



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: WILSON RAMOS GIRÓN

Bogotá, D. C., siete (07) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-37-000-2013-01233-01 (23520)
Demandante: Loreal Colombia S.A.
Demandado: DIAN

Temas: Renta. 2008. Regla de correspondencia. Ajustes al estudio de precios de transferencia.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 19 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, que resolvió (f. 440 vto.):

Primero: Declarar la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412012000015, del 26 de marzo de 2012, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes, mediante la cual se modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2008 presentada por la sociedad Loreal Colombia S.A., y de la Resolución nro. 900.186, del 29 de abril de 2013, proferida por la Subdirección de Gestión Jurídica de la DIAN, que modificó la [liquidación oficial de revisión] vía recurso de reconsideración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, modificar la liquidación oficial del impuesto sobre la renta del año 2008 de la sociedad Loreal Colombia S.A., de acuerdo con la liquidación efectuada por esta corporación, que obra en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: No se condena en costas a la parte vencida, de conformidad con lo expuesto.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412012000015, del 26 de marzo de 2012 (ff. 82 a 97), la demandada modificó la declaración del impuesto sobre la renta presentada por la actora para el año gravable 2008, en el sentido de añadir ingresos y de disminuir el costo y los gastos operacionales de venta, como resultado de ajustar a la mediana del rango el margen de utilidad determinado en las transacciones realizadas, en el periodo, con entidades con las que tenía vinculación económica. Por lo anterior, incrementó la cuota íntegra del impuesto y sancionó por inexactitud. Esta decisión fue modificada por la Resolución nro. 900.186, del 29 de abril de 2013 (ff. 158 a 177 vto.), en el sentido de disminuir el monto del impuesto liquidado oficialmente y de la sanción por inexactitud impuesta, como resultado de la variación en el cálculo de la mediana del rango derivado de acoger la petición de la demandante de excluir una compañía del análisis de comparabilidad.



ANTECEDENTES PROCESALES

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011), la actora formuló las siguientes pretensiones (f. 200):

- 1.1. Que se declare la nulidad de los actos acusados.
- 1.2. Que, como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho de mi representada en los siguientes términos:
 - 1.2.1. Señalando que la declaración de renta y complementarios presentada por la compañía por el año gravable 2008 está en firme.
 - 1.2.2. Ordenando el archivo del expediente que por este particular se haya abierto en contra de mi representada.
 - 1.2.3. Declarando que no son de cargo de Loreal las costas en que haya incurrido la DIAN con relación a la actuación administrativa, ni las de este proceso.

A los anteriores efectos, invocó como normas violadas los artículos 29 de la Constitución; 27 del CC (Código Civil, Ley 84 de 1873); 107, 260-1, 260-3, 647, 711 y 746 del ET (Estatuto Tributario); y 197 de la Ley 1607 de 2012, bajo el siguiente concepto de violación (ff. 203 a 222):

Sostuvo que su contraparte infringió el debido proceso y la regla de correspondencia, porque, al fallar el recurso de reconsideración, expuso que el fundamento para rechazar del análisis de comparabilidad a dos compañías radicaba en que desplegaron actividades de investigación y desarrollo, siendo que el sustento de esa decisión planteado en los actos previos había sido que esas empresas tenían como actividad lucrativa principal la comercialización de los productos que por sí mismas fabricaban.

Para controvertir el fondo de la decisión acusada, relató que en el estudio de precios de transferencia del año discutido seleccionó nueve compañías como comparables porque tenían negocios similares a los propios, en tanto que eran comercializadoras mayoristas de artículos de cuidado personal y de belleza, cuyos gastos en investigación y desarrollo no superaban el 5% del valor de las ventas; y explicó que las modificaciones oficiales a la autoliquidación revisada fueron el resultado de eliminar del análisis de comparabilidad a dos compañías y de hacer un ajuste de comparabilidad de comparabilidad sobre una tercera, consistente en excluir el gasto de amortización de un intangible.

Al respecto, planteó que su contraparte desatendió el artículo 260-3 del ET (en el texto vigente para la época), según el cual solo serían relevantes para el estudio de precios de transferencia las «*diferencias significativas*» que afecten la comparación de compañías efectuada. Lo anterior, por la circunstancia de que la demandada erró al rechazar a dos comparables basándose en que realizaron actividades de investigación y desarrollo, aun cuando dichas actividades apenas representaban el 1,56% y el 0,8% de la cifra de ventas. También alegó que los actos fueron falsamente motivados dado que afirmaron que la primera compañía manufacturó los productos que comercializó, contrariando el reporte público de la información financiera del periodo que acreditaba que subcontrató la fabricación con terceros independientes; y porque para eliminar a la otra entidad



incumplió la carga de probar que la venta de suplementos nutricionales y la manufactura de los productos eran diferencias que influían significativamente en el análisis de comparabilidad y que ningún ajuste permitiría eliminar el efecto de esas diferencias. Alegó que, en todo caso, los criterios para eliminar las compañías del análisis de comparabilidad no se aplicaron de manera homogénea y consistente, pues, como lo concluyó en el dictamen pericial aportado, de haberlo hecho solo habrían permanecido dos de las nueve comprables, con las que, además, permanecerían dentro del rango de plena competencia sus márgenes de transferencia.

Al ajuste de comparabilidad que realizó la autoridad a una de las compañías seleccionada como comparable en el estudio de precios de transferencia, lo tachó de ser técnicamente inadecuado y de carecer de fiabilidad, por rechazar el gasto de amortización de un activo intangible, sin ajustar los ingresos atribuibles al mismo. Por esa circunstancia, consideró que la modificación no contribuyó a mejorar la comparabilidad, contrariando la que sería la finalidad de los ajustes de acuerdo con los desarrollos técnicos acogidos por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). Añadió que, de juzgarse que el ajuste era técnicamente adecuado, también tendría que llevarse a cabo respecto de su propia información, con miras a excluir del cálculo de la comparación los pagos de regalías por la explotación de la marca.

Sostuvo que, como no se estaba acreditada la manipulación, ni el manejo artificial, de los precios pactados con partes vinculadas, no procedía modificar la autoliquidación del tributo; y agregó que, debido a que en el periodo revisado el consumo se vio afectado por la situación económica global, se materializó un riesgo de mercado que disminuyó la rentabilidad operativa, lo cual impediría que la autoridad tributaria le ajustara el margen de utilidad a la mediana del rango intercuartil.

Por último, se opuso a la multa impuesta a título de sanción por inexactitud, para lo cual alegó que no incurrió en el hecho infractor, ni realizó maniobras fraudulentas para afectar la cuota tributaria a su cargo y que, en cualquier caso si hubiese cometido la infracción, se le tendría que exculpar por estar incurso en un error sobre la comprensión del derecho aplicable.

Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones de la actora (ff. 238 a 277 y 300 a 319). Afirmó que en la resolución que desató el recurso de reconsideración replicó los fundamentos jurídicos presentados en el requerimiento especial y en la liquidación oficial para sustentar el rechazo de dos compañías que no eran comparables con la actora. Indicó que, si bien en esa oportunidad identificó otra diferencia funcional para convalidar su decisión, ese era un mejor argumento que no infringía la regla correspondencia en el contenido de los actos expedidos en el curso del procedimiento administrativo, a la que alude el artículo 711 del ET. Además, se opuso a la valoración del dictamen pericial que aportó la actora con la reforma de la demanda, por invadir la órbita del operador judicial al realizar calificaciones jurídicas y afirmaciones sobre el objeto de la litis.

Explicó que la demandante aplicó el método de «*márgenes transaccionales de utilidad*» (TU) con la rentabilidad medida a través del «*margen operativo*» (MO) para determinar sus precios de transferencia, de manera que la identificación de las comparables suponía un análisis funcional (señaladamente, identificar las actividades con transcendencia económica, las funciones ejercidas, los activos utilizados y los riesgos asumidos), siendo irrelevante las similitudes entre los bienes producidos por las entidades. Defendió a partir de lo anterior que se rechazara del estudio de precios de transferencia a las compañías



que desplegaron funciones significativamente diferentes a las desarrolladas por la actora, con miras a lo cual precisó que esta se dedicaba a la comercialización de bienes, mientras que las rechazadas como comparables vendían productos de manufacturación propia y hacían actividades de investigación y desarrollo, sin que en los estados financieros se pudiera verificar la desagregación actividades para hacer los ajustes de comparabilidad que permitieran eliminar los efectos de esas diferencias. De otra parte, sobre la compañía respecto de la cual sí efectuó un ajuste de comparabilidad, planteó que era procedente porque esa comparable tenía activos intangibles representativos que no poseía la actora, de modo que para eliminar esa diferencia significativa y hacer la comparación más fiable debía excluirse el gasto por la amortización de esos activos. Sostuvo que ese ajuste era técnico-económico y además razonable, aunque no excluyó los ingresos que estuvieran asociados a esos activos, porque no estaban probados. Sostuvo que era improcedente el ajuste a la información de la actora, en cuanto a los gastos por el pago de regalías por la explotación de la marca, porque estas erogaciones diferirían de las que registra el propietario de un intangible por su amortización.

