

## **OFICIO 220-009293 DEL 30 DE ENERO DE 2017**

### **REF.: IMPLICACIONES TRIBUTARIAS POR LA INCORPORACIÓN DE UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA AL PAÍS.**

Me refiero a su escrito radicado bajo el número 2016-01-619752, a través del cual expone una serie de antecedentes y consideraciones, con base en los cuales consulta a esta Entidad si en su concepto, la actividad que desarrolle una empresa extranjera en Colombia, consistente en introducir mercancía extranjera a un centro de distribución logística internacional ubicado en puertos marítimos, para su venta a terceros ubicados en Colombia, representa una actividad permanente y, si por ende, debe establecer una sucursal en el país, tal como lo dispone el artículo 471 del Código de Comercio o, por el contrario, si ello no es preciso.

En primer lugar es preciso advertir que de acuerdo con el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo, que como tal no se dirige a resolver situaciones concretas, pues en esta instancia sus respuestas, se repite, son generales y abstractas, motivo por el cual no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Bajo ese presupuesto, para los fines de la inquietud planteada procede efectuar las consideraciones generales de orden jurídico y doctrinal que se estiman conducentes, no sin antes puntualizar que la consulta involucra temas de carácter estrictamente tributario, los cuales compete a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN definir con autoridad.

En este orden de ideas, el aspecto principal a considerar, exige dilucidar el alcance que tiene la expresión “negocios permanentes” o “actividades de carácter permanente”, en aras a establecer si una operación como la enunciada, haría realmente necesario incorporar una sucursal en el territorio nacional. En este sentido, el artículo 474 del Código de Comercio hace una enumeración de las actividades que para los efectos del artículo 471 ibídem, se entienden permanentes. Por supuesto que tal enumeración, no puede ser taxativa sino enunciativa, puesto que las actividades que tienen vocación de permanencia son muy variadas y de diversa índole.

A ese propósito esta Entidad ha emitido múltiples pronunciamientos, en los que, evidentemente como indica la consulta, ha señalado que es necesario establecer en cada caso concreto las circunstancias que rodean la situación, para determinar si se está en presencia de una actividad de carácter permanente y, por ende, si es preciso incorporar una sucursal al país lo que resulta predicable frente a la

situación motivo de la presente solicitud. Sin embargo, existen otros conceptos como el Oficio 220-30783, en el que se pone de presente que en ‘...las disposiciones legales pertinentes no existe un tiempo exacto de duración para determinar la permanencia, la cual está supeditada, por ejemplo, a la infraestructura que en un momento determinado despliegue la sociedad extranjera en el país, así como a la naturaleza del servicio a prestar...’. Otro concepto contenido en el Oficio 220-026980 del 13 de marzo de 2013, explica que la permanencia “ también se define teniendo en cuenta el tiempo durante el cual se va a desarrollar la actividad, pues es esta duración lo que determina si la casa matriz se encuentra o no obligada a la apertura de la sucursal respectiva.’

Igualmente, el Oficio EX-05714 del 16 de mayo de 1987, que se trajo a colación mediante Oficio 220-121536 del 24 de octubre de 2011, precisó en su momento ‘El concepto de permanencia según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consiste en "duración, firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad", de tal manera que si se realiza una actividad por fuera de este concepto, es considerada como un simple acto independiente.’ (...) Más adelante agrega ‘...en cada caso habrá de procederse a examinar el objeto social a desarrollar por parte de la sociedad extranjera en Colombia. Para el efecto, se reiterado la necesidad de analizar la actividad en cuanto a su naturaleza, habitualidad, duración etc., circunstancia que impone conjugar elementos como el de la perseverancia, estabilidad, duración e inmutabilidad, propios de la permanencia y necesarios para configurar los presupuestos legales requeridos para incorporar una sucursal al territorio nacional.’

Es así que se entiende por permanente lo que no se realiza de manera ocasional sino en repetidas ocasiones y con vocación de perdurabilidad en el tiempo. Se puede afirmar así mismo que la permanencia hace relación a la estabilidad y la constancia. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, permanente hace alusión a lo que permanece, sin limitación en el tiempo. Y permanecer significa ‘Mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad.’ ‘Estar en algún sitio durante cierto tiempo.’ Traducido al lenguaje de los negocios que se pretenden desarrollar en Colombia, significa vincularse al país de una manera relativamente estable, a través de las actividades que hubieren sido elegidas para tal efecto.

