



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 23001-23-31-000-2012-00361-01 (27844)
Demandante: Cerro Matoso S.A.
Demandado: DIAN
Temas: Renta 2007. Adición de ingresos. Venta de ferroníquel. Intereses y rendimientos financieros. Precios de transferencia.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹ contra la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que resolvió²:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en el proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la Nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 122412010000015 del 26 de noviembre de 2010, donde se modificó la declaración de impuesto de rentas y complementarios de Cerro Matoso S.A correspondiente al año gravable de 2007 y de igual manera la nulidad de la Resolución 900268 del 26 de diciembre de 2011 en donde se resolvió el recurso de reconsideración sobre la misma.

TERCERO: Como consecuencia de los (sic) anterior a título de restablecimiento del derecho declarar en firme la liquidación privada del impuesto sobre la renta y complementarios de 2007, presentada por Cerro Matoso SA el 23 de abril de 2008.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

(...).

ANTECEDENTES

El 23 de abril de 2008, Cerro Matoso S.A. (en adelante, CMSA) presentó de forma electrónica la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable 2007, en la que registró los siguientes conceptos: ingresos brutos operacionales por \$3.708.787.195.000, ingresos brutos no operacionales por \$4.336.260.108.000, ingresos por intereses y rendimientos financieros de \$74.804.905.000, total ingresos brutos equivalentes a \$8.119.852.208.000, renta líquida gravable por \$2.507.524.677.000, impuesto de renta correspondiente a \$902.708.884.000 y saldo a pagar por \$1.110.422.024.000³.

El 12 de marzo de 2010, el jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería profirió el Requerimiento Especial

¹ SAMAI tribunal Índice 7.

² SAMAI tribunal Índice 2.

³ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: ED_CUADERNO2_CUADERNO2DEANEXOS. P. 15.



122382010000002, mediante el cual propuso modificar la liquidación privada, adicionando ingresos respecto a las operaciones celebradas con vinculados económicos, y proponiendo sanción por inexactitud y, un saldo a pagar de \$1.192.487.948.000⁴.

El 26 de noviembre de 2010, la jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería expidió la Liquidación Oficial de Revisión nro. 122412010000015, por medio de la cual modificó la declaración privada del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del año gravable 2007, a fin de determinar: (i) la adición de ingresos brutos operacionales por \$15.868.117.000, (ii) la adición de intereses y rendimientos financieros por \$51.317.043.000, (iii) la adición de ingresos brutos por \$67.185.160.000, (iv) renta líquida gravable en \$2.574.709.837.000, (v) impuesto a cargo por \$926.895.541.000, (vi) sanción por inexactitud (160%) por \$38.698.651.000, y (vii) saldo a pagar por \$1.173.307.332.000⁵. Acto confirmado con la Resolución nro. 900268 de 26 de diciembre de 2011, que resolvió el recurso de reconsideración⁶.

DEMANDA

La parte demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 1 de 1984 (en adelante, CCA), formuló en la demanda las siguientes pretensiones⁷:

A TÍTULO DE NULIDAD:

PRIMERA. Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión 122412010000015 del 26 de noviembre de 2010, acto administrativo mediante el cual el Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Montería modificó la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable 2007, presentada por CMSA.

SEGUNDA. Que se declare la nulidad de la Resolución 900268 del 26 de diciembre de 2011, acto administrativo mediante el cual la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por CMSA, confirmando la mencionada Liquidación Oficial de Revisión.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

TERCERA. Que como consecuencia de las declaraciones de nulidad anteriores y para restablecer el derecho de mi poderdante, se declare en firme la liquidación privada del impuesto sobre la renta y complementarios del período gravable 2007, presentada por CMSA el día 23 de abril de 2008.

PRETENSIÓN COMÚN A TODAS

Que se condene en costas y agencias en derecho a la Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Invocó como normas vulneradas los artículos 84 del Decreto 1 de 1984 (CCA), 7 del Decreto 4349 de 2004, 16 de la Ley 1111 de 2006, 260-1, 260-2, 260-3, 260-4, 647, 742 y 746 del Estatuto Tributario (ET).

Como concepto de violación la parte demandante planteó lo siguiente:

⁴ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: ED_CUADERNO7_CUADERNO7DEANEXOS. Pp. 35 a 64.

⁵ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: ED_CUADERNO8_CUADERNO8DEANEXOS. Pp. 166 a 205.

⁶ Ibidem. Pp. 228 a 262 y 385 a 414, respectivamente.

⁷ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: ED_DEMANDA_02DEMANDA. Pp. 2 a 3. Se presentó reforma a la demanda, que obra en Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: ED_REFORMADE_07REFORMADEMANDAYANE.(pdf).

Adición de ingresos brutos operacionales por exportaciones de ferroníquel

1.1. Los actos demandados son nulos por violación de los artículos 742 y 746 del ET, toda vez que la DIAN no determinó el impuesto sobre la renta de CMSA con fundamento en hechos probados, ni presentó prueba que desvirtuara la presunción de veracidad de la que goza la declaración privada.

Durante el año 2007, CMSA vendió a BHP Billiton Marketing AG Sucursal Singapur (en adelante BMAG)⁸, el 98,99% de su producción de ferroníquel, en virtud de un contrato de venta suscrito el 1º de julio de 2006, en el que se estipuló en la cláusula cuarta el cálculo del precio *Free On Board* (FOB) Cartagena, de conformidad con la siguiente fórmula: $(I.P.S.^9 = a^{10} + b^{11} - (c^{12} + d^{13}))$, ajustado posteriormente según el precio final del LME¹⁴, aplicable al despacho correspondiente.

Con fundamento en la aplicación de la fórmula antes señalada, el ingreso asociado a las ventas de ferroníquel, durante el año 2007, ascendió a \$3.708.787.195.000, suma que fue declarada por CMSA en los ingresos brutos operacionales de la declaración de renta del año gravable 2007.

La DIAN estimó que la referida fórmula no reflejaba una estructura de venta FOB, toda vez que la misma restaba los costos de distribución, transporte, almacenamiento, logística y seguros, del valor resultante de $a + b$, de manera que CMSA no debía deducir un valor que no asumía, en la medida en que, tratándose de una venta realizada en términos FOB, era BMAG quien debía adjudicarse los costos y gastos de transporte. Alegó la presunta inexistencia de pruebas que demuestren que el precio de referencia LME contiene un valor de flete por colocación en bodega o puerto, esto es, que el mencionado precio LME no es un precio FOB Cartagena, cuando la carga de la prueba estaba asignada a la autoridad tributaria, por ministerio de ley, y le exigía respaldar con pruebas que los hechos que la ley presumió como ciertos no lo eran -artículo 742 del ET.

1.2. El precio de referencia LME no es un precio FOB Cartagena. En el contrato de venta consta que CMSA vendía ferroníquel a su vinculada en términos FOB Cartagena, es decir, que la sociedad solo asume los gastos y responsabilidades derivados de la entrega de la mercancía hasta el momento en que ésta se encuentra a borde de buque. Bajo los términos de la Bolsa de Metales de Londres, la entrega de los metales en virtud de los contratos que han incorporado como precio de referencia el LME, se efectúa a través de una orden de entrega, en la cual se discrimina la marca del metal, el tonelaje exacto, la forma y la ubicación, con el propósito de que el portador de dicha orden adquiera el metal que compró en una de las bodegas aprobadas por la Bolsa de Metales de Londres.

⁸ Para la demandante «la vinculación entre CMSA y BMAG está dada por el supuesto establecido en el numeral 2 del artículo 450 del ET; son subsidiarias de la misma matriz».

⁹ «I.P.S.»: Precio por Despacho.

¹⁰ «a» es igual a $LME\ Prov \times T$; donde «LME Prov» corresponde al promedio del precio diario oficial para liquidaciones en efectivo en la Bolsa de Metales de Londres (el «London Metal Exchange» o simplemente el «LME») por tonelada métrica de níquel para el mes calendario completo previo al mes de despacho programado, y «T» corresponde al peso total del níquel contenido en el ferroníquel por cada embarque.

¹¹ «b» es igual a $P \times N$; donde «P» corresponde al premio que paga BMAG por calidad de ferroníquel vendido por CMSA, el cual es fijado trimestralmente con base en el Anexo B del Contrato (El Premio), y «N» al total de libras de níquel contenido en el ferroníquel por cada embarque.

¹² «c» es igual a $G.F.I. + D.T.$, donde «G.F.I.» corresponde a los costos de distribución, transporte, almacenamiento, logística y seguros acordados trimestralmente, y expresados en dólares por tonelada de níquel contenido, y «D.T.» a los impuestos descontables que se fijan trimestralmente, expresados en dólares por libra de níquel contenido.

¹³ «d» corresponde a un porcentaje de intermediación del 3%, calculado sobre la suma de «a» más «b» menos «c».

¹⁴ London Metal Exchange, denominación del inglés que en español corresponde a la Bolsa de Metales de Londres.



Adujo que, como prueba de lo anterior, aportó el concepto técnico rendido por Ben Thomas, analista perteneciente a Estándar Bank, donde explica que los precios negociados en la Bolsa de los Metales de Londres asumen la entrega física del metal adquirido en la red de bodegas aprobadas por la Bolsa. Frente al níquel adquirido FOB Cartagena, el técnico anota que para efectos de comparar el material a precios LME, el mismo tiene que considerarse con el metal en ubicaciones LME, razón por la cual habrá que incluir los costos relativos al transporte, embarque y desembarque, o en caso contrario restarlos. Similar análisis se refleja en el informe técnico rendido por *CRU Strategies* y por la Bolsa de Metales de Londres.

Según los documentos técnicos allegados, el material a precios *LME* es el ubicado en las respectivas bodegas. En ellos se explica por qué el precio del ferroníquel en términos FOB Cartagena requiere detraer los costos de flete, almacenamiento, logística y seguros, básicamente porque el precio *LME* ya los incluye. Esa fórmula parte de la base de que el precio de referencia internacional *LME* no es un precio FOB Cartagena, sino que aquel contiene un componente de costo *GFI*¹⁵ que debe detraerse para hallar el FOB, premisa según la cual CMSA emitió sus facturas a BMAG y declaró sus ingresos brutos operacionales.

