

RV: UAE DIAN, envía contestación de demanda con sus correspondientes anexos dentro del proceso de radicado 18001233300020210001700.

Andres Felipe Lasso Penna <alassop@dian.gov.co>

Vie 29/10/2021 3:41 PM

Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Florencia - Seccional Neiva <stradfl@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria General Tribunal Administrativo - Caqueta - Florencia <sgtadmincaq@notificacionesrj.gov.co>; Soporte Tecnico Del Tribunal Administrativo - Florencia - Seccional Neiva <stectadmincaq@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Auxiliar 02 Tribunal Administrativo - Caquetá - Florencia <aux2tadfl@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 2 archivos adjuntos (3 MB)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA GRUPO HEMERCO SAS.pdf; PODER GRUPO HEMERCO.pdf;

Cordial Saludo, Honorable Magistrado Dr. Pedro Javier Bolaños Andrade.

Comedidamente, dentro del término establecido por la ley, la UAE DIAN Florencia, procede hacer llegar la contestación de la demanda con sus respectivos anexos y pruebas requeridas por el despacho, dentro del proceso de radicado 18001233300020210001700

Observación,

En cumplimiento a lo establecido en la ley 1564 de 2012, Decreto 806 de 2020 y Ley 2080 de 2021, a la contraparte procesal se le comunicó de forma previa el contenido del Presente memorial, tal como se acredita en el email que antecede.

Para acceder al expediente de sede administrativa, favor ingresar al siguiente link.

https://diancolombia.sharepoint.com/:f/s/DGJ/representacion_externa/EnsXnor2GUtFIC2xK3IsENIBOLseL4r499u sKkAtYY4BTw?e=FMm3Jf

Favor acusar recibido, con confirmación de poder abrir los archivos adjuntos.

Del Honorable Magistrado,

Con vocación de servicio.

ANDRES FELIPE LASSO PENNA

Gestor III

alassop@dian.gov.co

Teléfono: (8) 4351700

D: Cra 11 No. 13 - 39

www.dian.gov.co



De: Andres Felipe Lasso Penna

Enviado el: viernes, 29 de octubre de 2021 3:37 p. m.

Para: jorgedavid84@hotmail.com; roacontadores@hotmail.com; hilmon7020@hotmail.com

CC: 'jhomerchan1@hotmail.com' <jhomerchan1@hotmail.com>

Asunto: RV: UAE DIAN, envía contestación de demanda con sus correspondientes anexos dentro del proceso de radicado 18001233300020210001700.

Cordial Saludo Sr. Jorge David Castrillón Fajardo

Comedidamente se procede hacerles llegar el memorial de contestación de demanda con sus correspondientes anexos dentro del proceso de radicado 18001233300020210001700.

https://diancolombia.sharepoint.com/:f/s/DGJ/representacion_externa/EnsXnor2GUtFIC2xK3lsENIBOLseL4r499usKkAtYY4BTw?e=FMm3Jf

Con toda atención,

ANDRES FELIPE LASSO PENNA

C.C. 1117509610 De Florencia Caquetá

T.P 224100 del Consejo Superior de la Judicatura.

Apoderado UAE DIAN

“La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN está comprometida con el Tratamiento legal, lícito, confidencial y seguro de sus datos personales. Consulte la Política de Tratamiento de Datos Personales en: www.dian.gov.co, donde puede conocer sus derechos constitucionales y legales, así como la forma de ejercerlos. Atenderemos todas las observaciones, consultas o reclamos en los canales de PQRS habilitados, contenidos en la Política de Tratamiento de Información de la DIAN. Si no desea recibir más comunicaciones por favor eleve su solicitud en los citados canales”

Doctor

Mg. Pedro Javier Bolaños Andrade

Tribunal Administrativo del Caquetá

Florencia Caquetá

E. S. D.

Pág. 1 de 23

Expediente: 18001233300020210001700
Demandante: GRUPO HEMERCO SAS
Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

ANDRES FELIPE LASSO PENNA domiciliado y residente en ésta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No 1117509610 expedida en Florencia, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No.224100 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, según poder especial conferido por el Director de la DIAN Seccional Florencia, de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones No. 000082 del 26 de Agosto de 2021, No. 00085 de 31 de Agosto de 2021, No. 000091 del 03 de Septiembre de 2021 y acta de posesión No. 045 de 31 de Agosto de 2021, el cual me permito adjuntar para que se me reconozca personería para actuar, respetuosamente acudo a su despacho dentro del término legal a fin de **CONTESTAR LA DEMANDA** de la referencia, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Previo al desarrollo del escrito de contestación, es prudente señalar que, frente a las pretensiones de la demanda, estas se deben negar por las razones que expongo a continuación y que desarrollaré en este memorial:

1. El contribuyente Grupo Hemerco SAS, actor hoy del presente medio de control, realizó operaciones simuladas con el contribuyente Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT 900949720, con las cuales incluyo costos que no debió tener en cuenta al momento de presentar sus declaraciones de renta para el año gravable 2016, en razón que los mismos no se practicaron materialmente de acuerdo a su realidad económica sustantiva.
2. La DIAN no cuestionó la existencia de la empresa Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT 900949720 como persona jurídica constituida, sino las operaciones comerciales, las cuales no se encuentran probadas y que comportan las características de una operación simulada.
3. El Acto administrativo 282412020000003 de 03 de Septiembre de 2020 aquí acusado, carece de vicios que comprometan su validez de acuerdo a la verdad probatoria obrante dentro del plenario, en concordancia con el ordenamiento jurídico preexistente para la época de la ocurrencia de los hechos.

I. LA ENTIDAD DEMANDADA

De acuerdo con la demanda, la acción se dirige contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Al respecto, es preciso indicar que la DIAN, se encuentra representada para todos los efectos de ley por su Director General, quien delegó en el Director Seccional de Florencia, la facultad de otorgar poder para representar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los procesos en que sea demandada, tal como sucedió en el presente evento.

El Director actual de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales es el Dr. **LISANDRO MANUEL JUNCO RIVEIRA**, que se encuentra domiciliado en la Carrera 7A 6 – 45 Piso 6°, de la ciudad de Bogotá, y podrá ser notificado a través del email notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co.

El delegado del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, es el Dr. **HERNANDO VASQUEZ VILLARRUEL**, domiciliado en la Cra. 11 N° 13-39 de Florencia, Caquetá, y para las actuaciones procesales que se surtan dentro del pretérito podrá ser notificado a través del email notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co>

El suscrito es el apoderado judicial de la entidad demandada y me encuentro domiciliado en la Cra 11 N° 13-39 de Florencia – Caquetá. Para las actuaciones procesales que se surtan dentro del pretérito podrá ser notificado a través del email notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co o alassop@dian.gov.co.

El apoderado de la parte actora según su escrito de demanda, podrá ser notificado en la Carrera 9 No. 17 – 17 Segundo piso Barrio Siete de Agosto de Florencia Caquetá y a los correos electrónicos jorgedavid84@hotmail.com y rocontadores@gmail.com.

II. A. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES

Pág. 2 de 23

En relación con lo anterior, me permito manifestar al Despacho que me **OPONGO** a todas y cada una de las pretensiones impetradas por el accionante por no asistirle derecho, de conformidad con las razones que se expondrán en el ejercicio de esta defensa y en consecuencia desde ya solicito al Despacho Judicial, desestimar las súplicas de la demanda.

Frente a la pretensión **Primera** donde solicita se decrete la nulidad de la liquidación oficial de revisión No. 282412020000003 de 3 de Septiembre del 2020, es válido indicar que esta es improcedente, por cuanto, *todas las actuaciones que desplego la UAE DIAN en el desarrollo del procedimiento de sede administrativa, las hizo con fiel apego a la constitución, la ley y la jurisprudencia, evidenciándose con ello la carencia de vicios dentro de los elementos del acto* que pudieran comprometer los derechos de la parte actora.

Con relación a la **Segunda** pretensión, debe ser denegada de plano, por cuanto, la decisión adoptada por la administración tributaria no es caprichosa, toda vez que, como está demostrado en el expediente de sede administrativa, el actor realizó operaciones simuladas con Ferrelectricos e industrias MJ SAS con NIT 900949720, además, no tuvo como probar la trazabilidad de las operaciones y su realidad económica, por tanto, se le debe exigir el cumplimiento de lo exhortado por la DIAN mediante acto administrativo No. 282412020000003 del 03 de Septiembre de 2020.

Asimismo, en el evento que llegue a una condena en costa, solicito respetuosamente conminar al demandante en atención que fue este extremo procesal quien, de manera infundada de acuerdo a lo expuesto en el desarrollo del presente proceso, insto la administración de justicia sin ser necesario atendiendo que el objeto de la Litis era un presupuesto de derecho y existe total claridad que el acto administrativo está conforme a la normatividad preexistente al momento de la ocurrencia de los hechos en especial la Constitucional y la Ley.

B. PRESUPUESTOS FÁCTICOS

Al primer hecho: Es cierto, aunque también lo es que, la Declaración de Renta y Complementarios presentada por el contribuyente Grupo Hemerco SAS mediante No. de formulario 1112603328899 y número interno 91000417567254 el día 22/04/2017 (f. 12), estuvo **inexacta** en razón que determinó un **menor** impuesto o saldo a pagar, porque **I** omitió ingresos generados por las operaciones gravadas que efectuó en el año gravable 2016, **II** incluyó costos y deducciones inexistentes o inexactos, y **III** utilizó en la declaración tributaria y en los informes suministrados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, datos desfigurados, alterados, simulados o modificados artificialmente, de los cuales se derivó un menor impuesto o saldo a pagar.

Al hecho segundo: Es cierto, este requerimiento ordinario (f. 51 a 54) nació en virtud del proceso de sede administrativa DT 2016 2018 000087; en igual sentido, dicho acto de trámite se efectuó en mérito a los hallazgos encontrados en la declaración de renta presentada por el accionante para el periodo gravable 2016 el día 22-04-2017 mediante No. de formulario 1112603328899 y número interno 91000417567254 (f. 12), inconsistencias las cuales hacen alusión a: **I.** Omitió Ingresos obtenidos a través del Consorcio Redes AP Nit. 900.886.267-6 y otros por un valor de \$277.055.000 **II.** Incluyó costos improcedentes en operaciones realizadas con Comercializadora Canaxcol S.A.S. Nit. 900.749.848 – Compras realizadas (declarado proveedor ficticio) por un valor de \$101.250.000, **III** Presentó Costos improcedentes por conceptos de Ventas y prestación de servicios con el Consorcio Redes Milán NIT.900.886.267-6 (por un valor de \$183.456.000), **IV** Introdujo gastos operacionales que no correspondían frente a la administración del Consorcio Redes Milán NIT.900.886.267-6 por un valor de \$37.689.000 y **V efectuó Operaciones simuladas con Ferreléctricos e Industrias MJ S.A.S. Nit. 900.949.720 – Compras realizadas, por un valor de \$204.600.000.**

Al hecho tercero: Es cierto, y la misma fue atendida por el Sr. Jhonatan Merchan Charry c.c. 1117489411 quien funge como representante legal del Grupo Hemerco SAS, y Milena Gonzalez España c.c. 40077709, su auxiliar contable. (f. 103 – 104)

Al hecho cuarto: Es cierto, de la auditoría se evidencio que, sobre la declaración de renta y complementario periodo gravable 2016, la cual fue presentada el 22/04/2017 mediante No. de 1112603328899 y número interno

91000417567254 (f. 12) se encontró los siguientes hallazgos: **a.** Presunta omisión de ingresos obtenidos a través del Consorcio Redes Milán y otros, **b.** Improcedencia de costos por operaciones simuladas con proveedor ficticio COMERCIALIZADORA CANAXCOL S.A.S. (para la fecha ya declarado y sancionado como proveedor ficticio) e **c.** Improcedencia de costos por operaciones simuladas con FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ S.A.S. (F. 454 – respaldo-, 463; 470,471)

Al hecho Quinto: Es cierto, el contribuyente el 30/07/2019 mediante No. De formulario 1112608400022 número interno 91000630238264 (f. 516) presentó corrección parcial de la declaración de renta presentada el 22/04/2017 mediante No. de formulario 1112603328899 y número interno 91000417567254 (f. 12), sin embargo, no subsanó todas las inconsistencias advertidas, porque omitió corregir los costos por operaciones simuladas que se efectuaron con Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT 900949720 (Compras realizadas por \$204.600.000; **hallazgos que se determinaron, por cuanto no se evidenció registro de costos de venta relacionadas con ferreléctricos**)

Pág. 3 de 23

Al hecho sexto: Es cierto, este requerimiento especial (f. 534 a 553) nació en virtud del proceso de sede administrativa DT 2016 2018 000087; en igual sentido, dicho acto de trámite se efectuó en mérito a los hallazgos correspondientes a: **I.** Operación simulada con Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT 900949720 (Compras realizadas por \$204.600.000) los cuales se le encontraron a las declaraciones de renta y complementario periodo gravable 2016, que fueron presentadas **a.** el 22/04/2017 mediante No. de formulario 1112603328899 y número interno 91000417567254 (f. 12) , y **b.** el 30/07/2019 mediante No. De formulario 1112608400022 número interno 91000630238264 (f. 516)

Al hecho séptimo: No es cierto; toda vez que, no subsanó las inconsistencias advertidas por parte del operador administrativo en lo que atañe a **I.** Corregir los costos por operaciones simuladas que se efectuaron con Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT 900949720 (Compras realizadas por \$204.600.000), situación la cual permite inferir que se mantiene a la fecha las inconsistencias señaladas sobre la declaración de renta 2016 presentada mediante No. de formulario 1112608400022 número interno 91000630238264 (f. 516) del 30/07/2019 y No. De Formulario 1112603328899 y número interno 91000417567254 (f. 12) del 22/04/2017.