Por lo expuesto, afirmó la procedencia de la sanción por inexactitud, pues en su criterio la actora incurrió en la conducta infractora prevista en el parágrafo del artículo 260-10 del ET (en la redacción vigente para la época) y alegó que era inaplicable la causal de exculpación alegada, por cuanto la remisión al artículo 647 *ibidem* era para la tasación de la multa.

Sentencia apelada

El tribunal declaró la nulidad parcial de los actos acusados a fin de reducir la sanción por inexactitud conforme al principio de favorabilidad y se abstuvo de condenar en costas (ff. 413 a 440 vto). Juzgó que los actos proferidos en la actuación enjuiciada guardaron correspondencia, porque los hechos cuestionados fueron los mismos durante todo el procedimiento de revisión, *i.e.* que el margen de rentabilidad que determinó la actora no estaba dentro del rango intercuartil determinado por la autoridad tributaria y, por ende, debía ajustarse a la mediana de este. Puntualizó que el planteamiento desarrollado por la demandada, al decidir el recurso de reconsideración, según el cual el rechazo de dos comparables también se sustentaba en que realizaban actividades de investigación y desarrollo, era un mejor argumento que no transgredía el artículo 711 del ET. Y negó que el dictamen pericial aportado por la actora abordara temas fuesen de competencia exclusiva del operador judicial, pues las conclusiones que brindaba eran técnicas.

Sobre el debate de fondo, verificó que las dos comparables que rechazó la autoridad tributaria ejercieron actividades de manufactura y distribución de productos de cuidado personal y de suplementos nutricionales, así como de investigación y desarrollo de fórmulas, funciones que diferían de las que desarrolló la demandante, además, en un sector económico también diverso, en el que podrían generarse márgenes de rentabilidad distintos. Agregó que la comercialización de productos de cuidado personal, que era la actividad asimilable a la de la actora no estaba desagregada en los estados financieros de las empresas comparables para poder hacer los ajustes de comparabilidad que fueran del caso; y que las actividades de investigación y desarrollo que llevaban a cabo esas compañías eran económicamente trascendentales en su operación, siendo carga de su contraparte probar que no afectaban el margen de utilidad. Respecto de la falta de homogeneidad para la aplicación de los criterios de eliminación de las comparables, juzgó que los criterios de comparabilidad debían aplicarse para cada empresa individualmente considerada y no de forma uniforme, como lo reclamó la actora. Por lo expuesto, avaló el rechazo de las dos compañías estudiadas del análisis de comparabilidad.



En lo atinente al ajuste de comparabilidad efectuado a una de las compañías del grupo de comparables, verificó que en la información financiera disponible había registrado un activo intangible y el gasto por su amortización, pero sin que pudieran evidenciarse los ingresos atribuibles a la explotación de ese activo. Por tanto, avaló el ajuste realizado por la autoridad tributaria, porque la actora incumplió la carga de probar la modificación que sería aplicable a los ingresos. Estimó que era inviable el ajuste a los gastos por regalías en los que incurrió la demandante por el uso de la marca, porque no se trataba de un rubro conmutable con el gasto por la amortización de un intangible por su propietario.

Finalmente, avaló la procedencia de la multa impuesta a título de sanción por inexactitud, pero ajustada en virtud del principio de favorabilidad.

Recurso de apelación

La demandante apeló la decisión del *a quo* (ff. 453 a 465), para lo cual insistió en que su contraparte infringió el debido proceso y la regla de correspondencia de los actos, pues en su criterio durante el desarrollo del procedimiento de revisión varió el sustento jurídico que llevó al rechazo de dos compañías del análisis de comparabilidad. Explicó que en un primer momento la demandada indicó que la falta de desagregación de la información financiera de esas compañías impedía verificar que fueran comparables; pero cuando se demostró esa segmentación y que el costo de las actividades de investigación y desarrollo representaba menos del 2% de las ventas, varió el argumento, al fallar el recurso de reconsideración, indicando que el rechazo procedía porque las funciones, activos y riesgos de las comparables eran diferentes.

De otra parte, censuró que el tribunal desconociera que la carga de probar los hechos que conllevan la modificación de la declaración privada del tributo era de la demandada y que esta no se habría honrado porque su contraparte no acreditó cuantitativamente que debían hacerse ajustes a su estudio de precios de transferencia. Reiteró que sí eran comparables las dos compañías rechazadas, porque su también eran comercializadoras y distribuidoras de la industria cosmética y de cuidado personal, subcontrataban los procesos de manufactura y el segmento de investigación y desarrollo era del 1.56% y del 0,8% sobre el valor de las ventas, lo que no afecta de forma significativa el margen de utilidad. Insistió en que, en el evento en que se juzgara que los criterios cualitativos definidos por la demandada eran suficientes para excluir a las dos compañías cuestión del estudio de precios de transferencia, entonces esos mismos criterios tendrían que aplicarse de forma homogénea para la selección de comparables, con lo cual, de las nueve compañías que hicieron parte del estudio de precios de transferencia, quedarían solo dos entidades y, respecto estas, sus márgenes estarían dentro del rango intercuartil.

Sostuvo que el ajuste a la información de otra compañía comparable para excluir el gasto por la amortización de un intangible procede desde la perspectiva del gasto. Explicó que la exigencia del *a quo* sobre la prueba de los ingresos que obtuvo la comparable por la explotación del intangible era improcedente, porque esos réditos serían determinables al tiempo de la enajenación del bien pues, hasta entonces, la medición del intangible estaba determinada por su valor razonable; y la comparabilidad que hizo la autoridad tributaria suponía también un ajuste a su propia información consistente en la exclusión del gasto por el pago de regalías por el uso de la marca. Cuestionó la distinción que hizo el tribunal entre esos rubros, pues lo relevante en términos de comparabilidad sería que corresponden a gastos por el uso de un intangible, y conforme a la técnica contable, el valor económico de un activo intangible puede medirse desde el gasto, al margen de que este sea por su amortización o por el pago para su utilización.



Finalmente, afirmó que, por la contundencia de los argumentos propuestos en contra de los actos demandados, si se estimara que incurrió en una inexactitud sancionable, estaría probada la causal de exculpación relativa a un error sobre la comprensión del derecho aplicable.

Alegatos de conclusión

Las partes reiteraron los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (ff. 477 a 481 vto. y 482 a 492). La demandante agregó que el *a quo* violó el principio de congruencia externa de la sentencia, pues fundamentó su decisión en la falta de pruebas, siendo que se probó que eran improcedentes los ajustes que realizó la Administración al análisis de comparabilidad. Además, señaló que, en cualquier caso, si se juzgase que sus precios de transferencia estaban por fuera del rango intercuartil, sería improcedente el ajuste a la mediana, porque la disminución de su utilidad operacional obedeció a la materialización de un riesgo de mercado. El ministerio público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- Juzga la Sala la legalidad de los actos acusados, atendiendo a los cargos de impugnación planteados por la demandante, en calidad de apelante única, contra la sentencia del tribunal que los anuló parcialmente, con el fin de disminuir la sanción por inexactitud en aplicación del principio de favorabilidad, y se abstuvo de imponer condena en costas. En primer lugar, se establecerá si se transgredió la regla de correspondencia entre los actos administrativos y por ende se violó la garantía constitucional al debido proceso. Si no procediera ese cargo de apelación, se tendrá que definir la procedencia del rechazo de dos compañías del análisis de comparabilidad llevado a cabo en el estudio de precios de transferencia de la actora; y si el ajuste de comparabilidad que realizó la autoridad tributaria respecto de una de las entidades comparables, consistente en la eliminación del gasto por amortización de un activo intangible, conllevaba a la exclusión de las regalías pagadas por la actora para el uso de la marca. De ser el caso, se decidirá sobre la juridicidad de la sanción por inexactitud impuesta.

Pero la Sala tiene vedado estudiar los cargos novedosos planteados por la actora en los alegatos de conclusión de segunda instancia, relativos a la incongruencia externa de la sentencia y a la improcedencia del ajuste del margen de utilidad a la mediana del rango intercuartil por la materialización de un riesgo de mercado en el año debatido, toda vez que, conforme al artículo 328 del CGP (Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012), la competencia del juez de segunda instancia se restringe a los aspectos formulados en la apelación y sucede que, esos cuestionamientos, no se plantearon en el recurso de apelación que presentó la actora. Dada esa circunstancia, se reitera que la etapa de alegaciones de conclusión no es la adecuada para formular cargos de impugnación en contra de lo resuelto en la sentencia de primera instancia (sentencia del 07 de mayo de 2020, exp. 23572, CP: Julio Roberto Piza).

2- Sobre la primera cuestión debatida, plantea la apelante que su contraparte infringió el debido proceso y la regla de correspondencia, porque al decidir el recurso obligatorio en vía administrativa cambió el sustento jurídico para excluir del análisis de comparabilidad a dos compañías. Al efecto, expuso que en un primer momento la demandada consideró que la falta de desagregación de la información de esas empresas impedía verificar que fueran comparables, pero al fallar el recurso de reconsideración indicó que el rechazo procedía porque las funciones, activos y riesgos de las comparables eran diferentes. En



el otro extremo, la demandada afirmó que para decidir el recurso de reconsideración replicó los fundamentos jurídicos presentados en los actos anteriores, e identificó otra diferencia funcional entre las comparables rechazadas y la actora a efectos de convalidar su decisión de rechazarlas del estudio de comparabilidad, lo que, en su criterio, no constituía la infracción alegada. De conformidad con esas alegaciones, le corresponde a la Sala determinar si se infringe la regla de correspondencia cuando, al resolver el recurso de reconsideración, se formulan nuevos argumentos para sustentar la exclusión de dos compañías comparables del estudio de precios de transferencia.

2.1- El artículo 711 del ET exige que las modificaciones a las declaraciones tributarias obedezcan a los datos en ellas consignados y correspondan a los hechos planteados en el requerimiento especial o en su ampliación, si la hubiera. Lo anterior, a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa del obligado tributario, para que pueda efectuar las alegaciones, brindar las explicaciones y aportar las pruebas que estime pertinentes para controvertir la propuesta o la decisión de la autoridad de impuestos. Al pronunciarse sobre el alcance de esta exigencia, esta Sección ha precisado que la falta de correspondencia ocurre cuando la liquidación oficial se basa en «*hechos*» distintos a los presentados en el acto preparatorio, los cuales se concretan en «*glosas*» diferentes a las conocidas por el administrado¹. Aclarado lo anterior, se ha precisado que nada impide que la autoridad tributaria plantee en los actos de liquidación argumentos adicionales a los inicialmente formulados, siempre que se refieran a los mismos reproches indicados en el requerimiento especial, máxime si con ellos se atienden los argumentos expuestos por los contribuyentes o se valoran los medios de prueba aportados.

2.2- Partiendo de ese criterio, observa la Sala que lo que reprocha la demandante es que «*los argumentos y fundamentos que originaron la modificación propuesta [se refiere a la exclusión de las dos compañías del análisis de comparabilidad llevado a cabo en el estudio de precios de transferencia] variaron sustancialmente*» a lo largo de actuación administrativa (f. 463). Pues bien, como quedó explicado, la autoridad puede mejorar la argumentación a lo largo del procedimiento de determinación oficial del impuesto.

En el *sub examine*, observa la Sala que la autoridad tributaria, en el requerimiento especial, determinó que «*el margen de rentabilidad hallado por el contribuyente utilizando el método antes citado [márgenes transaccionales de utilidad de la operación], en las operaciones mencionadas, se encuentra por debajo de la mediana determinada por este despacho*» (f. 402 caa), por cuanto «*de las nueve empresas seleccionadas se encontraron dos que realizan funciones distintas a las desarrolladas por la contribuyente*». En concreto, sobre la primera entidad señaló que «*la actividad principal es la fabricación y la venta al por mayor de productos para la salud ... vende suplementos nutricionales, pero también desarrolla sus productos*» (f. 399 caa); mientras que la segunda compañía «*tiene una línea de productos correspondientes a suplementos nutricionales, los cuales fabrican y distribuyen, también indican que desarrollan labores de investigación y desarrollo*» (f. *ibidem*). Agregó que, en todo caso, «*en el análisis contenido en la documentación comprobatoria aportada, no se refleja segmentación en los estados financieros de las compañías mencionadas donde se pueda establecer cuál es la parte correspondiente exclusivamente a distribución, sin incluir el segmento de producción, tampoco se observa ningún tipo de ajuste en cuanto a los rubros correspondientes a investigación y desarrollo; por lo que se considera que las sociedades no son comparables con la contribuyente, puesto que esta se dedica únicamente a la comercialización de productos*» (ff. 399 y 400 caa). Basándose en los argumentos

¹ Así sentencias del 09 de diciembre de 2004, exp. 14307, CP: María Inés Ortiz Barbosa; del 05 de octubre de 2016 y del 13 de diciembre de 2017, exps. 19366 y 20858, CP: Jorge Octavio Ramírez; del 14 de junio de 2018, exp. 20821, CP: Milton Chaves García; y del 02 de diciembre de 2021, exp. 23424, CP: Julio Roberto Piza.



esbozados, propuso el incremento de los ingresos brutos operacionales y la disminución del costo y de los gastos de venta (ff. 408 a 410 caa). Esos mismos argumentos jurídicos sustentaron la liquidación oficial de revisión mediante la cual se modificó la declaración del impuesto sobre la renta presentada por la actora (ff. 485 a 500 caa).

Seguidamente, en la resolución que decidió el recurso de reconsideración, la demandada modificó la liquidación oficial, porque aceptó el alegato de la actora relativo a la exclusión de otra entidad que se tuvo como comparable en el estudio de precios de transferencia, lo que resultó en una reducción de la mediana del rango intercuartil y, por ende, de la cuota tributaria a su cargo (ff. 582). Pero sobre el tema objeto de debate, mantuvo la decisión de excluir del análisis de comparabilidad a dos compañías que no eran comparables con la actora porque cumplían funciones diferentes a esta. En cuanto a la primera entidad, reiteró que *«vende suplementos nutricionales, pero también desarrolla sus productos ... se observa que la actividad principal es la fabricación y la venta al por mayor de productos para la salud»*, y agregó que *«al ser consultado el informe 10k presentado ... en 2009, se observa que la sociedad informó sobre la realización de actividades de investigación y desarrollo»* lo que *«permite concluir que no se encuentra dentro de los parámetros de comparabilidad definidos por la contribuyente»* (ff. 580 y 580 vto. caa). Sobre la segunda empresa insistió en que *«tiene una línea de productos correspondientes a suplementos nutricionales, los cuales fabrican y distribuyen, también indican que desarrollan labores de investigación y desarrollo»* (f. 580 vto. caa).

2.3- A partir de lo expuesto, la Sala concluye que la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se fundamentó en los mismos hechos que sustentaron el acto preparatorio y la liquidación oficial *i.e.* el rechazo de dos compañías comparables incluidas por la demandante en el estudio de precios de transferencia. Lo anterior, porque estimó la autoridad tributaria que realizaron funciones diferentes a las de la contribuyente y no se hicieron ajustes que permitieran conservarlas como comparables. Ahora, si bien la Administración al fallar el recurso de reconsideración planteó que otra diferencia de una de esas empresas con la actora era que desplegó actividades de investigación y desarrollo, ese corresponde a un mejor argumento que no transgrede el debido proceso ni la regla de correspondencia alegada. No prospera el cargo de apelación.

3- En cuando al fondo de la discusión, el tribunal avaló el rechazo de dos compañías del análisis de comparabilidad llevado a cabo en el estudio de precios de transferencia de la contribuyente, pues consideró que no eran entidades comparables con esta, en la medida en que desplegaban funciones diferentes y en un sector económico distinto, sin que estuviera desagregada la información financiera para efectuar los ajustes que serían requeridos para la comparación. Explicó que las dos compañías ejercían actividades de manufactura y distribución de productos de cuidado personal y de suplementos nutricionales, mientras que la actora solo distribuía –sin manufacturar– bienes de cuidado personal; también que realizaron labores de investigación y desarrollo de fórmulas que eran funciones económicamente trascendentales en la operación, pero la demandante no probó que fueran irrelevantes para el análisis de comparabilidad. A esas consideraciones se opone la apelante única, indicando que esas dos compañías sí eran comparables porque, como ella, se dedicaban a la comercialización al por mayor de productos de la industria cosmética y del cuidado personal, y subcontrataban sus procesos de manufactura. Además, afirma que probó que el segmento de investigación y desarrollo representaba solo el 1,56% y el 0,8% sobre el valor de las ventas, lo que no afectaba de forma significativa el margen de utilidad. Agrega que el tribunal desconoció que fue la demandada quién incumplió la carga de probar que las labores de investigación y desarrollo eran cuantitativamente relevantes para excluir a esas dos empresas del análisis de comparabilidad. Por otra parte, censura que la autoridad tributaria no aplicara



de forma homogénea los criterios cualitativos de comparabilidad que definió para la selección de comparables, porque, si lo hubiera hecho de esa forma, quedarían dos entidades comparables y, aun con estas, sus precios de transferencia estarían dentro de los márgenes de plena competencia.

A partir de esas alegaciones, la Sala verifica que la apelante acepta que las dos comparables que rechazó la Administración realizaron actividades diferentes a las propias, *i.e.* funciones de investigación y desarrollo; pero discute que esa diferencia cualitativa fuera suficiente para su exclusión del análisis de comparabilidad, puesto que los gastos en investigación y desarrollo representaron un porcentaje mínimo en relación con las ventas, siendo carga de su contraparte acreditar la forma en que afectaba la comparación. Además, asegura que las demás funciones de esas compañías sí que eran comparables con las propias, porque comercializaron bienes de la industria cosmética y del cuidado personal subcontratando sus procesos de manufactura. En esos términos, la Sala deberá definir si procedía el rechazo de esas dos compañías del análisis de comparabilidad o si, en cambio, aun con las diferencias en las funciones podían considerarse comparables con la actora. Si no fuera así, deberá decidirse si los criterios en los que se basó la Administración para eliminar a esas dos compañías debían aplicarse en forma homogénea de cara al set de las comparables y, si con ello la actora estaría dentro del rango de plena competencia.

3.1- Para el periodo gravable discutido, el régimen de precios de transferencia estaba previsto en las versiones entonces vigentes de los artículos 260-1 y siguientes del ET donde se dispuso que quienes celebraran operaciones con vinculados económicos del exterior determinarían sus factores componentes de renta, valorando esas operaciones bajo precios y márgenes de utilidad correspondientes a operaciones comparables desarrolladas entre partes independientes; y se facultó a la Administración, para liquidar dichos factores en los referidos términos, «*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*» (artículo 260-1 del ET). Para tal efecto, los artículos 260-4 y 260-8 *ibidem* dispusieron que los obligados al régimen, debían presentar de forma anual la DIPT (Declaración Informativa de Precios de Transferencia) con las operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, así como la documentación comprobatoria por cada operación, para demostrar la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen de precios de transferencia y cuyo contenido específico fue previsto en el artículo 7.º del Decreto 4349 de 2004.

Por su parte, el artículo 260-2 del ET previó los métodos que pueden aplicarse para determinar el margen de utilidad de las operaciones, entre estos el método de márgenes transaccionales de utilidad de operación –utilizado por la actora en su estudio de precios de transferencia–, el cual «*consiste en determinar, en transacciones entre vinculados económicos o partes relacionadas, la utilidad de operación que hubieran obtenido partes independientes en operaciones comparables, con base en factores de rentabilidad que toman en cuenta variables tales como activos, ventas, costos, gastos o flujos de efectivo*». Al respecto, la Sala ha precisado que «*bajo este método, se hace un especial énfasis en las funciones desarrolladas por las partes y los indicadores de utilidad pueden resultar menos afectados por las diferencias en los bienes y condiciones de la transacción*» (sentencia del 16 de septiembre de 2021, exp. 22352, CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello).

Lo anterior es concordante con lo previsto en el artículo 260-3 del ET conforme al cual, las transacciones serán comparables «*cuando no existen diferencias entre las características económicas relevantes de estas 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». Estando dentro de los factores de comparabilidad que deben ser verificados, las funciones o actividades económicas significativas, incluyendo los activos utilizados y los riesgos asumidos en las operaciones por las partes de la operación (ordinal 2.º).

Ahora bien, el referido artículo 260-2 del ET señalaba que, cuando haya varias operaciones comparables, es posible utilizar un rango de precios o márgenes, a través de la aplicación de métodos estadísticos, en particular, el rango intercuartil, contra el cual se compararía la operación ejecutada por el contribuyente. Entonces, 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».*

3.2- De conformidad con el marco jurídico referido, para determinar la tributación conforme al principio de plena competencia, se necesita efectuar un análisis de comparabilidad entre las transacciones controladas y aquellas realizadas por partes independientes que sean comparables (sentencia del 05 de noviembre de 2020, exp. 21990, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez). Al efecto, se deben valorar las condiciones de las operaciones controladas, identificar las comparables y determinar los ajustes de comparabilidad que fueran requeridos para dotar de fiabilidad al análisis. Así, 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; para lo cual las diferencias identificadas entre unas y otras transacciones no pueden afectar materialmente el precio o margen de utilidad o, en caso contrario, se deben realizar los ajustes razonables de comparabilidad para neutralizar los efectos de tales diferencias (sentencias del 14 de junio de 2018, exp. 20821, CP: Milton Chaves García y 11 de mayo de 2023, exp. 26590, CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello). Consecuentemente, a partir de la verificación de los factores de comparabilidad, se debe determinar si existen diferencias en las circunstancias económicamente relevantes de las operaciones o de las empresas comparadas. Establecido lo anterior, se debe juzgar si las diferencias entre las situaciones comparadas afectan materialmente el precio o margen de transacción y, de ser así, si se pueden realizar ajustes técnicos-económicos razonables para eliminar los efectos de tales diferencias.

3.3- En torno a la carga de la prueba, la Sala mediante sentencia del 10 de octubre de 2018 (exp. 20751, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez) señaló la forma y la oportunidad en la que el contribuyente debe probar que los precios o márgenes de utilidad que obtuvo en una operación controlada cumplen con el principio de plena competencia. Sobre el particular, la Sección precisó que es la documentación comprobatoria en su doble connotación de deber formal, dirigido a soportar la determinación del impuesto sobre la renta conforme al principio de plena competencia, e instrumento de fiscalización, el medio de prueba idóneo para el efecto. Lo anterior, bajo el entendido de que es el documento en el que debe plasmar el estudio de precios de transferencia y las pruebas que lo soportan. Este medio de prueba, a su vez, corresponde al tema de la prueba o, en otras palabras, a los hechos que deben ser probados, que en el contexto del régimen de precios de transferencia significa que los *«ingresos, costos, deducciones y sus activos adquiridos en el respectivo año gravable, relativos a las operaciones celebradas con*



vinculados económicos o partes relacionadas domiciliados o residentes en el exterior y/o en paraísos fiscales, fueron determinados considerando para esas operaciones los precios, montos de contraprestación o márgenes de utilidad que se hubiesen utilizado con o entre partes independientes» (redacción original de los artículos 260-1, 260-4 y 260-10 del ET y del artículo 7.º del Decreto 4349 de 2004).

Dada la conducencia probatoria y la identificación del tema objeto de la prueba que ostenta la documentación comprobatoria, este medio resulta idóneo, en los términos del artículo 743 del ET, para acreditar la observancia de la normativa de precios de transferencia. Esto no significa que exista una tarifa legal, pues el juez puede valorar libremente dicho medio probatorio, acorde con las reglas de la sana crítica. Ahora, las partes pueden aportar, al procedimiento administrativo o al proceso, medios de prueba adicionales a la documentación comprobatoria que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permitan controvertir o afirmar los análisis y conclusiones que formule la misma. En el caso de los dictámenes periciales, la Sala² tiene fijado como criterio de decisión que en cada caso particular se debe evaluar si la opinión rendida es lo suficientemente sólida, clara, exhaustiva y precisa para coadyuvar a resolver de fondo la litis, pero sin aportar conclusiones jurídicas relativas al sometimiento al principio de plena competencia en el marco del régimen de precios de transferencia. Así, los dictámenes periciales no brindan una oportunidad para que los obligados subsanen o modifiquen, en el trámite judicial, los resultados obtenidos al elaborar y aportar sus estudios de precios de transferencia. Lo anterior, porque el artículo 260-4 del ET le confirió a la documentación comprobatoria una eficacia probatoria, por cuenta de la cual es preciso que la Administración cuente con la versión acabada del estudio de precios de transferencia en la oportunidad regulada para que pueda adelantar la comprobación y revisión de la declaración tributaria bajo los estrictos plazos de caducidad que delimitan la legalidad de sus actuaciones en el tiempo.

3.4- Delimitado así el marco jurídico aplicable al *sub examine*, la Sala pasa a estudiar las pruebas del plenario, a fin de determinar si procede el rechazo de dos compañías del análisis de comparabilidad llevado a cabo en el estudio de precios de transferencia de la actora. Al respecto, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

(i) En la declaración del impuesto sobre la renta revisada, la actora registró: (a) ingresos operacionales por \$80.860.119.000, (ii) costo de ventas por \$17.305.516.000, y (c) gastos de ventas por \$41.402.309.000 (f. 4 caa).

(ii) El 08 de julio de 2009, la demandante presentó la DIPT en la que informó: «operaciones de ingreso con vinculadas del exterior» por \$740.402.000 y «operaciones de egreso» por \$24.177.889.000 (ff. 5 a 7 caa). Seguidamente, por requerimiento de la autoridad tributaria (f. 8 caa), el 28 de agosto de 2009, la actora aportó la documentación comprobatoria de esas operaciones (ff. 10 a 109 caa). Concretamente, del estudio de precios de transferencia se destaca que:

(a) Para el año gravable 2008, la actora celebró con sus vinculadas del exterior las siguientes transacciones: *i.* exportación de inventario no producido por \$740.403.262; *ii.* importación de productos terminados por \$18.217.615.263; *iii.* egresos por regalías en cuantía de \$618.191.261; *iv.* egresos por publicidad por \$1.248.111.690; *v.* egresos por asistencia técnica por \$3.400.051.933; y *vi.* Otros egresos –licencias y registros– por \$693.919.424. Asimismo, se precisó que por la interrelación entre esas operaciones su evaluación se haría en forma conjunta, puesto que por separado no reflejarían la realidad de las actividades del negocio (f. 13 y 43 vto. a 45 caa).

² Sentencias del 10 de octubre de 2018 y 05 de noviembre de 2020 (exps. 20751 y 21990, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez).



(b) Por «*contar la información financiera más confiable*», se hizo el análisis económico de las operaciones aplicando el método de márgenes transaccionales de utilidad de operación (TU) y se determinó que, en el periodo discutido, la demandante tuvo una rentabilidad del 7% (6,975%), medida a través del margen operativo (MO); resultado que sugirió que las operaciones con las vinculadas del exterior se celebraron sin afectar el principio de plena competencia, porque con las entidades comparables –i.e. empresas independientes dedicada a la distribución de productos similares– se generó un rango intercuartil (ajustado por el promedio ponderado de cuentas de capital de los ejercicios comprendidos entre 2005 a 2008) que va de 6,5% a 10,2%, con una mediana de 8,3% (f. 13 vto. caa).

(c) En concreto sobre los puntos debatidos, en el análisis funcional, se indicó que la actora desplegó actividades de «*comercialización de productos importados de sus afiliados en el exterior, los cuales no son transformados, sino que para la venta se acompañan de un “blister” (etiqueta) y sticker, cuya producción se entrega en maquila a empresas locales*» (f. 14 vto. caa). Se precisó que los bienes comercializados eran del sector de cosméticos y se dividían en cuatro grupos: *i.* productos profesionales para coloración, estilo, champús y cuidado del cabello; *ii.* productos para el mercado de consumo masivo para cuidado del cabello y tinturas, cuidado de la piel, maquillaje y desodorantes; *iii.* producto de lujo de maquillaje, cuidado de la piel y perfumes; y *iv.* productos de cuidado de la piel para ser vendidos en farmacias y secciones especial de droguerías, bajo prescripción médica o dermatológica (f. 18 vto.). También se puntualizó que las funciones de «*investigación y desarrollo*» eran ejercidas por la casa matriz en Francia, pues la compañía «*no lleva a cabo ningún tipo de inversión en investigación y desarrollo en la actualidad*»; además que «*si un afiliado local tuviese que adelantar alguna investigación, lo haría como un proveedor de servicios... y los costos le serían reembolsados en un 100%*» (f. 48 vto. caa). También que «*no fabrica en Colombia los productos que comercializa; los compra a licenciadores franceses*» (f. 49 caa).

(d) Sobre el método de determinación de precios de transferencia, explicó que se eligió el método de márgenes transaccionales de utilidad de operación porque el margen operacional «*puede ser más tolerable a las diferencias en las funciones existentes entre la parte analizada y las comparables que afectan el margen de la transacción, sumado al análisis realizado a las características de las funciones, activos, y riesgos asumidos por la compañía*» (f. 71 caa).

(e) En la selección de comparables, se señaló que «*no fue posible identificar compañías comparables en el mercado local*», porque no estaba disponible la información cuantitativa y cualitativa que se requería para la comparación (f. 71 vto. caa). A continuación, se indicó que, de la búsqueda inicial de comparables en el mercado de Estados Unidos, Canadá y el resto del mundo resultaron 90 compañías potencialmente comparables, a las que les fueron aplicados los siguientes criterios cuantitativos para su rechazo o selección: *i.* información insuficiente: se descartaron las entidades que no tuvieran publicados por lo menos los estados financieros de dos años; *ii.* pérdidas operativas: se eliminaron las compañías con más de dos años de pérdidas; y *iii.* funciones de investigación y desarrollo: se descartaron las entidades que reportaban una proporción de gastos en estas actividades sobre las ventas superiores al 5% (f. 73 caa). En seguida, se aplicaron criterios cualitativos para identificar, a partir de la descripción del negocio, las empresas que, según sus funciones, productos y mercado, serían comparables con la demandante en la actividad de importación y distribución de producto terminado, quedando como comparables nueve compañías (f. 73 vto.



caa). Conforme el apéndice e., entre las razones cualitativas para el rechazo, se identificaron: funciones de manufactura, funciones diversificadas, y otro tipo de negocio. Además, respecto de las nueve entidades elegidas como comparables se hizo un ajuste de comparabilidad para neutralizar el efecto de las compras y ventas a plazo, de manera que se ajustó la información de las compañías como si las operaciones fueran de contado (ff. 82 vto. y 83 caa).

(f) En el apéndice b. está la información financiera de las nueve comparables, incluyendo las dos entidades objeto de discusión. Al respecto, se evidencia que esas dos empresas registraron gastos por investigación y desarrollo que, en relación con las ventas, representan el 1,56% y 0,8%, respectivamente (f. 78 caa). Otras tres compañías, incluida la que se eliminaría del análisis de comparabilidad al acceder a la petición que formuló la actora en el recurso de reconsideración, registraron gastos en estas funciones equivalentes al 0,12% (f. 76 vto. caa), 0,82% (f. 79 caa) y 2,08% (f. 79 vto. caa).

(g) A su vez, en el apéndice c. se describen los negocios realizados por las nueve comparables seleccionadas. Sobre la primera compañía discutida, indica que «se dedica al desarrollo y venta de suplementos nutricionales, productos tópicos y para el cuidado de la piel y productos para el control del peso en todo el mundo» (f. 81 caa y 62 a 63³). En cuanto a la segunda entidad, señala que «desarrolla y distribuye productos para el cuidado personal y suplementos nutricionales en todo el mundo» (f. 81 vto. caa y 63 y 64⁴).

(h) Obra en el expediente el reporte de la información financiera de las dos entidades rechazadas realizado para el año 2008, en la Forma 10-K requerida por la SEC (*Securities and Exchange Commission*) de los Estados Unidos. En cuanto a la primera compañía, el reporte da cuenta de que opera con un segmento de negocio que consiste, «principalmente», en vender «suplementos nutricionales a través de canales de distribución de marketing en red» (f. 336 caa). Al respecto, puntualiza que, entre sus funciones, la compañía «desarrolla y vende una gama de suplementos nutricionales, productos tópicos y para el cuidado de la piel y productos para el control del peso. También vende una gama de ayudas de ventas para su red de asociados y miembros independientes, a través de los cuales distribuye sus productos» (f. 339 caa). Además, precisa que como «una estrategia operativa flexible y la capacidad de aumentar la capacidad de producción», contrata a «terceros para fabricar todos los productos, lo que le permite responder de manera efectiva a las fluctuaciones de la demanda con una inversión mínima y ayuda a controlar los costos operativos» (f. 208⁵). Respecto de la segunda compañía excluida por la autoridad tributaria del análisis de comparabilidad, en la Forma 10-K se indica que como negocio «la compañía desarrolla y distribuye productos para el cuidado personal y suplementos nutricionales que se venden bajo las marcas [nombre de las dos líneas de negocio]» (f. 357 caa). Explican que, con relación a los bienes de cuidado de la piel, «para mantener la alta calidad de los productos, adquieren los ingredientes y contratan la producción de los productos a proveedores y fabricantes que consideran fiables y que ofrecen materiales y servicios de alta calidad». Asimismo, «todos los suplementos nutricionales e ingredientes son producidos o suministrados por terceros proveedores y fabricantes» (f. 348 caa). En cuanto a los ingresos obtenidos en cada línea de negocio, en la Forma 10-k se especifica que para los años 2007, 2008 y 2009, la línea de cuidado de la piel

³ En la respuesta al requerimiento especial, presentada por la actora el 28 de septiembre de 2011, se encuentran las traducciones al español, de los textos contenidos en la documentación comprobatoria.

⁴ En la respuesta al requerimiento especial, presentada por la actora el 28 de septiembre de 2011, se encuentran las traducciones al español, de los textos contenidos en la documentación comprobatoria.

⁵ Corresponde a una cita en la reforma de la demanda de la Forma 10-K de periodo gravable 2008.



representó el 40,8%, 43%, y 50,8% de las ventas, respectivamente (f. 345 caa).

(iii) En el requerimiento especial, la demandada sostuvo que *«de las nueve empresas seleccionadas se encontraron dos que realizan funciones distintas a las desarrolladas por la contribuyente. Tal como se evidencia en la descripción del negocio de las empresas comparables y en el formato 10-K»*. Puntualizó que la primera compañía *«vende suplementos nutricionales, pero también desarrolla sus productos. En la descripción de la sociedad, tomado de los estados financieros publicados, se observa que la actividad principal es la fabricación y la venta al por mayor de productos para la salud»*. Para la segunda entidad señaló que *«tiene una línea de productos correspondientes a suplementos nutricionales, los cuales fabrican y distribuyen, también indican que desarrollan labores de investigación y desarrollo»*. Además, precisó que *«el análisis económico contenido en la documentación comprobatoria aportada, no se refleja segmentación en los estados financieros de las compañías mencionadas donde se pueda establecer cuál es la parte correspondiente exclusivamente a distribución, sin incluir el segmento de producción tampoco se observa ningún tipo de ajuste en cuanto a los rubros correspondientes a investigación y desarrollo»*. Por ende, concluyó que *«las sociedades no son comparables con la contribuyente, puesto que esta se dedica únicamente a la comercialización de productos y no realiza actividades de producción ni de investigación y desarrollo de productos»* (ff. 399 y 400 caa).

(iv) En línea con lo anterior, en la liquidación oficial demandada, la Administración planteó que procede el rechazo de las dos entidades analizadas, porque la primera fabrica y vende suplementos nutricionales; y la segunda tiene una línea de productos correspondiente a suplementos nutricionales, los cuales fabrica y distribuye, además, realiza labores de investigación y desarrollo. Sostuvo que la diferencia en las labores era suficiente para el rechazo, toda vez que no estaba la *«segmentación en los estados financieros ... donde se pueda establecer cuál es la parte correspondiente exclusivamente a distribución, sin incluir el segmento de producción. Tampoco se observa ningún tipo de ajuste en cuanto a los rubros correspondientes a investigación y desarrollo»* (f. 493). Al decidir el recurso de reconsideración, reiteró los anteriores argumentos y agregó que las labores de investigación y desarrollo fueron un criterio para eliminación de las comparables potenciales en el estudio de precios, de manera que, como las dos compañías ejercieron esas funciones no se encontraban dentro de los parámetros de comparabilidad definidos por la actora (ff. 580 a 581 caa).

(v) Con la reforma a la demanda, la actora presentó un dictamen pericial sobre *«la razonabilidad de la aplicación de los criterios de comparabilidad usados en la documentación comprobatoria de precios de transferencia 2008 y aquellos utilizados por la Administración»*, que no se controvertió por la demandada. Frente al tema objeto de controversia, del análisis técnico se extraen los siguientes datos relevantes (ff. 224 a 236):

(a) En cuanto a las labores de investigación y desarrollo, precisa que en el estudio de precios llevado a cabo por la actora se *«definió como criterio de rechazo cuantitativo una razón de gastos de investigación y desarrollo sobre ventas mayor a 5%»*, criterio que se aplicó de forma homogénea para la selección de las comparables, puesto que las nueve compañías elegidas tenían gastos en esas funciones que, en relación con las ventas, no superaban del 2,26% (f. 225). En cambio, sobre los ajustes que efectuó la autoridad tributaria, señala que utilizan un criterio cualitativo y fundamentado en la información descriptiva de negocios, consistente en excluir las entidades que mencionan que realizan labores de investigación y desarrollo. Pero concluye que ese criterio no se aplicó de forma homogénea, toda vez que siete de las nueve comparables tenían en la descripción de su negocio que realizaban actividades de



investigación y desarrollo, y seis registraron gastos asociados a esas actividades (ff. 225 a 227). Al respecto, se conceptuó que *«eliminar aquellas compañías que realizan actividades de investigación y desarrollo, teniendo en cuenta que la compañía no lleva a cabo este tipo de actividades, es razonable por cuanto las mismas pueden representar para las compañías una mayor rentabilidad esperada»*. Puntualizó que *«la utilización tanto de criterios cuantitativos como cualitativos es correcta y técnicamente aceptable, siendo el primero es más preciso por cuanto permite evaluar con mayor precisión la magnitud de las funciones y provee mayores elementos de juicio para tomar una decisión más acertada a la hora de rechazar o aceptar una comparable»* (f. 227).

(b) En lo que se refiere a las actividades de las comparables, se explica que, para verificar si las compañías seleccionadas como comparables realizan esa actividad, se revisó la información financiera para identificar si registraron partidas de materias primas e inventarios en procesos, y obtener la participación de esas partidas en el costo de venta, considerando que esas partidas son propias de las entidades dedicadas a actividades productivas. A partir de esos datos, concluyeron que seis compañías comparables *«realizan actividades de manufactura, ya sea por sí mismas o subcontratando a terceros»* (f. 228), de manera que, *«si se aplicara el criterio cuantitativo de manera homogénea, solo deberían ser aceptadas como comparables las compañías [nombra a las tres entidades]»*, dos de las cuales corresponden a las mismas que podrían seleccionarse si se aplicara el criterio cualitativo respecto de la labor de investigación y desarrollo (f. 228). Además, se revisó la descripción del negocio de cada compañía para verificar el criterio cualitativo de rechazo que definió la demandada (i.e. mención a la realización de actividades de manufactura y comercialización de productos diferentes). De lo anterior, concluyó que solo dos compañías –las mismas que tampoco realizan actividades de investigación y desarrollo– se dedican a la comercialización de bienes, sin producirlos directamente o a través de terceros, ya que las demás manufacturan todas sus líneas de negocio o subcontratan sus procesos de manufactura. Sobre el particular, conceptuó que, siguiendo las directrices de la OCDE, *«cuando se utiliza el método de márgenes transaccionales de utilidad de operación es posible que se presenten ciertas distorsiones o variaciones en las funciones desarrolladas, activos utilizados y riesgos asumidos entre la parte analizada y las compañías comparables, lo cual no compromete necesariamente la comparabilidad del método»*. Agregó que el criterio de rechazo de la Administración no se aplicó de manera homogénea, disminuyendo la fiabilidad del análisis (ff. 229 y 230).

(c) Finalmente, precisó que el MO de 6,975% obtenido por la demandante está dentro de rango conformando por el MO de las dos comparables que superan los criterios de rechazo que definió la demandada, que corresponden a 5,8% y 7,7% (ff. 232 y 233).

3.5- Vistos los hechos probados, pasa la Sala a verificar la razonabilidad de los criterios en los que sustentó la autoridad tributaria el rechazo de dos compañías del estudio de comparabilidad llevado a cabo por la actora en el estudio de precios de transferencia. En torno al criterio de rechazo asociado a las labores de investigación y desarrollo, inicia la Sala por precisar que, con base las directrices de la OCDE (parágrafo 3.43⁶), entre los criterios cuantitativos más usados para aceptar o rechazar comparables potenciales, se encuentran aquellos *«vinculados a los intangibles, tales como ... la ratio de “investigación y desarrollo (I+D)/ventas” »*, resaltándose que *«cuando se disponga de ellos, estos datos pueden utilizarse, por ejemplo, para excluir a las sociedades con ... actividades de I+D en*

⁶ La cita corresponde a la versión del año 2022 de las directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias.



aquellos casos en los que la parte objeto de análisis no ... participe en actividades significativas de I+D». En el *sub lite*, la actora designó un criterio cuantitativo de rechazo de comparables potenciales consistente en excluir del análisis de comparabilidad a las compañías con gastos en investigación y desarrollo superiores al 5% del total de las ventas, criterio que, para la Sala resulta razonable y técnico pues, conforme a lo indicado en las directrices de la OCDE y el concepto técnico aportado con la reforma a la demanda –que no se discutió por la demandada–, la relación cuantitativa entre las actividades de investigación y desarrollo y el monto de las ventas «permite evaluar con mayor precisión la magnitud de esas funciones», que la sola enunciación de esas labores en el objeto de las entidades, criterio cualitativo al que se refirieron los actos demandados.