Los actos administrativos son nulos por violación de los artículos 260-1, 260-2 y 260-4 del ET, toda vez que la DIAN no analizó la documentación comprobatoria

La Administración no evaluó ni analizó la documentación comprobatoria presentada por CMSA como soporte de su declaración informativa de precios de transferencia DIPT, para efectos de discutir la sujeción de la sociedad al régimen de precios de transferencia, aun cuando no existe norma legal ni reglamentaria que la exima. Se ha limitado a descalificar la fórmula convenida entre las partes en el contrato de suministro, sin pronunciarse sobre el método del análisis de precios de transferencia elegido por la sociedad, a sus comparables, o a la composición del rango intercuartil, desatendiendo las disposiciones que regulan los deberes formales y sustanciales del régimen de precios de transferencia. De ahí que adicionara ingresos brutos operaciones sin soporte legal. Ante la inactividad de la Administración frente a la metodología del análisis de precios de transferencia contenido en la documentación comprobatoria, debe atenderse a lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 260-2 del ET.

Lo expuesto evidencia que las operaciones realizadas entre CMSA y sus vinculados en el exterior respetaron el principio de plena competencia y, por ende, la fiscalización adelantada por una presunta inobservancia del régimen de precios de transferencia no aplicó los lineamientos establecidos en los artículos 260-1, 260-2 y 260-4 del ET.

La entidad afirmó que la sociedad no estaba obligada a presentar la documentación comprobatoria de que trata los artículos 260-4 del ET y 7 del Decreto 4349 de 2004, porque estaba sujeta al artículo 16 de la Ley 1111 de 2006¹⁶, norma que no es aplicable, toda vez que CMSA no se dedica a la exportación de minerales, comoquiera que el ferroníquel no lo es, sino es un producto transformado, como lo constató la DIAN en sede administrativa. Si en gracia de discusión se considerara que la sociedad estaba sujeta a la Ley 1111 de 2006, debe precisarse que, para el año 2007, el Ministerio de Minas y

¹⁵ Gastos Generales Fijos.

¹⁶ Relacionado con la obligación del Ministerio de Minas y Energía de fijar el precio de venta de exportaciones de minerales.



Energía se abstuvo de fijar el precio de exportación del ferroníquel, desapareciendo el supuesto que eximiría a la contribuyente de presentar la documentación comprobatoria.

La doctrina proferida por la Administración ha sostenido¹⁷ que para los exportadores sujetos a régimen de precio controlado no habrá lugar a aplicar los métodos previstos en el artículo 260-2 del ET, ni estarán obligados a la preparación o presentación de la documentación comprobatoria de que trata el artículo 260-4 ib. El presupuesto que libera al contribuyente de su obligación formal de preparar documentación comprobatoria es, en efecto, el acto de fijación del precio de venta de los minerales por parte del citado ministerio, quien ostentó tal facultad apenas a partir del 1 de julio de 2007. En todo caso, CMSA procedió de buena fe, remitió al Ministerio la información requerida –sin obtener respuesta– y dicho Ministerio tampoco ejerció su competencia con relación a la aplicabilidad del artículo 16 de la Ley 1111 de 2006, desapareciendo así el supuesto que eximiría al contribuyente de presentar la documentación comprobatoria, y a la DIAN, de revisarla.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la citada disposición y su Decreto reglamentario 1697 de 2007 fueron aplicables a las ventas efectuadas a partir del 1 de julio de 2007; en esa medida, le correspondía a la DIAN verificar la información contenida en la documentación comprobatoria, en relación con las ventas realizadas del 1 de enero a 30 de junio de 2007.

Adición de ingresos por intereses y rendimientos financieros

CMSA depositó sus excedentes de liquidez en custodia de su vinculada BHP Billinton Finance B.V. (BFBV)¹⁸, los cuales generaron ingresos por \$71.378.686.000. La DIAN desestimó el análisis en la documentación comprobatoria y determinó que el crédito pasivo que la sociedad tenía con Barclays Bank PLC correspondía al comparable interno a tener en cuenta para el estudio de precios de transferencia en la operación de depósito.

En la documentación comprobatoria se determinó que el método más adecuado para estudiar los ingresos por rendimientos de depósitos era el de Precio Comparable No Controlado (PC) y, dado que la sociedad no había realizado operaciones comparables con partes independientes en el periodo 2007, acudió a las tasas de depósito del mercado en dólares de los Estados Unidos (moneda en la que se pactaron las tasas de interés con BFBV).

La sociedad colocó sus recursos a resguardo de BFBV en calidad de depósito, y no de préstamo como lo determinó la Administración, pues el primero únicamente es de carácter gratuito, afirmación que contraría su naturaleza remunerada establecida por el Código de Comercio.

De acuerdo con las pruebas obrantes, la esencia de la operación entre CMSA y BFBV es mercantil y onerosa: en virtud del contrato de depósito, la sociedad colocó sus excedentes financieros a resguardo de BFBV como medida de protección frente a los riesgos inflacionarios y los inherentes al mercado del níquel, para que, después de un periodo, esta los devolviera reconociendo una tasa de interés similar a la que obtendría si hubiere invertido los excedentes en instrumentos del mercado financiero estadounidense, que fueron tomados por la contribuyente como comparables. Además, existen diferencias

¹⁷ Conceptos DIAN 52022 del 23 de julio de 2010, 67261 del 20 de agosto de 2009, 45064 del 6 de mayo de 2008, y 98673 del 30 de noviembre de 2007.

¹⁸ En adelante, BFBV.



entre las actividades, responsabilidades y riesgos asumidos en el caso del crédito con Barclays Bank PLC (tomado por la DIAN como tercero independiente) y el contrato de depósito celebrado con BFBV.

Falsa motivación por error de hecho

Del análisis de los rendimientos obtenidos por la sociedad en sus operaciones, se tiene que las situaciones de hecho en que se fundamentaron los actos demandados carecen de veracidad, pues la DIAN no puede afirmar que la tasa de interés obtenida por el depósito de sus excedentes de caja no superó la rentabilidad que se hubiera obtenido en una inversión nacional o no era suficiente para cubrir la pérdida por inflación correspondiente al año 2007, cuando lo cierto es que el resultado fue positivo y la tasa era consistente con las ofrecidas por el mercado financiero nacional en esa vigencia fiscal.

Improcedencia de la sanción por inexactitud

En caso de desestimarse los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, debe revocarse la sanción por inexactitud, comoquiera que *i)* el menor valor a pagar se deriva de una diferencia de criterio relativa al derecho aplicable y *ii)* los hechos y cifras registrados en la liquidación privada están completos y son verdaderos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, con fundamento en lo siguiente¹⁹:

La decisión de la Administración se fundamentó en los hechos probados en el expediente, para determinar que el precio de venta del ferroníquel parte de la base que el precio de referencia internacional LME es un precio FOB Cartagena y no contiene un componente de costo GFI que deba ser detrído para llegar a términos FOB Cartagena, presentándose el quebrantamiento de la presunción de veracidad de la declaración, por lo que se procedió, previa comprobación, a la adición de ingresos.

Adujo que, para efectos de la venta de minerales a vinculados económicos, se debe acudir a un método especial, no contemplado en el Estatuto Tributario, que no requiere de estudio previo, esto es, el precio mínimo fijado por el Ministerio de Minas y Energía.

Afirmó que los ingresos ordinarios que reporta el contribuyente y los descritos en la documentación comprobatoria, no están ajustados a la realidad, razón por la cual verificó la declaración de renta de 2007, y realizó los ajustes a la misma, sin modificar la declaración individual de precios de transferencia, ni la documentación comprobatoria, sin vulnerar los artículos 260-1 y 260-2 del ET, toda vez que se analizó el precio pactado en la venta del ferroníquel con la vinculada, el cual no se ajustó a los valores declarados.

Se refirió a la presunción de veracidad de la declaración, para lo cual citó jurisprudencia²⁰, y concluyó que no se vulneraron los artículos 742 y 746 del ET, porque no existe una limitación legal a las facultades de la Administración en el proceso de fiscalización sobre

¹⁹ SAMAI Índice 3: EXPEDIENTE DIGITAL ED_CONTESTACI_10CONTESTACIONREFORM. Págs. 1 a 92.

²⁰ Sentencias de 13 de marzo de 2003, exp. 12946, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, de 26 de septiembre de 2007, exp. 15109, del 22 de marzo de 2011, exp. 17152, (no indicó el C.P.),



las transacciones que se realizan con los vinculados económicos, la cual sería contraria a la finalidad misma del régimen de precios de transferencia, ya que para este tipo de operaciones, en las cuales interviene la venta de minerales, no es dable la presunción de ajustes a la mediana, y no se puede delimitar la realidad de una operación y restar importancia a los hechos plasmados en la declaración individual de precios de transferencia y las demás pruebas incorporadas en el expediente.

Solicitó no tener en cuenta el informe CRU anexo a la demanda, por tratarse de un hecho nuevo que no se encuentra probado, por cuanto no se encuentra demostrado el sitio ni el costo de bodegaje, hecho que fue llevado a la factura del consumidor final, la cual discriminó dicho valor. Además, los informes son documentos preparados por compañías extranjeras, con destino exclusivo a la sociedad, que no tienen representación en el territorio nacional, por consiguiente, no son imparciales en la discusión entre las partes.

Frente al cargo por vulneración de los artículos 260-1, 260-2 y 260-4 del ET, sostuvo que la adición de ingresos obedeció a que al LME no se le debe restar el costo del flete hasta el lugar de destino, pues los ingresos de referencia LME son precio FOB Cartagena.