Al hecho Octavo: Es cierto, el día 03 de Septiembre de 2020 se profirió la liquidación oficial de revisión No. 282412020000003 (f. 642 a 662), mediante la cual se le propuso al contribuyente modificar declaración privada No. formulario 1112608400022 número interno 91000630238264 de fecha 30/07/2019, planteándole una nueva obligación impositiva y fijando la sanción por **inexactitud** considerada en el Artículo 647 y 648 del Estatuto Tributario, determinándose de acuerdo a su realidad económica los siguientes valores:

CONCEPTO	REGLON	VALOR
Total impuesto a cargo	74	\$109.933.000
Menos: Anticipo renta año 2016	75	\$ 9.474.000
Menos: total Retenciones en la fuente año gravable	79	\$ 13.021.000
Mas: Anticipó renta año 2017	80	\$ 1.600.000
Saldo a pagar por impuesto	85	\$ 89.038.000
Más: Sanción por inexactitud	86	\$ 55.079.000
Total saldo a pagar	87	\$ 144.117.000

III. EXCEPCIONES

En relación con el análisis procesal y sustancial de la demanda y de acuerdo a lo surtido hasta el momento, la parte demanda, se permite manifestar al Despacho que al caso sub-lite, se avizora innumerables imprecisiones sustanciales que están comprometiendo los derechos que le asisten a mi representada, pues se avizora la materialización de varias **excepciones**, las cuales se sustentan a continuación:

FONDO

1. El acto acusado está sujeto a derecho, conservando con ello el respeto por el principio de legalidad y/o seguridad jurídica.

Es plausible advertir al despacho, que la decisión adoptada por el operador tributario no fue discrecional o caprichosa, pues ello fue la resulta de un análisis exhaustivo que se hizo en sede administrativa de acuerdo a la realidad económica

y comercial que efectuó el contribuyente para el periodo gravable 2016 y en mérito de ello, a continuación, se procede a exponer las razones de hecho y de derecho con los cuales soportan la legalidad del acto administrativo aquí objeto de discusión.

Para enrostrar la realidad tributaria del contribuyente para el año gravable 2016 al operador judicial se procede a indicar que: la administración comenzó su proceso basándose en la información que reposa en los archivos que administra la DIAN, y en razón de ello, elaboró hoja de trabajo denominada: "CRUCE COSTOS Y DEDUCCIONES REPORTADA POR TERCEROS VS REPORTE DEL CONTRIBUYENTE" (folios 33 y 122), en la que se halló algunas diferencias entre los valores reportados por terceros que para el contribuyente constituyen costos y/o gastos y los reportados por este. Así las cosas, para el caso en comento, se seleccionaron las diferencias más representativas, para adelantar cruces de información con los terceros y así poder confirmarlas o desvirtuarlas, como por ejemplo:

Pág. 4 de 23

Nit o CC.	Razón Social-Nombre y Apellido	Concepto	Vr. Según Contribuyente	Vr. Según Tercero	Diferencia
900.949.720	Ferrelectricos Industrias MJ S.A.S	Compra de Activos Movibles	204.600.000	0	204.600.000

Seguidamente, se procede a realizar los respectivos cruces de información y verificaciones documentales, a fin de determinar la existencia de soportes adicionales de los costos y deducciones inscritos en el denuncia rentístico y establecer la realidad de las transacciones soportadas, con los terceros v.g. Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT. 900.949.720-3.

Y en gracia de ello, se profiere y se notifica requerimiento Ordinario de Información No. 282382018000136 el día 07 de diciembre de 2018, por medio del cual se solicita al contribuyente relación de la información que soporta la declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del año gravable 2016 (Folios 35 al 39).

Como respuesta a la anterior solicitud, el contribuyente radicó mediante el escrito No.00204 de fecha 18 de enero de 2019 la información solicitada, folios 55 al 102; una vez analizada la información allegada el contribuyente informa que se realizó transacciones con FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ SAS NIT. 900.949.720 por valor de \$204.600.000 valores que fueron incluidos en el renglón 49 de costos de ventas y prestación de servicios de su declaración de renta año gravable 2016, y son uno de los valores más representativos en los incluidos en este renglón. (Folio 60).

Con base en la información aportada por el contribuyente en respuesta al Requerimiento Ordinario No. 282382018000141, se elaboró la hoja de trabajo "Resultados Cruces de Información " a través de verificación de la información exógena (folio 33, 60, 122), cuyo resultado se pudo dar la confirmación de las operaciones económicas realizadas por el contribuyente con algunos de los proveedores, excepto con: Comercializadora Canaxcol SAS., con NIT 900.749.848-9 y **Ferrelectricos e Industrias MJ SAS, con NIT 900.949.720-3.**

Para confirmar o desvirtuar las transacciones económicas que informa haber realizado el contribuyente Grupo Hemerco SAS con Ferrelectricos e Industrias MJ SAS, con NIT 900.949.720-3, se expidió requerimiento ordinario No. 28238201800013, de fecha 07 de diciembre de 2018; proferido al tercero Ferrelectricos e Industrias MJ SAS, con NIT 900.949.720-3 enviado a notificar por correo certificado y devuelto el día 13 de diciembre de 2018, causal " otros residentes aus", por lo que se continua con la notificación por publicación en la página web el día 10 de enero de 2019 folios 47-al 54. **NO** se obtuvo respuesta alguna por parte del contribuyente requerido.

Continuando con la investigación y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 779 del Estatuto Tributario, se profirió Auto de inspección tributaria No. 282382019000002 el 28 de enero de 2019, al contribuyente, Grupo Hemerco SAS el cual fue notificado por correo el 30 de enero de 2019, según certificación de entrega No. PC006025235CO del 30 de enero 2018 de la empresa 472 (folio 103 al 104), a fin de continuar con la verificación documental, se plantearon las siguientes actividades:

- Verificar los costos y deducciones registrados en el denuncia rentístico del Impuesto de Renta correspondiente al año gravable 2016, correspondiente a proveedores de los cuales no se obtuvo respuesta alguna de parte de los terceros, como fue el caso de Comercializadora Canaxcol SAS., con NIT 900.749.848-9 y Ferrelectricos e Industrias MJ SAS, con NIT 900.949.720-3.
- Determinar y analizar los registros contables que soportan los costos y deducciones denunciados en la declaración del impuesto de renta y complementarios del año gravable 2016 y,
- Precisar las inconsistencias evidenciadas en el análisis de los documentos Allegados.

De acuerdo al acervo probatorio se encontró, que el contribuyente Grupo Hemerco SAS con NIT 900.763.513-5, incurrió en hechos irregulares en materia contable y fiscal, por el Impuesto sobre la Renta y Complementarios correspondiente al año gravable 2016, en los siguientes aspectos, los cuales tienen efectos en la determinación del Impuesto de Renta a cargo del contribuyente y como consecuencia de ello en el saldo a pagar registrado, así:

COSTOS DE VENTAS Y DE PRESTACION DE SERVICIOS Y GASTOS OPERACIONALES DE ADMINISTRACION

COSTOS DE VENTAS Y PRESTACION DE SERVICIOS POR OPERACIONES SIMULADAS

Pág. 5 de 23

El contribuyente solicitó por concepto de Costo de ventas y de prestación de servicios – Renglón 49 el valor de \$446.714.000, de los cuales según documentación aportada por el contribuyente, información obtenida en cruces de información y documentos asegurados en diligencia de Inspección tributaria practicada, se hallaron soportes de compras efectuadas con algunos proveedores que no han sido ubicados por valor de \$322.050.000, de los cuales \$117.450.000 corresponden a Comercializadora Canaxcol SAS NIT 900.749.848 y \$204.600.000 a Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. NIT. 900.949.720-3 lo cual se probó en el expediente obedece a transacciones simuladas o inexistentes así:

PROVEEDOR	NIT	FACTURA	FECHA	COMPRA SIN IVA	VALOR IVA	TOTAL
Comercializadora Canaxcol SAS	900.749.848	2355	8-12-2016	101.250.000	16.200.000	117.450.000
Ferrelectricos e industrias MJ SAS	900.949.720	456	17-12-2016	176.379.311	28.220.689	204.600.000
TOTAL						322.050.000

OBSERVACION: La compra realizada a Ferrelectricos e Industrias MJ el IVA se trató como Costo, no afecto el IVA descontable, por lo que este proveedor se liquidara por el valor de \$204.600.000 y Canaxcol por \$101.250.000 (Folios 60-70-78-) y (folios 232-237)

Al respecto, frente al proveedor Ferrelectricos e industrias MJ SAS se tiene que:

Proveedor 2. Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. NIT. 900.949.720-3 factura 456 de fecha 17 de diciembre 2016 (\$204.600.000)

- Se recibió respuesta de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, en relación con el cruce de información solicitado mediante Auto Comisorio No. 117 del 8 de mayo de 2019, en relación con las operaciones comerciales desarrolladas por el contribuyente Investigado Grupo Hemerco SAS y Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S Nit. 900.949.720-3

Al respecto, la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, remite expediente VV 2016 2019 000851 en el cual el funcionario comisionado, deja constancia en el informe del expediente, que "...no se logró verificar la existencia y capacidad operativa de la sociedad FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ S.A.S. NIT. 900.949.720-3". (folios 338-390).

Como consecuencia de la no ubicación de la sociedad, la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, procedió a dar aplicación a lo establecido por el Decreto 2460 de 2013 y demás normas aplicables, y es así como mediante Auto de Suspensión de Oficio del Registro Único Tributario – RUT No. 17681-132240425 del 12/06/2019 suspende el RUT de la sociedad Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. Nit. 900.949.720-3 (folios 519-521). Esto sumado al hecho que durante la auditoria el contribuyente no demostró la trazabilidad de las operaciones

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se tiene que al no poderse demostrar la trazabilidad de las operaciones realizadas por el contribuyente con los proveedores Comercializadora Canaxcol S.A.S. y Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S., se procedió al desconocimiento de los costos y deducciones con los mismos así:

Nit o CC.	Razón Social-Nombre y Apellido	Concepto	Vr. Según Contribuyente	Vr. Según Tercero	Diferencia	Observación
900.749.848	Comercializadora Canaxcol S.A.S.	Compra de Activos Movibles	101.250.000	0	101.250.000	No se ubicó tercero. Publicación WEB del Requerimiento. Se solicita a Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá acciones que se hayan adelantado a este tercero, toda vez que de la consulta al RUT este se encuentra suspendido desde Dic/2017. La denuncia indica que se trata de un presunto proveedor ficticio situación que es confirmada por la resolución sanción declaración de proveedor ficticio nro. 32241218900146 del 22-11-2018 (Folios 325-337)
900.949.720	Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S.	Compra de Activos Movibles	204.600.000	0	204.600.000	No se ubicó tercero. Publicación WEB del Requerimiento. Se solicita a Dirección Seccional de Impuestos Bogotá, tal como se dejó plasmado en el informe del cruce de información realizado por la seccional de Impuestos de Bogotá en Folios 339-390

Del total de costos y deducciones registrados en el denuncia rentístico del año gravable 2016, solo resultan procedentes \$140.863.136 y se debió desconocer por costos y deducciones el valor de \$305.850.000, respecto a los proveedores.

Igualmente, sobre los soportes hallados en las carpetas y la contabilidad verificada en visita al contribuyente, al señor Jonathan Merchán Charry, representante legal del Grupo Hemerco SAS, se indagó respecto a soportes de las compras realizadas a los proveedores, objeto de verificación y sobre los pagos en efectivo se solicitaron los comprobantes de egreso físicos y se probó que no existen, por lo que teniendo en cuenta: que los registros refieren las transacciones realizadas en efectivo, al respecto se indagó al señor representante del Grupo Hemerco S.A.S, sobre los mismos y manifestó *“Cuando se realizaba los pagos yo entregaba el dinero y mi comprobante era la factura, por ello no tengo comprobantes de egreso físicos y se crearon virtuales. El proveedor me entregaba la factura y yo asumía como recibo de la factura por cancelar. Yo viajaba a Bogotá a traer la mercancía, cuando hacia el cargue pagaba y ellos me entregaban la factura. Así se formalizaba la compra. Yo verificaba que la empresa tuviese los documentos de ley de contratación”*. (Ver acta de visita de 15 de mayo 2019 folio 321).

