

UTILIDAD EN CONTRATO FORWARD NON DELIVERY ENTRE ENTIDADES NACIONALES - Constituye renta gravable en Colombia, en tanto la normativa tributaria no regula en forma especial ese ingreso / UTILIDADES EN CONTRATO FORWARD NON DELIVERY ENTRE ENTIDADES NACIONALES - Constituyen otros ingresos tributarios / RECONOCIMIENTO FISCAL DE PERDIDA EN CONTRATO FORWARD NON DELIVERY DE INDOLE NACIONAL - Se regula por los criterios generales de las deducciones porque la normativa tributaria no lo regula / DEDUCCION DE GASTOS - Su procedencia no se puede restringir por vía de doctrina a ciertos contratos, sino que se sujeta al cumplimiento de los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario y a que los gastos no estén dentro de las limitaciones legales a las deducciones / DEDUCCION DE GASTOS EN CONTRATO FORWARD NON DELIVERY DE INDOLE NACIONAL - Procede con independencia de la finalidad de cobertura o especulativa de la operación porque en ambos casos se trata de erogaciones derivadas de la gestión de riesgos del mercado

4.3.1. En principio, para establecer si las utilidades obtenidas en los contratos Forward, con fines de cobertura o especulativos, celebrados entre sociedades nacionales, constituyen ingreso tributario en el impuesto sobre la renta, se debe tener en cuenta que el Estatuto Tributario, en el artículo 12, establece que las sociedades y entidades nacionales son gravadas, tanto sobre sus rentas de fuente nacional, como sobre las que se originen de fuentes fuera de Colombia. Es importante precisar que la normativa tributaria no dispuso una regulación especial para este tipo de ingresos. Por tanto, las utilidades o ganancias que perciban esas entidades en los contratos de derivados financieros estudiados constituyen renta gravable en Colombia. Esa conclusión reitera lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1514 de 1998, en el que el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 401 del Estatuto Tributario, estableció que constituyen “otros ingresos tributarios” para el contribuyente del impuesto sobre la renta. Por eso, se encuentra sujeto a retención en la fuente, la diferencia existente entre el índice, tasa o precio definido en los contratos de derivados financieros que se cumplan sin la entrega del subyacente y el valor de mercado del correspondiente índice, tasa o precio en la fecha de liquidación del contrato.

4.3.2. En cuanto al tratamiento del diferencial negativo, esto es, de la pérdida derivada en los contratos Forward de índole nacional, debe reiterarse que a pesar de las características especiales de estas operaciones financieras, la normativa tributaria no tiene una regulación específica. Por tanto, su reconocimiento fiscal debe estudiarse de acuerdo con los criterios generales de la deducción dispuestos en la norma tributaria, pero sin perder de vista que la contrapartida del ingreso es el gasto, y de la utilidad, la pérdida.

4.3.2.1. Esta Corporación ha señalado que los gastos para los cuales el Estatuto Tributario no ha previsto expresamente una regulación especial, no podrán rechazarse como deducción, por ese solo hecho, y constituirán una deducción aceptada fiscalmente, en la medida en que cumplan los requisitos esenciales establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario y no se encuentren dentro de las limitaciones a que se refieren los artículos 85 a 88 y 177 a 177-1 de la citada normativa. La deducibilidad del gasto bajo los parámetros señalados, procede independientemente de la finalidad de cobertura o especulativa de la operación, pues finalmente, en ambos supuestos, constituyen erogaciones que se derivan de la gestión de riesgos del mercado. El hecho de que en los contratos con fines de especulación la empresa busque obtener un beneficio económico no limita su deducción, por el contrario, implica que la realización de estos negocios tiene por finalidad la obtención de rentas para el ente económico. De esta forma, atendiendo a las particularidades de las operaciones analizadas, la deducción de los gastos que se derivan de las mismas,

está sujeta al cumplimiento de los requisitos esenciales de necesidad, proporcionalidad y relación de causalidad con la actividad productora de renta, siempre que no sean imputables a ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional ni a rentas exentas. 4.3.2.2. Es cierto que la DIAN, en el Concepto No. 068244 del 3 de septiembre de 2007, expresó que de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario, si son deducibles los gastos derivados de los contratos Forward pero solo cuando tengan por finalidad la cobertura de riesgo cambiario en operaciones de comercio exterior. Pero, a juicio de la Sala, debe precisarse que la realización de estas operaciones se encuentra autorizada para todos los residentes en el país (personas naturales, sociedad y entidades), sin distinguir el tipo de actividades u operaciones que realizaran en el país o en el exterior. Por tanto, no existe justificación para distinguir la procedencia de los gastos derivados en los contratos de cobertura de comercio exterior, con los gastos generados en las demás operaciones de cobertura autorizadas por las entidades financieras en Colombia. Esto se corrobora en el mismo concepto cuando hace referencia al Oficio No. 033738 del 1º de junio de 2004, en el que se consideró la procedencia de la deducción de los pagos al exterior que hace un residente colombiano en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato Swap, sin hacer distinción sobre el tipo de operaciones cubiertas por el riesgo financiero. 4.3.3. En todo caso, se debe señalar que la procedencia de la deducción no puede restringirse por vía de doctrina a ciertos contratos. Lo indispensable, dentro del proceso de determinación del tributo o en la sede judicial, es el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, así como el hecho de que la erogación no se encuentra dentro de las limitaciones a las deducciones establecidas en la citada normativa.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 107 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULOS 85 A 88 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 177 A 177-1 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 401 / DECRETO 1514 DE 1998 - ARTICULO 11

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la deducción por gastos aunque no estén expresamente regulados en la normativa tributaria se reitera la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 13 de octubre de 2005, Exp. 11001-03-27-000-2002-00116-01 (13631), M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

NOTA DE RELATORIA: La sentencia señala que los contratos swaps son financieramente asimilados a los contratos forward.

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del asunto es la siguiente: Durante los años 2003 y 2004 Bavaria S.A. suscribió contratos de derivados financieros 'Forward y Swap' o de cobertura de riesgo cambiario con entidades financieras nacionales, cuya liquidación le generó una pérdida. En la declaración de renta del año gravable 2004 Bavaria dedujo el gasto proveniente de la redención de los contratos forward non delivery. La DIAN modificó la declaración para rechazar las referidas deducciones, imponer un mayor tributo y sancionar por inexactitud. Bavaria demandó la nulidad de tales actos y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca los anuló, pero solo frente a la sanción por inexactitud, al considerar que existió diferencia de criterios sobre la interpretación fiscal de las pérdidas en operaciones de cobertura del riesgo cambiario. La Sección modificó dicha decisión para anular totalmente los actos acusados y declaró en firme la liquidación privada de renta. Para adoptar esa decisión la Sala precisó que como la normativa tributaria no regula en forma especial los ingresos percibidos en ese tipo de contratos, se aplica la normativa general que los considera renta gravable

para el contribuyente del impuesto sobre la renta, de modo que para el reconocimiento fiscal de la pérdida derivada de tales contratos también se aplican los criterios generales de la deducción, sin perder de vista que la contrapartida del ingreso es el gasto y de la utilidad es la pérdida. Así, señaló que por vía de doctrina no se puede restringir la procedencia de la deducción a ciertos contratos, por lo que consideró que el gasto derivado de las operaciones forward (de cobertura o especulativas) procede en cuanto constituyen erogaciones derivadas de la gestión de riesgos del mercado, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el art. 107 del E.T. y que los gastos no encuadren dentro de las limitaciones a las deducciones de ley. La Sala precisó que si los contratos *forward* reportan utilidades, esos ingresos estarían gravados con el impuesto de renta, de modo que no resulta equitativo ni se ajusta al principio de justicia que, pese a que la ley no prohíbe la deducción de las pérdidas originadas en esos contratos, no se reconozca el gasto cuando se cumplan los presupuestos exigidos en el artículo 107 del ET. Al respecto la Sala indicó que los contratos de cobertura de riesgos permiten al empresario mitigar la incertidumbre ante el precio de la divisa, por lo que acudir a esos mecanismos es una práctica comercial válida y de uso común, en tanto permite “predecir” el mercado cambiario en el que posee parte de sus rentas, además de mitigar el riesgo cambiario. En ese sentido concluyó que en el caso se cumplieron los presupuestos del art. 107 del E.T., dado que se trató de una expensa financiera necesaria y normal en desarrollo de la actividad productora de renta de la empresa.

PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA - Noción y alcance. Finalidad / REQUERIMIENTO ESPECIAL - Debe expresar de manera clara y concreta las modificaciones que la administración cree que se le deben hacer a la liquidación privada / CORRESPONDENCIA ENTRE REQUERIMIENTO ESPECIAL Y LIQUIDACION DE REVISION - La concatenación que debe existir entre estos actos se debe derivar de los hechos

3.2. Uno de los principios que rigen el proceso de determinación oficial del tributo es el previsto en el artículo 711 del Estatuto Tributario, conforme al cual la liquidación de revisión debe contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido analizados en el requerimiento especial o en su ampliación, si la hubiere. La congruencia que debe existir entre el requerimiento especial y la liquidación oficial obedece a que, en materia tributaria, antes de que la Administración emita el acto administrativo de liquidación oficial, tiene el deber de proponer al contribuyente las modificaciones que estima que se deben hacer a la liquidación privada. Es decir, se exige un paso previo a la liquidación oficial, que es lo que se conoce como requerimiento especial. Este acto, que es preparatorio, tiene que expresar de manera clara y concreta cuáles son las modificaciones que la Administración cree que deben hacerse a la liquidación privada. Una vez la Administración ha emitido el requerimiento especial, queda delimitado el marco dentro del cual puede darse la modificación de la liquidación privada, manifestación precisamente del derecho fundamental al debido proceso. 3.3. La Sala ha precisado que la relación, enlace o concatenación que se exige respecto de esos actos jurídicos se debe derivar de los “hechos” de manera que, si los reportados en el denuncia privado son los mismos glosados en el requerimiento especial y en la liquidación oficial, no se configura la violación del principio de correspondencia. 3.4. Analizadas las actuaciones adelantadas por la Administración, en particular, el requerimiento especial, se encuentra que la propuesta de modificación de la liquidación privada se fundamentó en el rechazo de la deducción por gastos en los contratos Forward y Swap por no cumplir los presupuestos contemplados en los artículos 107 y 148 del Estatuto Tributario. Al examinar, luego, la liquidación oficial de revisión, se encuentra que la DIAN

mantuvo el rechazo de la deducción por los gastos generados en los contratos Forward porque la sociedad no demostró el cumplimiento de los requisitos del artículo 107 citado. Además, con fundamento en las pruebas recaudadas en el acta de verificación tributaria, practicada con posterioridad al requerimiento especial, explicó que el gasto generado en los contratos de cobertura de riesgos solicitado como deducción estaba asociado a inversiones en países miembros de la Comunidad Andina cuyos dividendos no fueron gravados en Colombia, y por tal razón, esa erogación desconoce el límite de las deducciones dispuesto en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario. 3.5. Como se observa, en el caso en estudio el hecho económico discutido fue el mismo tanto en el requerimiento especial como en la liquidación oficial de revisión, puesto que siempre se discutió la procedencia de la deducción de los gastos generados en los contratos Forward, deducción que miradas las cosas desde un punto de vista material, encajan dentro de la misma categoría jurídica, ora el 107 o el 148 del Estatuto Tributario; que son especies de ese género, constituyendo, por tanto, la referencia al artículo 177-1 un argumento adicional, que no implica violación al debido proceso. 3.6. Por eso, la Administración determinó la improcedencia de la deducción con fundamento en los artículos 107 y 148 del Estatuto Tributario, pero las pruebas allegadas por el contribuyente con posterioridad al requerimiento especial, le permitieron mantener el rechazo con fundamento en el artículo 107 citado.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 711

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de correspondencia se reitera la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 10 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-27-000-2005-01946-01(17075), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