Precisó que el artículo 16 de la Ley 1111 de 2006 estableció que el Ministerio de Minas y Energía fijaría el precio de venta de las exportaciones de minerales, cuando se trate de exportaciones que superen los cien millones de dólares al año, teniendo en cuenta los precios en términos FOB en puerto colombiano, que paguen los consumidores finales de ese mineral. Para tal efecto, el ministerio podrá solicitar a las empresas mineras, al exportador o a sus vinculados, las facturas de venta al consumidor final, y una certificación a los auditores fiscales en las que consten los valores de las transacciones. El gobierno reglamentará el procedimiento mediante el cual se dará aplicación a esta norma y fijará un término de transición para que el mismo entre en vigencia.

Agrega, que se debe aplicar la Ley 1111 de 2006, por encontrarse vigente para el momento en el cual el contribuyente presentó la DIPT por el año gravable 2007, cobijando las operaciones que se efectuaron con vinculados económicos, de manera que el contribuyente no estaba obligado a presentar la documentación comprobatoria de que trata los artículos 260-4 del ET y 7 del Decreto 4339 de 2004, en lo que se refiere a las ventas de ferroníquel, por ello la Administración verificó directamente el ingreso obtenido desde el precio pactado, no siendo posible analizar si las operaciones se encontraban a precios de mercado con base en los métodos previstos en el artículo 260-2 *ib*.

Conforme al artículo 338 de la CP, las leyes que regulen impuesto de periodo se aplican a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, dado que la Ley 1111 de 2006, fue expedida el 27 de diciembre de 2006, las disposiciones del impuesto sobre la renta aplican a partir del año gravable 2007.

En consonancia con lo anterior, el artículo 6 del Decreto Reglamentario 1697 de 16 de mayo de 2006 establece que para efectos del periodo de transición de que trata el artículo 16 de la Ley 1111 de 2006, dicha norma y los decretos que la reglamentan se aplicarían a partir el 1 de julio de 2007, y si bien el contribuyente presentó la documentación comprobatoria, esta no surte efecto jurídico alguno, porque debía demostrar que el ingreso obtenido se encontraba ajustado al valor señalado por el Ministerio de Minas y Energía para el año 2007, o en su defecto, a establecer el precio de acuerdo con lo pactado con su vinculado económico, es decir que el ingreso debió ser el real, conforme al desarrollo de la fórmula establecida en el contrato.



En lo que refiere a la objeción del método y a los comparables utilizados –los cuales, a juicio de la sociedad, demuestran que vendió a valores de mercado y se ubicó en el cuartil superior con lo cual obtuvo una rentabilidad superior– adujo que el argumento no tiene respaldo, ya que el ingreso no está conforme a las normas de oferta y demanda, y el precio –componente discriminado en la documentación– no se estableció en debida forma para la venta de minerales para exportación, por lo que procedía modificar la declaración de renta, adicionando los valores dejados de declarar conforme a los artículos 16 de la Ley 1111 de 2006 y 260-1 del ET, sin vulnerar el régimen de precios de transferencia, con lo cual la investigación se adelantó con base en los hechos y pruebas recopilados en el expediente.

En cuanto a que el precio de referencia LME no es un precio FOB Cartagena, señala que, al revisar la página web de London Metal Exchange y el contrato pactado con el vinculado económico BMAG, solo se establece como referencia del precio el valor del níquel, sin que se precise que el indicador esté en puerto o bodega internacional, es decir, no se pactó suma alguna a reconocer por transporte a puerto o bodega, pues solo se tomó como base la cotización que posee el mineral en la bolsa de metales de Londres; entonces, al no establecer un sitio de despacho, se encuentra que fue colocado por CMSA en Cartagena, al lugar establecido por el comprador final. Como el contribuyente vendió a precio FOB Cartagena, quien asume el transporte es el comprador, por lo que no puede detrarse el valor del flete al momento de fijar el precio de venta al vinculado económico, porque CMSA no asume tal gasto.

Dado que el ingreso está afectado por un valor inexistente, la operación no está a precio de mercado, pues se descontó un factor que ningún operador independiente tendría en cuenta, motivo por el que no se ajustó el estudio, sino el ingreso y, como este no es real, procede modificar la liquidación privada, dado que la contribuyente no desvirtuó que el indicador económico *LME* no comprende el flete por colocación en bodega o puerto.

En cuanto a la adición de ingresos por intereses y rendimientos financieros, la operación que realizó la actora con su vinculada no es un depósito simple, ya que existe una contraprestación en dinero pactada en una tasa internacional (libor) e incrementada en un porcentaje sobre la misma, y en el estudio de precios de transferencia el comparable utilizado fueron instrumentos de bajo riesgo de la Reserva Federal de los Estados Unidos, no idóneos, pues de esa compra no se recibe una contraprestación de manera directa por el Estado; es una inversión de la que se obtiene rendimiento, que en nada tiene que ver con los intereses que se pactan por préstamos en dinero, pues estos se determinan de acuerdo con el comportamiento mercado financiero, mientras que la rentabilidad de los títulos la da el comportamiento del mercado bursátil, por lo que procedía su rechazo.

Consideró que el comparable que se acercaba a la operación mercantil desarrollada era uno interno, siendo este el préstamo que se obtuvo con el banco Barclays Bank PLC y vigente para el año 2007, ya que se ajusta en mayor medida a la figura operación desarrollada entre CMSA y su vinculada BHP Billiton Finance BV (BFBV), tomando como referente la tasa de interés de captación frente al ingreso que se percibe por la colocación en el exterior.

Al modificar el estudio de precios de transferencia y adicionar ingresos por intereses y rendimiento financieros, tuvo en cuenta el plazo y año de realización frente a la rentabilidad, adicionando el margen establecido para la operación de crédito, la cual le permite obtener la rentabilidad. Al sustentar el comparable y cambiarlo, realizó los ajustes pertinentes, toda vez que la tasa de interés con la cual se constituyó el préstamo se pactó a un plazo superior y en un año anterior, por lo que se procedió a aplicar la tasa libor



vigente a la fecha de otorgamiento del crédito con el vinculado correspondiente, al plazo pactado (30, 60 o 90 días), por lo tanto, no son ciertas las afirmaciones que presenta el demandante respecto a que se tomó el préstamo que se tenía en forma plena.

No hay prueba que demuestre cómo se pactó la colocación de las sumas de dinero o la rentabilidad obtenida, simplemente alegó la inoperancia en materia de ajustes para comparar las operaciones de empréstito, pese a tener la carga de la prueba para demostrar que la operación no debía ser objeto de modificación, respecto al comparable utilizado. Tampoco obra prueba que permita establecer que la contribuyente estaba interesada en resguardar sus excedentes de liquidez de otros factores diferentes a la inflación o la devaluación del peso. Al corresponder a préstamos, debió obtener rendimientos a, por lo menos, una tasa equivalente a la inflación, así que, resguardar el recurso en el exterior no llenó las expectativas del mercado, debiendo ser ajustados.

Sostiene que, así se haga el ajuste de paridad de la tasa de interés pactada entre CMSA y BFBV, esta no cumple el principio de plena competencia (-5,436%) frente a las tasas ofrecidas por los bancos colombianos en CDT'S (5,690%), conllevando a que CMSA, favorezca a su vinculada cobrándole una menor tasa de interés que un tercero en condiciones de mercado estaría dispuesto a pactar, incumpliendo el citado principio.

De otra parte, manifiesta que los actos demandados están debidamente motivados de forma seria, adecuada y suficiente, el hecho que no se esté de acuerdo con los comparables, no significa que exista falsa motivación en la decisión adoptada por la DIAN.

La sanción por inexactitud es procedente en los términos del artículo 260-10 del ET, pues la contribuyente incluyó ingresos inexistentes en su denuncia privado. No se configuró la diferencia de criterios, comoquiera que la Administración probó que las operaciones no cumplieron el principio de plena competencia.

Trámite procesal en primera instancia

Mediante auto del 27 de mayo de 2015²¹ se incorporaron las pruebas allegadas por la parte demandante y demandada y, en providencia del 8 de julio de 2015²² se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran los alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

SENTENCIA

El tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas por la DIAN, anuló los actos administrativos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, declaró en firme la liquidación privada del impuesto sobre la renta del año gravable 2007, sin condenar en costas, con fundamento en lo siguiente²³:

Al tratarse de operaciones entre vinculados económicos, se debe cumplir el régimen de precios de transferencia, y la prueba idónea para ello es la documentación comprobatoria²⁴. La DIAN manifestó en la liquidación oficial de revisión que dentro de las

²¹ SAMAI Índice 3 EXPEDIENTE DIGITAL: ED_AUTODEPR_20AUTOTIENECOMOPRUEB.

²² SAMAI Índice 3 EXPEDIENTE DIGITAL: ED_AUTOCORRE_24AUTOCORRETRASLADOA.

²³ SAMAI tribunal Índice 2.

²⁴ Citó la sentencia del 5 de noviembre de 2020, exp. 21990, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.



respuestas del contribuyente al requerimiento especial se dispone que la información comprobatoria del régimen de precios de transferencia con el vinculado está dentro del rango permitido sin que se quebrante el principio de plena competencia.

Advierte que, en los actos enjuiciados, la Administración no objetó la metodología para determinar el rango de los precios de transferencia, por lo que no hay lugar a reajustar los precios de venta del ferroníquel con BMAG. Al estar los precios dentro del rango permitido no se quebranta el principio de plena competencia; sin embargo, la misma DIAN presume ingresos adicionales al detraer el costo del flete y seguros de la fórmula de determinación del precio de venta entre las vinculadas, lo cual revela el método, que se puede observar en la información comprobatoria aportada, que expresa la fórmula para fijar el precio de venta de ferroníquel.