Así, se constata que la autoridad tributaria no desacreditó la fiabilidad del criterio cuantitativo fijado por la sociedad contribuyente, puesto que se limitó a indicar que las funciones de investigación y desarrollo estaban dentro de los parámetros de comparabilidad definidos en el estudio de precios de transferencia para el rechazo de las comparables. Pero, sin realizar ningún análisis sobre los gastos en esas labores contra el total de las ventas (como se había definido en el estudio), concluyó que procedía la exclusión de las dos compañías que desarrollaron funciones de ese tipo, por la sola mención de las mismas en su descripción de negocio. Además, se verifica que la autoridad tributaria tampoco aplicó ese parámetro de forma homogénea, ya que, como se concluye en el dictamen pericial, otras cuatro compañías describieron entre las actividades del negocio las labores de investigación y desarrollo. Asimismo, la documentación comprobatoria del estudio de precios de transferencia acredita que otras tres compañías tuvieron gastos asociados a esas funciones. Aunque la Sala no desconoce que las entidades que despliegan funciones de investigación y desarrollo pueden tener una mayor rentabilidad –como se señaló en el concepto técnico aportado con la reforma de la demanda–, en el presente caso, la Administración omitió acreditar que fuera una característica económica relevante para las dos empresas rechazadas, que afectara el margen de utilidad. En esa medida, las funciones de investigación y desarrollo que desplegaron las compañías analizadas, en sí mismas, no justificaban su exclusión del análisis de comparabilidad, por cuanto cumplían el criterio cuantitativo de aceptación que fijó la actora, al no exceder del 5% del valor de las ventas. Así, de conformidad con los estados financieros que obran en el plenario, que dan cuenta de que cada compañía invirtió para el desarrollo de esas labores el 1,56% y 0,8% sobre el valor de las ventas, sería improcedente su rechazo como comparable por las labores de investigación y desarrollo analizadas.

3.6- Adicionalmente, la autoridad tributaria sustentó el rechazo de las dos comparables en que realizaron actividades de manufactura y tenían un segmento de productos de suplemento nutricional, lo que, en su criterio, impedía la comparación con la actora, quien no manufacturaba, sino que solo distribuía productos para el cuidado personal. Agregó que, al no estar desagregada la información financiera, era inviable verificar los márgenes de la función similar a la de la contribuyente. Al respecto, se parte de reiterar que para aplicar el método de márgenes transaccionales de utilidad de operación «se hace un especial énfasis en las funciones desarrolladas por las partes»⁷ siendo los indicadores de utilidad menos afectados por las diferencias en los bienes y condiciones de la transacción. En el *sub examine*, está probado que las dos comparables que rechazó la autoridad tributaria realizaron labores de manufactura, que no eran desarrolladas por la actora que se dedicó a la comercialización de bienes. De esto da cuenta la descripción de las actividades contenida en las Formas 10-K, conforme a las cuales esas entidades ejercieron las funciones de manufactura a través de terceros que contrataron para tal

⁷ Sentencia del 16 de septiembre de 2021, exp. 22352, CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello.



efecto. Así como el dictamen pericial aportado con la reforma de la demanda que da cuenta de que esas sociedades registraron en su información financiera materias primas e inventarios en procesos, que corresponde a partidas contables propias de las empresas dedicadas a actividades productivas. Esas diferencias funcionales eran relevantes para el análisis de comparabilidad, porque en el método TU la similitud en las funciones adquiere relevancia y, en el caso *sub examine*, la fabricación de los productos objeto de comercialización no era una característica propia de las operaciones objeto de análisis, e incluso su desarrollo se definió como un criterio para el rechazo de las posibles comparables en el estudio de precios de transferencia realizado.

Pese a lo anterior, conforme a las pruebas que obran en el plenario, el hecho que la autoridad tributaria excluyera a dos comparables del estudio de precios al verificar que desarrollaron actividades de manufactura a través de un tercero, no contribuyó a mejorar la fiabilidad de la comparación, puesto que, sin exponer los motivos, la demandada omitió aplicar ese criterio de forma uniforme al set de las comparables, con lo que distorsionó los márgenes de rentabilidad, ya que, de acuerdo con el dictamen técnico, que no fue controvertido, si se hubiera comparando el MO de la actora con el de las dos compañías que tendrían la similitud en las funciones que se avaló en los actos demandados (en concreto, la fabricación de los bienes comercializados) el margen de utilidad de la contribuyente estarían dentro del rango de libre competencia. Esto en la medida en que el MO de las dos empresas comparables que se dedicaron exclusivamente a la comercialización de bienes, en la misma industria de la actora, fue de 5,8% y 7,7%, estando el MO de 6,975% de la actora dentro del rango conformado por estas. Por ende, la Sala encuentra que era improcedente la decisión de la demandada de excluir a las dos compañías del análisis de comparabilidad. Prospera el cargo de apelación.

4- Por otra parte, el tribunal avaló el ajuste de comparabilidad que realizó la autoridad tributaria a la información de una entidad comparable, para eliminar el gasto por la amortización de un intangible. Al respecto, juzgó que sería procedente excluir también los ingresos generados por la explotación ese activo, pero que la actora omitió probar el *quantum* por el que se haría ese ajuste. En cambio, consideró que era improcedente ajustar la información de la contribuyente para descartar las regalías pagadas por el uso de la marca, puesto que no era un rubro conmutable con la amortización de un intangible por su propietario. A lo anterior se opone la apelante única argumentando que el tribunal erró al exigir la prueba de los ingresos a ajustar de la información de la comparable, por cuanto el monto de esos réditos sería indeterminado hasta la venta del bien, en tanto que la medición del intangible se establece por su valor económico. En esa medida, defiende que el ajuste de comparabilidad, en el *sub lite*, debía establecerse desde la perspectiva del gasto, pues tanto ella como la entidad comparable tenían erogaciones asociadas a la explotación de un intangible. Por ende, estima que procede el ajuste siempre que, de su propia información financiera, se elimine el gasto por regalías pagadas para el uso de la marca. Puntualiza que es errada la distinción que hizo el tribunal entre el gasto propio y el de la comparable, porque, en su criterio, lo relevante en términos de comparabilidad es que ambos corresponden a erogaciones por la explotación de un intangible; lo que resulta concordante con la técnica contable, conforme a la cual, el valor económico de un activo intangible puede medirse desde el gasto, bien sea por su amortización o por el pago por su uso.

Al tenor de esas alegaciones, observa la Sala que la demandante concuerda en que era razonable el ajuste a la información de la comparable, toda vez que tenía en su patrimonio un activo intangible y registró un gasto por su amortización. Discute que no se ajustara su propia información financiera para eliminar las erogaciones por regalías en las que incurrió por el uso de la marca, pues considera que esos rubros de gasto serían



conmutables para efectos de la comparabilidad, en la medida en que corresponden a erogaciones asociadas a la explotación de un intangible. Por ende, la Sala definirá si el ajuste de comparabilidad que realizó la demandada a una comparable, señaladamente, la exclusión del gasto por amortización de un activo intangible conllevaba un ajuste en el gasto por las regalías pagadas por la actora para el uso de la marca.

Pero la Sala no se pronunciará sobre el planteamiento de la apelante única, relacionado con la inviabilidad de probar los ingresos percibidos por la comparable de la explotación del intangible, sustentada en que el ajuste de comparabilidad procede desde la perspectiva del gasto, por cuanto no corresponde a un reproche concreto frente a la decisión de primer grado. Al respecto, el *a quo* juzgó que le asistía razón a la demandante en cuanto a que el ajuste de comparabilidad a la entidad discutida procede respecto de los ingresos que esta percibiera por la explotación del activo intangible, pero que no se hacía ese ajuste porque no estaba probado su monto. Con el recurso de apelación, la actora admite que no están probados esos ingresos y señala que no podrían probarse, toda vez que el ajuste debe hacerse de cara a los gastos por la explotación de los activos intangibles registrados en la información propia y de la comparable. Como quiera que ese alegato no controvierte la decisión apelada, debe excluirse del análisis propuesto en esta instancia, puesto que, en desarrollo de los principios de justicia rogada y de congruencia, el fallador de segunda instancia debe estudiar la apelación respecto a la inconformidad planteada a la sentencia de primera instancia. También porque según los artículos 320 y 322 del CGP el objeto del recurso de apelación consiste en que el superior examine la cuestión decidida, únicamente, respecto de los reparos concretos formulados por el apelante contra la providencia⁸.

4.1- Sobre la cuestión discutida, la Sala⁹ ha precisado que los ajustes de comparabilidad buscan eliminar los efectos de las diferencias existentes entre la contribuyente y sus comparables, que afecten significativamente el precio o margen de utilidad entre las operaciones o entidades comparadas para lograr que sean efectivamente comparables, así *«si la comparación se enfrenta con una condición económica particular, que se encuentre en la parte analizada y no en las comparables o viceversa, esta podrá eliminarse, con el fin de lograr una mayor comparabilidad, siempre que su eliminación sea razonable»*¹⁰. Bajo esa metodología, un ajuste de comparabilidad busca eliminar los efectos de las diferencias existentes entre la contribuyente y sus comparables, que afecten significativamente el precio o margen de utilidad entre las operaciones o entidades comparadas para lograr que sean efectivamente comparables, para lo cual *«cabe ajustar la primera, las segundas o ambas, para efectos del análisis, suprimiendo esa característica especial, con el fin de hacer posible una comparación más precisa con las otras operaciones»*¹¹, por lo que los ajustes posibles (o su rechazo) deben obedecer al propósito de la comparación de las operaciones analizadas, y no suponen una modificación contable o fiscal de las operaciones analizadas en sí, ni de su valor, más allá de la comparación misma¹². En ese sentido, la OCDE señala que *«los ajustes de comparabilidad deben considerarse si (y solo si) se espera que mejoren la fiabilidad de los resultados. Las consideraciones que hay que plantearse a este respecto abarcan la importancia de la diferencia por la que se considera el ajuste, la calidad de los datos sometidos al ajuste, el objeto de este y la fiabilidad del criterio utilizado para practicarlo»*. Por ende, puntualiza que *«los ajustes de comparabilidad únicamente son apropiados en el caso de que las diferencias afecten realmente a la comparación. Es inevitable la*

⁸ Fallos del 06 de noviembre de 2019, exp. 23476, CP: Stella Jeannette Carvajal y del 05 de mayo de 2022, exp. 25553, CP: Myriam Stella Gutiérrez

⁹ Sentencias del 09 de diciembre de 2020 (exp. 21999 y 23166, CP: Milton Chaves García y Julio Roberto Piza).

¹⁰ Sentencia del 14 de junio de 2018 (exp. 20821, CP: Milton Chaves García).

¹¹ Sentencias del 09 de diciembre de 2020 (exp. 21999 y 23166, CP: Milton Chaves García y Julio Roberto Piza).

¹² *Ibidem*.



existencia de diferencias entre las operaciones vinculadas del contribuyente y las de terceros comparables. La comparación puede ser correcta incluso a pesar de la existencia de una diferencia no ajustada, siempre que esta no afecte a la fiabilidad de la comparación» (parágrafos 3.50 y 3.51).

4.2- En torno a los activos intangibles, el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 (vigente para la época de los hechos) dispone que son «*los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros*», en línea con lo cual señala que «*para reconocer la contribución de los activos intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil*». Al respecto esta Sección¹³ ha aclarado que la amortización es el equivalente monetario del desgaste sufrido en un período por un bien de producción no susceptible de ser depreciado y consiste en distribuir el costo del activo intangible, anticipado o diferido, durante su vida útil o durante cualquier otro período de tiempo. En línea con lo anterior, el Decreto 2650 de 1993, que modificó el plan único de cuentas, dispuso en su artículo 15 la cuenta del activo, como aquella que «*agrupa el conjunto de las cuentas que representan los bienes y derechos tangibles e intangibles de propiedad del ente económico, que por lo general, son fuente potencial de beneficios presentes o futuros*»; el grupo de intangibles como el que «*comprende el conjunto de bienes inmateriales, representados en derechos, privilegios o ventajas de competencia que son valiosos por que contribuyen a un aumento en ingresos o utilidades por medio de su empleo en el ente económico; estos derechos se compran o se desarrollan en el curso normal de los negocios...*»; y la subcuenta de amortización acumulada como la que «*registra el monto de las amortizaciones acumuladas de los activos intangibles de propiedad del ente económico*». En cambio, las regalías corresponden a la prestación que paga un sujeto a cambio del uso de un intangible –en el caso de una marca–, por tanto, quien incurre en la erogación no tiene incorporado el intangible en su patrimonio y en consecuencia la posibilidad de amortizar el mismo, ni posee los derechos para su explotación, salvo aquellos que se le concedan a cambio del pago respectivo.

4.3- De conformidad con lo anterior, la Sala comparte la distinción que realizó el tribunal entre el gasto por la amortización de un intangible poseído por la compañía comparable de la litis y las regalías pagadas por la actora por el uso de una marca, pues, aunque se trata de erogaciones asociadas a intangibles, corresponden a expensas que no podrían asimilarse, porque mientras que el gasto por amortización es un derecho del titular del bien –quien lo tiene incorporado como activo en su patrimonio–, el pago de regalías corresponde a una contraprestación por usar el intangible de un tercero. En esa medida, se reitera que el análisis de comparabilidad debe incluir la determinación de las diferencias económicamente relevantes en las operaciones comparables, desde la perspectiva de las funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos. En el *sub lite*, se presenta una diferencia en cuanto a los activos, puesto que la comparable tiene un intangible, que le genera un gasto por amortización. Además, como titular del bien asume los riesgos asociados a su valoración. Esas dos circunstancias no se presentan de cara a la actora, quien, si bien registra un gasto por el uso de una marca, no posee activos intangibles ni asume los riesgos asociados a la marca que usa.

Sobre el punto objeto de discusión, el dictamen pericial aportado por la actora concluyó que «*es necesario realizar el mismo ajuste a la compañía con relación a los gastos por regalías por uso de marca*» porque ambas entidades «*explotan un intangible ... así [la actora] no sea la propietaria del mismo*» (f. 232). La Sala no comparte la conclusión del dictamen técnico por las diferencias que se indicaron anteriormente. Además, la Sala resalta que la relevancia económica de la posesión de intangibles se reconoció por la

¹³ Sentencia del 23 de julio de 2009 (exp. 15311, CP: Héctor J. Romero Díaz).



propia actora en el estudio de precios de transferencia, en el que indicó que no se tendrían como comparables las entidades «con un volumen significativo de activos intangibles», pues «los activos intangibles como patentes y marcas registradas o no registradas, podrían indicar que las empresas obtienen un mayor porcentaje de utilidad por suministrar servicios a empresas que no poseen estos activos intangibles» (f. 72 vto. caa). Por consiguiente, si la comparable analizada tenía un activo intangible, en razón del cual realizó un gasto por amortización, era razonable el ajuste de comparabilidad asociado a la exclusión de esa aminoración. Al respecto, se reitera que lo relevante para considerar que una circunstancia específica puede ser objeto de ajuste, es el hecho de que sus características económicas significativas puedan desfigurar u obstaculizar el contraste comparativo entre la operación realizada por partes vinculadas y la efectuada entre terceros independientes (sentencia del 11 de mayo de 2023, exp. 26590, CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello). No prospera el cargo de nulidad.

5- Conforme a lo expuesto y de acuerdo con el cargo que prosperó, corresponde definir el rango intercuartil aceptando como comparables a las dos compañías que había rechazado la autoridad tributaria, pero avalando el ajuste de comparabilidad que definió para la comparable que tenía un gasto por la amortización de un intangible, así:

(i) En cuanto a los márgenes promedio de las empresas comparable están probados los siguientes datos:

| Comparable | Margen promedio |
|-------------------------|-----------------|
| M. Inc. ¹⁴ | 4,067% |
| U.S.C&F | 5,900% |
| B.H Ltd. | 7,267% |
| E.A. Inc. ¹⁵ | 7,860% |
| S.C Ltd. | 8,367% |
| N.S.E. ¹⁶ | 9,667% |
| A.G. | 10,200% |
| O.C. S.A. | 14,600% |

(ii) A partir de lo anterior, se concluye que los márgenes de la contribuyente para el periodo de la litis, que corresponden al 6,975%, se encuentran dentro del rango intercuartil que se conforma así:

| | |
|------------------|--------|
| Mínimo | 4,067% |
| Cuartil inferior | 6,925% |
| Cuartil superior | 9,800% |
| Mediana | 8,114% |
| Máximo | 14,60% |
| Margen de Loreal | 6,975% |

6- En vista de que se determinó que los márgenes de las transacciones controladas cumplen con el principio de plena competencia, al encontrarse dentro del rango ajustado de precios determinados por partes independientes, se desvirtúa el sustento de la modificación oficial de la autoliquidación revisada, y desaparece el fundamento para la imposición de la sanción por inexactitud. Por consiguiente, corresponde revocar los ordinales primero y segundo de la sentencia del tribunal para, en su lugar, declarar la nulidad total de los actos acusados y, como restablecimiento del derecho, en firme la declaración privada.

¹⁴ Entidad que se acepta como comparable en esta sentencia.

¹⁵ Entidad respecto de la cual se acepta el ajuste de comparabilidad que realizó la demandada.

¹⁶ Entidad que se acepta como comparable en esta sentencia.



7- Conforme a lo establecido en el artículo 365.1 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia, porque el recurso de apelación se resolvió de forma favorable a la apelante única.

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

FALLA

1. **Revocar** los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada. En su lugar:

*Primero. **Declarar** la nulidad de los actos administrativos demandados.*

*Segundo. A título de restablecimiento del derecho, **declarar** en firme la declaración del impuesto sobre la renta presentada por la demandante, correspondiente al año gravable 2008.*

2. Sin condena en costas en segunda instancia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Presidenta

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN