



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Radicación: 25000-23-37-000-2012-00182-02 (20641)

Demandante: SONY MUSIC ENTERTAINMENT COLOMBIA S.A.

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

Temas: Declaración de renta año 2007. Precios de transferencia. Corrección de la declaración informativa individual de precios de transferencia y documentación comprobatoria. Plena competencia.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por ambas partes en contra de la sentencia del 4 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y negó condenar en costas¹.

La parte resolutive de la sentencia apelada dispuso lo siguiente²:

“PRIMERO: Se declara la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos expedidos por la UAE DIAN a nombre de la sociedad SONY MUSIC ENTERTAINMENT COLOMBIA S.A. únicamente en lo relativo a la imposición de la sanción por inexactitud:

a) La Liquidación Oficial de Revisión No. 31241211000015 de 24 de marzo de 2011, mediante la cual modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2007 presentada por la citada sociedad.

b) La Resolución No. 900075 de 27 de abril de 2012, mediante la cual la (sic) resolvió desfavorablemente el recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión No. 31241211000015 de 24 de marzo de 2011.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declare que la citada sociedad no está obligada al pago de la sanción por inexactitud que se liquida en los actos administrativos acusados.

TERCERO. Se niegan las demás súplicas de la demanda [...]

QUINTO: No hay condena en costas [...]"



ANTECEDENTES

El 18 de abril de 2008 la demandante presentó su declaración del impuesto sobre la renta del periodo gravable 2007 en la que determinó un saldo a favor de

1 Folios 510 a 595 del c.p.

2 Folio 594 y 595 del c.p.

\$408.328.000³. Posteriormente, el 7 de julio de 2008 presentó su declaración informativa individual de precios de transferencia por el periodo mencionado, en el que declaró operaciones de ingreso por \$1.485.316.000 y operaciones de egreso por \$7.291.659.000⁴.

El 19 de junio de 2009 la demandante remitió a la DIAN la documentación comprobatoria de su declaración de precios de transferencia⁵. Posteriormente, el 3 de julio de 2009 la actora corrigió su declaración informativa de precios de transferencia⁶.

El 5 de noviembre de 2009 la demandante remitió a la DIAN corrección de su documentación comprobatoria, teniendo como fundamento la corrección de su declaración informativa de precios de transferencia antes enunciada⁷.

El 29 de marzo de 2010 la demandada profirió el Requerimiento Especial 31238201000021 en el que propuso modificar la declaración de renta del año 2007 de la actora en consideración a la información remitida por precios de transferencia, en el sentido de aumentar los ingresos en \$48.756.625, y reducir los costos en \$1.963.234.941⁸. El mencionado ajuste, tiene como efecto un valor de impuesto de \$232.633.000 y sanción por inexactitud de \$372.213.000.

El 28 de junio de 2010 la demandante dio respuesta al requerimiento especial en la que explicó que presentó corrección de la declaración del impuesto sobre la renta del periodo gravable 2007 el 25 de junio de 2010, debido a que aceptó la corrección sugerida por la DIAN en cuanto a las operaciones de ingreso, pero no aceptó los cambios sugeridos respecto a las operaciones de egreso⁹.

El 24 de marzo de 2011 la demandada expidió la Liquidación Oficial de Revisión 312412011000015 en la que desconoció costos y gastos por \$1.963.235.000 originada en las operaciones de egreso informadas por la actora en su declaración individual de precios de transferencia, por lo que el 30 de mayo de 2011 la actora presentó recurso de reconsideración en contra de dicho acto¹⁰. La DIAN expidió la Resolución 900.075 de 27 de abril de 2012 en la que confirmó en su totalidad la liquidación oficial enunciada¹¹.

DEMANDA

SONY MUSIC ENTERTAINMENT COLOMBIA S.A, en calidad de demandante, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló las siguientes pretensiones¹²:

“1.1 Que se declare la nulidad total de la Liquidación Oficial de Revisión No. 312412011000015 del 24 de marzo de 2011, por medio de la cual la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes



- 3 Folio 35 del c.a.
- 4 Folio 5 del c.a
- 5 Folio 9 del c.a
- 6 Folio 167 del c.a.
- 7 Folio 196 del c.a.
- 8 Folios 112 a 134 del c.a.
- 9 Folios 136 a 200 del c.a.
- 10 Folios 53 a 75 del c.p.
- 11 Folios 76 a 91 del c.p
- 12 Folio 2 del c.p.

Contribuyentes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) modificó oficialmente la declaración de impuesto sobre la renta presentada por la Compañía por el año gravable 2007.

1.2. Que se declare la nulidad de la resolución No. 900.075 del 27 de abril de 2012, por medio de la cual la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto administrativo mencionado en el numeral anterior, en cuanto lo confirmó íntegramente.

1.3. Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho de mi representada declarando que (i) no hay lugar a modificar el impuesto de renta por ella declarado por el año gravable 2007, (ii) en ningún caso hay lugar a la imposición de sanción por inexactitud, (iii) su liquidación privada del impuesto sobre la renta del año gravable 2007 está en firme, y (iv) ordenando el archivo del expediente que por este particular se haya abierto en contra de la Compañía.

1.4. Que se declare que no son de cargo de SMEC las costas en que haya incurrido la DIAN con relación a la actuación administrativa, ni las de este proceso”

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 29 y 95 de la Constitución Política.
- Artículos 260-1, 260-2, 260-10, 647, 692, 703, 707, 711, 714, 724, 742, 745 y 746 del Estatuto Tributario.
- Artículos 2 y 35 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículos 177, 179 y 187 del Código de Procedimiento Civil.
- Artículo 8 del Decreto Reglamentario 4349 de 2004.

