



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

CONSEJERO PONENTE: WILSON RAMOS GIRÓN

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-37-000-2017-00695-01 (26104)
Demandante: CI Interamerican Conminas SAS
Demandado: DIAN

Temas: Renta. 2012. Precios de transferencia. Ajustes de comparabilidad.
Oportunidad de los ajustes. Valoración del dictamen pericial.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación¹ interpuesto por la actora contra la sentencia del 22 de abril de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, que resolvió (f. 338):

Primero: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

Segundo: No se condena en costas, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

ANTECEDENTES

Actuación administrativa

Mediante la Liquidación Oficial de Revisión 312412015000149, del 11 de diciembre de 2015 (ff. 655 a 666 vto. caa), la demandada modificó la declaración del impuesto sobre la renta presentada por la actora para el año gravable 2012, en el sentido de añadir ingresos operacionales, como resultado de ajustar el precio de las ventas de carbón realizadas a la entidad con la que tenía vinculación económica. Por lo anterior, incrementó la cuota tributaria y sancionó por inexactitud. Esta decisión fue confirmada por la Resolución 010413, del 29 de diciembre de 2016 (ff. 751 a 770 vto. caa). Pero se modificó con la Resolución 000528, del 01 de febrero de 2017, para tasar la sanción por inexactitud conforme al principio de favorabilidad (ff. 781 a 787 vto. caa).

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 demandante formuló las siguientes pretensiones (ff. 49 y 50):

¹ El expediente ingresó al despacho sustanciador, por primera vez, el 01 de abril de 2022 (índice 3). Esta y las demás menciones a «índices» aluden al historial de actuaciones registradas en el repositorio informático Samai.



Primero: Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Liquidación Oficial de Revisión 312412015000149, del 11 de diciembre de 2015, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de la DIAN, mediante la cual se modificó la liquidación privada del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable 2012.

Resolución 010413, del 29 de diciembre de 2016, notificada personalmente el 03 de enero de 2017, por medio de la cual la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, decidió el recurso de reconsideración interpuesto contra la citada liquidación oficial de revisión, confirmando el acto recurrido.

Resolución 000528, del 01 de febrero de 2017, notificada personalmente el 08 de febrero de 2017, por la cual se revoca parcialmente, de oficio, la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, disminuyendo la sanción por inexactitud correspondiente al impuesto sobre la renta del año 2012.

Segundo: Que a título de restablecimiento del derecho se declare en firme la declaración privada del impuesto sobre la renta del año gravable 2012, presentada en forma electrónica por la actora, el 09 de abril de 2013, con el formulario 91000172125747 y radicado 1103600902988.

A los anteriores efectos invocó como normas vulneradas a los artículos 29, 95.9 y 363 de la Constitución; y 260-2, 260-3, 683, 742 y 743 del ET (Estatuto Tributario), bajo el siguiente concepto de violación (ff. 4 a 15 y 120 a 127):

Relató que en el año discutido realizó el estudio de precios de transferencia bajo el método precio comparable no controlado, para lo cual contrastó los montos facturados en las transacciones vinculadas y no vinculadas. Sostuvo que su contraparte desatendió el artículo 260-3 del ET (en el texto vigente para la época) porque, a partir del análisis de 32 facturas (del total de las 584 facturas que soportaban las ventas del periodo de la litis), consideró que los costos de movilización de la carga y demás erogaciones debían excluirse del precio de venta, pero sin reconocer las «*diferencias relevantes*» que afectaron la comparación de precios efectuada.

Al respecto, afirmó que, si bien los productos comercializados tenían la misma denominación (v.g. hulla bituminosa térmica a granel y carbón mineral) y clasificación arancelaria, en realidad, la calidad y el tipo de carbón exigidos por los terceros independientes, así como las condiciones para la entrega, el cálculo del precio y el volumen de las ventas hicieron más onerosas las transacciones no vinculadas, puesto que conllevaron mayores costos y riesgos que incrementaban el precio de la operación. Lo anterior, en su criterio, justificó los ajustes técnicos y económicos para eliminar el efecto de esas diferencias sobre los precios de las operaciones vinculadas, los cuales estaban dentro del rango de los precios de las transacciones con terceros independientes, como lo demostró el dictamen del perito aportado al proceso.

Por lo expuesto, se opuso a la sanción por inexactitud y agregó que, en todo caso, no incurrió en el tipo infractor, porque el incremento de los ingresos se originó en el ajuste al valor de las operaciones declaradas mas no en datos falsos, equivocados o fraudulentos.

Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones de la actora (ff. 241 a 247 y 283 a 299), para lo cual defendió que las ventas de hulla bituminosa térmica a granel y de carbón mineral que realizó la contribuyente a su parte relacionada del exterior en el periodo debatido no observaron el principio de plena competencia. Aunque estuvo de acuerdo con el método bajo el cual se realizó el análisis de los precios de transferencia y con las comparables internas elegidas, consideró que el precio para la comparación era el valor del bien sin



incluir el costo del transporte y los demás gastos que constaban en las facturas. Esto porque, como lo señaló la demandante, esas erogaciones distorsionaban el precio del carbón, que era el objeto de la comparación. Por ende, sostuvo que procedía ajustar el margen de los precios para excluir del cálculo los costos asociados a las operaciones que constaban en las facturas, con lo cual los precios de venta de la hulla bituminosa térmica a granel a la entidad vinculada estaban por fuera del rango de plena competencia, correspondiendo su ajuste a la mediana del mismo; e igualmente los precios del carbón mineral al ser menores que el precio acordado con el tercero independiente conllevaba que debían ajustarse para igualarlos.

De otra parte, puntualizó que las situaciones particulares alegadas por la actora que supuestamente influían en los precios, debieron reflejarse en el estudio de precios de transferencia a través de ajustes de comparabilidad, incluyendo los motivos técnicos-económicos razonables en la documentación comprobatoria, pero no justificarlos, por primera vez, con el dictamen pericial aportado con la reforma a la demanda.

Por último, defendió la imposición de la sanción por inexactitud, argumentando que estaba acreditada la omisión de ingresos, sin que la configuración del tipo infractor requiriera del uso de datos falsos, equivocados o fraudulentos.

Sentencia apelada

El tribunal negó las pretensiones de la demanda sin condenar en costas (f. 338). Basándose en las directrices de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), precisó que las diferencias en las condiciones de entrega de la mercancía (como los acuerdos sobre el transporte y los seguros) tienen un efecto observable y razonablemente cuantificable sobre el precio, con lo cual, para establecer el precio de plena competencia, procede ajustar el precio de las ventas para subsanar el efecto de tales diferencias. Por lo anterior, concluyó que estaba justificado el ajuste que practicó la autoridad tributaria consistente en obtener el rango de precios a partir del valor unitario del carbón sin incluir los costos asociados a la movilización de la carga reflejados en las facturas (como lo había realizado la actora en el estudio de precios), pues con ello se mejoró la fiabilidad de la comparación.

En cambio, juzgó que el ajuste de comparabilidad pretendido por la actora no estaba justificado en la documentación comprobatoria y que el dictamen pericial aportado con la reforma a la demanda tampoco demostraba que los ajustes practicados, por primera vez en esa oportunidad, mejoraran la fiabilidad del análisis, pues se limitaba a indicar que del precio de ventas de cada tonelada de carbón debían excluirse costos del transporte por \$10USD y de clasificación del carbón (análisis granulométrico) por \$4,23USD, pero sin exponer los motivos por los que esos rubros incidieron en el precio o el cálculo realizado para llegar a su cuantía, incluso al ser interrogado en la audiencia de pruebas el perito afirmó que fue la demandante quien le indicó tales cifras. Por lo expuesto, avaló la sanción por inexactitud advirtiendo que fue tasada por la Administración aplicando el principio de favorabilidad.

Recurso de apelación

La demandante apeló la decisión del tribunal (f. 338). Censuró que omitiera valorar todas las pruebas que obraban en el expediente, las cuales, en su criterio, demostraban que los ajustes de comparabilidad practicados en el dictamen pericial mejoraban la fiabilidad de la comparación. Explicó que la afirmación del perito relativa a que los datos para el cálculo de los ajustes fueron los informados por la compañía, era insuficiente para restarle



valor probatorio a la prueba técnica, toda vez que, en todos los casos, el contribuyente está obligado a proveer la información para los análisis económicos.

Aseguró que los costos del transporte y del análisis granulométrico estaban probados con las facturas que obraban en el expediente. Sobre la granulometría, precisó que conllevaron el ajuste al precio del carbón vendido a la entidad comparable con la que acordó un tamaño específico del producto, puesto que el proceso de clasificación del carbón incrementó su valor, al margen de que la exportación se realizara bajo la misma partida arancelaria. En cuanto a las erogaciones por el transporte de la carga, aseguró que el ajuste de comparabilidad se calculó con el promedio de los gastos de movilización de la carga facturados, con el fin de considerar para la comparación el valor FOB (*free on board*) del carbón, como lo consideró la autoridad en los actos. Agregó que ese ajuste no se aplicó al precio del carbón térmico, el cual solo se ajustó como consecuencia de la granulometría. De otra parte, defendió que el dictamen reafirmó los resultados que habían sido documentados y justificados en el estudio de precios de transferencia, al margen de que se usara un método estadístico diferente. Por ende, reprochó que el *a quo* concluyera que hacía falta su justificación en la documentación comprobatoria, siendo que ese era un asunto ajeno al debate, pues la demandada nunca sancionó un incumplimiento relativo a ese deber formal.

Por último, se opuso a la sanción por inexactitud, porque no se configuró la conducta infractora y porque, en todo caso, correspondía exculparla por estar incurso en un error sobre la comprensión del derecho aplicable.