CONTRATO FORWARD O DE DERIVADOS FINANCIEROS - Noción. Es principal y autónomo porque no necesita de otro convenio u obligación para su subsistencia, aunque puede tener una relación contingente o eventual con otro tipo de contrato / CONTRATO FORWARD - Clases. De cobertura de riesgos y especulativo / CONTRATO FORWARD DE COBERTURA DE RIESGOS - Características / CONTRATO FORWARD ESPECULATIVO - Busca obtener ventajas económicas por los eventuales movimientos del mercado. Características / CONTRATO FORWARD - Modalidades. Delivery y Non delivery. Características / CONTRATOS FORWARD - Son atípicos en el ordenamiento jurídico colombiano, de modo que sus efectos jurídicos se deben analizar de acuerdo con la normativa general / DERIVADOS FINANCIEROS - Su liquidación es producto del comportamiento del subyacente, no de las demás actividades del ente económico / CONTRATOS FORWARD - Dado su carácter principal solo se les pueden asociar los ingresos y gastos derivados de esos instrumentos y no los relacionados con otros negocios de la sociedad, es decir, las utilidades o las pérdidas resultantes de su liquidación

4.1.1. Los contratos Forward consisten en un acuerdo entre dos partes, hecho a la medida de sus necesidades, para comprar/vender una cantidad específica de un determinado bien (activo, precio, tasa de cambio, títulos de deuda, títulos participativos o tasas de intereses) en una fecha futura, fijando en la fecha de celebración las condiciones básicas del instrumento financiero derivado, entre ellas, principalmente el precio, la fecha de entrega del bien y la modalidad de entrega. La liquidación del instrumento en la fecha de cumplimiento puede producirse por entrega física del bien o por la liquidación de las diferencias, dependiendo de aquél y de la modalidad de la entrega pactada. 4.1.2. Los Forward pueden celebrarse para i) cubrir riesgos o ii) como un medio de

especulación. Los de cobertura de riesgos, tienen por finalidad cubrir un activo y/o un pasivo de los eventuales riesgos: *a) de mercado* por el juego de la oferta y la demanda, *b) de una contraparte* por el incumplimiento de obligaciones, *c) operativo* por fallas en los controles gerenciales, sistemas de información, o error humano, y *d) jurídico* por la posibilidad de que los contratos de operaciones de derivados no se les reconozca su exigibilidad. Por su parte, los especulativos, buscan obtener ventajas económicas por los eventuales movimientos del mercado, que se posibilitan por el conocimiento del mismo. Con este tipo de contrato se asumen riesgos con el fin de adquirir una mayor rentabilidad. Por ende, su función es solo lucrativa y no está orientada a la gestión del riesgo.

4.1.3. Las modalidades en que pueden pactarse se denominan “delivery” o “non delivery” consistiendo la primera en la entrega física del bien objeto del contrato y al pago del precio en la fecha de cumplimiento de la operación. La segunda, implica el pago de una suma de dinero que se calcula de acuerdo con la diferencia que se presenta entre el precio establecido en el contrato y el valor en mercado del mismo bien tomado como referente para el objeto de la operación, en la fecha de liquidación del contrato. Este último caso, que corresponde al estudiado, no requiere la entrega del activo sino de la diferencia surgida de ambos, puesto que el valor se define hasta el cumplimiento del plazo del contrato. Como puede verse en ambas modalidades, lo que se busca es asegurar o precaver el “riesgo” derivado de las fluctuaciones del mercado, real, cambiario, financiero, etc., lo que permite afirmar que es un contrato que no tiene una relación necesaria, con otros tipos de operaciones mercantiles, queriendo con ello significar que bien puede tenerlo con otro – la importación de bienes- o tener entidad propia, como por ejemplo, cuando el empresario lo que busca es obtener una utilidad o ganancia derivada del diferencial que surja entre el precio real del bien y el que surja del mercado.

4.1.4. Otro aspecto básico para tener en cuenta es que estos contratos son atípicos porque en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una ley que los regule, razón por la cual sus efectos jurídicos deben analizarse de acuerdo con la normativa general.

4.1.5. Teniendo en cuenta lo expuesto, debe destacarse que estos instrumentos son contratos de carácter principal toda vez que no necesitan de otro convenio u obligación para su subsistencia. Si bien en estas operaciones se pactan obligaciones de vencimiento futuro cuyo rendimiento está ligado a un bien, estos contratos son los que determinan las condiciones de la gestión de riesgos y, los bienes solo operan como un índice de referencia para establecer el precio del contrato. En otras palabras, estos instrumentos no dependen de la operación subyacente porque no tienen por objeto la adquisición del bien sino el desplazamiento de riesgos, es por esa razón, que mediante estos instrumentos no se paga el valor del bien sino la diferencia entre el precio pactado y el establecido por el mercado. Además, la terminación de estos negocios no está condicionada al subyacente sino a los términos pactados en los contratos. En conclusión, los contratos Forward son autónomos y, por tanto, no están integrados con otras transacciones del contribuyente, aunque pueden tener una relación contingente o eventual con otro, como ocurre o puede ocurrir en aquellos que buscan precaver los riesgos cambiarios en operaciones de comercio exterior, pero, se repite, sin que se circunscriban a ese tipo de operaciones [...] De esta forma, se ratifica el carácter principal de este tipo de contratos, como instrumentos de desplazamiento de riesgos. Es decir, estos convenios solo implican el cambio de posiciones de riesgo, siendo la liquidación del mismo producto del comportamiento del subyacente, y no de las demás actividades que realiza el ente económico. Dado el carácter principal de los referidos contratos, solo pueden asociarse a estos los ingresos y gastos que se deriven en esos instrumentos, y no los relacionados con otros negocios de la sociedad. En ese orden de ideas, solo procede como ingreso o gasto derivado de los contratos Forward, las utilidades o las pérdidas resultantes en la liquidación de estos instrumentos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los contratos forward se reitera la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 29 de octubre de 2009, Exp. 25000-23-27-000-2005-01948-01 (16995), M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

DEDUCCION DE GASTOS - Requisitos de procedencia / RELACION DE CAUSALIDAD - Se establece entre la expensa y la actividad que desarrolla el objeto social / NECESIDAD DEL GASTO - Alcance. Se establece en relación con el ingreso y no con la actividad que lo genera / PROPORCIONALIDAD DE LA EXPENSA - Se debe analizar de acuerdo con la actividad lucrativa que se realiza y con la costumbre comercial del sector / NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DEL GASTO - Se deben medir con criterio comercial. Pautas / UTILIDAD EN CONTRATO FORWARD NON DELIVERY DE INDOLE NACIONAL - Está gravada con el impuesto de renta / DEDUCCION DE PERDIDA ORIGINADA EN CONTRATO FORWARD NON DELIVERY DE INDOLE NACIONAL - Procede porque la ley no la prohíbe, pero siempre que se cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario / INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS - Constituyen práctica comercial válida y de uso común, en cuanto permiten predecir el mercado cambiario y mitigar el riesgo derivado de las fluctuaciones del mismo

4.4.3. El artículo 107 del Estatuto Tributario establece como presupuestos para que los gastos sean deducibles: (i) la relación de causalidad (ii) la necesidad y (iii) la proporcionalidad. La relación de causalidad atiende a que los gastos, erogaciones o simplemente salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen - efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente. Esa relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero que, en todo caso, le produce la renta, de manera que sin aquella no es posible obtenerla y que en términos de otras áreas del derecho se conoce como nexo causal o relación causa - efecto. Ahora, el gasto es necesario cuando es el normal para producir o facilitar la obtención de la renta bruta, y el acostumbrado en la respectiva actividad productora de renta. El requisito de la necesidad del gasto debe establecerse en relación con el ingreso y no con la actividad que lo genera, basta con que sea susceptible de generarlo o de ayudar a generarlo. La expensa normal o necesaria no siempre requiere regularidad en el tiempo, es decir, se puede realizar en forma esporádica pero debe estar vinculada a la producción de la renta, y lo que importa es que sea "comercialmente necesaria", según las costumbres mercantiles de la actividad respectiva. La proporcionalidad de las expensas, es decir la magnitud que aquellas representen dentro del total de la renta bruta (utilidad bruta) deberá medirse y analizarse en cada caso, de conformidad con la actividad lucrativa que se lleve a cabo y con la costumbre comercial para el sector, de manera que para fijar el alcance de la norma en estudio debe tenerse en cuenta que los gastos sean reiterados, uniformes y comunes, sin perjuicio de la causalidad y necesidad que también los debe caracterizar. Como lo señaló la Sala en la sentencia del 10 de marzo de 2011, tanto la necesidad como la proporcionalidad deben medirse con criterio comercial y, para el efecto, el artículo 107 del E.T. dispone dos pautas o criterio. El primero, que la expensa se mida teniendo en cuenta que sea una expensa de las normalmente acostumbradas en cada actividad. El segundo, que la ley no la limite como deducible. 4.4.4. De acuerdo con las consideraciones expuestas, se encuentra que la erogación discutida tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de la sociedad, porque en desarrollo de sus actividades comerciales, realiza actividades mercantiles en el exterior, como la exportación de sus productos y la adquisición de activos y pasivos en moneda

extranjera, dentro de las cuales caben las que buscan protegerse o beneficiarse del riesgo originado en las fluctuaciones del mercado cambiario. 4.4.5. Eso explica que si los contratos Forward estudiados hubieran reportado utilidades, esos ingresos estarían gravados con el impuesto de renta, por lo que no resulta equitativo ni consulta el principio de justicia, que a pesar de que la ley no ha prohibido la deducción de las pérdidas originadas en esos contratos, no se reconozca el gasto cuando se cumplan los presupuestos exigidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario. 4.4.6. Contrario a lo señalado por la Administración, el hecho de que la sociedad tenga más activos que pasivos en moneda extranjera no excluye la posibilidad de suscribir estos instrumentos financieros. Por el contrario, la posesión de esos activos la expone a las fluctuaciones del mercado cambiario, que es precisamente, el riesgo que pretende evitar con la suscripción de estos contratos. 4.4.7. Esa preocupación se vislumbra en las Notas a los Estados Financieros del año 2004 de la sociedad [...] 4.4.8. Esta política de buen gobierno corporativo de la compañía es la acostumbrada dentro de las empresas nacionales que poseen activos y pasivos en moneda extranjera, al punto que se encuentra autorizada y tuvo que ser reglamentada por las autoridades financieras en Colombia (Superintendencia Financiera y Banco de la República). La Cartilla Coberturas Cambiarias expedida por Bancoldex pone de manifiesto la necesidad de la utilización de estos instrumentos ante las revaluaciones del precio frente al dólar. En ese instructivo se explica que dada las condiciones del mercado, así como el régimen de flotación libre del dólar frente al peso y la creciente correlación en los movimientos internacionales de capitales, los mercados cambiarios, han ganado a nivel global una alta volatilidad en el corto y mediano plazo. En ese contexto de volatilidad, el empresario colombiano debe buscar herramientas que mitiguen la incertidumbre ante el precio de la divisa, como lo son los contratos de cobertura de riesgos. La cartilla explica que, en general, todos los agentes económicos se ven afectados por el riesgo cambiario. El Gobierno, las entidades financieras, las empresas, los hogares que tengan deudas, activos, pasivos, ingresos o egresos en moneda extranjera están sujetos a ese riesgo. 4.4.9. Por consiguiente, acudir a este tipo de mecanismos es una práctica comercial válida y de común uso, en tanto permite “predecir” el mercado cambiario en el que posee parte de sus rentas, y además, mitigar el riesgo cambiario. 4.4.10. Además, la erogación (\$11.577.220.000) no es desproporcionada en relación con los ingresos que obtuvo el contribuyente (\$ 2.535.283.676.000). 4.4.11. De conformidad con los argumentos expuestos, el gasto solicitado en deducción es procedente en los términos del artículo 107 del Estatuto Tributario puesto que constituye una expensa financiera necesaria y normal en desarrollo de su actividad productora de renta.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 107

NOTA DE RELATORIA: Sobre la relación de causalidad como requisito para la deducción de gastos se citan las sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 25 de septiembre de 1998, Exp. 9018, M.P. Delio Gómez Leyva; 13 de octubre de 2005, Exp. 11001-03-27-000-2002-00116-01(13631), C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 2 de agosto de 2006, Exp. 25000-23-27-000-2002-00956-01(14549), C.P. Ligia López Díaz; 12 de diciembre de 2007, Exp. 25000-23-27-000-2003-00020-01(15856), C.P. María Inés Ortiz Barbosa y 24 de julio de 2008, Exp. 25000-23-27-000-2005-00611-01(16302), C.P. Ligia López Díaz. En relación con el criterio comercial con el que se deben medir los requisitos de necesidad y proporcionalidad para que proceda la deducción de la expensa se reitera la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 10 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-27-000-2005-01946-01(17075), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Bogotá D. C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-27-000-2009-00132-01(18882)

Actor: BAVARIA S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

FALLO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia del 15 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, que declaró la nulidad parcial de los actos acusados. En la sentencia se dispuso:

“1. Se declara la NULIDAD PARCIAL de la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642008000003 del 9 de enero de 2008, y de la Resolución No. 900012 del 3 de febrero de 2009, expedidas por la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes, por concepto de renta, año gravable 2004, en el sentido de que no tiene validez alguna la sanción por inexactitud determinada por la DIAN en cuantía de \$7.131.568.000.