Las variables que se fijan en la fórmula de determinación del precio están sometidas al principio de autonomía y libertad contractual realizada por las partes, siempre que no se incumpla el principio de plena competencia. La intención de la fórmula es determinar el precio de venta del ferroníquel, más no modificar la modalidad FOB estipulada en el contrato, por lo que no existe justificación para detraer de la fórmula contractual el concepto GFI, el cual corresponde a costos de distribución, transporte, almacenamiento, logística y seguros, variable que CMSA no puede incluir, en razón a que las ventas son realizadas con la modalidad FOB, donde estos costos son asumidos por el comprador - vinculado BMAG- desde la entrega de mercancía en el puerto.

A efectos de que la Administración pueda detraer un concepto de una fórmula y presumir mayores ingresos operacionales, es necesario romper con la presunción de veracidad con la que cuentan las declaraciones tributarias -artículo 746 del ET-; es decir, que le asiste el deber de presentar prueba del mayor flujo de capital o mayores utilidades que llegaron a CMSA, lo cual no ocurrió. Por consiguiente, existe una falsa motivación de los actos demandados, toda vez, que no se comprobó la inexactitud alegada en la declaración privada.

En cuanto a la adición de ingresos por rendimientos financieros, el contrato de depósito mercantil es, por naturaleza, remunerado a favor del depositario, sin que ello implique que se trata de un contrato de mutuo con intereses, o un préstamo, como lo adujo la Administración. No obra prueba en el expediente de la existencia de rendimientos financieros reales que el contribuyente haya recibido por préstamos a sus vinculados y que, a su vez, desconozcan el principio de plena competencia.

No condenó a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería en costas, al no evidenciarse temeridad o mala fe en la conducta de las partes -artículo 171 del CCA-.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente²⁵:

Adición de ingresos por la exportación de ferroníquel. La Administración analizó ampliamente las pruebas aportadas y la documentación comprobatoria presentada por CMSA, de las que concluyó que, con la entrada en vigor de la Ley 1111 de 2006, el

²⁵ SAMAI tribunal Índice 7.



contribuyente debía demostrar que el ingreso obtenido se ajustaba por lo menos al valor señalado por el Ministerio de Minas y Energía para el 2007, o en su defecto, que se encontraba obligada a establecer el precio del ferroníquel de acuerdo con lo pactado con su vinculado económico. De ahí que el ingreso declarado debió ser el real y establecido conforme al desarrollo de la fórmula acordada en el contrato.

La determinación del precio de venta no se limita a la aplicación de una simple fórmula para presumir mayores ingresos operacionales del contribuyente, como lo indica el *a quo*. En la depuración de la renta líquida gravable, el ingreso es un factor determinante y los actos cuestionan que el contribuyente detrajera el flete para obtener el ingreso operacional. Por ello, al ser evidenciadas las irregularidades en su depuración, se glosaron tales conceptos, como se observa en la liquidación oficial de revisión y en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración.

Así, en los actos demandados se sustentó la glosa por la venta de ferroníquel y se concluyó que ni CMSA ni su vinculada debían detraer del precio pactado por la venta de ferroníquel del LME valor alguno por fletes, porque el indicador económico no tiene inserto flete por colocación en bodega o puerto y no existe prueba que desvirtúe tal hecho.

En cuanto a la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias, citó apartes de la sentencia del Consejo de Estado, del 19 de noviembre de 2020, exp. 23920, y señaló que, al notificar el requerimiento especial al contribuyente, se invirtió la carga de la prueba y, desde ese momento, le correspondía a la actora probar los hechos glosados; sin embargo, con la documentación aportada no se desvirtuaron las glosas propuestas.

Adición de ingresos por intereses y rendimientos financieros. Los argumentos del tribunal son contrarios a la verdad, toda vez que la DIAN, en los actos demandados, sustentó y probó que la rentabilidad que obtuvo el contribuyente por la colocación de los excedentes no se encuentra ajustada a valores de mercado, es decir, los rendimientos generados no alcanzaron siquiera a compensar la pérdida por exposición a la inflación, ni la diferencia en cambio, variables que deben ser tenidas en cuenta al evaluar la operación como lo haría un operador independiente.

Precisó que no discutió la naturaleza del contrato; el estudio se concretó en establecer la adición de ingresos por intereses y rendimientos, conforme a las pruebas e indicios recopilados con ocasión a la respuesta al requerimiento especial.

Citó apartes de los actos demandados y señaló que, analizado el artículo 260-3 del ET, el comparable que se acercaba a la operación mercantil desarrollada era uno interno: el préstamo con el Banco Barclays Bank Pic, vigente a 2007, que se ajustaba en mayor medida a la figura pactada entre CMSA y la vinculada, y se tomó como referente la tasa de interés de captación frente al ingreso percibido por la colocación en el exterior.

Concluyó que la DIAN probó la adición de ingresos por intereses y rendimientos financieros, frente a lo cual señala que, por el contrario, CMSA no pudo demostrar cómo se pactó la colocación de las sumas de dinero o la rentabilidad obtenida, pues en su defensa simplemente destacó la inoperancia en materia de ajustes para comparar las operaciones de empréstitos. La accionante tampoco anexó material probatorio que corroborara que la operación realizada no debía ser objeto de modificación respecto al comparable utilizado.

Trámite procesal en segunda instancia



La **demandante** sostuvo que en el recurso de apelación presentado por la DIAN transcribió apartes de los actos demandados, sin presentar motivos de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Citó apartes de la sentencia en relación con el cargo de adición de ingresos y los fundamentos del recurso de apelación, para pedir que se confirme la providencia de primera instancia, al demostrarse que la sociedad no percibió mayores ingresos a los declarados.

Respecto a la adición de ingresos por intereses y rendimientos financieros indicó que comoquiera que el *a quo* reconoció que era jurídicamente posible celebrar un contrato de depósito remunerado, y que la demandada no presentó elementos fácticos, jurídicos o probatorios que contravirtieran tal decisión y demostrara que el contrato celebrado por CMSA debía calificarse como un préstamo, dicha apreciación no tiene la vocación de demostrar la legalidad de los actos administrativos demandados ni de generar la revocatoria de la sentencia de primera instancia²⁶.

La **DIAN** reiteró los argumentos de la apelación²⁷.

El **Ministerio Público** no intervino en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide sobre la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión 122412010000015 del 26 de noviembre de 2010, por medio de la cual la Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2007 presentada por Cerro Matoso S.A., y de la Resolución 900268 del 26 de diciembre de 2011, proferida por la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, por la cual se decidió el recurso de reconsideración contra la anterior, en el sentido de confirmarla.

En los términos del recurso de apelación presentado por la entidad demandada -apelante única-, la Sala determinará la procedencia de la adición de ingresos efectuada a través de los actos acusados (i) por venta de ferroníquel a un vinculado económico, y (ii) por intereses y rendimientos financieros obtenidos en virtud del contrato de depósito con un vinculado económico.

1. Ingresos por venta de ferroníquel a un vinculado económico

El tribunal consideró que la DIAN no objetó la metodología para la determinación del rango de los precios de transferencia en la operación de compraventa de ferroníquel efectuada entre CMSA y BMGA para el año gravable 2007, por lo que no existe motivo para realizar un reajuste a los precios de venta del ferroníquel, y adujo que, al estar los precios dentro del rango permitido, no se quebrantaba el principio de plena competencia.

²⁶ SAMAI Índice 30.

²⁷ SAMAI Índice 31.

Sin embargo, destacó que la administración presumió ingresos adicionales al detraer el costo del flete de la fórmula de determinación del precio de venta del ferroníquel entre las vinculadas y agregó que las variables a fijar en la referida fórmula están sometidas al principio de autonomía y libertad contractual entre las partes, siempre que no se incumpla con el principio de plena competencia. Adujo, además, que la intención de la fórmula establecida en el contrato era determinar el precio de venta del ferroníquel, más no modificar la modalidad FOB estipulada en el contrato, por lo que no existió justificación para detraer el concepto GFI de la fórmula contractual.

En contraste, la DIAN señaló que la determinación del precio de venta del ferroníquel no se limitaba a la aplicación de una simple fórmula para presumir mayores ingresos operacionales del contribuyente, como lo indicó el *a quo*. En la depuración de la renta líquida gravable, el ingreso es un factor determinante y los actos cuestionan que el contribuyente detrajera el flete para obtener el ingreso operacional. Por ello, al ser evidenciadas las irregularidades en su depuración, se glosaron tales conceptos, se sustentó por la venta de ferroníquel, y se concluyó que ni CMSA ni su vinculada deben detraer del precio pactado por la venta de ferroníquel del LME valor alguno por flete, porque el indicador económico no tiene inserto el flete por colocación en bodega o puerto y no existe prueba que desvirtúe tal hecho.

Para resolver, en el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

i) Cerro Matoso S.A. y BHP Billiton Marketing AG Sucursal Singapur el 1º de julio de 2006 celebraron contrato de venta de ferroníquel²⁸. En la cláusula cuarta, se pactó el precio de venta en los siguientes términos:

«4. Precio

4.1. Precio interino

El precio FOB interino por despacho de Ferroníquel se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$I.P.S. = a + b - (c + d)$$

Definiciones:

<i>I.P.S.</i>	<i>= Precio interino por despacho (“Precio interino” o “Pago Interino”)</i>
<i>a</i>	<i>= LME Prov. x T</i>
<i>b</i>	<i>= P x N</i>
<i>c</i>	<i>= G.F.I. + D.T.</i>
<i>d</i>	<i>= hasta un 3% calculado sobre la suma de a más b menos c, según lo descrito en la cláusula 4.5.</i>
<i>“LME” Prov</i>	<i>= El promedio de los precios oficiales diarios para liquidaciones en efectivo en el LME por tonelada métrica de níquel para el mes calendario completo anterior al mes del despacho programado. Las partes podrán convenir por escrito otra cotización reconocida a nivel internacional, la cual se utilizará para efectos de fijar precios provisionales, o alternatively las partes acordarán cualquier base de precios provisionales, o alternatively las partes acordarán cualquier base de precios provisionales considerada equitativa y justa para ambas partes.</i>
<i>“T”</i>	<i>= El tonelaje total de níquel contenido en ferroníquel por despacho relevante.</i>

²⁸ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: 037ED_CUADERNO4_CUADERNO4DEANEXOS. Traducción oficial Pp. 68 a 95.



