



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

CONSEJERO PONENTE: LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 08001-23-33-000-2019-00690-01 (**25943**)
Demandante: **MNM CL VZ SA**
Demandado: DIAN
Temas: Renta 2013. Ingresos y deducciones. Precios de transferencia - precio comparable no controlado PC. Ajuste a las comparables. Sanción por rechazo o disminución de pérdidas.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de junio de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas¹.

ANTECEDENTES

El 22 de abril de 2014, **MNM CL VZ SA** presentó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2013, corregida el 4 de julio de 2014 *-sin modificar el saldo a favor inicialmente declarado-*, en la cual registró ingresos brutos operacionales de \$688.695.776.000, otras deducciones por \$27.301.909.000, pérdida líquida de \$54.002.960.000 y saldo a favor de \$16.223.703.000. Y el 18 de septiembre de 2014, mediante el formulario 1205600030059, la Declaración Informativa de Precios de Transferencia por el mismo periodo.

Previo requerimiento especial y respuesta a este, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, a través de la Liquidación Oficial de Revisión 022412018000048 del 9 de mayo de 2018, adicionó ingresos operacionales por \$2.575.497.000, desconoció otras deducciones por \$638.993.000, disminuyó la pérdida líquida a \$50.788.470.000, impuso sanción por rechazo o disminución de pérdidas de \$803.623.000, y fijó el total saldo a favor en \$15.420.080.000.

Contra la liquidación oficial se interpuso recurso de reconsideración, decidido por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN en la Resolución 003529 del 9 de mayo de 2018, que aceptó parcialmente otras deducciones en cuantía de \$195.467.000. Así, mantuvo la pérdida líquida en \$50.788.470.000, redujo la sanción a \$692.741.000 y estableció un total saldo a favor de \$15.530.962.000.

DEMANDA

MNM CL VZ SA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló las siguientes pretensiones:

¹ Expediente digital, índice 2 SAMAI.



«**PRIMERA**

Que se declaren nulos los siguientes Actos Administrativos:

- (i) *La Liquidación Oficial de Revisión No. 022412018000048 del 09 de mayo de 2018, por medio de la cual la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN modificó la Declaración del Impuesto sobre la Renta y complementarios correspondiente al año gravable 2013 del contribuyente **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A.** (en adelante “MONÓMEROS” o “La Compañía”), y;*
- (ii) *La Resolución No. 003529 del 20 de mayo de 2019, por medio de la cual la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN resolvió el Recurso de Reconsideración, modificando parcialmente la Liquidación Oficial de Revisión No. 022412018000048 del 09 de mayo de 2018.*

Actos estos que desconocieron la firmeza de la Declaración privada del Impuesto sobre la renta del año gravable 2013, presentada por **MONÓMEROS CLOMBO VENEZOLANOS S.A.**

SEGUNDA

*Que, como consecuencia de lo anterior, se restablezca en su derecho a la parte actora, mediante la declaración de que el denuncia rentístico del impuesto sobre la Renta y Complementarios correspondiente al periodo gravable 2013, presentada por **MNM CL VZ S.A.**, ha quedado en firme en todos sus aspectos.*

TERCERA

De manera subsidiaria, y sólo en caso de no prosperar la pretensión principal, solicitamos se revoque la sanción por inexactitud dado que no se configuran los presupuestos de derecho que la hacen procedente. En todo caso, se presenta una causal eximente de responsabilidad al configurarse una clara diferencia de criterios respecto de la interpretación del derecho aplicable».

Invocó como **disposiciones vulneradas** los artículos 260-2, 260-3, 260-4, 683, 784 y 785 del ET, y el artículo 9 del Decreto Reglamentario 4349 de 2004. Como **concepto de la violación** expuso, en síntesis, lo siguiente:

1. Improcedencia de la adición de ingresos por falsa motivación y violación directa de los artículos 260-2 y 260-4 del ET. La comparabilidad propuesta por la DIAN es antitécnica, porque no realizó los ajustes de comparabilidad apropiados para arribar a la decisión.

Los actos acusados adolecen de falsa motivación, porque no sustentaron los elementos fácticos y técnicos que permitieran realizar el análisis de comparabilidad a partir de comprobables internos. Si bien la sociedad acreditó que el mercado externo tiene un comportamiento diferente, la Administración no probó que el análisis de comparabilidad hecho por la compañía fuera improcedente.

La adición debatida es errada y antitécnica, pues los ingresos se incrementaron para incluir operaciones con partes independientes nacionales, sin realizar los ajustes apropiados respecto de las circunstancias de mercado y volumen que permitan la comparabilidad de las operaciones, lo que deriva en que la muestra que sustentó la adición de ingresos en la venta de inventarios no sea comparable, resulte improcedente y transgreda el artículo 260-4 del ET.

En aplicación del principio de plena competencia, para documentar la venta de inventarios producidos, la sociedad aplicó el método de precio comparable no



controlado con comparables externos; sin embargo, la DIAN asumió que el método de comparabilidad debía contemplar operaciones internas con terceros independientes locales, sin efectuar los ajustes de comparabilidad y sin tener en consideración que:

- no es posible tomar de manera indistinta los mercados nacionales e internacionales para establecer la comparabilidad de las operaciones, porque para fijar los precios, en ambos ámbitos, existen marcadas y significativas diferencias;
- los mercados en los que se desarrollaron las transacciones difieren, de modo tal que no se podía acudir al mercado local para comparar una operación exterior, en tanto los comparables locales no son funcionalmente comparables con los extranjeros desde un ámbito técnico;
- los mercados no son estáticos y se caracterizan por su volatilidad, y el hecho de que la DIAN no tomara las mismas fechas en que se realizaron las operaciones para establecer la comparabilidad implica su desfiguración, por cuenta del efecto de diferencia en cambio que no se consideró para sustentar la adición de la muestra. Tampoco se observaron los niveles de descuentos, seguros, fletes y riesgos, superiores en el mercado internacional y,
- no era posible comparar el mercado interno por los volúmenes de venta a nivel externo e interno pues, de lo contrario, se debía realizar un ajuste de comparabilidad para considerar un descuento por volumen de precio.

En el proceso de fiscalización y en el estudio de precios de transferencia la sociedad explicó las razones económicas y jurídicas que sustentaron la estructura de la transacción, y la decisión de realizar la operación a través de Monómeros International Ltd. fue del grupo empresarial y buscaba una mayor facilidad en las compras y ventas internacionales de bienes entre Colombia y las vinculadas en el extranjero.

La operación no se desarrolló para erosionar la base gravable; obedeció a que las diferentes filiales de Monómeros que intervienen en la compraventa internacional de bienes necesitan un agente facilitador en las negociaciones de exportación-importación. Como el margen de utilidad del 0,3 % que recibe Monómeros International Ltd. por su participación en la operación de intermediación es ínfimo frente al porcentaje de utilidad que recibe la compañía en Colombia por la venta de inventarios al exterior, no se puede afirmar que se pretendió disminuir la tributación en Colombia, al estructurar la operación con la vinculada.

En todo caso, el ordenamiento jurídico no prohíbe realizar operaciones con terceros ubicados en jurisdicciones de baja imposición, ni establece una presunción de que tales operaciones erosionen la base gravable del impuesto en Colombia.

2. Imprudencia del desconocimiento de gastos por violación directa del artículo 260-4 del ET. Dedución de intereses por leasing. Ajustes de comparabilidad en el análisis de operaciones de financiamiento. Criterio de calificación de riesgo no sometido a tarifa legal. Libertad probatoria.

La DIAN desconoció los gastos asociados al pago intereses por leasing de la compañía a su vinculado económico, por considerar que «*si la sociedad hubiera acudido a una entidad financiera Colombiana para adquirir los préstamos bajo la modalidad de leasing, la tasa nominal para la fecha de los contratos fue del 21.40 % anual, es decir, una tasa del 1.79 % mensual, según las estadísticas para las compañías de financiamiento en créditos de consumo*», entendiéndose que la tasa que usó Monómeros del 6,49 % era mensual y no anual, cuando la tasa mensual correspondía al 0,54 %, esto es, tres veces inferior a la que se hubiese pactado con una entidad financiera colombiana. De ahí que el interés acordado para la operación de egresos sobre préstamos *inter-compañía* se ubicó en el rango estadístico ajustado de tasas de interés, consideradas como comparables en la documentación del periodo.

Monómeros probó que la construcción de la tasa de interés responde a la norma técnica, a partir de un instrumento financiero de bajo riesgo, según la moneda, pues



se valió de la tasa pactada para los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos, el plazo y el mercado en el cual se realizó la operación de financiación, y aplicó los ajustes del artículo 260-4 del ET por calificación de riesgo país y solvencia del deudor.

Sobre el ajuste por riesgo crediticio, la certificación aportada da cuenta de que la calificación de riesgo de Monómeros es «A» en las entidades financieras, lo que indica su reconocimiento en el sector y la verificación en centrales de riesgo; sin embargo, para la DIAN esta certificación no representa una calificación del riesgo pues, a su juicio, solo acredita que las centrales de riesgo calificaron a la compañía. No se podía desestimar la referida certificación, en razón a que no existe tarifa legal que exija que las calificaciones del riesgo solo se prueben con la calificación de una sociedad calificadora de riesgos y, por tanto, es válida la certificación emitida por Bancolombia.

El estudio de precios de transferencia que soportó la tasa de interés acordada con el vinculado económico se basó en instrumentos financieros que constituyen una inversión de bajo riesgo, a los que pudieron acceder las partes, consideró la moneda en que se desarrolló la operación de financiación y el plazo, y se ajustó al riesgo del país y a la prima de riesgo del deudor. El análisis económico, basado en la aplicación del método PC, proporcionó una medida confiable para determinar que la tasa de interés pactada fue consistente con la que hubiesen acordado partes independientes en operaciones comparables. De ahí que el análisis de la documentación comprobatoria cumpla las exigencias legales, en consideración a la selección de instrumentos financieros comparables y los ajustes pertinentes.

La sociedad aportó una muestra preparada con base en la información disponible en la herramienta y base de datos de *Bloomberg and Reuters*®, que corrobora el resultado obtenido en el análisis efectuado sobre el financiamiento. Así, el análisis económico complementario de precios de transferencia utilizó tasas de retorno de bonos corporativos en el mercado estadounidense, emitidos y/o desarrollados por entidades terceras independientes en dólares estadounidenses (USD) durante el año 2009 - *partiendo del año en el que se suscribió el financiamiento inter-compañía*-, y consideró los pactados con una madurez entre cero y diez años con calificaciones crediticias comparables a la obtenida por Monómeros en el periodo de suscripción del préstamo.