El señor Jonathan Merchán Charry, No pudo explicar claramente el tema de la falta de firmas de recibo de los dineros entregados por las mercancías que debió existir, teniendo en cuenta el valor las cuantías transadas (20, y 30 millones por anticipo), ya que al final solo existe una factura en cada una de las operaciones con los proveedores objetados y se manejó contablemente con anticipos desde el mes de agosto de 2016, no se entiende como manifiesta el representante legal que en cada entrega de dinero recibía la factura por dinero entregado si solo existe una (1) factura y tres (3) pagos de anticipos explicación que resulta contradictoria

El 17 de julio de 2019 el señor Jonathan Merchán Charry, se hizo presente en las instalaciones de la DIAN en compañía de su socio el señor Hilmon Merchán Suárez y su contador, Abimael Torres, con el fin de manifestar, frente a la presentación personal del 11 de julio de 2019, que No acepta y no corregirá el desconocimiento de operaciones con Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S., comportamiento el cual es caprichoso e irreflexivo, toda vez que está claramente acreditado que se deben desconocer los costos de las operaciones simuladas que este contribuyente hizo con el proveedor solicitado. (f.470)

Consultado el sistema obligación financiera el día 30 de julio de 2019, se evidencia que el contribuyente presentó declaración corrigiendo la Declaración de Renta por el año gravable 2016 según formulario 1112608400022 número interno 91000630238264 registrando un valor a pagar de \$ 41.817.000 (folios 516, Folios 473- 488). **Sin embargo, no subsanó las inconsistencias advertidas por parte del operador administrativo en lo que atañe a I. Corregir los costos por operaciones simuladas que se efectuaron con Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT 900949720 (Compras realizadas por \$204.600.000), situación la cual permite inferir que se mantiene a la fecha las inconsistencias señaladas sobre la declaración de renta para el año gravable 2016.**

En este orden de ideas, en virtud de la corrección parcial efectuada por el contribuyente, los hechos y las pruebas mencionadas, se debió modificar la declaración privada del Impuesto de Renta y Complementarios del año gravable 2016 presentada por el contribuyente Grupo Hemerco S.A.S NIT 900.763.513-5 como corrección parcial, identificada con el formulario 1112608400022 numero interno 91000630238264 de fecha 30-07-2019...

... porque como se evidenció en el plenario, el contribuyente aceptó la modificación de su declaración en cuanto a los hallazgos de: **I.** Omisión de Ingresos obtenidos a través del Consorcio Redes AP Nit. 900.886.267-6 y otros, **II** Improcedencia de Costos por operaciones realizadas con Comercializadora Canaxcol S.A.S. Nit. 900.749.848 – Compras realizadas (declarado proveedor ficticio), **III** Aceptación de Costos de Ventas y prestación de servicios Consorcio Redes Milán NIT.900.886.267-6, y **IV** Aceptación de Gastos operacionales de administración del Consorcio Redes Milán NIT.900.886.267-6...

...Sin embargo, frente a la irregularidad presentada en las Operaciones simuladas con Ferreléctricos e Industrias MJ S.A.S. Nit. 900.949.720 – Compras realizadas por \$204.600.000, esta aún persiste, lo que obligó a mi poderdante a proceder a proferir la liquidación oficial No. 282412020000003 de 03 de Septiembre de 2020, mediante la cual se determinó imponer un mayor valor a pagar por concepto de impuesto a cargo de \$89.038.000, y una sanción por inexactitud de acuerdo al numeral 4 del artículo 647, e inc. 1 art 648 del E.T. por valor de \$55.079.000. en razón que el contribuyente hoy aquí actor en el presente medio de control, realizó operaciones simuladas con Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. Nit. 900.949.720, y esto se asevera al no poder probar la trazabilidad de la operación y su realidad económica, más allá de lo formal, pues no aceptó ni corrigió su declaración, y por tanto la administración, haciendo eco a la constitución, la ley y la jurisprudencia, le comunica que se hizo **acreedor a la obligación fiscal** previamente enunciada.

2. El acervo probatorio acredita irregularidades en las operaciones económicas realizadas entre Grupo Hemerco S.A.S NIT 900.763.513-5 y contribuyente Ferrelectricos e Industrias MJ SAS

Con relación a los hechos logrados probar dentro del proceso en sede administrativa, es prudente manifestarle al honorable magistrado(a), que la decisión de la administración no es irreflexibles, y por el contrario está fundamentada en razones de hecho y de derecho contundentes, las cuales permiten inferir de forma lógica que el contribuyente Grupo Hemerco SAS si efectuó operaciones simuladas con Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. NIT. 900.949.720 durante el año gravable 2016 y por tanto se hace acreedor a la obligación fiscal determinada en la liquidación oficial de revisión No. 282412020000003 el día 03/09/2020.

Pág. 7 de 23

Sobre el particular, es válido comenzar indicando que, el contribuyente no logró, ni ha logrado desvirtuar las operaciones simuladas que le está señalando la administración, y contrario a las apreciaciones subjetivas del actor dentro de su escrito de demanda, la administración tributaria en esta oportunidad procederá a documentar de forma diáfana, cuáles fueron las razones jurídicas por las cuales lo sancionó y lo invitó a corregir su declaración de renta presentada el día 30 de Julio de 2019, mediante No. De formulario 1112608400022 número interno 91000630238264.

A continuación, se procede a desvirtuar las cuestionadas operaciones económica que el actor quiere hacer valer a través de unas presuntas "facturas de venta" expedidas por el tercero, las cuales no guardan relación sustantiva o material con la realidad económica del demandante, y ello se asienta conforme a lo previamente probado en el ítem inmediatamente anterior, y lo que se expondrá a continuación:

- a). Está acreditado dentro del expediente que el contribuyente efectuó transacciones con terceros que resultan inexistentes y/o ficticias por valor de \$204.600.000 ya que las mismas no poseen el respectivo soporte económico que respalden la realidad de las transacciones ejecutadas.
- b) Igualmente se comprobó que dichas transacciones corresponden a transacciones simuladas y/o inexistentes pues los proveedores que emiten los soportes respectivos no se encuentran en los domicilios fiscales registrados o no dan muestra de una infraestructura que respalde la realidad de la ejecución de la actividad mercantil, así como de las compras requeridas para los suministros realizados, no fue posible verificar sus movimientos bancarios el valor de los dineros transados en las supuestas operaciones de suministro;
- c) Asimismo, el Grupo Hemerco SAS no aportó los respectivos soportes de pagos de las transacciones ejecutadas con el proveedor, evidenciándose con ello que las operaciones fueron simuladas y/o inexistentes, pues, luego de hacer un estudio minucioso a la contabilidad y demás documentos fiscales del contribuyente, se evidenció que no hay comprobantes de egreso que identifiquen el beneficiario del pago a título de anticipos ni abonos en cuentas, no se identifica a la persona natural que en representación de la Persona Jurídica efectuó el recibo físico y de fe con su firma del pago de las transacciones en efectivo, siendo que el proveedor no es de la ciudad donde opera la sociedad con quien se transó.
- d) Del mismo modo, al realizar el análisis de los mercancías supuestamente suministrados por los proveedores sobre los cuales existía presunción de operaciones simuladas y/o inexistentes respecto precio de venta, se hallan inconsistencias como **compra de mercancías a precios superiores en relación a los valores los cuales el grupo Hemerco los factura en su comercialización (ventas) (f.472, 173,273)** y en la visita de verificación se evidenció que el contribuyente objeto de investigación no posee la infraestructura requerida para el almacenamiento y bodegaje de las mercancías, ni cuenta de inventarios, ya que realiza las operaciones en la sede donde funciona el Almacén "Electro comercial", propiedad de uno de los socios.
- e) Frente al ordenamiento jurídico vigente, el artículo 671 del Estatuto Tributario dispone que habrá sanción de declaración de proveedor ficticio y no serán deducibles en el impuesto sobre la renta, ni darán derecho a impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, las compras o gastos efectuados a quienes la DIAN hubiere declarado como:
 - a) Proveedores ficticios, **en el caso de aquellas personas o entidades que facturen ventas o prestación de servicios simulados o inexistentes. ...**
- f) En este sentido, la administración infiere la falta de credibilidad de las operaciones realizadas por el Grupo Hemerco SAS NIT. 900.763.513-5 con Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT. 900.949.720-3 durante el año gravable 2016, en consideración del conjunto de indicios, que, en lo corrido del proceso en sede administrativa, no pudo ser desvirtuada por el contribuyente, quien se centró en manifestar la existencia de unas facturas y de la persona jurídica, lo cual se circunscribe a una realidad formal, que no demuestra la sustancia de la operación.

- g) Está demostrado que no existió información exógena por el año gravable 2016 reportada por FERRELECTRICO E INDUSTRIAS MJ SAS NIT.900.949.720-3, que permita cotejar la información suministrada de la operación.
- h) De la revisión documental se solicitó fotocopia de algunos soportes, entre ellos los comprobantes de pago a proveedores y no fueron suministrados, porque no existen físicos solo refieren que se tienen de forma virtual.
- i) No se aportó ningún documento diferente a la factura que dé cuenta de las compras y anticipos pagados en efectivo que manifiesta el señor Jonathan Merchán Charry, haber realizado durante ese año. No hay comprobantes físicos de ningún tipo en que se pueda comprobar quien fue la persona beneficiaria, con nombre, apellido y firma que representó y recibió el dinero para la persona Jurídica beneficiaria del pago, Solo existen comprobantes de egreso virtuales.
- j) No se demostró durante las visitas adelantadas, como se efectúa la movilidad de estas mercancías; No hay trazabilidad del inventario en el que se evidencie el ingreso de la mercancía ni la salida del mismo por la forma como manifiesta se efectúan las transacciones a través del Grupo Hemerco SAS, el cual no posee infraestructura y opera en las mismas instalaciones de uno de los socios el señor Hilmon Merchán Suarez c.c. 91.210.294 quien posee la razón comercial denominada ELECTROCOMERCIAL Ubicado en la Calle 17 11 48 Centro, misma dirección del Grupo Hemerco SAS (Folio 4- 311-312).
- k) Se pudo observar que para otros proveedores si se efectuaron las respectivas consignaciones, demostrando la trazabilidad de las operaciones con las pruebas de envío del dinero a sus cuentas pese a no existir los comprobantes de egreso físicos así:

•Ejemplo: Factura 37179 del proveedor CABLES DE COLOMBIA NIT 900123504 de \$30.445.920 consignación efectuada (folios 274 y 275)

- l) No existe en la consulta de análisis operacional evidencia, que la firma Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT. 900949.720-3 haya presentado los formatos de información exógena, por lo tanto, no existe información que permita, verificar la trazabilidad de adquisición de mercancía y operaciones de compra y venta, solo se encuentra la informada por el tercero que manifiesta mediante los diferentes formatos haber transado con Ferrelectricos Industrias MJ SAS NIT. 900.949.720-3 para el año 2016.
- m) No se encontró en los soportes de Costos, Gastos y deducciones aportados por el contribuyente en respuesta a requerimiento ordinario 282382018000136 del 7-12-2018 radicada con el número 00204 del 18-01-2019, ni en las visitas realizadas, ningún registro que se atribuya a gastos de transporte o similar que permita establecer el movimiento o traslado de las mercancías físicas desde los lugares de origen de estos proveedores hasta las obras como lo manifiesta en su momento el representante legal el señor Jonathan Merchán Charry. (folio 55-102). como tampoco en su patrimonio se registra que el grupo posea un parque automotor (vehículo que pueda ser utilizado para ello. folio – 12 (renglones 37 y 38) folio 66 valor de otros activos)
- n) Existe similitud en las operaciones entre los proveedores Comercializadora Canaxcol SAS Con Nit 900.749.848-9 (declarado ficticio) y Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT. 900949.720-3, y son los que aporta el Grupo Hemerco SAS para hacer valer el costo fiscal de sus operaciones, y llama la atención su parecido, en cuanto a los documentos físicos, facturas, que parecen fotocopias, y por más que se insistió, en las diferentes solicitudes, tanto en requerimientos, visitas y en la propia inspección, no fue posible observar en estas facturas un documento diferente que permita observar la factura en copia original, ya que tanto las aportadas en los diferentes momentos como las observadas en la contabilidad son fotocopias (ver folios 70, 78, 271, 273).
- o) Se realizó revisión de algunas transacciones efectuadas y se observa que los valores registrados de venta de algunos de los productos que se encuentra en las facturas de compra de estos proveedores fueron vendidos por valores inferiores al costo de adquisición que las transacciones tienen fechas similares, (16 y 17 de diciembre 2016 fecha de compra folio 70 y 78 y 271 y 273) - cotejo que se realiza teniendo en cuenta que no se maneja inventario.
- p) En mérito de ello, durante el año 2019, la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, adelantó investigación al contribuyente Ferrelectricos e Industrias MJ SAS, sin lograr su ubicación física que permita establecer que la sociedad contaba con una infraestructura que le permitiera desarrollar su actividad económica.

Del mismo modo, se advierte que así las operaciones realizadas cuenten con el soporte documentalM (copias simples u otros), ello no demuestra por sí mismo la realización de la operación económica; pues al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-015 de 1993, ha señalado que:

*“El principio de equidad que inspira el sistema tributario (CP art. 363), en últimas, expresión de igualdad sustancial (CP art. 13), no se concilia con la reverente servidumbre a la forma jurídica privada puramente artificiosa y con un móvil predominante fiscal, pues ella puede conducir a otorgar a una misma transacción diferente trato fiscal. De otra parte, el “abuso de las formas jurídicas”, patente en la utilización de definiciones y categorías jurídicas con miras principalmente a evadir o eludir el pago de impuestos, les sustrae su legitimidad, y obliga al Estado a desestimar sus efectos. La **intencio juris** deberá ser desplazada por la **intencio facti**.*

Pág. 9 de 23

En este orden de ideas, se impone privilegiar la sustancia sobre la forma. La legislación tributaria no puede interpretarse literalmente. Los hechos fiscalmente relevantes deben examinarse de acuerdo con su sustancia económica; si su resultado material, así comprenda varios actos conexos, independientemente de su forma jurídica, es equivalente en su resultado económico a las circunstancias y presupuestos que según la ley generan la obligación tributaria, las personas a las cuales se imputan, no pueden evadir o eludir, el pago de los impuestos.

*El principio de **prevalencia del derecho sustancial**, consagrado en el artículo 228 de la CP, no puede ser ajeno al sistema tributario, máxime cuando éste se funda expresamente en los principios de **equidad, eficiencia y progresividad** (CP art 363), de suyo inalcanzables si se eleva la mera forma a criterio único y condicionante de la determinación, exigibilidad y pago de la obligación fiscal. En fin, el sistema tributario en el **Estado social de derecho** es el efecto agregado de la **solidaridad** de las personas, valor constitucional fundante (CP art. 1), que impone a las autoridades la misión de **asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares** (CP art. 2). La efectividad del deber social de toda persona de **“contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de concepto de justicia y equidad”**, abona el criterio de privilegiar en esta materia la sustancia sobre la forma”.*

Así las cosas, para el caso que nos ocupa no se cuestiona la existencia de la empresa como persona jurídica constituida, sino la operación comercial, la cual no se encuentra probada y que comporta las características de una operación simulada. Se cuenta con las facturas y el comprobante de pago virtual, sin poderse probar el recibo y entrega de los dineros en efectivo, sin embargo, como lo ha expresado la Corte Constitucional, en sentencia C-015 de 1993, esto no indica la existencia de la operación, pues esta debe ser observada desde el punto de vista de “la sustancia económica...”

El motivo de rechazo no es la inexistencia del proveedor, sino las operaciones realizadas con este, las cuales presentan irregularidades, que no han podido ser desvirtuadas por el contribuyente, máxime cuando no fue posible la verificación del hecho económico, como se ha venido esgrimiendo a lo largo del presente acto.

Si bien es cierto la declaratoria de proveedor ficticio no se ha dado, y su consecuencia es la limitación o rechazo de costos conforme lo dispone el artículo 671 del Estatuto Tributario para quienes hayan adquirido bienes o servicios de quien es sancionado con dicha declaratoria, también lo es, que no constituye requisito previo al rechazo, en la medida que no se ha probado la materialidad de las operaciones económicas realizadas por Grupo Hemerco SAS con el proveedor cuestionado.

Durante las verificaciones efectuadas a lo largo de la investigación ordenada, solo se pudo establecer la forma como se contabilizaron tales operaciones en las cuentas 6310 “compras de mercancías, 2408 “IVA descontable” y 1105 Caja”, sin que se aportaran pruebas del manejo de las mercancías y la forma en que estas fueron pagadas, recibos de caja en las que se registraron los ingresos por ventas, los comprobantes de egreso mediante los cuales se efectuaron los pagos de las compras.

Todos los indicios mencionados y analizados en conjunto, llevan a la conclusión que fueron inexistentes las compras gravadas declaradas en los renglones 49 por \$204.600.000.

De igual forma se insiste en que al analizar en conjunto todos los indicios que existen en este caso, mi representada consideró que aun **cuando formalmente la contabilidad pudiera cumplir los requisitos previstos en la ley, el conjunto de indicios existentes impide darle credibilidad;** ello, por cuanto si bien la prueba contable es suficiente, puede ser desvirtuada por otros medios probatorios, directos o indirectos, que no están prohibidos en la ley, como lo prevé el artículo 774 del Estatuto Tributario.

Ahora, si bien el artículo 771-2 del .E.T señala que la prueba idónea para las deducciones en el impuesto a la renta y descuesto en el IVA es la factura de venta, también debe entender que dicho precepto no limita la facultad comprobatoria de la DIAN, por lo tanto, si en ejercicio de su facultad fiscalizadora la DIAN **logra probar la inexistencia de las transacciones** aun cuando el contribuyente pretenda acreditarlas con facturas o documentos equivalentes, los costos, deducciones e IVA descontable, estas podrá ser rechazados.

En esas condiciones y con base en un sólido conjunto de indicios, mi representada determinó que son inexistentes las operaciones comerciales entre Grupo Hemerco SAS con NIT 900.763.513-y FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ SAS NIT. 900.949.720-3, por lo cual el contribuyente investigado no tiene derecho a solicitar en la declaración del impuesto sobre la renta en discusión, los costos derivados de las referidas operaciones; toda vez que la DIAN desvirtuó la presunción de veracidad de la declaración del impuesto sobre la renta presentada por el año gravable 2016 y se invirtió la carga de la prueba en cabeza del contribuyente, quien no logró demostrar la veracidad de las mencionadas operaciones.

Pág. 10 de 23

En este orden se advierte que, la decisión de rechazo de los costos de mi representada, no fue discrecional, por cuanto en virtud de la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en Sentencia 17318 del 26/01/2012, la cual ha sostenido que:

“Cuando el contribuyente aporta la factura con el lleno de los requisitos legales, esa factura, como documento probatorio, no supedita a la administración tributaria o al juez a reconocer el costo, gasto o deducción. Por el contrario, esa prueba le permite a la autoridad tributaria, o al juez, comprobar la veracidad de los hechos contenidos en la factura, tales como la existencia del proveedor y, por ende, la existencia de la transacción económica incorporada en el título y, para tal efecto, hay absoluta libertad probatoria. . Lo que realmente establece el artículo 771-2 es que la factura, como documento, es un medio de prueba para la procedencia de costos y deducciones. En consecuencia, es un documento ad probationem que se exige por ley, como prueba necesaria, puesto que las facturas que cumplen los requisitos previstos en los artículos 617 y 618 ET, son pruebas que por ley, deben cumplir ciertas formalidades. Se llegará a probar que las facturas son falsas, porque el negocio jurídico que les da origen no existió, por ejemplo, es claro, que tales pruebas, apreciadas en sana crítica, no tendrán la virtud de probar los costos y las deducciones que pretenda hacer valer el contribuyente”.

En este sentido, dado que las pruebas obrantes dentro del plenario en sede administrativa y los que reposan en sede judicial, no lograron probar la trazabilidad de las actuaciones económicas, es por ello que mi poderdante llego a la conclusión lógica de declarar inexistentes las compras gravadas declaradas en los renglones 49 por \$204.600.000, por cuanto fueron operaciones simuladas entre el actor y FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ SAS NIT. 900.949.720-3.

Ello sin perjuicio de la carga de la prueba que le asiste al demandante en sede judicial y contribuyente en sede administrativa en estos casos, porque como bien lo señala Consejo de Estado en la Sentencia 21104 del 02 de diciembre de 2015:

La Sección Cuarta del Consejo de Estado ha reconocido que un conjunto de indicios contundentes puede ser suficiente para determinar con plena certeza que el contribuyente simuló operaciones, por lo cual se le “se invierte la carga de la prueba y por tanto correspondía al contribuyente demostrar en aplicación del artículo 177 del C.P.C. que las operaciones con esos proveedores eran reales, lo que no sucedió”, pues la demandante se limitó a “esgrimir las presunciones a su favor y omitió demostrar la existencia real de las operaciones mercantiles cuestionadas, como era su deber”19.

En guisa, mi representada concluyó que, conforme a la verdad material encontrada dentro del expediente en sede administrativa, **se constata que el contribuyente investigado incurrió en una conducta de inclusión de costos no procedentes, porque utilizó mecanismos engañosos con el objetivo de obtener beneficios económicos y fiscales generando un perjuicio grave al Estado, dañando la administración, toda vez que ello conlleva a determinar una renta líquida gravable menor**, lo cual evidencia una menor base gravable sobre la cual se determinó el impuesto declarado por el contribuyente, disminuyendo el valor del recaudo realizado por la administración en el año gravable 2016. Lo que genera una conducta lesiva para el Estado de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 1 del artículo 640 del E.T, modificado por el artículo 282 de la ley 1819 de 2016.

De otro lado, frente a los indicios esbozados anteriormente, el Honorable Consejo de Estado ha determinado:

“la configuración de un indicio implica la existencia de un hecho conocido o indicador que se encuentre probado en el proceso, o hecho indicado o desconocido, que se deduce del hecho indicador y una

adecuación lógica entre ellos de manera que el primero permita colegir el conocimiento del segundo mediante una operación lógica. Corresponde entonces el indicio, a una prueba crítica, lógica e indirecta que se basa en la experiencia y supone la existencia de un hecho indicador del cual el juez infiere otro, en cuanto le suministra una base fáctica cierta de la que puede inferir, indirectamente y mediante razonamientos serios basados en las normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido que está investigando. Así el indicio no suple el hecho a corroborar, sino que constituye el punto inicial para el razonamiento lógico que conduce a demostrar el hecho que se debe comprobar, cuando quiera que no existan pruebas directas sobre los hechos investigados y que no se exijan pruebas específicas para establecerlos..."

En este punto, vale la pena traer a colación, lo expuesto por el Consejo de Estado en Sentencia del 19 de abril de 1999, expediente 9154:

"...Pero la declaración de proveedor ficticio que tiene como consecuencia jurídica la limitación a los costos mencionada, como ya lo ha precisado la Sala en reiteradas oportunidades, no constituye un requisito previo para el rechazo de los costos por concepto de compras, como lo pretende la apoderada judicial de la actora y lo acogió el Tribunal, por la sencilla razón de que las normas que consagran la admisibilidad e inadmisibilidad de tales factores, entre otros, los artículos del Libro I capítulos II y V del mismo estatuto, en ninguna parte condicionan en eventual rechazo a dicha declaración; lo cual significa, que esta declaración es solo un motivo de rechazo, no el único, ya que además, da lugar al rechazo de los mismos, la omisión de los requisitos consagrados en el sistema normativo ordinario, y naturalmente, las inferencias o deducciones de los funcionarios fiscalizadores y liquidadores acerca de la realidad o materialidad de las operaciones o transacciones" (subrayado nuestro).

De este modo, en el rechazo de los costos por concepto de compras, generado en el presente caso, en la calificación de "simuladas o irreales" efectuada por la Administración, no era requisito previo la declaración de proveedor ficticio, como lo ha entendido la apoderada judicial de la demandante, pues se repite, la Ley no ha condicionado a tal trámite el rechazo de los costos, ni tal declaración en el presente caso fue la causa del mismo, razón por la cual la actuación acusada, no transgredió los artículos 88 y 671 del Estatuto Tributario, y tampoco el artículo 29 de la Constitución Política..."

Es así como, no se requiere de la declaratoria de proveedor ficticio para determinar la improcedencia de costos, deducciones, gastos, compras y operaciones que en desarrollo de la acción fiscalizadora no se han podido demostrar como ciertas, y que a todas luces comportan las características de las operaciones simuladas.

Y es en mérito de esto que mi representada, al evidenciar que el contribuyente *no logró demostrar la realidad económica de las operaciones realizadas con Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S.*, ello le permite inferir de forma diáfana que, dichas operaciones económicas comportan las características de una operación simulada, y por tanto, se le desconoció los costos por dicho concepto al contribuyente Grupo Hemerco SAS en su declaración de Renta correspondiente al año gravable 2016.