- “P” = Una prima basada en la calidad del ferroníquel, expresada en dólares de los Estados Unidos (“USD”) por libra de níquel contenido. La prima será fijada trimestralmente por anticipado según se muestra en el Anexo B.
- “N” = Libras totales de níquel contenido en ferroníquel por despacho relevante.
- “G.F.I.” = Los costos de distribución trimestrales acordados incluyendo fletes, almacenamiento, logística y seguros, expresados en USD/t de Níquel contenido, base 35% de Níquel contenido según se muestra en el Anexo B.
- “D.T.” = La cantidad trimestral acordada de Impuestos Deducibles expresados en USD/lb de Níquel contenido, según lo descrito en la Cláusula 4.4., que el Vendedor tiene derecho a descontar del Precio Interino y el Precio según aparece en el Anexo B.

[...]

4.4. El descuento

El “**Descuento**” será un porcentaje del Precio Bruto de todo el Ferroníquel, donde Precio Bruto significa el Precio Final del LME más prima menos GFI menos DT. El porcentaje relevante será el 3% de dicho Precio Bruto.

5. Despacho y entrega

5.1. El Ferroníquel será entregado FOB, Cartagena, República de Colombia (según Incoterms 2000), o (previa notificación con noventa (90) días de anticipación) en el otro punto de entrega en Colombia (el “**Punto de Entrega Alternativo**”) que pueda designar el Comprador de tiempo en tiempo; aclarándose, no obstante, que cualesquiera cargos por despacho, seguros y relacionados incurridos para entregar el Ferroníquel a un Punto de Entrega Alternativo que excedan de los cargos por despacho, seguros y relacionados que se habrían incurrido en la entrega FOB, Cartagena, República de Colombia, correrán por cuenta del Comprador.

[...]

Anexo B

(A) Ponderaciones

[...]

(C) G.F.I. y D.T.

Las partes acordarán trimestralmente por anticipado el costo FOB pasado esperado por libra de níquel contenido y el monto de los impuestos deducibles. Para el trimestre que comienza el 1º de julio de 2006, las tarifas aplicadas serán:

G.F.I. = USD 149 por tonelada de Níquel

D.T. = USD 0 por tonelada de Níquel».

Respecto de esta prueba, la Sala destaca que las partes pactaron en la cláusula 4ª, en esencia y con base en la fórmula acordada, que el precio de venta del ferroníquel se liquida sobre el promedio de los precios oficiales diarios para las liquidaciones en efectivo registrados en la Bolsa de Metales de Londres -LME- (“LME Prov”, en la variable “a” de la fórmula) por tonelada métrica de níquel para el mes calendario completo anterior al mes del despacho programado, valor del que, aplicada parte de la fórmula, se procede a deducir, entre otros, los costos de fletes, almacenamiento, logística y seguros (“GFI”, comprendido en la variable c), atendiendo la referida fórmula. También se acordó, en la cláusula 5ª, que la entrega se realizaría en términos FOB Cartagena, lo que indica que CMSA asume los gastos y los riesgos inherentes a la mercancía hasta su entrega en el buque.

ii) En la Liquidación Oficial de Revisión 122412010000015 del 26 de noviembre de 2010, la Administración sustentó la adición de ingresos con los siguientes argumentos²⁹:

«El concepto glosado por la División de Gestión de Fiscalización que incrementó los ingresos operacionales por venta del mineral son: los fletes, ya que estos son un componente del precio de venta para llegar al ingreso declarado por el contribuyente. El componente flete se encuentra contabilizado en la cuenta de ingreso 41205903, al ser detraídos del precio de referencia LME, configura un menor valor del ingreso o una disminución de la renta líquida gravable.

[...]

De la lectura que se hizo al contrato de ventas no existe referencia alguna que en el precio acordado por las partes sea en puerto de destino e incluya el flete, además entre los factores de mercado que pueden incidir en el precio de los commodities de minerales están: la oferta y demanda mundial del bien, el nivel de existencias, la tasa de cambio, la tasa de interés y la liquidez y la volatilidad del precio o nivel de especulación de commodities respecto de otro activo subyacente, pero el concepto de transporte no es determinante del precio spot.

[...]

Aunque el contribuyente hace un esfuerzo por tratar de demostrar que al precio de referencia del LME se debe detraer el concepto flete por ser aquel (el precio LME) en un puerto de destino, que podría ser en Europa, Asia o Estados Unidos (lo que infiere que por dicha ubicación geográfica el transporte no puede ser igual); no se puede aseverar que el precio de referencia del LME es en puerto de destino; porque le estaría dando el mismo valor del costo de flete a un embarque sin importar el puerto a donde llegue el ferroníquel, lo cual hace que el valor que el contribuyente está detrayendo del ingreso operacional se base en un supuesto y no en valores económicos reales, tal como se ha venido demostrado (sic) a lo largo de este escrito que el precio que publica la LME es solo un precio de referencia sin incluir esta variable (flete).

[...]».

iii) Informe técnico elaborado por *CRU Strategies* (y su traducción oficial) bajo el título «Base para fijación de precios del ferroníquel para Cerro Matoso»³⁰, en el que se expuso la naturaleza en bodega del contrato LME, en los siguientes términos:

«[...] Así como un mercado para contratos futuros, la LME también ofrece opciones de entrega física. Esto permite que un productor de níquel pueda entregar un producto no vendido en una bodega aprobada por la LME, a cambio de un recibo conocido como garantía. La garantía es un instrumento financiero que se puede canjear inmediatamente por efectivo. Por lo tanto, el precio LME refleja el valor de la garantía si se hace el canje por efectivo.

Para poder emitir la garantía, el productor tiene que entregar su producto en una bodega aprobada por la LME. [...] Los almacenes están ubicados cerca de los principales centros de consumo de metales en el mundo, y el más cercano a Colombia está ubicado en Nueva Orleans, Estados Unidos. La LME no es propietaria ni ejerce control sobre los almacenes, y por ende, no establece los términos de alquiler y manejo, los cuales corresponden a una negociación comercial entre la bodega y sus clientes, si bien, la LME impone y publica cargos máximos.

[...]

El precio LME, entonces, corresponde al precio logrado por el vendedor después de la entrega de un cierto tonelaje de níquel a una bodega aprobada por la LME. El vendedor incurre en el costo de transportar el metal al almacén, pero no en el costo de descargar el material en la bodega y la posterior carga del material en el camión utilizado por el comprador final del metal.

²⁹ Pp. 10 y 12 de la liquidación oficial.

³⁰ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: 007ED_REFORMADE_07REFORMADEMANDAYANE. Pp. 307 a 325.



Luego, el precio FOB en el puerto del vendedor, utilizando el precio LME como referencia, será el precio LME menos las tasas de flete, almacenamiento, logística y seguros entre el puerto del vendedor y la bodega aprobada por la LME más cercana a la ubicación del cliente.

2. Tasas de flete

El precio FOB aplicable al níquel en Cartagena, según los términos de la LME, deberían corresponder al precio LME menos la tasa de flete entre Cartagena y la bodega aprobada por la LME [...].».

Este mismo documento se refirió, en específico, a la determinación del precio de venta pactado entre CMSA y BMAG, así³¹:

«5.2 Referencia de precio LME

El valor del níquel se expresa en la fórmula como el precio LME efectivo promedio en el mes anterior al mes del cargamento. Este período de cotización es una práctica razonable común en cualquier lugar dentro de la industria de los metales. El promedio resultante de los precios en efectivo de liquidación diaria asegura el equiparamiento de cualquier tipo de fluctuación a corto plazo en el precio en efectivo y garantiza que el precio refleje justamente la realidad del mercado durante un ciclo de negocios.

[...]

5.4 Deducciones GFI

La fórmula establece que el flete, almacenamiento, logística y seguros se deben deducir del precio FOB. Esto es correcto, dado que el vendedor cubre todos estos costos con respecto a cualquier metal comercializable LME que se venda sobre la base del precio LME más una prima».

iv) «Concepto rendido por Ben Thomson, analista del Standard Bank en Londres» aportado con la demanda, junto con su traducción oficial, en el que se esbozó lo siguiente sobre el cálculo del precio FOB Cartagena en relación con el promedio oficial transado en el LME³²:

«La Bolsa de los Metales de Londres (LME) es un mercado de productos en donde los precios se basan en entrega física de metal a las ubicaciones de red de bodegas aprobadas por la Bolsa. Lo que se comercia en la LME son realmente loas (sic) denominadas “garantías”. La garantía es un documento de título que prueba que alguien es el propietario de una cierta cantidad [6 toneladas métricas en el caso del Níquel] de metal ubicado en una bodega aprobada por la LME en alguna parte alrededor del mundo. La red de bodegas de LME se describe bajo este enlace del Sitio Web de la LME [...].

El Níquel ubicado en Cartagena [ignorando por el momento que FeNi no es un producto entregable por LME] no cumple con este criterio. En otras palabras, si usted tiene metal Níquel ubicado en Cartagena, para comparar este material con precios LME, usted tiene que compararlo con metal Níquel en ubicaciones LME. Para mover Níquel de Cartagena a una ubicación LME para entregarlo como garantía y ganarse el precio LME, usted incurriría en costos para las siguientes operaciones:

- Transporte en Contenedores
- Embarque
- Costo de transporte (por ejemplo a New Orleans o Rotterdam u otra ubicación aprobada LME)
- Desembarque
- Desempaque de Contenedores

³¹ Ibidem. Pp. 317 y 320.

³² SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: ED_PODERYAN_01PODERYANEXOS. Pp. 108 a 109.