El concepto de la violación se sintetiza así:

Alegó que los actos demandados se encuentran en contra de la opinión del Subdirector de Fiscalización Internacional de la DIAN, el cual explicó en un artículo académico, que la expresión “se considerará” del artículo 260-2 del Estatuto Tributario es una presunción, que no es absoluta ya que puede ser debatible. En consecuencia, la carga de la prueba respecto a irregularidades en la información de precios de transferencia le corresponde a la DIAN, por lo que existe una clara diferencia de criterios entre las partes.



Indicó que los actos demandados no prueban la existencia de manipulación o fraude de la información de los precios de transferencia, por lo que no era necesario ajustar a la mediana las operaciones de egreso que se reportaron fuera del rango. Adicionalmente, aclaró que es evidente que las operaciones de egreso fueron con una empresa vinculada en Estados Unidos, por lo que no se buscó cambiar precios para trasladar beneficios fiscales a un paraíso fiscal o a un país de menor imposición.

Señaló que los principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- no fueron aplicados en el presente caso por la demandada, que consideró automáticamente que hubo manipulación de beneficios por empresas vinculadas, y no se permitió la prueba de cumplimiento del principio de plena competencia. Además, advirtió que no se analizó de forma conjunta la declaración informativa y los documentos comprobatorios de precios de transferencia.

Manifestó que no es procedente el ajuste de la declaración de renta establecida en los actos demandados, porque en el punto 4.1.3 del Capítulo 2 de la Cartilla de Precios de Transferencia de la DIAN del año 2007 permitía realizar el análisis del mencionado tema respecto de si mismo o de su contraparte con el fin de reflejar el cumplimiento del principio de plena competencia. El análisis de la contraparte se realizó, ya que la información de la empresa en Estados Unidos es más confiable, existía una política de las empresas vinculadas de distribuir gastos comunes, y la posibilidad de realizar menos ajustes de la información.

Explicó que al haberse aplicado el método de margen transaccionales de utilidad de operación con un markup operativo sobre su empresa vinculada se logró determinar que se encontraba dentro del rango intercuartil, por lo que se debe dar validez al certificado de revisor fiscal remitido al expediente en el que explica las operaciones realizadas con su vinculada.

Advirtió que los actos demandados son violatorios del principio de confianza legítima, porque la Cartilla de Precios de Transferencia del año 2007 expedida por la DIAN permitía la aplicación del método de margen transaccionales de utilidad de operación con markup operativo sobre su vinculada en el exterior, y no aplicó las directrices de la OCDE en que se establece que los precios de transferencia no son una ciencia cierta. Además, son violatorios por no cumplir lo establecido en el inciso 2 del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, ya que no evidencian una violación al régimen de precios de transferencia.

Alegó violación del principio de congruencia entre el requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión, debido a que en esta última la demandada explicó diez razones más, diferentes a las del requerimiento, y no se evidenció en los actos demandados un debido análisis de las pruebas aportadas. Adicionalmente, los actos demandados se encuentran afectados por falsa motivación, ya que realizan modificaciones sobre la declaración del impuesto sobre la renta del año 2007 sin tener en cuenta la corrección de la declaración informativa y las explicaciones de la documentación comprobatoria.

Indicó que la DIAN, al proponer el ajuste a la mediana, no analizó las circunstancias particulares de las transacciones realizadas con su vinculada, por lo que se evidenció una errada aplicación del artículo 260-2 del Estatuto Tributario. Además, manifestó que varios de sus argumentos de defensa no fueron resueltos por la Administración, por lo que no se cumplió con el derecho al debido proceso.



Señaló que existió violación al derecho de defensa, por no cumplirse con la carga de la prueba, y por no desvirtuarse la veracidad de su declaración del año 2007. Adicionalmente, la sanción por inexactitud no procede en el presente caso, ya que no se probó la conducta sancionable y por existir diferencia de criterios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **DIAN** se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos 14:

Explicó que si bien es cierto que la Cartilla de Precios de Transferencia del año 2007 y las guías de la OCDE permiten que el contribuyente analice sus operaciones de egreso con fundamento en las de su contraparte, lo más recomendado es que se analice ella misma, debido a que precisamente es sobre la que recae determinar el precio, margen de utilidad y el cumplimiento de plena competencia. En consecuencia, es evidente que con el fin de utilizar un método alternativo, la demandante cambió la parte analizada, por lo que se acepta la información de la documentación comprobatoria, pero no el análisis del proveedor.

Señaló que, pese a que la actora decidió realizar el análisis de egresos sobre la empresa vinculada en el exterior, no se justificó la razón de esa decisión

Aclaró que la entidad contribuyente no atendió la solicitud de información del Auto 312412010000002 de 6 de diciembre de 2010, por lo que no se pudo determinar con exactitud los costos y los gastos en los que incurrió. Adicionalmente, no demostró el cumplimiento del principio de operador independiente y las razones de cambio de la información.

Indicó que se aplicó de forma correcta el artículo 260-2 del Estatuto Tributario, porque al estar el margen de utilidad por fuera de los rangos determinados el contribuyente debió proceder con el ajuste técnico económico como lo indica el tenor literal de dicha norma. Además, dicho artículo no exige que se pruebe la manipulación de precios, para tener la obligación de ajustar los valores.

Advirtió que no existió violación a la buena fe y confianza legítima, ya que se aplicó la normativa referente al tema de precios de transferencia y los principios de la OCDE. Adicionalmente, no se violó el principio de congruencia entre los actos demandados, debido a que las razones expuestas en la liquidación oficial complementan las razones del requerimiento especial.

Manifestó que los actos demandados se fundaron en el material probatorio recaudado en el proceso administrativo, y no existió falsa motivación ya que los actos invocan las normas y las pruebas que lo fundamentan. Además, sí se consideró la corrección de la declaración informativa, porque fue base para la modificación de la declaración de renta de la actora al aplicar correctamente el artículo 260-2 del Estatuto Tributario.