3. INFUNDABILIDAD DE LA ACUSACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Respecto de la legalidad del acto administrativo No. 282412020000003 de 2020, es pertinente manifestar al despacho que la citada actuación administrativa se encuentra precedida conforme a los presupuestos constitucionales, legales, reglamentarios y jurisprudenciales, toda vez que, previa expedición del mismo la entidad dio fiel cumplimiento a las exigencias establecidas en el artículo 137 y 138 de la ley 1437 de 2011 en concomitancia con lo estipulado con el decreto 624 de 1989, y ello se fundamenta en las siguientes consideraciones:

A. Cumplimiento de las normas en que deberían fundarse,

Atendiendo los fundamentos jurídicos y facticos con los cuales se fundamenta el citado acto administrativo, es plausible manifestar al despacho que esta autoridad le dio *cumplimiento directo y sistemático a la normatividad existente del momento, es decir, obro conforme a lo contemplado en los artículos 7, 59, 62, 63, 66, 107, 178, 560, 632, 637, 647, 648, 684, 688, 702, 703, 710, 711, 712, 713, 714, 742, 743, 744, 761 del Estatuto Tributario, en concomitancia con el artículo 15 y 95 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 166 de la ley 1564 de 2011, artículo 19 del decreto 410 de 1971, decreto 2649 de 1993 y demás normas aplicables al caso.*

Así las cosas, es válido precisar que el funcionario emisor del acto, no incurrió en error de hecho o derecho y por el contrario al citado acto le dio un valor aplicativo e interpretativo correspondiente al que el ordenamiento jurídico preexistente le quería impregnar.

B. Competencia del funcionario u organismos que lo profirió,

Frente a la competencia del **funcionario** que emitió el acto administrativo es plausible manifestar, como bien se acredita en el expediente el Dr. Jairo Javier Villalobos, quien para la fecha fungía como jefe del área de fiscalización de la Dirección Seccional, y atendiendo a los presupuestos de *grado, materia, tiempo y territorio*, él mismo ostentaba la capacidad y/o competencia para atender todo lo concerniente a las liquidaciones oficiales de revisión, aforo o de corrección aritmética dentro de su jurisdicción, por ende el Dr. Villalobos era la persona **idónea** de acuerdo a los artículos 560, 684, 688, 702, 703, 704, 705 y 714 del Estatuto Tributario, artículos 46, 47, 48 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008; Resoluciones 0007 y 0009 del 4 de noviembre de 2008, Resolución 155 del 05 de septiembre de 2019 y artículo 50 del decreto 2106 de 2019 para proferir el acto administrativo.

Pág. 12 de 23

C. Expedición regular, con respeto y conocimiento del derecho de audiencias y defensa

En atención a los procedimientos para la expedición del acto administrativo, es plausible comenzar indicando que la emisión de la presente liquidación oficial de revisión se realizó de conformidad con las facultades otorgadas por los artículos 560, 637, 647, 684 y 688 del Estatuto Tributario, Artículo 50 del Decreto 2106 de 2019, por medio del cual se adiciono un párrafo al artículo 691 del Estatuto Tributario, resolución No. 086 del 29 de noviembre de 2019, Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, en concordancia con lo determinado en los Artículos **702, 703, 704, 705, 706, 707, 710 y 712** del Estatuto Tributario y el Requerimiento Especial No. 282382019000005 de septiembre 25 de 2019, donde se propuso modificar la Liquidación privada de corrección radicada mediante formulario No 1112608400022 número interno 91000630238264, presentada el 30/07/2019, correspondiente a la declaración de Renta y Complementarios, personas naturales, del año gravable 2016, del contribuyente Grupo Hemerco SAS, identificado con Nit. 900763513-5.

En este sentido, se avizora que la DIAN dio fiel aplicación a la normatividad existente, porque, en mérito que la facultad liquidadora está reglada, ello determinó que la liquidación de revisión se expidiera de acuerdo a lo exhortado por el artículo 702 s.s. del E.T. aspecto relevante el cual permite inferir, **la forma** en que se promulgo es la idónea, por cuanto, guarda estrecho respeto de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, teniendo como fin único la seguridad jurídica, el amparo o salvaguarda de los derechos del contribuyente, y asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias que el contribuyente Grupo Hemerco SAS tiene con el Estado.

D. Debida motivación

Respecto de la motivación que se expone en el acto administrativo objeto de discusión, como bien se demuestra en su parte contentiva, tanto sus fundamentos como su decisión, no fueron irreflexibles, pues este se sustentó de forma sistematizada, es decir se abordó en todos sus aspectos, económicos, administrativo, contables, fiscal, y jurídicos, es decir, se atendió los presupuestos de la **razón suficiente**, demostrándole con la liquidación cuales fueron los fundamentos por los cuales la administración toma esta decisión, generando con ello el cumplimiento a las garantías a los derechos procesales que le asisten al contribuyente.

E. Direccionamiento objetivo de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

En atención a las atribuciones propias del funcionario que expidió el acto administrativo, es plausible indicar que para el caso que nos ocupa, quien profirió el acto era competente y naturalmente la entidad obro de forma objetiva con fiel apego a la constitución y la ley, pues es válido precisar que esta actuación es un acto de naturaleza obligatoria, es decir, se prescindió de cualquier margen de discrecionalidad, toda vez que el Dr. Jairo Javier Villalobos y la entidad dieron cumplimiento a su deber legal, de acuerdo a lo consagrado en el decreto 4050 de 2008, decreto 1742 de 2020 y demás normas concordantes.

De contera, queda acreditado que el acto administrativo demandado, no está inmerso en las causales de nulidad que determina la ley, porque como se logra indicar, dichas actuaciones operaron atendiendo lo preceptuado por la Constitución, la Ley, el Reglamento y la Jurisprudencia, evidenciándose de forma diáfana que la liquidación oficial de revisión aquí demanda, se expidió con las garantías materiales y formales que exige la norma para la protección de los derechos que le asisten al contribuyente de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

4. A. PRUEBAS

1. EXIGENCIA DEL PARÁGRAFO 1 DEL ARTÍCULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011

Ateniendo a lo exhortado por el citado precepto legal, esta autoridad se permite allegar el expediente de sede

administrativa radicado DT 2016 2018 000087 el cual contiene los antecedentes de las actuaciones objeto del proceso Tres Tomos – 662 Folios).

Pág. 13 de 23

2. EN RELACIÓN CON LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE.

En relación con la prueba: PARA OFICIAR. En la cual se requiere a la DIAN para que envíe toda la documentación correspondiente a las actuaciones del proceso administrativo. Respetuosamente solicito al honorable Despacho se sirva **negar** la práctica de la misma teniendo en cuenta que la documentación requerida, se anexa con la presentación de la contestación de la demanda.

B. ANEXOS

Para el ejercicio de la defensa técnica en el caso sub-lite, de acuerdo a las facultades concedidas por la ley, me permito adjuntar los siguientes documentos:

1. Poder debidamente otorgado por el director seccional de impuestos y aduanas de Florencia, Dr. Hernando Vasquez Villarruel, para que el suscrito sea quien represente desde el inicio hasta el final del proceso los intereses de la UAE DIAN (12 Folios)
2. Contestación de la demanda y sus anexos.

IV. FUNDAMENTOS JURIDICO-LEGALES DE DEFENSA

Al primer cargo denominado **Principio de Confianza legítima**, es menester indicar que, a satisfacción del accionante, el acto el cual está siendo acusado, es la mayor expresión de legalidad con la cual la administración obro frente a su caso en comento, de tal suerte que aunque la decisión pueda llegar a ser contraria a sus interés personales, no obstante, la administración procedió con fiel apego a la constitución, la ley y la jurisprudencia, situación la cual le debe generar un gran nivel de complacencia al demandante, el saber que la administración frente a su caso en concreto, ejerció control con probidad y un alto sentido de respeto por el ordenamiento jurídico preexistente.

Asimismo, no es de recibo lo advertido por el actor al señalar que las resultas de la decisión adoptada por la administración, son meras suposiciones carentes de veracidad, pues no se puede desconocer que, dentro del expediente en sede administrativa se logró acreditar las inconsistencias en las que incurrió el demandante frente a su realidad económica para el año gravable 2016, ahora, que los mismo se hallan demostrado a través de indicios, ello no le resta credibilidad a lo actuado, toda vez que, los indicios de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado *los indicios son las herramientas probatorias por excelencia para desarrollar este tipo de procesos en sede administrativa*¹. Así las cosas, la voluntad de mi representa, se encuentra debidamente fundada, y con su decisión en beneficio del contribuyente, conserva fiel apego al ordenamiento jurídico preexistente.

En igual sentido, por parte del actor, en este acápite se avizora un sin número de impropiedades conceptuales las cuales es prudente desvirtuarlas, y entre ellas se halla que, el principio de buena fe, no es un valor absoluto **porque no puede constituir un eximente de responsabilidad frente a conductas lesivas del orden jurídico. En otras palabras, la ley impone unas obligaciones y el principio de buena fe no puede servir de excusa para desconocer esas obligaciones, so pena de hacer inoperante el orden jurídico**, ahora, frente al sub-lite, si el contribuyente en esta oportunidad para **efectos de tener un beneficio en costos y deducciones** desconoció el ordenamiento jurídico tributario, por presumir en términos subjetivos que estaba actuando buena fe, **ello no lo exime de responsabilidad** y del deber de cumplir la normatividad preexistente que se encontraba para la fecha de la ocurrencia de los hechos, tal y como se lo enrostró mi representada.

¹ Consejo de Estado, C.P. Julio Roberto Piza Rodriguez 17/06/2021 – Rad. 680012333000201481101(22490)

Igualmente, no es cierto que la **confianza legítima** le genere unos derechos adquiridos al actor, pues de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este principio tiene límites y entre ellos está, el de no recaer sobre derechos adquiridos, sino situaciones jurídicas anómalas susceptibles de modificación².

Es decir, esa inferencia en la que está incurriendo el actor, de presumir que tiene derechos adquiridos es una imprudencia, toda vez que, de acuerdo al caso en concreto, no se puede pretender que con el hecho de aportar unas facturas que cumplan con los requisitos del 617 y 618 del E.T. ya con ello se tenga que reconocer de forma absoluta los costos, deducciones o descuentos que determine la ley, pues es plausible recordar que, esa **eficacia probatoria**, con las que cuenta la factura no es absoluta, porque como bien lo advierte el Consejo de Estado, ello no limita la facultad comprobatoria de la autoridad fiscal³ que en ejercicio de sus funciones de fiscalización puede verificar dichas transacciones, y si es el caso proceder al rechazo de los costos, deducciones e impuestos descontables cuando la realidad material o sustantiva económica no se encuentra en coherencia con la verdad formal soportada en los documentos, como ocurrió en el caso en concreto. Por tanto, se le indica respetuosamente al despacho, que este cargo no tiene vocación de prosperar.

Al segundo cargo titulado **Violación al debido proceso**, es prudente señalar que no le asiste razón al demandante por cuanto la base gravable no la determina la DIAN sino el contribuyente de acuerdo a la realidad económica, y la administración tributaria solamente se ocupó fue en hacerle la respectiva liquidación, proponiéndola o determinándola, conforme a los valores encontrados en el acervo probatorio arribado al plenario.

En igual sentido, lo discutido respecto a la presunta violación frente a la capacidad contributiva del actor, es válido señalar que la misma se liquidó teniendo en cuenta el principio de equidad en concomitancia con el principio de capacidad de pago, porque al accionante dentro del acto administrativo se le propuso contribuir de forma proporcional a las operaciones económicas debidamente acreditadas, lo que quiere decirse con ello que, la administración no determinó un impuesto y sanción desprovisto de los hechos económicos del contribuyente, sino que los mentados conceptos se le graduó conforme a su realidad económica para el año gravable 2016.

Respecto a la aplicación del artículo 82 del E.T., el Análisis del mentado se desarrollará posteriormente en lo que respecta al acápite 5.6. del concepto de violación, ello sin perjuicio de advertir que el mentado precepto legal, no le es aplicable al caso en concreto, por cuanto primeramente este fundamento se debe analizar es en los eventos donde ha ocurrido la enajenación de activos y para el caso en comento por unidad de materia no guarda relación a lo acaecido en el pretérito.

Por último, frente a la apreciación subjetiva del accionante, donde no está de acuerdo con la **proposición** que hizo mi representada respecto a la liquidación privada presentada el 30/07/2019 mediante No. De formulario 1112608400022 número interno 91000630238264 (f. 516) registrada en la obligación financiera de la DIAN, es plausible señalar que, la liquidación se hizo con fiel apego a la verdad procesal que se expuso dentro del plenario, pues la misma es el reflejo de la verdad sustantiva que tuvo el contribuyente sobre su realidad económica para el año 2016, toda vez que los valores o cuantías sobre el cual se liquidó, se sacaron de la documentación que él mismo aportó durante el proceso en sede administrativa, situación la cual genera extrañeza su reproche, más aun cuando, discute de forma abstracta la liquidación, pero no controvierte en términos **cuantitativos** y cualitativos la liquidación propuesta por la administración, lo cual permite inferir que cae al vacío lo alegado por el actor en el presente caso **por ser infundada su apreciación y por ello este cargo no debe prosperar**.