3. Improcedencia de la sanción por inexactitud. Gradualidad. Diferencia de criterios.

No se configuró el hecho sancionable descrito en el artículo 647-1 del ET y existe diferencia de criterios en cuanto al derecho aplicable, en los términos del artículo 647 *ejusdem*, porque la compañía presentó su declaración conforme a la normativa vigente e interpretó razonablemente las normas tributarias. Además, la información declarada fue veraz, correcta y completa, los ingresos y deducciones declarados cumplen los requisitos del ET, y el método escogido para establecer el precio de libre competencia se ajustó a derecho. No existe responsabilidad objetiva en materia sancionatoria y la sanción impuesta vulneró los principios de gradualidad -*Ley 1607 de 2012*-, buena fe, equidad y justicia tributaria.

OPOSICIÓN

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Los actos acusados se ajustan al régimen de precios de transferencia y a la jurisprudencia², por lo que procede: *i)* la adición del renglón 42 -*Ingresos Brutos*

² Sentencia del 14 de junio de 2018, exp. 20821, CP. Milton Chaves García.



Operacionales- en \$2.575.437.000 por operaciones de ingresos por venta de inventarios producidos con Monómeros International Ltd. *-Islas Vírgenes Británicas-*; ii) el desconocimiento de \$195.467.000 del renglón 55 *-Otras deducciones-*, por operaciones de egreso por pago de intereses sobre préstamos *-leasing-* con el vinculado y, iii) la sanción por inexactitud impuesta.

1. *Improcedencia de la adición de ingresos y la violación de los artículos 260-2 y 260-4 del ET.*

La objeción a las comparables tomadas por Monómeros obedeció a que se detectaron diferencias representativas en los volúmenes de las cantidades de operaciones comparables, cuando según su información contable existían comparables internos que presentaban volúmenes en cantidades sustancialmente mayores, que agregaban mayor fiabilidad en los resultados del estudio, indistintamente si estas comprendieran operaciones con partes independientes nacionales o del exterior.

Según los numerales 1.39 y 3.28 de las Directrices de la OCDE, una característica determinante en la comparación de precios en la transmisión de bienes tangibles es el volumen, y aspectos como el nivel de mercado y la competencia son necesarios para seleccionar las comparables, siempre que estén acreditados. Y para efectos de los ajustes de comparabilidad se deben suministrar los procedimientos de cálculo, los documentos que soporten los análisis y las fórmulas para llegar a los precios que se muestran y la forma en que cada ajuste propuesto los modifica, en virtud del numeral 10 del Literal B del artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, y del aparte A.6.4. de las Directrices OCDE *-entonces aplicables-*, en relación con los ajustes técnicos.

Sin embargo, en la documentación comprobatoria y en la información allegada por la sociedad no se encontró que la selección de las comparables ubicadas en Ecuador (*INTERANDESA*) y República Dominicana (*ALMONTE COMERCIAL SA*) se hiciera con base en los factores de identificación del mercado, acceso a la tecnología, características de mano de obra, determinación de la demanda, regulaciones gubernamentales, tipo de cambio y características de la competencia, como tampoco se demostró la forma en que dichos factores inciden en la determinación de los precios de la operación analizada.

Al haberse tomado el valor FOB de las transacciones analizadas, con base en lo reconocido contablemente por la demandante en las TRM aplicables *-sumas ajenas a las circunstancias de las operaciones internacionales que alega-*, no hay lugar a entender que los comparables internos locales no sean funcionalmente útiles desde el punto de vista técnico, de cara a comparables independientes del exterior.

Y respecto de los niveles de mercado y de competencia en mercados nacionales frente a los internacionales, la documentación comprobatoria indicó que los precios nacionales e internacionales varían según el comportamiento del mercado internacional, la dinámica de los precios nacionales, la tasa de cambio y las tendencias del mercado interno en el que se conceden descuentos del 2 % al 13 % según la intensidad de la competencia, los volúmenes, tipos de producto, condiciones de pago y zona de mercado, sin hacer una distinción relevante para diferenciar las condiciones del mercado nacional contra el mercado internacional que justifique tales diferencias, pues no se probó con precisión cuantitativa lo alegado, referente a que los comparables internos no son funcionalmente útiles desde el punto de vista técnico, y con las pruebas aportadas no fue posible establecer tal distinción.

2. *Improcedencia del desconocimiento de gastos por violación del artículo 260-4 del ET*



Como la resolución que decidió el recurso de reconsideración modificó la liquidación de revisión, para aceptar la tasa «*bonos de deuda del tesoro americano*», usada para calcular el ajuste por riesgo país (*EMBI+*) computado por la actora, no se entiende por qué se controvierten asuntos aceptados en la referida resolución.

La certificación aportada para acreditar la prima por riesgo de deudor fue expedida por una entidad bancaria distinta de las sociedades calificadoras de riesgo (*SCR*), únicas autorizadas por la Superintendencia Financiera para ello. Al ser diferentes las sociedades calificadoras de riesgo de las centrales de riesgo nacionales, no se pueden equiparar los criterios ni la idoneidad de las calificaciones que utilizan las sociedades calificadoras de riesgo (*SCR*), con los de las centrales de riesgo colombianas, pues conforme a la Superintendencia Financiera de Colombia, estas últimas adoptan calificaciones A, B, C, D y E, en tanto las primeras utilizan calificaciones de deuda a corto plazo con calificaciones en BRC 1+, BRC 1, BRC 2+, BRC 2 y BCR3, hasta BCR 6, y a largo plazo en AAA hasta D.

Así, la calificación crediticia «A» otorgada por centrales de riesgo colombianas, con criterios domésticos diferentes a los utilizados a nivel internacional por las sociedades calificadoras de riesgos, es improcedente para ser usada conforme los *spread* o tasas informadas en el sitio web de *Damodaran* con el fin de ajustar las tasas comparables, pues este fija sus *spreads* según los criterios de calificación crediticia aceptados internacionalmente por sociedades calificadoras de riesgo, y no por los aplicables a centrales de riesgo nacionales. De ahí que no proceda el ajuste a la tasa de interés por calificación del riesgo crediticio sustentada en una certificación inapropiada.

Aunque la normativa fiscal no exige tarifa legal para probar la calificación del riesgo crediticio, la certificación aportada por la actora, basada en parámetros de las centrales de riesgo nacionales, no es equiparable a los parámetros de *Damodaran*, por lo que es inválida para agregar el *spread* de 1,4 % a la tasa de interés comparable establecida por la sociedad en su estudio de precios de transferencia, en tanto incumple los criterios de utilidad, idoneidad, conducencia y pertinencia para ser tenida en cuenta.

Frente al análisis económico complementario sobre el egreso por pago de intereses, el acto que resolvió el recurso de reconsideración aceptó algunas inconformidades de la sociedad, respecto de la aplicación de las tasas de bonos de la Reserva Federal de Estados Unidos y del ajuste de comparabilidad por riesgo país (*EMBI+*), siendo necesario establecer nuevas tablas de amortización para cada contrato de leasing.

De las nuevas tablas de amortización surgieron nuevas tasas de interés y un nuevo rango intercuartil y, pese a las modificaciones introducidas a la liquidación de revisión, en virtud del recurso de reconsideración respecto de las tasas de interés de las comparables y el ajuste de comparabilidad por riesgo país (*EMBI+*), la tasa de interés pactada por la actora y su vinculado se ubica por fuera del rango de las operaciones comparables, siendo necesario el recálculo de las cuotas de amortización 7 y 8 de los contratos de leasing que, de acuerdo a los cronogramas de amortización, corresponden al año 2013, utilizando la tasa aplicable determinada en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración como mediana de las operaciones comparables (5,580 %). De ahí que el valor de los intereses deducibles en el año 2013, en desarrollo de la operación de egreso por pagos de intereses en los contratos de leasing analizados (*cuotas 7 y 8 de la amortización para el año 2013*) es de \$937.798.902, por lo que el desconocimiento del renglón de otras deducciones se fijó en \$195.467.000.

No se tuvo en cuenta el análisis económico complementario de precios de transferencia de *Bloomberg and Reuters®* para la transacción de egresos por intereses sobre financiamiento *inter-compañía*, pues la selección de los no era adecuada. Se indicó a la contribuyente que la muestra tomada presentaba inconsistencias frente a la



operación analizada, por lo que, para valorar el estudio aportado y verificar si la información era suficiente para demostrar el cumplimiento de las disposiciones de precios de transferencia, en el marco del recurso de reconsideración se consultó a la Subdirección de Gestión de Fiscalización Internacional³, para realizar la búsqueda de comparables: *i)* de bonos corporativos emitidos en Estados Unidos en el año 2009 y, *ii)* emisores de empresas del sector de químicos *-al que pertenece Monómeros-*, cuya búsqueda solo arrojó un resultado para la comparabilidad: *Air Products and Chemicals Inc.*, motivo por el que se descartó el informe aportado como prueba.

3. Sanción por inexactitud. Gradualidad. Diferencia de criterios

Se configuró la conducta sancionable tipificada en el parágrafo 5 del artículo 260-11 del ET ante la omisión de ingresos e inclusión de deducciones improcedentes en operaciones con vinculados económicos, que derivaron en un mayor saldo a favor, lo que se enmarca en los supuestos del artículo 647-1 del ET. No se presenta diferencia de criterios, pues las normas son claras y no se vulneró el principio de lesividad, porque la sociedad incumplió sus obligaciones, al no aportar la contabilidad en los términos exigidos, ni la información requerida en las solicitudes elevadas.

La sociedad no acreditó las normas del Régimen de Precios de Transferencia, pues no acató los criterios de comparabilidad previstos en el artículo 260-4 del ET, ni observó las Guías de la OCDE, respecto de los factores que deben advertirse para realizar el estudio de precios de transferencia que resulte más fiable y adecuado a la operación a analizar, razón por la que se presentó una falta de aplicación del derecho.

Se debe condenar en costas a la actora.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda se admitió por auto de 19 de febrero de 2020, que ordenó notificar a las partes. Aportada la contestación, en auto del 27 de enero de 2021, se determinó dictar sentencia anticipada, razón por la cual se prescindió de las audiencias inicial y de pruebas. Saneado el proceso, el *a quo* declaró que no se presentaron excepciones previas, fijó el litigio en determinar la legalidad de los actos administrativos demandados y corrió traslado a las partes para alegar en conclusión.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones, sin condenar en costas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En cuanto al incremento del renglón de ingresos brutos operacionales, en desarrollo de la investigación tendiente a verificar los precios de plena competencia que respaldaron los ingresos registrados por ventas efectuadas al vinculado Monómeros International Ltd. *-Islas Virgenes Británicas*, la DIAN detectó diferencias en los datos consignados como comparables, de los que no fue posible determinar los valores que la actora llevó por cada uno de los productos.