En este orden de ideas, a la luz de la doctrina resulta claro que la forma recurrente como se ejerza la actividad, la infraestructura que se utilice para ello, la duración en el tiempo y, en general, las circunstancias de perdurabilidad en que ella se realice, son las concluyentes de la condición de permanencia que obligan incorporar una sucursal en el país. Esta conclusión, además, se verifica independientemente de cualquier circunstancia adicional, como serían las

implicaciones de naturaleza tributaria que ello acarree, toda vez que la ley no hizo ninguna distinción.

En consecuencia, si las actividades de introducir las mercancías pertenecientes a sociedades extranjeras o personas sin residencia en el país, a los Centros de Distribución Logística Internacional ubicados en puertos marítimos habilitados por la DIAN, o de enajenación de las mismas, son operaciones que se ejercen de manera frecuente o habitual y se encuentran soportadas en una infraestructura que permita su ejercicio de forma perdurable y no ocasional, resultaría incuestionable conforme a la ley mercantil la necesidad de incorporar al país una sucursal, puesto que tales acciones se enmarcarían en el supuesto del artículo 474 del Código de Comercio y como resultado de ello, sería preciso dar aplicación al artículo 471 ibídem.

Sobre este particular es pertinente observar que al tenor de lo dispuesto por el artículo 25, literal c) del Estatuto Tributario, es evidente que los ingresos que no son gravados con impuestos, por considerarlos de fuente nacional, son los que emanan de la enajenación de las mercancías extranjeras de propiedad de sociedades extranjeras o personas sin residencia en el país, que son introducidas desde el exterior en los Centros de Distribución Logística Internacional ubicados en puertos marítimos habilitados por la DIAN, y no los que emanan de la actividad misma de introducirlos, tal como se expresó en la parte inicial de la consulta. De ahí sería dable inferir que los ingresos generados por esa sola actividad, no se hallan cobijados por la prerrogativa reconocida por la citada norma, puesto que su texto es claro al indicar que los no gravados, son los obtenidos de la aludida enajenación. Luego, en concepto de este Despacho tampoco podría afirmarse que la norma tributaria quede inocua como su solicitud lo afirma, si se acata el requisito de incorporar una sucursal en Colombia para realizar dicha actividad.

En todo caso, es importante igualmente hacer énfasis en que la nacionalidad de la persona extranjera que enajena las mercancías introducidas a los centros de distribución, no varía si incorpora una sucursal en Colombia, puesto que ésta como es sabido, sólo es una extensión de su casa matriz, cuya nacionalidad se repite continúa siendo extranjera para todos los fines. En efecto, hay que tener en cuenta que las sucursales de sociedades extranjeras carecen de personería para actuar en nombre propio, en razón de ser simples derivaciones de la compañía, esto es, una extensión de la casa matriz que no goza de personería jurídica propia. Como es sabido, a pesar de no estar ellas definidas en el Código de Comercio, el artículo 497 de dicha obra remite a la definición que de estas contempla el artículo 263 ibídem, de donde se tiene que son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su

domicilio, para el desarrollo de sus negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Por las razones expuestas, la incorporación al país de una sucursal de sociedad extranjera para realizar la actividad de enajenación de las referidas mercancías, no tendría la virtualidad de variar las condiciones para la aplicación del presupuesto fáctico contenido en el artículo 12 del Estatuto Tributario. De cualquier manera el texto y el propósito del artículo 471 del Código de Comercio es claro, cuando exige la incorporación de una sucursal en el país, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia. Aun si el beneficio consagrado en una norma tributaria no resultara aplicable por este motivo, o se perdiera, no habrá razón suficiente en concepto de este Despacho, para derivar de ahí una excepción que la ley no ha contemplado de manera expresa.

Sin perjuicio de lo que al respecto estime la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, cabe recalcar que si los destinatarios de la norma tributaria no se ubican en los precisos supuestos de hecho que dan origen a su aplicabilidad, o no pueden hacerse acreedores a los beneficios que ella otorga, por no ubicarse en el marco conceptual correspondiente, no es viable forzar la ley en aras de conseguirlos.

En los anteriores términos ha sido atendida su solicitud, no sin antes reiterar que la presente respuesta, tiene el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.