

OFICIO 220-146843 DEL 19 DE JULIO DE 2017

ASUNTO: EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE, SEGÚN CONCEPTO REGULADO EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO, NO ES OBJETO DE VIGILANCIA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2017-01-328495, mediante la cual consulta si un establecimiento permanente, el cual se encuentra regulado en el artículo 20-1 del estatuto tributario y el decreto 3016 de 2013, se halla sometido la vigilancia por parte de la superintendencia de Sociedades, dada la causal prevista en el literal D), del decreto 4350 de 2006.

Es entendido según su escrito que la consulta se concreta en determinar si el “establecimiento permanente” que define la legislación fiscal, podría resultar análogo al concepto de sucursal de sociedad extranjera regulado en la legislación mercantil, y si por ende, estaría cobijado por el artículo 5), literal D) del decreto 4350 de 2006, que establece la vigilancia sobre las sucursales de sociedades extranjeras por parte de esta Superintendencia.

Para para resolver la inquietud, procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

El concepto de “Establecimiento permanente”, fue incorporado por los artículos 86 y 87 de la Ley 1607 de 2012, mediante la cual se adicionó el Estatuto Tributario y se introdujo la noción de establecimiento permanente de las personas naturales sin residencia en el país y de las sociedades o entidades extranjeras, y se reguló su tributación en el territorio nacional.

El texto de las mencionadas disposiciones es el siguiente: **“Artículo 86.** *Adiciónese el artículo 20-1 al Estatuto Tributario:*

Artículo 20-1. Establecimiento permanente. *Sin perjuicio de lo pactado en las convenciones de doble tributación suscritas por Colombia, se entiende por establecimiento permanente un lugar fijo de negocios ubicado en el país, a través del cual una empresa extranjera, ya sea sociedad o cualquier otra entidad extranjera, o persona natural sin residencia en Colombia, según el caso, realiza toda o parte de su actividad.*

Este concepto comprende, entre otros, las sucursales de sociedades extranjeras, las agencias, oficinas, fábricas, talleres, minas, canteras, pozos de petróleo y gas, o cualquier otro lugar de extracción o explotación de recursos naturales. (La cursiva no es del texto).

También se entenderá que existe establecimiento permanente en el país, cuando una persona, distinta de un agente independiente, actúe por cuenta de una empresa extranjera, y tenga o ejerza habitualmente en el territorio nacional poderes que la faculten para concluir actos o contratos que sean vinculantes para la empresa. Se considerará que esa empresa extranjera tiene un establecimiento permanente en el país respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa extranjera, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el párrafo segundo de este artículo.

Parágrafo 1°. *No se entiende que una empresa tiene un establecimiento permanente en Colombia por el simple hecho de que realice sus actividades en el país a través de un corredor o de cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del giro ordinario de su actividad. No obstante, cuando el agente independiente realice todas o casi todas sus actividades por cuenta de tal empresa, y entre esa empresa y el agente se establezcan, pacten o impongan condiciones respecto de sus relaciones comerciales y financieras que difieran de las que se habrían establecido o pactado entre empresas independientes, dicho agente no será considerado como agente independiente para efectos de este párrafo.*

Parágrafo 2°. *No se entiende que una empresa extranjera tiene un establecimiento en el país cuando la actividad realizada por dicha empresa es de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio.”*

“Artículo 87. *Adiciónese el artículo 20-2 al Estatuto Tributario:*

Artículo 20-2. Tributación de los establecimientos permanentes y sucursales. *Las personas naturales no residentes y las personas jurídicas y entidades extranjeras que tengan un establecimiento permanente o una sucursal en el país, según el caso, serán contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios con respecto a las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional que le sean atribuibles al establecimiento permanente o a la sucursal, según el caso, de acuerdo con lo consagrado en este artículo y con las disposiciones que lo reglamenten. La determinación de dichas rentas y ganancias ocasionales se realizará con base en criterios de funciones, activos, riesgos y personal involucrados en la obtención de las mencionadas rentas y ganancias ocasionales.*

Parágrafo. *Para propósitos de la atribución de las rentas y ganancias ocasionales a que se refiere este artículo, los establecimientos permanentes y las sucursales de sociedades extranjeras deberán llevar contabilidad separada en la que se discriminen claramente los ingresos, costos y gastos que les sean atribuibles. Sin*

perjuicio del cumplimiento por parte de los obligados al régimen de precios de transferencia de los deberes formales relativos a la declaración informativa y a la documentación comprobatoria, para efectos de lo establecido en este artículo, la contabilidad de los establecimientos permanentes y de las sucursales de sociedades extranjeras deberá estar soportada en un estudio sobre las funciones, activos, riesgos y personal involucrados en la obtención de las rentas y de las ganancias ocasionales atribuidas a ellos.”

De la lectura del artículo 20-1, se desprende que dentro del concepto de establecimiento permanente, están comprendidos entre otros, las **sucursales de sociedades extranjeras**, por lo que éstas desde luego, son destinatarias de las reglas de carácter tributario previstas en el Decreto 3016 de 2013 a través del cual se reglamenta parcialmente el estatuto tributario; pero ello no significa que la vigilancia que recae sobre éstas, se haga extensiva a las “agencias, oficinas, fábricas, talleres, minas, canteras, pozos de petróleo y gas, o cualquier otro lugar de extracción o explotación de recursos naturales”, y otros entes, incluidos bajo el concepto de “**establecimiento permanente**”.

Adicional a lo anterior debe tenerse en cuenta que las normas que determinan las causales de vigilancia por parte de esta Superintendencia, contenidas ahora en el Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, único reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, son de carácter restrictivo y no pueden aplicarse por vía analógica..

A ese propósito es preciso observar que inicialmente la vigilancia de las sucursales de sociedades extranjeras, fue regulada por el artículo 470 del Código de Comercio que luego derogó de manera expresa el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006.

A su vez se tiene que si bien el Decreto 4350 de 2006, en su artículo 5° establecía: *”Estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en los términos que lo indican las normas legales pertinentes”* entre otras *“Las Sucursales de Sociedades Extranjeras, al tenor de lo previsto por el artículo 470 del Código de Comercio”*, dicha disposición fue reemplazada luego por el artículo 1° del Decreto 2300 de 2008, a través del cual se reglamentó el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006 y se determinaron los presupuestos de vigilancia de las sucursales de sociedades extranjeras, actualmente, contenidas en el artículo 2.2.2.1.2.1, del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015- Decreto único reglamentario del sector comercio, industria y turismo, a cuyo tenor se tiene:

“Quedaran sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades la sucursales de sociedades extranjeras cuando:”

Se verifique alguna de las causales de vigilancia previstas para las sociedades comerciales con domicilio en Colombia contempladas en los numerales citados o, se presente alguno de los seis (6) supuestos para ese fin descritos.

Por consiguiente, en concepto de esta oficina es dable concluir que si el “establecimiento permanente” corresponde a una sucursal de sociedad extranjera de las que tratan los Artículos 471 y ss del Código de Comercio, que se ubique en cualquiera de los presupuestos contemplados por el artículo 2.2.2.1.2.1., del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, además de estar sujeto a la vigilancia de esta Superintendencia, sería objeto del tratamiento que aplica para los “establecimientos permanentes”, conforme a la legislación tributaria.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.