Pronunciamientos sobre el recurso

La demandada y el ministerio público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

1- Antes de decidir sobre la litis planteada en el trámite de esta segunda instancia, se pone de presente que el consejero de estado Milton Chaves García manifestó su impedimento para conocer de este asunto, por encontrarse incurso en la causal prevista en el ordinal 9 del artículo 141 del CGP (Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012) porque existe amistad íntima con la apoderada de la parte demandante (índice 15). La Sala constata que está probado el impedimento manifestado, por consiguiente, el mismo se declara fundado, con base en ordinal 9 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA. Por ende, quedará separado del conocimiento del presente asunto.

Problema jurídico

2- Juzga la Sala la legalidad de los actos acusados, atendiendo a los cargos de impugnación formulados por la demandante, en calidad de apelante única, contra la sentencia de primera instancia que negó sus pretensiones sin condenar en costas. Por tanto, le corresponde a la Sala establecer si las pruebas que obraban en el plenario demostraban que las operaciones vinculadas realizadas por la demandante en el periodo debatido observaron el principio de plena competencia, en la medida en que para la comparación debía ajustarse el precio de venta a las comparables para eliminar las



diferencias que se originaron por los gastos de transporte y del análisis granulométrico. De ser el caso, se decidirá sobre la multa impuesta a título de sanción por inexactitud, salvo el planteamiento novedoso propuesto por la actora en el recurso de apelación, según el cual correspondería exculparla de la consecuencia punitiva por estar incurso en un error sobre la comprensión del derecho aplicable, en la medida en que no fue expuesto en el concepto de violación de la demanda y abordarlo derivaría en un fallo incongruente².

Análisis del caso concreto

3- Sobre la cuestión debatida, el tribunal concluyó que procedía el ajuste que practicó la autoridad tributaria al rango de precios consistente en excluir del valor unitario del carbón los costos asociados a la entrega de la carga (transporte y seguros), porque con ello mejoró la fiabilidad de la comparación. En cambio, juzgó que los ajustes de comparabilidad pretendidos por la actora no estaban debidamente justificados en la documentación comprobatoria y que el dictamen pericial aportado con la reforma a la demanda tampoco demostraba que los ajustes practicados, en esa oportunidad, fueran técnicos, razonables y mejoraran la comparabilidad.

A esa decisión se opone la apelante única, porque censura que no fueron valoradas todas las pruebas que obraban en el expediente, las cuales, en su criterio, demostraban que los ajustes de comparabilidad practicados en el dictamen pericial sí mejoraban la fiabilidad del estudio de los precios de transferencia. Al efecto, reprocha que se le excluya valor probatorio de la prueba pericial bajo el argumento de que los datos para el cálculo de los ajustes fueron los informados por la compañía, pues con ello se desconoce que el contribuyente debe proveer la información para los análisis económicos de su actividad. Además, los gastos del transporte y del análisis granulométrico que justificaban el ajuste al precio de las ventas a las entidades no vinculadas están probados con las facturas que obraban en el expediente.

En concreto, sobre las erogaciones para el análisis granulométrico, precisa que conllevaron el ajuste al precio del carbón vendido a la entidad comparable con la que acordó un tamaño específico del producto, puesto que el proceso de clasificación del carbón incrementaba su valor, al margen de que la exportación se realizara bajo la misma partida arancelaria. En cuanto a las erogaciones por el transporte de la carga, asegura que el ajuste de comparabilidad se calculó con el promedio de los montos facturados por ese concepto, con el fin de considerar para la comparación el valor FOB del carbón, como lo hizo la autoridad en los actos. Agrega que ese ajuste no se aplicó al precio del carbón térmico, el cual solo se ajustó por el proceso de granulometría. Por lo anterior, defiende que el dictamen reafirma los resultados documentados y justificados en la documentación comprobatoria, al margen de que en la prueba técnica el método estadístico para el rango de precios fuera la mediana y no el rango intercuartil del estudio inicial de precios; y reprocha que el *a quo* estimara que los ajustes de comparabilidad no estaban justificados en la documentación comprobatoria, siendo que la demandada nunca aludió a algún incumplimiento sobre el particular.

De conformidad con esas alegaciones, determinará la Sala si las pruebas del plenario demuestran que las operaciones vinculadas de la demandante en el periodo debatido observaron el principio de plena competencia. Para ello, debe establecerse si procedían ajustes de comparabilidad para eliminar los efectos que, en el precio de las transacciones, generaron los costos del transporte de la carga y del análisis granulométrico del carbón, y si esos ajustes podían practicarse, por primera vez, en el dictamen pericial que se

² Sentencias del 29 de abril de 2020, exp. 22085, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto y 17 de junio de 2021, exp. y 23733, CP: Julio Roberto Piza



aportó por la actora con la reforma a la demanda.