- Transporte posterior a la bodega
- Costo de poner el material en "garantía"
- Financiación del material va a través de la cadena logística anterior

Vender metal sobre la base FOB Cartagena en consecuencia no es la misma comparable (también llamada "Paridad") a la del precio LME publicado. El precio LME en consecuencia necesita ser ajustado por elementos de costos a.m. para estar a paridad con una entrega sobre la base FOB Cartagena

(...).

v) La documentación comprobatoria de precios de transferencia del periodo fiscal 2007, presentada por CMSA, puntualizó lo siguiente³³:

«El primer componente del precio de venta unitario se calcula a partir de lo establecido en la Bolsa de Metales de Londres [...] más un Premium por la calidad del ferroníquel exportado. Dicho precio sería el mismo cobrado por BMAG en la venta a sus clientes [...].

Adicionalmente, de este precio inicial se descuentan los gastos de operación proyectados de BMAG, correspondientes al manejo y transporte de los productos, con el fin de obtener un precio a un valor FOB en puerto colombiano, generalmente Cartagena.

[...]

[E]l precio inicial de venta es aquel que toma como base el LME más el Premium. Si CMSA estuviera vendiendo directamente a los terceros en el exterior sobre la base del LME más el Premium, la Compañía tendría la necesidad de incurrir en gastos de transporte y logística. Dado que en el caso de CMSA y BMAG, la venta de los productos se realiza a valores FOB en el puerto colombiano, es apropiado descontar del precio de venta base, el valor de los fletes y otros gastos de transporte en los cuales la Compañía no está incurriendo».

La valoración integral de las pruebas reseñadas da cuenta de que el precio del ferroníquel que se transa en la Bolsa de Metales de Londres -LME se basa en la entrega física en las bodegas aprobadas por ésta, por lo que el precio de referencia contenido en la fórmula del contrato (LME Prov, variable a) no corresponde al de entrega en puerto colombiano, pues el valor LME parte de la base de que el metal está resguardado en los referidos almacenes, lo que comprende los costos asociados a su entrega en esa localización.

Así, dado que en el contrato de venta se pactó que la mercancía se entregaría FOB Cartagena, es claro que CMSA asume los costos y los riesgos de su manejo hasta su embarque en puerto. Es así como, al confrontarse el precio de referencia LME y el FOB Cartagena, lo procedente es descontar los costos de embarque, transporte y desembarque para determinar el precio de venta de la mercancía, en los términos pactados en el contrato, comoquiera que el primero corresponde al valor promedio del ferroníquel ubicado en bodega "LME", mientras el segundo se refiere a la entrega dentro del territorio nacional.

De razonarse que no debe detraerse la variable GFI para determinar el precio de venta, implicaría asumir que esos costos fueron sufragados por la actora en su condición de vendedora, se contravendría la naturaleza de la operación pactada en el contrato, según la cual, tales expensas están a cargo de la compradora - CMSA, teniendo en cuenta que el precio de referencia LME se liquida sobre el metal localizado por fuera del territorio nacional que, se reitera, no corresponde a un precio FOB Cartagena.

³³ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: ED_REFORMADE_07REFORMADEMANDAYANE. Pp. 177 y 179.



Además, si bien dicha circunstancia no fue controvertida por la DIAN, es oportuno precisar que la documentación comprobatoria concluyó que las operaciones de exportación de ferroníquel a BMAG cumplen con el principio de plena competencia (analizando cada variable que conforma el precio de venta).

Entonces, contrario a lo alegado por la apelante, la contribuyente acreditó que el precio de referencia *LME* no corresponde al valor de la mercancía en términos *FOB* Cartagena y, en consecuencia, bien podía detraer los costos *GFI* para determinar el valor en puerto, con lo cual procede confirmar lo resuelto por el tribunal frente a la adición de ingresos por venta de ferroníquel.

Por otra parte, la DIAN, al señalar que no procedía el análisis de la documentación comprobatoria por considerar que, conforme al artículo 16 de la Ley 1111 de 2006³⁴, el ingreso debía ajustarse al valor señalado por el Ministerio de Minas y Energía, desconoció que para la fecha de causación del impuesto sobre la renta del año gravable 2007 –31 de diciembre de 2007–, el citado Ministerio aún no había expedido el acto administrativo que fijaría el precio de venta de minerales para el segundo semestre de 2007, de manera que no era posible adelantar la comparación correspondiente al precio de venta del ferroníquel a vinculados del exterior. En consecuencia, ante la inexistencia de la determinación del precio de venta de minerales no era dable que la DIAN le exigiera a la actora la aplicación del parámetro fijado por el Ministerio de Minas y Energía.

No prospera el cargo de apelación.

2. Ingresos por intereses y rendimientos financieros en contrato de depósito con un vinculado económico

Frente a este cargo, el tribunal afirmó que el contrato de depósito mercantil, que contenga una remuneración a favor del depositario, no pierde su naturaleza con tal condición, ni por ello puede considerarse un contrato de mutuo con intereses, o un préstamo, como lo adujo la Administración. Señaló el *a quo* que no obra prueba alguna de la percepción de rendimientos financieros reales por el contribuyente derivados de préstamos a sus vinculados, que, a su vez, desconozcan el principio de plena competencia.

La DIAN, a su turno, consideró que los argumentos de la decisión de primera instancia se alejan de la realidad, pues los actos acusados dan cuenta de la rentabilidad obtenida por la actora por la colocación de los excedentes, la cual, además, no atendía los valores de mercado. Explicó que los rendimientos generados no alcanzaron a compensar la pérdida por efecto de la inflación, ni la diferencia de cambio, variables que deben ser valorados en este tipo de transacciones como ocurriría con un operador independiente; al respecto, sin perjuicio del tipo de contrato, lo relevante era determinar la realidad de los ingresos por intereses y rendimientos financieros, de acuerdo con las pruebas e indicios obrantes.

³⁴ Al respecto, en Sentencia de 10 de mayo de 2018, exp. 20698, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, esta Sección indicó que "el artículo 16 de la Ley 1111 de 2006 establecía que el Ministerio de Minas fijaría el precio de venta de las exportaciones de minerales cuando estas superaran los USD\$100,000,000 al año, teniendo en cuenta los precios en términos FOB en puerto colombiano que pagaran los consumidores finales de los minerales. Adicionalmente, el Gobierno reglamentaría el procedimiento mediante el cual se daría aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1111 de 2006. En desarrollo de este mandato, el Gobierno expidió el Decreto 1697 de 2007, cuyo artículo 5 dispuso que, para los exportadores obligados al régimen de precios de transferencia, sus ingresos por ventas de minerales a vinculados serían los que resultaran de la aplicación del precio fijado por el Ministerio de Minas. Para estos efectos, el Ministerio de Minas, previo recibo de la información prevista en el artículo 2 del Decreto 1697 de 2007, procedería a expedir el acto administrativo en donde se fijaría el precio de venta para cada exportador."

Agregó que del análisis del artículo 260-3 del ET, el comparable que se acercaba a la operación mercantil en cuestión, pactada entre BHP Billiton Finance B.V – BFBV- y CMSA era el préstamo obtenido con el Banco Barclays Bank Pic, vigente a 2007, que se ajustaba en mayor medida a la figura pactada entre CMSA y la vinculada, tomando como referente la tasa de interés de captación frente al ingreso percibido por la colocación en el exterior.

Ahora bien, para resolver se precisa que los artículos 260-1 y siguientes del ET, vigentes para el periodo gravable 2007, regulaban el régimen de precios de transferencia, aplicable a los contribuyentes del impuesto sobre la renta que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior, y los obligaba a determinar sus ingresos, costos y deducciones, teniendo en cuenta los precios y márgenes de utilidad de operaciones comparables con o entre partes independientes, para que prevalezcan los precios de mercado y no los fijados artificialmente por las partes, por su vinculación económica, para aminorar su carga fiscal.

El inciso 2º del artículo 260-1 *ibidem* disponía que la administración tributaria, en desarrollo de sus facultades de verificación y control, podría determinar los ingresos ordinarios y extraordinarios, al igual que los costos y deducciones de las operaciones realizadas por los contribuyentes con vinculados económicos o partes relacionadas, *«mediante la determinación del precio o margen de utilidad a partir de precios y márgenes de utilidad en operaciones comparables con o entre partes no vinculadas económicamente, en Colombia o en el exterior»*.

Así, el artículo 260-8 *ib.* preveía que los obligados deben presentar una declaración informativa anual de sus operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, y el artículo 260-4 del mismo estatuto establecía que deben preparar y enviar la documentación comprobatoria por cada operación, para demostrar la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen de precios de transferencia.

Por su parte, el artículo 260-2 del ET indicaba los métodos para determinar el precio o margen de utilidad en las operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, dentro de cuales se encuentra el de Precio Comparable no Controlado (PC), que *«consiste en considerar el precio de bienes o servicios que se hubiera pactado entre partes independientes en operaciones comparables»*. Esa misma norma otorga la posibilidad de ajustar los rangos mediante métodos estadísticos, como lo es el rango intercuartil.

Las transacciones comparadas deben evaluarse de conformidad con el artículo 260-3 *ibidem*, que establece los criterios de comparabilidad entre vinculados económicos y partes independientes, de lo que se destaca la posibilidad de realizar ajustes técnicos económicos razonables en aras de que se permita una mayor comparabilidad. Según tal disposición, *«se entiende que las operaciones son comparables cuando no existen diferencias entre las características económicas relevantes de éstas y las del contribuyente que afecten de manera significativa el precio o margen de utilidad a que hacen referencia los métodos establecidos en el artículo 260-2 o, si existen dichas diferencias, su efecto se puede eliminar mediante ajustes técnicos económicos razonables. (...)»*.

El artículo 7 del Decreto 4349 de 2004³⁵ exigía que la información específica de la documentación comprobatoria de precios de transferencia contenga la descripción detallada y soportes de cada uno de los tipos de operación llevada a cabo en el respectivo periodo gravable, por lo que deberá *«analizarse por separado aquellos tipos de operación que aunque se denominen de manera idéntica o similar, presenten diferencias significativas en relación con las funciones efectuadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos, aun cuando se hubieren celebrado con*

³⁵ «[P]or el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo 260-2, los artículos 260-3, 260-4, el parágrafo 2º del artículo 260-6, y los artículos 260-8 y 260-9 del Estatuto Tributario». Derogado por el artículo 26 del Decreto 3030 de 2013.

el mismo vinculado económico o parte relacionada»³⁶. Además, conforme al numeral 2 del literal B del artículo citado, deberán especificarse «las partes intervinientes, objeto, término de duración y valor de los contratos, acuerdos o convenios celebrados entre el contribuyente y los vinculados económicos o partes relacionadas domiciliados o residentes en el exterior y/o en paraísos fiscales».

En cuanto al análisis funcional de cada tipo de operación³⁷, se considerarán, entre otros factores, los «c) Riesgos inherentes al tipo de operación, y en particular [...] los asociados a la inestabilidad de las tasas de cambio e interés y los riesgos crediticios (...)» y, además, se incluirá «10. Descripción de los ajustes técnicos, económicos o contables realizados a los tipos de operación o empresas comparables seleccionados, conforme con el método de determinación de los precios de transferencia utilizado, de conformidad con lo establecido en el artículo 260-3 del Estatuto Tributario. Deberán allegarse los documentos que soporten los análisis, fórmulas y cálculos efectuados por el contribuyente para tal efecto»³⁸.

Por otro lado, conviene aludir a las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, que para la época, frente al análisis de los riesgos que podrían afectar los precios, señaló que: «(...) las operaciones y entidades vinculadas e independientes no son comparables entre sí cuando hay diferencias significativas en los riesgos asumidos respecto de las cuales no se puede realizar un ajuste adecuado. El análisis funcional resultará incompleto a menos que se consideren los principales riesgos asumidos por cada parte, ya que la asunción o la distribución de riesgos influye en las condiciones de las operaciones entre empresas asociadas. [...] (Numeral 1-23) y [...] Las funciones ejercidas... determinarán hasta cierto punto la distribución del riesgo entre las partes y, por ende, las condiciones que cada interesado deberá poder esperar en las negociaciones de plena competencia. [...]» (Numeral 1-25).³⁹

De acuerdo con lo precisado por esta Sección⁴⁰, para determinar la tributación conforme al principio de plena competencia, es necesario analizar la comparabilidad entre las transacciones controladas y aquellas realizadas por partes independientes que sean comparables, por lo cual, se deben valorar las condiciones de las operaciones controladas, identificar las comparables y determinar los ajustes de comparabilidad que sean requeridos para dotar de fiabilidad al análisis.

De este modo, la comparación de las condiciones de las transacciones controladas con las llevadas a cabo entre partes independientes implica que las características económicamente relevantes de ambos grupos de transacciones sean asimilables. Por tanto, las diferencias identificadas entre unas y otras transacciones no pueden afectar materialmente el precio o margen de utilidad, pues, de ser así, deben realizarse ajustes técnicos–económicos razonables para neutralizar los efectos de estas diferencias y lograr que sean efectivamente comparables⁴¹.

Para determinar la procedencia del ajuste de comparabilidad realizado por la sociedad en su documentación comprobatoria, se encuentra probado lo siguiente:

i) En el documento denominado «Pautas para acuerdos de depósito para transacciones del mercado monetario entre BHP Billinton Finance B.V. y Cerro Matoso S.A.»⁴² consta que:

³⁶ Literal B. Información específica, numeral 1 del artículo 7 del Decreto Reglamentario 4349 de 2004.

³⁷ Numeral 3, literal B, *ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cartilla DIAN, Declaración Informativa Individual y Consolidada. Precios de Transferencia, Año gravable 2007. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁴⁰ Sentencias de 05 de noviembre de 2020, exp. 21990, de 6 de octubre de 2022, exp. 23751, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez, del 11 de mayo de 2023, exp. 26590; del 18 de abril de 2024, exp. 27618, y del 3 de abril de 2025, exp. 28256, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Arguello,

⁴¹ Sentencia de 14 de junio de 2018, exp. 20821, CP: Milton Chaves García.

⁴² SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: 037ED_CUADERNO4_CUADERNO4DEANEXOS. Traducción oficial en las Pp. 96 a 103.



«El objeto de estas pautas es regir las actividades de inversión que se lleven a cabo entre Cerro Matoso S.A. ("CMSA") y BHP Billiton Finance BV ("BFBV"). Este documento no pretende ser legalmente vinculante para ninguna de las partes.

CMSA tiene, de tiempo en tiempo, excedentes de caja que desea invertir; los siguientes párrafos describen los términos según los cuales se tratará cualquier inversión de caja colocada con BFBV y los procedimientos a seguir.

1. Todos los depósitos y el reembolso de tales depósitos se denominarán en Dólares de los E.U.

2. Los intereses pagaderos se calcularán de día en día sobre el saldo del depósito, con base en el número efectivo de días y un año de 360 días, y serán pagaderos en la fecha de vencimiento de cada depósito.

[...]

Como indicación, las tasas de interés cotizadas por BFBV para depósitos se harán en la Tasa de Oferta Interbancaria de Londres (LIBOR) aplicable vigente en el momento, dependiendo del plazo propuesto, y estarán sujetas a la deducción de un pequeño margen, del orden de 15bp-20bp, aunque éste podría variar dependiendo de las condiciones del mercado en el momento».

De manera que CMSA trasladó sus excedentes de liquidez a BFBV para que, vencido el término del depósito, la vinculada los restituyera junto con una tasa de interés similar a la Tasa de Oferta Interbancaria de Londres - LIBOR vigente.

ii) La documentación comprobatoria de precios de transferencia estudió las citadas operaciones en los siguientes términos⁴³:

«E. Ingresos por Rendimientos de Depósitos

1. Selección del Método

Para el análisis de los ingresos por rendimientos, pactados por las inversiones de excedentes de tesorería en BHP, se investigó la existencia de transacciones similares con partes no vinculadas. Sin embargo, CMSA no realizó operaciones de este tipo con terceros durante el ejercicio 2007.

Dado que no contamos con comparables internos, procedimos a buscar tasas de depósitos en el mercado. Considerando el hecho que fue posible identificar información confiable sobre tasas de depósitos, las cuales son de público conocimiento, hemos seleccionado el método PC como el más apropiado para el análisis de esta transacción.

[...]

2. Análisis Según Método PC

[...]

c. Aplicación del Método PC

Considerando que en Colombia no existen tasas de interés en dólares de los Estados Unidos, de las diversas tasas existentes en el mercado, se optó por utilizar como referencia aquellas que ofrecen distintos papeles o instrumentos de bajo riesgo de la Reserva Federal de los Estados Unidos (en adelante "FED").

Dichas tasas son instrumentos financieros emitidos en Estados Unidos, con plazos de vencimientos variables en dólares americanos y por los cuales CMSA hubiera podido optar, en lugar de haber realizado inversiones en su compañía vinculada.

⁴³ SAMAI Índice 3. EXPEDIENTE DIGITAL: 007ED_REFORMADE_07REFORMADEMANDAYANE. Pp. 194 a 196.



Los instrumentos financieros seleccionados son los siguientes:

- Bonos del Tesoro de Estados Unidos [...]
- Papeles comerciales financieros y no financieros [...]
- Certificados de Depósito [...]

Para este análisis se tomaron las cotizaciones con plazo de un mes de dichos títulos, para cada uno de los días en que se realizaron las colocaciones. Posteriormente, se calculó el promedio anual de cada instrumento, para luego calcular el rango intercuartil [...].

La siguiente tabla resume el análisis comparativo realizado.

Tabla 14.
Análisis PC – Ingresos por Rendimientos de Inversiones

Concepto	Promedio
Cuartil superior	5.087%
Mediana	5.018%
Cuartil Inferior	4.824%
CMSA (Tasa Promedio)	5.083%

3. Conclusiones

De acuerdo con la metodología aplicada, las tasas de interés pactadas en las colocaciones en excedentes de tesorería en una compañía vinculada del exterior, se encuentran por encima del límite inferior del rango intercuartil de las tasas de referencia del mercado tomadas para el análisis.

Por lo tanto, se puede inferir que las condiciones económicas pactadas en la operación bajo análisis son consistentes con las que hubieran pactado compañías independientes».

iii) En la Liquidación Oficial de Revisión nro. 122412010000015, la DIAN fundamentó la adición de ingresos por intereses y rendimientos financieros en las siguientes razones⁴⁴:

«[A]bordando otra arista del asunto en estudio, este Despacho considera que para efecto de la investigación de las operaciones comerciales celebradas entre el contribuyente CMSA y la firma BFBV en relación a los excedentes de liquidez de la primera y que dieron origen a la investigación adelantada por la División de Gestión de Fiscalización, de ninguna manera configuran un contrato de depósito cualquiera que sea los ribetes que se le quieran agregar, toda vez que por una parte nos encontramos ante una clásica operación mercantil ejecutada por dos sociedades comerciales cuyo ánimo especulativo es intrínseco al giro normal de sus negocios, por otra parte se aprecia que el documento que el investigado nos aporta en su defensa y que se constituye en una traducción de un acuerdo denominado “Pautas para acuerdos de depósitos [...] por un lado se contempla que dicho documento “... no pretende ser legalmente vinculante para ninguna de las partes [...] y aunque de hecho lo fuere o no, se describe allí en el numeral 2: intereses pagaderos a la fecha de vencimiento de cada depósito, circunstancia ésta que desnaturaliza totalmente la figura del depósito civil que alega el investigado y es así como el artículo 2244 del Código Civil establece [...]

Por otra parte vale indicar que el artículo 1163 del Código de Comercio presume como regla general el pago de intereses frente a la figura del contrato de mutuo y que de manera excepcional las partes pueden acordar de forma expresa su celebración sin esta modalidad, empero lo anterior de esta salvedad no se acredita por parte del investigado y antes por el contrario arrima a esta actuación un documento que da cuenta del pago de intereses por dicha operación comercial.