Explicó que se pronunció respecto a todos los cargos propuestos por la demandante y no es nula la sanción por inexactitud, debido a que se cumplió con lo establecido en el artículo 647 del Estatuto Tributario. Adicionalmente, no procede la condena en costas, ya que se está ventilando un tema de interés público y no se advierte una conducta temeraria.

SENTENCIA APELADA

PricewaterhouseCoopers Servicios Legales y Tributarios S.A.S, Calle 100 No. 11a-35, piso 3, Bogotá, Colombia
Tel: (57-1) 634 0555, Fax: (57-1) 218 8544, www.pwc.com/co



El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “A”, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y negó la condena en costas. Las razones de la decisión se resumen así:15

Explicó que no existió violación al principio de confianza legítima, debido a que las guías de la OCDE sobre precios de transferencia no son vinculantes en el país, no son

normas jurídicas de un tratado internacional aprobado por Colombia y no son parte del sistema legal colombiano. Además, la demandante se pudo defender en todas las etapas del proceso.

Manifestó que el inciso 2 el artículo 260-1 del Estatuto Tributario no obliga a la DIAN a realizar un nuevo estudio de precios de transferencia para poder sancionar a los contribuyentes, y la actora no demostró las razones de los valores reportados. Adicionalmente, no le dio prosperidad al cargo de la falta de congruencia entre el requerimiento especial y la liquidación oficial.

Aclaró que la documentación comprobatoria de la declaración de precios de transferencia solo puede ser remitida una vez, y no existe la posibilidad de corregirla de acuerdo con el artículo 260-4 del Estatuto Tributario. Además, las correcciones que se permiten en el artículo 260-10 no son de la información, sino de forma.

Indicó que de acuerdo con el artículo 745 del Estatuto Tributario la carga de la prueba era de la actora, porque la Administración ya tenía la información comprobatoria. Adicionalmente, el artículo 692 del Estatuto Tributario no es aplicable al régimen de precios de transferencia, debido a que se refiere a otro tipo de declaraciones tributarias, por lo que la corrección de la información no debió haber sido tenida en cuenta.

Levantó la sanción por inexactitud, porque de acuerdo con el artículo 260-10 del Estatuto Tributario, se requiere que la información de la documentación comprobatoria sea falsa, equivocada, incompleta o desfigurada para que proceda la sanción del artículo 647 del Estatuto Tributario, pero en el presente caso la DIAN no cuestionó la información suministrada. Además, se negaron las demás pretensiones y no se condenó en costas, ya que el tema en discusión es de interés público.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** apeló con fundamento en los siguientes argumentos16:

Alegó que el Tribunal no se pronunció sobre lo expresado por el subdirector de Fiscalización Internacional de la DIAN en cuanto a la presunción del artículo 260-2 del Estatuto Tributario, que la DIAN no demostró manipulación o fraude, y no se pronunció respecto a la aplicación de las directrices de la OCDE respecto a los precios de transferencia.

La corrección de la documentación comprobatoria de precios de transferencia no fue extemporánea ya que fue entregada antes del requerimiento especial. Además, la DIAN debió realizar un estudio de precios de transferencia por ella misma, para poder controvertir el realizado por los contribuyentes, de acuerdo con el artículo 260-1 del Estatuto Tributario.



Adicionalmente, la información comprobatoria puede corregirse con base en el artículo 260-10 del Estatuto Tributario, porque existe sanción por corregir dicha información y porque dicha norma se refiere a otros aspectos formales, por lo que el Tribunal erró en su análisis.
16 Folios 597 a 604 del c.p.

Indicó que no se aplicó correctamente el artículo 692 del Estatuto Tributario, por que el vacío que se generó entre el estudio inicial de precios de transferencia y el corregido se debió resolver a favor del contribuyente. Además, que la declaración de precios de transferencia es una verdadera declaración, por lo que la corrección debió tenerse en cuenta.

Explicó que el artículo 260-2 tiene una presunción que puede ser debatida, pero la sentencia de primera instancia solo siguió la postura de la DIAN sin dar razón alguna de su decisión, por lo que debe determinarse si con las pruebas que se encuentra en el expediente se cumple con el principio de plena competencia.

La demandada apeló con fundamento en los siguientes argumentos 17:

Alegó que la sanción por inexactitud es procedente en el presente caso, porque el artículo 647 del Estatuto Tributario se sanciona el actuar de la demandante, ya que se reconoce que la declaración de precios de transferencia no se ajustó a la mediana y en consecuencia se informaron costos y gastos erróneos en la declaración de renta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en apelación¹⁸. La DIAN reiteró los argumentos expuestos en la apelación¹⁹.
El Ministerio Público no se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En término de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, la Sala decide sobre la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión 31241211000015 de 24 de marzo de 2011 y Resolución No. 900.075 de 27 de abril de 2012, expedidas por la DIAN.

Cuestión previa

La Dra. Carvajal Basto mediante escrito del 6 de julio de 2021 se declaró impedida para conocer de presente proceso de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 141 C.G.P., por cuanto en primera instancia, en su entonces condición de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tuvo conocimiento del presente caso²⁰.



- 17 Folios 605 a 610 del c.p.
- 18 Folios 653 a 658 del c.p.
- 19 Folios 648 a 652 del c.p.
- 20 Índice 35 de la plataforma SAMAI

El numeral segundo del artículo 141 del CGP²¹ establece como causal de impedimento el hecho de que el juez haya conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior²².

La Sala observa que la causal de impedimento se circunscribe al hecho de que el juez, o en este caso el magistrado, haya realizado o conocido cualquier clase de actuación dentro del mismo proceso en una instancia anterior.

