



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

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-37-000-2017-00330-01 (27402)
Demandante: SANOFI-AVENTIS DE COLOMBIA S.A.
Demandado: DIAN

Temas: Impuesto sobre la renta 2013. Adición de ingresos. Precios de transferencia. Método TU. Método PC.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta - Subsección A, que dispuso lo siguiente:

PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412016000086, del 1 de noviembre de 2016, proferida por la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de la DIAN, por medio de la cual modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2013 de la sociedad contribuyente SANOFI-AVENTIS DE COLOMBIA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. En consecuencia, a título de restablecimiento [del derecho] **DECLÁRASE** en firme la declaración de renta y complementarios del año gravable 2013, presentada por SANOFI-AVENTIS DE COLOMBIA S.A.

TERCERO. Sin condena en costas.

ANTECEDENTES

Mediante Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412016000086, del 1 de noviembre de 2016, la DIAN modificó a Sanofi- Aventis de Colombia S.A la declaración del impuesto de renta del año gravable 2013, para adicionar ingresos por exportaciones a vinculadas económicas y, en consecuencia, aumentar el impuesto a cargo e imponer sanción por inexactitud en cuantía del 160% del menor saldo a favor determinado¹. El acto fue demandado *per saltum*.

DEMANDA

Sanofi- Aventis de Colombia S.A, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), formuló las siguientes pretensiones²:

¹ Fols. 168 a 190, c.p.

² Fols. 390 a 466 c.p.



- A. Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412016000086, del 1 de noviembre de 2016, proferida por la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de la DIAN.
[...]
- B. Que como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho de SANOFI de la siguiente manera: [...]
4. Que se determine la firmeza de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios presentada por SANOFI por el año gravable 2013.
5. Que se condene en costas a la entidad demandante [...].

Para determinar el monto de la condena en costas, esto es, de las expensas en que se incurrió para la atención del proceso (notificaciones, honorarios del perito, copias, entre otros) y las agencias en derecho (honorarios de abogados), solicito se tengan en cuenta las pruebas aportadas en esta reforma a la demanda.

No obstante, siendo que existen expensas y agencias en derecho que se causan con posterioridad a la presentación de esta reforma a la demanda [...] solicito que los soportes de tales gastos se puedan aportar en el momento en que se debe hacer la liquidación de la condena en costas, siguiendo lo establecido en el artículo 188 del C.P.C.A y en el artículo 366 del Código General del Proceso - CGP.

La demandante indicó como normas violadas, las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política.
- Artículos 260-3, 260-4, 647 y 742 del Estatuto Tributario (ET).
- Artículo 4 del Decreto 3030 de 2013.
- Numerales 2.14, 2.15, 2.16 y 2.18 de las Directrices de la OCDE de 2010.

El concepto de la violación se sintetiza así³:

1. No procede la adición de ingresos. El 95.5% de los ingresos operacionales de Sanofi declarados fueron obtenidos por ventas a terceros independientes en el mercado nacional, de modo que este es su mercado objetivo. El 4.5% restante corresponde a exportaciones a vinculados económicos del exterior, es decir, \$21.703.170.245, siendo entonces las exportaciones a vinculados económicos su mercado marginal. La DIAN consideró que un 18% de estas exportaciones, que equivalen a \$4.008.633.027, no cumplían el principio de plena competencia, por lo que en la liquidación oficial de revisión finalmente adicionó \$1.600.881.000 a los ingresos declarados.

Para esos efectos, la DIAN aplicó el método de precio comparable no comparado (PC), por considerarlo más directo, en perjuicio del método de márgenes transaccionales de utilidad de operación (TU) utilizado por la actora para el caso de los productos que tienen comparables internos, esto es, los medicamentos que se venden tanto en el mercado nacional como a vinculados económicos. En todo caso, el método TU se mantuvo para las demás ventas a vinculados. Por tanto, la DIAN utilizó el método PC de modo fragmentado.

La DIAN no debió tomar como comparables los precios de los productos en el mercado nacional de Sanofi, pues, aunque se trate de la venta del mismo producto, la línea de negocios es diferente y por eso las rentabilidades también son distintas. De ahí que ni

³ Índice 2, Samai.

la operación ni la situación sean comparables en los términos del artículo 260-3 del ET. Por esta razón, el método PC no tiene cabida, pues este consiste en comparar el precio facturado por bienes transferidos o servicios prestados en una operación vinculada con el precio facturado por bienes transferidos o servicios prestados en una operación no vinculada comparable en circunstancias que también resultan comparables.

Es así porque se presentan diferencias en: (i) nivel de mercado (los terceros independientes en el mercado nacional a quienes se les vendió son minoristas mientras que los vinculados en el exterior son mayoristas); (ii) volúmenes facturados; (iii) mercado geográfico; (iii) funciones; (iv) riesgos (crediticios, de mercadeo, de inventario, regulatorios, cambiarios, entre otros) y (v) activos. Los tres últimos ítems son asumidos por el distribuidor mayorista vinculado del exterior, a diferencia del mercado colombiano, donde la venta se hace a distribuidores minoristas, por tanto, es Sanofi quien asume dichos riesgos, funciones y activos, además de que la venta nacional se hizo a distribuidores minoristas mientras que en el exterior el vinculado económico vende a distribuidores mayoristas.