2. A título de restablecimiento del derecho se declara que BAVARIA S.A. no está obligada a pagar suma alguna por concepto de sanción por inexactitud en relación con los actos acusados.

3. En firme esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los antecedentes administrativos a la oficina de origen y del sobrante o excedente de gastos del proceso si a ello hubiere lugar. Déjense las constancias y anotaciones de rigor”.

I) ANTECEDENTES

En el año 2002 BAVARIA S.A. suscribió contratos de endeudamiento con entidades en el exterior, para financiar los programas de expansión, modernización y racionalización de la compañía.

En desarrollo de esos programas, realizó una inversión en Perú, correspondiente a la adquisición de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.

Durante los años 2003 y 2004, BAVARIA S.A. suscribió contratos de derivados financieros Forward y Swap con diversas entidades financieras, cuya liquidación generó una pérdida para la sociedad.

El 14 de abril de 2005, la compañía presentó la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año 2004, en la que registró la deducción del gasto proveniente de la liquidación de los contratos de derivados financieros por \$136.452.954.853, un impuesto a cargo por valor de \$40.412.639.000 y un saldo a favor por el valor de \$53.236.176.000.

El 27 de abril de 2005, la sociedad presentó solicitud de devolución y/o compensación del saldo a favor originado en la mencionada declaración tributaria, que fue resuelta mediante la Resolución No. 608-0524 del 10 de mayo de 2005, en el sentido de reconocer y devolver el saldo a favor solicitado.

El 9 de agosto de 2006, el contribuyente corrigió la declaración de renta del año 2004 sin modificar el saldo a favor inicialmente determinado.

Mediante el Requerimiento Especial No. 310632007000074 del 20 de abril de 2007, la mencionada División propuso la modificación de la mencionada liquidación privada, en el sentido de:

- i) Desconocer deducciones por el gasto derivado en las operaciones de cobertura por contratos Forward y Swap en la suma de \$136.452.954.853.
- ii) Imponer sanción por inexactitud por el valor de \$84.055.021.000.
- iii) Determinar el impuesto de renta a cargo en \$92.247.027.000.
- iv) Establecer un saldo a pagar en \$83.353.233.000

El 23 de julio y el 9 de octubre de 2007, el contribuyente presentó respuesta al requerimiento especial, en el que expuso sus motivos de inconformidad.

Mediante la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642008000003 del 9 de enero de 2008, la Administración modificó la declaración del impuesto de renta del año gravable 2003 en el sentido de:

i) Desconocer deducciones por el gasto derivado en las operaciones de cobertura por contratos Forward Non Delivery en la suma de \$11.577.220.000.

ii) Imponer sanción por inexactitud por el valor de \$7.131.568.000

iii) Determinar el impuesto de renta a cargo en \$44.869.869.000.

iv) Establecer un saldo a favor de \$41.647.378.000

Contra el anterior acto administrativo, la sociedad interpuso recurso de reconsideración, que fue resuelto por la Resolución No. 900012 del 3 de febrero de 2009, que confirmó el acto recurrido.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, BAVARIA S.A., solicitó:

“PRIMERA. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, por haber sido expedidos con violación a las normas en las cuales debieron fundamentarse:

1. La Liquidación Oficial de Revisión No. 310642008000003 del 9 de enero de 2008, mediante la cual se liquida oficialmente el impuesto de renta del año gravable 2004 a cargo de la sociedad Bavaria S.A., notificada el 10 de enero de 2008.

2. La Resolución No. 900012 del 3 de febrero de 2009, mediante la cual se confirmó la liquidación oficial de revisión del 9 de enero de 2008 del impuesto de renta del año gravable 2004 a cargo de la sociedad BAVARIA S.A., notificada el 10 de marzo de 2009.

SEGUNDA. Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca en su derecho a BAVARIA S.A. declarando la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre la renta de BAVARIA S.A. –NIT 860.005.224-6, correspondiente al año gravable 2004, y se declare la improcedencia de las sanciones impuestas en los actos objeto de la presente demanda”.

Respecto de las normas violadas y el concepto de la violación, dijo:

Violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 703, 711 y 712 del Estatuto Tributario. Desconocimiento del principio de congruencia

La DIAN no observó el principio de congruencia establecido en el artículo 711 del Estatuto Tributario, porque en la liquidación oficial de revisión expuso razones diferentes a las señaladas en el requerimiento especial.

En el acto preparatorio, el rechazo de las deducciones se fundamentó en que la pérdida generada en los contratos Forwards y Swaps no fue realizada conforme lo prevé el artículo 148 del Estatuto Tributario. Además, en que la deducción no está contemplada en la ley, ni cumple con los presupuestos del artículo 107 *ibídem*.

Por su parte, en la liquidación oficial de revisión se sostuvo que conforme con el artículo 177-1 del Estatuto Tributario, en concordancia con el Decreto 1551 de 1978, esa deducción no se encuentra permitida fiscalmente.

Esta conducta de la DIAN derivó en que la defensa ejercida por la sociedad fuera inocua, en tanto impugnó razones que la Administración no valoró ni respondió.

Violación de los artículos 104, 105 y 107 del Estatuto Tributario. Las pérdidas derivadas en los contratos de cobertura de riesgos son gastos deducibles.

Necesidad y razonabilidad

Para la Administración, la deducción es improcedente porque la suscripción de contratos Forward de cobertura de riesgos no es necesaria para una empresa con superávit en divisas extranjeras.

Los contratos Forward, como modalidad de cobertura empresarial, son diseñados con el fin de evitar que las fluctuaciones de la tasa de cambio afecten el capital de las empresas.

Para la sociedad resultaba necesario cubrir los riesgos de variación de la tasa de cambio porque contaba con un alto nivel de endeudamiento en el año 2004. Las tasas pactadas en los contratos forward fueron razonables porque respondían a la cotización que en ese momento tenían las divisas. Inesperadamente, la economía norteamericana se debilitó y el peso se revaluó, por lo cual, en lugar de generarse un ingreso, se dio una pérdida en el contrato.

Pese a que la sociedad buscaba un punto óptimo de cobertura para sus operaciones y, proteger a su situación financiera ante una eventual exposición a la fluctuación de la tasa de cambio, no logró asegurar esa posición sino que sufrió una pérdida, eventualidad que permite la aplicación del artículo 107 del Estatuto Tributario.

Proporcionalidad

El gasto derivado de la pérdida en los contratos Forward resulta proporcionado con los ingresos totales de la compañía.

Relación de causalidad con la actividad productora de renta

Las expensas realizadas por la sociedad para el manejo prudente de los riesgos que pueden afectar las utilidades por la volatilidad de las tasas de cambio, tienen impacto en la renta de la compañía, pues sin esos gastos, los ingresos del ente económico podrían verse disminuidos.

Por tanto, los pagos realizados por BAVARIA S.A. al momento de liquidar los contratos Forward, tienen la característica de ser un gasto deducible por cumplir los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

Suscripción de contratos de endeudamiento Vs. contratos Forward de cobertura de riesgos

El préstamo internacional de BAVARIA S.A. fue un endeudamiento corporativo global con destino múltiple, por ello su destino no fue específicamente la compra de Backus, sino la consolidación de la estrategia de posicionamiento de la sociedad.

Las operaciones de cobertura de riesgo cambiario se iniciaron 9 meses después de la adquisición de Backus, para proteger no solo la parte de la deuda utilizada en la inversión en Perú, sino todo el endeudamiento de BAVARIA S.A.

Los contratos Forward fueron celebrados por la sociedad con entidades financieras nacionales y tuvieron por objeto la entrega de determinado bien - tasa

de cambio- en una fecha específica y a un cierto precio. En este caso, debido al comportamiento de la tasa de cambio al momento de la liquidación de estos contratos, se generó para las entidades financieras una utilidad y, para la sociedad una pérdida. Por tanto, no existieron recursos que pudieran destinarse a pagar los contratos de endeudamiento.

Aun si la liquidación de los derivados hubiere arrojado una utilidad para BAVARIA S.A., por haber asegurado su riesgo cambiario exitosamente, ese negocio no tiene nexo causal con la adquisición de acciones que se compraron como inversión y que generaron ingresos extraterritoriales.

Por tanto, no es procedente considerar que para efectos fiscales el contrato de cobertura de riesgos y el de endeudamiento se deban entender vinculados como un solo negocio, porque se trata de dos contratos principales independientes, con tratamientos tributarios y ámbito territorial distintos.

Falta de aplicación del Concepto No. 68244 de 2007

A pesar de que en el Concepto DIAN No. 68244 de 2007 se reconoce la deducibilidad de los gastos por pérdidas causados por cuenta de la suscripción de contratos forward, la Administración considera que esa posibilidad solo se presenta cuando los contratos se celebran en el marco de operaciones de comercio exterior, y no en las de cobertura de riesgos como las llevadas a cabo por la sociedad.

Esa interpretación limita de manera indebida el alcance de las disposiciones legales que autorizan las operaciones de cobertura y desconoce los alcances de la práctica comercial.

Las operaciones de cobertura de riesgo cambiario, a que pertenecen los derivados financieros Forward, no se circunscriben a operaciones de comercio exterior, sino en cualquier operación comercial que en desarrollo de la vida empresarial involucre transacción en divisas.

La legislación colombiana autoriza la celebración de este tipo de contratos, por ello debe proceder la deducción de los gastos producto de la pérdida en la liquidación de esas operaciones.

En el Concepto 11326 de 2008, la DIAN aceptó la deducción por diferencia en cambio que se presenta al momento de la liquidación del contrato Forward, sin condicionar su procedencia a que los derivados financieros se hayan celebrado con ocasión de negocios en el exterior.

Violación de los artículos 12, 20, 21 y 177-1 del Estatuto Tributario. Principio de renta mundial

Las rentas por ingresos financieros originados en la liquidación de los Forwards no son extraterritoriales, porque los contratos se celebraron en Colombia. La contratante, BAVARIA S.A., es una sociedad nacional, que tributa por renta mundial, por lo que puede imputar los gastos realizados en el país de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Estatuto Tributario.

No resulta procedente la aplicación del artículo 177-1 *ibídem* puesto que la sociedad no carga la deducción a las rentas no gravadas en Colombia, como los dividendos peruanos, que sólo son rendimientos de capital y en nada se asemejan a los rendimientos financieros o a las pérdidas o gastos de los contratos de cobertura financiera. Por consiguiente, los gastos deducibles por el pago del diferencial de los contratos Forward no tienen ningún nexo con el dividendo recibido de Backus.

El gasto tiene como causa una operación de riesgo de divisas en relación con el peso colombiano, para proteger el capital y el patrimonio empresarial de la sociedad colombiana frente a la volatilidad de los mercados en los cuales se ve obligado a negociar.

La DIAN no determinó una proporción de los costos y deducciones que corresponden a las rentas gravadas y no gravadas, simplemente rechazó todo el gasto financiero de protección de riesgos como si ellos estuvieran asociados a los dividendos de Backus.

Violación del artículo 6º de la Decisión 578 de 2004. Principios de integración de la Comunidad Andina

Los actos demandados, al rechazar la deducción de gastos por Forward de cobertura de riesgos, desconocen los principios de integración de la Comunidad

Andina, pues obstaculizan la libre ubicación de capitales en la comunidad, creando un efecto equivalente a la doble tributación por la imposibilidad de deducir un gasto necesario para la producción de rentas generadas en los países miembros.