La Sala encuentra probado el impedimento manifestado, pues la Magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto conoció el proceso en primera instancia, dado que suscribió el fallo apelado²³.

En consecuencia, acepta el impedimento de la Consejera de Estado Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto y la separa del conocimiento del proceso.

Problema jurídico

El problema jurídico se concreta en determinar, para la declaración de renta del periodo gravable 2007 de la actora:

i) Si es procedente tener en cuenta la corrección de la declaración informativa de precios de transferencia presentada por la demandante y su documentación comprobatoria, y si la información remitida es suficiente para determinar el cumplimiento del principio de plena competencia

En caso de no prosperar el primer problema jurídico se deberá estudiar.

ii) Si procede la sanción por inexactitud

En el presente caso, la DIAN por medio de los actos demandados desconoce gastos operacionales por \$1.963.235.000 de la declaración del impuesto sobre la renta de la actora del periodo gravable 2007, porque consideró que la operación de gastos administrativos que la demandante pagó a su vinculada en Estados Unidos de Norte América (Estados Unidos) no se ajustó a los precios de mercado, que se hubieren pactado con otros proveedores.

Con el fin de justificar el desconocimiento de los mencionados gastos la DIAN tomó como referencia la declaración informativa individual de precios de transferencia (DIIPT) y la documentación comprobatoria presentada inicialmente por la demandante, en la que se determinó que se encontraba por fuera del rango de mercado. Además, manifestó que en caso de que se tome en cuenta las correcciones del (DIIPT) y la documentación comprobatoria no existe razón que justifique, que el análisis de gastos de administración se realizara de la empresa ubicada en el exterior.

²¹ CGP, aplicable en materia de impedimentos y recusaciones por remisión expresa del artículo 130 del CPACA. CPC, aplicable en materia de impedimento y recusaciones por remisión expresa del artículo 160 del Código Contencioso Administrativo.

²² CGP. "Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:
(...)



2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”
23 Folio 595 del c.p.

Por su parte, la actora considera que no se debió de tener en cuenta la DIIPT y la documentación comprobatoria inicial, debido a que se realizó su corrección en la que se demuestra, que la operación de egreso se realizó en valores de mercado, ya que se debe analizar la empresa vinculada en los Estados Unidos, y no la empresa en Colombia como se realizó en la declaración original.

El Estatuto Tributario estableció dos deberes formales especiales como parte fundamental del régimen de precios de transferencia: el de presentar la declaración informativa individual de precios de transferencia, y el de preparar y enviar la documentación comprobatoria. Estos deberes formales, impuestos por la ley, tienen por objeto posibilitar la labor de fiscalización administrativa, por cuanto permiten determinar si el contribuyente autoliquidó el impuesto de renta observando el principio de plena competencia y, en general, las exigencias del régimen de precios de transferencia²⁴.

En cuanto a la posibilidad de que los contribuyentes corrijan su DIIPT y la documentación comprobatoria, esta Sala se pronunció en sentencia del 12 de noviembre de 2020, en la que explicó lo siguiente²⁵:

“Así lo dispuso el artículo 46 de la Ley 863 de 2003, que modificó el artículo 260-10 del Estatuto Tributario:

“ARTÍCULO 46. Sanciones relativas a la documentación comprobatoria y a la declaración informativa. Modifícase el artículo 260-10 del Estatuto Tributario, el cual queda así:

“Artículo 260-10. Sanciones relativas a la documentación comprobatoria y a la declaración informativa. Respecto a la documentación comprobatoria y a la declaración informativa, se aplicarán las siguientes sanciones:

A. Documentación comprobatoria (...)

Las sanciones pecuniarias a que se refiere el presente artículo, se reducirán al cincuenta por ciento (50%) de la suma determinada en el pliego de cargos, si la omisión, el error o la inconsistencia son subsanados antes de que se notifique la imposición de la sanción; o al setenta y cinco por ciento (75%) de tal suma, si la omisión, el error o la inconsistencia son subsanados dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se notifique la sanción.

(...)

B. Declaración informativa (...)

1. Cuando los contribuyentes corrijan la declaración informativa a que se refiere este artículo deberán liquidar y pagar, una sanción equivalente al uno por ciento (1%) del valor total de las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas durante la vigencia fiscal correspondiente, sin que exceda de la suma de setecientos millones de pesos (\$700.000.000) (Valor año base 2004)”. (Subraya la Sala)

²⁴ Sentencia de 10 de octubre de 2018. Sección Cuarta del Consejo de Estado. Exp. 20751, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez y del 22 de febrero de 2018. Exp. 20524. C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

²⁵ Exp. 21888. C.P. Milton Chaves García



De las disposiciones citadas se tiene que hay lugar a imponer una sanción en el supuesto de la corrección de la declaración informativa individual o de la documentación comprobatoria, en el caso de que se presenten errores o inconsistencias en estos documentos.

En anteriores oportunidades esta Sección había reconocido la procedencia de corregir la declaración informativa y la documentación comprobatoria²⁶.

No obstante, independientemente de que la corrección de la declaración o de la documentación comprobatoria sea sancionable, dichas correcciones debían ser examinadas por la Administración, a efectos de determinar si las operaciones registradas por el contribuyente con sus vinculados económicos se ajustaron al principio de plena competencia.”

De acuerdo con el criterio expuesto, la corrección de la DIIPT y de la documentación comprobatoria es procedente, de acuerdo con el artículo 260-10 del Estatuto Tributario. En consecuencia, la DIAN debió tener en cuenta la corrección presentada por la demandante de la DIIPT y la documentación comprobatoria, con el fin de determinar si las operaciones con vinculados económicos se ajustaron al principio de plena competencia.

En el presente caso, se observa que la demandante presentó su DIIPT del periodo gravable 2007 en la que determinó un monto total de operaciones de ingreso de \$1.485.316.000 y de \$7.291.659.000 de egreso²⁷. Posteriormente, la DIAN mediante Requerimiento Ordinario 100-211-230-0002292 del 2 de junio de 2009 le solicitó a la actora su documentación comprobatoria de la DIIPT del mencionado periodo, la cual fue remitida el 19 de junio de 2009²⁸.

De la información remitida por la demandante, la DIAN mediante comunicado del 9 de julio de 2009 le informó a la actora, que la operación de ingreso con su vinculada en Venezuela se encontraba por fuera de rango de precios de mercado, así como su operación de egreso por servicios administrativos con su vinculada en Estados Unidos²⁹.

Se aclara que en materia de precios de transferencia debe existir una parte analizada, la cual puede ser la entidad que presta un servicio o a la que se le prestan un servicio. Los precios de la parte analizada son los que se comparan con los que las partes independientes hayan tenido en operaciones comparables, con el fin de determinar si se cumple con el principio de plena competencia³⁰.

Las Directrices de la OCDE Aplicables en Materia de Precios de Transferencia explicaban, que la selección de la parte objeto de análisis debe ser coherente con el análisis funcional de la operación. Además, como norma general la parte objeto de análisis es aquella a la que puede aplicarse el método de determinación de precios de

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 16 de nov. de 2016, exp. 21226, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Ver también sentencia del 10 de octubre de 2018, exp. 20751, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

²⁷ Folios 5 del c.a.

²⁸ Folios 7 a 9 del c.a.

²⁹ Folio 17 del c.a.



30 Delgado Perea Alejandro. Precios de Transferencia: análisis de la validez empírica de los métodos propuestos por la OCDE para la evaluación del principio de plena competencia. 2016. Ed. Universidad Externado de Colombia. Pág.59

transferencia con más fiabilidad, y con la que existe comparables más sólidos, por lo que es aquella cuyo análisis funcional resulte menos complejo y con menos ajustes.

Por su parte, y replicando lo establecido por las mencionadas directrices la DIAN en la cartilla de instrucciones para el diligenciamiento de la declaración informativa individual de precios de transferencia del año 2007, explicaba lo siguiente³¹:

“Con base en la identificación de las operaciones llevadas a cabo con vinculados económicos, se hace necesario establecer cual será la parte analizada en la operación, en principio podría determinarse que la parte a analizar debería ser el contribuyente respecto de quién se va a establecer el respectivo precio o margen de utilidad; sin embargo, en algunos casos, puede ser recomendable analizar a la contraparte con quien se llevaron a cabo las operaciones bajo estudio y ello dependerá si respecto de si misma, sus funciones resultan menos complejas, se cuenta con una mayor y menor información y se requiere un menor nivel de ajuste.” (Subraya la Sala)

La Sala observa que en la documentación comprobatoria original la demandante realizó el análisis de la empresa en Colombia (parte analizada) respecto a la operación de egreso por servicios administrativos mediante el método de márgenes transaccionales de utilidad de operación, en la que obtuvo como resultado³²:

“La tabla anterior muestra que el rango intercuartil de MO ajustado oscila entre 4.779% en el cuartil inferior al 7.174 % en el cuartil superior, con una mediana de 6.053% Sony BMG Colombia obtuvo un MO de -1.648 durante el ejercicio fiscal 2007, el cual se ubica por debajo de los citados rangos intercuartiles”

Sin embargo, posteriormente en la misma documentación comprobatoria respecto a la misma operación la actora explicó que el análisis también puede realizarse de la empresa que se encuentra en Estados Unidos, lo que denominó método alternativo. En consecuencia, obtuvo el siguiente resultado:

“Como se puede observar en la tabla anterior, el rango intercuartil Mko sin ajustes oscila del 4.244% en el cuartil inferior al 9.062% en el cuartil superior, con una mediana de 7.582% Sony BMG Music Entertainment, al pactar un Mko del 8.000% se encuentra dentro del rango citado.”

De lo determinado por la actora en su DIIPT y en su documentación comprobatoria inicial se puede establecer, que rindió informe de dos perspectivas respecto a la operación de egreso de prestación de servicios administrativos, la primera como parte analizada la empresa en Colombia y la segunda como parte analizada la empresa ubicada en Estados Unidos. Desde la primera perspectiva la operación analizada quedó fuera del rango, pero desde la segunda quedó dentro del rango.

La DIAN mediante el Requerimiento Especial 312382010000021 del 29 de marzo de 2010, sugirió modificar la declaración de renta el año 2007 de la demandante, de acuerdo con las operaciones de



ingreso y de egreso que se le informaron en el comunicado del 9 de julio de 2009, por lo que se propuso aumentar los ingresos en \$48.756.625 y desconocer la suma de \$1.963.234.941 por operaciones de egreso 33.

31 Punto 4.1.3 del Capítulo 2

32 Folio 42 del c.a.

33 Folios 129 a 134 del c.a.

La demandante mediante respuesta al requerimiento especial explicó, que aceptaba el ajuste por las operaciones de ingreso, por lo que remitió corrección de su declaración de renta del periodo gravable 2007, pero no aceptaba el cambio sugerido por las operaciones de egreso por concepto de servicios administrativos.

La razón principal para negarse a la modificación de la operación de egreso fue, que pese a que en su DIIPT original informó que en dicha operación se realizó un análisis de la empresa en Colombia, en la corrección transmitida el 3 de julio de 2009 se modificó la casilla 92 en la que indicó que la parte analizada es la empresa vinculada de los Estados Unidos, por lo que la operación fue a valores de mercado³⁴.

La Sala advierte, que efectivamente la actora presentó corrección de su DIIPT el 3 de julio de 2009, realizó pago de sanción por \$1.755.000, y remitió a la demandada corrección de su documentación comprobatoria en noviembre de 2009³⁵.

La Sala resalta que la corrección de la DIIPT fue remitida previo a la notificación del requerimiento especial a la demandante el 3 de julio de 2009 y no se modificaron los montos totales de las operaciones de ingreso y de egreso, sino que se corrigió la casilla 92 en la que se indicó que la parte analizada fue la vinculada en el exterior en el análisis de la operación de egreso de pago de servicios administrativos, como lo explicó la demandante en respuesta al requerimiento especial y que no se discute por la DIAN ³⁶.

Además, a diferencia de lo establecido por la DIAN en la contestación de la demanda la corrección de la documentación comprobatoria se remitió antes del requerimiento especial en noviembre de 2009, ya que el requerimiento especial fue expedido el 29 de marzo de 2010 y el CD allegado durante la inspección tributaria en junio de 2010 se debe entender como información adicional solicitada por la DIAN y no como una nueva corrección a la documentación comprobatoria³⁷.

Dentro del expediente se encuentra una certificación de la DIAN del 24 de diciembre de 2010, en la que se aclara que en el mes de noviembre de 2009 fue recibida la corrección de la documentación comprobatoria y que cumple con lo establecido por el artículo 7 del Decreto 4349 de 2004³⁸. Adicionalmente, se observa que la demandante cumplió con el Auto de 6 de diciembre de 2010 de inspección tributaria, debido a que remitió los documentos solicitados el 7 de enero de 2011 y el 10 de marzo de 2011, por lo que tal como lo manifiesta la DIAN en la contestación de la demanda se remitieron documentos necesarios, solo que no con la profundidad que según la DIAN se necesitaba³⁹.

En el acta de inspección tributaria consta que se realizaron visitas al contribuyente y que la DIAN determinó que se cumplió con probar la prestación del servicio y los pagos realizados a la compañía



Sony en Estados Unidos, pero no se demostró lo inherente al manejo y determinación de precios⁴⁰. Análisis, que se repite en la contestación de

- 34 Folios 136 a 161 del c.a
- 35 Folios 167 a 171 del c.a. y folio 196 del c.a.
- 36 Folio 167 del c.p.
- 37 Folio 410 del c.p. y folio 109 del c.a.
- 38 Folio 196 del c.p.
- 39 Folio 201 del c.p. y folios 294 a 314 del c.p.
- 40 Folio 321 del c.p.

la demanda y en los actos demandados, que analizaron la DIIPT y su información complementaria inicial junto con sus correcciones posteriores⁴¹.

En cuanto a la posibilidad de que se permita realizar el estudio de precios de transferencia tomando como parte analizada la entidad que se encuentra en el exterior o a la entidad colombiana, el artículo 260-1 del Estatuto Tributario, ordenaba lo siguiente⁴²:

“Operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta, que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, están obligados a determinar, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, sus ingresos ordinarios y extraordinarios, y sus costos y deducciones, considerando para esas operaciones los precios y márgenes de utilidad que se hubieran utilizado en operaciones comparables con o entre partes independientes. [...]” (Subraya la Sala)

En cuanto al método aplicable en el estudio de precios de transferencia el artículo 260- 2 del Estatuto Tributario, determinaba lo siguiente:

“Métodos para determinar el precio o margen de utilidad en las operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas. El precio o margen de utilidad en las operaciones celebradas entre vinculados económicos o partes relacionadas se podrá determinar por la aplicación de cualquiera de los siguientes métodos, para lo cual deberá tenerse en cuenta el resultado más apropiado de acuerdo con las características de las transacciones analizadas. [...]”

De acuerdo con las normas transcritas, el legislador permitió que los contribuyentes responsables de la declaración de precios de transferencia eligieran el método, pero desde que sea el más acorde con la transacción. En el presente caso, la demandante eligió el método de Márgenes Transaccionales de Utilidad de Operación, el cual no es cuestionado por la demandada.

Con el fin de que los contribuyentes realicen el análisis de operaciones comparables en el periodo gravable 2007 la DIIPT en la casilla 92 permitía que se identificara la empresa analizada entre la empresa en Colombia y en el exterior, de esta forma explicó la DIAN la posibilidad de elegir la parte analizada en la liquidación oficial demandada, de acuerdo con lo siguiente⁴³:

“De acuerdo con las razones expuestas en su respuesta por el señor representante legal sobre el particular, considera el Despacho que si bien en la respectiva cartilla de instrucciones y en las guías de la OCDE se contempla la posibilidad de que sea el contribuyente quien seleccione la parte a analizar pudiendo ser la contraparte, e

PricewaterhouseCoopers Servicios Legales y Tributarios S.A.S, Calle 100 No. 11a-35, piso 3, Bogotá, Colombia
Tel: (57-1) 634 0555, Fax: (57-1) 218 8544, www.pwc.com/co



igualmente que desde el punto de vista legal no existe condicionamiento alguno; debido el carácter especial y en atención a la finalidad del precios de transferencia, lo recomendable y deseable es que sea el mismo declarante la parte examinada puesto que es sobre quien se va a establecer el respectivo precio o margen de utilidad y su cumplimiento frente al principio de plena competencia, [...]"

41 Folios 53 a 91 del c.p.

42 El artículo 260-1 del ET, vigente en 2007, se refería a la obligación para los contribuyentes colombianos de considerar en sus operaciones con vinculados el principio de plena competencia, sin referirse a la selección de la parte analizada. Esto último hace parte del análisis de comparabilidad.

43 Folio 65 del c.a.

De acuerdo con la explicación de la liquidación oficial, era evidente para la DIAN que los contribuyentes podían elegir la parte a analizar en su estudio de precios de transferencia, que en el presente caso lo realizó la demandante en la corrección de su DIIPT, por lo que fue procedente su cambio. En consecuencia, pese a que en la corrección de la documentación comprobatoria se realizó un análisis de la prestación del servicio de administración tanto de la empresa en Colombia como de la empresa en Estados Unidos, al haberse declarado en la corrección del DIIPT, que se debía tomar en cuenta el análisis de la empresa en el exterior, esa fue a la que se le debió dar prioridad por la DIAN.

En cuanto a la documentación comprobatoria, se observa que la demandada remitió 2 CDs al expediente por solicitud de auto de 27 de junio de 2016 en esta instancia, pero se aclaró en auto de 16 de agosto de 2016 que ya hacían parte del expediente desde primera instancia, por ser remitidos como antecedentes administrativos con la demanda, por lo que es procedente su análisis⁴⁴.

En los mencionados CDs se encuentran tres archivos titulados “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007” en el que se remitió a la DIAN la documentación comprobatoria de la DIIPT, inicial, la corregida y la remitida en trámite de la inspección tributaria. En la mencionada documentación, se evidencia que en la corrección de la documentación comprobatoria, la demandante expone nuevamente el análisis de las operaciones de egreso de pago de servicios administrativos de la empresa en Colombia y de Sony de Estados Unidos de Norte América⁴⁵.

En el presente caso, la DIAN en los actos administrativos demandados solo manifestó que lo más razonable era analizar la empresa colombiana, ya que el declarante era la parte examinada. Sin embargo, en la documentación comprobatoria el demandante explicó de forma razonable, que en el presente caso era procedente el análisis de la empresa en Estados Unidos, debido a que dicha empresa fue la que prestó el servicio de administración, por lo que al tener la opción y no existir una limitante legal era procedente⁴⁶.

En cuanto al cumplimiento del principio de plena competencia, esta Sala en sentencia de 5 de noviembre de 2020, explicó lo siguiente⁴⁷:

“Para lograr que el resultado de las transacciones controladas sea consistente con el que habrían tenido las mismas de haber sido realizadas entre partes independientes, hace falta identificar operaciones comparables, que sirvan como medio de contraste para determinar el precio o margen de utilidad de plena competencia. Según el artículo 260-2 del ET, en la



versión vigente para la época, el margen de utilidad en las operaciones controladas se determinaría seleccionando el método que el contribuyente considerara adecuado, de los que la propia norma enlistaba; y, si existieran dos o más operaciones comparables, se podía obtener un rango de precios o de márgenes de utilidad, que sería ajustable con métodos estadísticos, especialmente, el del rango intercuartil como medida de

44 Folio 400 del c.p y folio 639 del c.p.

45 Páginas 106 a 116 del archivo “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007” creado el 5 de noviembre de 2009.

46 Página 1 del “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007”

47 Exp. 21990. C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez

variabilidad adecuada de la dispersión (parágrafo 2.º)48. Por tanto, bajo el régimen de precios de transferencia se considera que el precio o margen de la transacción controlada cumple con el principio de plena competencia, si se encuentra dentro del rango (ajustado o no, según el caso) de precios determinados por partes independientes, tras adelantar el análisis de comparabilidad respectivo y aplicar el método más apropiado; en caso contrario, «se considerará que el precio o margen de utilidad en operaciones entre partes independientes es la mediana de dicho rango»49.

De acuerdo con el criterio expuesto, el principio de plena competencia se cumple desde que el precio de la transacción controlada se encuentre dentro del rango de precios determinado por independientes, luego del análisis de comparabilidad respectivo y aplicar el método más apropiado. En el presente caso, la demandante en la corrección de DIPT y su documentación comprobatoria realizó su análisis de comparabilidad, por medio del método márgenes transaccionales de utilidad de operación de la operación de egreso por servicios administrativos, en la que se aclaró que la parte analizada era la empresa en Estados Unidos y el resultado fue que la operación se encontraba dentro de los rangos del precio determinado por independientes, por lo que se cumple con el principio de plena competencia50.

Se aclara que, a diferencia de lo establecido en los actos demandados y en la contestación de la demanda, la documentación comprobatoria cumple con los requisitos del artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, debido a que así lo certificó la DIAN en documento del 24 de diciembre de 2010, y contiene información general, información específica, e información anexa51. En el mismo sentido, se reitera que la DIAN en la liquidación oficial demandada acepta que se probaron las transacciones con la vinculada en Estados Unidos.

Además, la documentación aclara que la razón del estudio desde la compañía en el exterior fue un contrato de servicios administrativos que se tenía desde el año 2005, por lo que se pagó a la empresa en el exterior \$3.569.194.000, pago que fue corroborado por la DIAN en el proceso de fiscalización por medio de las retenciones practicadas, transacciones realizadas y conceptos pagados52. Dicho contrato fue remitido al expediente y en el que se observa que entre Sony Colombia y Sony Estados Unidos pactaron que “Los Servicios prestados por SBME se facturarán a la Empresa a una tarifa calculada al costo más un incremento de 8%. Los Servicios se facturarán periódicamente, pero en ningún caso se facturarán por períodos superiores a un año”, aclaración junto con la situación global de la industria de la música que justifica el Markup analizado, y las empresas comparables en la documentación comprobatoria53.



48 Debates aparte, la referencia a la utilización del rango intercuartil como una de las herramientas estadísticas para mejorar la confiabilidad del análisis fue incluida, años más adelante del periodo aquí debatido, en las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE (versión 2010, parágrafo 3.57), para aquellos casos en los que los defectos de comparabilidad persistieran y no pudieran ser ajustados por no ser identificables y/o cuantificables.

49 Por virtud de las modificaciones introducidas por los artículos 112 y 113 de la Ley 1607 de 2012, se eliminó la obligación de ajustar el rango de comparables mediante métodos estadísticos, en particular el rango intercuartil.

50 Página 116 del “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007” creado el 5 de noviembre de 2009.

51 Folio 196 del c.a.

52 Páginas 110 y 111 del “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007” creado el 5 de noviembre de 2009.

53 Folios 172 a 279 del c.a.

En el mismo sentido, se advierte que desde respuesta al requerimiento especial la demandante advirtió que la información de la empresa en Estados Unidos era más fiable, debido a que tiene un control estricto de costos y gastos de administración al tener acceso a la información de sus empresas en otros países. Adicionalmente, advirtió que por la posibilidad de la empresa en el exterior de acceder a información internacional no se requirieron ajustes en la información de precios de transferencia en comparación con la empresa colombiana, y aclaró que al no considerarse Estados Unidos un país de menor imposición no hay beneficio en transmitirle ingresos 54.

Se observa que no se realizaron ajustes de información al análisis de precios de transferencia en cuanto a la transacción en discusión, de acuerdo con el organigrama de la demandante la empresa en Estados Unidos tiene una mayor posibilidad de tener acceso a información de precios de gastos de administración, y se puede determinar que es la parte menos compleja, ya que es la que presta el servicio de administración a la empresa en Colombia y a otras empresas a nivel internacional.

En este orden de ideas, la Sala advierte que se encuentra justificado el análisis de la parte en Estados Unidos, por lo que no es procedente lo determinado en los actos demandado.

En cuanto a la alegada falta de prueba de los costos y gastos en que incurrió la empresa Sony de Estados Unidos por la DIAN en la contestación de la demanda, y que la actora argumentó que se encontraban probados en el proceso de fiscalización, se observa en el expediente que se remitieron recibos de los servicios prestados por la empresa en el exterior a Sony en Colombia, en el que se individualiza el pago de costos y gastos, como recursos humanos, legales y digitales, por lo que se encuentra prueba de dichas erogaciones⁵⁵.

En el mismo sentido la documentación probatoria aclara que no se requerían muchos ajustes, la actividad preponderante de la parte evaluada en Estados Unidos, la razón del método elegido, la búsqueda de las empresas comparables, fecha de consulta de los datos, selección de la razón financiera utilizada, información financiera de la parte analizada, información de los comparables soportada en el anexo c, rango intercuartil y conclusión de la transacción⁵⁶. En consecuencia, se reitera que se encontraba soportado el cambio de la parte analizada y se aclara que dicho cambio solo afecta la información de la transacción de los servicios administrativos, ya que los métodos de precios de transferencia recaen sobre transacciones individuales, como lo determina el artículo 260-2 del Estatuto Tributario.



Además, a diferencia de lo establecido en los actos demandados la demandante remitió en su documentación comprobatoria a título de anexos, la matriz de los comparables, descripción de las compañías comparables, información financiera de las compañías comparables, descripción técnica de los ajustes, descripción de activos junto con los estados financieros, y demás contratos, por lo que el solo hecho de decir que no es suficiente no desvirtúa la veracidad de la información o la razón de haber elegido el análisis de la empresa del exterior⁵⁷.

54 Folios 153 a 156 del c.a.

55 Folios 267 a 271 del c.a.

56 Página 106 a 116 del “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007” creado el 5 de noviembre de 2009.

57 Página 121 a 480 del “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007” creado el 5 de noviembre de 2009.

Pese a que como lo advirtió la DIAN se encuentra una descripción general de los negocios de las compañías comparables en idioma inglés, la información financiera de las compañías comparables se encuentra en español, por lo que no se limita el estudio de plena competencia, además, en cuanto a algunos contratos en idioma inglés estos tienen relación con el tema de regalías y no con las operaciones de egreso de pagos de servicios administrativos⁵⁸. Se aclara que la demandante si probó su individualidad respecto a las empresas comparadas, ya que informó la estructura del grupo empresarial y sus empresas relacionadas⁵⁹.

En este orden de ideas, la actora podía corregir su DIIPT y su documentación comprobatoria, se debió de tener en cuenta la información remitida en sus correcciones, la demandante tenía la libertad de elegir realizar su análisis de la empresa extranjera, y cumplió con los requisitos de su información comprobatoria junto con el principio de plena competencia. En consecuencia, procede la nulidad de los actos demandados, además se releva del estudio de los demás cargos al prosperar el cargo principal.

Condena en costas

Finalmente, en cuanto a la condena en costas (agencias en derecho y gastos del proceso), se observa que a la luz de los artículos 188 del CPACA y 365 (num. 8) del CGP, no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen, razón por la cual, no se condenará en costas en esta instancia procesal.

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

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por la Consejera de Estado doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, a quien, en consecuencia, se le declara separada del conocimiento de este proceso.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “A”, el 4 de septiembre de 2013. En su lugar:



“1. Declarar la NULIDAD de la Liquidación Oficial de Revisión 312412011000015 de 24 de marzo de 2011 y la Resolución 900.075 de 27 de abril de 2012, expedidas por la DIAN.

A título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** en firme la declaración del impuesto sobre la renta del periodo gravable 2007 presentada por SONY MUSIC ENTERTAINMENT COLOMBIA S.A.”

TERCERO: No se condena en costas

58 *Ibíd*

59 Página 18 a 32 del “Reporte Aclaratorio Final Precios de Transferencia Sony BMG Music Entertainment Colombia 2007” creado el 5 de noviembre de 2009

CUARTO: RECONOCER personería a Isabella García Prati para actuar como apoderada de la DIAN en los términos del poder conferido a folio 665 del cuaderno principal y a Valeria Osorio Rodríguez para actuar como apoderada de la demandante de acuerdo con poder conferido en registro de índice 30 de SAMAI.

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

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

(Con firma electrónica)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente

(Con firma electrónica)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Con firma electrónica)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