3.1- Acerca de la aplicación de ajustes de comparabilidad en el marco del régimen de precios de transferencia, la Sala tiene en consideración que la versión del artículo 260-3 del ET que se encontraba en vigor en el periodo gravable 2012 establecía que «se entiende que las operaciones son comparables cuando no existen diferencias entre las características económicas relevantes de éstas y las del contribuyente que afecten de manera significativa el precio o margen de utilidad a que hacen referencia los métodos establecidos en el artículo 260-2 o, si existen dichas diferencias, su efecto se puede eliminar mediante ajustes técnicos económicos razonables»; y que, en cada caso, dependiendo del método seleccionado, la comparabilidad de las operaciones se determina atendiendo a atributos económicos y de negocio listados en la misma disposición, que responden a cinco criterios de comparabilidad, entre estos, los términos contractuales reales de las partes y las circunstancias económicas o de mercado, v.g. los «costos de transportación» (ordinales 3 y 4). A partir de esos criterios 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 análisis³. 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, a menos que se puedan realizar los ajustes razonables de comparabilidad para neutralizar los efectos de tales diferencias⁴.

Entonces, al verificar los factores de comparabilidad, se debe determinar si existen diferencias en las circunstancias económicamente relevantes de las operaciones o de las entidades 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. Bajo esa metodología, un ajuste de comparabilidad busca eliminar los efectos de las diferencias existentes entre la parte analizada y las comparables, que afecten significativamente el precio o margen de utilidad entre las operaciones o entidades comparadas para lograr que sean efectivamente comparables (sentencia del 23 de noviembre de 2023, exp. 24635, CP: Wilson Ramos Girón). Al efecto, «cabe ajustar la primera, las segundas o ambas, ... suprimiendo esa característica especial, con el fin de hacer posible una comparación más precisa con las otras operaciones»⁵.

Por consiguiente, los ajustes de comparabilidad deben considerarse solo si incrementan la fiabilidad de los resultados, para lo cual debe plantearse «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» (Directrices de la OCDE, párrafo 3.50). Al efecto, ha precisado la Sala que «será preciso que el obligado ofrezca una explicación del ajuste practicado, las razones que lo llevaron a considerarlo apropiado, el procedimiento de cálculo seguido y la forma en la que el ajuste modifica el resultado y mejora la comparabilidad (Directrices de la OCDE, párrafo 3.50)» (sentencia del 23 de noviembre de 2023, exp. 24635, CP: Wilson Ramos Girón); siendo al servicio de lo anterior, que el artículo 7 del Decreto 4349 de 2004 (entonces vigente) prevé que se conserve como información específica de la documentación comprobatoria «los documentos que soporten los análisis, fórmulas y cálculos efectuados por el

³ Sentencia del 09 de diciembre de 2020, exp. 23166, CP: Julio Roberto Piza.

⁴ Sentencias del 14 de junio de 2018 y 11 de mayo de 2023, exps. 20821 y 26590, CP: Milton Chaves García y Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

⁵ Sentencia del 09 de diciembre de 2020, exp. 21999, CP: Milton Chaves García.



contribuyente» para los ajustes técnicos, económicos o contables realizados a los tipos de operación o empresas comparables seleccionados (ordinal 10 de la letra *b.*).

3.2- En línea con esa disposición, 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 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.

3.3- En el caso particular de los dictámenes periciales, la Sala⁶ 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, en el criterio de la Sala, 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 caso analizado, la Sala pasa a estudiar las pruebas del plenario, a fin de determinar si proceden los ajustes de comparabilidad pretendidos por la demandante basándose en los mayores gastos del transporte y de los análisis granulométricos al carbón, que asumió en las ventas a las entidades no vinculadas, que usó como comparables para la definición de los precios de transferencia

⁶ Sentencias del 10 de octubre de 2018 y 05 de noviembre de 2020 (exps. 20751 y 21990, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez); y del 07 de diciembre de 2023 (exp. 23520, CP: Wilson Ramos Girón).



en las transacciones con su parte relacionada del exterior. Al respecto, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

(i) En la declaración del impuesto sobre la renta revisada, la demandante reportó ingresos operacionales por \$150.550.787.000 a los que les imputó un costo de ventas por \$144.858.686.000 y gastos por \$13.212.849.000 (f. 7 caa).

(ii) El 09 de julio de 2013, presentó la DIPT (declaración informativa individual de precios de transferencia) en la que informó operaciones de ingreso con una vinculada del exterior por «venta de inventarios no producidos» en cuantía de \$119.921.889.000. Al efecto, separó las operaciones en tres grupos para los que determinó los precios de transferencia bajo el método PC (precio comparable no controlado), así: (a) \$83.296.376.000, (b) \$22.704.887.000, y (c) \$13.920.626.000 (ff. 103 y 104 caa). En el expediente obra la documentación comprobatoria de esas operaciones (ff. 23 a 71 caa). En concreto, del estudio de precios de transferencia se destaca que:

(a) En el año 2012, la demandante absorbió a una de las compañías locales del grupo empresarial, por lo cual el estudio de precios de transferencia incluyó las operaciones realizadas por las dos entidades (absorbida y absorbente) con la vinculada del exterior, las cuales consistieron en «la comercialización de inventario de carbón». En concreto: *i.* ventas de coque y finos de coque por \$13.920.626.429,16 –que no se rebatió por la autoridad tributaria–; *ii.* ventas de carbón hulla bituminosa a granel por \$22.704.887.028,92; y *iii.* ventas de carbón mineral por \$83.296.375.624 (f. 24 caa).