Violación del artículo 647 del Estatuto Tributario. Sanción por inexactitud

La Administración pretende la imposición de la sanción por inexactitud a pesar de que existe una diferencia de criterio con el contribuyente, en cuanto al derecho aplicable al presente caso.

La deducción por la pérdida incurrida con ocasión de la celebración de contratos de cobertura de riesgo cambiario, se trata de un gasto que cumple con los requisitos exigidos en la normativa tributaria, razón por la cual no existe una inexactitud sancionable.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora, con los siguientes argumentos:

El requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión aluden al mismo hecho económico, el rechazo del gasto originado en la redención de unos contratos Forward.

El hecho de que en la liquidación oficial no se hiciera referencia al artículo 148 del Estatuto Tributario no implica que se hubiere modificado el fundamento del rechazo del gasto, puesto que éste siempre consistió en el incumplimiento de los requisitos esenciales previstos en el artículo 107 del Estatuto Tributario.

Con el fin de obtener el acervo probatorio encaminado a la demostración de los hechos objeto de discusión y en aplicación del artículo 742 *ibídem*, según el cual los actos administrativos proferidos por la Administración deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo proceso, se pudo establecer que los contratos Forward, cuya pérdida se solicita como gasto deducible, están relacionados con inversiones en países pertenecientes a la Comunidad Andina, razón por la cual se percibieron dividendos que fueron declarados como ingresos no constitutivos de renta o ganancia ocasional, generándose el presupuesto

señalado en el artículo 177-1 del citado estatuto, para las limitaciones de los costos y deducciones.

Por ello, se adicionó como sustento jurídico el artículo 177-1 *ibídem*, el cual no constituye un hecho nuevo que configure una violación al principio de correspondencia, sino un argumento adicional para confirmar el desconocimiento de la deducción.

Como los contratos Forward no se encuentran regulados en la legislación fiscal colombiana, la procedencia de los gastos derivados de los mismos se rige por la regla general establecida para la deducibilidad prevista en el artículo 107 del Estatuto Tributario, en concordancia con las limitaciones señaladas en dicho ordenamiento.

En el certificado de la Cámara de Comercio de la sociedad se advierte que el objeto social consiste en la fabricación de cervezas y la transformación de bebidas alimenticias o fermentadas o destiladas, así como la fabricación, producción y transformación de todo tipo de refrescos, jugos, refajos, aguas; por lo que no se puede considerar que los contratos Forward hayan servido para generar el ingreso declarado, que está representado básicamente en ventas nacionales de tales productos.

Si bien los contratos Forward resultan útiles en la medida que minimizan el riesgo cambiario del mercado, esto no lo constituye en necesario para la actividad productora de renta de la sociedad.

El Concepto 068224 de 2007 se refiere a la procedencia de la deducción de los gastos por los riesgos cambiarios originados en “operaciones de Comercio Exterior”, situación que se ratifica en la tesis jurídica, por ende, existe claridad sobre el tema, contrario a lo expresado por el contribuyente.

Teniendo en cuenta que las operaciones de exportación e importación de sociedad BAVARIA S.A. son mínimas, es claro que ésta no cumple con los presupuestos señalados en el concepto para acceder a la deducibilidad de la pérdida en los contratos Forward, en la medida que su actividad productora de renta no está dirigida exclusivamente a operaciones de comercio exterior.

Por tanto, no existe prueba de la relación de causalidad y de la necesidad entre las expensas solicitadas y la actividad productora de renta de la sociedad.

Además del incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 107 del Estatuto Tributario, los gastos generados en la redención de los contratos Forward no son deducibles fiscalmente porque se encuentran limitados por el artículo 177-1 del mismo ordenamiento.

La Administración, en aras de analizar la cobertura de los contratos Forward, recaudó pruebas que permitieron establecer la conexión existente entre estos y las operaciones de endeudamiento en moneda extranjera que permitió la consolidación de las inversiones en países de la CAN.

Consta en el oficio suscrito por el Jefe de Impuestos de la sociedad, que las operaciones de cobertura se realizaron para efectos de lograr una mejor negociación de las condiciones de endeudamiento externo adquirido durante el año 2003 y 2004.

Del análisis del citado oficio y de los folios 1856 a 1910, se concluye que los contratos Forward podían asociarse con las obligaciones de la sociedad contraídas con la Internacional Finance Corporation –IFC-, con fecha de vencimiento 15 de enero y 15 de julio de 2004, con pago total de intereses por \$6.782.342 y capital por \$43.339.949

Debido a que BAVARIA S.A. obtuvo ingresos no constitutivos de renta y ganancia ocasional por concepto de dividendos percibidos en la inversión en uno de los países de la CAN, los gastos originados en los contratos Forward suscritos para amparar los riesgos financieros de dicha inversión resultan improcedentes en razón a la limitación prevista en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

Teniendo en cuenta que las irregularidades señaladas constituyen inexactitud sancionable, y que la legislación es clara en determinar los requisitos esenciales que deben cumplir los gastos para que proceda su deducción, no se configura la diferencia de criterios invocada por el actor, razón por la cual debe mantenerse la sanción por inexactitud impuesta en los actos demandados.

IV) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", mediante providencia del 15 de abril de 2011, declaró la nulidad parcial de los actos demandados, pero solo en relación con la sanción por inexactitud, con fundamento en las siguientes consideraciones:

No se presenta una vulneración al principio de correspondencia, puesto que el requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión contemplan los mismos hechos materia de indagación administrativa.

El Tribunal expresa que las rentas que se originen en países miembros de la CAN diferentes a Colombia, deben tratarse en el país como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional. Por tanto, no pueden afectarse en el país como costo ni deducciones en la depuración de renta.

Sin embargo, la pérdida por el pago diferencial de los contratos Forward de divisas no tiene nexos con el dividendo recibido en la inversión en la cervecería Backus domiciliada en el Perú, por originarse éste último en un contrato de sociedad que da derecho a percibir una parte alícuota de la utilidad comercial que se denomina dividendo. Esa empresa no recibe mayor o menor utilidad en razón a los contratos de derivados que celebren sus accionistas.

Por tanto, no procede la aplicación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario, comoquiera que los gastos solicitados en deducción estaban ligados al endeudamiento total de la empresa y no a los dividendos que obtuvo en Perú.

La indebida aplicación de esa norma no tiene relevancia respecto de las deducciones rechazadas en sede administrativa con base en el quebrantamiento del artículo 107 del Estatuto Tributario.

Las erogaciones que se causan con el ánimo de blindar el capital de una empresa contra las fluctuaciones de las divisas, no pueden asumirse automáticamente como costos o gastos necesarios para el desarrollo de la actividad productora de renta, puesto que el capital, como parte del patrimonio, no constituye un factor de costos o gastos dentro de la actividad productora de renta, razón por la cual no procede su reconocimiento.

En este caso, se observa que no existe ánimo defraudatorio de la empresa, pues como se constató, en relación con los hechos económicos y la magnitud de las

cifras no existe discusión entre las partes contendientes, sus diferencias giran en torno a la interpretación fiscal que se le debe dar a las pérdidas en las operaciones de cobertura del riesgo cambiario. Por tanto, se levanta la sanción por inexactitud.

V) LOS RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante y demandada apelaron la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

i. Parte demandante

La sentencia apelada crea una asimetría en la medida en que consiente que se graven ingresos generados en los contratos de cobertura de riesgo, pero no permite la deducción de los gastos derivados de los mismos. Por tanto, le corresponde al Consejo de Estado unificar el tratamiento fiscal de los contratos de cobertura de riesgo cambiario.

El *a quo* se equivoca cuando concluye que no existe violación al principio de correspondencia porque los hechos contemplados en el acto preparatorio y liquidatorio son los mismos, puesto que además de esa circunstancia la norma exige que la totalidad de las razones de rechazo deben encontrarse contempladas en el requerimiento especial.

Estudios recientes prueban que las prácticas de cobertura, mediante el uso de derivados, son las más extendidas para el objetivo corporativo de manejo de riesgos. Dicho objetivo resulta esencial para la consecución de la renta de una empresa, por cuanto las utilidades pueden verse seriamente comprometidas por exposición al riesgo cambiario.

Sin embargo, el Tribunal considera que las expensas corresponden a costos o gastos útiles, cuando omitir una práctica tan básica como la de cubrir riesgos cambiarios configura un incumplimiento de las reglas esenciales de buen gobierno corporativo.

La necesidad y causalidad de las expensas son aún más ciertas en el caso de BAVARIA S.A. para el año fiscal en cuestión: la empresa cotizaba en la Bolsa de Valores de Colombia y, por ello, tenía deberes estrictos de fidelidad hacia el

mercado. Estos deberes consisten, entre otros, en la necesidad de asegurar que los riesgos potenciales sobre las utilidades de las compañías listadas en la bolsa sean mitigados de la mejor manera posible.

La fluctuación de las divisas en el período en cuestión fue tal que el cubrimiento del riesgo cambiario no era meramente útil sino necesario. De hecho, la tasa representativa del mercado llegó a variar casi un 30%.

En el Concepto No. 068244 de 2007, la DIAN admite la deducción como gasto de las pérdidas generadas en los contratos Forward en tanto reconoce la necesidad de las expensas de cobertura en los casos en que existen operaciones en divisas.

Se equivoca la sentencia apelada cuando afirma que BAVARIA S.A. no cumple con los presupuestos señalados en el Concepto No. 068244 de 2007 por considerar que la actividad productora de renta no está dirigida exclusivamente a operaciones de comercio exterior, en tanto el citado concepto no condiciona la procedencia de la deducción a que esa actividad se realice de manera exclusiva.

La contratación de derivados de cobertura de riesgos hace parte del giro ordinario de los negocios de la sociedad, en la medida que es una actividad habitual en virtud de las prácticas de buen gobierno corporativo.

Las rentas generadas por la liquidación de los contratos de derivados de cobertura se gravaron en Colombia, tanto para BAVARIA S.A. en los contratos que le generaron ingresos, como para las entidades financieras cuando se liquidaron con pérdidas.

Esas entidades son intermediarios financieros vigilados por la Superintendencia Financiera, ubicados dentro del territorio colombiano, que debieron tributar, hecho que se solicitó a la DIAN certificar desde la vía gubernativa.

La prueba de la gravabilidad del ingreso en cabeza de la contraparte del contrato debería ser suficiente para demostrar el cumplimiento de los requisitos de los artículos 121 y 122 del Estatuto Tributario.

No es pertinente invocar, como lo hacen los actos acusados, los límites contemplados en los artículos 121, 122 y 177-1 del Estatuto Tributario, puesto que

no hay lugar a ese debate cuando se encuentra demostrado que los ingresos de los contratos financieros fueron gravados en Colombia.

En criterio del Tribunal, para la actividad que realiza la compañía no es necesario “forzoso” u “obligatorio” contratar la cobertura de riesgos cambiarios. Esa afirmación no se encuentra acorde a lo dispuesto en el artículo 107 del Estatuto Tributario, que permite deducir las expensas necesarias normalmente acostumbrada en cada actividad, como la solicitada, en tanto resultó vital para proteger las utilidades de la compañía de la volatilidad del valor de la moneda.

ii. Parte demandada

No existe justificación para el levantamiento de la sanción por inexactitud, puesto que el demandante realizó los supuestos de hecho consagrados en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

Esa norma es clara cuando señala los casos en que procede la sanción por inexactitud, que para el caso en debate se configuró al incluir en la declaración de renta del año gravable 2004 la deducción por los gastos originados en la redención de contratos Forward.

Recuérdese que la sentencia arriba a la conclusión de que *“las rentas que se originen en países miembros de la CAN diferentes a Colombia, deben tratarse en nuestro país como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional”* y *“consecuentemente, al tenor de la denominación de ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, las rentas que se generen en países miembros de la CAN diferentes a Colombia, no pueden afectarse en nuestro país con costos ni deducciones en la depuración de renta que describe el artículo 26 del E.T.”*

A estos fines concurre el artículo 177-1 *ibídem*, que establece límites a los costos y deducciones a los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional ni a las rentas exentas, artículo que el demandante no tuvo en cuenta, y en cambio alega que sus deducciones se encuentran dentro de los parámetros del artículo 107 del Estatuto Tributario, norma inaplicable por cuanto la pérdida no se relaciona con transacciones en el exterior ni con ninguna operación inherente a la actividad productora de renta de BAVARIA S.A.

VI) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

La demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

El **Ministerio Público** rindió concepto en los siguientes términos:

La correspondencia exigida en el artículo 711 del Estatuto Tributario no impide que si la DIAN encuentra razones adicionales que refuercen las esgrimidas pueda señalarlas, siempre y cuando recaigan sobre el mismo hecho investigado.

En este caso, existe la correspondencia exigida en el artículo 711 *ibídem*, toda vez que el acto liquidatorio mantuvo el rechazo del hecho glosado – la deducción del gasto por concepto de la pérdida derivada de los contratos de derivados financieros-, y adicionó su argumentación con el artículo 177-1 del mismo Estatuto, que en todo caso, hace parte del mismo capítulo sobre deducciones.

No corresponde al objeto de examen analizar si procede la deducción por los gastos que arrojaron los contratos forward con sustento en el cumplimiento de los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario, puesto que la única suma que la DIAN no aceptó en la liquidación de revisión, son los \$11.577.220.000, que fueron rechazados por encontrarlos asociados al pago de capital de la empresa Backus que la actora había adquirido en Perú.

La actora acepta en la demanda que parte del endeudamiento objeto de los contratos Forward tiene relación con la adquisición de la empresa cervecera en Perú.

Por tanto, conforme lo establece el artículo 177-1 del Estatuto Tributario respecto de la suma rechazada no procede la deducción por tratarse de gastos relacionados con rentas percibidas en otro país.

Del artículo 177-1 *ibídem*, no surge ninguna interpretación diferente que justifique el proceder de la actora en el sentido de solicitar deducciones en Colombia, sobre rentas recibidas en otro país.

La actora no fue explícita en explicar en que consistió la diferencia de criterios, toda vez que se refirió a la ausencia de ánimo defraudatorio, y que había declarado cifras ciertas y verdaderas, elementos de los cuales no depende la diferencia de criterios, razón por la cual no procede levantar la sanción por inexactitud.

VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra la sentencia del 15 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", que declaró la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642008000003 del 9 de enero de 2008 y de la Resolución Recurso de Reconsideración No. 900012 del 3 de febrero de 2009, por medio de las cuales se modificó la declaración del impuesto de renta y complementarios presentada por BAVARIA S.A. por el año gravable 2004.

1. ASUNTO PRELIMINAR

La Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez manifestó impedimento para conocer del presente proceso, con fundamento en el numeral 5¹ del artículo 150 del C.P.C, debido a que el Dr. Julio César Rodríguez Rincón, quien se desempeña como funcionario de su despacho, actuó en el proceso como apoderado judicial de la parte demandada.

En el expediente se observa que el referido funcionario presentó el escrito de contestación de la demanda y, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le reconoció personería para actuar como apoderado judicial de la parte demandada.

En consecuencia, se configura la causal de impedimento en cuestión y, por ende, se declarará fundado el impedimento manifestado.

¹ "5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios".

Teniendo en cuenta que existe quórum decisorio, no se ordenará el sorteo de conjuces.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar:

(i) Si se violó el principio de correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión por el hecho de que en ésta la DIAN invocó el artículo 177-1 del Estatuto Tributario que no se había citado en el requerimiento especial.

ii) Si la deducción de los gastos por concepto de las pérdidas generadas en los contratos de cobertura de riesgos Forward Non Delivery se encuentran asociadas a ingresos no constitutivos de renta.

iii) Si esas erogaciones cumplen los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

(iv) Si procede la sanción por inexactitud o si se configura una diferencia de criterios entre la Administración y el contribuyente.

3. PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

3.1. La sociedad afirmó que la DIAN violó el principio de correspondencia porque el rechazo de las deducciones de los gastos originados en los contratos de cobertura de riesgos fue sustentado en el requerimiento especial en los artículos 107 y 148 del Estatuto Tributario, y en la liquidación oficial de revisión, en el artículo 177-1 del citado estatuto.

Sostuvo que la correspondencia que debe existir entre el acto preparatorio y el liquidatorio no solo atiende a los hechos investigados sino también a las razones en que se fundamenta la modificación de la liquidación privada.

3.2. Uno de los principios que rigen el proceso de determinación oficial del tributo es el previsto en el artículo 711 del Estatuto Tributario, conforme al cual la

liquidación de revisión debe contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido analizados en el requerimiento especial o en su ampliación, si la hubiere.

La congruencia que debe existir entre el requerimiento especial y la liquidación oficial obedece a que, en materia tributaria, antes de que la Administración emita el acto administrativo de liquidación oficial, tiene el deber de proponer al contribuyente las modificaciones que estima que se deben hacer a la liquidación privada. Es decir, se exige un paso previo a la liquidación oficial, que es lo que se conoce como requerimiento especial. Este acto, que es preparatorio, tiene que expresar de manera clara y concreta cuáles son las modificaciones que la Administración cree que deben hacerse a la liquidación privada.

Una vez la Administración ha emitido el requerimiento especial, queda delimitado el marco dentro del cual puede darse la modificación de la liquidación privada, manifestación precisamente del derecho fundamental al debido proceso.

3.3. La Sala ha precisado² que la relación, enlace o concatenación que se exige respecto de esos actos jurídicos se debe derivar de los “hechos” de manera que, si los reportados en el denuncia privado son los mismos glosados en el requerimiento especial y en la liquidación oficial, no se configura la violación del principio de correspondencia.

3.4. Analizadas las actuaciones adelantadas por la Administración, en particular, el requerimiento especial, se encuentra que la propuesta de modificación de la liquidación privada se fundamentó en el rechazo de la deducción por gastos en los contratos Forward y Swap por no cumplir los presupuestos contemplados en los artículos 107 y 148 del Estatuto Tributario³.

Al examinar, luego, la liquidación oficial de revisión, se encuentra que la DIAN mantuvo el rechazo de la deducción por los gastos generados en los contratos Forward porque la sociedad no demostró el cumplimiento de los requisitos del artículo 107 citado. Además, con fundamento en las pruebas recaudadas en el acta de verificación tributaria, practicada con posterioridad al requerimiento

²Sentencia del 10 de marzo de 2011, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 17075.

³ Fls 1575-1598 c.a. 10.

especial, explicó que el gasto generado en los contratos de cobertura de riesgos solicitado como deducción estaba asociado a inversiones en países miembros de la Comunidad Andina cuyos dividendos no fueron gravados en Colombia, y por tal razón, esa erogación desconoce el límite de las deducciones dispuesto en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario⁴.

3.5. Como se observa, en el caso en estudio el hecho económico discutido fue el mismo tanto en el requerimiento especial como en la liquidación oficial de revisión, puesto que siempre se discutió la procedencia de la deducción de los gastos generados en los contratos Forward, deducción que miradas las cosas desde un punto de vista material, encajan dentro de la misma categoría jurídica, ora el 107 o el 148 del Estatuto Tributario; que son especies de ese género, constituyendo, por tanto, la referencia al artículo 177-1 un argumento adicional, que no implica violación al debido proceso.

3.6. Por eso, la Administración determinó la improcedencia de la deducción con fundamento en los artículos 107 y 148 del Estatuto Tributario, pero las pruebas allegadas por el contribuyente con posterioridad al requerimiento especial, le permitieron mantener el rechazo con fundamento en el artículo 107 citado.

4. DEDUCCIÓN DEL GASTO ORIGINADO EN CONTRATOS FORWARD NON DELIVERY (\$11.577.220.000)

Se discute la deducción del gasto financiero originado en los contratos Forward - non delivery – celebrados con intermediarios financieros colombianos Banco de Bogotá, Citibank, ABN, Banco Santander, Banco Standard Chartered⁵, por concepto de la pérdida resultante en la diferencia de la tasa pactada por la sociedad y la tasa representativa del mercado al vencimiento de esos convenios.

La DIAN la rechazó porque consideró que corresponden a erogaciones que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, a más de que no encaja en el artículo 177-1 *ibídem*, por estar relacionados con dividendos obtenidos por la sociedad en un país miembro de la CAN, que se tratan como ingresos no constitutivos de renta, por no ser rentas de fuente nacional.

⁴ Fls 84-102 c.p.1.

⁵ Fls 90 A, 140, 150-152 c.p.1

4.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS CONTRATOS FORWARD

4.1.1. Los contratos Forward consisten en un acuerdo entre dos partes, hecho a la medida de sus necesidades, para comprar/vender una cantidad específica de un determinado bien (activo, precio, tasa de cambio, títulos de deuda, títulos participativos o tasas de intereses) en una fecha futura, fijando en la fecha de celebración las condiciones básicas del instrumento financiero derivado, entre ellas, principalmente el precio, la fecha de entrega del bien y la modalidad de entrega.

La liquidación del instrumento en la fecha de cumplimiento puede producirse por entrega física del bien o por la liquidación de las diferencias, dependiendo de aquél y de la modalidad de la entrega pactada.

4.1.2. Los Forward pueden celebrarse para i) cubrir riesgos o ii) como un medio de especulación.

Los de cobertura de riesgos, tienen por finalidad cubrir un activo y/o un pasivo de los eventuales riesgos: *a) de mercado* por el juego de la oferta y la demanda, *b) de una contraparte* por el incumplimiento de obligaciones, *c) operativo* por fallas en los controles gerenciales, sistemas de información, o error humano, y *d) jurídico* por la posibilidad de que los contratos de operaciones de derivados no se les reconozca su exigibilidad⁶.

Por su parte, los especulativos, buscan obtener ventajas económicas por los eventuales movimientos del mercado, que se posibilitan por el conocimiento del mismo. Con este tipo de contrato se asumen riesgos con el fin de adquirir una mayor rentabilidad. Por ende, su función es solo lucrativa y no está orientada a la gestión del riesgo.

4.1.3. Las modalidades en que pueden pactarse se denominan “delivery” o “non delivery” consistiendo la primera en la entrega física del bien objeto del contrato y al pago del precio en la fecha de cumplimiento de la operación.

⁶ En igual sentido se pronunció esta Sala en sentencia del 29 de octubre de 2009, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, expediente No. 16695.

La segunda, implica el pago de una suma de dinero que se calcula de acuerdo con la diferencia que se presenta entre el precio establecido en el contrato y el valor en mercado del mismo bien tomado como referente para el objeto de la operación, en la fecha de liquidación del contrato. Este último caso, que corresponde al estudiado, no requiere la entrega del activo sino de la diferencia surgida de ambos, puesto que el valor se define hasta el cumplimiento del plazo del contrato.

Como puede verse en ambas modalidades, lo que se busca es asegurar o precaver el “riesgo” derivado de las fluctuaciones del mercado, real, cambiario, financiero, etc., lo que permite afirmar que es un contrato que no tiene una relación necesaria, con otros tipos de operaciones mercantiles, queriendo con ello significar que bien puede tenerlo con otro – la importación de bienes- o tener entidad propia, como por ejemplo, cuando el empresario lo que busca es obtener una utilidad o ganancia derivada del diferencial que surja entre el precio real del bien y el que surja del mercado.

4.1.4. Otro aspecto básico para tener en cuenta es que estos contratos son atípicos porque en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una ley que los regule, razón por la cual sus efectos jurídicos deben analizarse de acuerdo con la normativa general.

4.1.5. Teniendo en cuenta lo expuesto, debe destacarse que estos instrumentos son contratos de carácter principal toda vez que no necesitan de otro convenio u obligación para su subsistencia. Si bien en estas operaciones se pactan obligaciones de vencimiento futuro cuyo rendimiento está ligado a un bien, estos contratos son los que determinan las condiciones de la gestión de riesgos y, los bienes solo operan como un índice de referencia para establecer el precio del contrato.

En otras palabras, estos instrumentos no dependen de la operación subyacente porque no tienen por objeto la adquisición del bien sino el desplazamiento de riesgos, es por esa razón, que mediante estos instrumentos no se paga el valor del bien sino la diferencia entre el precio pactado y el establecido por el mercado. Además, la terminación de estos negocios no está condicionada al subyacente sino a los términos pactados en los contratos.

En conclusión, los contratos Forward son autónomos y, por tanto, no están integrados con otras transacciones del contribuyente, aunque pueden tener una relación contingente o eventual con otro, como ocurre o puede ocurrir en aquellos que buscan precaver los riesgos cambiarios en operaciones de comercio exterior, pero, se repite, sin que se circunscriban a ese tipo de operaciones.

4.2. RELACIÓN DE LOS GASTOS DERIVADOS EN LOS CONTRATOS DE DERIVADOS FINANCIEROS FORWARD NON DELIVERY Y LOS INGRESOS NO CONSTITUTIVOS DE RENTA DECLARADOS POR LA SOCIEDAD

4.2.1. Para la Administración, los gastos solicitados como deducción son improcedentes porque se encuentran asociados con el préstamo internacional, por medio del cual BAVARIA S.A. pudo adquirir la Unión de Cervecerías Backus Jhonston en Perú, de la cual obtuvo dividendos declarados como no constitutivos de renta en el año 2004.

Por tal motivo, se relacionan con los dividendos que percibió el contribuyente en una empresa domiciliada en un país miembro de la CAN (Perú), que constituyen ingresos no constitutivos de renta en Colombia.

4.2.2. Según la sociedad, la operación de cobertura de riesgos y la de endeudamiento no deben entenderse vinculadas como un solo negocio, porque se trata de dos contratos principales independientes, con tratamientos tributarios distintos.

El préstamo internacional de BAVARIA S.A. fue un endeudamiento corporativo global con destino múltiple, por ello, su destino no fue específicamente la compra de Backus, sino la consolidación de la estrategia de posicionamiento de la sociedad.

Aun si la liquidación de los derivados hubiere arrojado un diferencial positivo para BAVARIA S.A., ese negocio no tiene nexo causal con la adquisición de acciones que se compraron como inversión y que generaron ingresos extraterritoriales, no gravados en Colombia.

4.2.3. Para efectos del presente análisis resulta importante precisar en qué consisten las operaciones de endeudamiento, inversión y cubrimiento de riesgos a que hacen referencia las partes⁷:

4.2.3.1. **Contrato de endeudamiento externo.** El 26 de junio de 2002, BAVARIA S.A. celebró el contrato de empréstito No. 11536 con la Internacional Finance Corporation –IFC- en el que se pactaron los préstamos A y B, por la suma de USD 70.000.000, 200.000.000 y 30.000.000, respectivamente.

El destino del crédito se encuentra contemplado en el artículo II Sección 2.01 Programa de inversión así:

“Sección 2.01. El programa de inversión. El programa de inversión por financiar consiste en planes de expansión, modernización y racionalización del Prestatario y sus Subsidiarias (incluidas coprestatarias), planes que comprenderán lo siguiente: (a) modernización, expansión y racionalización de las instalaciones existentes en Colombia, Ecuador y Panamá; (b) reestructuración financiera, mejoras al gobierno corporativo y otras medidas diseñadas para mejorar la capacidad del Grupo Empresarial Bavaria para acceder a fuentes internacionales de financiación; (c) adquisiciones; y (d) medidas para mejorar el desempeño ambiental y dar relieve al impacto social del Grupo Empresarial BAVARIA⁸.

(...)

Sección 6.01. Obligaciones positivas. A menos que la CFI acuerde otra cosa, el prestatario y los coprestatarios deberán:

(a) Llevar a cabo el Programa de Inversión y dirigir su negocio con debida diligencia y eficiencia, y de acuerdo con sanas prácticas financieras y de negocios.

(b) Hacer que la financiación especificada en el Plan Financiero se aplique exclusivamente al Programa de Inversión⁹.

(...).”

4.2.3.2. **Inversión extranjera – Dividendos no constitutivos de renta en Colombia.** En el mes de julio del año 2002, la sociedad BAVARIA S.A., en desarrollo del programa de inversión ejecutado con los dineros del contrato de endeudamiento externo, adquirió la Unión de Cervecería Peruanas Backus y Jhonston S.A. en Perú por USD 420.798.827.93¹⁰.

⁷ Estos hechos económicos existían en la vigencia gravable estudiada (Año 2004). FI 90-91 c.p.

⁸ FI 192 c.p.1

⁹ FI 221 c.p.1

¹⁰ FI 1960 y c.a.13

Esta operación le generó dividendos al contribuyente, que en Colombia tienen la calidad de ingresos no constitutivos de renta, por haberlos obtenido en una empresa domiciliada en un país miembro de la CAN¹¹.

4.2.3.3. **Contratos Forward Non Delivery.** Durante los años 2003 y 2004, el contribuyente celebró contratos Forward Non Delivery con los intermediarios financieros colombianos Banco de Bogotá, Banco Santander, Citibank, Banco Standard Chartered y ABN AMRO Bank.

Para efectos prácticos, se transcribirán cinco modelos de estos contratos, en tanto los demás fueron pactados en las mismas condiciones, con excepción de la tasa de cambio, el valor de los dólares comprados y, la fecha de celebración, vencimiento y ejecución¹²:

-Certificación para FX Spot & Forward No. 0000028940, expedido por el Banco de Bogotá a la sociedad BAVARIA S.A., en la que le confirma los términos del contrato Forward celebrado el día 3 de septiembre de 2003¹³:

*“1. Tipo de operación: FORWARD
2. Moneda de la Transacción: COP/USD
3. Descripción de la Transacción:
El Banco de Bogotá VENDE el cliente COMPRA equivalente USD 4.000.000.00.
4. Condiciones:
Fecha de vencimiento: 17/02/04 Fecha de cumplimiento: 18/02/04
Tasa Forward (Peso – Dólar) 2.936.370.000
5. Cumplimiento: SIN ENTREGA”*

-Contrato Forward Non Delivery – Venta, celebrado entre el Banco Santander y BAVARIA S.A., en el cual se pactaron las siguientes cláusulas:

*“1. OBJETO: El objeto del presente contrato es cubrir el riesgo cambiario originado en el comportamiento de la Tasa de Cambio del Peso frente al Dólar Americano.
2. BASE DEL CÁLCULO: El riesgo cambiario que se cubre mediante este contrato, está referido a los siguientes valores y Tasa de Cambio:
VALOR: 3.000.000.00 MONEDA: USD
VENTA: POR PARTE DEL BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.
TASA DE CAMBIO: \$2.923.36 Pesos por cada Dólar
FECHA DE EJECUCIÓN CONTRATO: 17-feb-2004.
3. LIQUIDACIÓN: La liquidación del presente contrato se hará en la siguiente forma, tomando como referencia la TRM del día 18-feb-2004.
(...)
4. Si la liquidación de este contrato resulta a favor del CLIENTE, EL BANCO aplicará la Retención en la Fuente conforme a las normas tributarias vigentes*

¹¹ Fls 24 y 41, 403 y 404 c.p.2. Este hecho no es discutido por las partes. En todo caso, debe precisarse que ese tratamiento tributario fue regulado en el artículo 11 Decisión de la CAN No. 40 de 1971 en la que se dispuso que los dividendos y participaciones solo serán gravables por el país miembro donde la empresa que los distribuye estuviere domiciliada.

¹² Fls 286-291, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334 y 335 c.p.1.

¹³ FI 285 c.p.1.

(...)¹⁴.

- Certificación para FX Spot & Forward, expedida por CITIBANK a la sociedad BAVARIA S.A., en el que confirma la operación celebrada consistente en:

1. Tipo de Operación: Sport ___ Next Day ___ Forward X
2. Moneda de la transacción: Peso – Dólar X Divisa –Divisa ___
3. Descripción de la transacción:
CITIBANK COLOMBIA VENDE USD 4.000.000.00
BAVARIA S.A. COMPRA USD 4.000.000.00
4. Condiciones:
Fecha de cumplimiento: 17-feb-04
Tasa Forward 2.915.53 No incluye IVA
5. Cumplimiento: NDF COMPENSA CON TRM DEL SIGUIENTE DÍA HÁBIL¹⁵

- Contrato Forward Compensado (venta) celebrado entre el Banco Standard Chartered pactado en los siguientes términos:

“

Venta por parte del Banco		Tasa de cambio pactada	Valor en pesos
Divisa	Monto		
USD	3.000.000.00	2.974.87	8.924.610.000.00

Fecha de Vencimiento			Fecha de Ejecución		
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año
15	7	2004	16	7	2004

El BANCO pagará al CLIENTE en la fecha de ejecución en pesos si la TRM publicada en la fecha de ejecución es superior a la tasa pactada. En caso de que la TRM sea inferior a la tasa pactada, el CLIENTE pagará la diferencia en pesos al BANCO.(...)¹⁶

- Certificación de venta de dólares a futuro expedida por ABN AMRO Bank, en la que se informa la venta a la sociedad BAVARIA S.A. por la suma de USD \$3.000.000.00, en las siguientes condiciones:

Fecha de Operación: ENERO 02 DE 2004
Fecha de Vencimiento: MAYO 03 DE 2004
Tasa Pactada: 2.869.35
Monto en pesos: \$8.608.050.000.00

(...)

BAVARIA S.A. podrá cambiar la modalidad de este contrato NON DELIVERY a DELIVERY avisando una semana de antelación al 3 de mayo de 2004¹⁷.

4.2.4. Como se observa, los contratos Forward son independientes de las operaciones de endeudamiento y de inversión (Perú) puesto que se pactaron

¹⁴ FI 292 c.p.1

¹⁵ FI 294 c.p.1

¹⁶ FI 311 c.p.1

¹⁷ FI 318 c.p.1

sobre obligaciones de vencimiento futuro con la finalidad de cubrir a la sociedad del riesgo cambiario.

Esto encuentra explicación, precisamente, en que la naturaleza de esos contratos es la de un instrumento financiero de gestión de riesgo y, por ello, solo tienen por objeto predecir o mitigar los posibles riesgos a los que pueden verse expuestas las empresas. Es así como debe entenderse, entonces, que estos contratos constituyen una operación separada de las demás transacciones que realiza el ente económico.

Lo dicho no desconoce la relación que puede existir entre estos contratos y otras transacciones, en particular, por el impacto económico que genera la gestión de riesgos en los activos y pasivos de una empresa. Sin embargo, no se puede perder de vista que una de las características principales de estos instrumentos financieros es que son autónomos y, por ende, no pueden confundirse con otras operaciones de las sociedades.

Por ello, la manifestación realizada por la compañía en el sentido de que algunos contratos Forward pueden asociarse con el pago de obligaciones contraídas con la Internacional Finance Corporation –IFC-¹⁸, reconoce la relación existente entre estos contratos de cobertura de riesgos y el pasivo adquirido en el exterior, pero no desconoce la independencia que caracteriza este tipo de instrumentos financieros.

4.2.5 Sobre el particular, la doctrina¹⁹ ha planteado la aplicación del principio de transacción separada, que considera a los derivados financieros como separados e independientes en relación con cualquier operación relacionada o conexas:

“Cuestión preliminar que debe tratarse antes de abordar el estudio del impuesto sobre la renta en esta clase de contratos, es la referida a la relación existente entre el instrumento derivado financiero y la operación cuyo riesgo se pretende cubrir o con la cual se encuentra ligada. Al efecto, convencionalmente se aplica el “principio de las operaciones separadas” de acuerdo con el cual se “considera a los derivados financieros como separados e independientes en relación con cualquier operación conexas”²⁰.

¹⁸ Fls 1856-1859 c.a.12

¹⁹ SALCEDO YOUNES, Ruth Yamile, Memorias XXXII Jornadas Tributarias de Derecho Tributario, Tomo I, Régimen Jurídico Tributario de los Contratos de Derivados Financieros, ICDT, 2008, Páginas 317-318.

²⁰ GOTLIB, Gabriel. “Tratamiento impositivo de instrumentos financieros modernos”. En: DÍAZ, Vicente O. Buenos Aires. Astrea, p. 259

Por ejemplo, si un importador desea cubrirse del riesgo con el incremento del valor de las divisas con las cuales deba cumplir la obligación de pago del precio de la importación y contrata para ello una operación de cobertura, como podría ser una opción sobre divisas, los efectos de la operación cuyo riesgo se pretende cubrir (la importación) resultan completamente independientes a los del contrato de derivados (la opción).

(...)

De cualquier modo, la conclusión de la ponencia general IFA²¹ indica que como regla general los instrumentos derivados financieros no están subsumidos en otras transacciones conexas, por lo que prevalece, y así se ve en la mayor parte de las legislaciones y de la doctrina especializada, el principio de las transacciones separadas o independientes”.

De esta forma, se ratifica el carácter principal de este tipo de contratos, como instrumentos de desplazamiento de riesgos. Es decir, estos convenios solo implican el cambio de posiciones de riesgo, siendo la liquidación del mismo producto del comportamiento del subyacente, y no de las demás actividades que realiza el ente económico.

Dado el carácter principal de los referidos contratos, solo pueden asociarse a estos los ingresos y gastos que se deriven en esos instrumentos, y no los relacionados con otros negocios de la sociedad.

En ese orden de ideas, solo procede como ingreso o gasto derivado de los contratos Forward, las utilidades o las pérdidas resultantes en la liquidación de estos instrumentos.

Por consiguiente, no resulta procedente que los gastos derivados en los instrumentos financieros estudiados se asocien con el contrato de endeudamiento ni con los ingresos no constitutivos de renta que obtuvo la sociedad en la inversión en Perú.

Por eso, tampoco es cierto lo que sostiene el Ministerio Público en el sentido de que los gastos de los contratos Forward se encuentran relacionados con los ingresos no constitutivos de renta de la sociedad.

²¹ La International Fiscal Association (IFA) es una organización internacional no gubernamental que se ocupa de la tributación. Está integrada por contribuyentes, sus asesores, funcionarios públicos y profesores universitarios y constituye un foro para el debate de los asuntos tributarios internacionales.

La Asociación tiene como finalidad el estudio y promoción del derecho internacional y comparado con respecto a las finanzas públicas y, especialmente, del derecho fiscal internacional y comparado y de los aspectos financieros y económicos de la tributación.

4.3. TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LA GANANCIA Y DE LA PÉRDIDA DERIVADA EN LOS CONTRATOS FORWARD NON DELIVERY -DE COBERTURA DE RIESGOS O ESPECULATIVOS- CELEBRADOS ENTRE ENTIDADES NACIONALES²²

4.3.1. En principio, para establecer si las utilidades obtenidas en los contratos Forward, con fines de cobertura o especulativos, celebrados entre sociedades nacionales, constituyen ingreso tributario en el impuesto sobre la renta, se debe tener en cuenta que el Estatuto Tributario, en el artículo 12, establece que las sociedades y entidades nacionales son gravadas, tanto sobre sus rentas de fuente nacional²³, como sobre las que se originen de fuentes fuera de Colombia.

Es importante precisar que la normativa tributaria no dispuso una regulación especial para este tipo de ingresos. Por tanto, las utilidades o ganancias que perciban esas entidades en los contratos de derivados financieros estudiados constituyen renta gravable en Colombia.

Esa conclusión reitera lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1514 de 1998²⁴, en el que el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 401 del Estatuto Tributario²⁵, estableció que constituyen “otros ingresos tributarios”²⁶ para el contribuyente del impuesto sobre la renta.

²² Este análisis solo comprende el estudio de normas que resultan aplicables en el caso en concreto, esto es, las vigentes en el año gravable 2004.

²³ Se consideran nacionales para efectos tributarios las sociedades y entidades que durante el respectivo año o período gravable tengan su sede efectiva de administración en el territorio colombiano. También se consideran nacionales para efectos tributarios las sociedad y las entidades que cumplan cualquiera de las siguientes condiciones: 1. Tener domicilio principal en el territorio colombiano, o 2. Haber sido constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes vigentes en el país.

Se entenderá que la sede efectiva de administración de una sociedad o entidad es el lugar en donde simultáneamente se toman las decisiones comerciales y de gestión necesarias para llevar a cabo las actividades de la sociedad o entidad como un todo.

(CUSGÚEN OLARTE, Eduardo, Manual de Derecho Tributario, Editorial LEYER, año 2014, Páginas 239-240).

²⁴ **Artículo 11. Ingresos provenientes de contratos forward, futuros y operaciones a plazo.**

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 401 del Estatuto Tributario, en los contratos forward, opciones, futuros y de operaciones a plazo de cumplimiento financiero, que se cumplan sin la entrega del activo subyacente, constituye ingreso tributario, la diferencia existente entre el valor del índice, tasa o precio definido en los respectivos contratos y el valor de mercado del correspondiente índice, tasa o precio en la fecha de liquidación del contrato.

Parágrafo. Los ingresos provenientes de los contratos forward, opciones, futuros y de operaciones a plazo de cumplimiento efectivo, que se cumplan mediante la entrega del activo subyacente, tendrán el tratamiento tributario que les corresponda según el concepto y características de la entrega del respectivo activo. (Esta norma posteriormente fue modificada por el artículo 7 del Decreto 1797 de 2008)

²⁵ ARTICULO 401. RETENCIÓN SOBRE OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS. Sin perjuicio de las retenciones contempladas en las disposiciones vigentes a la fecha de expedición de la Ley 50 de

Por eso, se encuentra sujeto a retención en la fuente, la diferencia existente entre el índice, tasa o precio definido en los contratos de derivados financieros que se cumplan sin la entrega del subyacente y el valor de mercado del correspondiente índice, tasa o precio en la fecha de liquidación del contrato²⁷.

4.3.2. En cuanto al tratamiento del diferencial negativo, esto es, de la pérdida derivada en los contratos Forward de índole nacional, debe reiterarse que a pesar de las características especiales de estas operaciones financieras, la normativa tributaria no tiene una regulación específica. Por tanto, su reconocimiento fiscal debe estudiarse de acuerdo con los criterios generales de la deducción dispuestos en la norma tributaria, pero sin perder de vista que la contrapartida del ingreso es el gasto, y de la utilidad, la pérdida.

4.3.2.1. Esta Corporación ha señalado que los gastos para los cuales el Estatuto Tributario no ha previsto expresamente una regulación especial, no podrán rechazarse como deducción, por ese solo hecho, y constituirán una deducción aceptada fiscalmente, en la medida en que cumplan los requisitos esenciales establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario y no se encuentren dentro de las limitaciones a que se refieren los artículos 85 a 88 y 177 a 177-1²⁸ de la citada normativa²⁹.

1.984, a saber: Ingresos laborales, dividendos y participaciones; honorarios, comisiones, servicios, arrendamientos, rendimientos financieros, enajenación de activos fijos, loterías, rifas, apuestas y similares; patrimonio, pagos al exterior y remesas, el Gobierno podrá establecer retenciones en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir ingreso tributario para el contribuyente del impuesto sobre la renta, que hagan las personas jurídicas y las sociedades de hecho.

²⁶ Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 401 del Estatuto Tributario el concepto de "otros ingresos tributarios" se refiere a aquellos diferentes a ingresos laborales, dividendos y participaciones; honorarios, comisiones, servicios, arrendamientos, rendimientos financieros, enajenación de activos fijos, loterías, rifas, apuestas y similares; patrimonio, pagos al exterior y remesas

²⁷ Esa normativa también precisó que los contratos financieros derivados que se cumplan mediante entrega del activo subyacente, tendrán el tratamiento tributario que les corresponda según el concepto y características de la entrega del respectivo activo.

²⁸ En esas normas se limita la deducción a las erogaciones: por pagos realizados a vinculados económicos, o que deban ser tratadas como descuento, o superen el 50% de los ingresos percibidos por la actividad de profesional independiente, o constituyan pagos por ingresos laborales que no se les haya practicado retención, o compras realizadas a quien la DIAN hubiere declarado proveedores ficticios o insolventes, o que sean imputables a ingresos no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional ni a las rentas exentas.

²⁹ Sentencia del 13 de octubre de 2005, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, expediente No. 13631.

La deducibilidad del gasto bajo los parámetros señalados, procede independientemente de la finalidad de cobertura o especulativa de la operación, pues finalmente, en ambos supuestos, constituyen erogaciones que se derivan de la gestión de riesgos del mercado.

El hecho de que en los contratos con fines de especulación la empresa busque obtener un beneficio económico no limita su deducción, por el contrario, implica que la realización de estos negocios tiene por finalidad la obtención de rentas para el ente económico.

De esta forma, atendiendo a las particularidades de las operaciones analizadas, la deducción de los gastos que se derivan de las mismas, está sujeta al cumplimiento de los requisitos esenciales de necesidad, proporcionalidad y relación de causalidad con la actividad productora de renta, siempre que no sean imputables a ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional ni a rentas exentas.

4.3.2.2. Es cierto que la DIAN, en el Concepto No. 068244 del 3 de septiembre de 2007, expresó que de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario, si son deducibles los gastos derivados de los contratos Forward pero solo cuando tengan por finalidad la cobertura de riesgo cambiario en operaciones de comercio exterior.

Pero, a juicio de la Sala, debe precisarse que la realización de estas operaciones se encuentra autorizada para todos los residentes en el país (personas naturales, sociedad y entidades)³⁰, sin distinguir el tipo de actividades u operaciones que realizaran en el país o en el exterior.

Por tanto, no existe justificación para distinguir la procedencia de los gastos derivados en los contratos de cobertura de comercio exterior, con los gastos generados en las demás operaciones de cobertura autorizadas por las entidades financieras en Colombia.

³⁰ Resolución Externa No. 8 de 2000 del Banco de la República de Colombia. **Artículo 42. AUTORIZACION.** Los intermediarios del mercado cambiario y demás residentes podrán celebrar operaciones de derivados financieros sobre tasas de interés, tasas de cambio e índices accionarios, con los intermediarios del mercado cambiario o con agentes del exterior que realicen este tipo de operaciones de manera profesional. El Banco de la República mediante reglamentación de carácter general indicará las características y

Esto se corrobora en el mismo concepto cuando hace referencia al Oficio No. 033738 del 1º de junio de 2004, en el que se consideró la procedencia de la deducción de los pagos al exterior que hace un residente colombiano en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato Swap³¹, sin hacer distinción sobre el tipo de operaciones cubiertas por el riesgo financiero.

4.3.3. En todo caso, se debe señalar que la procedencia de la deducción no puede restringirse por vía de doctrina a ciertos contratos. Lo indispensable, dentro del proceso de determinación del tributo o en la sede judicial, es el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, así como el hecho de que la erogación no se encuentra dentro de las limitaciones a las deducciones establecidas en la citada normativa.

4.4. PROCEDENCIA DE LA DEDUCCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 107 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO

4.4.1. Para la demandante, los gastos originados en los contratos Forward de cobertura de riesgo cambiario cumplen con los requisitos de necesidad, razonabilidad y relación de causalidad dispuestos en el artículo 107 del Estatuto Tributario.

Sostuvo que las expensas realizadas por la sociedad para el manejo prudente de los riesgos que pueden afectar las utilidades por la volatilidad de las tasas de cambio, tienen impacto en la renta de la compañía, pues sin esos gastos, los ingresos del ente económico podrían verse disminuidos, máxime cuando poseía un alto nivel de endeudamiento en el año 2004.

4.4.2. Para la Administración, la deducción es improcedente porque la suscripción de contratos Forward de cobertura de riesgo cambiario no es necesaria para una empresa que tenía más activos que pasivos en moneda extranjera.

Además, si bien estos instrumentos financieros pueden ser convenientes o útiles para el manejo comercial de la empresa, no es una erogación forzosa indispensable y acostumbrada.

requerimientos que deberán tener dichos agentes.

4.4.3. El artículo 107 del Estatuto Tributario establece como presupuestos para que los gastos sean deducibles: (i) la relación de causalidad (ii) la necesidad y (iii) la proporcionalidad³².

La relación de causalidad atiende a que los gastos, erogaciones o simplemente salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen - efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente. Esa relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero que, en todo caso, le produce la renta, de manera que sin aquélla no es posible obtenerla y que en términos de otras áreas del derecho se conoce como nexo causal o relación causa - efecto³³.

Ahora, el gasto es necesario cuando es el normal para producir o facilitar la obtención de la renta bruta, y el acostumbrado en la respectiva actividad productora de renta.

El requisito de la necesidad del gasto debe establecerse en relación con el ingreso y no con la actividad que lo genera, basta con que sea susceptible de generarlo o de ayudar a generarlo. La expensa normal o necesaria no siempre requiere regularidad en el tiempo, es decir, se puede realizar en forma esporádica pero debe estar vinculada a la producción de la renta, y lo que importa es que sea "comercialmente necesaria", según las costumbres mercantiles de la actividad respectiva.