La administración asume que el solo hecho de vender cantidades similares de productos a clientes nacionales y a vinculados económicos del exterior hace que la operación sea comparable, pues entiende que en ambos casos se está en presencia de distribuidores mayoristas, siendo que lo que determina esa calidad no es la cantidad de producto vendido sino la posición en la cadena de distribución de éste. De manera que es errado el ajuste realizado por la DIAN, en el sentido de excluir de la comparabilidad en aquellos productos que no se vendieron en cantidades similares, pues ello desconoce que la venta en el mercado nacional se hizo a distribuidores minoristas.

Justamente el artículo 260-4 del ET y el artículo 4 del Decreto 3030 de 2013, así como numeral 2.14 de las directrices de la OCDE señalan que el método PC no es fiable cuando existen diferencias entre las operaciones analizadas con los comparables internos.

No es lógico que para la DIAN una parte de la venta de los medicamentos a vinculados económicos cumpla el principio de plena competencia con el método TU y otra no. Lo anterior, sumado al hecho de que las operaciones con vinculadas no tienen mayor relevancia económica dado que el 95.5% de los ingresos se obtienen por operaciones realizadas con terceros independientes.

La DIAN violó el principio de sana crítica y el debido proceso porque no valoró las pruebas aportadas, dado que en la liquidación oficial de revisión no se pronunció frente a las que se allegaron oportunamente (entre éstas, un dictamen pericial). Asimismo, omitió la práctica de las pruebas solicitadas, por considerarlas innecesarias e inconducentes, a pesar de que pretendían demostrar que el estudio de la operación de Sanofi por el método PC resultaba inaplicable, como justamente se explicó en el estudio de precios de transferencia.

Por todo lo anterior, además de infringir las normas superiores, el acto demandado está viciado de falsa motivación.

2. Improcedencia de la sanción por inexactitud. La sanción impuesta por la DIAN no fue debidamente motivada, de forma tal que se impuso una sanción objetiva y no se atendió al principio de favorabilidad en materia sancionatoria. Adicionalmente Sanofi no incurrió en ninguno de los hechos sancionables por el artículo 647 del ET.



Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con lo expuesto anteriormente existe una evidente diferencia de criterios frente al derecho aplicable, entre la DIAN y Sanofi, que la releva de la sanción.

3. Procede la condena en costas. La errada actuación de la DIAN provocó que Sanofi incurriera en unos gastos para ejercer la defensa de sus intereses, que deben ser reconocidos a través de la condena en costas, de conformidad con los artículos 188 del CPACA y 366 del CGP.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **DIAN** se opuso a las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera⁴:

1. Procede la adición de ingresos. Verificada la documentación comprobatoria, incluidas facturas, se estableció que varios de los productos que la demandante exportó a sus vinculados también fueron distribuidos en Colombia a terceros independientes en cantidades similares. De manera que existen comparables internos que se aplican de forma prioritaria a los comparables externos, de conformidad con el artículo 4 literal g) numeral 4 del Decreto 3030 de 2013.

En aplicación de los criterios de los artículos 260-3 y 260-4 del ET, se estableció el método PC como el más adecuado, en razón a que, entre otros aspectos, correspondía a la misma transacción realizada con terceros, es decir, la venta de inventarios tanto a vinculados económicos como a terceros independientes y se tenían datos sobre costos de los productos y precios de venta. Por el contrario, el método utilizado por la actora analiza un margen de rentabilidad global en la operación, de modo que no es el método más apropiado.

A manera de ejemplo, si al mismo tiempo y en circunstancias similares, la actora vende bienes a una empresa vinculada y a una empresa no relacionada, se podrían comparar los precios a los que la demandante vende el bien a ambas. Dichos precios deberían ser muy similares si las condiciones contractuales pactadas tanto con las partes vinculadas como con las no vinculadas fueran similares.

Así, el método de precio comparable no controlado resulta más sencillo en su aplicación ya que analiza una operación celebrada con un vinculado económico frente a otra de la misma naturaleza llevada a cabo entre partes independientes. Lo anterior, porque permite obtener un resultado más objetivo, relacionado con la calidad y composición del producto o servicio, los términos de venta y los intangibles asociados al nivel de distribución en el mercado geográfico. Con todo, la DIAN realizó los ajustes correspondientes cuando a ello hubo lugar por cada uno de los medicamentos, como puede verificarse en la liquidación oficial de revisión.

Aunque la demandante señala que existían diferencias entre las operaciones comparadas por la DIAN en cuanto a funciones, activos, riesgos, cantidades de productos comercializados y sujetos, no hizo una demostración cuantitativa de estos ni justificó su afectación a los precios.

No es aplicable el método TU utilizado por la actora. En efecto, al basarse en un margen de ganancia neta y global no tiene en cuenta que el precio de algunos productos vendidos a vinculados es inferior, inclusive, al costo de los bienes enajenados a terceros independientes, esto es, dichos precios están por debajo del

⁴ Fols. 503 a 544 c.p.

punto de equilibrio económico, siendo que el costo de venta en uno y otro caso es similar.

Sanción por inexactitud. De conformidad con los artículos 260-11 [parágrafo 3] y 647 del ET, hay lugar a la sanción por inexactitud, toda vez que se realizaron ventas a vinculados económicos con precios inferiores a los que habrían pactado partes independientes en operaciones comparables, generando como consecuencia un menor impuesto a cargo. No hubo indebida motivación en la sanción, toda vez que esta es producto de la omisión de ingresos. Tampoco existe diferencia de criterios, pues lo que se evidencia es el desconocimiento del derecho aplicable por parte de la demandante.

Condena en costas. La discusión de tributos tiene inmerso un interés público por lo que de conformidad con el artículo 188 del CPACA, en este evento no hay lugar a dicha condena. Además, conforme al artículo 365 del CGP, solo hay lugar a la condena en costas cuando en el expediente aparezca demostrado que se causaron y en la medida de su comprobación, lo cual no está acreditado en este caso.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró la nulidad de los actos demandados y la firmeza de la declaración privada, por las siguientes razones⁵:

1. No procede la adición de ingresos. La normativa de precios de transferencia y las guías de la OCDE instituyen que al momento de escoger el método para evaluar el cumplimiento del principio de plena competencia de una operación se deben tener en cuenta factores específicos como tipo de producto, términos contractuales, nivel del mercado, mercado geográfico, fecha de la transacción, propiedad de intangibles asociada con la venta (si existe), riesgos y los arreglos comerciales posibles tanto para el comprador como para el vendedor. Así, la demandante consideró que el método PC no era aplicable para evaluar las operaciones de venta de inventarios producidos y no producidos a vinculados del exterior, ya que las diferencias que se presentan en el volumen vendido, el mercado geográfico, la ubicación y la cadena de distribución de los vinculados del exterior, frente a los terceros independientes localizados en el mercado local eran factores determinantes que impedían que se compararan las ventas de inventarios producidos en uno y otro caso.

La aplicación del método PC se establece en la comparación de las condiciones de una operación vinculada con las de las operaciones entre empresas independientes. Las características económicas relevantes de las situaciones que se comparan deben ser lo suficientemente comparables, lo que significa que ninguna de las diferencias entre las situaciones objeto de comparación (si las hay), puede afectar significativamente las condiciones analizadas en la metodología (por ejemplo, el precio o margen) o que se pueden realizar ajustes lo suficientemente precisos como para eliminar los efectos de dichas diferencias.

Las ventas de la actora a sus vinculadas del exterior son marginales y los precios ofrecidos a éstas no tienen en cuenta funciones, activos y riesgos que son propios de los ofrecidos a las empresas independientes del mercado local. De ahí que los precios deban ser sustancialmente diferentes, pues, son los vinculados económicos del exterior quienes asumen dichas funciones, activos y riesgos. Además, las ventas en el mercado local se hicieron a distribuidores minoristas mientras que los vinculados

⁵ Índice 45, Samai del Tribunal.



económicos tenían la calidad de distribuidores mayoristas, lo que también afecta sustancialmente el precio.

Así, las ventas de inventarios producidos y no producidos a entidades vinculadas del exterior no son comparables con las ventas de esos mismos inventarios a terceros independientes localizados en el mercado local, teniendo en cuenta las diferencias que se presentan en unas y otras operaciones. Un comparable interno no debe ser aplicado únicamente porque los productos vendidos en las operaciones con vinculados económicos del exterior y terceros independientes sean los mismos, en la medida que se deben tener en cuenta los factores de comparabilidad incluidos en la legislación colombiana y las guías de la OCDE, los cuales han sido mencionados dentro del estudio del método TU de la actora.

En esa medida, la demandante no estaba obligada a utilizar el método PC debido a que demostró las razones por las cuales el método TU resultaba más apropiado, de acuerdo con las características de las operaciones económicas realizadas en el período objeto de investigación. Además, la demandada no desvirtuó las razones para aplicar el método TU ni cuestionó la información al respecto contenida en la documentación comprobatoria para soportar el método seleccionado. En consecuencia, se anula el acto demandado y se declara en firme la declaración de renta presentada por la actora por el año 2013.

2. Sin condena en costas. No se impone condena en costas porque no se demostró su causación.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** apeló la sentencia de primera instancia de la siguiente manera⁶:

El Tribunal no valoró las pruebas aportadas en sede administrativa. En el expediente quedó probado – y en la liquidación oficial de revisión suficientemente justificado – que el método adecuado para realizar el estudio de precios de transferencia de Sanofi es el PC y no el TU. Lo anterior, porque, según las normas de precios de transferencia, al existir comparables internos es obligatorio su uso para realizar el estudio de comparabilidad, dado que el enfoque de este método es el precio de la transacción y las características del bien, mientras que métodos, como el TU, se basan en el margen de utilidad obtenidos en la operación y las funciones realizadas, sin centrarse en ese 4.5% de los ingresos con vinculados económicos del exterior, para determinar si las operaciones con estos vinculados cumplen con el principio de plena competencia.

Como en el expediente administrativo está demostrado que el método PC es el más apropiado, la administración realizó los ajustes de comparabilidad a los precios de venta de los comparables internos, con el fin de eliminar aquellos efectos en que incurre Sanofi al vender sus productos en el mercado local y que no son incorporados en la venta a sus vinculados del exterior, como se advierte en la liquidación oficial de revisión.

De lo anterior resulta que la decisión del Tribunal carece de sustento fáctico y jurídico, porque, de un lado, no valoró las pruebas y el análisis realizado por la autoridad tributaria y de otra, desconoció lo señalado en las normas de precios de transferencia y las guías de la OCDE vigentes para el año en discusión.

⁶ Índice 48, Samai del Consejo del Tribunal.



2. Sanción por inexactitud. La sanción por inexactitud es procedente y no existe diferencia de criterios. Lo que se configura es la vulneración del régimen de precios de transferencia al realizar ventas a sus vinculados del exterior con precios inferiores a los que hubieran pactado partes independientes en operaciones comparables, lo que origina un menor impuesto a cargo de la demandante.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

La demandante se opuso al recurso de apelación presentado por la DIAN, para lo cual, en esencia, reiteró la argumentación de la demanda⁷.

El **Ministerio Público** pidió confirmar la sentencia apelada por lo siguiente⁸:

Conforme con la sentencia del Consejo de Estado del 16 de septiembre de 2021⁹, aun cuando el método PC puede ser el más directo para determinar si el precio fijado en una operación entre vinculadas corresponde al precio de mercado entre partes independientes en transacciones comparables, no siempre es el más idóneo, puesto las diferencias significativas, relacionadas con las características propias del bien, las funciones desempeñadas por las partes, incluyendo los riesgos asumidos y los términos de negociación que pueden afectar la determinación del precio no pueden eliminarse mediante ajustes.

En estos casos, puede hacerse necesario realizar el análisis de comparabilidad utilizando un método de utilidad transaccional que permita determinar si la operación analizada garantiza el cumplimiento del principio de plena competencia, caso en el cual el método TU puede resultar más apropiado. Bajo este método, se hace un especial énfasis en las funciones desarrolladas por las partes y los indicadores de utilidad que pueden resultar menos afectados por las diferencias en los bienes y condiciones de la transacción.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este asunto no debía aplicarse el método PC, pues, aunque se evidenció que los productos vendidos por la demandante tanto en el mercado local a terceros independientes como a entidades vinculadas localizadas en el exterior eran los mismos, no era posible comparar los precios de venta porque eran diferentes los objetivos de la compañía al desarrollar estas actividades, como también los mercados en los que se desarrollan, los volúmenes negociados y la moneda funcional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala decide si es procedente la adición de ingresos efectuada por la DIAN en la liquidación oficial de revisión que modificó a la actora la declaración de renta de 2013. Si es del caso, analiza también si procede la sanción por inexactitud.

La Sala confirma la sentencia apelada, según el siguiente análisis:

1. No es procedente la adición de ingresos. Los artículos 260-1 y siguientes del ET regulan el régimen de precios de transferencia¹⁰, que se aplica a los contribuyentes

⁷ Índice 11, Samai del Consejo de Estado.

⁸ Índice 13, Samai del Consejo de Estado.

⁹ Exp. 22352, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Arguello.

¹⁰ Toda referencia a estas normas atenderá el texto vigente para la época de los hechos.

del impuesto de renta que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior. Este régimen obliga a que los contribuyentes determinen los ingresos, costos y deducciones teniendo en cuenta los precios y márgenes de utilidad que se hubieren pactado en operaciones comparables entre partes independientes, para que prevalezcan los precios de mercado y no los que puedan fijar convenientemente las partes por efecto de la vinculación económica para reducir la carga tributaria.

Con tal fin, el artículo 260-8 del mismo estatuto dispuso que los contribuyentes allí indicados deben presentar anualmente una declaración informativa de precios de transferencia (DIPT) de las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas. A su vez, el artículo 260-4 *id.* previó que dichos contribuyentes deben preparar y enviar la documentación comprobatoria por cada tipo de operación, para demostrar la correcta aplicación del régimen de precios de transferencia.

Por su parte, el artículo 260-3 del ET señala los métodos de precios de transferencia que pueden utilizarse para determinar el margen de utilidad de las operaciones, entre estos, el de **márgenes transaccionales de utilidad de operación (TU)**, que *«consiste en determinar, en transacciones entre vinculados económicos o partes relacionadas, la utilidad de operación que hubieran obtenido partes independientes en operaciones comparables, con base en factores de rentabilidad que toman en cuenta variables tales como activos, ventas, costos, gastos o flujos de efectivo»* y el de **precio comparable no controlado (PC)**, que *«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»*.

Sobre la selección de métodos, retomando lo señalado en las guías de la OCDE, la Sala ha enfatizado que no existe ningún método que resulte útil en todas las circunstancias; por eso mismo, *prima facie* no debe desestimarse la aplicación de un método en particular para evaluar el cumplimiento del principio de plena competencia en una operación entre vinculados económicos. Acerca del método PC, la Sala señaló que tales guías indican que, al ser un método directo, solo será aplicable si: (i) ninguna de las diferencias entre las dos operaciones comparadas es susceptible de afectar materialmente el precio de libre mercado o (ii) pueden realizarse ajustes suficientemente precisos para eliminar los efectos de esas diferencias. En caso contrario, puede ser necesario realizar el análisis de comparabilidad utilizando un método de utilidad transaccional, que permita determinar si la operación analizada garantiza el cumplimiento del principio de plena competencia, caso en el cual el método TU puede resultar más apropiado. Bajo este método, se hace un especial énfasis en las funciones desarrolladas por las partes y los indicadores de utilidad que pueden resultar menos afectados por las diferencias en los bienes y condiciones de la transacción¹¹.

En todo caso, las transacciones que se comparan mediante los métodos de precios de transferencia deben evaluarse a través de características definidas en el artículo 260-4 ET, que pueden dar lugar a efectuar ajustes para lograr una mayor comparabilidad como: (i) tipo de transacción –en función de si se trata de una operación de financiamiento, de prestación de servicios, de concesión de un derecho de uso o de enajenación de bienes tangibles e intangibles, o de la enajenación de acciones–; (ii) las funciones o actividades económicas significativas, incluyendo los activos utilizados y los riesgos asumidos por las partes; (iii) los términos contractuales

¹¹ Sentencia del 16 de septiembre de 2021, exp. 22352, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Arguello.

que se evidencien frente a la realidad económica de la operación; (iv) las circunstancias económicas o de mercado, como la ubicación geográfica, el tamaño del mercado, el nivel del mercado, el nivel de la competencia en el mercado, la posición competitiva de compradores y vendedores, la disponibilidad de bienes y servicios sustitutos, los niveles de la oferta y la demanda en el mercado, el poder de compra de los consumidores, los reglamentos gubernamentales, los costos de producción y transporte y la fecha y hora de la operación y (v) las estrategias de negocios. De acuerdo con esta norma, *«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»*.

Las operaciones económicas comparables pueden ser de índole interno o externo, pero el artículo 4 [numeral 4, literal c)] del Decreto 3030 de 2013¹², que reglamentó el contenido de la documentación comprobatoria, establece que *«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»***.

De igual manera, el artículo 2 [numeral 2 literal f)], del mismo decreto, estableció que con la información específica que se suministra se debe aportar el análisis funcional por cada tipo de operación, considerando *«los riesgos inherentes al tipo de operación, asumidos por cada parte interviniente en la operación bajo estudio, o distribuidos entre ellos, entre otros identificando los riesgos comerciales, de inventarios, financieros y de pérdidas asociadas a la inversión en propiedad, planta y equipo y a su uso; los derivados del éxito o fracaso de las inversiones en investigación y desarrollo; los asociados a la inestabilidad de las tasas de cambio e interés y los riesgos crediticios. Este análisis debe presentarse para todos los riesgos sean o no susceptibles de valoración y/o cuantificación contable»*. También dispuso que, dentro de la documentación comprobatoria se incluye la *«descripción de los ajustes técnicos, económicos o contables realizados a los tipos de operación o empresas comparables seleccionadas»*, para lo cual *«deberán allegarse los documentos que soporten los análisis, fórmulas y cálculos efectuados por el contribuyente para tal efecto, las razones que llevaron a considerarlos como apropiados y la forma en que el ajuste modifica los resultados para cada comparable y mejora la comparabilidad»*.

De acuerdo con lo precisado por esta Sección, el anterior marco normativo contempla que para determinar la tributación conforme al principio de plena competencia se necesita efectuar un análisis de comparabilidad entre las transacciones controladas y aquellas realizadas por partes independientes que sean comparables, por lo cual se deben valorar las condiciones de las operaciones controladas, identificar las

¹² Por el cual se reglamentan los artículos 260-1, 260-2, 260-3, 260-4, 260-5, los parágrafos 2° y 3° del artículo 260-7, los artículos 260-9, 260-10, 260-11 y 319-2 del Estatuto Tributario.



comparables y determinar los ajustes de comparabilidad que fueran requeridos para dotar de fiabilidad al análisis¹³.

De este modo, la comparación de las condiciones de las transacciones controladas, con las llevadas a cabo entre partes independientes implica que las características económicamente relevantes de ambos grupos de transacciones sean asimilables. Por tanto, las diferencias identificadas entre unas y otras transacciones no pueden afectar materialmente el precio o margen de utilidad, pues, de ser así, deben realizarse ajustes técnico-económicos razonables para neutralizar los efectos de estas diferencias y lograr que sean efectivamente comparables¹⁴.

En este contexto, la Sala determina si era procedente la adición de ingresos por cambio de método de precios de transferencia, para lo cual, halla probado lo siguiente:

En el año gravable 2013, Sanofi Aventis de Colombia obtuvo ingresos por venta de medicamentos a las vinculadas económicas *Sanofi Winthorp Industrie [Francia]*, *Sanofi Aventis Argentina S.A.*, *Sanofi Aventis Perú S.A.*, *Sanofi Aventis S.A. Uruguay*, *Sanofi Aventis de Chile S.A.*, *Sanofi Aventis de Ecuador S.A.*, *Sanofi Aventis de Venezuela S.A.*, *Sanofi Aventis de Panamá S.A.*, por \$21.703.170.000, que corresponden al 4.5% del total de los ingresos obtenidos (\$485.830.080.000) ya que el 95.5% de tales ingresos correspondieron a ventas efectuadas en el mercado nacional a terceros independientes.

Para la evaluación de estas operaciones, la actora seleccionó el método de «*márgenes transaccionales de utilidad de operación (TU)*» y como indicador de rentabilidad el «*margen sobre costos y gastos (MCG)*»¹⁵. Para el efecto, seleccionó seis comparables del sector manufacturero (farmacéuticas) ubicadas en India, Malasia y Hong Kong, cuyo rango intercuartil de rentabilidad, medido a través del indicador MCG estaba entre el 5,989% y el 17,546%, con una mediana de 11,573%¹⁶.

En el estudio de precios de transferencia, Sanofi- Aventis de Colombia incluyó un acápite de riesgos asumidos por la compañía, dentro de estos, el «*riesgo de mercado*», que da cuenta de que «*la compañía asume el riesgo de mercado local generado por los cambios en los precios de sus productos e insumos, así como por la competencia que ocasionan los productos de medicamentos genéricos. Los riesgos inherentes al mercado externo donde se exporta a vinculados económicos son asumidos por éstos*»; otro acápite de «*riesgo de inventarios*», que da cuenta de que «*este no es asumido en ventas a vinculados económicos*»; otro de «*riesgo de cartera*», señalando que «*el riesgo de incobrabilidad que es asumido por la compañía se ve reducido cuando ésta le vende sus productos a compañías vinculadas (locales y del exterior)*»¹⁷ y otro de riesgo cambiario, según el cual éste es asumido por la compañía.

¹³ Sentencia del 5 de noviembre de 2020, exp. 21990, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

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

¹⁵ En la Cartilla de Precios de Transferencia de la DIAN de 17 septiembre de 2015, el MCG se define como la razón entre la utilidad operacional de una empresa sobre la suma de sus costos más los gastos. Es utilizado corrientemente en empresas prestadoras de servicios, ensambladoras y manufactureras, cuando la actividad se debe medir como una proporción de las utilidades sobre costos y gastos. Este tipo de relación es sensible al uso del capital.

¹⁶ Fol. 40, c.a.

¹⁷ Fols. 29 y 29 reverso, c.a.

En el estudio de precios de transferencia, la actora justificó que no era aplicable el método PC, en su versión interna (selección de comparables internos), por lo siguiente¹⁸:

“Al respecto, existen importantes diferencias entre las ventas al mercado interno y aquellas realizadas a compañías vinculadas del exterior que impiden una comparación de precios, confiable, toda vez que:

- La Compañía comercializa sus productos principalmente en el mercado local, el cual constituye su mercado objetivo y al cual se dirigen todos los esfuerzos comerciales y administrativos. De esta manera, en las ventas realizadas a vinculados del exterior, los gastos administrativos y de ventas son mínimos, razón por la cual esta situación genera variaciones en los precios pactados a clientes en el mercado local y aquellos pactados con vinculados del exterior.
- Las características diferenciales de los mercados geográficos en los cuales dichos productos se comercializan. Es decir, los precios pactados se ven afectados por las condiciones particulares de cada uno de estos mercados, como los canales y niveles de distribución, niveles de suministro y demanda, percepción del consumidor, estrategias comerciales, términos contractuales y disposiciones gubernamentales, entre otras.
- Las condiciones comerciales pactadas, así como también los plazos de pago estipulados en cada mercado tienden a ser diferentes. Esto se debe a que en el mercado local la Compañía comercializa sus productos a clientes institucionales (como hospitales públicos), droguerías y grandes supermercados, mientras que en el mercado de exportación sus clientes vinculados son distribuidores mayoristas.
- Adicionalmente, es importante mencionar que la Compañía realiza muchas más funciones y asume más riesgos cuando la misma realiza ventas en el mercado local, que cuando vende a vinculados del exterior.

Por ejemplo, la Compañía no realiza funciones asociadas a venta, promoción y mercadeo de los productos ni gestiones de cobro para el recaudo de cartera cuando le vende a vinculados, actividades que sí realiza cuando comercializa sus productos en el mercado local, entre otros. De igual forma tampoco asume riesgos relacionados con el mercado ni riesgo crediticio.

Adicionalmente la totalidad de las ventas a vinculados son realizadas previo pedido que traslada el riesgo de inventarios al vinculado, riesgo que es asumido en su totalidad por la Compañía en el caso de ventas a terceros [independientes].

Por todo lo expuesto, se concluye que el PC en su versión interna tampoco es aplicable a las operaciones de ingresos por venta de inventarios producidos.

Finalmente, respecto de la aplicación del PC en su forma externa, las consideraciones expuestas en ocasión de las operaciones de egresos por compras de materias primas, productos semiterminados y terminados, son aplicables para el presente caso.”

No obstante, en el requerimiento especial, la DIAN propuso el rechazo del método de márgenes transaccionales de utilidad de operación (TU) utilizado por la actora en la documentación comprobatoria de precios de transferencia (DCPT) a través del cual determinó que la venta de inventarios (medicamentos) producidos y no producidos a compañías vinculadas del exterior cumplía con el principio de plena competencia.

¹⁸ Fols. 40 y 40 reverso, c.a.

Al respecto, la DIAN argumentó que, como Sanofi- Aventis Colombia vendió los mismos productos que exportó a terceros en Colombia, existían comparables internos, con lo cual, en su criterio, esta sociedad debió aplicar un método directo que fuera más adecuado para el análisis de la operación de ingreso por venta de los inventarios, de conformidad con el artículo 260-4 del ET. Por ello, la DIAN analizó la operación de venta de estos inventarios a la luz del método PC, concluyendo que las operaciones realizadas con vinculados del exterior se pactaron con precios inferiores a los acordados con los terceros independientes nacionales, en cuantía de **\$4.442.041.000**, los cuales fueron adicionados a los ingresos brutos operacionales. En otras palabras, en uso del método PC, la DIAN comparó los precios de los medicamentos vendidos a terceros nacionales con los precios de los mismos productos vendidos a vinculados del exterior, hallando diferencias, pues estas operaciones fueron a menor precio, determinado, en consecuencia, propuso una omisión de ingresos por el valor anotado.

Cabe advertir que la administración tributaria limitó la aplicación del método PC a las operaciones en las cuales identificó venta de productos iguales y en cantidades similares a partes independientes y a vinculadas económicas del exterior, con lo cual, mantuvo el método TU utilizado por la actora frente a las operaciones restantes celebradas con vinculadas del exterior.

Luego, en la liquidación oficial de revisión, atendiendo a algunas de las objeciones planteadas por la actora en la respuesta al requerimiento especial, la DIAN realizó *«los ajustes de comparabilidad a los precios de venta de los comparables internos con el fin de eliminar aquellos efectos en que incurre Sanofi para vender sus productos en el mercado local y que no son incorporados en la venta a sus vinculados»*.

La información que se consideró para dichos ajustes corresponde al valor total de los *«gastos por concepto de promoción y venta de productos»* y los *«gastos relacionados con la logística en la venta de sus productos al mercado local»*, durante el periodo fiscalizado. Asimismo, la DIAN efectuó ajustes a los precios de los medicamentos vendidos en el mercado local, considerando que, para la época de los hechos, en Ecuador regía un control estatal de precios de medicamentos, circunstancia que, por sí sola, hacía que dichos precios fueran inferiores a los comparables internos, esto es, a los precios de venta a terceros en el mercado colombiano. Tras ello, los ingresos a adicionados se rebajaron a **\$1.600.880.918**, representando una disminución sustancial frente a la propuesta de adición de ingresos, del orden de **\$2.841.160.082**.

Sobre el particular, la Sala precisa que, si bien en el caso analizado no puede descartarse del todo la aplicación del método PC, la DIAN lo aplicó de forma incorrecta. Lo anterior, por cuanto no realizó los ajustes necesarios y suficientes para eliminar las diferencias en las operaciones entre vinculados del exterior y aquellas celebradas con partes independientes, pues se limitó a comparar productos y cantidades vendidas, realizando algunos ajustes en la liquidación oficial de revisión, que no fueron suficientes, como pasa a exponerse.

En cuanto a **las funciones o actividades económicas y los activos utilizados** a que hace referencia el artículo 260-4 del ET, como criterios de comparabilidad para operaciones entre vinculados y terceros independientes, se aprecia que, si bien la DIAN realizó ajustes por diferencias en los procesos de logística, promoción y venta de productos y activos utilizados en las operaciones comparadas, pasó por alto que los riesgos asumidos en cada una de estas operaciones son distintos. Así, en las operaciones con partes independientes nacionales, el **riesgo de inventario** (devolución, avería, destrucción, pérdida, vencimiento, caducidad, robo de los

productos, etc.) es asumido en su totalidad por la demandante, mientras que en las exportaciones es asumido por el vinculado del exterior.

Igualmente, el **riesgo cambiario** incide de forma distinta en las operaciones con vinculados económicos y las celebradas con terceros independientes. De acuerdo con lo establecido en el proceso, en la venta de medicamentos a terceros independientes, la demandante asume el riesgo por las variaciones en las tasas de cambio debido a que adquiere gran parte de las materias primas y principios activos en dólares estadounidenses mientras que las ventas al mercado local son realizadas en pesos colombianos, lo cual puede generar una diferencia en cambio, por lo que con el fin de mitigar los efectos adversos de la exposición a este riesgo, la demandante realiza coberturas cambiarias (forwards). En cambio, en la venta de medicamentos a vinculados económicos, como las exportaciones son realizadas bajo pedido, este riesgo es atenuado porque tales operaciones se pactan igualmente en dólares estadounidenses.

Asimismo, existe un **riesgo de mercado** relacionado con los cambios en los precios de los productos e insumos, así como por las acciones de la competencia de los productos de medicamentos genéricos en el mercado local, que es asumido por la demandante, que es menor en las exportaciones, comoquiera que las vinculadas económicas asumen estos riesgos en sus respectivos mercados¹⁹.

Por último, está el **riesgo de cartera**, referente a la incobrabilidad de ésta frente a clientes nacionales, que no se presenta frente a las operaciones con vinculadas del exterior, dado que este riesgo lo asumen ellas.

Otro de los criterios de comparabilidad para operaciones entre vinculados del exterior y terceros independientes tiene que ver con el **mercado geográfico y nivel del mercado (por mayor o detal)**. En el caso sometido a consideración, es un hecho no discutido que los terceros independientes son distribuidores minoristas en el mercado nacional (hospitales, droguerías y grandes superficies), mientras que los vinculados económicos son distribuidores mayoristas en el exterior, hecho probado en el expediente²⁰. Y aunque la DIAN sostiene que no existen diferencias en este aspecto, dado que los productos vendidos son los mismos y las cantidades negociadas similares, lo cierto es que sí existen diferencias que requerían de algún tipo o grado de ajuste. Esto por cuanto un distribuidor minorista vende los productos al consumidor final, mientras que el mayorista, por lo general, vende al minorista, esto es, realiza una labor de intermediación entre el productor y el distribuidor minorista, de acuerdo con el siguiente esquema de distribución:

Productor ➡ distribuidor mayorista ➡ distribuidor minorista ➡ consumidor final

Esta distinción impacta sustancialmente los precios ya que, como se vio, las funciones, activos y riesgos involucrados en cada una de estas etapas son distintos, por lo que también deben ser distintos los precios. Además, no es un mismo mercado geográfico, ya que las vinculadas están ubicadas en Francia, Argentina, Perú, Uruguay, Chile, Ecuador y Venezuela. Esta misma situación fue puesta de presente en el concepto rendido por la firma Cárdenas & Cárdenas, que al respecto señaló que *«los vinculados del exterior que adquieren los productos de Sanofi están ubicados a dos eslabones del consumidor final, lo cual implica que deban llevar a cabo funciones diferentes de cara a la distribución del producto y en consecuencia, asumir mayores riesgos, tales*

¹⁹ Fol. 258 c.p.

²⁰ Fols. 316, 330 c.p.



*como, obsolescencia, riesgo de cartera y de inventario, entre otros, lo cual implica que tanto las funciones como los riesgos asumidos **requieran una mayor remuneración, lo cual obligatoriamente hace que el precio que deba recibir de Sanofi sea menor con el fin de permanecer siendo competitivos en el mercado**»²¹.*

La incorrecta aplicación del método PC queda evidenciada por el hecho de que de éste se hizo un uso fragmentado, sobre solo el 18% de las ventas a vinculados económicos, manteniéndose el método TU sobre el 82% restante de las operaciones. Es decir, para la administración la operación restante, que es la mayoría, cumple el principio de plena competencia medido a través del método TU, a pesar de que se trata de los mismos medicamentos vendidos, aunque en unas cantidades diferentes a las operaciones comparadas. Recuérdese que la DIAN tomó como comparables internos clientes nacionales con volúmenes de compra similares a las que hicieron las vinculadas económicas a Sanofi. Esta situación fue puesta de presente también en la ampliación al referido concepto de firma Cárdenas & Cárdenas, de la siguiente manera²²:

«DC&C considera que un análisis fraccionado del conjunto de operaciones de exportaciones no es apropiado toda vez que para unas operaciones se aceptan las razones de la aplicación del TU (teniendo en cuenta que la administración las elimina sin explicar a profundidad por qué) y para la exportación de productos específicos a Ecuador, Perú, Panamá y Uruguay establece que se debe aplicar el PC.

De igual manera, las autoridades tributarias no demuestran consistencia en el enfoque que han tomado en la fiscalización permitiendo diferentes análisis para la misma operación (venta de productos de inventarios producidos). Es posible que la administración, al igual que DC&C, ha aceptado que el PC no es aplicable en este caso, sin embargo, no lo desestima del todo y a través de una gran cantidad de ajustes aplicados a exportaciones específicas iguala los precios de productos vendidos en Colombia y en los países mencionados. Desestimando diferencias de mercado geográfico, volúmenes vendidos, ubicación en la cadena de valor del comprador, objetivos de negocios, control de precios, entre otros, tal y como ha sido mencionado a lo largo de este documento».

En ese orden de ideas, en los actos demandados no quedó debidamente justificada la procedencia del método PC, ya que es aplicable cuando se trate de una operación comparable entre partes independientes en situaciones comparables. Si bien se trató de los mismos productos vendidos a terceros independientes en el mercado local y en cantidades similares, había diferencias en cuanto a funciones, activos, riesgos, mercado geográfico, sujetos (distribuidores minoristas para el caso de los comprables internos y distribuidos mayoristas, para el caso de los vinculados económicos) y control de precios en Ecuador, que hacían que las operaciones económicas no fueran comparables. Tales diferencias no fueron eliminadas completamente, pues, solo se eliminaron las atinentes a funciones, activos y control de precios, pero no las demás, que también influyen en los precios, como quedó dicho al hacerse alusión a la normativa de precios de transferencia.

Nótese cómo, tras haber efectuado algunos ajustes en la liquidación oficial de revisión a fin de eliminar las diferencias por control de precios de medicamentos en Ecuador y aquellos efectos en que incurre la actora para vender sus productos en el mercado local y que no son incorporados en la venta a sus vinculados del exterior (funciones y activos), la propuesta de adición de ingresos del requerimiento especial tuvo una rebaja significativa, pasando de **\$4.442.041.000** a **\$1.600.880.918**. Entonces, de

²¹ Fol. 610, c.a.

²² Fols. 224 a 225 c.p.



haberse completado los ajustes para tener en cuenta las demás diferencias (riesgos asumidos, el mercado geográfico, el nivel del mercado, sujetos y objetivos de negocios), probablemente la DIAN habría concluido, a través del método PC, que el método TU utilizado por la actora era fiable. No prospera el cargo de apelación y no es necesario estudiar la procedencia de la sanción por inexactitud.

En consecuencia, se confirma la sentencia apelada.

2. Condena en costas. No se condena en costas en esta instancia, que incluyen las agencias en derecho (artículo 361 del CGP), de conformidad con los artículos 188 del CPACA y 365 numeral 8 del CGP, según el cual «*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*», requisito que no se cumple en el presente asunto.

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,

F A L L A

1. CONFIRMAR la sentencia apelada.

2. Sin condena en costas en esta instancia.

3. Reconocer personería a la abogada Jannette Gómez Velásquez como apoderada de la DIAN en los términos del poder conferido (Índice 48, Samai del Tribunal).

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

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

(Ausente en comisión)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente (E)

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN

Señor ciudadano este documento fue firmado electrónicamente. Para comprobar su validez e integridad lo puede hacer a través de la siguiente dirección electrónica: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8086/Vistas/documentos/validador>