(b) Considerando la naturaleza de las operaciones analizadas y la información financiera disponible, se determinó que, para establecer si los precios de ventas a la empresa asociada se ajustaban a los de plena competencia, «el análisis debe ser dividido de acuerdo a los tipos de producto que vendieron al vinculado económico durante el periodo fiscal» (f. 24 caa) y, para ello, se desarrollaron tres «modelos».

(c) En la descripción de las funciones de la compañía realizada en la documentación comprobatoria, al referirse al tipo de carbón exportado indicó que «hasta el año 2012, la empresa solo ha exportado carbón mineral térmico sin ningún proceso adicional». Además, que, «apoyada en laboratorios de prestigio internacional, hace las pruebas de calidad a todo el carbón que compra. Con base en estos resultados hace las mezclas para cumplir las exigencias del Cliente. Aquellas minas que no cumplan los requerimientos son excluidas del listado de proveedores». Concretamente, señaló que «las etapas de control y análisis son: recolección de muestras, y análisis de composición (esto es la valoración del contenido de humedad, cenizas, azufre, volátiles y poder calorífico)» (f. 42 caa).

(d) En torno a las ventas, expuso que «por tener un único cliente, las ventas durante el año tienen un comportamiento regular, solo son afectadas cuando hay fuertes cambios en el mercado internacional que obligan a cancelar un despacho desde los puertos venezolanos». En seguida, identificó dos clientes (la vinculada del exterior y la comparable que integró el set de las ventas de hulla bituminosa a granel y que fue la única entidad independiente en la venta de carbón térmico). Sobre los precios de los productos comercializados explicó que «son establecidos de acuerdo al precio de mercado; al tener en la región compradores de carbón con destino a la exportación los precios al productor de carbón se rigen por la competencia en este tipo de mercado, por tanto, los precios al cliente final tienen que responder al precio que se le pague al proveedor, más el cubrimiento de todos los costos que genera la actividad y obviamente un margen normal de utilidad para los accionistas».

(e) En lo que interesa al debate, se estableció que el método PC era el más adecuado para evaluar las ventas, para lo cual se tomarían como referencia comparables internos, «*debido a que existe información de operaciones comparables internas que se ajustan a las características de la operación celebrada entre [la compañía] y su vinculada*» (ff. 48, 55 y 61 vto. caa). Entonces, para las ventas de la hulla bituminosa a granel seleccionó tres comparables internas y para las ventas de carbón mineral una sola compañía –que también estaba en el set referido antes–. Al respecto, conviene dejar planteado que para ninguna de esas transacciones advirtió que se requirieran ajustes de comparabilidad para mejorar la fiabilidad del análisis.

(f) Para la aplicación del método a las ventas de hulla bituminosa a granel calculó «*un rango estadístico a partir de los precios en las ventas a terceros independientes frente al precio promedio en las ventas a la vinculada domiciliada en el exterior*». Al efecto, relacionó cada una de las operaciones que realizó con la parte relacionada, el número de las facturas, el precio facturado en dólares, la TRM (tasa representativa del mercado) y el valor de la transacción en la moneda local. En seguida, relacionó esa información sobre las transacciones con las tres comparables seleccionadas. Como «*resultados del análisis económico*» definió el rango de plena competencia tomando como valor mínimo la suma de \$110USD y máximo \$196,81USD, y concluyó que las ventas a su vinculada cumplían el principio *arm's length*, porque el precio promedio de \$143,71USD estaba dentro de ese rango y, como tal, «*no difiere del que hubieran pactado en operaciones y circunstancias similares empresas independientes*» (ff. 28 vto. a 32 caa).

(g) Para la aplicación del método a las ventas de carbón mineral calculó «*un rango estadístico a partir de los precios en las ventas al tercero independiente frente al precio promedio en las ventas a la vinculada domiciliada en el exterior*». Al efecto, relacionó cada una de las operaciones que realizó con la parte relacionada, el número de las facturas, el precio facturado en dólares, la TRM (tasa representativa del mercado) y el valor de la transacción en la moneda local. En seguida, relacionó esa información sobre las transacciones con la comparable seleccionada. Como «*resultados del análisis económico*» definió el rango de plena competencia tomando como valor mínimo la suma de \$84USD y máximo \$100,70USD (que corresponden al precio mínimo y máximo que pagó la comparable), y concluyó que las ventas a su vinculada cumplían el principio *arm's length*, pues el precio promedio de \$105,33USD superó el rango y, por eso, «*no difiere del que hubieran pactado en operaciones y circunstancias similares empresas independientes*» (ff. 32 vto. a 39 caa).