La proporcionalidad de las expensas, es decir la magnitud que aquellas representen dentro del total de la renta bruta (utilidad bruta) deberá medirse y analizarse en cada caso, de conformidad con la actividad lucrativa que se lleve a cabo y con la costumbre comercial³⁴ para el sector, de manera que para fijar el

³¹ En el concepto los contratos Swaps son financieramente asimilados a los contratos Forward.

³² Sobre el alcance de los requisitos para que las deducciones sean procedentes, la Sala se pronunció en Sentencia de octubre 13 de 2005, expediente 13631.

³³ Entre otras, las sentencias de 25 de septiembre de 1998, Exp. 9018, C.P. Dr. Delio Gómez Leyva, de 13 de octubre de 2005, Exp. 13631, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié; de 2 de agosto de 2006, Exp. 14549, C.P. Dra. Ligia López Díaz, de 12 de diciembre de 2007, Exp. 15856, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa y 24 de julio de 2008, Exp. 16302, C.P. Dra. Ligia López Díaz.

³⁴ Sobre la costumbre mercantil el artículo 3º del Código de Comercio expresa:

ARTICULO 3. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos,

alcance de la norma en estudio debe tenerse en cuenta que los gastos sean reiterados, uniformes y comunes, sin perjuicio de la causalidad y necesidad que también los debe caracterizar.

Como lo señaló la Sala en la sentencia del 10 de marzo de 2011³⁵, tanto la necesidad como la proporcionalidad deben medirse con criterio comercial y, para el efecto, el artículo 107 del E.T. dispone dos pautas o criterio. El primero, que la expensa se mida teniendo en cuenta que sea una expensa de las normalmente acostumbradas en cada actividad. El segundo, que la ley no la limite como deducible.

4.4.4. De acuerdo con las consideraciones expuestas, se encuentra que la erogación discutida tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de la sociedad, porque en desarrollo de sus actividades comerciales, realiza actividades mercantiles en el exterior, como la exportación de sus productos y la adquisición de activos y pasivos en moneda extranjera, dentro de las cuales caben las que buscan protegerse o beneficiarse del riesgo originado en las fluctuaciones del mercado cambiario.

4.4.5. Eso explica que si los contratos Forward estudiados hubieren reportado utilidades, esos ingresos estarían gravados con el impuesto de renta³⁶, por lo que no resulta equitativo ni consulta el principio de justicia, que a pesar de que la ley no ha prohibido la deducción de las pérdidas originadas en esos contratos, no se reconozca el gasto cuando se cumplan los presupuestos exigidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario.

4.4.6. Contrario a lo señalado por la Administración, el hecho de que la sociedad tenga más activos que pasivos en moneda extranjera no excluye la posibilidad de suscribir estos instrumentos financieros. Por el contrario, la posesión de esos activos la expone a las fluctuaciones del mercado cambiario, que es precisamente, el riesgo que pretende evitar con la suscripción de estos contratos.

uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.
En defecto de la costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior'.

³⁵ C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente 17075.

³⁶ Cfr . numeral 3.3.1.

4.4.7. Esa preocupación se vislumbra en las Notas a los Estados Financieros del año 2004 de la sociedad:

“Instrumentos financieros derivados:

En el curso normal de los negocios, la compañía realiza varias operaciones con instrumentos financieros derivados con propósitos comerciales o con el propósito de reducir la exposición a las fluctuaciones de sus productos en el mercado, de sus inversiones o del tipo de cambio. Estos instrumentos incluyen contratos Forward y Swap de diferentes tipos³⁷.

En igual sentido, el revisor fiscal del contribuyente certificó:

“4. De acuerdo con las políticas contables de la compañía y los procedimientos de Buen Gobierno Corporativo, aplicados por BAVARIA S.A. entre los años 2002 y 2008, que nos fueron suministrados por la Administración de la Compañía, el manejo de los riesgos financieros relacionados con las exposiciones a la fluctuación de las tasas de interés y los tipos de cambio se realiza por medio de operaciones con instrumentos financieros”.

4.4.8. Esta política de buen gobierno corporativo de la compañía es la acostumbrada dentro de las empresas nacionales que poseen activos y pasivos en moneda extranjera, al punto que se encuentra autorizada y tuvo que ser reglamentada por las autoridades financieras en Colombia (Superintendencia Financiera y Banco de la República)³⁸.

La Cartilla Coberturas Cambiarias expedida por Bancoldex³⁹ pone de manifiesto la necesidad de la utilización de estos instrumentos ante las revaluaciones del precio frente al dólar. En ese instructivo se explica que dada las condiciones del mercado, así como el régimen de flotación libre del dólar frente al peso y la creciente correlación en los movimientos internacionales de capitales, los mercados cambiarios, han ganado a nivel global una alta volatilidad en el corto y mediano plazo.

En ese contexto de volatilidad, el empresario colombiano debe buscar herramientas que mitiguen la incertidumbre ante el precio de la divisa, como lo son los contratos de cobertura de riesgos⁴⁰.

³⁷ FI 134 c.a. 1

³⁸ Entre ellas, Resolución No. 8 de 2000, por medio de la cual se autorizó la utilización de estos instrumentos de cobertura de riesgos y la Circular No. 100 de 1995, que reguló la valoración y contabilización de las operaciones de derivados financieros.

³⁹ Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. entidad vinculada al Ministerio de Comercio Exterior.

⁴⁰ *Ibíd.*

La cartilla explica que, en general, todos los agentes económicos se ven afectados por el riesgo cambiario. El Gobierno, las entidades financieras, las empresas, los hogares que tengan deudas, activos, pasivos, ingresos o egresos en moneda extranjera están sujetos a ese riesgo.

4.4.9. Por consiguiente, acudir a este tipo de mecanismos es una práctica comercial válida y de común uso, en tanto permite “predecir” el mercado cambiario en el que posee parte de sus rentas, y además, mitigar el riesgo cambiario.

4.4.10. Además, la erogación (\$11.577.220.000) no es desproporcionada en relación con los ingresos que obtuvo el contribuyente (\$ 2.535.283.676.000)⁴¹.

4.4.11. De conformidad con los argumentos expuestos, el gasto solicitado en deducción es procedente en los términos del artículo 107 del Estatuto Tributario puesto que constituye una expensa financiera necesaria y normal en desarrollo de su actividad productora de renta.

En consecuencia no procede el cargo.

5. CONCLUSIÓN

De acuerdo con las consideraciones expuestas, procede la deducción de gastos generados en los contratos Forward de cobertura de riesgo cambiario y, por ende, debe declararse la improcedencia de la sanción por inexactitud impuesta bajo ese supuesto de hecho en los actos demandados.

Por consiguiente, debe declararse la nulidad de los actos demandados y, como restablecimiento del derecho, se ordena que la declaración de renta del año gravable 2004 presentada por la sociedad BAVARIA S.A. se encuentra en firme.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

⁴¹ Ingresos brutos operacionales de la declaración de renta del año 2004

1. ACÉPTESE el impedimento manifestado por la Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. En consecuencia, queda separada del conocimiento del presente proceso.

2. MODIFÍCANSE los numerales 1 y 2 de la sentencia del 15 de abril de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar:

*“1. **DECLARÁSE** la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642008000003 del 9 de enero de 2008 y de la Resolución Recurso de Reconsideración, proferidas por la Dirección Seccional de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá.*

2. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, declárase en firme la declaración del impuesto de renta y complementarios presentada por la sociedad BAVARIA S.A. por el año gravable 2004”.

3. CONFÍRMASE, en lo demás la sentencia apelada.

4. RECONÓCESE personería para actuar en nombre de la entidad demandada a la doctora Maritza Alexandra Díaz Granados, de conformidad con el poder que obra al folio 733 del expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

PERDIDA EN CONTRATO DE FORWARD - Solo procede como gasto deducible la derivada de los contratos de cobertura de riesgo, no de los especulativos, porque en estos la mera rentabilidad no tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de la empresa / FORWARD DE COBERTURA DE RIESGO - Por el fin que persigue puede asociarse a la actividad productora de renta de la empresa, sin perjuicio de su autonomía e independencia / FORWARD ESPECULATIVO - Se hace con el ánimo de adquirir mayor rentabilidad

En la sentencia del 16 de octubre de 2014, la Sala consideró que los contratos forward son contratos autónomos y que, por esa condición, los gastos en que incurran las empresas que ejecutan ese tipo de negocios se asocian a los ingresos que se deriven de esos instrumentos, “y no los relacionados con otros negocios de la sociedad.” De manera que, para la Sala, basta que se de esa asociación para que la pérdida derivada de los contratos de cobertura de riesgo o especulativos sea deducible, al tenor del artículo 107 del E.T. No comparto esa conclusión. Considero que la única pérdida que podría tratarse como gasto deducible es la derivada de los contratos de cobertura de riesgo. No la derivada de los contratos especulativos [...] En los forward de las dos clases referenciadas, la expensa se puede llegar a proveer para cubrir la pérdida. Y es razonable que la pérdida derivada de los forward de cobertura de riesgo se acepte como deducción en la medida en que la operación permita salvaguardar el activo o contener el pasivo de la propia empresa. Y este vínculo es el que prueba la relación de causalidad requerida por el artículo 107 E.T.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

ACLARACION DE VOTO

Consejero: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Radicación número: 25000-23-27-000-2009-00132-01(18882)

Actor: BAVARIA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

Aclaro el voto de la decisión que tomó la Sala en el asunto de la referencia en el sentido de modificar⁴² la sentencia del 15 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que anuló parcialmente los actos por los

⁴² La sentencia confirmó la decisión de nulidad de los actos administrativos demandados. Pero modificó el restablecimiento del derecho

cuales, la DIAN formuló liquidación oficial de revisión por el impuesto de renta del año 2004.

En la sentencia del 16 de octubre de 2014, la Sala consideró que los contratos forward son contratos autónomos y que, por esa condición, los gastos en que incurran las empresas que ejecutan ese tipo de negocios se asocian a los ingresos que se deriven de esos instrumentos, “y no los relacionados con otros negocios de la sociedad.” De manera que, para la Sala, basta que se de esa asociación para que la pérdida derivada de los contratos de cobertura de riesgo o especulativos sea deducible, al tenor del artículo 107 del E.T.

No comparto esa conclusión. Considero que la única pérdida que podría tratarse como gasto deducible es la derivada de los contratos de cobertura de riesgo. No la derivada de los contratos especulativos.

Lo anterior por cuanto, los forward de cobertura de riesgo, por la misma finalidad que persiguen⁴³, pueden asociarse a la actividad productora de renta de la empresa, sin perjuicio de la autonomía e independencia de que gozan esos negocios jurídicos.

No ocurre lo mismo con el forward especulativo, que se hace con el simple ánimo de adquirir una mayor rentabilidad. La mera rentabilidad, que no esté relacionada con la actividad productora de renta de la empresa, no es deducible. El artículo 107 del E.T. exige esa relación de causalidad para que la expensa sea deducible.

No es suficiente, como se dice en la sentencia que aclaro, que la pérdida tenga relación con el contrato mismo. Es menester asociar la expensa con el ingreso, que no tiene ocurrencia, precisamente, cuando se genera una pérdida. O con la actividad productora de renta de la empresa, que no se da cuando se hace el negocio de manera especulativa.

En los forward de las dos clases referenciadas, la expensa se puede llegar a proveer para cubrir la pérdida. Y es razonable que la pérdida derivada de los forward de cobertura de riesgo se acepte como deducción en la medida en que la

⁴³ Tal como lo ha dicho la Sala y lo reitera en la sentencia que aclaro: tienen por finalidad cubrir un activo y/o un pasivo de los eventuales riesgos: a) de mercado por el juego de la oferta y la demanda, b) de una contraparte por el incumplimiento de obligaciones, c) operativo por fallas en los controles gerenciales, sistemas de información, o error humano, y d) jurídico por la posibilidad de que los contratos de operaciones de derivados no se les reconozca su exigibilidad

operación permita salvaguardar el activo o contener el pasivo de la propia empresa. Y este vínculo es el que prueba la relación de causalidad requerida por el artículo 107 E.T.

Por las anteriores razones, aclaro el voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Fecha ut supra