Por todas estas breves consideraciones es que no son de recibo para esta Administración los planteamientos del contribuyente aquí investigado y por ende no resulta admisible proceder al archivo de la actuación que nos ocupa.

⁴⁴ Pp 22, 23 y 34 de la liquidación oficial.



Este Despacho considera que no es cierto como lo afirma el contribuyente que su objetivo sea conservar el valor del dinero (por los intereses que recibe de BFBV) en el tiempo (año gravable 2007); por lo que se dio a la tarea de deflactar mediante herramienta de técnica económica la tasa de interés promedio de las colocaciones de CMSA en BFBV para la vigencia objeto de discusión; llegando a la conclusión que la tasa de interés real que recibe por el uso de sus excedentes de caja no alcanzan a cubrir el valor del dinero por efectos de exposición a la inflación.

Tabla 2
TASA DE INTERÉS REAL
(deflactor = IPC 2007)⁴⁵

Tasa de Interés (promedio de las colocaciones en BFBV)	5,083%
Tasa de Inflación 2007	5,690%
Interés Real	-0,5743%

[...]

En consecuencia, frente a los 450 puntos básicos adicionados a la tasa Libor a 30 días en dólares que constituyen el mayor valor de ingresos por rendimientos financieros propuesto por la División de Gestión de Fiscalización, este Despacho considera que el menor ingreso liquidado por el contribuyente y con el fin de proteger la recaudación local evidenciada a lo largo de esta liquidación; deberá confirmar el mayor ingreso por rendimientos financieros propuesto al acto previo a esta liquidación oficial de revisión. El empleo del método de precios de transferencia denominado Precio Comparable No Controlado (PC) fue utilizado teniendo en cuenta como comparable interno el crédito que CMSA tiene con Barclays Bank PLC. El nuevo ingreso se obtuvo usando la metodología aplicada por la sociedad para liquidar los intereses, la variable que se modificó fue la tasa de interés y se separó el momento de causación del ingreso [...].».

Así, el comparable considerado por la Administración corresponde a uno interno, en específico, el crédito con el Barclays Bank PLC en el que la sociedad figura como deudora, para lo cual adicionó 4.5 puntos a la tasa de interés acordada en las operaciones de depósito con BFBV para equipararla con la del crédito bancario, precisándose que la elección del método PC no es objeto de discusión.

Comoquiera que en la apelación la entidad no controvertió lo resuelto por el tribunal frente a la naturaleza jurídica del contrato, la Sala se ceñirá al reparo consistente en que la rentabilidad obtenida por la sociedad por la colocación de los excedentes «no se encuentra a valores de mercado, es decir, los rendimientos generados no alcanzaron siquiera a compensar la pérdida por exposición a la inflación, ni la diferencia de cambio. Variables que deben ser tenidas en cuenta al evaluar la operación como lo haría un operador independiente»⁴⁶.

Según consta en la documentación comprobatoria frente a la aplicación del método PC, dado que la sociedad no realizó operaciones comparables con no vinculados durante el periodo fiscal, consideró como comparables las tasas de interés por depósitos en los Estados Unidos, representados en instrumentos de bajo riesgo en ese mercado, puesto que en el nacional no existían tasas de retorno en dólares estadounidenses, puntualizándose que el riesgo cambiario lo asumiría la contribuyente⁴⁷.

Es claro que el análisis de comparabilidad de las transacciones controladas con las llevadas a cabo entre partes independientes implica que las características económicamente relevantes de ambos grupos de operaciones sean asimilables, criterio que deberá considerarse para la escogencia de los comparables.

⁴⁵ En razón a que el asiento principal de los negocios de la sociedad es Colombia, el deflactor a utilizar es el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

⁴⁶ P. 10 de la apelación.

⁴⁷ Cfr. P. 56 de la documentación comprobatoria.



Bajo ese razonamiento, la Sala considera que las operaciones de depósito a BFBV no pueden asimilarse al crédito otorgado por Barclays Bank PLC, por los siguientes motivos:

En primer lugar, está probado que la naturaleza del depósito es resguardar los excedentes de liquidez de CMSA en moneda extranjera, mientras que el crédito otorgado por Barclays Bank tuvo como finalidad financiar la segunda línea de producción, y para pago de dividendos, según las anotaciones a los estados financieros de la contribuyente⁴⁸.

Adicionalmente, no es objeto de discusión entre las partes que los depósitos se tornaron exigibles, en promedio, durante 30 días, vencido el cual se restituían las sumas y sus rendimientos, mientras que el crédito otorgado por la entidad bancaria independiente cuenta con una vigencia de 10 años, pagadero en cuotas semestrales, de manera que el plazo acordado en ambas operaciones no es igual ni asimilable, lo que implica que los riesgos asumidos por cada una de las partes en las operaciones comparadas no son semejantes.

Así, la tasa de interés cobrada por una entidad financiera por un préstamo a largo plazo, en cuotas semestrales no es la misma que se obtendría en un depósito a 30 días en instrumentos financieros de bajo riesgo elegidos como comparables por la demandante, pues la esencia de las transacciones no es similar.

En cuanto al análisis de comparabilidad en el capítulo I de la OCDE -1999, en el literal b) enumera los factores determinantes de la comparabilidad: 1. Características de los activos o de los servicios, 2. Análisis funcional, 3. Cláusulas contractuales, 4. Circunstancias económicas, y 5. Estrategias mercantiles.

En ese orden de ideas, los factores de comparabilidad del crédito otorgado por Barclays Bank PLC no se encuentran ajustados a las operaciones entre las vinculadas, habida cuenta de que los términos contractuales, las funciones desempeñadas por las partes, sus estrategias comerciales y circunstancias económicas, así como las calidades de los bienes transferidos son diferentes a las transacciones controladas en el estudio de precios de transferencia. De ahí que el comparable interno elegido por la Administración no resulta fiable frente a los externos referidos en la documentación comprobatoria (tasas de interés a 30 días de los bonos del tesoro, papeles comerciales financieros y no financieros, y certificados de depósito, con una mediana de 5.018%) en cuanto a los depósitos celebrados entre las partes asociadas (tasa de interés al mismo plazo con promedio de 5.083%), información que no fue objetada por la apelante.

De otra parte, la DIAN reiteró en la apelación que las rentabilidades obtenidas por CMSA no están ajustadas a valores de mercado, comoquiera que la tasa de interés promedio de las colocaciones (5.083%) no cubrió la pérdida de poder adquisitivo debido a la inflación colombiana en el año 2007 (5.69%), derivando en un «*interés real*» de «-0.5743%», mientras que, en una situación de mercado, la tasa equivaldría, por lo menos, a la inflación. Al efecto, la Sala advierte que la Administración determinó como «*interés real*» la diferencia entre las tasas de interés de los depósitos a BFBV y la de inflación colombiana en el periodo fiscalizado. Sin embargo, no se pierde de vista que la primera se pactó sobre depósitos en dólares estadounidenses, mientras que la segunda corresponde a un índice de aumento de precios en el territorio nacional, expresado en pesos colombianos.

⁴⁸ SAMAI Índice 3. Archivo: 035ED_CUADERNO2_CUADERNO2DEANEXOS. Pp. 159 y 160.



En consecuencia, no se comparte el argumento de la DIAN en cuanto a que la colocación de los excedentes de la sociedad no cubrió la tasa de inflación en el año 2007, pues debió considerar que la tasa de interés de los depósitos correspondió a una divisa distinta, en condiciones similares a las pactadas, de manera que el cálculo debió partir según los indicadores para la misma moneda.

De igual modo, la DIAN adujo en la resolución que decidió el recurso de reconsideración que la rentabilidad de las operaciones debió ser igual o superior a lo que se habría obtenido en una inversión en el país, indistintamente de la moneda en la que se pactó la transacción.

En todo caso, y pese a no ser operaciones comparables por transarse en monedas diferentes, se constata que el promedio de la tasa de interés obtenida por la contribuyente (5.083%) se asemeja al promedio anual de tasas de captación por certificados de depósito a término en el sistema financiero nacional durante el año 2007 (5.114%)⁴⁹, según indicadores a un plazo de 30 días. De manera que, contrario a lo afirmado por la Administración tributaria, se acreditó que la tasa acordada corresponde a la que se habría obtenido en una inversión similar en el territorio nacional.

Por las razones anteriores, al haberse acreditado que las operaciones de depósito están dentro del rango intercuartil de los comparables externos, debidamente soportados en la documentación probatoria, no le era dable a la DIAN aplicar una tasa de interés superior a la pactada, pues se probó que las transacciones se ajustaron al principio de plena competencia. Además, el comparable interno utilizado por la Administración no satisface los factores de comparabilidad de los negocios realizados entre las vinculadas.

No prospera el cargo de apelación, con lo cual se impone confirmar la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Costas

Respecto a la condena en costas, la Sala se abstendrá de imponerlas, toda vez que no se advierte mala fe ni temeridad en el proceder de la demandada, conforme al artículo 171 del CCA, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Segundo: Reconocer personería al abogado Luis Fernando Reyes Hernández para actuar como apoderado de la DIAN, en los términos y para los efectos del poder visible en el índice 31 de SAMAI.

Tercero: Sin condena en costas.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al tribunal de origen.

⁴⁹ Según datos de la Superintendencia Financiera respecto de tasas mensuales aplicables a CDT a 30 días por entidades bancarias puestas de presente en la demanda, cifras no controvertidas por la DIAN.



Radicado: 23001-23-31-000-2012-00361-01 (27844)
Demandante: Cerro Matoso S.A.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN
Presidente

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)
LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO

(Firmado electrónicamente)
CLAUDIA RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ

La validez e integridad pueden comprobarse acudiendo a la siguiente dirección electrónica:
<https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador>