético, Formularios F-530 y F-3050 por Cobertura Financiera, Comprobantes de Egresos y sus respaldos por los pagos por cobertura financiera, Contratos de cobertura financiera, confirmación de los bancos de recepción de los pagos de transacción de cobertura financiera, conciliaciones con los Bancos del Exterior respecto a los pagos efectuados y deudas pendientes por cobertura, conciliaciones con Apex Silver, Apex Silver Finance, Sumitomo por cobertura financiera, relación de pagos efectuados por cobertura financiera detallando fecha, concepto, cuenta bancaria, importe, N° de F-530 y/o F-3050, Fotocopias de NIT, Registro a FUNDEMPRESA, Poder del Representante Legal, Constitución de Sociedad y Modificaciones Actuales, Registro Único del Exportador y/o Registro de Exportador Vigente (fs. 5-6 de antecedentes administrativos c.1).

iii. El 23 de septiembre de 2010, la Administración Tributaria mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107419, solicitó a Minera San Cristóbal la presentación de Comprobantes de los Ingresos y Egresos como respaldo a transacciones de Beneficiarios al Exterior, Libros de Contabilidad (Diario, Mayor) en medio magnético, Formulario 3050 y 530 de todas las transacciones realizadas por IUE Beneficiarios del Exterior con respaldos, todo de los periodos de octubre 2006 a septiembre de 2007, octubre de 2007 a septiembre de 2008 y octubre 2008 a septiembre de 2009, contratos realizados por la empresa relacionados a IUE- BE (de garantía y de condiciones contratadas) entre la empresa y BNP Paribas y Barclays Bank de diciembre de 2005 (fs. 7 de antecedentes administrativos c.1).

iv. El 3 de diciembre de 2010, la Administración Tributaria mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107468, solicitó a Minera San Cristóbal la presentación del contrato Common Security Agreement de diciembre de 2005 (fs. 8 de antecedentes administrativos c.1).

v. El 30 de mayo de 2011, la Administración Tributaria mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107552, solicitó a Minera San Cristóbal la presentación de la composición del Anexo 8 de IUE-BE de manera desglosada: Beneficiarios locales, devengamientos, anticipos, remesas pendientes, remesas devengadas (fs. 9 de antecedentes administrativos c.1).



- vi. El 15 de julio de 2011, la Administración Tributaria mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107569, solicitó a Minera San Cristóbal la presentación del respaldo de los gastos de realización y tratamiento expuestos en Estados Financieros (fs. 10 de antecedentes administrativos c.1).
- vii. El 3 de septiembre de 2010, Minera San Cristóbal mediante nota, solicita ampliación de plazo para la presentación de documentos solicitados mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107389, el 8 de septiembre de 2010, la Administración Tributaria, notificó en secretaria a Minera San Cristóbal con el Proveído N° 24-000218-10 de 8 de septiembre de 2010 de ampliación de plazo improrrogable de diez (10) días para la presentación de documentos solicitados mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107389 (fs. 12, 14-14 vta. de antecedentes administrativos c.1).
- viii. El 29 de septiembre de 2010, Minera San Cristóbal mediante nota solicita ampliación de plazo para la presentación de documentos solicitados mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107419, según fechas: Gestión 2007 el 22 de Octubre de 2010, Gestión 2008 el 19 de Noviembre de 2010, Gestión 2009 el 17 de diciembre de 2010; el 6 de octubre de 2010, la Administración Tributaria, notificó en secretaria a Minera San Cristóbal con el Proveído N° 24-000249-10 de 4 de octubre de 2010, mediante el cual acepta la solicitud del contribuyente en los plazos solicitados (fs. 18, 20-20 vta. de antecedentes administrativos c.1).
- ix. El 6 de abril de 2011, Minera San Cristóbal mediante nota, solicita ampliación de treinta (30) días para la presentación de los documentos solicitados mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 107552; en la misma fecha, Minera San Cristóbal mediante oficio solicita ampliación de veinte (20) días plazo para la presentación de documentos solicitados mediante Requerimiento de Información F-4003 N° 100998, además solicita que en vía aclaratoria se determine los alcances de la solicitud de información (fs. 25, 31-31 vta. de antecedentes administrativos c.1).
- x. El 12 de junio de 2011, la Administración Tributaria emitió las Actas por Contravenciones Tributarias Vinculadas al Procedimiento de Determinación N° 13424, 13425, 13426, 13427, 13428, 13429, 13430, 13431, 13432, 13433, 13434, 13435, 13436, 13437, 13438, 13439, 13440, 13441, 13442, 13443, 13444, 13445,





- 13446, 13447, 13448, 13449, 13450, 13451, 13452, 13453, 13454, 13455, 13456, por el registro en otros libros contables (contabilidad en ingles de libros diarios y mayores) de los periodos de enero 2007 a septiembre de 2009, contraviniendo el Artículo 41 de la Ley N° 14379 correspondiendo una multa de 1500 UFV cada una (fs. 38-70 de antecedentes administrativos c.1).
- xi. El 21 de septiembre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante la cual el contribuyente entregó Comprobantes N° OP16747, OP16749, JE6003050, JE7000434, JE7000999, JE70011493, JE7002150, JD251, Libro Mayor, Libro Diario, 1 CD del Libro Diario y Mayor, dos (2) Contratos de cobertura Financiera (BNP Y BARCLAYS) en ingles y español, veintisiete (27) fojas de confirmación de bancos de recepción de pagos, una conciliación de bancos con respaldo, Extracto Bancario, Estados Financieros con Dictamen de Auditoria Gestiones 2007, 2008 y 2009, Formularios N° 593, 595, 580, 605 de la Gestión 2007, 2008 y 2009, Plan de Cuentas, Fotocopias de NIT, FUNDEMPRESA y REX, Testimonio de Constitución, Poder Notarial (fs. 71 de antecedentes administrativos c.1).
- xii. El 8 de octubre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante la cual el contribuyente entregó 22 empastados de Libro Diario de Octubre de 2006 a Septiembre de 2007, 23 empastados de Libro Mayor de Octubre de 2006 a Septiembre de 2007, Contrato de Garantía entre Minera San Cristóbal y BNB Paribas y Bayclays Bank PCL de 1 de diciembre de 2005 (fs. 72 de antecedentes administrativos c.1).
- xiii. El 13 de octubre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante la cual el contribuyente entregó los Extractos Bancarios de Banco BISA MN de octubre de 2006 a septiembre de 2007, y Banco BISA ME de octubre de 2006 a septiembre de 2007. El 19 de octubre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante la cual el contribuyente entregó Extractos bancarios Internacionales de octubre 2006 a septiembre 2007 (fs. 73, 74 de antecedentes administrativos c.1).
- xiv. El 22 de octubre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante la cual el contribuyente entregó Comprobantes –entre otros- de



AMX, AKKER, DARRIL DYSON, ERROL MONTGOMERY, EDYCE, GASTON PASOUT, GRAEBEL, INGENIERIA DE TRANSPORTES, FFE MINERALS, BAILEY DEMNIS, Formularios 530 de octubre a septiembre de 2007, 3050 de febrero de 2007 a septiembre de 2007, Contrato con ELS Smith Minerals SA (fs. 75-77 de antecedentes administrativos c.1).

xv. El 4 de noviembre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante la cual el contribuyente entregó Comprobantes –entre otros- de RAP, AKER KVAERNER E&C y METAL INC, JE, FFE, ERROL MONTGOMERY, SIEMENS, Formularios 3050 y 530, Contratos de TSA, Otros CC, sin numero y Minera San Cristóbal (fs. 78 de antecedentes administrativos c.1).

xvi. El 5 de noviembre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante la cual el contribuyente entregó los Estados Financieros de las Gestiones 2007, 2008 y 2009, Comprobantes de SIEMENS, ABSA SANTOS (fs. 79-80 de antecedentes administrativos c.1).

xvii. El 8 de noviembre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante el cual el contribuyente entregó Comprobantes de Aker Kvarner, Libros Mayores y Diarios en CD (fs. 81 de antecedentes administrativos c.1).

xviii. El 19 de noviembre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante el cual el contribuyente entregó Comprobantes –entre otros- de MINERAL QUIMAL, OXIQUM, ERROL MONSTGOMERY, Extractos Bancarios, contratos con proveedores (fs. 82-85 de antecedentes administrativos c.1).

xix. El 17 de diciembre de 2010, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante el cual el contribuyente entregó Comprobantes de Libro Diario de octubre de 2008 a septiembre de 2009, y Mayor de diciembre de 2008 a septiembre de 2009, Extractos Bancarios MN y ME, Formularios 3050 de octubre de 2008 a septiembre de 2009, contratos con proveedores, contrato Common Security Agreement, Comprobantes Contables (fs. 86-87 de antecedentes administrativos c.1).





- xx. El 20 de abril de 2011, la Administración Tributaria elaboró el Acta de Recepción, mediante el cual el contribuyente entregó la composición del Anexo 8 del IUE-BE de las Gestiones 2007, 2008 y 2009 (fs. 88 de antecedentes administrativos c.1).
- xxi. El 9 de agosto de 2011, la Administración Tributaria mediante Acta de Comunicación de Resultados, da a conocer a Minera San Cristóbal los resultados preliminares de la verificación efectuada en la modalidad Verificación Especifica IUE-Beneficiarios del Exterior, donde señala que en constancia se entregó al contribuyente una copia de los resultados preliminares (fs. 1047-1048 de antecedentes administrativos c.6).
- xxii. El 10 de agosto de 2011, la Administración Tributaria mediante Acta de Comunicación de Resultados, da a conocer a Minera San Cristóbal los resultados preliminares complementarios de la verificación efectuada en la modalidad Verificación Especifica IUE-Beneficiarios del Exterior, donde señala que en constancia se entregó al contribuyente una copia de los resultados preliminares (fs. 1049-1050 de antecedentes administrativos c.6).
- xxiii. El 10 de agosto de 2011, Minera San Cristóbal, mediante oficio solicita plazo para la presentación de descargos a las observaciones efectuadas y comunicadas mediante Acta de Comunicación de Resultados de 9 de agosto de 2011 (fs. 1052-1052 vta. de antecedentes administrativos c.6).
- xxiv. El 11 de agosto de 2011, Minera San Cristóbal, mediante oficio solicita plazo para la presentación de descargos a las observaciones efectuadas y comunicadas mediante segunda Acta de Comunicación de Resultados de 10 de agosto de 2011 (fs. 1055-1055 vta. de antecedentes administrativos c.6).
- xxv. El 12 de agosto de 2011, la Administración Tributaria emite el Proveído N° 24-0284-11 con referencia a la solicitud de ampliación de plazo, mediante el cual otorga a Minera San Cristóbal un plazo improrrogable hasta el 19 de agosto para la presentación de descargos al Acta de Comunicación de Resultados de la Orden de Verificación N° 0010OVE00493 (fs. 1057 de antecedentes administrativos c.6).



xxvi. El 19 de agosto de 2011, Minera San Cristóbal, presenta descargos a los Resultados informados conforme Actas de Comunicación de Resultados, donde realiza una aclaración a aspectos fundamentales relativos al proceso de verificación, y solicita la ampliación de la emisión de la Vista de Cargo por un lapso de seis meses conforme el Parágrafo V del Artículo 104 de la Ley N° 2492 (CTB) (fs. 1061-1086 de antecedentes administrativos c.6).

xxvii. El 29 de agosto de 2011, la Administración Tributaria notificó personalmente a Ricardo Zilvety en calidad de apoderado de Minera San Cristóbal, la Notificación de Finalización de Verificación Externa, en la que ponen en conocimiento del contribuyente la finalización de las tareas de verificación de campo que le fueron comunicadas oportunamente para la empresa y notificada personalmente el 31 de agosto de 2010 (fs. 1537 de antecedentes administrativos c.9).

xxviii. El 26 de agosto de 2011, la Administración Tributaria, emitió el Informe de Actuación SIN: CITE/GDPT/DF/VE/INF/0140/2011, en el cual establece observaciones en la determinación del Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas – Beneficiarios al Exterior por: Cobertura Financiera que deriva del Acuerdo de Garantía firmado con Bancos para garantizar la cobertura de operaciones relacionadas con instrumentos derivados, del cual estableció un tributo omitido de Bs310.955.974.-; Gastos de Realización y Tratamiento realizados en el exterior, por el abono en la cuenta de su cliente en el exterior Apex Metals Marketing – AMM, de donde determinó un tributo omitido de Bs400.514.582.-; Bono Puerto Mejillones por conclusión anticipada, por la verificación de la Nota N° 16 de los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2008, evidencio el pago anticipado de Bs14.299.601.- conforme a factura recibida de la Empresa Puerto Mejillones en calidad de Beneficiario del Exterior, en tal sentido determinó un tributo omitido de Bs2.042.800.- por este concepto; Provisión Aker Kvaerner Metals INC., por la verificación de la Nota N° 15 Cuentas por Pagar, de donde se observó una disminución de la Cuenta Provisión Aker Kvaerner Metals INC., Consultora Estadounidense contratada para la construcción, ingeniería, adquisición de maquinaria y equipo, administración y supervisión de la construcción y montaje de instalación de la Planta, por lo que determinó un Tributo Omitido de Bs14.726.881.-; Multa por Incumplimiento a los Deberes Formales por un total de treinta y tres (33)





Actas por Contravenciones Tributarias por un total de 49.500 UFV (fs. 1538-1551 de antecedentes administrativos c.9).

xxix. El 31 de agosto de 2011, la Administración Tributaria notificó por cédula a Minera San Cristóbal, la Vista de Cargo N° 52/2011 en la que ratifica los reparos determinados, determinando una Deuda Tributaria de UFV1.803.016,631- por IUE-BE y de 49.500 UFV por multa por incumplimiento a los deberes formales (fs. 1552-1561 de antecedentes administrativos c.9).

xxx. El 19 de octubre de 2011, la Administración Tributaria notifico mediante cedula a Minera San Cristóbal la Resolución Administrativa de Anulación de Vista de Cargo N° 23-000587-11 de 17 de octubre de 2011, que resuelve en aplicación del Artículo 31 de la Ley N° 2341 (LPA), anular el Informe CITE: SIN/GDPT/DF/VE/INF/0140/2011 y Vista de Cargo N° 052/2011 ambos de 26 de agosto de 2011 y Anexo "Cuadro de Conceptos y Fundamentos Legales de los Cargos" (fs. 1571-1576 de antecedentes administrativos c.9).

xxxi. El 19 de octubre de 2011, la Administración Tributaria, emitió el Informe de Actuación SIN: CITE/GDPT/DF/VE/INF/0182/2011, en el cual establece observaciones en la determinación del Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas – Beneficiarios al Exterior por: Cobertura Financiera que deriva del Acuerdo de Garantía firmado con Bancos para garantizar la cobertura de operaciones relacionadas con instrumentos derivados, del cual estableció un tributo omitido de Bs310.955.974.-; Gastos de Realización y Tratamiento realizados en el exterior, por el abono en la cuenta de su cliente en el exterior Apex Metals Marketing – AMM, de donde determinó un tributo omitido de Bs400.514.582.-; Bono Puerto Mejillones por conclusión anticipada, por la verificación de la Nota N° 16 de los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2008, evidencio el pago anticipado de Bs14.299.601.- conforme a factura recibida de la Empresa Puerto Mejillones en calidad de Beneficiario del Exterior, en tal sentido determinó un tributo omitido de Bs2.042.800.- por este concepto; Provisión Aker Kvaerner Metals INC., por la verificación de la Nota N° 15 Cuentas por Pagar, de donde se observó una disminución de la Cuenta Provisión Aker Kvaerner Metals INC., Consultora Estadounidense contratada para la construcción, ingeniería, adquisición de maquinaria y equipo, administración y supervisión de la construcción y montaje de



instalación de la Planta, por lo que determinó un Tributo Omitido de Bs14.726.881.-; Multa por Incumplimiento a los Deberes Formales por un total de treinta y tres (33) Actas por Contravenciones Tributarias por un total de 49.500 UFV (fs. 1577-1590 de antecedentes administrativos c.9).

xxxii. El 21 de octubre de 2011, la Administración Tributaria notificó mediante cédula a Minera San Cristóbal con la Vista de Cargo N° 091/2011 de 19 de octubre de 2011 en la que ratifica los reparos, determinando una Deuda Tributaria de UFV1.110.983,017.- por IUE-BE que incluye Tributo Omitido, interés y sanción por la conducta y de 49.500 UFV por multa por incumplimiento a los deberes formales (fs. 1591-1602 de antecedentes administrativos c.9).

xxxiii. El 18 de noviembre de 2011, Minera San Cristóbal presentó memorial de solicitud de nulidad de actuaciones y formula descargos a los reparos contenidos en la Vista de Cargo N° 091/2011, en el cual observa el incumplimiento del plazo para la emisión de la Vista de Cargo, la falta de fundamentación en la Vista de Cargo, la inconsistencia en los funcionarios que participaron de la auditoria, además de realizar una explicación detallada a cada cargo presentado en la Vista de Cargo por cobertura financiera, gastos de tratamiento y realización, bono puerto mejillones, provisión Aker Kvaerner, y la calificación de la conducta (fs. 2079-3256 de antecedentes administrativos c.12 a la c.18).

xxxiv. El 12 de diciembre de 2011, la Administración Tributaria emite el informe de conclusiones SIN/GDPT/DF/INF/00915/2012, en el cual concluye, que como resultado de la evaluación de los descargos presentados por el contribuyente, se establece que los mismos no desvirtúan las observaciones establecidas en la Vista de Cargo N° CITE: SIN/GDPT/DF/VC/091/2011, por tanto al 18 de octubre de 2011 se tiene un saldo a favor del fisco de 1.111.032.517 UFV equivalente a Bs1.875.789.530.- por concepto de Impuesto Omitido, Intereses, Sanción de la Conducta y Multa por Incumplimiento de Deberes Formales correspondiente al Impuesto a las Utilidades de las Empresas – Beneficiarios al Exterior (IUE-BE) de los periodos de enero 2007 a septiembre de 2009 (fs. 3257-3324 de antecedentes administrativos c.18).





xxxv. El 30 de diciembre de 2011, la Administración Tributaria notificó mediante cedula a Minera San Cristóbal con la Resolución Determinativa N° 17-000636-11, de 28 de diciembre de 2011, en el cual establece una deuda de UFVs629.264,545.- por tributo omitido e intereses, UFVs517.488,581.- por concepto de sanción de omisión de pago, y UFVs 49500.- por multas por incumplimiento de deberes formales (fs. 3349-3434 de antecedentes administrativos c.18).

xxxvi. El 29 de diciembre de 2011, Minera San Cristóbal SA presentó la nota MSC-FIN-1058/2011, en que solicita a la Administración Tributaria continuar con la revisión de los descargos presentados y los que se presentarán en el plazo establecido por el Parágrafo I del Artículo 99 de la Ley N° 2492 (CTB) (fs. 3440-3444 de antecedentes administrativos c.18). El 6 de enero de 2012, Minera San Cristóbal SA mediante nota MSC-OF. PT. 001/2012 solicita fotocopias del expediente de fiscalización IUE-BE (fs. 3448 de antecedentes administrativos c.18).

IV.2. Alegatos de las partes.

IV.2.1. Alegatos de la Administración Tributaria.

La Gerencia Distrital Potosí del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), representada legalmente por Zenobio Vilamani Atanacio, el 24 de julio de 2013, presentó alegatos escritos y orales (fs. 1303-1307 vta. del expediente), con los siguientes argumentos:

- i. Transcribe partes de la Resolución de Recurso de Alzada referida a las cuatro (4) operaciones observadas de cobertura financiera, y se ratifica respecto a la Cobertura Financiera; en todo el trabajo desarrollado durante la primera etapa del procedimiento de determinación, es decir en todos aquellos documentos que fueron recabados y/o acumulados antes de la emisión de la Vista de Cargo, asimismo establece que el trabajo desarrollado en la instancia de alzada se ha realizado de manera minuciosa, responsable y objetiva, reflejo de ello es la Resolución de Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0146/2013 de fecha 22 de mayo de 2013; misma que se sustentó en los antecedentes acumulados, así como en los propios fundamentos de y/o afirmaciones efectuadas el Recurrente, durante en el procedimiento de Verificación y Determinación de la Deuda Tributaria.



- ii. Manifiesta, que de la Revisión de Antecedentes, se constató la existencia de elementos reales y/o objetivos, mismos que han servido de base o sustento para que establezca, en base a las Órdenes de Pago, Documentos de pago (PK), Registros Contables y registros de Libros Mayores (Cuentas de Bancos) de Minera San Cristóbal y las propias aseveraciones de los Auditores Financieros en Notas, que guardan relación con el punto de Cobertura Financiera, que Minera San Cristóbal, ha omitido el deber formal de retener el 12.5% de las remesas de capital de fuente Boliviana en favor de Beneficiarios del Exterior (IUE-BE), emergente de las actividades desarrolladas en el País, reflejada en la explotación y extracción de recursos minerales para luego proceder a su venta en puerto Mejillones, acción que se adecúa a lo dispuesto por el Inciso c) del Artículo 4 del Decreto Supremo N° 24051 que califica qué actividades deben entenderse que son de fuente boliviana.
- iii. Colige que de la revisión y análisis de toda la documentación presentada por el Recurrente, se ha considerado que los recursos que éste transfiere son origen o fuente nacional; entre los fundamentos descritos en la Resolución de Recurso de Alzada, se ha demostrado que los reparos originados contra Minera San Cristóbal en razón al incumplimiento del IUE-BE, se deben a que la misma no presentó documentación fehaciente que demuestre sus afirmaciones respecto a los Contratos Suscritos en relación a las transferencias realizadas en favor de la Empresa de Apex Silver Finance (ASF), que indican son remesas, producto del pago o concepto de un préstamo de dinero tal cual señala en sus descargos.
- iv. De la misma manera, sostiene que el recurrente no ha demostrado que ha realizado prestamos en favor de Apex Metals Marketing (AMM); asimismo no ha existido prueba en contrario que desvirtúe las afirmaciones del SIN - Potosí, por ello bajo el principio de la sana critica, los razonamientos descritos en la Resolución de Alzada de que esos supuestos préstamos fueron transferidos a la cuenta de Apex Metals Marketing (AMM) generado los reparos que fueron descritos en la Resolución Determinativa; empero y más al contrario por la documentación que fue analizada por la Administración Tributaria, se verifico que las remesas, fueron transferidas por el concepto de Cobertura Financiera a los Bancos BNP Paribas, Barclays Bank PCL; actos que debieron estar sujetos a la Retención del IUE-BE; asimismo si bien el Recurrente con los descargos presentados, si bien se establece que en relación al concepto de Cobertura Financiera, refieren que el mismo ha sido cancelado asimismo





se aclaro que en ninguno de los Estados Financieros revisados (Gestión 2008 y 2009) los Auditores hacen mención alguna de un Pagare Subordinado (Subordinated Promissory Note).

- v. Expone lo señalado en las Notas a los Estados Financieros N° 1, 17, 28, de donde establece que, conforme a los documentos detallados, así como los fundamentos descritos en la Resolución de Alzada objeto de impugnación, los importes observados correspondientes a pagos por **Cobertura Financiera**, tienen su origen en fuente boliviana, afirmación que se realiza de la interpretación del Inciso c) del Artículo 4 del Decreto Supremo N° 24051, por lo que recalca que estas operaciones debieron estar sujetos a la alícuota establecida y determinada por el Impuesto a las Utilidades de Empresas - Beneficiarios al Exterior (IUE-BE).
- vi. Señala que de antecedentes todas las transacciones y operaciones desarrolladas por Minera San Cristóbal S.A. se encuentran respaldadas con desembolsos efectuados en los Bancos BNB PARIBAS y BARCLAYS BANK PLC, hechos que a su vez, se encuentran descrito en los Estados Financieros en cumplimiento a la NIC 32 y NIC 39, según lo señalado por el Contribuyente en Memorial remitido en fecha 20 de Septiembre de 2010.
- vii. Por lo expuesto, comprende que la Resolución de Alzada, ratifica la labor de la Administración Tributaria, es decir que las observaciones referentes a los contratos fueron contabilizados contra Activos y Pasivos Financieros, usando Instrumentos Derivados como es el PAGARE SUBORDINADO (Subordinated Promissory Note), el mismo que señala a una Empresa constituida en las Islas Cayman, documento que el Contribuyente nunca presento en original o copia legalizada por autoridad competente, es decir que se limitó el Trabajo de la Administración Tributaria simplemente a la valoración de los documentos que se encontraban a su alcance.
- viii. Sostienen que los fundamentos de la Resolución de Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0146/2013 de fecha 22 de mayo de 2013, no reflejan agravio alguno, por ello es preciso que se proceda a ratificar la Resolución de Recurso de Alzada objeto del presente recurso



IV.2.2. Alegatos del Sujeto Pasivo

Minera San Cristóbal SA, representado legalmente por Vladimir Alejandro Aguirre Morales, el 2 de agosto de 2013, formuló alegatos orales (fs. 1387-1399 del expediente), en los que ratifica sus argumentos de su Recurso Jerárquico y agrega los siguientes fundamentos:

- i. Resalta que la Autoridad Regional de Impugnación de Chuquisaca ha revocado tres de los cargos que estaban contenidos en la Resolución Determinativa, toda vez que ha evidenciado que no existe hecho imponible en relación al Impuesto a las Utilidades Beneficiarios del Exterior, siendo estos los: Gastos de Realización, Bono Puerto Mejillones, Provisión Aker, estos conceptos, no fueron impugnados por la Administración Tributaria, por lo que estarían firmes y estables y ya no formarían parte del presente debate procesal.
- ii. Señala que las operaciones observadas son dos de operaciones relacionadas, dos de préstamo de capital, una tercera que es el pago por concepto de garantía y la cuarta que es básicamente sí una cobertura financiera de Minera San Cristóbal en manos de Minera San Cristóbal.
- iii. Explica que sus fuentes de financiamiento son tres: una que viene del grupo APEX a través de aportes de capital de 350 millones que en los años 2004, 2005 y 2006 fluyeron hacia Bolivia como aportes de capital; por vinculación de empresas del grupo APEX por 461 millones; préstamo con un Sindicato de Bancos, trece bancos y la Corporación Andina de Fomento por 225 millones de dólares; las que contribuyeron a la construcción del proyecto y puesta en marcha de la operación.
- iv. Señala que del financiamiento del Grupo APEX de 461 millones, se desprende un pagaré que fue registrado en los Estados Financieros de Minera San Cristóbal apropiadamente de \$us 166 M, a favor de APEX SILVER FINANCE, en la fase de operación se ordena y solicita a Minera San Cristóbal se haga el pago del pagaré, lo que ocurrió en sucesivas transferencias desde julio y agosto del 2007, hasta aproximadamente entre doce y catorce meses.
- v. Sostiene que en la quiebra del grupo APEX que ocurre a finales del 2008, SUMITOMO entra y toma el control de toda la operación. Muestra cuáles eran los precios de la plata, para indicar que los mismos eran bajos; asimismo, explica que los

37 de 76





mismos comienzan vertiginosamente a subir, lo que provoca que el grupo APEX quiebre.

vi. Manifiesta que el grupo inversor minero APEX a través de APPERS SILVER FINERS suscribe con Banco BNP y BARCLAYS, un Contrato de Cobertura Financiera, que trata de cubrir las variaciones de los precios, hacia arriba o hacia abajo, de los metales o de cualquier otro commodity en el Mercado Internacional; explica la hermenéutica del contrato, para indicar que el grupo APEX ante la subida de precios quebró y tuvo que asumir carga mas de 350 millones de dólares en cobertura financiera, pero "afuera", nunca en Bolivia, por tanto este contrato de cobertura nunca afectó las utilidades de Minera San Cristóbal.

vii. Aclara que en Bolivia, si los precios bajan, las utilidades bajan, por ende el Impuesto a las Utilidades bajar; si suben, se registra mayores ventas, mayor utilidad, por tanto, mayor Impuesto a las Utilidades; señala que nunca las utilidades han sido comprometidas por una cobertura; la mejor evidencia que no hubo cobertura financiera son los Estados Financieros.

viii. Reitera que de las operaciones las dos primeras son movimientos de capital; la tercera operación ocurrida totalmente en el exterior, por lo tanto no hay fuente boliviana, y finalmente la adquisición de contratos, no constituye renta, sino una inversión, establecido, no solamente legalmente sino también en la NIC 32, que es la aplicable en estos casos.

ix. Expone que la ARIT, hace referencia, al contrato de cobertura entre ASF y los bancos BARCLAYS & BNP; en el que Minera San Cristóbal no es parte, y al contrato de financiamiento que tiene otros varios contratos que le presenta, sin embargo, los que no demuestran que hubo una devolución de 166 millones de dólares que está gravada por el IUE Beneficiarios del Exterior, porque fue una devolución de capital; hace referencia a la Nota 28 de un contrato de cobertura entre ASF y los bancos BARCLAYS & BNP, que no guarda relación con los 166 millones de dólares; de lo cual sostiene que la ARIT indica que MSC remesó dinero a bancos del exterior para pago de coberturas financieras contratadas por ASF, y que la empresa recurrente no ha explicitado cuáles son los compromisos adquiridos y contraprestaciones emergentes de su participación en el contrato de financiamiento.



- x. Prosigue y señala que el contrato de financiamiento obtenido por Minera San Cristóbal con 13 bancos, entre ellos están BNP PARIBAS, BARCLAYS, AUSTRALIA, AND NEW, ZEALAND BANKING GROUP LIMITED, KFW, NATEXIS BANQUES POPULAIRES, CATERPILLAR FIN SERVICES UK, NM ROCHIELD ANS SONS LTD, EXPORT DEVELOPMENT CANADA, FORTIS CAPITAL CORP, NORDKAP BANK AG, RMB INT (DOBLIN) LTD., es de 225 millones de dólares, y no tiene ninguna relación con 166 millones de dólares, puesto que estos vienen de un financiamiento interno, por tanto, está operación no está vinculada al pago del pagaré de 166 millones de dólares, por cuantía y por naturaleza de contrato.
- xi. En cuanto a la remesa de los 166 millones de dólares, menciona que la realidad jurídica es que se tiene un pagaré subordinado, documento que contiene una promesa incondicional de pago, es un Título – Valor, establece un deudor, Minera San Cristóbal, y un acreedor que es APEX SILVER FINANCE, y el compromiso de pago a solicitud, eso quiere decir, inmediatamente que APEX solicite el pago se debe devolver.
- xii. Ahora explica la realidad económica, y sostiene que la Nota 6 a los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2007, establece, que existen los 166 millones de dólares en la cuenta de Saldos Acreedores a Largo Plazo, importe que comienza a devolver ese capital inmediatamente que Minera San Cristóbal recibe esa instrucción de pago; prosigue y señala que en la Nota 5 a los Estados Financieros, al 30 de septiembre de 2008, este desaparece, no se establece ningún interés, no se establece ninguna otra condición que no sea la devolución de un capital, procedimiento de registro seguido por Minera San Cristóbal de una Auditoría Externa como lo es PRICE WATER HOUSE COOPERS;
- xiii. Sostiene que la ARIT establece que MSC obtuvo financiamiento, del cual no se conoce el destino del financiamiento, intereses tampoco plazo o término de vigencia del contrato, y devolución del préstamo; es decir, condiciona la existencia del financiamiento, y la validez del instrumento que lo respalda; el pagaré, al establecimiento de 4 importantes temas primero: intereses, segundo: plazo, tercero: el término de vigencia; cuarto: el destino de los fondos;
- xiv. Cita el Artículo 592 del Código de Comercio, para establecer que el interés no es un requisito de validez y de regularidad para el Pagaré, respecto al plazo establece





que debe contener fecha de vencimiento, o la forma de determinarlo, a lo indica que en este caso es a solicitud; el 595 del mismo cuerpo legal dice que si el Pagaré no menciona la forma o la fecha de vencimiento, se considera pagadero a su presentación, por ello concluye que ni el interés ni el plazo, constituyen condiciones ineludibles para que el Pagaré sea válido.

xv. Cita la instrucción del 27 de julio de 2007, de referencia al pagaré subordinado, por 166 millones de dólares, que señala la suma y establece que el pago se debe efectuar en dos cuentas bancarias de dos bancos, BARCLAYS Y BNP, con los cuales ASF tenía un contrato de cobertura; en respaldo de este mecanismo señala el Artículo 297 del Código Civil; aclara que de ser un pago de cobertura financiera, estos 166 millones de dólares deberían estar contabilizados como un gasto, y no debe necesariamente afectar patrimonio.

xvi. En cuanto a la segunda operación, advierte que también es un préstamo de 39 millones de dólares de MSC a AMN, otra empresa del Grupo APEX, como préstamo de capital, y no puede estar gravado por el IUE Beneficiarios del Exterior.

xvii. Respecto a la operación tercera, señala que es una ejecución de un contrato de garantía de ASF, por 73 millones de dólares, aclarando que efectivamente solo se han pagado 22 millones de dólares, de un contrato que están fuera de Bolivia, es decir que no es de fuente boliviana sino es de fuente extranjera.

IV. 3. Antecedentes de Derecho.

i. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE), de 7 de febrero de 2009.

Artículo 115.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Artículo 117.

I. Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.



Artículo 119.

II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.

ii. Ley N° 2492, de 2 de agosto de 2003, Código Tributario Boliviano (CTB).

Artículo 68. (Derechos).

6. Al debido proceso y a conocer el estado de la tramitación de los procesos tributarios en los que sea parte interesada a través del libre acceso a las actuaciones y documentación que respalde los cargos que se le formulen, ya sea en forma personal o a través de terceros autorizados, en los términos del presente Código.

7. A formular y aportar, en la forma y plazos previstos en este Código, todo tipo de pruebas y alegatos que deberán ser tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente Resolución.

Artículo 74. (Principios, Normas Principales y Supletorias).

Los procedimientos tributarios se sujetarán a los principios constitucionales de naturaleza tributaria, con arreglo a las siguientes ramas específicas del Derecho, siempre que se avengan a la naturaleza y fines de la materia tributaria:

1. Los procedimientos tributarios administrativos se sujetarán a los principios del Derecho Administrativo y se sustanciarán y resolverán con arreglo a las normas contenidas en el presente Código. Sólo a falta de disposición expresa, se aplicarán supletoriamente las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo y demás normas en materia administrativa.

2. Los procesos tributarios jurisdiccionales se sujetarán a los principios del Derecho Procesal y se sustanciarán y resolverán con arreglo a las normas contenidas en el presente Código. Sólo a falta de disposición expresa, se aplicarán supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal, según corresponda.



Artículo 96. (Vista de Cargo o Acta de Intervención).

I. La Vista de Cargo, contendrá los hechos, actos, datos, elementos y valoraciones que fundamenten la Resolución Determinativa, procedentes de la declaración del

41 de 76





sujeto pasivo o tercero responsable, de los elementos de prueba en poder de la Administración Tributaria o de los resultados de las actuaciones de control, verificación, fiscalización e investigación. Asimismo, fijará la base imponible, sobre base cierta o sobre base presunta, según corresponda, y contendrá la liquidación previa del tributo adeudado.

Artículo 100. (Ejercicio de la Facultad). *La Administración Tributaria dispondrá indistintamente de amplias facultades de control, verificación, fiscalización e investigación, a través de las cuales, en especial, podrá:*

- 1. Exigir al sujeto pasivo o tercero responsable la información necesaria, así como cualquier libro, documento y correspondencia con efectos tributarios.*
- 2. Inspeccionar y en su caso secuestrar o incautar registros contables, comerciales, aduaneros, datos, bases de datos, programas de sistema (software de base) y programas de aplicación (software de aplicación), incluido el código fuente, que se utilicen en los sistemas informáticos de registro y contabilidad, la información contenida en las bases de datos y toda otra documentación que sustente la obligación tributaria o la obligación de pago, conforme lo establecido en el Artículo 102º parágrafo II.*
- 3. Realizar actuaciones de inspección material de bienes, locales, elementos, explotaciones e instalaciones relacionados con el hecho imponible. Requerir el auxilio inmediato de la fuerza pública cuando fuera necesario o cuando sus funcionarios tropezaran con inconvenientes en el desempeño de sus funciones.*
- 4. Realizar controles habituales y no habituales de los depósitos aduaneros, zonas francas, tiendas libres y otros establecimientos vinculados o no al comercio exterior, así como practicar avalúos o verificaciones físicas de toda clase de bienes o mercancías, incluso durante su transporte o tránsito.*
- 5. Requerir de las entidades públicas, operadores de comercio exterior, auxiliares de la función pública aduanera y terceros, la información y documentación relativas a operaciones de comercio exterior, así como la presentación de dictámenes técnicos elaborados por profesionales especializados en la materia.*
- 6. Solicitar informes a otras Administraciones Tributarias, empresas o instituciones tanto nacionales como extranjeras, así como a organismos internacionales.*
- 7. Intervenir los ingresos económicos de los espectáculos públicos que no hayan sido previamente puestos a conocimiento de la Administración Tributaria para su control tributario.*



8. Embargar preventivamente dinero y mercancías en cuantía suficiente para asegurar el pago de la deuda tributaria que corresponda exigir por actividades lucrativas ejercidas sin establecimiento y que no hubieran sido declaradas.

9. Recabar del juez cautelar de turno, orden de allanamiento y requisa que deberá ser despachada dentro de las cinco (5) horas siguientes a la presentación del requerimiento fiscal, con habilitación de días y horas inhábiles si fueran necesarias, bajo responsabilidad.

Las facultades de control, verificación, fiscalización e investigación descritas en este Artículo, son funciones administrativas inherentes a la Administración Tributaria de carácter prejudicial y no constituye persecución penal.

Artículo 143. (Recurso de Alzada). El Recurso de Alzada será admisible sólo contra los siguientes actos definitivos:

1. Las resoluciones determinativas.

iii. Ley N° 3092, de 7 de julio de 2005, Título V del Código Tributario Boliviano.

Artículo 200. (Principios). Los recursos administrativos responderán, además de los principios descritos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, de se sustanciarán y resolverán con arreglo al procedimiento establecido en el Título III de este Código, y el presente título. Sólo a falta de disposición expresa, se aplicarán supletoriamente las normas de 23 de abril de 2002, a los siguientes:

1. Principio de oficialidad o de impulso de oficio. La finalidad de los recursos administrativos es el establecimiento de la verdad material sobre los hechos, de forma de tutelar el legítimo derecho del Sujeto Activo a percibir la deuda, cumplimiento de sus obligaciones tributarias hasta que, en debido proceso, se pruebe lo contrario; dichos procesos no están librados solo a al impulso tributario, atendiendo a la finalidad pública del mismo, debe intervenir activamente en la sustanciación del Recurso haciendo prevalecer su carácter impulsor sobre el simplemente dispositivo.

Artículo 201. (Normas Supletorias). Los recursos administrativos se sustanciarán y resolverán con arreglo al procedimiento establecido en el Título III de este Código, y el presente título. Sólo a falta de disposición expresa, se aplicarán supletoriamente las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo.



Artículo 202. (Legitimación Activa). *Podrán promover los recursos administrativos establecidos por la presente Ley las personas naturales o jurídicas cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto administrativo que se recurre.*

Artículo 203. (Capacidad para Recurrir).

I. Tienen capacidad para recurrir las personas que tuvieron capacidad de ejercicio con arreglo a la legislación civil.

iv. Ley N° 2341, de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo (LPA).

Artículo 36. (Anulabilidad del Acto).

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

v. Decreto Supremo N° 27113, de 23 de julio de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento administrativo.

Artículo 55. (Nulidad de procedimientos)

Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas.

IV.4. Fundamentación técnico-jurídica.

De la revisión de los antecedentes de hecho y derecho, así como del Informe Técnico-Jurídico AGIT-SDRJ-1744/2013, de 20 de septiembre de 2013, emitido por la Subdirección de Recursos Jerárquicos de la AGIT, en el presente caso se evidencia lo siguiente:



IV.4.1. Cuestión Previa

i. En principio cabe señalar que la Resolución de Recurso de Alzada resolvió revocar parcialmente la Resolución Determinativa N° 17-00000636-11 de 28 de diciembre de 2011, emitida por la Gerencia Distrital Potosí del Servicio de Impuestos Nacionales, dejando sin efecto las obligaciones impositivas determinadas por IUE-BE por concepto de Gastos de Tratamiento y Realización, Bono Puerto Mejillones y Provisión Aker Kvaerner por un importe total de 353.101.421 UFV, así como la sanción de Omisión de Pago establecida por tales conceptos de 292.172.441 UFV; manteniendo subsistente la deuda tributaria determinada por IUE-BE de 276.163.124 UFV por Cobertura Financiera, así como su correspondiente sanción de Omisión de Pago por 225.316.140 UFV y multas por incumplimiento a deberes formales de 49.500 UFV; y siendo que solo Minera San Cristóbal recurrió por el concepto confirmado, se entiende que los demás conceptos revocados fueron aceptados por las partes; en consecuencia, esta instancia se pronunciara sobre los aspectos recurridos.

IV.4.2. De la valoración de la Prueba.

i. Minera San Cristóbal SA, en su memorial de Recurso Jerárquico, observa que la Autoridad de Impugnación Tributaria Chuquisaca (ARIT) incurre en contradicción al admitir la existencia de cuatro diferentes operaciones y ratificar la pretensión del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), referida a una inexistente cobertura financiera como si se tratase de una única observación. La falta de demostración de la existencia de un hecho imponible denota la ausencia de una correcta valoración de la prueba en inobservancia al Artículo 81 de la Ley N° 2492 (CTB), estando el SIN y la ARIT obligadas a apreciar la documentación de respaldo conforme la sana crítica, como también se refleja en otras materias, como el Artículo 397 del Código de Procedimiento Civil.

ii. Alega que el Artículo 81 del CTB se halla estrechamente vinculado con el Artículo 69 del mismo cuerpo legal que instituye la presunción a favor del sujeto pasivo, siendo obligación tanto del SIN como de la ARIT emitir resoluciones claras y concretas, más aún cuando se trata de los medios de prueba aportados por el contribuyente, sin lugar a ambigüedades; asimismo, la Constitución Política del Estado, en su Artículo 155, Parágrafo II, y los Artículos 6 y 68 del CTB, garantizan el





derecho al debido proceso y a la defensa, aspecto que señala también fue manifestado en la Sentencia 138/2013 del Tribunal Supremo de Justicia; al efecto, transcribe la parte pertinente de la misma y concluye que la sana crítica, la presunción de buena fe y transparencia, la presunción de cumplimiento de las obligaciones tributarias, el debido proceso, la verdad material e informal debieron orientar la actividad de la ARIT.

iii. Expresa que el tanto el SIN como la ARIT omiten explicar en qué momento se configuró el hecho imponible que dio lugar al incumplimiento de la obligación tributaria; refiere que en la fase administrativa y en la instancia de alzada solicitó la revisión pormenorizada de la documentación, misma que no fue expuesta según los Artículos 81 y 99 del CTB. Asimismo, en atención del Artículo 200 de la Ley N° 3092 (Título V del CTB), la ARIT debió hacer prevalecer su carácter impulsor, lo que no sucedió ya que para la supuesta Cobertura Financiera, la prueba no fue interpretada correctamente; adjunta un Detalle y Referencia de Prueba que identifica el objeto de la prueba de descargo y su ubicación en el expediente administrativo y añade que en el período probatorio, ofreció y presentó prueba pericial, la cual no han merecido evaluación por parte de la ARIT, instancia que se limita a deducir hechos imponibles inexistentes, sin concluir su trabajo y revisar en base a elementos probatorios y verdades irrefutables.

iv. Al respecto se debe señalar que el Artículo 131 de la Ley N° 2492 prevé la interposición de los Recursos de Alzada y Jerárquico; asimismo señala que contra la resolución del Recurso Jerárquico se podrá acudir a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso administrativo. En tal sentido, es claro que cualquier decisión tomada por una instancia Administrativa puede ser recurrida en caso de que la misma cause agravios según el contribuyente o la Administración Tributaria consideren, asegurándose el debido proceso y derecho a la defensa; por ello, se debe tener claro que una decisión contraria a una de las partes no implica por sí sola un incumplimiento a los Artículos 81, 69 o 200 de la Ley N° 2492, por falta de apreciación de la documentación de respaldo conforme la sana crítica, presunción de inocencia o búsqueda de la verdad material, salvo se pruebe lo alegado en instancia recursiva superior, siendo para el presente caso la Autoridad General de Impugnación Tributaria quien podrá disponer conforme el Artículo 212 de la misma norma legal, la revocatoria total o parcial, la confirmación o la anulación, según



corresponda el fallo que será producto del análisis de los fundamentos expuestos y prueba presentada, objeto del presente recurso.

- v. Asimismo, se debe tener presente que los informes de los Peritos o Expertos en temas tributarios constituyen únicamente indicios de prueba, al ser la opinión de uno o varios profesionales sobre determinado tema en cuestión, misma que podrá ser considerada por el operador de justicia en relación a los demás elementos aportados, siempre y cuando se considere que lo señalado en el informe no se aleja de la norma tributaria ajustable al caso pertinente.
- vi. En consecuencia en el presente caso se advierte que el SIN y la ARIT realizaron un análisis en cuanto a la prueba presentada por el contribuyente: en el caso de la Administración Tributaria, se evidencia que la Resolución Determinativa cuenta con un análisis de la prueba aportada, concluyendo que la misma no desvirtúa las observaciones realizadas; respecto a la ARIT, se tiene que esta instancia valoró la prueba presentada revocando en forma parcial los cargos formulados por la Administración Tributaria, no siendo evidente lo alegado por el contribuyente en sentido de que no se hubiera realizado el análisis conforme a la sana crítica, verdad material y presunción de la inocencia del sujeto pasivo.
- vii. Sin perjuicio de lo anterior, esta instancia, tal cual lo señala el procedimiento y normativa legal aplicable al caso, procederá a realizar una valoración propia y consecuente fundamentación de los cargos recurridos, verificándose los agravios recurridos por el contribuyente.

IV.4.2. De la Cobertura Financiera.

- i. La empresa recurrente, en su recurso jerárquico y en alegatos, señala que la Administración Tributaria y la ARIT denominaron "Cobertura Financiera" a cuatro operaciones de distinta naturaleza como si se tratarán de una sola, siendo que dos operaciones corresponden a préstamo de capital, otra al pago por concepto de garantía y una cuarta referida efectivamente a una cobertura financiera tomada por MCS. Asimismo, de la revisión de la Resolución Determinativa se tiene que las obligaciones tributarias determinadas por el SIN corresponden al IUE-BE de los períodos agosto a diciembre 2007, enero a diciembre 2008 y septiembre 2009.





- ii. En este sentido, toda vez que las observaciones de la Administración Tributaria versan sobre cobertura financiera y el IUE-BE, y siendo que se observan contratos de opción presentados por el contribuyente en relación a las operaciones a las que se hace mención en el recurso, resulta pertinente citar algunos conceptos a fin de comprender el alcance de las mismas.

- iii. En primera instancia, se tiene que el *riesgo* es *"todo aquello que puede generar un evento no deseado y traer como consecuencia pérdidas y daños [...] los cuales conllevan a una consecuencia financiera que afecta de alguna manera el ingreso"* (DIZ, Evaristo. *Teoría del Riesgo*. 2da. Edición. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2006. Pág. 1). En cuanto a la *cobertura financiera*, cabe precisar que la misma se encuentra definida como *"una técnica de gestión de riesgos orientada a anular o reducir el riesgo de pérdidas derivadas de las fluctuaciones futuras en la cotización de la variable subyacente"* (ROMERO, Enrique y varios autores. *Aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por la Unión Europea (NICes)*. 1ra Edición. Valencia: Editorial "Ciss", 2005. Pág. 393).

- iv. De igual forma, es necesario señalar que los *instrumentos derivados* son aquellos *"contratos cuyo precio depende del valor de un activo que se cotiza en el mercado de contado y que es denominado como "el bien o activo subyacente" de dicho contrato"* (DE LARA, Alfonso. *Productos Derivados Financieros*. 1ra Edición. México: Limusa. Pág. 12). En específico, cabe enfocarse en el denominado *Contrato de Opción Financiera*, el cual *"faculta a su comprador el derecho de comprar (derecho a comprar denominado CALL) o el derecho a vender (derecho a vender denominado PUT) un determinado activo real o financiero, a un precio prefijado de antemano, denominado precio de ejercicio, durante un periodo o en una fecha final estipulada, que se denomina vencimiento [...] Paralelamente, la otra parte, es decir, el vendedor del Contrato de Opción, está obligado a satisfacer el deseo del comprador, si éste ejerce la (opción de compra o de venta), al precio de ejercicio convenido y en el periodo o fecha estipulada por las dos partes"*, siendo que el **"comprador de la opción siempre deberá pagar al principio al vendedor un importe en dinero denominado prima"** (el resaltado es propio) (REMÍREZ, José Antonio. *Como entender los datos de prensa financiera*. Madrid: Editorial "ESIC". Pág.171).



- v. En este marco, la *Cobertura Larga* representa una necesidad de compra de contratos, mientras que la *Cobertura Corta* implica la venta de los mismos, ambas –como señalamos- a efectos de cubrir los riesgos en el mercado al contado (DE LARA, Alfonso. *Productos Derivados Financieros*. 1ra Edición. México: Limusa. Págs. 44-45).
- vi. Por otra parte, corresponde expresar que la cobertura contable se constituye como “aquella técnica de imputación en las cuentas de pérdidas y ganancias de los resultados de una cobertura financiera” (ROMERO, Enrique y varios autores. *Aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por la Unión Europea (NICes)*. 1ra Edición. Valencia: Editorial “Ciss”, 2005. Pág. 393).
- vii. Por todo lo citado precedentemente, resulta evidente que el empleo de la cobertura financiera se produce cuando se prevé una situación bajo la cual existirá una reducción de ingresos, que emerge del incremento de las pérdidas generadas a partir del crecimiento de riesgo –producido por la fluctuación de los precios de mercado- al que se encuentra sujeto un activo subyacente.
- viii. Ahora bien, para el presente caso que nos ocupa, esta instancia jerárquica entiende que el manejo del *Contrato de Opción Financiera* suscrito bajo la posición de *Cobertura Larga*, se gesta únicamente en aquellas situaciones en las cuales el tenedor del activo subyacente prevé el descenso o subida del precio del mismo, cotizado a valor futuro de mercado, siendo así que al operar bajo esta posición, asegura el precio mínimo de venta del subyacente –calculado a valor actual; en ese sentido, el citado aseguramiento minimiza el importe de pérdidas del tenedor del activo.
- ix. Asimismo, cabe precisar que el empleo de la figura “*Long Put*” o “Compra de una opción de Venta” –cobertura larga- contempla que el tenedor del activo subyacente (comprador) se encuentra en una situación en la cual estima que el valor a futuro del activo subyacente será menor al precio en ejercicio convenido; de esta manera, la suscripción de este tipo de contrato de cobertura permite que el tenedor del subyacente (comprador) **limite el margen de su pérdida al total del importe cancelado por la prima** y, a su vez, cuente con la posibilidad de maximizar sus ganancias a partir de la caída de los precios del subyacente en el mercado a futuro. Por su parte, la Opción Corta “*Short Put*” o “Venta de una opción de venta” –cobertura corta- si bien obliga a que el emisor de la opción (vendedor) limite su ganancia al

49 de 76





importe percibido por la emisión de la opción, éste **asegura la recepción de comisiones y flujos de efectivo que emergen del pago de la prima por parte del comprador de la opción –tenedor del subyacente-, aún en condiciones en las que el comprador no se encuentre dispuesto a ejercer su derecho de compra de una opción de venta.**

- x. Consecuentemente, se tiene que el vendedor de una opción percibirá la prima como un ingreso, **sea cual sea el resultado del contrato, es decir, pese a que el tomador decida o no ejercer su derecho a vender (put) o a comprar (call) el activo subyacente, al precio fijado a fecha determinada.**

- xi. Por otra parte, cabe señalar que el Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas – Beneficiarios del Exterior (IUE-BE) grava las rentas de fuente boliviana obtenidas por sujetos no residentes, estableciéndose para el efecto un mecanismo de “retención en la fuente” que obliga a quien paga las mismas a empozar al fisco el resultante de la aplicación de la alícuota al monto remesado. En este sentido, el Artículo 51 de la Ley N° 843 dispone que en el pago de rentas de fuente boliviana a beneficiarios del exterior, se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que la utilidad neta gravada será equivalente al 50% (cincuenta por ciento) del monto total pagado o remesado, siendo así que quienes paguen o remesen dichos conceptos a beneficiarios del exterior, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, la tasa del 25% (veinticinco por ciento) de la utilidad neta gravada presunta.

- xii. En este contexto, corresponde aclarar que el impuesto grava la renta obtenida por el **beneficiario del exterior y no así a quien paga la misma**, siendo éste únicamente un “sustituto” en calidad de “agente de retención”, conforme a las definiciones establecidas en el CTB, correspondiéndole las obligaciones y responsabilidades que establece el Artículo 25 de dicha norma.

- xiii. Respecto al concepto de “**utilidades de fuente boliviana**”, de acuerdo con los Artículos 42 y 44 de la Ley N° 843 (TO) se consideran como tales a: a) aquellas provenientes de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República; b) las resultantes de la realización en el territorio nacional de cualquier acto o actividad susceptible de producir utilidades o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma (en todos los casos sin tener en cuenta la nacionalidad, domicilio o residencia



del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, **ni el lugar de celebración de los contratos**); d) las remuneraciones o sueldos que perciban los miembros de directorios, consejos u órganos directivos por actividades que efectúen en el exterior para empresas domiciliadas en Bolivia, y; e) honorarios, retribuciones o remuneraciones por prestamos de servicios de cualquier naturaleza desee o en el exterior, cuando los mismos tengan relación con la obtención de utilidades de fuente boliviana.

- xiv. Por su parte, los Incisos c) y d) del Artículo 4 del Decreto Supremo N° 24051 (RIUE) prevé que son utilidades de fuente boliviana, las generadas por el desarrollo en el país de actividades extractivas –entre otras- y toda otra utilidad no contemplada en los Incisos a), b) y c) del citado Artículo que haya sido generada por bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país o que tenga su origen en hechos o actividades de cualquier índole, producidos o desarrollados en el país.
- xv. En este contexto, corresponde ingresar en el análisis de cada una de las operaciones observadas por la Administración Tributaria, a objeto de determinar **si las mismas constituyen o no el pago de rentas obtenidas por sujetos no residentes domiciliados en el extranjero**, que sean consideradas "de fuente boliviana".

IV.4.2.1. Operación 4: Adquisición de Contratos de Cobertura Financiera propios de Minera San Cristóbal.

- i. MSC, su memorial de Recurso Jerárquico, manifiesta que participó en un Contrato de Cobertura propio que no tiene ninguna relación con el Contrato de Cobertura suscrito por ASF; sobre éste, la observación del SIN refiere el registro contable de la remesa por \$us. 9.620.800 millones, el mismo que tal como indica la ARIT se refiere al pago de una prima por la adquisición de contratos de cobertura financiera que se registra como un activo para el comprador de la opción; transcribe las partes pertinentes de la Resolución del Recurso de Alzada.
- ii. Añade que en atención a la opinión manifestada por el Ministerio de Hacienda, en lo que respecta a la deducibilidad de los gastos originados por los Contratos de Cobertura Financiera, es que MSC no consideró como gastos deducibles de la gestión, todos aquellos gastos vinculados a los Contratos de Cobertura Financiera, tal es el caso de la ejecución de la Garantía de los contratos "Hedge" suscritos entre ASF y los Bancos;

51 de 76





concluye que la ratio decidendi de la ARIT establece claramente que el monto remesado es una inversión y no una utilidad.

- iii. Explica la Operación de Adquisición de Contratos de Cobertura propios de MSC y señala que en septiembre de 2007 adquirió un contrato propio de Cobertura Financiera, realizando un desembolso de \$us. 9.620.800 que constituye una inversión en el exterior de MSC (activo) y que no guardan ninguna relación con los contratos de Cobertura Financiera suscritos por ASF. El documento que respalda esta inversión es el contrato ISDA, que fue oportunamente entregado en la Fiscalización; prosigue que tratándose de una inversión, el monto observado no representa la remesa de una renta, mucho menos de fuente boliviana, por lo que no estaría alcanzado por el IUE-BE. Una prueba adicional de que este monto constituye una inversión en el exterior, es que al vencimiento de la operación, el monto fue acreditado a favor de MSC por los Bancos, junto con sus rendimientos.
- iv. Con el afán de desvirtuar la posición de la ARIT, establece que según el autor Nicolás Malumian la finalidad de los contratos financieros derivados, puede ser la cobertura (hedge), la especulación o el arbitraje y tiene tres aspectos centrales: 1. Cumplida la condición futura e incierta o materializado el hecho condicionado, una de las partes ejercerá un derecho, y la contraparte contractual estará obligada a cumplir con una obligación, la prestación debida; 2. Su finalidad es la de transferir un determinado riesgo; y, 3. No se trata de la prestación de un servicio por alguna de las partes contractuales.
- v. Sobre el punto concluye que se trata de un contrato, suscrito entre dos partes, las cuales acuerdan cumplir con una obligación futura e incierta, pero desde ningún punto de vista, una de las partes le presta un servicio a la otra. Como señala la propia ARIT, se trataría de una inversión.
- vi. Refiere la opinión tributaria efectuada por Rubén Assorey, Nicolás Malumian y Julián Martín, que concluyen que la remesa implicó una inversión por un derecho colocado en el exterior y que el pago primas por opciones de cobertura no constituyen renta y menos de fuente boliviana; por lo que resulta inaplicable el régimen consagrado en los Artículos 42 y 51 de la Ley N° 843 y 34 del Decreto Supremo N° 24051, por ende no existe beneficiario de rentas bolivianas en el exterior alguno.



vii. Al respecto, de la revisión de los antecedentes administrativos, se tiene que la Administración Tributaria, en virtud a las Órdenes de Pago a los Beneficiarios BNP PARIBAS (61730) y BARCLAYS CAPITAL (61101), Registros Contables de movimiento de las Cuentas: 220.2107 *Proveedores ME*, 220.2530 *Hedging por pagar diferido* (fs. 750-756 de antecedentes administrativos c.5), en el Papel de Trabajo "*Verificación de Cobertura Financiera*", observó el importe remesado de Bs75.138.448.- equivalente a \$us. 9.620.800.- estableciendo un saldo a favor del fisco por un total de Bs10.734.064 por concepto del IUE-BE (fs. 697 de antecedentes administrativos c.4).

Cuenta: 220.2530 Hedging por pagar diferido

Fecha	Comp.	Descripción	Importe en \$us.	Importe Remesado en Bs.	Gross up	IUE-BE	Observaciones	Es.
Sep-07	16747	Comodity LME Lead	5.053.450	39.467.444,50	45.105.650,86	5.638.206	Remesas verificadas en extractos de la empresa, respaldados con comprobantes de las transferencias	750 y 753
Sep-07	16749	Comodity LME Lead	4.567.350	35.671.003,50	40.766.861,14	5.095.858		755-756
			9.620.800	75.138.448,00	85.872.512,00	10.734.064		

viii. Asimismo, de la revisión de los registros contables "Conver de varia mon A/D entre cia var mon" (fs. 753 y 756 vta. de antecedentes administrativos c. 4), se evidencia el registro de las remesas efectuadas el 17 de septiembre de 2007, por Bs39.467.444,50 y Bs35.671.003,50 importes que devienen de las liquidaciones cursantes a fojas 2061 y 2062 de antecedentes administrativos, que describen la Fecha de la Transacción, el Índice del Producto Básico (Plomo), Cantidad del Contrato, *la prima*, el precio de ejercicio y el monto final de Liquidación; la Nota 14 de los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2007 y 2006, establecen que: "A partir de septiembre de 2007 la Sociedad ha firmado ciertos instrumentos financieros derivados relacionados con opciones de compra "Lead Put Option" con el BNP Paribas y el Barclays Capital, las cuales se encuentran registradas en los estados financieros a su valor de mercado(...) El impacto financiero final de las posiciones derivadas no se conocerá sino hasta el vencimiento de estos contratos".

ix. En este contexto, MSC refiere que los importe observados por la Administración Tributaria, constituyen una inversión respaldada en el contrato ISDA, por lo que el importe remesado no constituye una renta de fuente boliviana; al respecto, de la revisión del Contrato Maestro (ISDA-Asociación Internacional de Corredores de Swaps, contrato estandarizado para este tipo de operaciones) de 4 de septiembre de 2007,





suscrito entre BNP Paribas y MSC, se tiene que el mismo constituye un Contrato Obligatorio de Cobertura con Metales (Apéndice, Parte 5, inciso (o)), en el cual, MSC se constituye en tomador de la opción y **BNP Paribas en el lanzador**, debido a que la empresa recurrente, **como tenedor del activo subyacente (mineral), a fin de minimizar los riesgos emergentes de las fluctuaciones de los precios de los minerales, es quien busca tomar la cobertura.** Por otra parte, conforme establece el Numeral 2 del Contrato Maestro, los pagos deben efectuarse en cada Confirmación, por lo que si bien el impacto financiero de la opción como derecho serán materializados en el futuro, tal como expone la Nota 14 de los Estados Financieros, de la gestión 2007, para mantener vigente la cobertura, MSC debe realizar pagos sujetos a una liquidación realizada por el lanzador, en este caso el BNP Paribas, **pago que en este tipo de operaciones constituye una prima**, tal como también reconoce la propia MSC y la instancia de alzada, **misma que en ningún caso es devuelta por el lanzador al tomador de la opción.**

- x. De esta manera, sea cual sea el resultado del contrato –como se señaló anteriormente– la prima pagada por el tomador del contrato constituye un ingreso para el lanzador, considerando que si bien la misma genera un derecho a favor del tomador (activo, tal como fue registrado por MSC, que a su vez generaría una cuenta de pasivo para el lanzador), pese a que este no ejerza su derecho, **ésta es ganada por el lanzador al haber asumido el riesgo cubierto por el contrato; consecuentemente, al final del contrato, la prima dejará de generar un pasivo para el lanzador y constituirá un ingreso por concepto del mismo.** Por otro lado, considérese que en caso de MSC ejerza su derecho a **vender el activo subyacente** y el lanzador liquide la diferencia entre el precio fijado y el precio en el mercado “spot”, ésta al ser pagada por el lanzador **constituirá un renta de fuente boliviana para MSC toda vez que el contrato versa sobre la venta futura de un mineral extraído en Bolivia, siendo éste un bien colocado en el país.**
- xi. En este marco, es preciso señalar que la retención de una renta de fuente boliviana debe realizarse **cuando esta es remesada al extranjero**, debiendo empozarse el monto retenido hasta el 15 del mes siguiente, de conformidad al Artículo 34 del RIUE; consecuentemente, no podrá hacerse una retención posterior pese a que el derecho que ha vendido el lanzador del contrato se efectivice en una fecha futura, considerando que el resultado final del contrato **será siempre una ganancia de la prima por parte**



de éste; por lo que si bien, de acuerdo con la NIC 39 contablemente, el valor de la operación es registrado en el Activo No Corriente, como si fuera una inversión, en la realidad económica constituye el precio de la operación que se consolida a favor de los Bancos de Cobertura, como un ingreso.

- xii. Además, cabe señalar que si bien el contrato de cobertura fue registrado como un derecho en el Activo No Corriente, los registros contables no refieren la afectación de una cuenta de Activo respecto al registro de la prima o de los importes remesados, sino la disminución e incremento de cuentas de Pasivo.
- xiii. En este sentido, siendo que el contrato de cobertura está relacionado a un activo subyacente consistente en un mineral (Plomo) obtenido como consecuencia de una actividad extractiva realizada en el país por MSC, siendo que el contrato tiene como consecuencia final la venta futura del mismo (bien colocado en territorio nacional), considerando que el contrato de opción implica el pago de una prima al lanzador a efectos de que este se comprometa a la compra de dicho mineral a determinado precio, cubriendo así los riesgos emergentes de la variación de precios internacionales en relación a la venta futura de este activo subyacente, se concluye que la prima pagada a BNP Paribas y Barclays Bank constituye una renta de fuente boliviana, tal como prevén los Artículos 42 y 44 de la Ley N° 843 y el Inciso c) del Artículo 4 del Decreto Supremo N° 24051.
- xiv. Consecuentemente, se tiene que MSC debió realizar la retención del IUE BE conforme el Artículo 51 de la Ley N° 843, situación que en el presente caso no sucedió, por tanto corresponde confirmar la Resolución de Recurso de Alzada sobre esta operación manteniendo firme y subsistente el impuesto omitido de Bs10.734.064.- por IUE BE por el periodo septiembre de 2007, conforme el siguiente cuadro:

PERIODO	IMPORTE \$US	IMPORTE BS	GROSS UP	IUE-BE 12.5%	CONFIRMADO	REVOCADO
sep-07	9,620,800.00	75,138,448.00	85,872,512.01	10,734,064	10,734,064	
TOTAL	9,620,800.00	75,138,448.00	85,872,512.01	10,734,064.00	10,734,064	0



IV.4.2.2. Operación 1: Remesas por devolución de préstamo de capital a la empresa APEX SILVER FINANCE (ASF).

- i. MSC, en su memorial de Recurso Jerárquico, explica que en la gestión terminada al 30 de septiembre de 2006, obtuvo un préstamo de Apex Silver Finance (ASF) por \$us. 166.087.283, para lo cual, el 25 de septiembre de 2006, firmó un pagaré (Subordinated



Promissory Note). Así, señala que los Estados Financieros Auditados de MSC al 30 de septiembre de 2006 reflejan el pasivo generado por el ingreso de este dinero en calidad de préstamo a favor de MSC; este importe re-expresado a bolivianos al 30 de septiembre de 2007, era equivalente a Bs1.297.141.680.- y es éste al que hace referencia la ARIT.

- ii. Aclara que un "Promissory Note", en español, significa "Pagaré", y se trata de un documento que contiene una promesa incondicional de pago; quién lo emite se compromete a pagar a un beneficiario una cierta cantidad de dinero en un determinado plazo. En ese sentido, se trata de un documento de pago perfectamente válido, de evidencia de la existencia de una legítima operación de PRÉSTAMO entre ASF y MSC.
- iii. Expone que este pagaré es un documento legal de índole comercial, por el cual una parte se obliga a efectuar un pago, por un concepto debido, el cual se utiliza conforme a la legislación (Artículos 592 y siguientes del Código de Comercio) y lleva en sí mismo el carácter de título ejecutivo de cobro, con la sola solicitud de pago, siendo un requisito para su eficacia únicamente la firma del deudor y su entrega al beneficiario; es decir, que se establece una obligación de pago (promesa) que emerge del reconocimiento de un préstamo, siendo así un pasivo para el deudor MSC y un activo para el acreedor ASF.
- iv. Prosigue y manifiesta que en la gestión fiscal 2007, MSC pagó parte del préstamo, por lo tanto, el financiamiento obtenido de ASF disminuyó en \$us. 19.101.389.-, que equivalía a Bs149.181.854.- con lo cual el saldo por pagar a ASF al 30 de septiembre de 2007 ascendía a Bs1.147.959.826.- (\$us. 146.985.893.-). Tal como refleja en la Nota 6 de los Estados Financieros Auditados de MSC de la mencionada gestión.
- v. Señala que durante la gestión fiscal 2008, entre agosto y julio, se terminó de pagar el saldo de Bs1.147.959.826.- (\$us. 146.985.893.-), importe que re-expresado al 30 de septiembre de 2008 que equivalía a Bs1.302.183.593.-, tal como se refleja en la Nota 5 de los Estados Financieros auditados al 30 de septiembre de 2008, demostrándose que existe un ingreso de dinero a favor de MSC que proviene de un préstamo otorgado por ASF, respaldado por un pagaré (Subordinated Promissory Note), emitido el 25 de septiembre de 2006; préstamo que fue cancelado en las gestiones 2007 y 2008.



- vi. Sostiene que los depósitos de ASF a favor de MSC se hallan auditados e identificados por la firma de Auditoría Independiente Ernest & Young, que fue presentado como documento de respaldo y por un lado demuestra la existencia de desembolsos a favor de MSC y, consecuentemente, la obligación de parte de MSC de cumplir con el pago del Pagaré, así como el reconocimiento de la deuda contenido en dicho título valor.
- vii. Alega que de manera separada, ASF, como empresa con personalidad jurídica independiente, con obligaciones financieras propias, situada en el extranjero tenía firmados contratos propios, a su nombre y beneficio, de Cobertura Financiera con los Bancos en el Exterior, BNP Paribas y el Barclays Bank PLC (Bancos de Cobertura Inicial). Las partes intervinientes en dichos contratos eran ASF y los mencionados Bancos, siendo MSC únicamente un garante de ASF, aspecto reflejado en la Nota 28 a los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2008 mencionada por la ARIT; además, señala que el hecho fáctico de que quien firmó y adquirió los contratos de instrumentos derivados (cobertura financiera) es ASF.
- viii. Manifiesta, que la referida deuda debía ser pagada a sola exigencia del acreedor, por tratarse de un pagaré a la vista; sin embargo, por instrucción de ASF, como acreedor los pagos de capital fueron efectuados mediante transferencias a las cuentas bancarias del exterior de los bancos con quien ASF tenía firmados contratos de cobertura financiera.
- ix. Luego de realizar una explicación de las transferencias efectuadas de pagos de capital, señala que el prestatario (MSC) estipuló con el banco que podía seguir pagando su deuda a ASF; sin embargo, al no ser parte del Contrato de Cobertura Financiera (Hedge) que tenía ASF, el banco debió, en esa misma cláusula, obligar a que ASF pague o destine ese repago de capital, realizado por MSC a ASF, a los pagos que por cobertura financiera a los que estaba obligado ASF; explica que la instrucción de ASF tenía como fundamento una obligación contractual con el banco y es por eso que el capital devuelto por MSC a favor de ASF no va a sus propias cuentas, sino a las cuentas de un banco.
- x. Sostiene que la propia legislación reconoce que el pago debe hacerse al acreedor "o a su representante", "o bien a la persona indicada por el acreedor..." (Artículo 297 del Código Civil), siendo válido, legal y contractualmente apropiado que ASF hubiera

57 de 76





instruido a MSC el pago del préstamo a una cuenta que no era de ASF; alega que el exigir que el pago se realice en cuentas del acreedor (ASF) para que luego éste efectúe su propia transferencia por el pago de su deuda, está fuera de toda lógica financiera y alejado de la realidad empresarial y bancaria, ya que en ningún caso, por motivos de optimización de costos y tiempo, se realizan transferencias sucesivas, pudiendo el acreedor, pedir que depositen el dinero en la cuenta que él disponga.

xi. Solicita se considere la naturaleza de la operación y su tratamiento tributario, que fueron confirmados en el informe de PwC, de 18 de agosto de 2011, con Cite PWC/2774/2011.

xii. Al respecto, se advierte que la Administración Tributaria, para el respaldo de sus observaciones, elaboró el papel de trabajo "Verificación de Cobertura Financiera"; en el cual expone y detalla cada una de las Órdenes de Pago hacia cuentas de los Bancos BNP PARIBAS, BARCLAYS CAPITAL; asimismo, adjunto se tiene las Ordenes de Pago a los Beneficiarios BNP PARIBAS (61730) y BARCLAYS CAPITAL (61101), Certificados de solicitud de depósito a Cuentas de BNP Paribas y Barclays Capital, Registros Contables de movimiento de las Cuentas: 220.2107 Proveedores ME, 220.2440.124 Doc. Por Pagar – New Cayman y 220.2530 Hedging por pagar diferido (fs. 697, 717-749, 759-1016 de antecedentes administrativos c.4, c.5 y c.6).

xiii. En cuanto a lo señalado por Minera San Cristóbal del préstamo obtenido de Apex Silver Finance (ASF) por \$us. 166.087.283 al 30 de septiembre de 2006 por inversiones de capital, por el cual firmó un Subordinated Promissory Note, de la revisión de antecedentes administrativos se advierte que el Pagaré Subordinado de 25 de septiembre de 2006, según numeral 2, no establece interés; asimismo, el numeral 3 señala "*Todos los pagos del principal y los otros montos adeudados bajo este Pagaré serán efectuados al Titular en la moneda de curso legal de los Estados Unidos a las tardar hasta horas 12:00 del mediodía (hora de Nueva York) en la fecha de vencimiento [...] El Librador puede pagar este Pagaré por adelantado completamente o en parte en cualquier momento y de tiempo en tiempo sin prima, sanción o cualquier otro cargo o costo [...] Todos los pagos y pagos por adelantado serán aplicados primero a todos los costos y gastos acumulados que el Librador tiene la obligación de pagar o respecto de los cuales el Librador tiene la obligación de reembolsar al Titular bajo este documento y luego para reducir el principal*"; es decir, se establece todos los



pagos al **Titular**, y el numeral 9 que establece *"Con vigencia el 25 de septiembre de 2006, Apex Luxembourg vendió, transfirió y cedió una parte del Pagare de MSC por el monto principal de \$166.087.283 al Titular. Este pagare reemplaza el Pagare de MSC en la medida del monto principal de este documento"* (fs. 209-2012 de cuaderno recurrente c.20).

xiv. De la revisión de los Estados Financieros de la Gestión 2006-2007, se observa que la cuenta de Pasivo No Corriente denominado *"Empresas relacionadas"*, expone un saldo al 2006 de Bs2.177.021.576.- y al 2007 de Bs3.534.590.767.-; asimismo de la revisión de la Nota 6 a los Estados Financieros se observa que los Saldos Acreedores a largo plazo de *"Notes Payables - Apex Silver Finance New Cayman"* registra en monto reexpresado en la gestión 2006 de Bs1.297.141.680.-, importe que coincide con el Pagaré Subordinado referido por MSC; por la Gestión 2007 se advierte un importe de Bs1.147.959.826.-, de cuya diferencia coincidiría el importe que hubiere pagado MSC durante la Gestión 2007 de Bs149.181.854.-, también se evidencia que en la aclaración (5) señala que: *"Las cuentas por pagar a Apex Silver Mines Limited y Apex Silver Finance New Cayman corresponden a desembolsos para financiamiento del desarrollo del proyecto efectuados en gestiones anteriores. Estos conceptos no devengan intereses y tampoco tienen fecha fijada para su repago"* (fs. 1205, 1216 de antecedentes administrativos c.7); asimismo, de la revisión de los Estados Financieros de la Gestión 2007-2008, se observa que la cuenta de Pasivo No Corriente denominado *"Empresas relacionadas"*, expone un saldo reexpresado al 2007 de Bs3.391.526.465.- y al 2008 de Bs3.634.611.240.-; asimismo de la revisión de la Nota 5 a los Estados Financieros se observa que los Saldos Acreedores a largo plazo de *"Notes Payables - Apex Silver Finance New Cayman"* registra en monto reexpresado en la gestión 2006 de Bs1.302.183.593.-; por la Gestión 2008 no se advierte importe, en tal sentido, la disminución del pasivo refleja una pago por Bs1.302.183.593.-; también se evidencia que en la aclaración (4) señala que: *"Las cuentas por pagar a Apex Silver Mines Limited y ASF corresponden a desembolsos para el financiamiento del desarrollo del proyecto efectuados en gestiones anteriores. Estos conceptos no devengan intereses y tampoco tienen fecha fijada para su repago"* (fs. 1268, 1285 de antecedentes administrativos c.7).



xv. De la misma forma de la revisión de cada documento contable de respaldo de la afirmación de MSC en relación al Pagaré Subordinado, se tiene que los pagos fueron



registrados para la Gestión 2007 como devolución parcial de préstamo, afectando cuentas de Pasivo; tal cual se muestra en cuadro siguiente:

FECHA	BANCO	IMPORTE \$US	T/C	IMPORTE BS	OBSERVACIONES ORDEN DE PAGO	FS	OBSERVACIONES REGISTRO CONTABLE	FS
02/08/2007	BNP PARIBAS	4,247,863.97	7.87	33,430,689.44	Dev parcial de prestamo	717	Dev parcial de prestamo	720
02/08/2007	BARCLAYS CAPITAL	5,460,709.26	7.87	42,975,781.88	Dev parcial de prestamo	728	Dev parcial de prestamo	
TOTAL AGOSTO 2007		9,708,573.23		76,406,471.32				
05/09/2007	BNP PARIBAS	4,161,727.47	7.81	32,503,091.54	P Dev parcial de prestamo	734	P Dev parcial de prestamo	737
05/09/2007	BARCLAYS CAPITAL	5,231,089.12	7.81	40,854,806.03	Dev parcial de prestamo	745	Dev parcial de prestamo	748
TOTAL SEPTIEMBRE 2007		9,392,816.59		73,357,897.57				
TOTAL GESTION 2007		19,101,389.82		114,212,703.60				

xvi. En tanto que según los registros contables de la Gestión 2008, los pagos observados fueron se registran bajos conceptos de Hedge Settlements, Lead spot, Swap Settlements LME Lead, Swap Settlements LME Lead Zinc, LME lead, special HG Zn; tal cual se muestra en el siguiente cuadro:

FECHA	BANCO	IMPORTE \$US	T/C	IMPORTE BS	OBSERVACIONES ORDEN DE PAGO	FS	OBSERVACIONES REGISTRO CONTABLE	FS
23/10/2007	BNP PARIBAS	4,133,016.72	7.79	32,196,200.25	Hedge Settlements LME Lead	771	Hedge Settlements LME Lead	774
31/10/2007	BARCLAYS CAPITAL	5,021,508.38	7.81	39,217,980.45	Hedge Settlements LME Lead	759	Hedge Settlements LME Lead	762
TOTAL OCTUBRE 2007		9,154,525.10		71,414,180.70				
29/11/2007	BNP PARIBAS	4,812,272.98	7.73	37,198,870.14	LME Lead Spot	795	LME Lead Spot	798
05/11/2007	BARCLAYS CAPITAL	5,746,566.45	7.77	44,650,821.32	Swap settlements LME Lead	784	Swap settlements LME Lead	787
TOTAL NOVIEMBRE 2007		10,558,839.43		81,849,691.46				
05/12/2007	BNP PARIBAS	4,111,211.99	7.71	31,697,444.44	Swap settlements LME Lead, Zinc	822	Swap settlements LME Lead, Zinc	825
05/12/2007	BARCLAYS CAPITAL	4,833,946.69	7.71	37,269,728.98	Swap settlements LME Lead, Zinc	807	Swap settlements LME Lead, Zinc	810
TOTAL DICIEMBRE 2007		8,945,158.68		68,967,173.42				
21/01/2008	BNP PARIBAS	3,080,840.24		23,630,044.64	Swap settlements LME Lead, Zinc	844	Swap settlements LME Lead, Zinc	845
21/01/2008	BARCLAYS CAPITAL	6,002,855.01	7.67	46,041,897.93	Swap settlements LME Lead, Zinc	833	Swap settlements LME Lead, Zinc	836
TOTAL ENERO 2008		9,083,695.25		69,671,942.57				
08/02/2008	BNP PARIBAS	7,837,664.01	7.61	59,644,623.12	Swap settlements LME Lead, Zinc	854	Swap settlements LME Lead, Zinc	858
08/02/2008	BARCLAYS CAPITAL	11,870,184.39	7.61	90,332,103.21	Swap settlements LME Lead, Zinc	865	Swap settlements LME Lead, Zinc	868
TOTAL FEBRERO 2008		19,707,848.40		149,976,726.33				
07/03/2008	BNP PARIBAS	9,141,505.15	7.58	69,292,609.04	LME-Zn spot Feb08	887	LME-Zn spot Feb08	890
07/03/2008	BARCLAYS CAPITAL	13,827,162.67	7.58	104,809,893.04	LME lead, special HG Zn Feb08	876	LME lead, special HG Zn Feb08	879
TOTAL MARZO 2008		22,968,667.82		174,102,502.08				
02/04/2008	BNP PARIBAS	9,187,200.01	7.50	68,904,000.08	Swap commodities mar08	908	Swap commodities mar08	911
02/04/2008	BARCLAYS CAPITAL	13,937,221.16	7.50	104,529,158.70	metal swaps&options mar08	919	metal swaps&options mar08	922
TOTAL ABRIL 2008		23,124,421.17		173,433,158.78				
31/05/2008	BNP PARIBAS	8,097,838.83	7.37	59,681,072.18	LME Zn spot abr08	929	LME Zn spot abr08	932
31/05/2008	BARCLAYS CAPITAL	12,203,801.70	7.37	89,942,018.53	LME lead, special HG Zn abr08	940-9	LME lead, special HG Zn abr08	944
TOTAL MAYO 2008		20,301,640.53		149,623,090.71				
30/06/2008	BNP PARIBAS	6,583,914.21	7.31	48,128,412.88	LME Zn spot may08	952	LME Zn spot may08	955
30/06/2008	BARCLAYS CAPITAL	9,950,564.52	7.31	72,738,626.64	LME lead, special HG Zn may08	965		
TOTAL JUNIO 2008		16,534,478.73		120,867,039.52				
21/07/2008	BNP PARIBAS	4,977,440.48	7.22	35,937,120.27	LME Zn spot jun08	980	LME Zn spot jun08	983
21/07/2008	BNP PARIBAS	409,281.60	7.22	2,955,013.15	Average swap ene-jun08	1006	Average swap ene-jun08	984
21/07/2008	BARCLAYS CAPITAL	7,440,358.49	7.22	53,716,388.30	LME lead, special HG Zn jun08	998	LME lead, special HG Zn jun08	1005
TOTAL JULIO 2008		12,827,080.57		92,608,521.72				
TOTAL GESTION 2008		153,206,355.68		1,152,514,027.29				



xvii. Ahora, respecto al contrato referido por MSC, entre ASF y Bancos en el Exterior, BNP Paribas y el Barclays Bank PLC (Bancos de Cobertura Inicial), se tiene que de la revisión de los Contratos Maestros ISDA (Asociación Internacional de Corredores de Swaps), en ambos contratos de Apex Silver Finance Ltd. y Barclays Bank PLC; y Apex Silver Finance Ltd. y BNP Paribas, en su numeral primero (1) inciso b) Incoherencia, se establece que *"En caso de cualquier incoherencia entre lo dispuesto en el Apéndice y las demás disposiciones de este Contrato Maestro, prevalecerá el Apéndice"*; es así que el Apéndice al Contrato Maestro, Parte 5 Otras Disposiciones, inciso k) Sección 14 señala y establece textualmente que: *"La Sección 14 de este contrato se **enmienda al incluir las siguientes definiciones:** "Contrato de Garantía Común" significa el Contrato de Garantía Común de fecha 1 de diciembre de 2005 **entre MSC, Apex (Luxembourg), Apex (Sweden), Parte A, el Agente Administrativo, el Agente Técnico, los Bancos Directores, el Agente Colateral y el Intermediario de Valores, los Bancos de Cobertura que son partes del mismo y los Prestamistas Principales que son partes del mismo**" (fs. 2194-2228, 2229-2271 de antecedentes administrativos c.12).*

xviii. De igual manera, la Parte 5 Otras Disposiciones, inciso (o) del Apéndice del Contrato Maestro, refiere que la Parte B (en este caso Apex Silver Finance Ltd.) declara que el contrato **constituye un Contrato Obligatorio de Cobertura con Metales** (tal como se define ese término en el Contrato de Garantía Común); asimismo, el Inciso (d) de la Sección 4.01 del Contrato de Enmienda General, establece que *"no obstante cualquier disposición en contrario en los Documentos de Financiamiento, el Prestatario tendrá permiso para repagar la Deuda Subordinada pagadera a Apex Silver Finance de tiempo en tiempo siempre que Apex Silver Finance use esos repagos para satisfacer obligaciones de acuerdo con las **Transacciones Obligatorias de Cobertura de Metales**" (el resaltado es propio).*

xix. Por otra parte, de la NIC 39 se desprende el concepto de contrato de garantía financiera, definiéndose el mismo como el *"contrato que exige que el emisor efectúe pagos específicos para rembolsar al tenedor por la pérdida en la que incurre cuando un deudor específico incumpla su obligación de pago, de acuerdo con las condiciones, originales o modificadas, de un instrumento de deuda"*.





xx. Prosiguiendo se tiene que la Nota 28 a los Estados Financieros al 30 de septiembre de 2008 y 2007, referida al Acuerdo de Garantía señala: *"Como se describe en mayor detalle a continuación, la Sociedad firmo un "Acuerdo de Garantía" con algunos bancos para **garantizar la cobertura** de algunas operaciones relacionadas con instrumentos derivados. Algunos aspectos del Convenio de Financiamiento requieren que la sociedad proporcione seguridad sobre los precios de los minerales incluidos en el plan de producción de San Cristóbal. El 22 de septiembre de 2006 una de las empresas afiliadas a la Sociedad, Apex Silver Finance Limited ("ASF"), adquirió algunos instrumentos derivados en virtud de una reestructuración corporativa concluida a esa fecha. Los instrumentos derivados fueron obtenidos en el marco del Convenio Cobertura denominado "Mandatory Metals Hedge Agreements" ("Hedge Agreement"), utilizando principalmente las ventas futuras, así como también otras opciones ("Puts and Calls") para cumplir con ciertos requerimientos establecidos en el Convenio de Financiamiento. A fin de mantener el apalancamiento en los precios de mercado de plata, ASF **obtuvo instrumentos derivados por zinc y plomo** en mayor proporción que las opciones de plata. La Sociedad firmo un acuerdo de garantía con el BNP Paribas y el Barclays Bank PLC (bancos de cobertura inicial) y el Banco de Nueva York (ex JPMorgan Chase Bank, N.A.) (como agente colateral). El Acuerdo de Garantía establece que la Sociedad garantiza incondicionalmente a cada uno de los bancos de cobertura inicial y sus respectivos sucesores, todos los saldos adeudados en virtud del Convenio de Cobertura si ASF incumple con el pago de los montos adeudados" (el resaltado es propio).*

xxi. Asimismo, en la Resolución Determinativa se agrega que en la Nota referida se señala: *"Algunos de los pasivos por instrumentos derivados requeridos en el Convenio de Financiamiento han concluido en la gestión 2007 y en la gestión 2008. La sociedad ha efectuado pagos en efectivo por cuenta de ASF por aproximadamente **\$us. 19,1 millones y \$us. 186,1 millones en 2007 y 2008 respectivamente**" (el resaltado es propio) (fs. 1306, 3392 de antecedentes administrativos c.7 y c.18).*

xxii. De la compulsión de lo expuesto precedentemente, se evidencia que si bien es cierto que MSC no es el titular del Contrato de Cobertura suscrito por ASF, **se debe tener en cuenta que los pagos registrados a los Bancos de cobertura se efectuaron por cuenta de ASF y por concepto de un Contrato de Cobertura de Metales**, siendo MSC el garante de la operación a partir del Contrato de Garantía Común.



xxiii. Ahora, si bien MSC no explica a profundidad los términos de la operación realizada entre los Bancos de cobertura y ASF, en el caso que nos ocupa, el “Contrato de Enmienda General” refiere el permiso para el repago de la deuda subordinada, en este caso la deuda de MSC ante ASF, a condición de que las mismas sean **utilizadas para satisfacer las Transacciones Obligatorias de Cobertura de Metales**, aspecto que involucra a que las remesas realizadas por MSC sean consideradas como de fuente boliviana conforme a los mismos argumentos expuestos señalado en referencia a la Operación 4.

xxiv. Asimismo, debe tenerse presente que **si bien los pagos son efectuados en relación a una obligación de ASF con los Bancos de Cobertura, sin embargo, al ser asumidos por MSC a cuenta de ASF, ya sea en calidad de prima o ganancia de capital por cobertura de metales –tal como se definió precedentemente– constituyen rentas de fuente boliviana**, toda vez que cuando una persona se encuentra obligada a pagar a cuenta de un tercero residente en el extranjero, una renta de fuente boliviana a otro no residente, el hecho de que el contrato sea gestionado en el exterior entre dos partes ajenas al que paga la renta por orden del tercero, no implica que la renta pierda su calidad (Ej. Una empresa que pague por cuenta de un tercero alquileres a un no residente por concepto de un mueble/inmueble situado en territorio nacional; en este caso, quien paga a cuenta de otro se encuentra obligado a cumplir con lo dispuesto en el Artículo 51 de la Ley N° 843).

xxv. Por otro lado, considérese que MSC nunca aportó elementos que permitan determinar que el activo subyacente consiste en un commodity, instrumento financiero u otro activo sea diferente a la producción de la empresa boliviana, situación que esta instancia observa a partir de la documentación que otorgó a la Administración Tributaria.

xxvi. Adicionalmente, se debe observar que conforme la Nota 28 a los Estados Financieros de la Gestión 2007-2008, MSC firmó un Acuerdo de Garantía con algunos bancos para garantizar la cobertura de algunas operaciones relacionadas con instrumentos derivados, siendo ASF quien adquirió los instrumentos derivados utilizando las ventas futuras y otras opciones (“Puts and Calls”) para cumplir con el Convenio de Financiamiento y a fin de mantener el apalancamiento en los precios de





mercado de plata, obtuvo instrumentos derivados por zinc y plomo en mayor proporción que las opciones de plata.

xxvii. Por lo señalado, corresponde a esta instancia jerárquica confirmar la Resolución de Recurso de Alzada sobre esta operación, al ser evidente que los pagos remesados en las gestiones 2007 y 2008 refieren a pagos por Cobertura Financiera, conforme el siguiente cuadro:

PERIODO	IMPORTE \$US	IMPORTE BS	GROSS UP	IUE-BE 12.5%
Ago-07	9.708.573,23	76.406.471,32	87.321.681,52	10.915.210
Sep-07	9.392.816,59	73.357.897,57	83.837.597,23	10.479.700
Oct-07	9.154.525,10	71.414.180,70	81.616.206,52	10.202.026
Nov-07	10.558.839,43	81.849.691,46	93.542.504,53	11.692.813
Dic-07	8.945.158,68	68.967.173,42	78.819.626,77	9.852.453
Ene-08	9.083.695,25	69.671.942,57	79.625.077,23	9.953.135
Feb-08	19.707.848,40	149.976.726,33	171.401.972,96	21.425.247
Mar-08	22.968.667,82	174.102.502,08	198.974.288,11	24.871.786
Abr-08	23.124.421,17	173.433.158,78	198.209.324,33	24.776.166
May-08	20.301.640,53	149.623.090,71	170.997.817,97	21.374.727
Jun-08	16.534.478,73	120.867.039,52	138.133.759,46	17.266.720
Jul-08	12.827.080,57	92.608.521,72	105.838.310,55	13.229.789
TOTAL	172.307.745,50	1.302.278.396,18	1.488.318.167,17	186.039.770,90

IV.4.2.3. Operación 3: Ejecución del contrato de garantía suscrito por Minera San Cristóbal garantizando los contratos de Cobertura Financiera de ASF.

i. La empresa recurrente en su memorial de Recurso Jerárquico indica que el Contrato de Garantía Común fue firmado entre MSC, varias empresas del grupo Apex y los bancos que otorgaron el financiamiento para la construcción y desarrollo del proyecto San Cristóbal; el mismo que establece las reglas para que el financiamiento se haga posible. En esta operación, MSC accedió como Garante, siendo una operación distinta y posterior al libramiento del Pagaré; agrega que a la ejecución del contrato de garantía suscrito por MSC garantizando los contratos de cobertura financiera de ASF por \$us. 73.6 millones, transcribe las Notas a los Estados Financieros 1, 17 y 28; de lo cual advierte que en principio, es Apex Silver Finance Limited (ASF) la empresa que adquirió los contratos de instrumentos derivados en el marco del Convenio Cobertura denominado Mandatory Metals Hedge Agreements; asimismo, Minera San Cristóbal S.A, se obligó en su calidad de garante, a cubrir toda obligación asumida por ASF, en el caso de que ASF por su propia cuenta, no pueda honrar sus obligaciones con los bancos, Barclays Bank PLC y el BNP Paribas.



- ii. Explica la operación de garantía e indica que en diciembre de 2008 se cierran las posiciones de los contratos de Cobertura Financiera de ASF, determinando una deuda en contra de ASF, a favor de los bancos de \$us. 73,6 millones, producto de los acuerdos existentes entre ASF y los Bancos; debido a que ASF se encontraba en imposibilidad financiera (en quiebra) de pagar estas posiciones negativas, el acreedor (Bancos Hedge) ejecutó la Garantía, razón por la que MSC tuvo que pagar la deuda de ASF, en su condición de Garante; el gasto en MSC generado por esta operación fue considerado como no deducible a efectos del IUE.
- iii. Señala que la ARIT reconoce que MSC es garante de ASF por pagos que esta empresa debió efectuar por los contratos de cobertura que suscribió con los Bancos BNP Paribas y Barclays Bank, no obstante, ingresa en contradicción, puesto que como no identifica cual es el beneficio o prestación, "deduce", que existe una remesa de una utilidad de fuente boliviana; señala que el hecho de que se "deduzca" un cargo, en una instancia en la que se busca precisamente la determinación probatoria respetando el debido proceso y la existencia verdadera de un hecho imponible y la averiguación de la verdad material, genera un agravio a la empresa, por lo que sostiene que la ARIT no tiene un fundamento técnico, jurídico, fáctico, lógico y un perfecto enlace con la normativa aplicable y la realidad de la operación.
- iv. Asimismo en alegatos orales señala que es una ejecución de un contrato de garantía de ASF, por \$us. 73 millones, aclarando que efectivamente solo se han pagado 22 millones de dólares, de un contrato que están fuera de Bolivia, es decir que no es de fuente boliviana sino es de fuente extranjera.
- v. Al respecto de la revisión del Papel de Trabajo "Verificación de Cobertura Financiera", se tiene que la Administración Tributaria observó el importe de Bs74.359.134.- por concepto del IUE-BE, a partir de la revisión de la cuenta 220.2675.127 – Sumitomo Corp., por la cual MSC en la documentación presentada muestra la hermenéutica realizada en esta operación, atribuyendo "Montos de liquidación del Hedge de ASF del cual MSC es garante", y detalla los pagos a BNP por \$us. 37.812.175.- y Barclays por \$us. 35.808.904,54 importes que totalizan \$us. 73.621.079,64 (fs. 697 y 1033 de antecedentes administrativos c.4 y c. 6).





vi. De la misma manera de la revisión de la Nota 28 a los Estados Financieros de la Gestión 2007-2008, es evidente que tal cual lo señala la Administración Tributaria en la Resolución Determinativa (redacción no objetada por el contribuyente), señala: "Como se describe en mayor detalle a continuación, la Sociedad firmó un "Acuerdo de Garantía" con algunos bancos para **garantizar la cobertura** de algunas operaciones relacionadas con instrumentos derivados. Algunos aspectos del Convenio de Financiamiento requieren que la sociedad proporcione seguridad sobre los precios de los minerales incluidos en el plan de producción de San Cristóbal. El 22 de septiembre de 2006 una de las empresas afiliadas a la Sociedad, Apex Silver Finance Limited ("ASF"), adquirió algunos instrumentos derivados en virtud de una restructuración corporativa concluida a esa fecha. Los instrumentos derivados fueron obtenidos en el marco del Convenio Cobertura denominado "Mandatory Metals Hedge Agreements" ("Hedge Agreement"), utilizando principalmente las ventas futuras, así como también otras opciones ("Puts and Calls") para cumplir con ciertos requerimientos establecidos en el Convenio de Financiamiento. A fin de mantener el apalancamiento en los precios de mercado de plata, ASF **obtuvo instrumentos derivados por zinc y plomo** en mayor proporción que las opciones de plata. La Sociedad firmó un acuerdo de garantía con el BNP Paribas y el Barclays Bank PLC (bancos de cobertura inicial) y el Banco de Nueva York (ex JPMorgan Chase Bank, N.A.) (como agente colateral). El Acuerdo de Garantía establece que la Sociedad garantiza incondicionalmente a cada uno de los bancos de cobertura inicial y sus respectivos sucesores, todos los saldos adeudados en virtud del Convenio de Cobertura si ASF incumple con el pago de los montos adeudados [...] El 12 de diciembre de 2008, se cerraron las posiciones pendientes de estas operaciones garantizadas por la Sociedad generando pérdidas por Bs. 520.513.938, equivalentes a \$us. 73.622.905, contabilizadas en la cuenta Pérdidas no operativas al 30 de septiembre de 2009" (el resaltado es propio).

vii. Inicialmente, conforme el Contrato de Garantía de 1 de diciembre de 2005, suscrito entre MSC, BNP Paribas, Barclays Bank PLC y Jp Morgan Chase Bank N.A., se advierte que en su Visto que B), expresamente señala que: "El Garante ha autorizado la firma y ejecución de este Contrato para contraer obligaciones especificadas para incluir a los Bancos de Cobertura a suscribir Contratos Obligatorios de Cobertura con Metales con Apex Metals, **ya que el Garante recibirá beneficios significativos de esos contratos**"; asimismo, se evidencia que en la Sección 2.01 "La Garantía" se establece el pago inmediato sin solicitud o notificación por parte del Garante (Minera



San Cristóbal), de las obligaciones garantizadas si Apex Metals no lo efectúa en el momento que sea pagadero; de la misma manera, en la Sección 2.09 (b) refiere al Cálculo en bruto si el Garante es sujeto a un requerimiento legal de retener, deducir o pagar cualquier Impuesto de Contribución impuesto por cualquier jurisdicción con relación al importe pagadero bajo este documento a cualquier Banco de Cobertura; es decir, que el contrato de garantía no excluye en su totalidad los pagos por impuestos además refiere al pago de impuestos en la utilidad neta general del recipiente.

- viii. Así también, es evidente que conforme la Sección 3.05 inciso a) y b) del Contrato de Enmienda General de 20 de septiembre de 2006, ingresa a formar parte del Contrato de Garantía Apex Silver Finance (ASF) en lugar de Apex Metals (AMM).
- ix. De igual manera se debe precisar que MSC en alegatos señala que en diciembre de 2008, se cerraron las posiciones de los contratos de cobertura financiera de ASF, determinándose una deuda a favor de los bancos de \$us.73 millones, empero, siendo que AFS se encontraba en imposibilidad financiera de pagar estas posiciones negativas los bancos ejecutaron la garantía, pagándose \$us. 22 millones.
- x. En este contexto es evidente que los resultados positivos obtenidos por los bancos surgieron a partir de la ejecución del contrato de cobertura que fue cerrado en diciembre de 2008, obteniendo los Bancos una ganancia que, al estar relacionada a la Venta de Concentrados de MSC, es decir, a minerales extraídos por MSC cuya venta fue comprometida por el contrato de opción a los mismos (pese a que se liquide el mismo por diferencias sin que sea necesario entregarlos), se considera de fuente boliviana –siguiendo los argumentos expuestos en los puntos anteriores- por los cuales MSC debió realizar la retención conforme a lo dispuesto en el Artículo 51 de la Ley Nº 843, aún cuando los pagos se realicen a cuenta de un tercero como garante del contrato.
- xi. Por todo lo expuesto, se establece que los pagos remesados en esta operación se refieren a pagos por cobertura financiera a beneficiarios del exterior: BNP Paribas y Barclays Bank PLC, no siendo importante el hecho de que estos se realicen por un tercero y como garante del contrato; en consecuencia, considerando que –por los argumentos expuestos- se trata de ingresos que obtienen los bancos que constituyen rentas de fuente boliviana, MSC debió realizar la retención del IUE-BE conforme el





Artículo 51 de la Ley N° 843, correspondiendo confirmar la Resolución de Recurso de Alzada sobre esta operación manteniendo firme y subsistente el impuesto omitido de Bs74.359.134.- por IUE BE por el periodo septiembre de 2008, conforme el siguiente cuadro:

PERIODO	IMPORTE \$US	IMPORTE BS	GROSS UP	IUE-BE 12,5%	CONFIRMADO	REVOCADO
Sep-09	73.621.079,64	520.513.938	594.873.072,04	74.359.134	74.359.134	
TOTAL	73.621.079,64	520.513.938	594.873.072,04	74.359.134	74.359.134	0

IV.4.2.4. Operación 2: Remesas por otorgación de préstamo de capital (principal) a la empresa APEX METALS MARKETING (AMM).

- i. MSC expone que al 30 de septiembre de 2008 MSC efectuó desembolsos a Apex Metals Marketing (AMM), otra empresa del grupo Apex, en calidad de préstamos; para tal efecto se firmó un Pagaré (Promisory Note Agreement) a favor de MSC, firmado el 30 de septiembre de 2008, tal como se expone en la aclaración (1) de la Nota 5 a los Estados Financieros auditados de la gestión 2008; objeta lo fundamentado por la ARIT que la operación de préstamo con AMM no contempla intereses ni plazo y que éstas son condiciones ineludibles en una operación normal de préstamo.
- ii. Prosigue y recalca que existe una presunción por parte de la ARIT de las remesas de rentas de fuente boliviana, sin señalar cuál es esta; aclara que el presente caso se refiere al desembolso por un préstamo que efectuó MSC a favor de AMM, además de sostener que la retención del IUE-BE debe aplicarse sobre cualquier concepto que implique una renta o beneficio para quien realiza la operación, siendo que al tratarse de capital, no corresponde aplicar retención alguna.
- iii. Expone criterios de peritos en relación al préstamo de capital a favor de AMM y señala que al haber efectuado una evaluación del expediente administrativo, éstos habrían concluido determinando que al no existir remesa de renta, ganancia, o rendimiento alguno, y tratándose de un préstamo de dinero efectuado por MSC a favor de AMM, registrado como un pasivo y no como un resultado que iría a un activo, tales transferencias no constituyen pagos de renta de origen boliviano. Por lo tanto, no se halla configurada la obligación de retención del IUE-BE.
- iv. Por su parte, la Administración Tributaria en alegatos sostiene que el recurrente no ha demostrado la realización de préstamos en favor de Apex Metals Marketing (AMM),



no existiendo prueba en contrario que desvirtúe las afirmaciones del SIN - Potosí, por ello bajo el principio de la sana critica, los razonamientos descritos en la Resolución de Alzada de que los supuestos préstamos fueron transferidos a la cuenta de Apex Metals Marketing (AMM) generaron los reparos descritos en la Resolución Determinativa; empero, de la documentación analizada, se verificó que las remesas fueron transferidas por concepto de Cobertura Financiera a los Bancos BNP Paribas, Barclays Bank PCL, actos que debieron estar sujetos a la Retención del IUE-BE; aclara que en ninguno de los Estados Financieros revisados (Gestión 2008 y 2009) los Auditores hacen mención alguna de un Pagaré Subordinado (Subordinated Promissory Note).

v. Al respecto, de la revisión de antecedentes administrativos, se evidencia que la Administración Tributaria en su Papel de Trabajo "Verificación de Cobertura Financiera", registra cada uno de los importes observados por este concepto, observando una totalidad de \$us. 39.316.211,85 durante la Gestión 2008 (fs. 697 de antecedentes administrativos c.4); asimismo, de la revisión de los registros contables se evidencia que el contribuyente procedió al registro de los importes conforme se muestra en el siguiente cuadro:

FECHA	DEBE		HABER		IMPORTE \$US	T/C	IMPORTE BS	OBSERVACIONES REGISTRO CONTABLE	FS
	CUENTA	DETALLE	CUENTA	DETALLE					
30/04/2008	220.1490.122	Apex Metals Marketing - AMM	220.1875.133	Apex Metals Marketing - AMM	19,655.00	7.40	145,451.44	Reclas Saldos Ctas Interco	1020
31/08/2008	220.1875.133	Apex Metals Marketing - AMM	220.2670.133	Advances payables-Cash-AMM	17,500,000.00	7.09	124,075,000.00	Wire4Ag From Loan Proceed	1021
04/09/2008	220.1875.133	Apex Metals Marketing - AMM	220.1171.018	BNY Load Proceeds	8,393,857.42	7.09	59,512,449.11	Traspaso de Loan a AMM	1022
30/09/2008	220.2670.133	Advances payables-Cash-AMM	220.1875.133	Apex Metals Marketing - AMM	6,431,337.99	7.09	45,598,186.35	Ajustes	1023
30/09/2008	220.2670.133	Advances payables-Cash-AMM	220.2440.134	Notes Payables - New Cayman	6,971,360.84	7.09	49,426,948.36	Ajustes	1023
TOTAL					39,316,211.25		278,758,035.26		

vi. De la revisión de los Estados Financieros –específicamente el Balance General de la Gestión 2007-2008- se advierte que en la cuenta "Empresas Relacionadas" del Activo No Corriente, se registra el importe re expresado de la Gestión 2007 de Bs10.352.226.- y por la Gestión 2008 registra el importe de Bs285.853.009.-; asimismo, de la revisión de la Nota 5 a los Estados Financieros, la cuenta correspondiente a Apex Metals Marketing GmbH (Saldos deudores a largo plazo) registra por la Gestión 2007 el valor reeexpresado de Bs3.880.810.- y por la Gestión 2008 registra el importe de Bs280.665.751.- haciendo una diferencia de Bs276.784.941.-; así también la aclaración (1) de la misma Nota señala que: "Las otras cuentas por cobrar por Bs280.665.751 equivalentes a aproximadamente US\$ 39 millones corresponde a desembolsos





efectuados a esa empresa bajo el "Promisory Note agreement" firmado el 30 de septiembre de 2008" (fs. 1268, 1284-1285 de antecedentes administrativos c.7).

vii. En este contexto, se tiene que la documentación presentada por MSC y sobre la cual la Administración Tributaria sustentó su observación, según el Papel de Trabajo cursante a fojas 697 de antecedentes administrativos, evidencia que las remesas efectuadas por MSC corresponden a desembolsos por un préstamo sustentado en el Pagaré Subordinado suscrito el 30 de septiembre de 2008, a través de los cuales se incrementa una cuenta de Activo No Corriente, concerniente a cuentas por cobrar a empresas relacionadas, registros que además forman parte de los Estados Financieros de la empresa elaborados para la Gestión 2008, mismos que reconocen los desembolsos a favor de AMM.

viii. En esta operación, se debe tener en cuenta que el beneficiario, AMM, es una empresa domiciliada en el exterior por lo que las remesas efectuadas a su favor por concepto de remisión de capital **no constituyen utilidades de fuente boliviana**, como pretende establecer la Administración Tributaria, más aún cuando en antecedentes no cursa documentación alguna que permita tomar convicción sobre dicha afirmación, por lo que las mismas no se ajustan a lo establecido en el Artículo 42 de la Ley N° 843, no estando alcanzada por la retención del IUE BE conforme el Artículo 51 de la Ley N° 843. En consecuencia, en este punto debe revocarse la Resolución de Recurso de Alzada, dejando sin efecto el impuesto omitido de Bs39.822.577.- por IUE-BE por los periodos abril, agosto y septiembre de 2008, conforme el siguiente cuadro:

PERIODO	IMPORTE \$US	IMPORTE BS	GROSS UP	IUE-BE 12.5%	CONFIRMADO	REVOCADO
Abr-08	19.655,00	145.451,44	166.230,22	20.779	20.779	
Ago-08	17.500.000,00	124.075.000,00	141.800.000,01	17.725.000	17.725.000	
Sep-08	21.796.556,25	154.537.583,82	176.614.381,52	22.076.798	22.076.798	
TOTAL	39.316.211,25	278.758.035,26	318.580.611,75	39.822.576	39.822.577	0

IV.4.3. Sobre la aplicación del GROSSING UP.

i. MSC en el memorial de su Recurso Jerárquico señala que la aplicación de grossing up consiste en extrapolar o inferir el monto del impuesto a retener, a partir de un valor neto; aclara que es inferir, porque en esta metodología, la base de cálculo del impuesto



que se pretende determinar no es la base imponible, sino el valor resultante de la diferencia de la base imponible menos la retención impositiva (valor neto), por lo que es aplicable únicamente cuando la base de cálculo es el monto neto pagado (valor bruto neto del impuesto); por lo expuesto concluye que únicamente cuando las partes acuerdan un valor neto de impuestos, como pago o retribución, corresponde inferir cuánto es el valor bruto antes de impuestos y, es sólo en este caso, cuando corresponde aplicar la tasa efectiva del 14,2857% sobre el valor neto conocido.

- ii. Atiende que conforme a lo señalado, la aplicación de grossing up no es la autorización para incrementar las cargas impositivas que están incluidas en la base imponible, sino simplemente es la fórmula para inferir o extrapolar el monto del impuesto, a partir de un valor neto; es decir, el IUE-BE a retener en todos los casos debe ser el 12,5% del valor bruto de "la utilidad neta gravada presunta", lo cual es matemáticamente equivalente al 14,2857% del valor neto (valor bruto menos el IUE- BE), valor que NO es la alícuota del impuesto, sino simplemente un "factor" o "coeficiente" matemáticos aplicables, únicamente para inferir el valor del impuesto, a partir de un valor neto.
- iii. Por lo señalado, manifiesta que los montos observados que la Administración Tributaria ha denominado "base imponible", tanto en sus hojas de trabajo como en la Resolución Determinativa, no corresponde de ningún modo el incremento de dicha "base imponible" mediante la aplicación de grossing up; sostiene que con la aplicación de grossing up, sin ninguna norma que avale tal hecho, se ha sobrevalorado la carga fiscal (incrementando la tasa real del impuesto), incrementando el valor de la Base Imponible dispuesta por Ley; cita el Artículo 42 del Código Tributario y colige que la alícuota del 25% del IUE se debe aplicar directamente sobre el 50% "del monto total pagado o remesado", de este modo, no existe ninguna norma que determine ni autorice a que la base imponible para el IUE-BE sea incrementada y mucho menos se prevé la determinación de otro tipo de cálculos.
- iv. Al respecto el Diccionario Contable y Comercial de Amanda Alicia Godoy, Valletta Ediciones, 2006 (Pg. 394), señala que grossing up es el *"acrecentamiento que se produce cuando una persona se hace cargo del impuesto respectivo de una renta abonada a otra"*; asimismo define las retenciones a pagar como *"cuenta patrimonial del pasivo, rubro deudas, refleja las deducciones realizadas al personal en relación de*





dependencia sobre el sueldo bruto. Se acredita por el monto de los impuestos y cargas sociales a pagar. Se debita al efectuar el pago" (Pg. 689).

- v. Ahora bien, como señala MSC, cuando las partes acuerdan un "valor neto" de impuestos como pago o retribución, se debe inferir un valor bruto antes de impuestos, momento en el cual corresponde la aplicación de la tasa efectiva del 14.2857% importe denominado GROSSING UP; en tal sentido de la revisión de los Contratos presentados como descargo a los pagos remesados, se advierte que los importes acordados debieron ser importes "netos" libre de impuestos; por tal motivo siendo que el importe remesado resultó ser el importe neto libre de impuestos, aplica el acrecentamiento al importe neto remesado, es decir el GROSSING UP, por tanto corresponde confirmar la Resolución de Recurso de Alzada sobre este concepto y dar por valido la aplicación del GROSSING UP en el cálculo del IUE - BE.

IV.4.4. Sobre la omisión de pago e incumplimiento a los deberes formales.

- i. MSC, en su memorial de su Recurso Jerárquico, señala respecto a la calificación de la conducta, que el tipo contravencional de "omisión de pago", previsto por el artículo 165 del CTB, aplica cuando por omisión no se efectúan las retenciones a las que está obligado; al respecto, como sostiene que no realizó remesas de utilidades de fuente boliviana que conlleven a la obligación de efectuar la retención del IUE-BE, en el marco de lo previsto por el Artículo 51 de la Ley N° 843, por lo que al no existir una obligación de retener en cabeza de la empresa, no se ha configurado el tipo contravencional analizado y no es factible aplicarle a la empresa la sanción prevista por el Artículo 156 del CTB; añade que toda sanción por una contravención tributaria es accesoria a la obligación tributaria principal, de tal modo que al extinguirse la segunda, la sanción tampoco existe.
- ii. Con relación a la imposición de las multas por incumplimiento a deberes, sostiene que las mismas son inexistentes y también injustificadas, puesto que demostró que se cumplió con la presentación de descargos en tiempo y adicionalmente, el hecho de tener contabilidad en dos idiomas, no implica el incumplimiento de deber formal alguno, puesto que su contabilidad es clara y en sistema bilingüe.
- iii. Al respecto, en cuanto a la contravención de omisión de pago, el Artículo 42 del Decreto Supremo N° 27310 (RCTB) establece que la multa por omisión de pago a que se refiere el Artículo 165 de la Ley N° 2492 (CTB), será calculada con base en el tributo



omitido determinado a la fecha de vencimiento, expresado en Unidades de Fomento de la Vivienda.

iv. En tal sentido, siendo que de la presente fundamentación se estableció impuesto omitido por importes remesados a beneficiarios del exterior sin realizar la retención del IUE BE conforme el Artículo 51 de la Ley N° 843, resulta totalmente aplicable la sanción por omisión de pago conforme el Artículo 165 de la Ley N° 2492 (CTB), por tanto corresponde confirmar lo resuelto en la Resolución de Recurso de Alzada sobre este aspecto.

v. Por otro lado, en lo referido a las multas por incumplimiento, cabe indicar inicialmente que los actos firmes y consentidos son aquellos que *"al margen de que hayan o no causado estado, se consideran manifestaciones indiscutibles de la voluntad de un órgano administrativo porque su recurribilidad resulta vetada por el transcurso de los plazos establecidos para su impugnación sin que la persona legitimada para ello haya interpuesto el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional"* (el resaltado es propio); de igual forma, respecto a los actos confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, *"el interesado [ha] prestado su consentimiento [...] a través de un tácito aquietamiento procedimental o procesal por no recurrirlo en tiempo, bien por haberlo recurrido a través de un medio de impugnación improcedente o inadecuado [...], bien en último lugar, por haber procedido a su cumplimiento voluntario evidenciado una aquiescencia a su contenido [...]"* (PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo, Tomo I – Parte General*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1997. Págs. 112 – 113).

vi. En este sentido, se evidencia que MSC no planteó agravios por concepto de las multas por incumplimiento a deberes formales –solicitando de forma general la revocatoria total del acto, sin que se haga mención a los mismos- en su memorial de recurso de alzada, por lo que lo dispuesto por la Administración Tributaria respecto a los mismos **quedó firme al no ser impugnado en su momento, situación que implicó un tácito consentimiento con lo establecido por la Administración, siendo este un aspecto no controvertido en instancia de Alzada que no puede ser objeto de impugnación en recurso jerárquico**. En consecuencia, no corresponde realizar mayor análisis al respecto.





vii. En síntesis, por lo referido en el desarrollo de la presente fundamentación corresponde dejar claramente establecido se deja sin efecto el importe de **Bs457.106.840** correspondiente al impuesto omitido IUE-BE que surge de las remesas por otorgación de préstamo de capital a la empresa Apex Metals Marketing (AMM), Gastos de Realización, Bono Puerto Mejillones y Provisión AKER; manteniéndose firme y subsistente el tributo omitido de **Bs271.133.397.-** por el IUE-BE correspondiente a las remesas por Contratos de Cobertura Financiera propios de MSC, Devolución de Préstamo de Capital a la Empresa Apex Sinver Finance (ASF) y Ejecución de Garantía de ASF, además del importe de **Bs85.008.-** por concepto de las multas por incumplimiento de deberes formales, conforme el siguiente cuadro:

PERIODO	SEGÚN SIN	SEGÚN ARIT		SEGÚN AGIT	
	IMPUESTO OMITIDO IUE BE COBERTURA FINANCIERA Bs	REVOCADO	CONFIRMADO	REVOCADO	CONFIRMADO
ago-07	10,915,210		10,915,210		10,915,210
sep-07	21,213,764		21,213,764		21,213,764
oct-07	10,202,026		10,202,026		10,202,026
nov-07	11,692,813		11,692,813		11,692,813
dic-07	9,852,453		9,852,453		9,852,453
ene-08	9,953,135		9,953,135		9,953,135
feb-08	21,425,247		21,425,247		21,425,247
mar-08	24,871,786		24,871,786		24,871,786
abr-08	24,796,944		24,796,944	20,779	24,776,165
may-08	21,374,727		21,374,727		21,374,727
jun-08	17,266,720		17,266,720		17,266,720
jul-08	13,230,217		13,230,217		13,230,217
ago-08	17,725,000		17,725,000	17,725,000	0
sep-08	22,076,798		22,076,798	22,076,798	0
sep-09	74,359,134		74,359,134		74,359,134
TOTAL COBERTURA FINANCIERA	310,955,974	0	310,955,974	39,822,577	271,133,396
GASTOS DE REALIZACION	400,514,582	400,514,582		400,514,582	
BONO PUERTO MEJILLONES	2,042,800	2,042,800		2,042,800	
PROVISION AKER	14,726,881	14,726,881		14,726,881	
TOTAL IMPUESTO	728,240,237	417,284,263	310,955,974	457,106,840	271,133,396
MIDF	85,008		85,008		85,008
TOTAL GENERAL	728,325,245	417,284,263	311,040,982	457,106,840	271,218,404

viii. En consecuencia, corresponde a esta instancia Jerárquica Revocar Parcialmente la Resolución de Recurso de Alzada ARIT/CHQ/RA 0146/2013 de 20 de mayo de 2013, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca, dentro del Recurso de Alzada interpuesto por Minera San Cristóbal SA contra la Gerencia Distrital



Potosí del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN); en consecuencia, se modifica la deuda tributaria establecida en la Resolución Determinativa N° 17-000636-11, de 1.146.802.626.- UFV a 439.605.697.- UFV, que incluye tributo omitido IUE-BE de los períodos agosto a diciembre 2007, enero a julio 2008 y septiembre 2009, más mantenimiento de valor, intereses, la multa por omisión de pago y la multa incumplimiento de deberes formales, según el siguiente cuadro:

CÁLCULO DE LA DEUDA TRIBUTARIA CONFIRMADA
(Expresado en Bs y UFV al 28 de diciembre de 2011)

PERIODO	IMTO. OMITIDO CONFIRMADO Bs.	IMTO. OMITIDO UFV	INTERES UFV	SANCIÓN POR OMISIÓN DE PAGO 100% UFV	TOTAL RENDA TRIBUTARIA UFV	TOTAL DEUDA TRIBUTARIA Bs.
Ago-07	10.915.210	8.736.781	2.556.081	8.736.781	20.029.643	34.396.505
Sep-07	21.213.764	16.838.325	4.816.025	16.838.325	38.492.675	66.102.701
Oct-07	10.202.026	8.030.625	2.246.236	8.030.625	18.307.486	31.438.080
Nov-07	11.692.813	9.122.396	2.494.363	9.122.396	20.739.155	35.614.936
Dic-07	9.852.453	7.615.364	2.033.150	7.615.364	17.263.878	29.646.912
Ene-08	9.953.135	7.620.792	1.985.673	7.620.792	17.227.257	29.584.024
Feb-08	21.425.247	16.256.741	4.138.698	16.256.741	36.652.180	62.942.056
Mar-08	24.871.786	18.670.550	4.634.520	18.670.550	41.975.620	72.083.893
Abr-08	24.776.165	18.396.867	4.453.967	18.396.867	41.247.701	70.833.852
May-08	21.374.727	15.666.371	3.687.952	15.666.371	35.020.694	60.140.337
Jun-08	17.266.720	12.505.138	2.873.054	12.505.138	27.883.330	47.883.485
Jul-08	13.230.217	9.457.180	2.113.854	9.457.180	21.028.214	36.111.331
Sep-09	74.359.134	48.429.497	6.829.370	48.429.497	103.688.364	178.061.954
TOTAL	271.133.397	197.346.627	44.862.943	197.346.627	439.556.197	754.330.074
Multa por Incump. de Deberes Formales					49.500	85.005
TOTAL GRAL.	271.133.397	197.346.627	44.862.943	197.346.627	439.605.697	754.415.079

Por los fundamentos técnico-jurídicos determinados precedentemente, al Director Ejecutivo de la Autoridad General de Impugnación Tributaria, independiente, imparcial y especializado, aplicando todo en cuanto a derecho corresponde y de manera particular dentro de la competencia eminentemente tributaria, revisando en última instancia en sede administrativa la Resolución ARIT/CHQ/RA 0146/2013, de 20 de mayo de 2013, del Recurso de Alzada, emitida por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca, le corresponde el pronunciamiento sobre el petitorio del Recurso Jerárquico.

POR TANTO:

El Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad General de Impugnación Tributaria por delegación y sustitución que suscribe la presente Resolución Administrativa, en virtud de la jurisdicción y competencia que ejerce por mandato de los Artículos 132, 139 inciso b), y 144 de la Ley N° 2492 (CTB) y Ley N° 3092 (Título V del CTB), conforme con la Resolución Administrativa AGIT/0054/2013, de 8 de agosto de 2013,





RESUELVE:

REVOCAR parcialmente, la Resolución ARIT/CHQ/RA 0146/2013, de 20 de mayo de 2013, dictada por la Autoridad Regional de Impugnación Tributaria Chuquisaca, dentro del Recurso de Alzada interpuesto por Minera San Cristóbal SA, contra la Gerencia Distrital Potosí del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN); en consecuencia, se deja sin efecto el impuesto omitido de **Bs39.822.577.-** correspondiente al impuesto omitido IUE-BE que surge de las remesas por otorgación de préstamo de capital a la empresa Apex Metals Marketing (AMM); asimismo, se mantiene lo dispuesto en la Resolución de Alzada que dejó sin efecto el importe de **Bs417.284.263.-** por Gastos de Realización, Bono Puerto Mejillones y Provisión AKER; manteniéndose firme y subsistente el tributo omitido de **Bs271.133.397.-** por el IUE-BE correspondiente a las remesas por Contratos de Cobertura Financiera propios de MSC, Devolución de Préstamo de Capital a la Empresa Apex Sinver Finance (ASF) y Ejecución de Garantía de ASF, además del importe de **Bs85.008.-** por concepto de las multas por incumplimiento de deberes formales, contenidas en la Resolución Determinativa N° 17-00581-12, de 28 de diciembre de 2012; en tal sentido queda modificada la deuda tributaria de **1.146.802.626.- UFV a 439.605.697 UFV**, la misma que debe ser reliquidada a la fecha definitiva de pago según el Artículo 47 de la Ley N° 2492 (CTB); conforme al Inciso a), Parágrafo I, Artículo 212 de la Ley 3092 (Título V del CTB).

Regístrese, notifíquese, archívese y cúmplase.



LAVY/TTC/LLM-PSS/nhh


Ernesto R. Mariño Borquez
Director Ejecutivo General a.i.
AUTORIDAD GENERAL DE IMPUGNACION TRIBUTARIA