De acuerdo con las pruebas analizadas, la demandante no tomó los volúmenes de ventas con mayor similitud en las comparables internas, de cara a las cantidades de los productos objeto de las operaciones cuestionadas, por lo que la Administración seleccionó, con base en la misma información aportada por la investigada, otras

³ Folio 806 anverso antecedentes.



operaciones, tanto nacionales como de terceros del exterior, que tienen mayor comparabilidad frente a los volúmenes de ventas de las operaciones.

En la documentación comprobatoria de precios de transferencia, Monómeros señaló que realizó la venta de productos en condiciones comparables a vinculados económicos y a terceros independientes, y que tomó las exportaciones como comparables, sin mayor explicación, por lo que no se justifican las razones por las que el nivel de mercado y competitividad de las operaciones con independientes ubicadas en Ecuador (*INTERANDESA*) y en República Dominicana (*ALMONTE COMERCIAL SA*) se asimilan a las operaciones con una parte relacionada de Islas Vírgenes Británicas, ni se sustenta o acredita una mayor intensidad en las funciones y riesgos en las operaciones analizadas, frente a operaciones similares que permitan concluir que su comparación es más apropiada.

Y si bien la sociedad consideró comparables internas, en atención a las disposiciones del Régimen de Precios de Transferencia, solo tuvo en cuenta clientes independientes del exterior, descartando clientes independientes (*nacionales*), aun cuando presentaban volúmenes mayores en cantidades, mostrando mayor similitud a efectos de la comparabilidad, lo que representó una desatención a las Directrices de Precios de Transferencia. En relación con los volúmenes de ventas, la actuación oficial observó la normativa vigente y las Guías de la OCDE como criterio auxiliar de interpretación de las disposiciones del Régimen de Precios de Transferencia, por cuanto los precios de las operaciones comparables, determinados en la liquidación de revisión, se establecieron sobre la base de las características económicas relevantes acreditadas.

Frente al desconocimiento de \$638.993.000 -*otras deducciones*- por intereses sobre préstamos de leasing con el vinculado Monómeros International Ltd., en el contrato de operaciones se pactaron intereses a una tasa del 6,494 % (*Libor 5 % + 1,494 %*) con un plazo de 10 y 11 años, conforme con dos cronogramas de amortización para los bienes turbogases y caldera y para los generadores y *switch gear*. Para ello, la sociedad utilizó el método de precio comparable no controlado (*PC*) con comparables externos, y tomó las tasas de interés con base en los datos de la página de la Reserva Federal de los Estados Unidos, considerada para los bonos del Tesoro Americano, con plazo de 10 años, teniendo en cuenta que las fechas de despacho y nacionalización de los equipos se pactaron entre noviembre y diciembre de 2009.

Al resolver el recurso de reconsideración, la DIAN consideró que la tasa de interés para los bonos del tesoro americano era aceptable como la más comparable. No obstante, asumió que no procedía el ajuste por riesgo país, en tanto estaba inmerso en el ajuste por riesgo por calificación crediticia, que no es apropiado, pues refiere la tasa de bonos fijada para inversionistas. La tasa analizada, al corresponder a una tasa de préstamos (*créditos comerciales - Libor 5 % más 1,494 %*) es improcedente, al igual que el ajuste por riesgo país (*EMBI+*) y el riesgo por calificación crediticia.

Se mantiene sanción por rechazo o disminución de pérdidas, porque «*la actora tuvo una disminución en el saldo a favor*». No condenó en costas por no estar probadas.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de apelación, la **demandante** argumentó lo siguiente:

Se reitera los argumentos de la demanda, por cuanto el Tribunal no analizó las razones en esta expuestas, ni estudió las directrices de la OCDE y se limitó a describir los cargos de las partes para darle la razón a la DIAN, sin que mediaran motivaciones técnicas desde la aplicación del principio de plena competencia.



Entre los mercados locales y extranjeros existen particularidades y diferencias que imposibilitan su tratamiento de manera indistinta; en consecuencia, tomar compañías como comparables, sin importar su origen es improcedente, pues dichos mercados se diferencian por los riesgos, transacciones y volúmenes que tranzan.

El Tribunal conoció que las operaciones de Monómeros se realizaron con su vinculada del exterior, pero hizo caso omiso a esta circunstancia y solo transcribió, sin mayor análisis, la tesis de la DIAN, e insistió en que no había problema en tomar comparables del mercado interno, sin que mediara argumentación alguna frente a la realidad y las explicaciones dadas. No obstante, ese fue solo uno de los argumentos de la demanda, por lo cual debe revisarse el hecho de que la DIAN no tuvo en cuenta la fecha de la operación para su comparabilidad, lo que distorsiona el análisis efectuado y no atiende la realidad económica del mercado, como lo exige el Consejo de Estado en la misma sentencia citada por el *a quo*⁴.

De modo que, la posición de la DIAN es sesgada al obtener un rango intercuartil mediante la combinación de operaciones con precios locales e internacionales, sin estimar los factores necesarios de ajuste para obtener un parámetro que cumpla el principio de plena competencia, como son la identificación del mercado, el acceso a la tecnología, las características de la mano de obra, la determinación de la demanda, las regulaciones gubernamentales, el tipo de cambio, las características de la competencia que, valga decir, están ausentes en el análisis de la Administración y de la sentencia apelada.

No se estudió el desconocimiento de las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, en tanto el juez de instancia se limitó a tomar como comparables entidades nacionales y del exterior, aplicando como criterio de ajuste el número de unidades vendidas en el año, lo que demuestra que no se realizó un ajuste de comparabilidad técnico y adecuado para dejar a las compañías nacionales y del exterior en plenas condiciones de comparabilidad.

No hubo pronunciamiento sobre la supuesta ausencia de elementos cuantitativos o cualitativos que sustentaran las operaciones realizadas con *ALMONTE SA* y *INTERANDESA*. Sobre esta glosa, se acreditó que la compañía determinó los ingresos atendiendo el principio de plena competencia, y que, en todo caso, el fallo de primera instancia no tuvo argumentación jurídica y adoleció de falta de técnica jurídica.

Respecto del desconocimiento de deducciones por pagos de intereses sobre préstamos leasing con la vinculada, tampoco se advierte un análisis de fondo en la sentencia, pese a que el cargo fue explicado en la demanda y sustentado en el estudio de precios de transferencia, que no fue verificado por el *a quo*. Tampoco se tuvo en cuenta la muestra preparada con base en la información disponible en la herramienta y base de datos de *Bloomberg and Reuters*® que corrobora el resultado obtenido en el análisis efectuado sobre el financiamiento, ni se pronunció sobre el análisis económico complementario de precios de transferencia, en el que utilizó tasas de retorno de bonos corporativos en el mercado estadounidense, emitidos y/o desarrollados por entidades terceras independientes en dólares estadounidenses (USD) durante el año fiscal 2009 *-partiendo del año en el que se suscribió el financiamiento inter-compañía*.

Las pruebas y argumentos de la demanda prueban que Monómeros no omitió ingresos ni incluyó deducciones inexistentes, o utilizó datos equivocados, desfigurados o incompletos que dieran lugar a la sanción impuesta con fundamento en el 647-1 del ET. Admitir lo contrario «*estaría infringiendo los artículos 1 y 29, así como el numeral 9 del artículo*

⁴ Sentencia del 14 de junio de 2018, Exp. 20821, CP. Milton Chaves García.



95 de la Constitución Política, en el entendido en que se estaría obligando a la Compañía a que contribuya de mayor forma a lo que por ley le corresponde coadyuvar con las cargas de la Nación».

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

La **demandante** reiteró los argumentos de la apelación. La **demandada** insistió en lo aducido en la contestación de la demanda y pidió que se confirmara la decisión de primera instancia. El **Ministerio Público** no se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión preliminar

La magistrada Myriam Stella Gutiérrez Argüello manifestó por escrito encontrarse impedida para participar en la decisión, porque rindió concepto previo a la actuación judicial, sobre las cuestiones que se debaten en el proceso⁵. La Sala encuentra configurada la causal invocada y declarará fundado el impedimento, de conformidad con el artículo 141-12 del CGP. En consecuencia, quedará separada del conocimiento del presente asunto.

Se decide la legalidad de los actos administrativos que modificaron la declaración de renta presentada por **MNM CL VZ SA**, por el año gravable 2013.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandante y apelante única, corresponde establecer si, conforme con las pruebas del proceso y la normativa aplicable, procede la adición de ingresos brutos operacionales y el rechazo de otras deducciones, por la escogencia de comparables independientes internacionales y del ajuste a la mediana del rango por riesgo país (*EMBI+*), sin contar con la calificación adecuada del riesgo, y si hay lugar a la sanción por inexactitud.

Los artículos 260-1 y siguientes del ET regulan el régimen de precios de transferencia, que aplica a los contribuyentes del impuesto de renta que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior, y los obliga a determinar sus ingresos, costos y deducciones, teniendo en cuenta los precios y márgenes de utilidad de operaciones comparables con o entre partes independientes, para que prevalezcan los precios de mercado y no los fijados artificialmente por las partes, por su vinculación económica, para aminorar su carga fiscal.

Esta disposición y el artículo 28 de la Ley 788 de 2002 *-entonces vigente-* prevén que existe vinculación económica cuando hay relación de subordinación y control o un grupo empresarial, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, 28 de la Ley 222 de 1995, o en los casos establecidos en los artículos 450 y 452 del ET⁶. El control puede ser individual o conjunto, sin participación en el capital de la subordinada, ejercido por una matriz domiciliada en el exterior y por personas naturales o de naturaleza no societaria, y la vinculación se predica de las sociedades que conforman el grupo empresarial, aunque su matriz se domicilie en el exterior.

El artículo 260-2 *ib.*, establece que la DIAN, en desarrollo de las facultades de verificación y control, determina los ingresos ordinarios y extraordinarios, al igual que los costos y deducciones de las operaciones de los contribuyentes del impuesto de

⁵ Samai, índice 16.

⁶ El inciso 3 del Art. 260-1 ET, antes de la modificación introducida por el art. 111 de la Ley 1607 de 2012, definía por remisión expresa los supuestos de vinculación en los siguientes términos: «Para efectos de la aplicación del régimen de precios de transferencia se consideran vinculados económicos partes relacionadas, los casos previstos en los artículos 260, 261, 263 y 264 del código de comercio; en el artículo 28 de la ley 222 de 1995 y los que cumplan los supuestos contenidos en los artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario».



renta con vinculados económicos o partes relacionadas, «mediante la determinación del precio o margen de utilidad a partir de precios y márgenes de utilidad en operaciones comparables con o entre partes independientes».

Con tal fin, el artículo 260-9 *ejusdem* dispuso que los obligados deben presentar una declaración informativa anual de sus operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, y el artículo 260-5 *ib.* señaló que deben preparar y enviar la documentación comprobatoria por cada operación, para demostrar la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen de precios de transferencia.

El artículo 260-3 del ET *-vigente en el año 2013-*, indica los métodos para determinar el margen de utilidad de las operaciones, entre los que se encuentra el de Precio Comparable No Controlado - PC⁷ utilizado por la actora en el estudio de precios de transferencia. Las transacciones comparadas se evalúan según las características previstas en el artículo 260-4 *ib.*⁸, y pueden resultar en ajustes que permitan una mayor comparabilidad⁹.

Por su parte, el artículo 7 del Decreto 4349 de 2004¹⁰ exige que la información específica de la documentación comprobatoria de precios de transferencia contenga la descripción detallada de «*las partes intervinientes, objeto, término de duración y valor de los contratos, acuerdos o convenios celebrados entre el contribuyente y los vinculados económicos o partes relacionadas domiciliados o residentes en el exterior y/o en paraísos fiscales*», así como el aporte de «*Información general sobre las estrategias comerciales: penetración, ampliación o mantenimiento del mercado, volumen de operaciones, políticas de créditos, formas de pago, costo de oportunidad, procesos de calidad, certificaciones nacionales e internacionales de productos o servicios, contratos de exclusividad y de garantías, entre otras*».

⁷ «Art. 260-3. Métodos para determinar el precio o margen de utilidad en las operaciones con vinculados (...) El precio o margen de utilidad en las operaciones celebradas entre vinculados se podrá determinar por la aplicación de cualquiera de los siguientes métodos: 1. Precio comparable no controlado. Compara el precio de bienes o servicios transferidos en una operación entre vinculados, frente al precio cobrado por bienes o servicios en una operación comparable entre partes independientes, en situaciones comparables. Cuando se trate de operaciones de adquisición de activos usados realizadas por los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios a sus vinculados, la aplicación del método de Precio Comparable no Controlado será mediante la presentación de la factura de adquisición del activo nuevo al momento de su compra a un tercero independiente y la aplicación posterior de la depreciación que ya se ha amortizado desde la adquisición del activo, permitida de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia».

⁸ «Art. 260-4. Criterios de comparabilidad entre vinculados y terceros independientes. <Artículo modificado por el artículo 114 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos del régimen de precios de transferencia, dos operaciones son comparables cuando no existan diferencias significativas entre ellas, que puedan afectar materialmente las condiciones analizadas a través de la metodología de precios de transferencia apropiada. También son comparables en los casos que dichas diferencias puedan eliminarse realizando ajustes suficientemente fiables a fin de eliminar los efectos de dichas diferencias en la comparación. Para determinar si las operaciones son comparables o si existen diferencias significativas, se tomarán en cuenta los siguientes atributos de las operaciones, dependiendo del método de precios de transferencia seleccionado (...):

1. Las características de las operaciones, incluyendo:

a) En el caso de operaciones de financiamiento, elementos tales como el monto del principal, el plazo, la calificación de riesgo, la garantía, la solvencia del deudor y tasa de interés. Los pagos de intereses, independientemente de la tasa de interés pactada, no serán deducibles si no se cumple con los elementos de comparabilidad enunciados. Lo anterior debido a que si los términos y condiciones de las operaciones de financiamiento son tales que no son propias o no concuerdan con las de las prácticas de mercado, dichas operaciones no serán consideradas como préstamos ni intereses, sino como aportes de capital y serán tratadas como dividendos; (...)

2. Las funciones o actividades económicas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, de cada una de las partes involucradas en la operación.

3. Los términos contractuales de las partes que se evidencien frente a la realidad económica de la operación.

4. Las circunstancias económicas o de mercado, tales como ubicación geográfica, tamaño del mercado, nivel del mercado (por mayor o detal), nivel de la competencia en el mercado, posición competitiva de compradores y vendedores, la disponibilidad de bienes y servicios sustitutos, los niveles de la oferta y la demanda en el mercado, poder de compra de los consumidores, reglamentos gubernamentales, costos de producción, costo de transporte y la fecha y hora de la operación.

5. Las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado.

PARÁGRAFO. En caso de existir comparables internos, el contribuyente deberá tomarlos en cuenta de manera prioritaria en el análisis de los precios de transferencia. Se subraya.

⁹ «Así, las operaciones del ente económico objeto de estudio son comparadas con otros entes, escogidos según el método aplicado, en sus características económicas relevantes, para determinar si las efectuadas por el ente económico estudiado corresponden a las condiciones de mercado presentes entre partes independientes (principio de plena competencia o arm's length principle). Si una característica de la transacción analizada tiene una característica especial que impide equipararla a las transacciones de los otros entes con las que se pretende comparar, cabe ajustar la primera, suprimiendo esa característica especial, con el fin de hacer posible una comparación más precisa con las otras operaciones». Sentencia del 14 de junio de 2018, Exp. 20821, C. P. Milton Chaves García.

¹⁰ «Por el cual se reglamenta el parágrafo 2° del artículo 260-2, los artículos 260-3, 260-4, el parágrafo 2 del artículo 260-6, y los artículos 260-8 y 260-9 del Estatuto Tributario».



Y en situaciones especiales que afecten las operaciones del estudio de precios de transferencia, el contribuyente debe presentar estudios financieros y de mercado, presupuestos, proyecciones, reportes financieros por líneas de productos o segmentos de mercado o negocios elaborados para el ejercicio gravable¹¹.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE «*Cuando (...) dos empresas (asociadas) estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia*».

Las Directrices OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias (2010), vigentes para el año en que se desarrolló la operación analizada¹², establecen que, con el propósito de ajustar los beneficios a que refiere el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se deben tomar como referencia «*las condiciones que hubieran ocurrido entre empresas independientes en operaciones comparables*», efectuadas en condiciones igualmente comparables, esto es, en una operación no vinculada comparable. De ahí que el objeto del principio de plena competencia sea tratar a los miembros de un grupo multinacional como si operaran como empresas independientes en lugar de como partes inseparables de una sola empresa unificada *-criterio de la entidad independiente-*.

Entonces, como el criterio de la entidad independiente considera a los integrantes de un grupo multinacional como si fueran empresas independientes, la atención se centra en el tipo de operaciones realizadas entre estas y en si las condiciones en las que las realizan difieren de las que ocurrirían en operaciones no vinculadas comparables. Este análisis se denomina análisis de comparabilidad y es la esencia de la aplicación del principio de plena competencia (B.1, 1.6).

Así, la aplicación del principio de plena competencia se basa en la comparación de las condiciones de una operación vinculada con las condiciones de las operaciones entre independientes y para que sean útiles deben contener características económicas relevantes de las situaciones que se comparan, pero, además, tales características deben ser lo suficientemente comparables¹³. Ahora bien, para determinar el grado de comparabilidad y los ajustes precisos para lograrlo, es necesario comprender cómo evalúan las sociedades independientes las operaciones potenciales (D.1.1., 1.33).

Acorde con lo anterior, las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE (2010) recomiendan a las administraciones tributarias que, al aplicar el principio de plena competencia, observen las condiciones de las operaciones entre independientes, pero además, las posibles diferencias con trascendencia económica que se aprecien entre las opciones disponibles de modo realista, tales como contrastes en el grado de riesgo u otros factores de comparabilidad, para determinar si hay comparabilidad entre situaciones comparadas y qué ajustes serían necesarios para lograrla (D.1.1., 1.34). También recomiendan que la comprobación de las operaciones se base en aquellas realmente efectuadas por las empresas asociadas, tal y como estas las hayan estructurado, utilizando los métodos usados por los contribuyentes, siempre que sean coherentes con los descritos en las guías (D.1.1., 1.64).

¹¹ Numeral 3, literal C, artículo 7 del Decreto Reglamentario 4349 de 2004.

¹² Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, 22 de julio de 2010.

¹³ «*Ser comparable significa que ninguna de las diferencias (si las hay) entre las situaciones objeto de comparación pueda afectar significativamente a las condiciones analizadas en la metodología (por ejemplo, el precio o el margen), o que se pueden realizar ajustes lo suficientemente precisos como para eliminar los efectos de dichas diferencias (D1.1., 1.33)*». Guía para la aplicación del principio de plena competencia, Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, 22 de julio de 2010.



Del método del precio libre comparable, que se ubica en los métodos tradicionales, las Guías indicaron que consiste en comparar el precio facturado por bienes o servicios transmitidos en una operación vinculada, con el precio facturado por bienes o servicios transmitidos o prestados en una operación no vinculada comparable en circunstancias comparables (B.1, 2.13).

A estos efectos, una operación no controlada es comparable a una operación controlada, a fin de aplicar el método del precio libre comparable, si: *i)* ninguna de las diferencias (*si las hay*) entre las dos operaciones que se comparan o entre las dos empresas involucradas en esas operaciones, es susceptible de afectar materialmente en el precio del libre mercado o, *ii)* pueden realizarse ajustes suficientemente precisos para eliminar los efectos de esas diferencias (B.1, 2.14).

Puede resultar difícil encontrar una operación entre dos empresas independientes suficientemente parecida a una operación controlada, como para que no existan diferencias que tengan un efecto material sobre el precio. Por ejemplo, una diferencia menor en los activos transmitidos podría afectar al precio, aunque la naturaleza de las actividades de negocios pueda asemejarse lo suficiente como para generar el mismo margen de beneficio. Cuando este es el caso, algunos ajustes resultan apropiados, y el alcance y la fiabilidad de estos afectarán la confiabilidad del análisis realizado bajo el método del precio libre comparable (B.1, 2.16).

En cuanto a la oportunidad, la Sala precisó que los ajustes propuestos deben sustentarse en la documentación comprobatoria, sin perjuicio de que las partes puedan aportar al procedimiento administrativo o al proceso medios de prueba adicionales que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permitan controvertir o afirmar los análisis y conclusiones formulados¹⁴. Tales ajustes pueden presentarse sin que ello suponga el desconocimiento de la realidad contable de la demandante, como parte analizada, pues no se modifica su contabilidad, y permiten establecer si la realidad económica de las transacciones de dicha parte con sus vinculadas se ajustó o no a las condiciones que hubieran podido encontrar partes no vinculadas¹⁵.

Adición de ingresos por \$2.575.497.000

La DIAN incrementó el renglón 42 de ingresos brutos operacionales en \$2.575.497.000, por operaciones de venta de inventarios producidos con su vinculado Monómeros International LTD. *-Islas vírgenes Británicas-* por considerar que la sociedad solo tuvo en cuenta a clientes independientes del exterior, descartando las comparables internas (*transacciones realizadas por la empresa bajo análisis, con partes no relacionadas bajo condiciones similares a la operación sujeta a Precios de Transferencia realizada con partes vinculadas*), pese a que estas últimas presentaban volúmenes mayores en cantidad y mostraban mayor similitud a efectos de la comparabilidad. Que, en consecuencia, se desatendieron las directrices de precios de transferencia en relación con los volúmenes de venta, al no considerarse dentro del análisis las ventas a comparables internas.

Según las pruebas del proceso, el objeto social de Monómeros es la producción y explotación industrial y comercial de materias primas para fertilizantes e insumos agropecuarios y otros productos industriales.

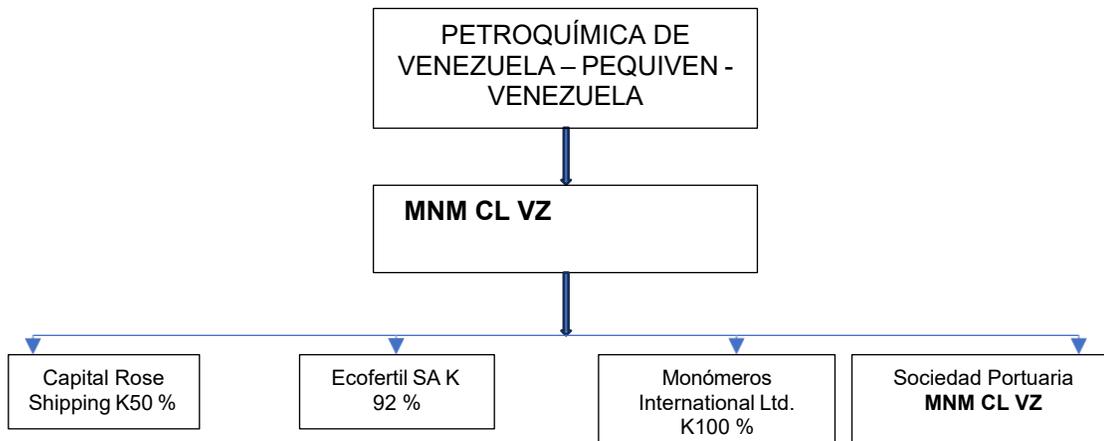
Durante el año gravable 2013, Monómeros realizó la compra de materias primas en las siguientes proporciones: *i)* a vinculados del exterior 53 %; *ii)* a independientes del exterior 27 % y, *iii)* a proveedores locales 20 %.

¹⁴ Sentencia del 7 de diciembre de 2023, Exp. 23520, CP. Wilson Ramos Girón, reiterado en la sentencia del 18 de abril de 2024, Exp. 26674.

¹⁵ Sentencia del 18 de abril de 2024, Exp. 26674, CP. Milton Chaves García.



La documentación comprobatoria de precios de transferencia aportada, indica que la actora es controlante de Monómeros International LTD., ubicada en las Islas Vírgenes Británicas, y que, a su vez, es controlada por Petroquímica de Venezuela, de acuerdo con la siguiente estructura:



La Declaración Informativa Individual de Precios de Transferencia -año 2013- presentada por la sociedad, y su formato anexo 1125, reportaron las siguientes operaciones con su vinculado Monómeros International LTD.

Razón Social Vinculado	CLASE OPERACIÓN	TIPO OPERACIÓN	PAIS	MONTO OPERACIÓN	MET	UTILIDAD	VALOR MÍNIMO	MEDIANA	VALOR MÁXIMO
MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.	INGRESO	Netos por venta de inventarios producidos	VIRGENES (BRITANICAS) ISLAS	33.785.433.000	PC	747.470	588250	598500	670000
MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.	INGRESO	Netos por venta de inventarios producidos	VIRGENES (BRITANICAS) ISLAS	61.761.532.000	PC	676.920	620000	636600	650000
MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.	INGRESO	Netos por venta de inventarios producidos	VIRGENES (BRITANICAS) ISLAS	5.491.230.000	PC	751.000	661100	570000	700000
MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.	INGRESO	Netos por venta de inventarios producidos	VIRGENES (BRITANICAS) ISLAS	6.323.578.000	PC	1352.370	1150000	1150000	1178500
MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.	INGRESO	Netos por venta de inventarios producidos	VIRGENES (BRITANICAS) ISLAS	91.827.000	PC	3225.000	2503500	2503500	2650000
				107.453.600.000					

Tanto en la documentación comprobatoria, como en el formato 1125 de 2013, las operaciones por venta de inventarios producidos con el vinculado Monómeros International Ltd., por \$107.453.600.000, se efectuaron sobre los siguientes productos:

Documentación comprobatoria – cuadro 12 – Operaciones de ingreso (fl. 42)	
Producto	Monto (Col\$)
Fertilizante 10-20-20 Emp. 50 kg	5.491.229.822
Fertilizante 15-15-15 Emp. 50 kg	61.761.531.630
Tricalfos tradicional Emp. 50 kg	33.785.432.812
Mezcal solunK-P Clean (13-3-43) Emp. 50 kg	6.323.577.541
Metil Étil Cetoxina Tambores Verdes	91.826.715
Total	107.453.598.520

Para acreditar el cumplimiento del principio de operador independiente, la actora seleccionó el método Precio Comparable no Controlado (PC), y escogió como comparables terceros independientes del exterior (INTERANDESA y ALMONTE COMERCIAL SA), conforme con las operaciones por las cantidades y valores unitarios, y concluyó que las transacciones analizadas estaban en los rangos de operaciones comparables. A continuación, efectuó ajustes por riesgo geográfico y por calificación crediticia del deudor, y consideró cumplido el principio de plena competencia.

El estudio de precios de transferencia indicó que, «Dado que realiza ventas de productos tanto a vinculados económicos como a terceros independientes, se buscaron transacciones efectuadas con terceros independientes realizadas en condiciones comparables a las realizadas con vinculados económicos. Para esto, se han considerado como comparables las operaciones de venta a terceros independientes del exterior, por cuanto la intensidad en las funciones y riesgos asumidos por la Compañía en dichas ventas presentan un nivel de comparabilidad adecuado a las ventas realizadas a vinculados económicos del exterior. Asimismo, considerando que la compañía vende a compañías del exterior de diferentes tipos de producto y que el precio de cada uno varía de acuerdo con sus características, se ha realizado el análisis por línea de producto. [...]».



Luego, en el anexo que obra en el folio 69 del estudio, para los productos cuestionados, se tomaron como comparables los siguientes:

FERT 15-15-15 EMP 50 KG			
Cliente	Vlr. mcia	Cantidad	Valor unitario USD
INTERANDESA	\$ 5.363	8.250	\$ 650
INTERANDESA	\$ 12.350	19.000	\$ 650
INTERANDESA	\$ 13.000	20.000	\$ 650
INTERANDESA	\$ 14.950	23.000	\$ 650
INTERANDESA	\$ 10.500	17.500	\$ 600
INTERANDESA	\$ 14.625	22.500	\$ 650
INTERANDESA	\$ 14.625	22.500	\$ 650
INTERANDESA	\$ 11.081	17.500	\$ 633
INTERANDESA	\$ 28.800	45.000	\$ 640
INTERANDESA	\$ 6.400	10.000	\$ 640
INTERANDESA	\$ 15.600	25.000	\$ 624
INTERANDESA	\$ 9.300	15.000	\$ 620
INTERANDESA	\$ 1.508	2.500	\$ 603
INTERANDESA	\$ 15.500	25.000	\$ 620
INTERANDESA	\$ 1.508	2.500	\$ 603
INTERANDESA	\$ 12.400	20.000	\$ 620

Solunk-P Clean (13-3-43) Emp 50 Kg			
Cliente	Vlr. mcia	Cantidad	Valor unitario USD
INTERANDESA	\$1.150	1.000	\$1.150
ALMONTE COMERCIAL SA	\$30.175	25.000	\$1.207
INTERANDESA	\$2.875	2.500	\$1.150

FERT 10-20-20 EMP 50 KG			
Cliente	Vlr. mcia	Cantidad	Valor unitario USD
INTERANDESA	\$ 1.400	2.000	\$700
INTERANDESA	\$ 1.050	1.500	\$700
INTERANDESA	\$ 1.050	1.500	\$700
INTERANDESA	\$ 5.018	7.500	\$669
INTERANDESA	\$ 10.050	15.000	\$670
INTERANDESA	\$ 1.633	2.500	\$653
INTERANDESA	\$ 817	1.250	\$653

El rango intercuartil utilizado por la contribuyente para los productos fue el siguiente:

Producto vendido	Precio comparable en US\$	Valor mínimo en US\$	Mediana US\$	Valor máximo US\$
FERT 15-15-15 EMP 50 KG	678.920	620.000	636.600	650.000
FERT 10-20-20 EMP 50 KG	751.000	661.100	670.000	700.000
Solunk-P Clean (13-3-43) Emp 50 Kg	1352.370	1150.000	1150.000	1178.500

Verificados los datos de los ingresos operacionales por cliente y por producto, la DIAN detectó diferencias con los datos consignados como comparables, de los que consideró «no fue posible determinar los valores que llevaron como precio comparable por cada producto». Al indagar a la contribuyente sobre este particular, la sociedad informó:

«El unitario calculado es a partir de los ingresos operacionales y lo realicé como una prueba para comparar con el cuartil superior determinado en el estudio, al respecto pude comprobar que siempre resultó por encima del cuartil superior.»

El unitario calculado a partir de los ingresos operacionales es ligeramente diferente al calculado por nuestro asesor en el estudio, por cuanto el del ingreso operacional conjuga el ingreso realizado normal más la parte del ingreso diferido que se realiza en el año, en cambio el presentado en el estudio proviene solo de las ventas facturadas en el año, adicionalmente hay que tener en cuenta que en el estudio se toma la TRM del día de la factura para convertir dólares a pesos, mientras que en los ingresos se traen los pesos de la contabilidad y para convertirlos a dólares se utilizó un promedio de la TRM oficial mensual, de manera que pudiera obtenerse un unitario razonable a comparar»¹⁶.

La demandada consideró que la actora no tomó volúmenes de ventas con mayor similitud en las comparables internas, de cara a la cantidad de los productos objeto de las operaciones analizadas, por lo que procedió a seleccionar, con base en la información brindada por la contribuyente, otras operaciones tanto internas como de terceros del exterior, que tenían mayor comparabilidad en relación con los volúmenes de ventas de las analizadas.

¹⁶ Correo electrónico de 29 de abril de 2016, en el que se aportó información pendiente de la visita.



Así, la DIAN efectuó el siguiente análisis por producto:

COMPARABILIDAD PROPUESTA POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA COMPARABLES INTERNOS SELECCIONADOS (CLIENTES NACIONALES Y DEL EXTERIOR)				
FERT 10-20-20 EMP 50				
CLIENTE	VOLUMEN VENTAS	VENTAS NETAS	TOTAL	VR. UNITARIO Ventas/Unidades
1169 PÉREZ Y CARDONA SA	447.750	568.806.691	568.806.691,00	1.270.367
3906 ALFAGRO FERTILIZANTE	371.500	490.209.968	490.209.968,00	1.319.542
765 AGROEXPORT DE COLOMBIA	181.700	240.993.040	242.099.840,00	1.326.324
RANGO INTERCUARTIL 1.294.954,51 CUARTIL INF 1.319.542,31 MEDIANA 1.322.933,07 CUARTIL SUP				
AJUSTE:				
1497 MONÓMEROS INTERNATIONAL	1.201.851,38			
MEDIANA COMPARABLES	1.319.542,31			
DIFERENCIA	117.690,93			
POR No. DE UNID. VENDIDAS A MONÓMEROS	4.110			
AJUSTE PROPUESTO	483.709.722,27			
FERT 15-15-15 EMP 50				
CLIENTE	VOLUMEN VENTAS	VENTAS NETAS	TOTAL	VR. UNITARIO Ventas/Unidades
1169 PÉREZ Y CARDONA SA	6.193.600	7.078.616.173	7.084.435.673,00	1.142.892
3906 ALFAGRO FERTILIZANTE	22.290.050	25.749.574.868	25.749.574.868,00	1.155.205
765 AGROEXPORT DE COLOMBIA	9.202.000	10.629.036.553	10.629.036.553,00	1.155.079
RANGO INTERCUARTIL 1.148.985,50 CUARTIL INF 1.155.078,96 MEDIANA 1.155.141,93 CUARTIL SUP				
AJUSTE:				
1497 MONÓMEROS INTERNATIONAL	1.114.434,33			
MEDIANA COMPARABLES	1.155.078,96			
DIFERENCIA	40.644,63			
POR No. DE UNID. VENDIDAS A MONÓMEROS	40.644,63			
AJUSTE PROPUESTO	2.022.883.162,51			
SOLUNK-P (13-3-43)				
CLIENTE	VOLUMEN VENTAS	VENTAS NETAS	TOTAL	VR. UNITARIO Ventas/Unidades
827 ARYSTA LIFESCIENCE C	234.000	560.849.859	30.912.000,00	2.396.794,27
1113 NUTRIABONOS S.A.	358.650	864.477.082	390.600,00	2.4190.364,09
3906 ALFAGRO FERTILIZANTE	312.900	750.304.700	0,00	2.397.905,72
765 AGROEXPORT DE COLOMBIA	584.750	1.403.905.250	78.200,00	2.400.864,04
987 FEDEPAPA ZIPAQUIRÁ	200.500	487.486.500	0,00	2.431.354,11
RANGO INTERCUARTIL 2.397.905,72 CUARTIL INF 2.400.864,04 MEDIANA 2.410.364,09 CUARTIL SUP				
AJUSTE:				
1497 MONÓMEROS INTERNATIONAL	2.373.521,13			
MEDIANA COMPARABLES	2.400.864,04			
DIFERENCIA	27.342,91			
POR No. DE UNID. VENDIDAS A MONÓMEROS	2.520.000			
AJUSTE PROPUESTO	68.904.145,05			

Estudiadas las comparables para cada uno de los productos se estableció:

- Para el producto Fertilizante 10-20-20 Emp. 50kg se utilizó un solo comparable: *INTERANDESA Ecuador*. Las cantidades vendidas a este tercero son sustancialmente inferiores a las vendidas al vinculado, esto es 27.5 a *INTERANDESA* y 4.110 a *Monómeros International*.
- Para el producto Fertilizante 15-15-15 Emp. 50kg se utilizó un solo comparable (*INTERANDESA ECUADOR*); igualmente se observa que las cantidades vendidas al tercero son sustancialmente inferiores a las vendidas al vinculado, esto es 232.7 a *INTERANDESA* y 49.770 a *Monómeros International*.
- Para el producto Mezcla Solunk-P Clean (13-3-43) Emp. 50Kg se utilizaron dos comparables del exterior; las cantidades vendidas son sustancialmente inferiores a las vendidas al vinculado, esto es 3,5 y 25 frente a 2.520 a *Monómeros International*.

De ahí que la Administración ajustara los precios de venta, así:



Producto	Monto de ajuste \$
Fertilizante 10-20-20 Emp. 50 kg	483.709.722
Fertilizante 15-15-15 Emp. 50 kg	2.022.883.162
Mezcal solunK-P Clean (13-3-43) Emp. 50 kg	68.904.145
Total	2.575.497.029

En consecuencia, la entidad demandada concluyó que, dentro del análisis de comparabilidad, la sociedad solo consideró los clientes independientes del exterior y no las ventas a comparables internos, por lo que *«los mayores ingresos determinados por valor de \$2.575.497.000 por concepto de la aplicación de manera estricta (Basados en la norma tributaria vigente para la fecha) de los precios de transferencia en lo que respecta a la escogencia de comparables internos de manera prioritaria, este despacho determina que dichos mayores ingresos liquidados son procedentes tributariamente hablando[...].»*¹⁷.

En ese contexto, el párrafo del artículo 260-4 del ET, establece que, *«En caso de existir comparables internos, el contribuyente deberá tomarlos en cuenta de manera prioritaria en el análisis de los precios de transferencia»*, exigencia que fue reglamentada por el artículo 4 del Decreto 3030 de 2013¹⁸, numeral 4, literal g), en tanto dispuso:

«g) Uso de comparables internos. En caso de existir comparables internos, estos deberán ser tenidos en cuenta de manera prioritaria en el análisis de los precios de transferencia, en la medida que no existan diferencias significativas entre las operaciones comparables o que, en el caso de existir, las mismas no afecten las condiciones analizadas, o que dado el caso se puedan realizar ajustes técnicos, económicos o contables que permitan su eliminación y optimicen la comparación. Para tal efecto deberán tenerse en cuenta, las características de los bienes o de los servicios, las funciones o actividades económicas, teniendo en cuenta los activos y riesgos asumidos, los términos contractuales, las circunstancias económicas y las estrategias de negocio; [...].»

Los criterios analizados por la demandada, de cara a la información suministrada por la actora, permiten determinar que la sociedad no justificó las razones por las que tomó como comparables operaciones de terceros independientes del exterior - *INTERANDESA* y *ALMONTE COMERCIAL SA*-, y no las de comparables internos, que debieron ser tenidos en cuenta de manera prioritaria conforme a las directrices aplicables en materia de precios de transferencia (2010), y según los hallazgos de la DIAN sobre las diferencias en las cantidades vendidas al vinculado, respecto de los comparables externos. Así, el análisis de precios aportado por la demandante tampoco explica por qué se descartaron las comparables internas y se dio prelación a los terceros

¹⁷ Folio 27 LOR.

¹⁸ *«Artículo 4°. Contenido de la documentación comprobatoria. La documentación comprobatoria a que hace referencia el artículo 260-5 del Estatuto Tributario, deberá contener los estudios, documentos y demás soportes con los cuales el contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios demuestre que sus ingresos, costos, deducciones, activos y pasivos adquiridos en el respectivo año gravable, relativos a las operaciones celebradas con vinculados del exterior, o con vinculados ubicados en zonas francas, o con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas, residentes o domiciliadas en paraísos fiscales, fueron determinados considerando para esas operaciones el Principio de Plena Competencia, entendido como aquel en el cual las operaciones entre vinculados cumplen con las condiciones que se hubiesen observado en operaciones comparables con o entre partes independientes.»*

La documentación por cada tipo de operación señalada en el artículo 11 de este decreto, deberá tener el nivel de detalle requerido para demostrar la correcta aplicación de los criterios de comparabilidad de que trata el artículo 260-4 del Estatuto Tributario.

La determinación bajo el Principio de Plena Competencia de los ingresos, costos, deducciones, activos y pasivos por las operaciones entre vinculados se debe realizar por tipo de operación. En los casos en los que las operaciones separadas se encuentren estrechamente ligadas entre sí o sean continuación una de otra, no pudiendo valorarse separadamente, dichas operaciones deberán ser evaluadas conjuntamente usando el método más apropiado.

En aquellos casos en los que se hayan contratado varios tipos de operación como un todo, cada uno de ellos debe ser evaluado separadamente, para esta forma determinar que cumplen con las condiciones que se hubiesen observado en operaciones comparables con o entre partes independientes, para cada tipo de operación, con el fin de considerar si las condiciones que se hubiesen observado en operaciones comparables con o entre partes independientes de la operación como un todo, serían las que hubiesen pactado partes independientes.

Deberán analizarse por separado aquellos tipos de operación que aunque se denominen de manera idéntica o similar, presenten diferencias significativas en relación con las funciones efectuadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos, aun cuando se hubiesen celebrado con el mismo vinculado.

El contenido de la documentación comprobatoria, en cuanto sea compatible con el tipo de operación objeto de análisis y con el método utilizado para su evaluación, será el siguiente».

1. Resumen ejecutivo.
2. Análisis funcional.
3. Análisis de mercado.
4. Análisis económico [...].».



independientes del exterior.

Y si bien la sociedad manifestó que no es posible tomar de manera indistinta los mercados nacionales e internacionales para establecer la comparabilidad de las operaciones, porque para fijar los precios, en ambos ámbitos existen marcadas y significativas diferencias, no explica en qué radican tales diferencias, a efectos de justificar la escogencia de los terceros independientes del exterior.

La DIAN, en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, precisó que no advirtió que las condiciones de los mercados internacionales frente a las de los locales fueran idénticas o similares; simplemente escogió estos últimos porque las comparables seleccionadas tenían mayores similitudes frente a volúmenes en cantidades. Al efecto, en la respuesta dada por la sociedad durante la visita practicada el 25 y 26 de abril de 2016, indicó que, *«Para fijar los precios de venta tanto domésticos como del exterior verificamos tanto nuestros costos como los precios del mercado, hay momentos en que el margen es mayor nacional que en el exterior o en otros momentos lo contrario [...]»*. De ahí que la DIAN descartara la fiabilidad en la demostración de la similitud de las condiciones del mercado de las comparables tomadas por Monómeros.

Asimismo, la actora manifestó que los mercados en los que se desarrollaron las transacciones difieren del mercado nacional, de modo que no se podía acudir a este último para comparar una operación exterior, por cuanto los comparables locales no son funcionalmente asimilables con los extranjeros desde el ámbito técnico. No obstante, no explica técnicamente en qué radica la funcionalidad cuestionada, en tanto las comparables del exterior se tomaron con valores del FOB; tampoco expuso cuáles comparables hacen improcedente la muestra tomada por la DIAN o las razones por las que no es posible tomar las comparables internas.

Aunado a lo anterior, no se encuentra en la documentación comprobatoria ni en las pruebas aportadas que para la selección de las comparables ubicadas en Ecuador (INTERANDESA) y República Dominicana (ALMONTE COMERCIAL SA), estas se hayan escogido con base en los factores de identificación de mercado, acceso a la tecnología, características de la mano de obra, la determinación de la demanda, regulaciones gubernamentales, tipo de cambio, características de competencia (entre otros aspectos), como tampoco demostró cómo dichos factores incidieron en la determinación de los precios de la operación analizada.

Ahora bien, la actora argumenta que las transacciones internas tomadas por la DIAN, aunque fueron el mismo año, no ocurrieron en la misma fecha de las operaciones de exportación, presentando un efecto de diferencia en cambio que no fue considerado por la DIAN para sustentar la adición de la muestra. Así, el análisis de comparabilidad de la demandada se torna errado, en tanto los mercados no son estáticos y se caracterizan por su volatilidad. A continuación, aseveró que *«la DIAN no tomó la fecha de la operación para realizar su ejercicio de comparabilidad, lo que hace que el desarrollo de los funcionarios de la DIAN se vea desfigurado y no pueda ser contratado con el análisis de comparabilidad [...] llama la atención el hecho de tomar una fecha diferente a la fecha de la operación, lo cual involucra una diferencia en cambio que se da por la volatilidad de las divisas, elemento que inexplicablemente no fue tomado en consideración por la autoridad tributaria y mucho menos por el Tribunal Administrativo del Atlántico»*.

Sin embargo, revisados los actos acusados, se advierte que la resolución que resolvió el recurso de reconsideración indicó, sobre el particular, que *«la información de los valores de las operaciones analizadas tomadas en las etapas de fiscalización y liquidación respecto de las TRM aplicables para convertir los valores a moneda nacional (fols. 724 y 725) correspondieron a las propias TRM aplicadas por Monómeros, a efectos del reconocimiento contable de los ingresos de ventas por exportaciones, información que fue aportada en CD (fol. 158) y en relación física (fols. 159 a 180), por lo que el efecto de la diferencia en cambio en el análisis aludido fue el mismo que le dio Monómeros en su contabilidad, que como explicó la sociedad en visita, utilizó la TRM del día de la factura o la TRM*



promedio mensual»¹⁹, afirmación que no fue desvirtuada en la demanda con pruebas y datos concretos que permitan a la Sala establecer que se presentó el alegado efecto en la diferencia en cambio.

Más allá de las simples afirmaciones esgrimidas en el recurso de reconsideración y en la demanda, la sociedad no suministró información que permitiera establecer el aludido *efecto de diferencia en cambio*, en tanto no ofreció información precisa respecto de la fecha presuntamente tomada por la DIAN para las operaciones, ni tampoco la tasa de cambio de tal fecha, frente a la usada por Monómeros en sus operaciones de exportación, ni menos indicó si la información presuntamente distorsionada presentaba un margen lo suficientemente significativo para dañar la muestra y descartar la adición de ingresos efectuada, como era su carga, una vez se desestimó el argumento presentado en el recurso de reconsideración.

Por el contrario, revisados los antecedentes administrativos, se advirtió que en el informe final que obra a folios 353 a 363, la DIAN citó la información suministrada por la contribuyente y aludió a las cifras que presentó, incluyendo las tasas de cambio de las operaciones, sin efectuar ninguna modificación respecto de estas. Por lo demás, ni en el requerimiento especial, ni en la liquidación oficial o en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se aludió a modificaciones en tasas de cambio, ni a fechas de operaciones. Únicamente se analizaron las comparables utilizadas por la actora y se contrastaron con las comparables nacionales, con los precios de mercado de los insumos exportados, para, de esto, establecer la diferencia en el valor de las ventas y realizar el ajuste. De ahí que, para la Sala, la actora no desvirtuara los argumentos consignados en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración.

Finalmente, aunque la actora cuestionó que no se tuvieran en cuenta aspectos como descuentos por volumen, fletes o riesgos en el mercado internacional de operaciones, no aportó datos que permitiera evaluar los niveles de descuentos por volumen, pues tales ajustes se efectúan en cumplimiento y/o seguimiento de una política de ventas; tampoco probó que los seguros, fletes, o riesgos fueran superiores en el mercado internacional. En concreto, no explicó las razones que la llevaron a tomar comparables independientes externas frente a las comparables nacionales, contraviniendo así la normativa vigente sobre precios de transferencia.

Otras Deducciones por intereses sobre préstamos por \$195.467.000

En los actos acusados, la DIAN desconoció \$195.467.000, correspondientes a otras deducciones por las operaciones de egresos por compra de activos fijos a su vinculado *MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.*, financiados mediante leasing financiero, operación que se registró por un total de \$1.133.266.000.

De acuerdo con las pruebas del proceso, en el contrato de la operación y en el otrosí se pactaron intereses a una tasa del 6,494 % (*Libor 5 % + 1,494 %*) con un plazo de 10 y 11 años, según dos cronogramas de amortización: uno para los bienes turbo-gases y caldera y otro para generadores y *switch gear*.

Para garantizar el principio de plena competencia, la sociedad utilizó el método de precio comparable no controlado (*PC*) con comparables externos, para la cual tomó tasas de interés con base en los datos de la página de la Reserva Federal de los Estados Unidos²⁰, considerada para los bonos del Tesoro Americano con plazo de 10 años correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2009, en tanto las fechas de despacho y nacionalización de los equipos se pactaron entre noviembre y diciembre de 2009. A dicha tasa, Monómeros le realizó los siguientes ajustes:

¹⁹ Hoja No. 22 Resolución que resolvió el recurso de reconsideración.

²⁰ <http://federalreserve.gov/releases/h5/data.htm>



- (i) Prima por riesgo geográfico (*Riesgo país*), porque Colombia es un mercado emergente, en el que el rendimiento de los bonos del tesoro americano refleja indicadores numéricos del riesgo país como un índice EMBI+ que mide el grado de peligro que tiene un país para las inversiones extranjeras.
- (ii) Prima por calificación crediticia/solvencia del deudor, para involucrar una prima que compense el riesgo asumido por el prestamista en la operación, conforme con la calificación crediticia de Monómeros²¹.

La sociedad aportó una muestra preparada con base en la información disponible en la herramienta y base de datos de *Bloomberg and Reuters*® que, a su juicio, reitera el resultado obtenido en el análisis efectuado sobre el financiamiento. Al efecto, explicó que el análisis económico complementario de precios de transferencia utilizó tasas de retorno de bonos corporativos en el mercado estadounidense, emitidos y/o desarrollados por entidades terceras independientes en dólares estadounidenses (USD) durante el año fiscal 2009 -partiendo del año en el que se suscribió el financiamiento *inter-compañía*-, y consideró aquellos pactados con una madurez entre cero y diez años con calificaciones crediticias comparables a la obtenida por Monómeros en el periodo de suscripción del préstamo.

Así, la sociedad obtuvo un set de comparables de tasas de interés²², de las que tomó: tasas de bonos del tesoro americano + EMBI Colombia + Prima riesgo deudor/calificación crediticia, de los que concluyó que las operaciones de egreso por pagos de intereses a su vinculado en el exterior atendieron el principio de operador independiente, así:

TASA INTERÉS OPERACIÓN DE EGRESOS POR INTERESES ANALIZADA – MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.	6,494%
RANGO INTERCUARTIL COMPARABLES	TASAS RANGO ESTADISTICO
Superior	6,975%
Mediana	6,900%
Inferior	6,830%

Ahora bien, pese a que la actora adujo en la demanda que la DIAN rechazó la tasa de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos, la resolución que decidió el recurso de reconsideración modificó la liquidación oficial para aceptar la utilización de la tasa «*bonos de deuda del tesoro americano*» de ajuste por riesgo país (*EMBI+*) calculado por la sociedad, razón por la que no se analizará tal aspecto. Sin embargo, ante la aceptación del uso de la tasa de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos, la DIAN recalculó el rango intercuartil de las tasas aceptadas, así:

RANGO INTERCUARTIL	PRIMER CUARTIL	5,480%
	MEDIA	5,580%
	TERCER CUARTIL	5,760%
TASA DE INTERÉS PACTADA EN LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN EGRESO POR PAGO DE INTERESES ANALIZADA EN LA ACTUACIÓN OFICIAL		6,494%

Y recalculó las cuotas de amortización 7 y 8 de los contratos de leasing que, de acuerdo con los cronogramas de amortización, corresponden al año 2013, para lo cual utilizó como tasa aplicable la determinada como mediana de las operaciones comparables (5,580 %):

IMPORTE DE ADQUISICIÓN DEL BIEN	9.404.874	CUOTA SEMESTRAL	644.608
TIPO DE INTERESES (Nominal anual)	5,580%	Tasa de cálculo	0,027900
Nro. De pagos al año	2		
Nro. De años	10		
Nro. De cuotas Leasing en semestres	20		
Tipo del IVA			
Cuota de salvamento (Valor residual del activo 10%)	94.049		

CUADRO DE AMORTIZACIÓN GENERADORES Y SWITCH GEAR

²¹ Página 60 de la documentación comprobatoria.

²² Relacionadas en las páginas 62 y 63 de la documentación comprobatoria.



IMPORTE DE ADQUISICIÓN DEL BIEN	1.847.297	CUOTA SEMESTRAL	126.613
TIPO DE INTERESES (Nominal anual)	5,580%	Tasa de cálculo	0,027900
Nro. De pagos al año	2		
Nro. De años	11		
Nro. De cuotas Leasing en semestres	23		
Tipo del IVA			
Cuota de salvamento (Valor residual del activo 1 %)	18.473		

Así, la Administración consideró que el valor de los intereses deducibles por el año 2013 correspondían a:

INTER ESES DE LAS CUOTAS 7 Y 8 DE LOS CONTRATOS DE LEASING – AÑO 2013			
CUOTA	VALOR INTERESES USD\$	TASA DE CAMBIO	VALOR EN COP \$
7	215.689	1.868,90	403.101.397
8	203.722	1.868,90	380.736.576
7	42.366	1.868,90	79.176.894
8	40.015	1.868,90	74.784.035
TOTAL INTERESES A RECONOCER CON OCASION DEL RECURSO DE RECONSIDERACION			937.798.902
TOTAL INTERESES REGISTRADOS EN LA DECLARACION 2013 POR MONOMEROS			1.133.266.000
TOTAL DESCONOCIMIENTO RENGLÓN OTRAS DEDUCCIONES			195.467.098

La apelante argumenta que la certificación aportada para acreditar la prima por el riesgo del deudor da fe de la idoneidad de la calificación obtenida. Al efecto, advirtió que, al ser suficiente, utilizó dicha certificación según las cifras del sitio web de Damoradan²³ para ajustar las tasas comparables, de acuerdo con el *spread* correspondiente al rating crediticio que le fue otorgado. A su vez, la DIAN argumentó que la mencionada calificación solo puede ser otorgada por una Sociedad Calificadora de Riesgos, conforme con las normas financieras.

De acuerdo con el artículo 2.22.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010²⁴ (*artículo 2.3.1.2. Resolución 400 de 1995, modificada por el Decreto 1076 de 2007*), las sociedades calificadoras de riesgo son sociedades anónimas²⁵ «cuyo objeto social exclusivo es la calificación de valores o riesgos relacionados con la actividad financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra relativa al manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público sobre la capacidad de un emisor para pagar el capital y los intereses de sus obligaciones en forma oportuna»²⁶.

A su turno, el artículo 2.22.1.1.1 ib. (*artículo 1.º del Decreto 1350 de 2008, que modificó el artículo 2.3.1.1 de la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores*), establece que solamente «podrán ejercer la actividad de calificación de valores o riesgos en el mercado de valores las personas jurídicas que hayan obtenido el respectivo permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia y se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores - RNAMV»²⁷. La misma norma indica que el contenido de los manuales y reglamentos de las sociedades calificadoras y sus modificaciones, cuya información sea relevante para el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores SIMEV, deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia Financiera de Colombia, con excepción de los manuales y reglamentos específicos, o los apartes incorporados en un reglamento o en un documento general, respecto de metodologías, procedimientos de calificación o demás temas analíticos que sean propios de la actividad de calificación de riesgos.

Por su parte, el artículo 2.º del Decreto 1350 de 2008, que modificó el artículo 2.3.1.6 de la Resolución 400 de 1995, dispone que los dictámenes u opiniones técnicas que emitan las sociedades calificadoras, en desarrollo de su actividad, constituyen una estimación razonable de la capacidad de pago de las obligaciones a cargo del calificado, o del impacto de los riesgos que está asumiendo el calificado o de la habilidad para administrar inversiones o portafolios de terceros, según el caso, sin que

²³ Damoradan <http://pages.stern.nyu.edu/adamodar/>

²⁴ “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”.

²⁵ https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?noId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-107300

²⁶ <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/11188/consumidor-financiero-historico-informacion-general-informacion-y-educacion-al-consumidor-financiero-acerca-del-mercado-de-valores-lo-que-usted-debe-saber-sobre-calificacion-de-riesgo-11188/>

²⁷ <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/11188/consumidor-financiero-historico-informacion-general-informacion-y-educacion-al-consumidor-financiero-acerca-del-mercado-de-valores-lo-que-usted-debe-saber-sobre-calificacion-de-riesgo-11188/>



ello implique que la calificación otorgada sea una recomendación para comprar, vender o mantener un valor o garantía de cumplimiento de las obligaciones del calificado.

Para el año discutido *-e incluso, en la actualidad-*, existían tres Sociedades Calificadoras de Riesgo inscritas en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores: BRC Investor Services, Fitch Ratings Colombia S.A. y Value and Risk Rating SA²⁸, ninguna de las cuales certificó el riesgo materia de ajuste para la tasa del leasing adoptada.

La certificación aportada por la sociedad corresponde a un documento suscrito por el Gerente de la Cuenta de Banca Empresarial –Región Caribe- de Bancolombia, del 14 de mayo de 2013, que otorgó una calificación «A» a Monómeros, con criterios propios de calificación de las centrales de riesgo colombianas²⁹, y del cual se lee³⁰:

«(Logo Bancolombia)

Barranquilla, 14 de mayo de 2013

Señores
MNM CL VZ SA
Ciudad

*De acuerdo a su solicitud Certificamos que los señores **MNM CL VZ SA** con Nit. 860.020.439 se encuentran vinculados a BANCOLOMBIA S.A. y fueron calificados en el año 2009 en “A” en las centrales de riesgo. Además nos permitimos informar que se encuentran al día en el pago de sus obligaciones con nuestra entidad.*

*Los señores **MNM CL VZ SA** pertenecen al selecto grupo de clientes que conforman la Banca empresarial y Corporativa en nuestro Banco.*

Cordialmente,

(firmado)
GERENTE DE CUENTA
BANCA EMPRESARIAL Y CORPORATIVA
REGIÓN CARIBE».

Como se observa, la certificación traída por la actora como soporte del ajuste por riesgo país no es procedente, en tanto Bancolombia no es una sociedad autorizada para calificar riesgos, según la normativa referida, y de acuerdo con las pautas de la Superintendencia Financiera de Colombia. En ese entendido, para la Sala, las condiciones que dieron lugar al ajuste realizado a las tasas de leasing financiero en la operación de la actora con su vinculado *MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.* no están justificadas, en la medida en que tal ajuste fue soportado en una certificación otorgada por una entidad no autorizada para calificar riesgos.

Finalmente, en lo que respecta al análisis económico complementario de precios de transferencia de *Bloomberg and Reuters®* para la transacción de egresos por intereses sobre financiamiento *inter- compañía*, se advierte que en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se estableció que la selección de los comparables *-bonos*

²⁸<https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/11188/consumidor-financiero/historico-informacion-general/informacion-y-educacion-al-consumidor-financiero/acerca-del-mercado-de-valores/lo-que-usted-debe-saber-sobre-calificacion-de-riesgo-11188/>

²⁹ De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, las centrales de riesgo colombianas «son sociedades o agrupaciones de carácter privado en las cuales se registra el comportamiento crediticio, financiero y comercial de las personas que celebran operaciones con entidades financieras, cooperativas y empresas del sector real (Central de Información de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia -CIFIN-, Datacrédito, Covinoc, Computec, Credichecke, Fenalcheque, etc.)», entidades que califican a las personas naturales y jurídicas así:

Categoría A o “riesgo normal”
Categoría B o “riesgo aceptable, superior al normal”
Categoría C o “riesgo apreciable”
Categoría D o “riesgo significativo”
Categoría E o “riesgo de incobrabilidad”

³⁰ Folio 349 antecedentes.



corporativos allegados con el nuevo estudio- no era adecuada, en tanto no resultaban confiables para inferir que las operaciones de egreso por pago de intereses hubieren atendido el principio de plena competencia.

La DIAN precisó que la muestra tomada presentaba inconsistencias frente a las características de la operación analizada, por lo que, con el propósito de valorar el estudio aportado y, con el objeto de verificar si la información de bonos corporativos de Estados Unidos representaba un comparable válido y con información suficiente para demostrar el cumplimiento de las disposiciones de precios de transferencia en la operación analizada, en el marco del recurso de reconsideración consultó a la Subdirección de Gestión de Fiscalización Internacional, el 10 de mayo de 2019³¹, para que realizara la búsqueda de comparables de bonos corporativos emitidos en Estados Unidos en el año 2009 y de emisores correspondientes a empresas del sector de químicos, a la que pertenece Monómeros.

Según se observa en los antecedentes³², la búsqueda solo arrojó un resultado para la comparabilidad: *Air Products and Chemicals Inc.*, motivo por el cual se descartó el informe aportado como prueba por ausencia de información suficiente, aspecto que la contribuyente no controvertió en el recurso de apelación, pues se limitó a presentar el criterio de búsqueda utilizado, los filtros aplicados en el análisis económico y reiteró que la información fue seleccionada teniendo en cuenta las características y condiciones del préstamo, sin consideraciones adicionales³³, razones suficientes para desechar el cargo de apelación.

Sanción por \$692.741.000

De conformidad con el párrafo 3.º del artículo 260-11 del ET, vigente en el periodo en discusión, en el régimen de precios de transferencia constituye inexactitud sancionable la utilización en la declaración del impuesto sobre la renta, en la declaración informativa, en la documentación comprobatoria o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados y/o la determinación de los ingresos, costos, deducciones, activos y pasivos en operaciones con vinculados, conforme a los artículos 260-1 y 260-2 *ibidem*, con precios o márgenes de utilidad que no estén acordes con los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor.

En este caso, la demandante alegó que no se configuraron los supuestos de imposición de la sanción, en tanto su conducta se ajustó a la normativa vigente en materia de precios de transferencia y, subsidiariamente, alegó la existencia de un error sobre el derecho aplicable. No obstante, la sociedad utilizó factores inadecuados para establecer que, tanto el ingreso por venta de inventarios, como el egreso por intereses sobre préstamos con su vinculado *MONÓMEROS INTERNATIONAL LTD.*, cumplieran el principio de plena competencia, con lo cual desatendió el régimen de precios de transferencia y las directrices de la OCDE sobre la materia.

Como el mencionado incumplimiento del régimen generó la disminución de los ingresos y el aumento de los gastos declarados en el impuesto sobre la renta del periodo revisado, e incrementó la pérdida líquida del ejercicio, la conducta de la actora corresponde al tipo infractor analizado, sin que exista error en la apreciación del derecho aplicable. En consecuencia, no se configuró la causal exculpatoria prevista en el artículo 647 del ET, pues la actora no demostró que por error hubiese aplicado el

³¹ Folio 806 anverso antecedentes.

³² Folio 807 antecedentes.

³³ Páginas 11 y 12 del recurso de apelación.



derecho de un modo distinto al correcto³⁴, ni su imposición vulneró los principios de buena fe, equidad o justicia tributaria. Así pues, la sanción impuesta a la contribuyente no obedece a un criterio objetivo, ni debe ser objeto de gradualidad, en tanto su imposición corresponde al 100 % de la diferencia entre el saldo a favor declarado y el saldo a favor determinado en los actos oficiales.

Por lo analizado, se establece que es carga de la parte actora desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo sometido a control del juez de lo Contencioso Administrativo, y para tal fin, la carga argumentativa y el despliegue probatorio deben dirigirse a controvertir sus fundamentos de hecho y de derecho.

Entonces, como la contribuyente no desvirtuó parcialmente el motivo de la adición de ingresos y el rechazo de las deducciones en discusión, se confirmará la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

De conformidad con lo previsto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del CGP³⁵, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA³⁶, y teniendo en cuenta el criterio de la Sala, no se condenará en costas -gastos del proceso y agencias en derecho-, toda vez que no está probada su causación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 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 la magistrada Myriam Stella Gutiérrez Argüello. En consecuencia, queda separada del conocimiento de este proceso.

2.- CONFIRMAR la sentencia del 30 de junio de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

3. - Sin condena en costas.

Notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN
Presidente

(Firmado electrónicamente)
JUAN DE DIOS BRAVO GONZÁLEZ

(Firmado electrónicamente)
LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO

³⁴ Sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 16627, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia; del 10 de febrero del 2011, Exp. 17177, CP. William Giraldo Giraldo; del 23 de mayo del 2013, Exp. 19019, CP. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; del 12 de noviembre del 2015, Exp. 20955, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia y del 26 de noviembre de 2020, Exp. 21970, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez.

³⁵ Código General del Proceso «Art. 365. *Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia en la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*».

³⁶ «Art. 188. *Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*».