Frente al acápite 5.3 denominado **de la inexistencia de operación u operación simulada**, es plausible manifestarle al despacho que la administración tributaria no llegó a la apreciación subjetiva que está infiriendo el actor cuando asevera: “...efectivamente el desconocimiento del costo se da porque presumen que dicho proveedor no existe, como lo aseveran al manifestar que este no fue ubicado en la dirección señalada en el RUT y que le fue cancelado el RUT” pues está claro en el acto acusado, donde reposa la manifestación de la voluntad de mi representa, que: no se cuestiona la existencia de la empresa como persona jurídica constituida, sino las operaciones comerciales, las cuales no se encuentran probadas y que comportan las características de una operación simulada. Pues si bien, se cuenta con factura y otros documentos, sin embargo, como lo ha expresado la Corte Constitucional, en sentencia C-015 de 1993, esto no indica la existencia de la operación, porque ésta debe ser observada desde el punto de vista de “la sustancia económica...” y de acuerdo al conjunto de indicios analizados dentro del acto, permitió llegar a la conclusión inequívoca que fueron inexistentes las compras al proveedor Ferrelectricos e Industriales MJ SAS.

² Corte Constitucional T 472/2009

³ Sentencia del 19 de marzo de 2016, Exp. 21185, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia.

En igual sentido en relación a la afirmación del actor donde señala que la DIAN la única razón por la cual debe rechazar o desconocer los costos es cuando de manera previa se halla declarado proveedor ficticio y no ante simples indicios, premisa la cual no es de recibo por este extremo procesal, toda vez que, ya está claro por parte del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa que:

“...Pero la declaración de proveedor ficticio que tiene como consecuencia jurídica la limitación a los costos mencionada, como ya lo ha precisado la Sala en reiteradas oportunidades, no constituye un requisito previo para el rechazo de los costos por concepto de compras, como lo pretende la apoderada judicial de la actora y lo acogió el Tribunal, por la sencilla razón de que las normas que consagran la admisibilidad e inadmisibilidad de tales factores, entre otros, los artículos del Libro I capítulos II y V del mismo estatuto, en ninguna parte condicionan en eventual rechazo a dicha declaración; lo cual significa, que esta declaración es solo un motivo de rechazo, no el único, ya que además, da lugar al rechazo de los mismos, la omisión de los requisitos consagrados en el sistema normativo ordinario, y naturalmente, las inferencias o deducciones de los funcionarios fiscalizadores y liquidadores acerca de la realidad o materialidad de las operaciones o transacciones” (subrayado nuestro).

Pág. 15 de 23

De este modo, en el rechazo de los costos por concepto de compras, generado en el presente caso, en la calificación de “simuladas o irreales” efectuada por la Administración, no era requisito previo la declaración de proveedor ficticio, como lo ha entendido la apoderada judicial de la demandante, pues se repite, la Ley no ha condicionado a tal trámite el rechazo de los costos, ni tal declaración en el presente caso fue la causa del mismo, razón por la cual la actuación acusada, no transgredió los artículos 88 y 671 del Estatuto Tributario, y tampoco el artículo 29 de la Constitución Política...”⁴.

De ello se colige que, no le asiste razón al accionante, por cuanto, como ya lo ha advertido el Consejo de Estado no se requiere de la declaratoria de proveedor ficticio para determinar la improcedencia de costos, deducciones, gastos, compras y operaciones que en desarrollo de la acción fiscalizadora no se han podido demostrar como ciertas, y que a todas luces comportan las características de las operaciones simuladas.

Asimismo, con razón al reproche que hace el actor respecto a la no carga probatoria que este tenga para desvirtuar las operaciones simuladas, también es importante manifestarle que no le asiste razón, toda vez que:

“Ante la contundencia de los indicios “se invierte la carga de la prueba y por tanto correspondía al contribuyente demostrar en aplicación del artículo 177 del C.P.C. que las operaciones con esos proveedores eran reales, lo que no sucedió”, pues la demandante se limitó a “esgrimir las presunciones a su favor y omitió demostrar la existencia real de las operaciones mercantiles como era su deber”⁵

Así las cosas, una vez la DIAN controvertió la realidad de los documentos donde presuntamente soportan las operaciones, de acuerdo a recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, le correspondía al constituyente aportar los elementos demostrativos necesarios que acreditaran la existencia real de las mismas⁶, de tal suerte que, no es de recibo que al contribuyente no le hubiese existido el deber legal de demostrar la existencia y/o verdad material de las operaciones económicas realizadas para el año gravable 2016 con Ferrelectricos e Industrias MJ SAS.

En gracia de lo analizado jurídicamente, se le indica al despacho de manera respetuosa, que este cargo, no debe salir adelante.

Con relación al cargo 5.4. titulado, **conducencia, pertinencia e idoneidad de las pruebas aportadas por la DIAN**, es prudente señalar que el accionante está cuestionando es el requerimiento especial No. 28238201900005 de 25/09/2019, situación la cual es **improcedente**, toda vez que, dicho acto de acuerdo al artículo 688, 702 y s.s. del ET. y 75 de la ley 1437 de 2011, es un acto de trámite, el cual no está sujeto a estar debatidos en la vía judicial.

Por otra parte, la declaración de operaciones simuladas que operaron en esta oportunidad, se decretó en razón a lo siguiente:

- a) La sociedad Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. Nit. 900.949.720 registra como objeto principal la actividad económica identificada con el código CIU 4663 “Comercio al por mayor de materiales de construcción, artículos de ferretería,

⁴ Consejo de Estado en Sentencia del 19 de abril de 1999, expediente 9154, ver también Consejo de Estado 11 de Diciembre de 1998, exp. 9156 en la cual se dispuso: “la declaratoria de proveedor ficticio -la cual trae como consecuencia jurídica la improcedencia de los costos-, no es el único presupuesto para su rechazo, ya que los mismos pueden desconocerse por la realización de operaciones simuladas, como ocurrió en este caso”.

⁵ Consejo de Estado Sentencia 20556 de 14 de Julio de 2016

⁶ Consejo De Estado – Sección Cuarta – C.P. STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO – 15-10-2020, Radicado 52001-23-33-000-2017-00402-01-(23974)

pinturas, productos de vidrio, equipo y materiales de fontanería y calefacción”, y como actividad económica secundaria la identificada con el código 4321 “Instalaciones eléctricas”; otras actividades la identificada con el código 7730: Alquiler y arrendamiento de otros tipos de maquinaria, equipo y bienes tangibles, n.c.p . (f. 79, 115, 117, 503).

- b) Ferrelecticos e Industrias MJ S.A.S. Nit. 900.949.720, no tiene reporte de terceros que den cuenta de los servicios y/o compras realizados para la venta de materiales a Grupo Hemerco SAS.
- c) Asimismo, el Grupo Hemerco SAS no aportó los respectivos soportes de pagos de las transacciones ejecutadas con el proveedor, evidenciándose con ello que las operaciones fueron simuladas y/o inexistentes, pues, luego de hacer un estudio minucioso a la contabilidad y demás documentos fiscales del contribuyente, se evidenció que no hay comprobantes de egreso que identifiquen el beneficiario del pago a título de anticipos ni abonos en cuentas, no se identifica a la persona natural que en representación de la Persona Jurídica efectuó el recibo físico y de fe con su firma del pago de las transacciones en efectivo, siendo que el proveedor no es de la ciudad donde opera la sociedad con quien se transó.
- d) Del mismo modo, al realizar el análisis de los mercancías supuestamente suministrados por los proveedores sobre los cuales existía presunción de operaciones simuladas y/o inexistentes respecto precio de venta, se hallan inconsistencias como compra de mercancías a precios superiores a los facturados (f.472, 173,273) y en la visita de verificación de se evidencia que el contribuyente objeto de investigación no posee la infraestructura requerida para el almacenamiento y bodegaje de las mercancías, ni cuenta de inventarios, ya que realiza las operaciones en la sede donde funciona el Almacén “ Electro comercial”, propiedad de uno de los socios.
- e) Frente al ordenamiento jurídico vigente, el artículo 671 del Estatuto Tributario dispone que habrá sanción de declaración de proveedor ficticio y no serán deducibles en el impuesto sobre la renta, ni darán derecho a impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, las compras o gastos efectuados a quienes la DIAN hubiere declarado como:

A) Proveedores ficticios, en el caso de aquellas personas o entidades que facturen ventas o prestación de servicios simulados o inexistentes. ...

- f) En este sentido, la administración infirió la falta de credibilidad de las operaciones realizadas por el Grupo Hemerco SAS NIT. 900.763.513-5 con Ferrelecticos e Industrias MJ SAS NIT. 900.949.720-3 durante el año gravable 2016, en consideración del conjunto de indicios, que, en lo corrido del proceso no se logro desvirtuados por el contribuyente, quien se centró en manifestar la existencia de unas facturas y de la persona jurídica, lo cual se circunscribe a una realidad formal, que no demuestra la sustancia de las operaciones.
- g) Está demostrado que no existió información exógena por el año gravable 2016 reportada por FERRELECTRICO E INDUSTRIAS MJ SAS NIT.900.949.720-3, que permita cotejar la información suministrada de la operación.
- h) De la revisión documental se solicitó fotocopia de algunos soportes, entre ellos los comprobantes de pago a proveedores y no fueron suministrados, porque no existen físicos solo refieren que se tienen de forma virtual.
- i) No se aportó ningún documento diferente a la factura que dé cuenta de las compras y anticipos pagados en efectivo que manifiesta el señor Jonathan Merchán Charry, haber realizado durante ese año. No hay comprobantes físicos de ningún tipo en que se pueda comprobar quien fue la persona beneficiaria, con nombre, apellido y firma que representó y recibió el dinero para la persona Jurídica beneficiaria del pago, Solo existen comprobantes de egreso virtuales.
- j) No se demostró durante las visitas adelantadas, como se efectúa la movilidad de estas mercancías; no hay trazabilidad del inventario en el que se evidencie el ingreso de la mercancía ni la salida del mismo por la forma como manifiesta se efectúan las transacciones a través del Grupo Hemerco SAS, el cual no posee infraestructura y opera en las mismas instalaciones de uno de los socios el señor Hilmon Merchán Suarez c.c. 91.210.294 quien posee la razón comercial denominada Electrocomercial Ubicado en la Calle 17 11 48 Centro , misma dirección del Grupo Hemerco SAS (Folio 4- 311-312).
- k) No existe en la consulta de análisis operacional evidencia, que la firma Ferrelecticos e Industrias MJ SAS NIT. 900949.720-3 haya presentado los formatos de información exógena, por lo tanto, no existe información que permita, verificar la trazabilidad de adquisición de mercancía y operaciones de compra y venta, solo se encuentra la informada por terceros que manifiestan mediante los diferentes formatos haber transado con Ferrelecticos e Industrias MJ SAS NIT. 900.949.720-3 para el año 2016.

- l) No se encontró en los soportes de Costos, Gastos y deducciones aportados por el contribuyente en respuesta a requerimiento ordinario 282382018000136 del 7-12-2018 radicada con el número 00204 del 18-01-2019, ni en las visitas realizadas, ningún registro que se atribuya a gastos de transporte o similar que permita establecer el movimiento o traslado de las mercancías físicas desde los lugares de origen de estos proveedores hasta las obras como lo manifiesta en su momento el representante legal el señor Jonathan Merchán Charry. (folio 55-102). como tampoco en su patrimonio se registra que el grupo posea un parque automotor (vehículo que pueda ser utilizado para ello. (folio – 12 (renglones 37 y 38) folio 66 valor de otros activos)
- m) Existe similitud en las operaciones entre los proveedores Comercializadora Canaxcol SAS Con Nit 900.749.848-9 (declarado ficticio) y Ferrelectricos e Industrias MJ SAS NIT. 900949.720-3, y que son los que aporta el Grupo Hemerco SAS para hacer valer el costo fiscal de sus operaciones, y llama la atención su similitud, en cuanto a los documentos físicos, facturas, que parecen fotocopias, y por más que se insistió, en las diferentes solicitudes, tanto en requerimientos, visitas y en la propia inspección, no fue posible observar en estas facturas un documento diferente que permita observar la factura en copia original, ya que tanto las aportadas en los diferentes momentos como las observadas en la contabilidad son fotocopias ver folios 70, 78, 271, 273.
- n) Se realizó revisión de algunas transacciones efectuadas y se observa que los valores registrados de venta de algunos de los productos que se encuentra en las facturas de compra de estos proveedores fueron vendidos por valores inferiores al costo de adquisición que las transacciones tienen fechas similares, (16 y 17 de diciembre 2016 fecha de compra folio 70 y 78 y 271 y 273) - cotejo que se realiza teniendo en cuenta que no se maneja inventario.

De lo anterior se colige que, la razón por la cual se desconoce los costos y deducciones “no es porque no se pudo demostrar la **trazabilidad** de la operación”, sino que por el contrario, de acuerdo a lo acreditado dentro del plenario, se evidenció que las operaciones realizadas por el demandante con Ferrelectricos e industrias MJ SAS **son anómalas o presentan irregularidades**, que no lograron ser desvirtuadas por el contribuyente, máxime cuando se adelantó cruce de información mediante requerimiento ordinario a Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S., el cual fue devuelto por el correo por la causal Dirección Errada y solicitado el cruce a través de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, no fue posible la ubicación del tercero, entre otros aspectos ya anotados.

Y es en mérito de ello que las actuaciones efectuadas por el aquí demandante frente al caso que nos ocupa, la administración las declaró como **operaciones simuladas** toda vez que dichas acciones encuadran en lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado el cual advierte lo siguiente:

3.1- Se resalta de la tesis jurídica que contiene el precedente, que la simulación es una anomalía negocial en la que las partes dan al negocio que procuran celebrar una apariencia jurídica distinta. Se trata de una ocultación fáctica, pues los involucrados esconden la realidad de su relación contractual bajo la apariencia de otra figura, en la simulación relativa; o la ausencia de todo contrato, en la simulación absoluta. Así, como anomalía causal, el fenómeno simulatorio recae sobre la realidad de los acontecimientos y no sobre su calificación jurídica⁷.

Del mismo modo, el actor aduce que la DIAN no logra argumentar que dichas pruebas recopiladas dentro del proceso sean conducentes, pertinentes, y útiles, pues a su sentir, las mentadas no llevan a demostrar la inexistencia de los costos, ahora, sobre este particular es prudente señalar que de acuerdo a las razones de hecho y derecho expuesta en los acápites V. y IX de la liquidación oficial de revisión No. 282412020000003 de 2020/09/03 se está plenamente demostrado que las operaciones realizadas por parte del Grupo Hemerco SAS y contribuyente Ferrelectricos e Industrias MJ SAS, fueron operaciones simuladas.

Adicionalmente, es dable advertir al accionante que, frente a la acreditación de la simulación, la forma o el medio mediante el cual la administración logro demostrar la simulación es la correcta, y ello no es caprichoso, toda vez que, de acuerdo a lo expuesto por el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos, ha sostenido lo siguiente:

Acerca de la acreditación de la simulación, se precisa que ninguna norma del ordenamiento tributario fija los medios de prueba conducentes para probarla; de ahí que su demostración se enmarque en la regla general de libertad probatoria consagrada en el artículo 175, inciso 1.º, del CPC (Código de Procedimiento Civil), hoy recogido por el artículo 165 del Código General del Proceso (CGP, Ley 1564 de 2012). En consecuencia, la eficacia de los medios probatorios aportados para ese fin dependerá «de [su] mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse» (artículo 743 del ET), que para el caso sería la inexistencia de las operaciones en cuestión.

⁷ Consejo de Estado, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez 17/06/2021 – Rad. 680012333000201481101(22490)

Con todo, el indicio es el medio de prueba preponderante en materia de simulación, dado que no es usual que quienes participan del acuerdo simulatorio lo documenten a través de alguna prueba directa. De suerte que usualmente la simulación debe acreditarse mediante la prueba de otros hechos a partir de los cuales, por inferencia lógica, se colije. A estos efectos, un hecho base debe estar plenamente demostrado en el proceso mediante otros medios de prueba; y dicho hecho indicador debe tener la propiedad de demostrar otro (i.e. el hecho indicado), mediante una detracción fundada en las reglas de la experiencia⁸.

En estos términos queda claro que las pruebas recopiladas dentro del expediente (registros tributarios, certificados de cámara de comercio, resoluciones de facturación, comprobantes de pago, cheques, extractos bancarios, libros de contabilidad, información exógena, RUT, entre otros), son los medios de prueba idóneos con los cuales se posibilitó la verificación la realidad económica del contribuyente, pues como bien lo arguye el actor, el Consejo de Estado ha definido que la prueba admisible en materia tributaria para comprobar la existencia de las transacciones económicas de los contribuyentes es la **indiciaria**, tal como lo hizo mi representada en sede administrativa.

Dicho sea de paso, de acuerdo a lo ya expuesto previamente en los literales a) hasta el n), y los hechos probados dentro del plenario, es plausible comunicar al despacho lo siguiente:

El contribuyente solicita implícitamente en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que por concepto de Costo de ventas y de prestación de servicios – Renglón 49 se le respete el valor por el declarado de \$446.714.000, cuantía la cual no es de recibo por parte de la Admsnitración tirbutaria, toda vez que, según información aportada por el contribuyente, información obtenida en cruces de información y documentos asegurados en diligencia de Inspección tributaria practicada, **se hallaron soportes de compras efectuadas con algunos proveedores que no han sido ubicados por valor de \$322.050.000, de los cuales \$204.600.000 corresponden a FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ S.A.S. NIT. 900.949.720-3, lo cual se probó en el expediente y obedece a transacciones simuladas o inexistentes así:**

PROVEEDOR	NIT	FACTURA	FECHA	COMPRA SIN IVA	VALOR IVA	TOTAL
Ferrelectricos industrias MJ SAS	900.949.720	456	17-12-2016	176.379.311	28.220.689	204.600.000
TOTAL						204.600.000
OBSERVACION: La compra realizada a Ferrelectricos e Industrias MJ, el IVA se trató como Costo, no afecto el IVA descontable, por lo que este proveedor se liquidara por el valor de \$204.600.000 (Folios 60-70-78-).						

Al respecto de este proveedor:

Proveedor 2. Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. NIT. 900.949.720-3 factura 456 de fecha 17 de diciembre 2016 (\$204.600.000).

- Frente al cruce de información solicitado mediante Auto Comisorio No. 117 del 8 de mayo de 2019. Se recibió respuesta de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, en relación con las operaciones comerciales desarrolladas por el contribuyente Investigado Jhonatan Merchan Charry y Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S NIT 900.949.720-3 (folios 356 a 382). Al respecto, la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, remite expediente VV 2016 2019 000851, en el cual el funcionario comisionado, deja constancia en el informe del expediente, que "...no se logró verificar la existencia, capacidad operativa y transacciones comerciales de la sociedad: FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ S.A.S. NIT. 900.949.720-3", tal como consta en el siguiente pantallazo:

⁸ Consejo de Estado, C.P. Julio Roberto Piza Rodriguez 17/06/2021 – Rad. 680012333000201481101(22490)

47. Hallazgos

En desarrollo de la visita se solicitan los siguientes documentos:

- **RUT**.- Se encuentra actualizado el 2017-12-20 (folio 8 al 9).
- En el RUT se encuentra inscrito como Representante Legal el Sr.YATE MATEUS OSCAR EDUARDO C.C. 80.004.553 (folio 9)
- En Cámara de Comercio se encuentra inscrito como Representante Legal el Sr. **HERNÁNDEZ GUARIN JORGE ANDRÉS** C.C. 1.078.366.401 (folio 22).
- **NO** se logró verificar la existencia, capacidad operativa y transacciones comerciales de la sociedad: FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ S A S NIT.900.949.720-3 (folio 25 al 35).
- **NO** existe la dirección y nomenclatura. (folios 25 al 35).
- La calle 81 termina en la AV CRA 96. (**folio 25 al 35**).
- Se observa zona verde y limita con el Hospital de Engativa, el Portal calle 80 de Trasmilenio y el Parque San Andrés. (folio 34 al 44).
- Este despacho continuara el proceso persuasivo de actualización de RUT o SUSPENSIÓN del mismo.

Pág. 19 de 23

48. Conclusiones

- Con ocasión de esta verificación el funcionario concluye que **NO** se logró verificar la existencia y capacidad operativa de la sociedad: FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ S A S NIT.900.949.720-3 (folio 25 al 35).
- En el RUT se encuentra inscrito como Representante Legal el Sr.YATE MATEUS OSCAR EDUARDO C.C. 80.004.553 (folio 12)
- En Cámara de Comercio se encuentra inscrito como Representante Legal el Sr. **HERNÁNDEZ GUARIN JORGE ANDRÉS** C.C. 1.078.366.401 (folio 22).
- **NO** existe la dirección y nomenclatura (folios 25 al 35).
- El Sr.YATE MATEUS OSCAR EDUARDO C.C. 80.004.553 es el mismo Representante Legal de las sociedades SERGINGENIERÍA R& SAS NIT.900.947.890-8 y FERRELECTRICOS E INDUSTRIAS MJ SAS NIT.900.949.720-3. Además, registra la misma dirección pero cambia en la nomenclatura un dígito. Es decir CL 81 97 A 74 y CL. 81 97 A 14 IN 04. Dirección y nomenclatura que no existe

- Como consecuencia de la no ubicación de la sociedad en la dirección registrada en el RUT porque en la citada dirección no existe la dirección y nomenclatura, calle 81 97A 14 IN 04, en Bogotá D.C, dirección donde se observa zona verde que limita con el Hospital de Engativá, el Portal de la 80 de Trasmilenio y el parque San Andres, folios 34 al 44 de expediente de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, quien procedió a dar aplicación a lo establecido por el Decreto 2460 de 2013 y demás normas concordantes. Por lo anterior le suspende el RUT a la sociedad Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S. Nit. 900.949.720-3 (folios 519 a 521), mediante Auto de Suspensión de Oficio del Registro Único Tributario – RUT No. 17681-132240425 del 12/06/2019.
- Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se tiene que al no poder demostrar la trazabilidad de las operaciones realizadas por el contribuyente con el proveedor Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S, se procede al desconocimiento de los costos y deducciones con el mismo, así:

NIT o C.C.	Razón Social- Nombre y Apellido	Concepto	Vr. Según Contribuyente	Vr. Según Tercero	Diferencia	Observación
900.949.720	Ferrelectricos e Industrias MJ S.A.S.	Compra de Activos Movable	204.600.000	0	204.600.000	No se ubicó tercero. Publicación WEB del Requerimiento. Se solicita a Dirección Seccional de Impuestos Bogotá, tal como se dejó plasmado en el informe del cruce de información realizado por la seccional de Impuestos de Bogotá en Folios (339-390)

Por lo anterior del total de costos y deducciones registrados en el denuncia rentístico del año gravable 2016, solo resultaron procedentes \$140.863.136 y se debió desconocerse costos y deducciones por valor de \$204.600.000, respecto a los proveedores, y es en gracia de ello

mi poderdante mediante la liquidación oficial de revisión de Renta Sociedades y/o naturales obligados a llevar contabilidad No. 28241202000003 de 2020/09/03 procedio a imponerles un impuesto a cargo mayor con su correspondiente sanción.

Del mismo modo, ante las dudas que le aquejan al accionante, frente a la forma como la DIAN determinó dicha liquidación, es prudente señalarle que el procedimiento y las valoraciones probatorias efectuadas por mi representada fueron las idoneas, y ello se afirma en razón de, apelando a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, para el caso que nos ocupa se logró comprobar que los hechos preliminarmente discriminados, al analizarlos de manera individual y en conjunto a través de los **hechos indicadores** los cuales fueron comprobados mediante pruebas documentales y demás conducentes, pertinentes y útiles; permitieron con ello la consecución de la inferencia lógica del **hecho desconocido o**

⁹ Consejo de Estado, sentencia No. 19836 de 2011

indiciado que dio como conclusión, frente al caso sub-lite: que si se efectuaron las operaciones simuladas por el aquí demandante con el contribuyente Ferrelectricos e industriales JM SAS para el año gravable 2016.

Igualmente es pertinente advertir, ya está claro que frente a la acreditación de las operaciones simuladas, no es cierto que exista una tarifa legal como lo pretende hacer ver el accionante, pues arguye que los indicios expuestos por la DIAN presuntamente no suplieron el hecho a corroborar y por tanto las pruebas practicadas a través de los indicios, carecen de eficacia, afirmación la cual cae al vacío, toda vez que, de acuerdo a lo establecido por el Consejo de Estado, *“la eficacia probatoria, en estos casos no pende de una tarifa legal por cuanto no existe, su eficacia yace es de la conduencia del conjunto de los medios probatorios que ratifican el hecho indiciado, pues la carente o aparente conexión del hecho indicador y el hecho desconocido, se subsana o se garantiza su credibilidad cuando hay un número plural de indicios contingentes que conducen al mismo hecho”*¹⁰, tal y como opero en el caso concreto.

En consecuencia, todos los indicios mencionados y analizados en conjunto, llevaron a la conclusión inequívoca por parte del operador administrativo a determinar que fueron simuladas las operaciones efectuadas por parte del Grupo Hemerco SAS y Ferrelectricos e industrias MJ SAS. Y es en mérito de ello que se asienta que el presente cargo discutido por el actor no tiene vocación de prosperar.

Con relación al ítem 5.5. denominado **Del proveedor Ferrelectricos e Industriales MJ SAS**, donde el actor a través de una documentación que ya se ha analizado, quiere hacer valer los costos, deducciones e impuestos descontables que registró en la declaración de renta y complementarios presentada mediante formulario formulario 1112608400022 número interno 91000630238264 (f. 516), apelando al artículo 771-2, asevera a su juicio que en dicho precepto se establece como tarifa legal para la procedencia de los impuestos descontables por parte de los contribuyentes, el presentar la factura con el cumplimiento de los requisitos de los artículo 617 y 618. Apreciación la cual no corresponde a la establecida en el ordenamiento jurídico preexistentes, toda vez que, conforme a este particular es prudente advertir que el Consejo de Estado ha sido enfático en Sostener lo siguiente:

“El artículo 771-2 del Estatuto Tributario exige que las operaciones constitutivas de costos, deducciones e impuestos descontables estén soportadas en facturas o documentos equivalentes con el lleno de los requisitos establecidos en la legislación fiscal³¹; lo cual no limita la facultad comprobatoria de la autoridad fiscal³², quien en ejercicio de sus facultades de fiscalización puede verificar dichas transacciones y, si es del caso, proceder a su rechazo.

*Para ello, la Administración cuenta con los medios de prueba señalados en la normativa fiscal o en la legislación civil, en cuanto sean compatibles con la primera³³. Lo anterior significa que la **eficacia probatoria de las facturas no es absoluta, pues está sujeta a la verificación de la autoridad fiscal, quien en desarrollo de sus facultades de fiscalización puede desvirtuarla a través de medios de prueba aludidos.***

*En ese sentido, una vez la DIAN controvierte la realidad de los documentos que sirven de soporte de las operaciones, le corresponde al contribuyente aportar los elementos demostrativos que acrediten la existencia de las mismas.”*¹¹

En este sentido, la mentada documentación como es el caso de las facturas referenciadas, la administración no cuestiona el cumplimiento de los requisitos de los artículos 617 literales b,c,d,e, y g, y artículo 618 del E.T., sin embargo, sobre dichos documentos, aunque estos estén conforme a lo establecido por la ley, lo cierto es que no guardan relación directa con la verdad material de las operaciones económicas que el contribuyente aquí demandante sostuvo con Ferrelectricos e Industriales MJ SAS para el año gravable 2016, y sobre este tipo de situaciones, también la Corte Constitucional ha sido reiterativa en manifestar que:

La libertad para la utilización de las formas jurídicas, sin embargo, tiene límites que es conveniente precisar, particularmente cuando a ellas se apela con el propósito prevalente de evitar los impuestos o su pago. En estos casos, la transacción respectiva no podrá ser considerada por la legislación tributaria, de acuerdo con los efectos que produce de conformidad con el derecho privado, sin tomar en consideración su resultado económico.

El principio de equidad que inspira el sistema tributario (CP art. 363), en últimas, expresión de igualdad sustancial (CP art. 13), no se concilia con la reverente servidumbre a la forma jurídica privada puramente

¹⁰ Consejo de Estado Sentencia 19531 de 15 de Septiembre de 2016

¹¹ Consejo De Estado – Sección Cuarta – C.P. STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO – 15-10-2020, Radicado 52001-23-33-000-2017-00402-01-(23974)

artificiosa y con un móvil predominante fiscal, pues ella puede conducir a otorgar a una misma transacción diferente trato fiscal. De otra parte, el "abuso de las formas jurídicas", patente en la utilización de definiciones y categorías jurídicas con miras principalmente a evadir o eludir el pago de impuestos, les sustrae su legitimidad, y obliga al Estado a desestimar sus efectos. La **intencio juris** deberá ser desplazada por la **intencio facti**.

En este orden de ideas, se impone privilegiar la sustancia sobre la forma. La legislación tributaria no puede interpretarse literalmente. Los hechos fiscalmente relevantes deben examinarse de acuerdo con su sustancia económica; si su resultado material, así comprenda varios actos conexos, independientemente de su forma jurídica, es equivalente en su resultado económico a las circunstancias y presupuestos que según la ley generan la obligación tributaria, las personas a las cuales se imputan, no pueden evadir o eludir, el pago de los impuestos.

Pág. 21 de 23

El principio de **prevalencia del derecho sustancial**, consagrado en el artículo 228 de la CP, no puede ser ajeno al sistema tributario, máxime cuando éste se funda expresamente en los principios de **equidad, eficiencia y progresividad** (CP art 363), de cuyo inalcanzables si se eleva la mera forma a criterio único y condicionante de la determinación, exigibilidad y pago de la obligación fiscal. En fin, el sistema tributario en el **Estado social de derecho** es el efecto agregado de la **solidaridad** de las personas, valor constitucional fundante (CP art. 1), que impone a las autoridades la misión de **asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares** (CP art. 2). La efectividad del deber social de toda persona de "**contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de concepto de justicia y equidad**", abona el criterio de privilegiar en esta materia la sustancia sobre la forma¹².

Conforme a esta lógica, y conservando la misma línea de la jurisdicción constitucional, el Consejo de Estado por su parte ha sostenido:

“ De manera que cuando el contribuyente aporta la factura con el lleno de los requisitos legales, esa factura, como documento probatorio, no supedita a la administración tributaria o al juez a reconocer el costo, gasto o deducción. Por el contrario, esa prueba le permite a la autoridad tributaria, o al juez, comprobar la veracidad de los hechos contenidos en la factura, tales como la existencia del proveedor y, por ende, la existencia de la transacción económica incorporada en el título y, para tal efecto, hay absoluta libertad probatoria. . Lo que realmente establece el artículo 771-2 es que la factura, como documento, es un medio de prueba para la procedencia de costos y deducciones. En consecuencia, es un documento ad probationem que se exige por ley, como prueba necesaria, puesto que las facturas que cumplen los requisitos previstos en los artículos 617 y 618 ET, son pruebas que por ley, deben cumplir ciertas formalidades. Se llegara a probar que las facturas son falsas, porque el negocio jurídico que les da origen no existió, por ejemplo, es claro, que tales pruebas, apreciadas en sana crítica, no tendrán la virtud de probar los costos y las deducciones que pretenda hacer valer el contribuyente”¹³.

En esta instancia procesal es pertinente manifestarle al honorable despacho y al accionante que, así el contribuyente en esta oportunidad presente las facturas con el lleno de los requisitos, ello no es óbice para que el juez o la administración pueda corroborar la veracidad de los hechos acaecidos dentro de la factura, y para el caso en comento, ya está probado de acuerdo I al acervo recaudado en sede administrativa y su II correspondiente análisis, que el actor si realizó operaciones simuladas con Ferrelectricos e industriales MJ SAS, y por tanto es que mi representada rechazó los costos y deducciones que aspiraba Grupo Hemerco SAS con su declaraciones de renta del año gravable 2016, en virtud que, las operaciones efectuadas presentaron irregularidades, las cuales el polienunciado no logró desvirtuar aun siendo su responsabilidad, tal como lo demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde ha acentuado:

“ante la contundencia de los indicios “se invierte la carga de la prueba y por tanto correspondía al contribuyente demostrar en aplicación del artículo 177 del C.P.C. que las operaciones con esos proveedores eran reales, lo que no sucedió”, pues la demandante se limitó a “esgrimir las presunciones a su favor y omitió demostrar la existencia real de las operaciones mercantiles como era su deber”¹⁴

Conforme a la documentación referente a resolución de facturación No. 3200001381701, no se tiene certeza que quiere hacer probar el actor con ello, solo es prudente recordarle que la administración no le cuestiona la existencia de la empresa como persona jurídica constituida, sino las operaciones comerciales, las cuales no se encuentran probadas y

¹² Corte Constitucional Sentencia C 015 DE 1993

¹³ Consejo de Estado en Sentencia 17318 del 26/01/2012

¹⁴ Sentencia 20556 de 14 de Julio de 2016

que comportan las características de una operación simulada. Se cuenta con la factura y el comprobante de pago, sin embargo, como lo ha expresado la Corte Constitucional, en sentencia C-015 de 1993, **esto no indica la existencia de la operación, pues esta debe ser observada desde el punto de vista de “la sustancia económica...”**

Ahora, respecto del tener en cuenta la declaración de renta del contribuyente ferreléctricos e industrias MJ SAS para el año gravable 2016, es prudente acentuar que la misma **no acreditará nada**, por cuanto, solo da valores globales de la realidad económica de un contribuyente, pero no especifica cuáles fueron las operaciones económicas realizadas con sus proveedores y clientes, de tal suerte que esta prueba cae al vacío porque carece de utilidad y conducencia, además se reitera, si lo que quería era probar la existencia de contribuyente, ya está definido que mi representada no se cuestionó la existencia de la empresa como persona jurídica constituida, sino las operaciones comerciales que hizo con el demandante. Así las cosas, de acuerdo a lo argumentado en el presente ítems, se considera pertinente advertir que el presente cargo no debe prosperar

En razón al ítem 5.6. determinado como **De la aplicación de los costos presuntos**, es importante advertirle al actor y al despacho que, dicho argumento no guarda unidad de materia, pues el artículo 82 del E.T. las presunciones allí establecidas se refieren es a: **I** la enajenación de activos, situación la cual no ocurrió en el pretérito, y además, por **II** parte del contribuyente, *cuando falte demostrar la realidad de las operaciones, no habrá lugar a aplicar los costos presuntos*, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵.

En igual sentido, frente a lo planteado por el actor en su escrito de demanda, es plausible señalarle al mentado que no puede alegar su propia culpa ante omisiones frente a la carga probatoria que a él le asistía, pues el Consejo de estado ha sido enfático en ratificar que frente a la determinación de costos estimados y presuntos:

*“Del anterior recuento probatorio, se advierte que en el caso concreto no se dan los supuestos fácticos que prevé el artículo 82 ET para estimar costos de manera indirecta, pues el rechazo de esas erogaciones obedeció a la falta de pruebas que la autoridad le exigió al actor en la oportunidad administrativa y fue este quien aceptó el no tener los medios de prueba que acreditarían los costos, de ahí que **sea una interpretación indebida del artículo 82 del ET el que su aplicabilidad opera en los casos en que el contribuyente no ejercita la carga de la prueba, pues los medios de estimación indirecta no constituyen un derecho del contribuyente del que pueda servirse cada vez que, por inactividad probatoria, no logre demostrar las erogaciones relevantes asociadas a sus ingresos.***

*Precisado lo anterior, **no comparte la Sala la tesis del a quo, según la cual, exista un principio económico en el que todo ingreso estará precedido por un costo, pues tal razonamiento no puede desplazar el correcto ejercicio de la depuración de la renta y el establecimiento del tributo a cargo, junto con el adecuado despliegue de la carga de la prueba, de ahí que el artículo 82 del ET no premie la inactividad probatoria del contribuyente con un reconocimiento que incluso superaría los costos de ventas inicialmente declarados**”¹⁶. (negrilla fuera del texto original)*

En este orden de ideas, de acuerdo a lo señalado por el órgano de cierre y conforme a la verdad material obrante dentro del proceso en sede administrativa, en gracia que el contribuyente no logró demostrar los costos, por tanto, en esta oportunidad este cargo no tiene vocación de prosperar.

Inferencia Razonable Lógica

De contera, queda acreditado que el acto administrativo demandado, no está inmerso en las causales de nulidad que determina la ley, porque como se logra indicar, dichas actuaciones operaron atendiendo lo preceptuado por la constitución, la ley, el reglamento y la jurisprudencia, evidenciándose de forma diáfana que la liquidación oficial de revisión No. 28241202000003 de 03 de Septiembre de 2020 se expidió con las garantías materiales y formales que exige la norma para la protección de los derechos que le asisten al contribuyente de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

¹⁵ Consejo De Estado – Sección Cuarta – C.P. STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO – 15-10-2020, Radicado 52001-23-33-000-2017-00402-01-(23974); ver también sentencias del 4 de agosto de 2011, Exp. 17628, CP. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, y del 26 de febrero de 2014, Exp. 19090, CP. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁶ Consejo de estado, Sección Cuarta, Mp. Julio Roberto Piza Rodríguez, Rád. 25000-23-37-000-2015-00289-01 (23202)

NOTIFICACIONES

Las personales las recibiré en la en la dirección Cra 11 No. 13-39 Barrio Centro en la ciudad De Florencia Caquetá o al correo electrónico oficial. notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co.

Del Honorable Magistrado



ANDRES FELIPE LASSO PENNA
C. C. No. 1'117'509.610 De Florencia.
T. P. N.º. 224100 del C. S. J.

ANDRES FELIPE LASSO PENNA
C.C. 1117509610 De Florencia Caquetá
T.P 224100 del Consejo Superior de la Judicatura.