(iii) En visita del 02 de febrero de 2015, la actora afirmó que el precio del carbón exportado era más alto en las operaciones con terceros independientes, porque se exportaba a través de los puertos de Buenaventura o Barranquilla, con lo que incurría en erogaciones de almacenamiento en el lugar de origen, cargue y transporte hasta el puerto y logística en el puerto (incluye gastos de almacenamiento, mantenimiento del carbón, carga del buque y derechos de la sociedad portuaria). En cambio, en las transacciones con la parte relacionada exportaba desde Cúcuta y solo asumía los gastos de acopio en el lugar de origen, cargue y transporte hasta Maracaibo. Al respecto, señaló que en las operaciones con su vinculada «*factura el FOB más logística y transporte hasta entregar el carbón*». De otra parte, indicó que en el año analizado vendió carbón granulado a una de las compañías no vinculadas (en concreto aquella con la que comparó las ventas de hulla bituminosa a granel y carbón térmico), lo que implicó un proceso para que el carbón fuera del mismo tamaño (ff. 356 a 359 caa).

(iv) Mediante requerimiento especial, la demandada propuso adicionar ingresos brutos operacionales y sancionar por inexactitud a la actora, como resultado de ajustar el precio de las ventas de hulla bituminosa a granel a la mediana del rango intercuartil que conformó con las transacciones con tres comparables del estudio de precios de transferencia, pero tomando para el efecto el promedio del precio FOB del producto y no el monto total facturado que usó la demandante, porque incluía el transporte y otros gastos. Así, consideró la autoridad tributaria que esas erogaciones *«conllevar a una distorsión en el precio real del producto a ser comparado, como quiera que incluye los fletes y demás gastos asociados a la entrega del producto, y estos además difieren dependiendo de los sitios pactados para la entrega al cliente»*. A partir de lo anterior, concluyó que el precio de venta de hulla bituminosa a granel a la vinculada del exterior estaba por debajo del rango de precios de plena competencia. Ese mismo ajuste lo propuso en las ventas de carbón mineral, caso en el cual ajustó las ventas a la parte relacionada al precio promedio de las transacciones realizadas con la entidad no vinculada, sin incluir las erogaciones que estaban relacionadas en las facturas (ff. 593 a 603 caa).

(v) En la respuesta al requerimiento especial, la demandante señaló que *«cada uno de los negocios de los analizados por parte de la Administración son totalmente diferentes y en consecuencia, no pueden ser tomados [como] elementos de comparabilidad, pues cada uno de ellos tienen características diferentes»*, para lo cual expuso argumentos como que las operaciones tenían por objeto carbón de diferentes calidades, pues se sometían a procesos de clasificación diferentes dependiendo del producto a exportar. También que las ventas se afectaban por los precios internacionales (ff. 607 a 611 caa).

(vi) Con la liquidación oficial de revisión, la demandada modificó la declaración del impuesto sobre la renta revisada y sancionó por inexactitud a la actora, en el sentido propuesto. Sobre las características que según la actora hicieron diferentes las operaciones comparadas puntualizó que *«si bien podrían dichos factores castigar el precio del mercado, también lo es que el contribuyente debe demostrar tales características o situaciones atípicas que hacen diferente el producto y por lo tanto producen una baja del mismo, y a su vez cuantificarlas en aras de lograr un ajuste de comparabilidad»*. Por ende, resaltó que *«las citadas condiciones especiales a que pudiera estar sometido el producto, no fueron consignadas por la sociedad en la documentación comprobatoria, ni demostradas en esta instancia»* (ff. 655 a 666 vto. caa). Esa decisión fue confirmada al decidir el recurso de reconsideración (ff. 751 a 770 vto. caa) y modificada posteriormente para tasar la sanción por inexactitud conforme al principio de favorabilidad (ff. 781 a 787 vto. caa).

(vii) Con la demanda con la que acudió a esta judicatura, la demandante aportó, entre otros: (a) certificado del representante legal de la compañía sobre los tipos de carbón exportados en el año discutido, advirtiendo que se clasifican en las mismas partidas arancelarias (f. 65); y (b) análisis granulométrico efectuado a 15.750 toneladas métricas de carbón exportadas a Perú, en enero de 2012 (ff. 72 a 75). Además, pidió que se valoraran las siguientes pruebas que aportó con el recurso de reconsideración: (a) un informe sobre los tipos de carbón térmico y metalúrgico que señala las características y usos del carbón térmico, del carbón metalúrgico y del carbón granulado, concluyendo que el precio depende de las especificaciones, la humedad, cenizas, azufre, poder calorífico, entre otros. Sobre el metalúrgico indica que *«el precio varía según su contenido de materia volátil, los más costosos son los bajos volátiles y los menos costosos son los altos volátiles»*, y en torno al granulado precisa que *«es de mayor precio que el térmico, debido al proceso de clasificación»* (ff. 731 y 732 caa). (b) Un certificado del revisor fiscal de la compañía sobre el tipo de carbón vendido, así: *i.* para la comparable con los dos



tipos de ventas, 17.697,04 toneladas de carbón mineral granulado; y *ii.* para la vinculada, 453.024,36 toneladas de carbón térmico y 58.145,42 toneladas de hulla bituminosa (f. 733 caa).

(viii) Con la reforma a la demanda, la actora presentó un dictamen pericial que tuvo por objeto determinar, bajo el método PC, si *«los precios de transferencia utilizados con su vinculado económico cumplen con el principio de plena competencia»*. Para lo cual, señala que a partir de la documentación que soporta las exportaciones realizadas en el periodo *«procedió a realizar los ajustes técnicos económicos al precio pactado»* tomando en cuenta los criterios de comparabilidad previstos en el ET y en las directrices de la OCDE. Del estudio técnico se extraen los siguientes datos relevantes (ff. 128 a 145):

(a) Sobre el segmento de carbón hulla bituminosa a granel precisó que: el producto vendido a una de las compañías no vinculadas (la que también compro carbón mineral) se sometió a un proceso de clasificación especial para ser exportado, además que posee *«características muy diferentes al vendido a su vinculada, por lo tanto, no son el mismo producto y no se pueden comparar. Para hacerlo comparable se realiza un ajuste al precio FOB, ya que dentro de este se incluyeron costos adicionales de transporte y por proceso de clasificación – granulometría, los cuales distorsionan el precio real del carbón»*. Sobre el carbón vendido a las otras dos comparables señala que tienen *«propiedades físicas»* diferentes, por lo que *«sus características de carbón coquizable son completamente diferentes a las vendidas a su vinculada, por lo cual no pueden ser comparables. Para hacerlo comparable se realiza un ajuste al precio FOB, ya que dentro de este se incluyeron costos de transporte interno y de utilización de puerto, los cuales distorsionan el precio real del carbón»*.

(b) En línea con lo anterior, aclaró que el carbón vendido a la vinculada del exterior *«es diferente y por lo tanto no es comparable al carbón vendido a sus clientes independientes»*, por lo que, pese a ser el mismo producto, sus características orgánicas son diferentes y, por tanto, *«los precios tendrían que ser diferentes»*, de manera que *«es necesario realizar ajustes para incrementar la comparabilidad»*, los cuales *«deben considerar diferencias como costos adicionales de transporte, costos por clasificación granulometría, costos portuarios y otros que pudieran desvirtuar el precio franco»*. Para cuantificar el ajuste aludido, optó por eliminar *«los costos adicionales a las compañías comparables»* partiendo de *«las facturas directas de las ventas a terceros independientes»*. Con el ajuste a las tres comparables, se obtuvo un rango intercuartil, *«que oscila entre USD\$ 71,805 (cuartil inferior) y USD\$ 99,418 (cuartil superior) con una mediana de USD\$ 79,940»*, a partir del cual concluyó que como el precio promedio pactado por la actora y su parte relacionada del exterior, para el producto carbón hulla bituminosa a granel fue de USD\$ 101,135, *«se observa que el resultado de esta última se encuentra por arriba del rango intercuartil estimado»* y, en consecuencia, *«se considera un precio de mercado»*.

(c) En cuanto al carbón mineral, aclaró que el *«vendido al tercero independiente tiene una condición especial de calidad, debido a que se somete a un proceso de clasificación para obtener una granulometría determinada»*. Así, reiteró que el carbón que vendió la actora a su vinculada del exterior *«es diferente y por lo tanto no es comparable al carbón vendido a sus clientes independientes»*, por lo que si bien es el mismo producto sus características orgánicas son diferentes y, por ende, *«los precios tendrían que ser diferentes»*, de manera que *«es necesario realizar ajustes para incrementar la comparabilidad»*, los cuales consideraron para ese segmento, las *«diferencias como el costo adicional por clasificación granulometría, que desvirtúa el precio franco»*. Para cuantificar el ajuste aludido, optó por eliminar del valor FOB del



producto, «el costo adicional a la compañía comparable» partiendo de «las facturas directas de las ventas a terceros independientes». Con el ajuste a la comparable, se obtuvo un rango intercuartil, «que oscila entre USD\$ 75,770 (cuartil inferior) y USD\$ 79,770 (cuartil superior) con una mediana de USD\$ 77,770», a partir del cual concluyó que como el precio promedio pactado por la actora y su parte relacionada del exterior para el producto carbón mineral fue de USD\$ 79,420, «se observa que el resultado de esta última se encuentra dentro del rango intercuartil estimado» y en consecuencia, «los precios empleados en estas operaciones intercompañía no difieren de los que hubieran pactado en operaciones y circunstancias similares, empresas independientes».

3.5- De los hechos probados, observa la Sala que, en el estudio de precios de transferencia, la demandante realizó el análisis de comparabilidad sin advertir sobre diferencias entre las operaciones estudiadas que conllevaran ajustes de comparabilidad para mejorar la fiabilidad del análisis. Por el contrario, señaló que las transacciones que realizó con terceros independientes eran comparables con las operaciones vinculadas y que para el periodo discutido vendió el carbón sin ningún proceso adicional. Solo cuando la autoridad tributaria discutió los valores que se usaron para definir el rango o precio de plena competencia, en el sentido de excluir los gastos asociados a la entrega de la mercancía para no distorsionar el precio del producto que era objeto de la comparación, la demandante señaló diferencias en esas operaciones que, supuestamente, hacían más oneroso el carbón vendido a las entidades no vinculadas. Pero esas diferencias no fueron reflejadas en el análisis de los precios de transferencia como los ajustes de comparabilidad de que trata el artículo 260-3 del ET (entonces vigente).

Si bien en el dictamen pericial que se aportó con la reforma a la demanda se proponen unos ajustes de comparabilidad que pretenden reflejar el efecto que tienen las diferencias alegadas por la demandante en el precio de venta del carbón, la Sala reitera que esos ajustes debían reflejarse en la documentación comprobatoria (artículo 260-4 del ET), pues solo así la Administración podría adelantar la comprobación y revisión de la declaración tributaria en los plazos de caducidad previstos en el ET. Por ende, se insiste en que 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.

Tampoco comparte la Sala el planteamiento de la actora relativo a la suficiencia de la documentación comprobatoria por no haber sido sancionada por algún incumplimiento asociado a la misma, porque, en virtud del inciso final del artículo 260-10 del ET (vigente para la época de los hechos), la Administración podrá efectuar las modificaciones a la declaración del impuesto sobre la renta a que haya lugar derivadas de la aplicación de las normas de precios de transferencia, al margen de las multas aplicables por el incumplimiento de los deberes formales asociados a la documentación comprobatoria.

Por consiguiente, dado la demandante no practicó los ajustes que, supuestamente, mejorarían la comparabilidad en el estudio de precios de transferencia y que el dictamen pericial que aportó con la reforma a la demanda no podría suplir esa omisión, no prospera el cargo de apelación.

4- Resta decidir sobre la multa impuesta a título de sanción por inexactitud. Al respecto, precisa la Sala que el parágrafo del artículo 260-10 del ET (entonces vigente) establece que, entre otros, en relación con el régimen de precios de transferencia, constituye inexactitud sancionable la determinación de los ingresos de operaciones con vinculados económicos que no estén acordes con los precios o márgenes de utilidad que hubieran



utilizado partes independientes en operaciones comparables, de los cuales derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente. Para la cuantificación de la multa que sería aplicable a esa infracción, la norma remite expresamente al artículo 647 del ET. En el caso enjuiciado, la demandante insistió en que no existía adecuación típica entre su conducta y la descripción legal de la infracción. No obstante, observa la Sala que los precios pactados por la actora con su parte vinculada del exterior se encontraban por fuera del rango de plena competencia, con lo cual está probado el incumplimiento al régimen de precios de transferencia que generó el aumento de los ingresos declarados en el impuesto sobre la renta del periodo revisado e incrementó la renta líquida del ejercicio y, consecuentemente, un mayor impuesto a su cargo, lo que basta para advertir que la conducta de la actora corresponde al tipo infractor analizado. No prospera el cargo de apelación.

Conclusión

5- Por lo razonado en precedencia, la Sala establece como contenido interpretativo de la presente sentencia que 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, 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 en los plazos de caducidad que delimitan la legalidad de sus actuaciones en el tiempo.

Con arreglo a esa pauta, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia porque el dictamen pericial que aportó la actora con la reforma a su demanda no era la oportunidad para que hiciera ajustes de comparabilidad a las operaciones analizadas y, al no haber desvirtuado las modificaciones practicadas por la autoridad tributaria, los precios de venta de carbón a su vinculada del exterior estaban por fuera del rango de plena competencia, procediendo su ajuste a la mediana de dicho rango.

Costas

6- Finalmente, acatando el criterio de interpretación del artículo 365.8 del CGP acogido por esta Sección, la Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia.

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. **Declarar** fundado el impedimento manifestado por el consejero Milton Chaves García, en consecuencia, se separa del conocimiento del presente asunto.
2. **Confirmar** la sentencia apelada.
3. Sin condena en costas en ambas instancias.



4. Reconocer personería a Paola Andrea García Colorado como abogada de la demandada, conforme al poder conferido (índice 19).

Notifíquese y comuníquese. Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta

(Firmado electrónicamente)

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)

WILSON RAMOS GIRÓN

La integridad de este documento electrónico puede comprobarse con el «validador de documentos» disponible en:
<https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador>