RAFAEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ

ANÁLISIS COMPARADO DE LA TRIBUTACIÓN DE FILIALES Y SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA, BAJO EL ENFOQUE DE LA OCDE EN MATERIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y DE ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.

(Maestría en Derecho del Estado con Énfasis en Tributación)

Bogotá, agosto 2022

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN TRIBUTACIÓN

Rector:	Dr. Hernando Parra Nieto
Secretaria General:	Dr. José Fernando Rubio
Directora Departamento Derecho Fiscal:	Dra. Olga Lucia González
Directora de Tesis:	Dr. José Manuel Castro Arango
Presidente de Tesis:	Dr. Roberto Insignares
Jurados de Tesis:	Dr. Omar Cabrera
	Dr. German Camilo Perdomo

Las ideas están exentas de impuestos

(Proverbio alemán)

Resumen

Este trabajo de tesis para optar por el grado en la Maestría en derecho del Estado con Énfasis en Tributación analiza desde un estudio comparado la tributación en Colombia de las filiales y sucursales de sociedades extranjeras en el país, desde el enfoque de la normatividad local, así como desde un análisis técnico de la aplicación de las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia y de atribución de beneficios a establecimientos permanentes, para concluir con las implicaciones fácticas de los convenios para evitar la doble imposición suscritos entre Colombia y otros estados.

La finalidad de este análisis comparado no es otra cosa que establecer si bajo la legislación colombiana existen diferencias en el tratamiento tributario que puedan considerarse significativas entre la figura de la filial y la figura de la sucursal de sociedad extranjera y ofrecer así una perspectiva tributaria de cada una de estas dos posibilidades de inversión en Colombia.

Abstract

This thesis text document to opt for the Master's Degree in State Law with Emphasis on Taxation analyzes from a comparative study the taxation in Colombia of the subsidiaries and branches of foreign companies in the country, from the approach of local regulations, as well as from a technical analysis of the application of the OECD guidelines on transfer pricing and the attribution of benefits to permanent establishments, to conclude with the factual implications of the agreements to avoid double taxation signed between Colombia and other states.

The purpose of this comparative analysis is nothing more than to establish whether under Colombian legislation there are differences that can be interpreted as discriminatory between the figure of the subsidiary and the figure of the branch of a foreign company and thus offer a tax perspective of each of these two investment possibilities in Colombia.

Tabla de contenido

Pág.

Introducción 9

Capítulo 1

La tributación internacional y los mecanismos para asignar la potestad tributaria..... 12

1.1 Los Precios de Transferencia 12

1.1.1 Principio de Plena Competencia. 13

1.1.2 Antecedentes. 13

1.1.3 Manipulación de utilidades..... 14

1.1.4 Importancia de los precios de transferencia. 15

1.1.5 Principio de Plena Competencia (Arm's Length)..... 16

1.1.6 Comparabilidad. 19

1.2 Métodos de Precios de Transferencia 19

1.2.1 Método de Precio Comparable No Controlado (Comparable uncontrolled Price method). 20

1.2.2 Método del Precio de Reventa (Resale Price method). 20

1.2.3 Método del Costo Adicionado (Cost plus method). 20

1.2.4 Método de Participación de Utilidades (Transactional net margin method)..... 21

1.2.5 Método Residual de Partición de Utilidades (Transactional net margin method)..... 21

1.2.6 Método de Márgenes Transaccionales de Utilidad de Operación (Unitary approach). 21

1.3 Manipulación de Transfer Princing; "Legal pero no moral." 22

1.4 Precios de Transferencia en Colombia 26

Capítulo 2

Caracterización teórica de las filiales y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia 28

2.1 Definición de Sociedad filial y Sucursal 29

2.1.1 ¿Qué es una filial? *29*

2.1.2 ¿Qué es una sucursal? *29*

2.2 Diferencias entre una filial y una sucursal, que afectan la aplicación del principio de plena competencia en el análisis de precios de transferencia. 30

2.2.1 Patrimonio. *31*

2.2.2 Personería jurídica. *32*

2.2.3 Vinculación económica. *33*

2.2.4 Facultades del administrador. *35*

2.2.5 Responsabilidades y atribuciones. *35*

2.2.6 Control cambiario. *37*

2.2.7 Órganos de administración y control. *38*

2.3 El concepto de Sucursal y establecimiento permanente 39

2.4 La atribución de rentas en modelo OCDE 41

2.5 Aplicación del modelo OCDE en el entorno y la referencia normativa dentro de la legislación colombiana 42

2.5.1 Homologar a la Sucursal a una entidad independiente *42*

2.5.2 Premisa básica de criterio autorizado por la OCDE. *44*

2.5.3 Primera fase del análisis de atribución de beneficios *45*

2.5.3.1 Análisis funcional y factual. 45

2.5.3.2 Atribución de activos. 50

2.5.3.3. Atribución de riesgos. 52

2.5.3.4. Atribución del capital libre. 53

2.5.3.5 Aceptación de las operaciones internas. 56

2.5.4 Segunda fase del Análisis de Atribución de beneficios: 57

Capítulo 3

Tributación de las filiales y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia. Análisis Comparado 59

3.1 Tratamiento contable 59

3.2 Determinación del impuesto sobre la renta. 61

3.3 Normas de subcapitalización 63

3.4 Dividendos 64

3.5 Impuesto al Patrimonio 70

Capítulo 4

Los CDI y su aplicación en la distribución de dividendos en las filiales y las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia a sus vinculados del exterior. Análisis comparado 72

Conclusiones 85

Bibliografía 94

Lista de Tablas

Pág.

Tabla 1. CDI firmados por Colombia 10

Tabla 2. Comparativo de la caracterización jurídica entre filiales y sucursales de sociedades extranjeras 38

Tabla 3. Análisis de los artículos 7 y 10 en los cdi firmados por Colombia 80

Lista de Figuras

Pág.

Figura 1. Comparación de independencia frente a entidades controlantes 34

Figura 2. Estructura de vinculados económicos de un EP o Sucursal de sociedad extranjera 46

Figura 3. Fórmula atribución de ingresos 57

Figura 4. Depuración del beneficio atribuido a un EP o sucursal de sociedad extranjera 66

Figura 5. Tasa efectiva de tributación de una filial 66

Figura 6. Ejemplo depuración de la base fiscal para un EP o sucursal de sociedad extranjera 69

Figura 7. Determinación de los INRC 69

Introducción

El abril de 2020 Colombia se convirtió formalmente en miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE luego de un proceso que inició en 2013 y durante el cual el país adoptó una serie de reformas estructurales para armonizar su legislación, sus políticas y sus prácticas públicas a las normas de la OCDE, en particular sobre cuestiones laborales, tributarias, de reforma de su sistema de justicia, de gobierno corporativo de las empresas de propiedad estatal, de leyes antisoborno, de comercio, entre otras.

Algunas de esas reformas tuvieron asidero en la legislación tributaria, especialmente en materia de tributación internacional, y particularmente en asuntos referentes a la tributación de las sociedades de capital extranjero (filiales) y de los establecimientos permanentes (EP) cuyos criterios fueron orientados a los modelos y directrices de la OCDE, en especial a las Directrices de la OCDE en materia Precios de Transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias y al Informe sobre la atribución de beneficios a establecimientos permanentes de la misma organización.

De otra parte, Colombia ha suscrito a la fecha 17 Convenios para evitar la doble imposición (CDI), de los cuales 13 se encuentran en vigor y 4 aún pendientes de trámites.

Tabla 1.

CDI firmados por Colombia

País	Norma	Entrada en vigor
República Francesa.	Ley 2061 de 2020	1 de enero de 2022
República Italiana.	Ley 2004 de 2019	10 de julio de 2021
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.	Ley 1939 de 2018	13 de diciembre de 2019
República Checa.	Ley 1690 de 2013	5 de junio de 2015
República Portuguesa.	Ley 1692 de 2013	30 de enero de 2015
República de la India.	Ley 1668 de 2013	7 de julio de 2014
República de Corea.	Ley 1667 de 2013	7 de marzo de 2014
Estados Unidos Mexicanos.	Ley 1568 de 2012	7 de noviembre de 2013
Canadá.	Ley 1459 de 2011	6 de diciembre de 2012
Confederación Suiza.	Ley 1344 de 2009	1 de enero de 2012
República de Chile.	Ley 1261 de 2008	22 de diciembre de 2009
Reino de España.	Ley 1082 de 2006	23 de octubre de 2008
Comunidad Andina de Naciones.	Decisión 578 de 2004	1 de enero de 2005

Nota. Elaboración propia con datos de (DIAN, 2022)

En este mismo proceso, Colombia ha suscrito acuerdos para el intercambio de información tributaria con Emiratos Árabes, Barbados y Estado Unidos.

La implementación de las reformas tributarias adoptadas en el proceso de incorporación de Colombia a la OCDE, así como la suscripción los CDI ha sido objeto de una extensa reglamentación interna especialmente para el caso de las reformas estructurales, y de doctrina y jurisprudencia para el caso de los CDI.

En este sentido para los inversionistas extranjeros, o mejor, para la inversión extranjera en Colombia, resulta relevante analizar los mecanismos jurídicos a través de los cuales se puede protocolizar la inversión dando cumplimiento a las normas tributarias, mercantiles, laborales y cambiarias y comparando además las mejores opciones en materia de planeación tributaria.

Considerando lo anterior, las figuras más representativas que adoptan las empresas extranjeras para incursionar sus negocios en Colombia obedecen especialmente a las filiales y a

los establecimientos permanentes. Cada una de estas dos opciones existentes en el ordenamiento jurídico colombiano tienen características propias en materia mercantil, contable y tributaria y sumado lo anterior, pueden surgir diferencias significativas en materia impositiva en el caso de empresas residentes en países con los que Colombia ha celebrado CDI, frente a inversión proveniente de países con los que no se encuentra un acuerdo en tal sentido.

Tener una visión comparativa del tratamiento interno del impuesto sobre la renta para esas dos alternativas de inversión (filial, y establecimiento permanente) otorgará una herramienta importante para asesores, titulares y administradores de las inversiones extranjeras que les permita definir con mayor sustento los vehículos de inversión en Colombia.

Para lo anterior, se hará un análisis comparado del tratamiento tributario, por lo menos en lo que respecta a impuesto sobre los beneficios, haciendo un recorrido además por aspectos como la norma mercantil, las responsabilidades de los administradores, y la independencia de las casas matrices o casas centrales.

Capítulo 1

La tributación internacional y los mecanismos para asignar la potestad tributaria

Iniciaremos nuestro estudio con el análisis de los mecanismos internacionales que definen la potestad tributaria entre dos países cuando se dan relaciones comerciales entre empresas vinculadas, orientando este trabajo en dos líneas de trabajo: la primera con un análisis comparado entre filiales y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia, y la segunda entorno a las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia para empresas multinacionales y de atribución de beneficios a establecimientos permanentes.

1.1 Los Precios de Transferencia

Los Precios de transferencia se pueden definir como el valor asignado por una empresa a los bienes y/o servicios que transfiere a otra empresa vinculada económicamente en una operación definida premeditadamente y bajo el conocimiento de los responsables de cada una de las partes relacionadas. Dicho de manera más simple es el precio por el cual una entidad transfiere a un vinculado, bienes o servicios.

1.1.1 Principio de Plena Competencia.

El Principio de Plena Competencia - PPC o principio arm´s length[1] (brazo extendido) se define como una filosofía o política que consiste en realizar las operaciones con vinculados económicos tratándolos como si fueran partes independientes.

El objetivo básico del Principio de Plena Competencia, desde el punto de vista impositivo, es evitar que las Compañías vinculadas manipulen las rentas obtenidas en sus negocios para que estas tributen de acuerdo con su conveniencia, y no de acuerdo con la asignación de rentas que debe darse en cada País donde realizan operaciones.

1.1.2 Antecedentes.

La apertura económica generó el cambio en la manera de operar por parte de las grandes corporaciones multinacionales, ya que éstas buscan como objetivo primordial incrementar su escala de ganancias por la venta de productos y servicios a nivel mundial, a través del establecimiento de filiales en aquellos lugares donde existen consumidores y condiciones adecuadas para la producción con costos reducidos. Esto ha permitido una vigorosa integración de los diversos mercados del mundo conocida como “Globalización”.

La globalización busca la eliminación de las fronteras bajo el signo del libre flujo de bienes servicios y personas, en un entorno mundial. La misma tiene como objetivo primordial vender, y para ello el mundo es un pequeño mercado, donde sólo existen productores, vendedores y consumidores, sin importar las fronteras ni los intereses de los gobiernos, ya que la competencia exige estar a la vanguardia, para no quedar fuera del modelo globalizador. Este fenómeno ha

[1] Principio arm´s length o brazo extendido en español, que significa tomar distancia desde un punto de vista tributario con un vinculado en el exterior, para tratarlo como si fuera una entidad independiente.

originado que grandes corporaciones multinacionales acumulen un poder económico superior al de algunos países del mundo; esto es, un poder superior al de la figura jurídica del Estado.

Por ello los gobiernos de los diversos países, aplican reglas fiscales para gravar a las empresas multinacionales. Esto presenta complejos problemas fiscales para los gobiernos y para las multinacionales, ya que las diversas reglas deben ser aplicadas bajo un enfoque internacional.

1.1.3 Manipulación de utilidades.

La manipulación de los precios de transferencia se llega a dar por diversas causas, dentro de las cuales se pueden identificar las siguientes:

- Por mantener por parte de un gobierno tasas impositivas altas.
- Por estrategias del grupo multinacional para penetrar en un mercado que maneja la competencia.
- Por desconocimiento de un precio real ante la falta de transacciones con empresas independientes.
- Por reducir el pago de impuestos.
- Para aprovechar un subsidio otorgado a algún sector, etc.

Lo cierto es el hecho de que los grupos de las compañías multinacionales buscan maximizar sus beneficios en todos los sentidos para poder permanecer en la competencia, llámese a través de la reducción de costos de producción, compra de materia prima más barata, pago de salarios en países de mano de obra barata, menores impuestos.

Para explicar lo anterior, se puede utilizar la situación específica de una filial de un grupo multinacional en un país con una tasa corporativa del 35%, un impuesto sobre dividendos del 5%;

es decir, esto arroja un costo (Impuesto) para el grupo del 40% sobre las ganancias de la filial, lo que pudiera generar una razón para el grupo multinacional busque aprovechar un mecanismo de precios Inter compañías (Triangular la venta desde una filial en un país con tasa interior), para implantar sus estrategias globales de transferencias de utilidades, considerando las oportunidades que se derivan de su naturaleza internacional y vender más caro el producto a la filial del país con tasa elevada, con objeto de que ésta última aumente sus deducciones, disminuya su base gravable y por ende genere un menor pago de impuestos en el país donde reside.

Por lo anterior, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha desarrollado una serie de directrices de la aplicación de reglas de precios de transferencia, basada en el concepto de entidad separada (Principio de Plena Competencia o Arm's Length) buscando eliminar problemas entre los grupos multinacionales y los gobiernos por las transacciones desarrolladas por estos grupos en los diferentes países.

La OCDE establece en sus lineamientos internacionales el principio de plena competencia o de Arm's Length, que se basa en los puntos básicos de comparabilidad y los diferentes métodos para determinar la utilidad correcta en operaciones entre empresas relacionadas.

1.1.4 Importancia de los precios de transferencia.

En un entorno mundial, los precios de transferencia pueden ser utilizados como mecanismos que incrementen el valor económico del grupo multinacional en su conjunto, mediante la transferencia de recursos de una filial a otra. Es decir, las corporaciones multinacionales llegan a fijar sus precios de transferencia para reasignar recursos entre las diversas filiales y la casa matriz.

Sin embargo, en este entorno de globalización, las corporaciones multinacionales también se ven presionadas por las gestiones e instrumentos de la fiscalización de los gobiernos de cada país, mediante los cuales buscan evitar la manipulación de los precios de transferencia, y evitar acciones que afecten la economía del país.

Los impuestos deben cargarse a la filial en la nación que generó las utilidades, pero las empresas multinacionales pueden buscar, mediante las transferencias intercompany, no sólo lograr los fines del negocio, sino en algunos casos disminuir también la carga impositiva.

En contraposición, los gobiernos buscan ejercer control sobre todas las multinacionales, para que éstas paguen adecuadamente en el país en que se genere la utilidad. En el caso de las multinacionales, la necesidad de cumplir con las leyes y con los requisitos administrativos de cada país en el que se encuentran sus filiales, crea problemas y cargas administrativas adicionales. Por su parte, las administraciones fiscales conforme su legítimo derecho, necesitan fiscalizar las utilidades de los contribuyentes conforme a los ingresos y gastos que se originan dentro de su territorio, de una manera que se considere razonable, y al mismo tiempo evitar una posible doble tributación.

1.1.5 Principio de Plena Competencia (Arm's Length).

El principio de plena competencia se basa en el concepto de entidad separada para las transacciones dentro de un grupo. Es decir, no obstante se trate de un grupo multinacional donde todas las empresas se desprenden de la misma matriz, y las ventas se realizan entre empresas hermanas, este principio se basa en considerar a cada uno de los miembros del grupo como sí se tratara de una empresa ajena y separada del mismo, que pretendería encontrar los mejores precios de compra y los precios más atractivos en la venta, para obtener una utilidad similar a la generada

por empresas independientes que determinan sus utilidades por las fuerzas del mercado y no por condiciones especiales impuestas por el grupo multinacional. (OCDE , 2017, pág. 41)

Dicho principio busca eliminar las ventajas fiscales de los miembros de un grupo multinacional generadas por las condiciones especiales en sus relaciones, y con ello otorgar una paridad del tratamiento fiscal aplicable a una empresa independiente y a una empresa relacionada que, de otra manera, distorsionarían la relativa posición competitiva de cualquier tipo de entidad. Al eliminar estas consideraciones fiscales de las decisiones económicas, el principio de plena competencia promueve el crecimiento de comercio internacional y de la inversión.

El artículo 9 del modelo convenio para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal de la OCDE, (2010, p. 27) establece que cuando:

> a) Una empresa de un Estado contratante, participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante.
>
> b) Unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse “a imposición en consecuencia.

Tal como lo mencionan las definiciones anteriores, se entiende que existen partes relacionadas (vinculadas económicas) cuando se da alguno de los supuestos antes citados. Sin embargo, para una comprensión más clara y completa de los términos a que se refiere el modelo

convenio, procederemos a revisar su significado en la vigésima primera edición del Diccionario del Real Academia Española que define como:

> Directa: (Del lat. Directus, p.p. de dirigére, dirigir) adj. Derecho o en línea recta. Va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios (RAE, 2022)
>
> Dirección: (Del lat. Directío, -ónis.) Acción y efecto de dirigir. Camino o rumbo que un cuerpo sigue en su movimiento. Consejo, enseñanza y preceptos con que se encamina alguien. Conjunto de personas encargadas de dirigir una sociedad, un establecimiento, una explotación, etc. Oficina o casa en que despacha el director o los directivos. (RAE, 2022)
>
> Control: (Del fr. Contóle.) m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. Dominio, mando, preponderancia. Oficina, despacho, dependencia, etc. Donde se controla. (RAE, 2022)
>
> Capital: (Del lat. Capitálitis.) 11. Econ. Elemento o factor de la producción constituido por inmuebles, maquinaria o instalaciones de cualquier género, que, en colaboración con otros factores, se destina con carácter permanente a la obtención de un producto. 12. Econ. Conjunto de bienes materiales, aportados por los socios fundadores al constituir una empresa y eventualmente los accionistas. (RAE, 2022)

Con la lectura de los conceptos anteriores, y bajo la definición del modelo de la OCDE, se puede afirmar, que en aquellos casos en que exista capital, control o dirección en la participación de una empresa o persona en otra empresa, se estará bajo el supuesto de parte relacionadas en empresas vinculadas.

De lo anterior, se desprende que, para llevar a cabo la determinación correcta de los precios entre partes relacionadas, se busca la reproducción de fuerzas de mercado, es decir oferta y

demanda, en las operaciones entre relacionadas, como si se hubiesen pactado entre independientes, ya que esto llevaría a que las empresas de un mismo grupo generarían las mismas utilidades que las empresas independientes, bajo las reglas del mercado. Para poder aplicar el principio de la plena competencia antes referido, se requieren dos puntos esenciales: la "comparabilidad" y la "metodología".

1.1.6 Comparabilidad.

En cuanto a comparabilidad se refiere, es indispensable que las características económicas relevantes de las situaciones que se están comparando sean lo suficientemente comparables.

Es decir, entre las situaciones que se están comparando no deben existir diferencias que puedan afectar en forma significativa la condición que se está examinando en la metodología, o en caso de que existan dichas diferencias, las mismas se deben poder eliminar mediante la aplicación de ajustes adecuados.

1.2 Métodos de Precios de Transferencia

La metodología es esencial al igual que la comparabilidad, porque a través del método de precios de transferencia se llega a la determinación de ingresos o deducciones aplicables a la transacción evaluada. Todos los métodos que aplican el principio de plena competencia pueden

ligarse al concepto de que las empresas independientes consideran las opciones que tienen disponibles y la forma como determinan el resultado. Los seis métodos que se encuentran en las directrices de precios de transferencia de la OCDE (2017) son:

1.2.1 Método de Precio Comparable No Controlado (Comparable uncontrolled Price method).

Este método consiste en la comparación del precio en la transferencia de bienes o servicios entre compañías vinculadas, frente al precio de los mismos bienes o servicios en situaciones comparables pero pactado entre partes independientes. (OCDE, 2017, pág. 114)

Para aplicar este método es necesario un alto grado de similitud entre los bienes o servicios comparados, como de las circunstancias implícitas para la definición del negocio, como, por ejemplo, condiciones de plazo, los términos de negociación de la importación (incoterms), cantidades, política de devoluciones, garantías, entre otras circunstancias.

1.2.2 Método del Precio de Reventa (Resale Price method).

Este método está basado principalmente en el cálculo del margen bruto de las operaciones (calculado como el producto de dividir la utilidad bruta entre las ventas). De esta forma el margen bruto obtenido en una operación es comparado con el margen obtenido por un grupo de empresas seleccionadas como comparables. (OCDE, 2017, pág. 119)

1.2.3 Método del Costo Adicionado (Cost plus method).

Este método consiste en añadir al costo de los bienes o servicios transferidos, el margen que hubiese obtenido en operaciones similares con entidades independientes o en su defecto el margen obtenido en las mismas operaciones por entidades independientes comparables. El costo

así añadido con el margen se compara con el precio de los bienes o servicios transados en una operación entre vinculados. (OCDE, 2017, pág. 125)

1.2.4 Método de Participación de Utilidades (Transactional net margin method).

En este método se estima la utilidad resultante en una operación entre vinculados, y asigna la utilidad que debería recibir cada una de las partes relacionadas en función a su participación para el desarrollo de la operación, los riesgos, y las inversiones realizadas por cada entidad. Este método se utiliza cuando la operación a realizar es propia de la estructura del modelo de negocio formado por las partes vinculadas. (OCDE, 2017, pág. 151)

1.2.5 Método Residual de Partición de Utilidades (Transactional net margin method).

En este método se elimina el efecto que se obtiene sobre las utilidades las condiciones especiales en una operación entre vinculados y redistribuye la asignación de los beneficios como si la operación se hubiera acordado entre empresas independientes con base en su participación en la operación. (OCDE, 2017, pág. 151)

1.2.6 Método de Márgenes Transaccionales de Utilidad de Operación (Unitary approach).

Consiste en comparar la rentabilidad operacional obtenida en una operación entre vinculados económicos, frente al mismo indicador obtenido con o entre partes independientes, analizando factores de rentabilidad sobre el activo, ventas, rentabilidad del flujo de efectivo, rentabilidad del patrimonio, entre otros. (OCDE , 2017, pág. 133)

1.3 Manipulación de Transfer Princing; “Legal pero no moral.”

La dinámica internacional de los negocios evoluciona como consecuencia de los avances en tecnología, la cobertura mundial de los bienes y servicios ofertados, y de la demanda de soluciones rápidas por parte de los consumidores, entre otros factores. Así, cada día los negocios internacionales realizados por las Empresas Multinacionales incrementan el monto de sus operaciones y desarrollan nuevas formas de operar para, buscando siempre maximizar los beneficios.

Así mismo la normatividad de cada país, en temas aduaneros, mercantiles y tributarios, hace que las Multinacionales tomen decisiones respecto de las ventajas o desventajas que les imponen dichas legislaciones. Mayores o menores cargas impositivas, beneficios o bloqueos arancelarios, tramites regulatorios, entre otros, son factores con los que deben convivir a diario las grandes Corporaciones.

Uno de los principales problemas que desencadena está dinámica mundial de los negocios internacionales, es precisamente la tributación de los beneficios (utilidades), es decir, lo que se denomina impositivamente como “impuesto sobre la Renta”. El problema surge porque las tarifas del impuesto sobre la renta difieren de un país a otro; por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica la tarifa es del 35%, en México la tarifa máxima es del 35%, en Panamá del 25%, en Colombia del 35%, Suiza el 20%, en Antigua y Barbuda la tarifa máxima es del 16,45%, en España del 30%, en Irlanda del 12,5%. En conclusión, si una empresa tiene utilidades en Colombia por $1 millón de dólares, deberá pagar un impuesto sobre la renta (ISR) de $350 mil dólares, mientras que otra empresa con los mismos beneficios pagaría en Antigua y Barbuda solo $164.500 dólares.

Ahora bien, a lo anterior agreguemos otros componentes que van haciendo aún más complejo el sistema tributario internacional para las Corporaciones. Se trata de la vinculación que existe entre empresas del mismo Grupo Empresarial, pero que tienen domicilio en países diferentes con diferentes tasas de tributación. Supongamos el siguiente ejemplo:

Una Empresa COL, tiene su sede principal de negocios en Colombia, donde diseña y fabrica camisetas para hombre. Luego decide extender su mercado y constituye una filial en Panamá (PAN) que se dedicará a la venta de las camisetas que serán suministradas por la Empresa Matriz Colombiana. Cada camiseta tiene un costo de producción de US$ 50 y es vendida en el mercado colombiano a mayoristas a US$ 100, a su vez la misma camiseta puede ser vendida en el mercado panameño a distribuidores a US$ 110. ¿Cuál será el precio al que la Empresa fabricante colombiana debe vender el producto a la empresa panameña?, la respuesta no es fácil, ya que el análisis para su solución depende de varios factores, por ejemplo:

- Gastos de operación (de administración y de ventas) que deban ser sufragados tanto en Panamá como en Colombia.
- Porcentaje de participación que la empresa Matriz COL, tenga en la filial PAN, o si es de su total propiedad.
- Dificultades, riesgos, inversiones, y remuneraciones en cada uno de los países.
- Impuesto que deben pagar cada una de las empresas por sus beneficios en cada jurisdicción (Tasa de ISR, Colombia 35%, Panamá 25%)

Pues bien, en este caso, el precio definido para el producto por la venta que realiza la matriz COL a su filial PAN es lo que se conoce en términos tributarios como Precio de Transferencia (Transfer Pricing). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Empresarial (OCDE) ha definido los Precios de transferencia como aquellos precios a los cuales una empresa le vende o

compra bienes o servicios a un vinculado económico o parte relacionada, los cuales deben estar basados en el principio “arm´s length”. El principio de arm´s length o brazo extendido, precisa que, para efectos de determinar los precios de transferencia, cada vinculado debe ser tratado como una empresa independiente, a lo que se le denomina también precio de libre mercado.

El caso de Apple como lo menciona Zhao (2014), la multinacional americana proveedora de software y hardware, es uno de los mejores para mostrar cómo se utilizan (manipulan) los precios de transferencia como estrategia para disminuir el pago global efectivo de impuestos, por sus ventas en Europa.

Básicamente lo que ha hecho Apple es un trabajo de ingeniería fiscal, cuya estrategia es asignar sus beneficios en los países con tasa de tributación muy baja, para ello Apple Inc., no mantiene una política de residencia fiscal exclusiva (aunque en realidad sabemos que es USA), sino que mueve estratégicamente sus actividades a través de tres empresas asociadas; Apple Operating Europe (AOE) en Irlanda, y sus filiales, Apple Sales International (ASI), Apple Distribution International (ADI). Irlanda tiene una tasa de tributación muy baja, cuya media es del 12,5%, e incluso la Unión Europea investiga si el gobierno irlandés le dio unos privilegios adicionales para que la tasa final de pago de impuestos de Apple esté cercana a tan solo un 2% de sus beneficios netos.

Pues bien, entre AOE y ASI se desarrollan los proyectos de investigación, y tienen la propiedad de los derechos intangibles de la firma (Propiedad Intelectual), y poseen un Acuerdo de Distribución de Costos (Cost Sharign), que es uno de los métodos para definir Precios de Transferencia. El método consiste en agrupar los costos de desarrollo y los costos de distribución para luego distribuirlos en función con la expectativa de Sharon beneficios esperados; dicha

distribución debe hacerse considerando el margen bruto de los asociados y los volúmenes de ventas.

La fabricación de los productos (Hardware) es contratada por AOE y ASI con un fabricante independiente en China, para luego ser revendidos a sus empresas asociadas en distribución ADI, sin que el producto llegue materialmente a Irlanda. De esta forma, Apple logra agrupar la mayor parte de sus beneficios en Irlanda, donde consolida estratégicamente la propiedad de los derechos intelectuales, lo cual se constituye en la principal justificación para consolidar el mayor margen de utilidad en ese país, y de esta forma sus empresas asociadas dedicadas a la distribución y venta directa, reciben sus productos con costos muy cercanos al precio de venta final, cuyo margen solo les permite cubrir sus gastos operativos, o en algunos casos como en España generar pérdidas.

Ahora bien, sumado a lo anterior, es de entender que el negocio de Apple tiene un componente de propiedad intelectual muy importante que le ayuda para fortalecer su justificación de método de transfer pricing. Además, sus empresas distribuidoras, aunque no generan beneficios importantes en sus países, si generan un componente importante de empleos, situación que es utilizada por Apple para presionar a los gobiernos amenazando con trasladar el domicilio de sus operaciones a otras jurisdicciones, ya que la presencia física de su negocio no es tan importante como sucede con otro tipo de productos. En resumen, se estima que Apple ha generado beneficios en Irlanda por €3.800 millones, de los cuales solo ha pagado en impuestos unos €74 millones, menos del 2%.

Otro caso que vale la pena mencionar es el de Starbucks (Zhao, 2014), que ha logrado concentrar la mayor parte de sus beneficios en Holanda, aludiendo unos presuntos riesgos inherentes del negocio de su casa matriz establecida en dicho país además de un contenido de propiedad intangible por el posicionamiento mundial de su marca. Esta situación se ha convertido

en la roca fundamental para justificar el método de precios de transferencia utilizado por esta multinacional que, a diferencia de Apple, no es un Cost Sharing, sino otro método denominado Partición de utilidades (Profit Split), que es utilizado principalmente en operaciones donde hay un componente importante de intangibles. En este método se asigna el beneficio general entre los vinculados, es dos etapas; la primera es distribuir beneficios por las actividades operativas o rutinarias que desarrolla cada parte, es decir, en relación con sus funciones, y la segunda parte consiste el distribuir el resto de los beneficios de acuerdo con el aporte (inversión, activos, riesgos) aplicable a la propiedad intelectual.

1.4 Precios de Transferencia en Colombia

Para controlar y medir el cumplimiento del Principio de Plena Competencia, y evitar así la evasión y/ elusión en el pago del impuesto de renta, a partir del año 2004 Colombia incorporó en su legislación tributaria herramientas de fiscalización para que los contribuyentes puedan demostrar que las transacciones que hacen con vinculados del exterior se efectuaron a valores de mercado como si hubieran realizado con partes independientes.

Es así como se fueron incorporando a la legislación fiscal colombiana los diferentes mecanismos de control sugeridos por la OCDE, especialmente por el enfoque de las directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. En la actualidad la legislación colombiana prevé obligaciones para los contribuyentes en materia de precios de transferencia entre las que se destacan:

- La declaración informativa

- Informe local *(local file)*
- El informe país por país *(countru by country reports)*
- El informe Maestro *(master file)*
- Informe de atribución de rentas para establecimientos permanentes y sucursales de sociedades de extranjeras

Las leyes 788 de 2002 y 863 de 2003 incorporaron al Estatuto Tributario los precios de transferencia, como una herramienta para verificar que las operaciones realizadas entre empresas vinculadas se hayan negociado a precios de mercado. Posteriormente el gobierno nacional reglamentó la materia con el Decreto 4349 de 2004.

La reforma tributaria de la Ley 1607 de 2012, dentro de un Capítulo de normas anti-evasión, realizó una extensa modificación al articulado referente a las normas sobre control de Precios de Transferencia. Dentro de las modificaciones más importantes, se definieron claramente aspectos como:

- Criterios de Vinculación
- Determinación de operaciones con vinculados
- Métodos para determinar el precio o margen de utilidad en las operaciones con vinculados.
- Criterios de comparabilidad
- Documentación comprobatoria
- Paraísos Fiscales
- Acuerdos anticipados de precios (APA), y
- Régimen sancionatorio

También es importante mencionar que en el mes de diciembre de 2013 el gobierno nacional expidió el Decreto 3030 cuya finalidad es precisar el alcance de la legislación de precios de

transferencia para los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados al régimen, observando lo establecido en las normas sustantivas, en cuanto corresponde al reglamento administrativo delimitar el tema y permitir su concreción.

Finalmente, la Reforma Tributaria Estructural de año 2016 (Ley 1819) introduce un desarrollo normativo en materia de tributación internacional en Colombia en aspectos como:

- Retención del impuesto por pagos al exterior
- Límites a los costos y gastos efectuados en el exterior
- Precios de transferencia, y
- El régimen de entidades controladas del exterior (ECE)

Capítulo 2.

Caracterización teórica de las filiales y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia

En este capítulo iniciamos el análisis comparado entre una filial y una sucursal de sociedad extranjera, tanto en su forma conceptual como en determinación tributaria en Colombia. Esta diferenciación conceptual y tributaria es necesaria para argumentar los análisis que vendrán más

adelante; nos da un espectro más amplio de la situación particular del uso de los Precios de Transferencia en Colombia, y nos enfocará en los asuntos más relevantes de las discusiones que se susciten en el desarrollo de nuestro estudio.

2.1 Definición de Sociedad filial y Sucursal

2.1.1 ¿Qué es una filial?

Una filial, es una sociedad constituida en Colombia, cualquiera que sea su conformación patrimonial (sociedad anónima, limitada, sociedad por acciones simplificada, etc.) que sea controlada por una o varias personas (matriz) de forma directa. Ahora bien, si la sociedad colombiana es controlada de forma indirecta, es decir, con la participación de otras subordinadas, se denomina subsidiaria.

Para efectos de nuestro estudio, y con el fin de poder comparar la tributación de un EP con una filial en Colombia, entenderemos que la mención de filial se referirá a una filial con Casa Matriz en el extranjero.

2.1.2 ¿Qué es una sucursal?

Una sucursal es una extensión de una sociedad domiciliada fuera del país, cuya apertura en Colombia le permite desarrollar actividades de forma permanentes en el territorio nacional, y realizar inversiones en determinados sectores de la economía colombiana, para ello la casa principal (matriz) nombra un mandatario encargado de la administración (administrador) al que se le otorgan facultades específicas desde el momento de apertura de la sucursal a través del documento constitutivo.

La sucursal, no es entonces, una Entidad independiente de su casa principal (matriz) por lo tanto todos los actos que desarrolla y de los cuales se derivan derechos y obligaciones son de titularidad de la casa principal.

Con estas definiciones es claro que una de las principales diferencias entre una filial y una sucursal de sociedad extranjera es su conformación patrimonial, ya que la primera tiene una composición accionaria a través de laguna de las opciones societarias que existen en el ordenamiento legal, mientras que la segunda lo que posee es un capital asignado por su casa principal.

De otra parte y como consecuencia de lo explicado anteriormente, la segunda gran diferencia entre una filial y una sucursal de sociedad extranjera, radica en que la primera posee personería jurídica que le permite adquirir derechos y obligaciones de forma independiente a sus accionistas, mientras que la segunda carece de dicha personería, pues como ya se mencionó, la sucursal es una extensión de su casa principal, y en consecuencia no puede asumir derechos y obligaciones de forma independiente.

2.2 Diferencias entre una filial y una sucursal, que afectan la aplicación del principio de plena competencia en el análisis de precios de transferencia.

Ya sabemos que el principio de plena competencia predica que las operaciones entre vinculados económicos deben estar exentas de beneficios o tratamientos especiales, debiendo entonces dichas operaciones, pactarse en condiciones iguales o similares de la forma como se hubiesen pactado con terceros independientes.

En épocas de pandemia se utiliza mucho la expresión “distanciamiento social” para definir la distancia física que debe darse entre una persona y otra en un mismo lugar a fin de no contagiarse. Pues bien, para efectos de precios de transferencia el principio básico define un “distanciamiento empresarial”, principio que en inglés se conoce con la expresión: “Arm’s Length” (brazo extendido) ya que en el mundo de los negocios se entiende que con un tercero independiente se mantiene una distancia para su trato comercial, y solo a los allegados (vinculados económicos) se les otorgan beneficios o condiciones especiales favorables.

Si bien, analizar operaciones entre vinculados y fundamentar su trato como si fueran terceros independientes trae sus propias implicaciones, lo es mucho más cuando se trata de una vinculación directa, desligable y absolutamente dependiente como en el caso de las sucursales, pues en realidad entre una sucursal y su casa central, no es que exista un vínculo; se trata de la misma entidad, del mismo patrimonio, de los mismos socios, de la misma estructura financiera, de mismos objetivos corporativos, de la misma esencia económica y societaria. ¿Cómo entonces pretender tratar las operaciones entre una sucursal y su casa central como si fueran terceros independientes?

Conociendo ya las diferencias conceptuales entre filial y sucursal debemos profundizar ahora en esas diferencias particulares del ordenamiento mercantil y tributario que definen los tratamientos específicos para una y otra como vehículos de inversión extranjera. Es necesario identificar estas diferencias, analizarlas, y comprenderlas para saber si afectan en los análisis de los precios de transferencia y especialmente si generan una complicación adicional en la aplicación del principio de plana competencia, veamos:

2.2.1 Patrimonio.

Una sucursal no posee patrimonio independiente de su casa central; la casa central le atribuye o asigna un capital que le permita desarrollar operaciones en el territorio colombiano, pero ese capital, no puede entenderse como un patrimonio independiente que le pueda dar autonomía financiera, se trata simplemente de unos recursos asignados con los que pueda empezar a desarrollar las actividades objeto de su constitución. La sucursal no tiene accionistas, ni estructura financiera independiente.

Entre tanto, la filial, cuenta con patrimonio independiente de su casa central ya que se conforma con cualquiera de las formas societarias existentes en Colombia, contando así con una estructura patrimonial, financiera y administrativa propia e independiente.

2.2.2 Personería jurídica.

La filial al ser constituida como una Entidad independiente, aunque su capital sea aportado por la casa matriz, goza de personería jurídica que le permite adquirir derechos y compromisos a nombre propio. Aunque los recursos que conforman su capital de la filial hayan sido aportados por la casa matriz, estos se entregan sin restricción alguna, y por lo tanto la independencia se hace más evidente, no solo desde el punto de vista jurídico sino también económico.

En contrario, la sucursal no puede adquirir derechos ni obligaciones de forma independiente a su casa central, pues todas las actividades que realiza pertenecen a una misma entidad, es algo como, “dos negocios distintos una sola entidad verdadera”. Aunque la casa central y la sucursal sean una misma entidad, es necesario para efectos de control tributario, mercantil y jurídico en Colombia que la sucursal tenga una identificación propia (Número de Identificación Tributaria – NIT), lo cual no implica para ningún efecto una división societaria que le de autonomía a la sucursal, siguen siendo una misma.

Tanto así, que la Superintendencia de Sociedades recientemente se pronunció advirtiendo que:

> Por ser la sucursal un establecimiento de comercio no tiene capacidad para adquirir por sí misma participaciones, en el entendido que, si bien pueden hacerse uso de recursos generados por la sucursal para adquirir acciones, si empre se identificará como accionista a la sociedad extranjera.” (Concepto 220-124869, 2014)

2.2.3 Vinculación económica.

Es evidente que al existir aportes de capital en una sociedad filial existe vinculación económica, además si el poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas o entidades (matriz o controlante) también se puede afirmar que existe subordinación.

El estatuto tributario es claro en definir los criterios de vinculación para efectos del impuesto sobre la renta, los cuales define en el primer artículo del Capítulo relacionado con el régimen de precios de transferencia (artículo 260-1 ET), que clasifica en 5 los criterios de vinculación así:

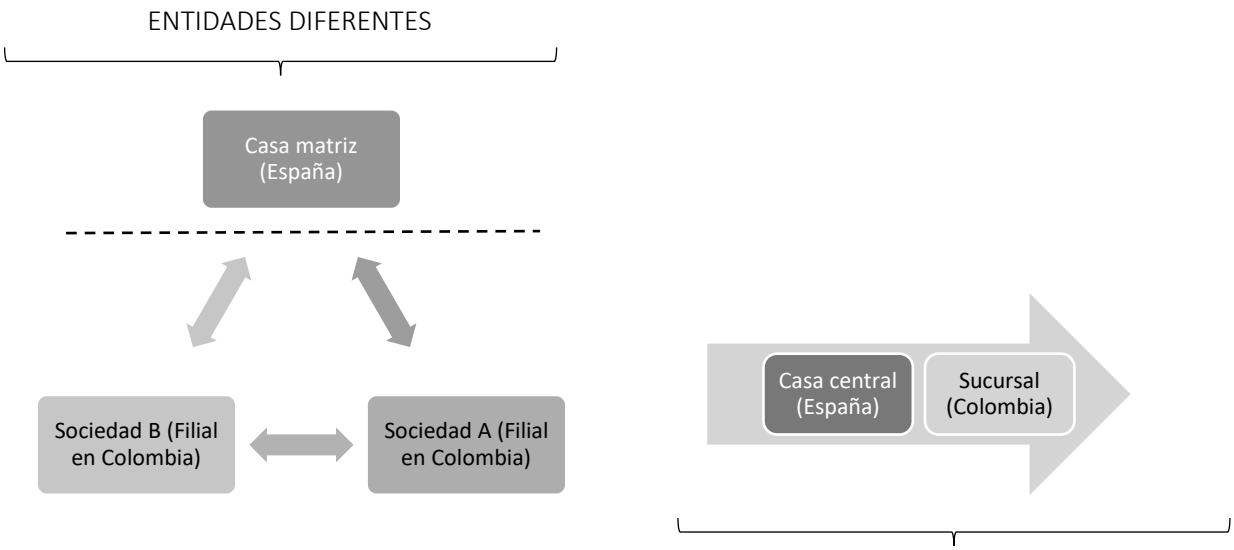
1. Subordinación
2. Sucursales, respecto de sus oficinas principales.
3. Agencias, respecto de las sociedades a las que pertenezcan.
4. Establecimientos permanentes, respecto de la empresa cuya actividad realizan en todo o en parte.
5. Otros casos de Vinculación Económica

Es de aclarar que la anterior clasificación colombiana de criterios de vinculación opera solo para los fines tributarios de la determinación del impuesto sobre la renta, pues para el caso del

numeral 2, las sucursales en realidad no tienen vinculación con su casa central pues son una misma entidad, no existe vinculación económica ni el poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de la casa central pues son los mismo, son una misma entidad.

Figura 1.

Comparación de independencia frente a entidades controlantes



2.2.4 Facultades del administrador.

Los administradores de las filiales poseen atribución y autonomía propias, e identificables conferidas por la ley, por los estatutos y en algunos casos conferidas por los órganos de dirección tales como la junta directiva, ò la asamblea de accionistas. A diferencia, las sucursales en su documento constitutivo demandan el concurso de un mandatario con funciones de administración y/o representación, cuyas facultades están limitadas y encaminadas al cumplimiento de objetivos específicos para los cuales se constituye. El administrador de la sucursal no puede ir más allá de los mandatos definidos en el documento constitutivo pues los compromisos que adquiera se le atribuyen a la casa central, por lo tanto, sus atribuciones no le dan competencia para actuar en representación de la casa principal, más allá de las atribuciones que se requieran para desarrollas las actividades en el territorio colombiano.

2.2.5 Responsabilidades y atribuciones.

La cuenta corriente comercial se refiere al flujo de recursos que existen entre vinculados económicos productos de las diferentes operaciones que ocurren entre ellos, tales como ventas, prestamos, reintegros, y demás operaciones. Un instrumento financiero otorgará derechos a una parte y obligaciones o instrumentos de patrimonio a la otra.

Pues bien, entre una filial y su matriz es muy común que en los registros contables se reconozcan tanto cuentas por cobrar como cuentas por pagar, en el entendido que, aunque tengan vinculación económica son dos entidades diferentes.

Sin embargo, el manejo de la cuenta corriente entre una sucursal y su casa central no funciona igual, ya que al tratarse de una misma entidad en teoría no se deben reflejar cuentas por cobrar o cuentas por pagar, pues técnicamente no es viable reconocer obligaciones o derechos entre un mismo ente.

De hecho, la Superintendencia de Sociedades (2013), se ha manifestado al respecto, indicando que la Sucursal al ser una extensión de su Matriz no tiene capacidad para adquirir prestamos, veamos:

> Efectuada la precisión que antecede, resulta claro que la Sucursal que se incorpora al país, no tiene capacidad para adquirir préstamos de la Casa Matriz, pues al ser la misma persona, tendría dentro de la relación contractual de mutuo, la doble condición de acreedor y deudor
>
> En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo expuesto, es claro entonces que no es jurídicamente viable la celebración de contratos de mutuo entre una Sucursal de sociedad extranjera y su Casa Matriz, pues de una parte existen taxativamente las operaciones de cambio que pueden canalizarse entre ellas y por otra parte, la Sucursal extranjera es solo una prolongación de la matriz y por ende no puede adquirir un préstamos de ella, pues es la misma persona y de llevarse a cabo dicho contrato, sencillamente se tendría dentro de una misma relación, la doble condición de acreedor y deudor. (Oficio 220-086962, 2013)

De otra parte, la misma Superintendencia de sociedades se ha referido a la falta de autonomía de la Sucursales al indicar que tampoco les es dado poder participar accionariamente en sociedades:

Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la Sucursal y que, con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante

> (…) Resulta claro que, aunque las Sucursales de sociedades extranjeras a la luz del régimen cambiario de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1735 de 1993, se consideren residentes, ello no les da la condición de personas jurídicas y por ende no pueden ser socios o accionistas de sociedades comerciales o civiles (artículo 2079 del Código de Comercio). (Superintendencia de Sociedades, 2013)

2.2.6 Control cambiario.

Como si fuera poco, las sucursales también se encuentran limitadas en materia de operaciones cambiarias, toda vez que, por su misma dependencia de la Matriz, no les es dado tener atribuciones para comprometerse con ciertos tipos de operaciones.

Así lo indica el Departamento de Cambios del Banco de la República (2003), en una resolución externa, que modifica el artículo 32 de la Resolución Externa 8 de 2000, donde

claramente se indica que la transferencia de divisas entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia sólo podrá hacerse por los siguientes conceptos:

a. Transferencia de capital asignado o suplementario.
b. Reembolso de utilidades de utilidades y capital asignado o suplementario.
c. Pago por concepto de operaciones reembolsables de comercio exterior de bienes, de conformidad con las normas aduaneras y tributarias.
d. Pago por concepto de servicios, de conformidad con las normas tributarias.

2.2.7 Órganos de administración y control.

La administración y el control difieren notoriamente entre una sucursal de sociedad extranjera y una filial. Ya hemos considerado que la filial puede estructurarse jurídicamente a través de las diferentes alternativas que permite la normatividad mercantil en Colombia, y que especialmente se refiere a diferentes tipos societarios, como son: sociedades anónimas, sociedades limitadas, sociedades por acciones simplificadas, y otras figuras. En este entendido el Código de Comercio, plantea diferentes opciones de administración y control para las sociedades tales como la asamblea de accionistas o junta de socios, las juntas directivas, la gerencia, y la revisoría fiscal, entre otros.

De otra parte, la Sucursal, al ser considerada como una extensión de su casa central no puede, en sí misma, tener órganos de administración o control propios, excepto por la obligación de tener revisor fiscal (Código de Comercio, art. 203), veamos:

Tabla 2.

Comparativo de la caracterización jurídica entre filiales y sucursales de sociedades extranjeras

	Sucursal	Filial (sociedad)
Asamblea de accionistas	La Sucursal en su estructura independiente no posee asamblea de accionistas, sus decisiones obedecen a la casa central	La asamblea de accionistas (para sociedades anónimas) o junta de socios (para sociedades limitadas) es el máximo órgano de administración
Gerencia	Es posible que, por disposición de la casa central, se nombre una gerencia específica para la Sucursal, aunque generalmente la casa central se reserva este derecho	Es el modelo de administración más utilizado, y sobre este órgano generalmente recae la representación legal.
Representante Legal	Normalmente las funciones de Representante Legal son asumidas por un mandatario	El Representante Legal es elegido por la Asamblea de Accionistas
Junta Directiva	Generalmente las sucursales no se designa Junta Directiva	Se puede utilizar la figura de Junta Directiva, que es nombrada por la Asamblea de Accionistas
Mandatario	El mandatario es dedignado por la casa central	No existe
Revisor Fiscal	Por disposición legal las sucursales de sociedades extranjeras se encuentran obligadas a tener revisor fiscal.	La obligación de tener revisor fiscal depende del cumplimiento de ciertos requisitos referentes a monto de patrimonio o monto de ingresos.

2.3 El concepto de Sucursal y establecimiento permanente

El concepto de establecimiento permanente es una definición que se origina por la necesidad de distribuir equitativamente la potestad tributaria entre dos o más estados sobre las rentas o beneficios empresariales, que ha venido evolucionando en la medida que los negocios internacionales cambian.

De acuerdo con el modelo OCDE de convenios para evitar la doble imposición, un establecimiento permanente es *"un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad."*, este concepto incluye las oficinas de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, talleres, las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales. Todo lo anterior en el entendido en que el

establecimiento está ubicado en una jurisdicción (país) diferente al de la empresa casa central, matriz o mandante; pues en efecto, se trata de una figura de la tributación internacional.

De otra parte, el modelo OCDE de convenios para evitar la doble imposición también define ciertas actividades o situaciones que no se deben considerar dentro del universo de establecimiento permanente, tales como los depósitos o bodegas con el único fin de almacenar mercancías, la realización de actividades a través de un corredor, comisionista o agente cuando las actividades se han desarrollado bajo condiciones independientes en actividades comparables.

También es importante mencionar que la realización de actividades de una sociedad que es controlada por otra estructura societaria con residencia en otra jurisdicción, en si no constituye un establecimiento permanente, pues los negocios pueden estructurarse mediante otras figuras jurídicas que si permiten tener claridad en la potestad tributaria de cada jurisdicción como por ejemplo las filiales o subsidiarias, que se constituyen con capital extranjero (regularmente), pero son personas jurídicas distintas e independientes ((Waltrich, 2016)), y consideradas sociedades nacionales, en el caso colombiano.(Estatuto Tributario, art.1-12)

Así entonces, las sucursales de sociedades extranjeras son vehículos para establecer negocios en Colombia, pero por no tener una independencia societaria de su casa central, son considerados establecimientos permanentes a fin de poder aplicar las reglas normativas de atribución de beneficios, para lo cual Colombia ha adoptado el criterio de atribución incluido en el modelo OCDE 2010.

Referencia de la normativa colombiana.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 469 del Código de Comercio,

> Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior y, según el artículo 471 ídem, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual deberá protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes. (Superintendencia de Sociedades, 1999)

2.4 La atribución de rentas en modelo OCDE

La atribución de beneficios o atribución de rentas es un concepto utilizado en el ordenamiento tributario de varios países que define diferentes métodos para la asignación de las rentas sobre las cuales debe tributar un establecimiento permanente en la jurisdicción donde desarrolla actividades en nombre de su casa central. Este concepto se aleja de los modelos de percepción o devengo que se utilizan convencionalmente para efectos de determinar la renta de las personas naturales o jurídicas.

Colombia, incorporó el concepto de atribución de rentas para los establecimientos permanentes con el modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)[2] con la promulgación de la reforma tributaria (Ley 1607), que en consonancia con los

[2] Ver OECD (1994). Issues in International Taxation No. 5: Model Tax Convention: Attribution of Income to Permanent Establishments. OECD (2001). Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments. OECD (2004). Discussion Draft on the Attribution of profits to permanent establishments. OECD

planteamientos de la OCDE, estableció para el artículo 20-2 del ET que los establecimientos permanentes y las sucursales de sociedades extranjeras serán contribuyentes por las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional que les sean atribuibles, a través de un estudio de sobre las funciones, activos, riesgos, personal involucrados en la obtención de tales rentas y ganancias ocasionales.

Por su parte, el artículo 58 de la Ley 1943 de 2018 (llamada ley de financiamiento) estableció que para efectos de lo establecido en los artículos 20, 20-1, 20-2 del Estatuto Tributario que los establecimientos permanentes de individuos, sociedades o entidades extrajeras de cualquier naturaleza, ubicados en el país, serán gravados sobre las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional y extranjera que le sean atribuibles.

La Ley 1943 de 2018 fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-481 de 2019 y solo tuvo efectos por el año gravable 2019. En consecuencia, el Congreso de la República aprobó en diciembre de 2019 la Ley 2010 (ley de crecimiento económico) que en su artículo 66 estableció el mismo texto que consagraba el artículo 58 de la ley de financiamiento, dejando así en firme el sistema de atribución de rentas para EP y sucursales de sociedades extranjeras.

2.5 Aplicación del modelo OCDE en el entorno y la referencia normativa dentro de la legislación colombiana

2.5.1 Homologar a la Sucursal a una entidad independiente.

El principio fundamental del modelo OCDE para atribución de beneficios a un establecimiento permanente está basado sobre el principio de plena competencia, en consecuencia,

(2006). Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments. OECD (2008). Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments. OECD (2010)

el establecimiento permanente (sucursal) debe analizarse desde la ficción teórica de una entidad independiente y distinta de su casa central. Esta ficción teórica permite tratar el EP como una entidad independiente con capacidad para contratar con terceros, por eso es común la utilización se la expresión “entidad funcionalmente separada” (functionally separate entity).

El concepto de “entidad funcionalmente separada” surge de la evolución de las diferentes pautas de la OCDE en este tema, que se inicia con el análisis de la contabilidad de las empresas e información interna de las mismas, hasta un método de atribución basado en el análisis de funciones, activos y riesgos atribuibles a los EP, como se utiliza hoy día.

Por consiguiente, el criterio autorizado por la OCDE consiste en que los beneficios atribuibles a un EP son los que este hubiera obtenido en condiciones de plena competencia si se hubiera tratado de una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, determinadas por la aplicación del principio de plena competencia en virtud del artículo 7 (OCDE, 2010, pág. 26). La expresión “beneficios de una empresa” en el artículo 7 no debe interpretarse en el sentido de que afecte a la determinación de la parte de los beneficios atribuibles al EP, más que confirmando expresamente que “la potestad tributaria no se extiende a los beneficios que la empresa pueda obtener en ese Estado por otros medios [distintos del EP]”, (es decir, no existe el “principio de fuerza de atracción”). (OCDE, 2018, pág. 18)

Referenciación normativa colombiana:

Ahora bien, el reglamento tributario colombiano en materia de atribución de rentas a establecimientos permanentes y sucursales de sociedades extranjeras incorpora el concepto de

entidad independiente a través del artículo 1.2.1.1.4.1 del DUR 1625 de 2016 (artículo sustituido por el artículo 6 del Decreto 1973 de 2019)

2.5.2 Premisa básica de criterio autorizado por la OCDE.

Dentro de los principios utilizados en la atribución de beneficios a un EP, la OCDE contempla a premisa básica de criterio autorizado (*Modelo de Convenio Tributaria sobre la Renta y el Patrimonio)*, que puede resumirse de la siguiente manera:

1. Las directrices de la OCDE definen los límites de los beneficios de un EP que pueden someterse a imposición en el país receptor del EP, pero no establecen los pormenores en que debe contener la legislación interna de cada país.
2. La atribución de beneficios se basa en el principio de plena competencia, es decir, que dicho EP hubiera obtenido en condiciones de plena competencia si se hubiera tratado de una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es EP
3. El criterio de la OCDE no obliga a considerar una pérdida que surja de una operación interna análoga para determinar los beneficios de un EP
4. El análisis de atribución de beneficios a un EP se desarrolla en dos fases:
    - La primera fase consiste en un análisis funcional y factual, que incluye la atribución de activos, y la asignación de riesgos, así como el análisis de funciones y responsabilidades asumidas por cada parte, y
    - La segunda fase asigna la remuneración derivada de las operaciones internas entre el EP y su casa central, aplicando por analogía las herramientas de precios de

transferencia, particularmente por las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por las empresas teóricamente independientes (EP y casa central)

Referenciación a la normatividad colombiana.

Sin duda, las reformas tributarias de los últimos años en Colombia, (ley 1607 de 2012, Ley 1819 de 2016, Ley 1943 de 2018 y Ley 2010 de 2019) que han introducidos cambios en la tributación de las empresas y personas sin residencia en el país, así como en la tributación de los establecimientos permanentes y las sucursales de sociedades extranjeras obedecen a las acciones previas y compromisos de Colombia en su proceso de incorporación a la OCDE.

En efecto Colombia fue invitada a iniciar conversaciones de adhesión en 2013, posteriormente en mayo de 2018 los países de la OCDE acordaron invitar a Colombia a ser miembro de la Organización, y finalmente en abril de 2020 Colombia ingresó oficialmente como país miembro de la OCDE.

2.5.3 Primera fase del análisis de atribución de beneficios

La primera fase consiste en materializar documental de una entidad funcionalmente separada, para lo cual hay que caracterizar al EP de funciones, activos y riesgos, que entraremos a analizar a continuación:

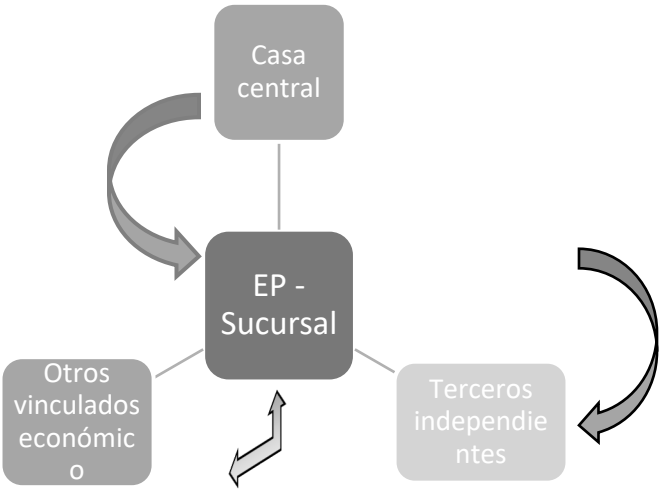
2.5.3.1 Análisis funcional y factual. Dado que el EP o la sucursal no poseen una personería jurídica distinta de la de su casa central resulta imposible analizar las

responsabilidades que pueden atribuibles al EP desde la depuración jurídica de contratos, toda vez que son inexistentes entre dichas partes. Así mismo tampoco es posible hacer un análisis desde el inventario de responsabilidades contractuales n desarrollo de la actividad propia del EP en el país receptos, toda vez que, al no contar con esa independencia jurídica y estructural, la casa central no puede desligarse de sus obligaciones comerciales, civiles o tributarias, ni evadir las responsabilidades formales o sustanciales que conlleva el desarrollo de actividades en el país receptor. (OCDE, 2018)

Esta situación obliga entonces, a redirigir el enfoque del análisis funcional, y concentrarlo en las funciones humanas sustantivas que determinan la manera como se asumen los riesgos y la propiedad económica de los activos. En este orden, deberán analizarse en tres grupos, las operaciones internas del EP realizadas con su casa central, con otras empresas vinculadas y con terceros independientes.

Figura 2.

Estructura de vinculados económicos de un EP o Sucursal de sociedad extranjera



La atribución de funciones es el punto de partida de todo el análisis de la atribución de beneficios y por lo tanto es la pieza clave en el proceso de atribución de activos, riesgos, y capital. Sin embargo, en este sentido falta un desarrollo de la normatividad tributaria colombiana para definir los métodos, procedimientos y límites que se deben considerar en su elaboración.

La OCDE a través de del Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, desarrolla este tema apoyándose en el concepto de *funciones humanas sustantivas*, es decir, con base en el estudio de las actividades del personal asignado al desarrollo de las funciones dentro del EP que claramente incorporan al personal vinculado con el EP y con la casa central, sin embargo, los lineamientos de la OCDE tampoco definen el mecanismo como se debe atribuir el personal al EP. Y es precisamente donde surge la problemática, toda vez que en la asignación de personal al EP puede llegar a ser un proceso complejo en aquella mano de obra calificada que atiende asuntos institucionales de los grupos multinacionales, o funciones administrativas propias de la entidad casa central.

Una situación que ejemplifica esta problemática es la asignación de personal ejecutivo. Supongamos la figura de un director Financiero o CFO (Chief Financial Officer), que imparte

instrucciones asume riesgos y toma decisiones para el EP, para filiales y subsidiarias de la empresa en otros países, y además es el encargado de las finanzas de la casa matriz (casa central que en muchos casos no genera ingresos de forma directa, sino que sus ingresos están representados en la distribución de beneficios de sus filiales o EP en otras jurisdicciones).

¿Cómo asignar una porción del trabajo y del costo de este empleado al establecimiento permanente? Una respuesta pronta podría ser estimar el número de horas que demanda el EP de las funciones del CFO, pero esto resulta demasiado ambiguo, toda vez que las decisiones financieras no se analizan y trabajan de manera independiente para cada filial o para cada EP, sino que obedecen a una trabajo encadenado e indivisible que difícilmente podría medirse en función el tiempo. Otra opción puede resultar de realizar una ponderación de los ingresos que genera cada EP, y cada filial, pero esto resulta aún más complejo pues un EP normalmente desarrolla una función específica (la construcción de una carretera, el desarrollo de un contrato, los diseños de ingeniería de una obra).

Mientras que las filiales desarrollan actividades de forma permanente a través de un objeto social definido, por lo tanto, la medición de los ingresos no es una fuente fiable para la atribución de personal, toda vez que los ingresos en primer lugar pueden no ser generados dentro de la misma periodicidad en los diferentes actores, y, de otra parte, la medición del ingreso de acuerdo a las NIIF posiblemente se reconozca en la contabilidad bajo parámetros que no permiten su comparabilidad. De otra parte, puede existir actividades que desarrolla las filiales o los EP que generen márgenes totalmente distintos, y en consecuencia la atribución del personal y sus costos puede resultar inequitativa y desviarse además del principio de plena competencia.

Referencia de la normatividad colombiana:

El artículo 20-2 del ET que fue adicionado por la ley 1607 de 2012, incorporó el concepto de atribución con base en al análisis funcional, activos, riesgos y personal involucrado.

> ***"Art. 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."

2.5.3.2 Atribución de activos. La asignación o atribución de activos al EP debe configurarse desde la ficción teórica de tratar al EP como una entidad separa y distinta de su casa central y en este sentido la propiedad legal no es el mejor mecanismo para atribuir activos. (OCDE, 2010)

Para los activos tangibles, el criterio de funcionalidad en principio motivaría que la atribución se realizase atendiendo a su gestión desde la perspectiva de su adquisición, fabricación o incorporación al proceso productivo y posterior venta. (OCDE, 2010, pág. 75)

Es por esto que la OCDE acoge el criterio de "uso del bien" para atribuir activos a los EP, criterio que es poco susceptible de sesgos por subjetividad del contribuyente frente a la opción de atribuir rentas en relación con las funciones.

De otra parte, en cuanto a la atribución de activos intangibles, la discusión puede ser mejor dirimible, puesto que la propiedad del intangible está ligada a la formación del ismo a través del tiempo, o su adquisición (marcas, patentes, fórmulas), por lo que resulta no tan difícil asignar o atribuir el intangible, que normalmente se le asigna a la casa central, estableciendo así, un costo de uso para el EP, como si se tratara de una franquicia. (OCDE, 2010)

También resulta importante considerar, que en cualquier sentido, la atribución de activos bajo los lineamientos de la OCDE tampoco cuenta con un modelo o mecanismo técnico concreto para su realización, y siguen siendo objeto de un sesgo subjetivo especialmente en aquellos casos donde el activo es utilizado en dos o más actividades con otros EP u otros vinculados económicos, o bien porque el activo utilizado podría teorizarse como un contrato de arrendamiento operativo

entre la casa central y el EP, lo que conduciría a calcular un mark-up o margen de utilidad como si el activo se hubiese arrendado a un tercero independiente.

Finalmente, los activos utilizados “in-situ” por el EP no tendrán mayor inconveniente en su atribución si son utilizados exclusivamente en el desarrollo de la actividad del EP en el país receptor, pero cuando se trata de la atribución de activos cuya propiedad jurídica está en cabeza de la casa central, además de los costos de uso del activos, deben también transferirse los derechos y obligaciones adheridas a dicho activo, tales como seguros, mantenimiento, depreciación, posible generación de rentas, responsabilidad civil, entre otros.

No es un secreto que en una relación EP – Casa central, de un país en vía de desarrollo frente a un país desarrollado respectivamente, la propiedad legal de los activos en su mayor proporción estará en cabeza de la casa central situada en el país desarrollado, por lo que, este sistema de atribución de activos con base en el modelo del uso adoptado por la OCDE, favorece la atribución de beneficios hacia los países desarrollados limitando así la tributación de los EP en los pases en vía de desarrollo como Colombia, especialmente en aquellas actividades como la infraestructura, la industria petrolera, le metalurgia, y otras actividades industriales o de servicios donde prima el factor tangible de los activos sobre la mano de obra.

Colombia en su camino al hacer parte de la OCDE no considera dentro de su legislación mecanismos de protección, que mitiguen el riesgo de una atribución desmesurada de beneficios hacía países desarrollados que tengan actividades empresariales en el país.

Entre sus países aliados miembros de la OCDE que a la fecha cuentan 38, sólo se pueden contar 4 países en condiciones de vía de desarrollo como Chile, Colombia, México y Costa Rica (recién llegada a la OCDE en mayo de 2020).

Como si fuera poco, el monto de atribución de activos a los EP no solo tiene incidencia en la confección de un estado de situación financiera, sino que conlleva además una posible tributación en renta (renta presuntiva) y una tributación en impuestos al patrimonio, existente en la mayoría de las legislaciones tributarias, por lo que puede llegar a resultar inequitativo para países receptores de EP de casa central con significativa propiedad de activos.

Referencia de la normatividad colombiana:

El artículo 8 del Decreto número 3026 de 2013 define la manera como se constituye el patrimonio de las personas (naturales y jurídicas) sin residencia en el país, así como para los EP y las sucursales de sociedades extranjeras:

> **"Artículo 8°. Patrimonio de las personas naturales sin residencia en Colombia y sociedades y entidades extranjeras.** El patrimonio de los contribuyentes que sean personas naturales sin residencia en Colombia o sociedades o entidades extranjeras que tengan un establecimiento permanente o sucursal en Colombia, será el que se atribuya al establecimiento o sucursal de conformidad con lo establecido en el artículo 20-2 del Estatuto Tributario y lo previsto en el presente decreto"

2.5.3.3. Atribución de riesgos. En toda actividad económica, las decisiones de las personas siempre tendrán una condición propia de subjetividad que en mayor o menor grado pueden definir el rumbo de un negocio, de una empresa, de un proyecto "funciones humanas sustantivas" (OCDE, 2010, pág. 24). Ese grado de subjetividad, aunque sumado con la objetividad propia que contienen esas mismas decisiones es capaz de generar riesgos convertibles en gastos, sobrecostos, endeudamiento, deterioro de los activos entre otros.

De otra parte, las actividades empresariales propiamente dichas conllevan un riesgo inherente en razón a su caracterización funcional. Riesgos como el riesgo de crédito, el riesgo de inventario, el riesgo de conversión de la moneda, riesgos jurídicos, riesgos profesionales, entre otros, son producto del quehacer específico de cada actividad y muchas veces son atribuibles a variables externas no controladas por el empresario.

El Informe de atribución de beneficios a establecimientos permanentes de la OCDE (Julio 2010) plantea la atribución de esos riesgos en razón a las funciones asumidas entre partes relacionadas, ya que en una situación normal podrían ser asumidas por una sola empresa, pero al existir operaciones entre vinculados económicos dichos riesgos se comparten o trasladan generalmente.

2.5.3.4. Atribución del capital libre. En el informe sobre la atribución de beneficios a establecimientos permanentes del año 2010 la OCDE define el capital libre como *"la financiación que no genera un rendimiento deducible del impuesto en concepto de intereses."* (OCDE, 2010, pág. 25) Como se puede apreciar, de este simple concepto, resulta una implicación profunda y significativa en la determinación de los costos de financiación de una filial o de una sucursal, en virtud de que al establecer el capital libre, pues al mismo tiempo se está estableciendo el capital que no es libre, es decir, aquel que si genera una deducción en el impuesto sobre la renta.

Una entidad separada tiene en su estructura financiera la forma directa del cálculo del capital libre, es decir, aquella financiación que no genera una deducción en el impuesto sobre la renta por concepto de intereses, y que puede provenir de aportes societarios, proveedores, o de la construcción propia de capital de trabajo a través del tiempo. Esto es una ventaja, porque

jurídicamente el capital necesario para asumir las funciones, cubrir activos y riesgos está definido en principio por el monto de capital transferido como "aporte" por parte de la Casa Matriz y que se aparta jurídicamente de la misma y, posteriormente, es posible realizar operaciones de endeudamiento entre estas empresas vinculadas, mediante contratos que garanticen el retorno del capital y el pago de un costo de financiación. En este sentido resulta relevante no tanto la atribución del capital libre, sino la determinación de los costos de financiación a precios de mercado.

La actualización de las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia del año 2022 se encarga de dar lineamientos en este sentido producto de las conclusiones de las Acciones 5, 8-10 del proyecto BEPS. Es así como las directrices traen el nuevo Capítulo X donde aborda y direcciona temas como: las operaciones de tesorería que se definan como un servicio intragrupo, los prestamos entre vinculados, el sistema cash pool, las coberturas y las garantías financieras.

De otra parte, cobra sentido en este aspecto verificar el cumplimiento de normas de subcapitalización de que trata las directrices en materia de precios de transferencia y que son acogidas en el Estatuto Tributario colombiano en al artículo 118-1, recientemente modificado por el artículo 63 de la Ley 2010 de 2019, así:

> "ARTÍCULO 118-1. SUBCAPITALIZACIÓN. Son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la ley, los intereses por deudas durante el respectivo período gravable.
>
> Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción, cuando las deudas que generan intereses sean contraídas, directa o indirectamente, a favor de vinculados económicos nacionales o extranjeros, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo

> podrán deducir los intereses generados con ocasión de tales deudas en cuanto el monto total promedio de las mismas, durante el correspondiente año gravable, no exceda el resultado de multiplicar por dos (2) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.
>
> En virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, no será deducible la proporción de los intereses que exceda el límite a que se refiere este artículo."

De la lectura de la norma citada anteriormente se denota que la normatividad local puede llevar a una contradicción con las directrices de la OCDE en la forma como debe interpretarse el concepto de dividendo, y la metodología para la atribución del capital libre.

(Castro, 2016), lo define muy bien en su libro El concepto de dividendo en los convenios de doble imposición al comentar las normas que alteran la calificación del instrumento o de la renta de ambos (hablando del instrumento de financiación y del dividendo)

> "… Así las cosas, es posible que el Estado de la residencia del prestamista entienda que las rentas pasivas son intereses, a pesar de que el otro Estado interprete que son dividendos por aplicación de su norma interna de subcapitalización. Esto generaría un conflicto de calificación agravado por el hecho de que no está claro si la clasificación hecha por un Estado en virtud de una norma de subcapitalización vincula al otro Estado. Por el contrario, si el efecto es la mera denegación de la deducibilidad, solo se ajustaría la imposición de la entidad financiada, mientras que la renta del inversor en principio no sería sometida a imposición como las rentas de las acciones, aunque soportara doble imposición económica y los art. 9º y 24 del MCOCDE pudieran establecer límites" (Castro, 2016)

De todas formas, para nuestro análisis, si bien se diera uno u otro efecto por aplicación de artículo 118-1 del ET, dicha situación puede darse tanto para una filial como para una sucursal de sociedad extranjera, por lo que no existe aplicación diferenciada de la norma de subcapitalización.

Por otro lado, para la OCDE la atribución del capital libre a un EP se basa en la necesidad de recursos para asumir las funciones, los activos y los riesgos que previamente han sido atribuidos. El objetivo principal de atribuir un monto de capital libre al EP radica básicamente en que puedan atribuirse costos de financiación bajo el principio de plena competencia, sabiendo que en la mayoría de los casos los recursos transferidos al EP provienen del endeudamiento (con costo) de sus oficinas principales.

El principal obstáculo en la atribución del capital libre a una sucursal o EP es que a diferencia de las filiales el capital asignado al EP no se puede apartar jurídicamente de la Casa Principal por lo que se hace necesario recurrir principalmente a la valoración de los riesgos asumidos tal como lo concibe la metodología propuesta en la PARTE II del Informe del año 2010 sobre la atribución de beneficios a EP, analizando además qué tipo de recursos utiliza la Casa Principal, es decir, si son recursos propios o recursos con costo de financiación, y una valoración de la calificación crediticia que posiblemente también tenga un costo atribuible al EP.

2.5.3.5 Aceptación de las operaciones internas. Las operaciones internas, es decir, entre una entidad y su EP deben ser analizadas y aceptadas para efectos de la atribución. No por el simple hecho que se realicen operaciones internas, estas son aceptadas automáticamente para efectos tributarios, sino que dichas operaciones deben analizarse desde la perspectiva si el EP las hubiese requerido al haber actuado como una entidad independiente. (OCDE, 2010)

En otras palabras, lo que resulta de manifiesto en este planteamiento es la necesidad de la operación interna para que el EP pueda cumplir con las funciones que se le han asignado y con los riesgos que ha asumido. Así las cosas, para efectos de la atribución de beneficios a un EP deben considerarse únicamente las operaciones internas aceptadas en la atribución.

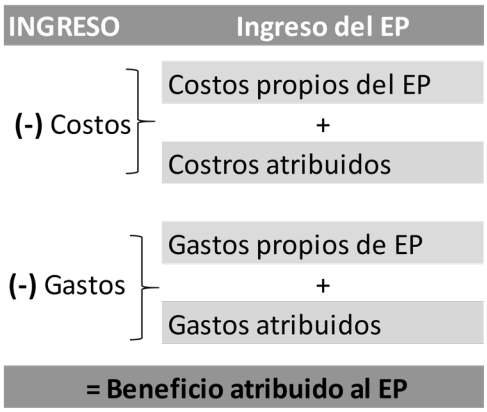
2.5.4 Segunda fase del Análisis de Atribución de beneficios:

a. Atribución de ingresos

El concepto de "ingreso" en muchos países es considerado como el rubro de "ventas o ingresos operacionales", por lo que este concepto en muchas oportunidades se confunde con el concepto de "beneficio" el cual, a diferencia del concepto de ingresos, es depurado por los costos y gastos, lo que conocemos como utilidad o resultado. (OCDE, 2010)

Figura 3.

Fórmula atribución de ingresos



b. Atribución de costos y gastos

Así entonces, la atribución de costos y gastos es el proceso clave que define la atribución de beneficios a un EP, toda vez que es a través de la atribución de costos y gastos es que el beneficio local de un EP se depura para efectos de su tributación.

La OCDE claramente define en el Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes (Julio 2010) que la atribución debe considerarse bajo el cumplimiento del Principio de Plena Competencia y la utilización de sus diferentes métodos, teniendo como premisa que la transferencia de costos y gastos que ya se ha cargado a través del precio de venta (de los bienes o servicios producidos por la Casa central) no pueden posteriormente atribuirse posteriormente vía atribución de gastos. Los gastos atribuibles por operaciones internas deben obedecer a funciones realizadas por la Casa central y en su atribución deberán ser remuneradas a precios de mercado.

En la atribución de beneficios a un EP también puede ser necesario tener en cuenta los gastos en los que haya incurrido la empresa para los fines del EP cuando dichos gastos representen funciones (desarrolladas por otras partes de la empresa) respecto de las que se calculará una remuneración de plena competencia. Para determinar si deben considerarse los gastos en los que se haya incurrido fuera del EP se aplicará un análisis funcional y factual a las partes de la empresa que corresponda. (Párrafo 188)

Capítulo 3

Tributación de las filiales y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia. Análisis Comparado

En este capítulo abordaremos un análisis comparativo de cada una de las particularidades de la tributación tanto de una filial de capital extranjero (sociedad colombiana) como de una sucursal de una sociedad extranjera en Colombia, con el fin de identificar beneficios, riesgos, oportunidades, tratamientos preferenciales, y tratamientos discriminatorios que nos permitan hacer conclusiones en torno al tratamiento tributario en el país.

Para lo anterior he definido cuatro aspectos claves que definen el tratamiento diferencial en materia tributaria entre filiales y sucursales. En cada uno de estos aspectos haré mención de su tratamiento en cada situación particular, veamos:

3.1 Tratamiento contable

Filiales.

En el año 2009 Colombia inicia su camino hacia la internacionalización de su contabilidad con la expedición de la Ley 1314 que define una ruptura entre la contabilidad con fines financieros y la contabilidad fiscal, y ordena al gobierno nacional a adoptar un marco técnico normativo que se ajuste a las necesidades de un país en vía de desarrollo con un espectro de internacionalización más competitivo.

Luego de 3 años, el gobierno nacional expidió entre los años 2012 y 2013 los nuevos marcos técnicos normativos, divididos en tres grupos de preparadores de información, así:

Grupo 1: Emisores de valores, Entidades de interés público y grandes empresas. Este grupo aplicará un marco técnico normativo bajo los Estándares Internacionales de Información Financiera IFRS (por sus siglas en ingles International Financial Reports Standards) (IASB , 2015), NIIF por sus siglas en español (Normas Internacionales de Información Financiera), emitidas por el IASB

Grupo 2: Entidades que no se encuentren clasificadas dentro los Grupos 1 y 2, y que aplicarán el marco técnico normativo basado en las NIIF para Pymes emitidas por el IASB (2015).

Grupo 3: Microempresas, que aplicaran un marco técnico simplificado como norma local diseñada para este grupo de empresas[3].

En este sentido las filiales, al tratarse de sociedades constituidas conforme a las normas colombianas entran en el universo de empresas obligadas a aplicar los anteriores marcos técnicos normativos anteriores.

En 2016 se expide la Ley 1819 que adopta la contabilidad de los marcos técnicos normativos contables como base para las obligaciones tributarias con algunas excepciones específicas especialmente en materia de reconocimiento de ingresos y de activos.

Sucursales.

Las Sucursales de sociedades extranjeras en principio deben aplicar el marco técnico normativo que corresponda con sus características sin embargo el estatuto tributario hace un requerimiento especial a la contabilidad de los establecimientos permanentes y sucursales la cual

[3] Decreto 2706 de 2012, incorporado posteriormente en el Decreto Único 2620 Reglamentario de Normas de Contabilidad y Aseguramiento de la Información Financiera

"*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."*

Lo anterior genera una ambigüedad en la aplicación de las normas contables, pues las NIIF no están diseñadas específicamente para establecimientos permanentes o sucursales de sociedades extranjeras, ni mucho menos para los efectos tributarios de unos y otros, por lo que se pensaría entonces que las sucursales de sociedades extranjeras deberían llevar una contabilidad basada en NIIF para efectos financieros y otra contabilidad soportada en un estudio de atribución de rentas basado en un análisis funcional y factual conforme a las directrices de la OCDE.

3.2 Determinación del impuesto sobre la renta.

Filiales.

A las filiales en Colombia les aplica el régimen de impuesto sobre la renta de las sociedades nacionales (personas jurídicas) que se define en los siguientes pilares

a. Los ingresos se depuran con los costos y deducciones que tengan relación de causalidad, que sean necesarios y proporcionales de acuerdo con cada actividad.
b. Los ingresos además se depuran con la reducción por ingresos que se consideran no constitutivos de renta, y por algunas rentas exentas definidas claramente en el estatuto tributario.
c. Se gravan las rentas de fuente mundial

d. Los impuestos pagados en el exterior generan un crédito fiscal a través de la figura de descuento tributario
e. Las operaciones con vinculados económicos en el exterior son deducibles en la medida que hayan sido pactados a precios de mercado (principio de plena competencia), soportados y/o ajustados bajo las obligaciones en materia de precios de transferencia.

Sucursales.

A diferencia de las filiales, las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia tributan conforme a las mismas reglas de depuración del ingreso de las sociedades nacionales, con sus limitaciones, ingresos no constitutivos de renta y rentas exentas, pero por las rentas que le sean atribuibles con base en criterios de funciones, activos, riesgos, y personales involucrados en la obtención de las rentas. (Art 20-2 ET), lo que supone una alineación de la normatividad colombiana con las directrices de la OCDE.

De otra parte, hasta el artículo 20-2 del estatuto tributario establece que las sucursales de sociedades extranjeras tributan en Colombia únicamente por las rentas de fuente nacional *"... serán contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios con respecto a las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional que le sean atribuibles..."*

Lo anterior se constituía en una importante diferencia con las sociedades nacionales cuya tributación se basa en la renta mundial. Sin embargo, a partir del año 2019 conforme a la reforma introducida con la Ley 1943 de 2018 (Ley de Financiamiento) los establecimientos permanentes y sucursales también tributan sobre las rentas de fuente mundial o extranjera que les sean aplicables:

> "ARTÍCULO 58°. Para efectos de lo establecido en los artículos 20, 20-1 y 20-2 del Estatuto Tributario, los establecimientos permanentes de individuos, sociedades o

entidades extrajeras de cualquier naturaleza, ubicados en el país, serán gravados sobre las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional y extranjera que le sean atribuibles."

3.3 Normas de subcapitalización

El sistema tributario colombiano adoptó en el año 2012 (Ley 1607) las normas de subcapitalización recomendadas por la OCDE tanto en sus directrices de precios de transferencia como en el Informe de 2010 sobre atribución de beneficios a EP. El artículo 118-1 del ET introducidos por la reforma del año 2012 modificado parcialmente por la ley 1739 de 2014, la Ley 1819 de 2016 y la ley 2010 de 2019, establece:

> **"ARTÍCULO 118-1. SUBCAPITALIZACIÓN.** Son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la ley, los intereses por deudas durante el respectivo período gravable.
>
> Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción, cuando las deudas que generan intereses sean contraídas, directa o indirectamente, a favor de vinculados económicos nacionales o extranjeros, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo podrán deducir los intereses generados con ocasión de tales deudas en cuanto el monto total promedio de las mismas, durante el correspondiente año gravable, no exceda el resultado de multiplicar por dos (2) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

> En virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, no será deducible la proporción de los intereses que exceda el límite a que se refiere este artículo."

Esta norma de subcapitalización es aplicable indistintamente a filiales o sucursales de sociedades extranjeras y en su reglamentación (Decreto 761 de Mayo de 2020) tampoco se evidencia un trato diferenciado, por lo que desde el punto de vista normativo no resulta evidente ninguna diferenciación entre una u otra forma de empresa, toda vez que en el concepto de "vinculado económico" que se define en el artículo 260-1 caben indistintamente la figura de filial y la de sucursal o establecimiento permanente.

A pesar de lo anterior, podrán llegar a darse situaciones particulares donde a raíz de la aplicación de los métodos de atribución de capital libre a un establecimiento permanente (sucursal) sea factible por consiguiente obtener una deducción de costos de financiación. Lo anterior en razón a que el capital libre así atribuido sea mayor que el de una filial en una situación idéntica debido a que los análisis que se puedan efectuar para demostrar la necesidad de un "rango de capital libre" sin necesidad que en efecto exista un documento legal que haya dado lugar bien sea a la asignación de un capital o al otorgamiento de un préstamo.

Así las cosas, (aunque no siempre) una filial que sea constituida con un capital por debajo de los niveles requeridos para asumir sus funciones, activos y riesgos tendrá que someter al cálculo de la norma de subcapitalización (art 118-1 del ET) un monto mayor de financiación en comparación de una sucursal, toda vez que esa última tendrá la oportunidad en cada ejercicio fiscal de demostrar un nivel adecuado de atribución de capital libre en concordancia con las funciones, activos y riesgos asumidos.

3.4 Dividendos

Filiales

Los dividendos de las filiales, al no ser otra cosa que sociedades nacionales, tributan sobre los dividendos distribuidos a sus socios o accionistas conforme a tarifas diferenciales dependiendo si los beneficiarios de dichos dividendos son personas naturales o jurídicas.

Para efectos de la determinación de la base gravable de los dividendos, la renta líquida, es decir la utilidad fiscal, se depura inicialmente disminuyéndola con el monto del impuesto sobre la renta liquidado en el mismo año, y así se obtiene la utilidad máxima a ser distribuida como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional (INCR). Los dividendos a distribuir por cada período fiscal que superen el límite anterior se consideran dividendos gravados. (Estatuto Tributario, art. 49)

Para efectos de la distribución de dividendos a accionistas sin residencia fiscal en Colombia, los dividendos están gravados con dos tarifas, así:

- Para los dividendos calculados como INCR[4], es decir, aquellos que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1819 se consideraban no gravados, en la actualidad están gravados con una tarifa del 10%.
- Para los dividendos que conforme a la depuración de los artículos 48 y 49 del ET se no consideren como INCR la tarifa corresponde a la tarifa general de personas jurídicas, así:

  Año 2019 → 33%

  Año 2020 → 32%

  Año 2021 → 31%

[4] Hasta el año 2015 los dividendos distribuidos a título de INCR no se gravaban con impuesto sobre la renta en Colombia, pero con la expedición de la Ley 1819 de 2016 estos dividendos quedan gravados.

Año 2022 en adelante[5] → 35%

- Supongamos[6] una filial controlada por una entidad en el exterior realizó operaciones en Colombia durante un período fiscal posterior al año 2012, con los siguientes resultados fiscales:

Figura 4.

Depuración del beneficio atribuido a un EP o sucursal de sociedad extranjera

Estado de resultados año 2020	Operación total en Colombia
Ingresos ordinarios	$ 5.350.000.000
Costos	-$ 3.277.800.000
Utilidad bruta	$ 2.072.200.000
Gastos de operación	-$ 1.294.800.000 [1]
Utilidad operacional	$ 777.400.000
Otros ingresos	$ 65.800.000
Otros gastos	-$ 122.450.000
Resultado antes de impuestos	$ 720.750.000
Impuesto sobre la renta (32%)….....	-$ 230.640.000
Resultado despues de impuestos….....	$ 490.110.000

[1] Dentro de la operación en Colombia, se reconocieron gastos por servicios administrativos al vinculado del exterior por $590.700.000

Adicionalmente vamos a suponer una ficción en que la utilidad contable por el año 2020 fue iguala la utilidad fiscal.

Con los anteriores datos el impuesto a los dividendos, en el caso de ser decretados, será el siguiente:

Figura 5.

[5] La ley 2155 de 2021 incrementó la tarifa del impuesto sobre la renta del 30% al 35% a partir del año 2022
[6] Ejemplo con información ficticia, pero incorporando las tarifas vigentes de impuesto sobre la renta.

Tasa efectiva de tributación de una filial

Determinación de los INCR:

Renta líquida fiscal	$	720.750.000	
Menos: impuesto sobre la renta	-$	230.640.000	
Utilidad máxima a ser distribuida como INCR	$	490.110.000	A
Utilidad contable antes de impuestos	$	720.750.000	
Menos impuesto sobre la renta	-$	230.640.000	
Utilidad total a distribuir	$	490.110.000	
Menos: Utilidad a distribuir como INCR	-$	490.110.000	
Utilidad gravada conforme al art 49 del ET	$	-	B
Impuesto sobre las utilidades como INCR 10% (A)	$	49.011.000	
Impuesto sobre las utilidades gravadas 32% (B)	$	-	
Total impuesto a los dividendos…..	**$**	**49.011.000**	
Total impuesto pagado sobre la renta:			
Impuesto sobre la renta a la filial	$	230.640.000	
Impuesto sobre la renta a los dividendos	$	49.011.000	
Total ….	**$**	**279.651.000**	
Tasa efectiva de ISLR *(sobre las utilidades fiscales)*		38,8%	
Tasa efectiva del ISLR *(sobre la utilidad contable)*		38,8%	

Sucursales.

En el caso de las sucursales de sociedades extranjeras como ya hemos analizado anteriormente, su tributación en Colombia en materia del impuesto sobre la renta debe soportarse en un estudio de atribución basado en las funciones, activos, riesgos y personal involucrados en la obtención de las rentas y de las ganancias ocasionales atribuidas a ellos, sin perjuicio claramente, de las limitaciones y requisitos para la deducibilidad de costos y gastos que es aplicable a las sociedades nacionales contribuyentes.

Por su parte, la legislación tributaria colombiana con la expedición de la Ley 1607 de 2012 actualizó el concepto de dividendos dentro del cual incluyó como equivalente, la transferencia de

utilidades de los EP y sucursales de sociedades extranjeras a favor de sus vinculados en el exterior. (Estatuto Tributario, art.30)

De la lectura de la modificación incluida al concepto de dividendos a través del artículo 90 de la Ley 1607 de 2012 quedó claro que la transferencia de utilidades por parte de establecimientos permanentes o sucursales a favor de vinculados en el exterior hace parte, para efectos tributarios, del concepto de dividendos.

Fíjese que la redacción de la norma habla de transferencia, mas no distribución, lo que deja claro que el legislador entiende que al haber unidad jurídica entre la casa central y el EP o la sucursal en Colombia, no puede haber distribución de dividendos, sin embargo, para efectos tributarios se entenderá como dividendos la transferencia de las utilidades atribuidas en Colombia su vinculado del exterior, con lo cual la Ley 1607 equiparó la carga tributaria entre filiales y sucursales. Este es uno de los casos en que emerge la necesidad de distinguir los dividendos de las demás rentas provenientes de la admisión de las personas jurídicas y otras entidades como sujetos de los impuestos sobre la renta. (Castro. 2016, p. 44). En este mismo sentido Chaparro en su publicación Distribución de utilidades por parte de un establecimiento permanente en Colombia en el contexto de los CDI, menciona:

> "Como se sabe, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1607 del 2012, la distribución de dividendos que hacía una filial o subsidiaria a sus accionistas se encontraba en desventaja frente al reparto de utilidades que realizaba una sucursal a su casa matriz, particularmente en el caso de utilidades no sometidas a imposición en Colombia, debido a que la definición fiscal de dividendos no contemplaba tales utilidades. Existía entonces una asimetría de cuyo remedio fue el artículo 90 de la Ley 1607 del 2012 que calificó como dividendos tales distribuciones,.." (Chaparro, 2016, págs. 19-22)

Para efectos de comparar el impuesto sobre la renta a cargo de una sucursal, vamos a suponer que una sucursal de sociedad extranjera realizó las mismas operaciones que el ejemplo anterior para una filial, solo que, en lugar de incorporar gastos de administración prestados por el vinculado del exterior, los va a atribuir en Colombia vía el estudio de atribución de rentas, veamos:

Figura 6.

Ejemplo depuración de la base fiscal para un EP o sucursal de sociedad extranjera

Estado de resultados año 2020	Operación total en Colombia	Atribución de rentas al vinculado en el exterior [1]	Renta gravada en Colombia
Ingresos ordinarios	$ 5.350.000.000		$ 5.350.000.000
Costos	-$ 3.277.800.000		-$ 3.277.800.000
Utilidad bruta	$ 2.072.200.000		$ 2.072.200.000
Gastos de operación	-$ 704.100.000	$ 590.700.000	-$ 1.294.800.000
Utilidad operacional	$ 1.368.100.000		$ 777.400.000
Otros ingresos	$ 65.800.000		$ 65.800.000
Otros gastos	-$ 122.450.000		-$ 122.450.000
Resultado antes de impuestos	$ 1.311.450.000		$ 720.750.000
Impuesto sobre la renta (32%)….....			-$ 230.640.000
Resultado despues de impuestos….....			$ 490.110.000

[1] *Se atribuyeron gastos a la sucursal en Colombia en razón a servicios administrativos por funciones que fueron asumidas por su Casa Controlante en el exterior*

Del ejemplo anterior se concluye que la transferencia o atribución de beneficios por $590.700.000 al vinculado en el exterior no es gravada en Colombia, por lo que al transferir las utilidades contables al vinculado del exterior el cálculo del impuesto a los dividendos será el siguiente:

Figura 7.

Determinación de los INRC

Determinación de los INCR:

Renta líquida fiscal	$	720.750.000
Menos: impuesto sobre la renta	-$	230.640.000
Utilidad máxima a ser distribuida como INCR	$	490.110.000

Utilidad contable antes de impuestos	$	720.750.000
Menos impuesto sobre la renta	-$	230.640.000
Utilidad total a distribuir	$	490.110.000
Menos: Utilidad a distribuir como INCR	-$	490.110.000
Utilidad gravada conforme al art 49 del ET	$	-

Impuesto sobre las utilidades como INCR 10% (A)	$	49.011.000
Impuesto sobre las utilidades gravadas 32% (B)	$	-
Total impuesto a los dividendos…..	**$**	**49.011.000**

Total impuesto pagado sobre la renta:		
Impuesto sobre la renta a la filial	$	230.640.000
Impuesto sobre la renta a los dividendos	$	49.011.000
Total ……	**$**	**279.651.000**

Tasa efectiva de ISLR *(sobre las utilidades fiscales)*	38,8%
Tasa efectiva del ISLR *(sobre la utilidad contable)*	38,8%

Tal como se puede observar, en los dos casos la tasa efectiva de tributación es la misma, eliminando cualquier tipo de discriminación en razón a la naturaleza jurídica de la Entidad en Colombia, en lo correspondiente a la tarifa. Sin embargo, existen diferencias en la base gravable, dado que las reglas de atribución pueden divergir de las de precios de transferencia. De igual modo, la transferencia de utilidades si bien en el derecho interno se asimila a dividendos, existen problemas para aplicar esta consecuencia a nivel de los Convenios de Doble Imposición, como se verá.

3.5 Impuesto al Patrimonio

En Colombia el impuesto al patrimonio no es un impuesto de carácter permanente, sino que ha sido objeto de aplicación temporal por algunas de las últimas reformas tributarias. Así por ejemplo las disposiciones más recientes en referencia a este impuesto son Lay 1739 de 2014 que fijó un impuesto al patrimonio por los años 2015, 2017 y 2017 por la posesión de riqueza superior a $1.000 millones para las personas jurídicas y hasta el año 2018 para las personas naturales, y posteriormente la Ley 1943 de 2018 que impuso un impuesto al patrimonio para el año 2019 por la posesión de riqueza superior a $5.000 millones para las personas jurídicas. Este último impuesto fue ampliado por los años 2020 y 2021 por la Ley 2010 de 2019.

Filiales

La base gravable en el caso de filiales corresponde al patrimonio líquido (patrimonio bruto menos deudas) de acuerdo con su realidad contable y fiscal.

Sucursales.

La Ley 1739 aclara explícitamente que en el caso de EP o sucursales de sociedades extranjeras la base gravable del impuesto al patrimonio corresponde al patrimonio atribuido con base en lo señalado en el artículo 20-2 del ET.

Capítulo 4

Los CDI y su aplicación en la distribución de dividendos en las filiales y las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia a sus vinculados del exterior. Análisis comparado

El concepto de dividendo en los CDI bajo el modelo OCDE se soporta sobre la premisa contable y mercantil en el sentido que los dividendos son "*las distribuciones de beneficios hechas a los accionistas o socios por las sociedades anónimas, comanditarias por acciones, sociedades de responsabilidad limitada u otras sociedades de capitales*.[7]

El Estatuto Tributario Colombiano, en su artículo 30, se aparta de tal premisa, la ficción de considerar como dividendo a efectos fiscales la transferencia de rentas de un EP o sucursal a su oficina principal en el exterior, veamos:

> **"ARTICULO 30. DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS O PARTICIPACIONES EN UTILIDADES.** Se entiende por dividendos o participaciones en utilidades:
>
> 1. Toda distribución de beneficios, en dinero o en especie, con cargo a patrimonio que se realice a los socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores o similares, excepto la disminución de capital y la prima en colocación de acciones.
>
> 2. **La transferencia de utilidades que corresponden a rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional obtenidas a través de los establecimientos permanentes o sucursales en Colombia de personas naturales no residentes o sociedades y entidades extranjeras, a favor de empresas vinculadas en el exterior."** (el resaltado es nuestro)

[7] OCDE. (2010). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio p:193*

Lo anterior con la finalidad de evitar discriminaciones de tipo impositivo en el empleo de sucursales o EP sobre filiales nivelando para estas últimas los dos niveles de tributación, es decir, el nivel corporativo (primer nivel de tributación) y la retención en la fuente sobre el dividendo (segundo nivel de tributación) dado que por virtud de la Ley 1111 de 2006 se derogó el impuesto de remesas en el país. (Cabrera, 2018)

En su proceso de incorporación a la OCDE Colombia se reservó el derecho de aplicar sus regulaciones internas sobre la tributación de dividendos distribuidos de utilidades que no hayan sido objeto de impuesto al nivel de la compañía, e imponer su impuesto sobre la transferencia de utilidades atribuibles a establecimientos permanentes que no hayan sido objeto impuesto en Colombia. Además, también en concordancia con el artículo 10.3 del MCOCDE cuya definición de dividendo otorga un espectro amplio y remisorio a la legislación interna del estado que los distribuye.

De otra parte, en este estudio resulta importante al análisis del concepto de "sociedad" que hace (Castro, 2016) al advertir que es fundamental determinar su limitación para dar aplicación al artículo 10 MCOCDE, ya que si bien el concepto de sociedad cuenta con una definición expresa en el literal b) del artículo 3 del MCOCDE[8] se abre un espectro de concepto mucho más amplio dejando la duda sobre si pudieran considerarse "personas jurídicas" bajo un contexto de norma mercantil (derecho privado) o consideradas como tal para efectos fiscales (tal como sucede en Colombia para las sucursales de sociedades extranjeras que son homologadas a sociedades anónimas para efectos tributarios según el artículo 20 del ET)

[8] "El termino sociedad comprende, en primer lugar, las personas jurídicas. El término se extiende, además, a cualquier otra entidad imponible así considerada por la legislación tributaria del Estado contratante donde se haya constituido. Parr. 3 de los comentarios al artículo 3.

En 2020 la Dian, emitió doctrina[9] indicando que el artículo 10 del CDI con España (suscrito bajo el MCOCDE) no es susceptible de ser aplicado a la transferencia de utilidades por parte de una sucursal a su casa principal, toda vez que el CDI limita la aplicación de la legislación local a figuras jurídicas similares a los rendimientos accionarios, cosa que no se configura en las sucursales de sociedades extranjeras, pues la norma mercantil colombiana no define a las sucursales como personas jurídicas independientes de su casa principal, sino que les atribuye entonces la calificación que les corresponde, es decir, una extensión de su casa principal para poder realizar operaciones en Colombia. Por lo tanto, aun cuando el artículo 30 del ET califica las transferencias de utilidades de un EP a su casa principal como un dividendo, prevalece la definición del CDI en razón al principio *pacta sunt servanda*.[10], veamos:

> Así las cosas, bajo los términos del CDI, este Despacho considera que el concepto de dividendos no comprende la transferencia de utilidades por parte de una sucursal situada en un Estado Contratante a su sociedad residente en el otro Estado Contratante (sic). Lo anterior en la medida que el CDI limita la aplicación de la legislación interna a otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente.
>
> Por lo tanto, aun cuando la transferencia de utilidades por parte de una sucursal califica como un dividendo, en los términos del artículo 30 del Estatuto Tributario, este Despacho considera que prevalece la definición del CDI teniendo en cuenta que debe respetarse el principio del pacta sunt servanda sobre los tratados internacionales.

[9] DIAN, Oficio 370 del 30 de marzo de 2020.

[10] Este principio del derecho civil está contemplado en la convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados. En su artículo 26 dice: "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe", el preámbulo de la carta de las naciones unidas también hace referencia a este principio".

En virtud de lo anterior, y siempre y cuando aplique el CDI, dichas rentas tributarán de conformidad al artículo 7 de beneficios empresariales. Lo anterior, a pesar que ya no se encuentra vigente el impuesto a las remesas, encuentra sustento, adicionalmente, en el protocolo del CDI el cual dispone que "no se gravarán con el impuesto de remesas las rentas y ganancias ocasionales de un residente de España, que realice su actividad en Colombia a través de un establecimiento permanente situado en Colombia."

Así las cosas, las transferencias de utilidades de una sucursal hacia su casa principal en el exterior en países con los cuales Colombia haya suscrito un CDI, tributarán conforme al artículo 7 del CDI. Así lo ratifica la DIAN en un reciente oficio de 2022:

"... Ahora bien, el Convenio para evitar la Doble Imposición suscrito entre el Reino Unido y Colombia (en adelante el "CDI") establece en su artículo 10 la definición de "dividendos" para efectos del convenio, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 10

DIVIDENDOS

(...)

4. El término "dividendos" empleado en este Artículo significa las rentas de las acciones, de las acciones de disfrute o derechos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de créditos que permiten participar en las utilidades, así como cualquier otra renta que sea tratada como un ingreso derivado de derechos sociales por la legislación tributaria del Estado

del cual la sociedad que realiza la distribución es residente". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al respecto, se trae a colación el Oficio No. 900927 [int. 370] del 31 de marzo de 2020, en el cual este Despacho se pronunció respecto del concepto de "dividendos" establecido en el CDI suscrito con España, el cual incorpora una definición de "dividendos" en términos similares al CDI suscrito con Reino Unido, en el cual se señaló:

"Así las cosas, bajo los términos del CDI, este Despacho considera que el concepto de dividendos no comprende la transferencia de utilidades por parte de una sucursal situada en un Estado Contratante a su sociedad residente en el otro Estado Contratante. Lo anterior en la medida que el CDI limita la aplicación de la legislación interna a otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente.

Por lo tanto, aun cuando la transferencia de utilidades por parte de una sucursal califica como un dividendo, en los términos del artículo 30 del Estatuto Tributario, este Despacho considera que prevalece la definición del CDI teniendo en cuenta que debe respetarse el principio del pacta sunt servanda sobre los tratados internacionales.

En virtud de lo anterior, y siempre y cuando aplique el CDI, dichas rentas tributarán de conformidad al artículo 7 de beneficios empresariales. Lo anterior, a pesar de que ya no se encuentra vigente el impuesto a las remesas, encuentra sustento, adicionalmente, en el protocolo del CDI el cual dispone que "no se gravarán con el impuesto de remesas las rentas y ganancias ocasionales de un residente de España, que

realice su actividad en Colombia a través de un establecimiento permanente situado en Colombia."

***De esta forma, damos respuesta a la inquietud del consultante y nos permitimos manifestar que las utilidades transferidas por una sucursal ubicada en Colombia, sometidas a las disposiciones del CDI, deberán atender a las disposiciones del artículo 7 del mismo convenio**, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 2010 de 2019". (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Lo anterior, guarda consonancia con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 10 del CDI con Reino Unido, en el cual se establece:

"5. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, siendo residente de un Estado Contratante, realiza en el otro Estado Contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí, y la participación en virtud cual se pagan los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso, son aplicables las disposiciones del Artículo 7". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 5 del CDI el término "establecimiento permanente" comprende las sucursales, la distribución de utilidades que efectúe una sucursal ubicada en Colombia a su casa matriz (beneficiario efectivo) residente en Reino Unido que tengan vinculación a la actividad empresarial que realiza dicha sociedad a través de la sucursal en Colombia, serán tratadas como beneficios empresariales en los términos del artículo 7 del CDI.

> *Sin perjuicio de lo anterior, se pone de presente que, deberá analizarse cada caso particular a la luz de las disposiciones del CDI, para así determinar según las circunstancias específicas la calificación de la renta y consecuentemente su tratamiento aplicable."* (DIAN, 2022)

Esto quiere decir al final de cuentas que esas transferencias no tributan, pues el artículo 7 de beneficios empresariales solo grava los beneficios que sean atribuibles al EP Lo anterior aplica exclusivamente en escenarios donde la transferencia de utilidades sea realizada a casas principales ubicadas en España, Chile, Suiza, Canadá, México, República Checa, Portugal, India, o Corea del Sur, países con los cuales ha concluido un CDI que contempla la definición de dividendo que ya hemos analizado. Sin embargo, en los CDI celebrados con Reino Unido, Emiratos Árabes, Japón, Italia y Francia; Colombia se reserva el derecho de gravar la distribución de utilidades por partes de los EP atendiendo a la redacción de dichos convenios que así lo permiten.

Si bien para efectos tributarios, las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia se identifican separadamente de sus casas centrales, no lo es para efectos jurídicos o mercantiles en cuyo caso la sucursal es simplemente una extensión de los negocios de la casa central en Colombia, tal como también lo entiende la OCDE.

Algunos autores manifiestan que la ficción planteada en el numeral 2 del artículo 30 del ET le permite a Colombia aplicar las disposiciones del artículo 10 del modelo de CDI de la OCDE, sin embargo, afirmar tal planteamiento contraviene la prevalencia que tiene los tratados internacionales sobre la legislación local, de que trata el principio *de lex specialis y pacta sunt servanda.*

En concordancia con lo anterior se puede evidenciar la rectificación de la doctrina de la DIAN sobre retención en la fuente a dividendos girados a países con CDI. Inicialmente la Dian

interpretaba que se garantizaba el cumplimiento de la aplicación del artículo 10 de los CDI suscritos por Colombia mediante el mecanismo de devolución de impuestos cuando, al aplicar la legislación local, la imposición superara los límites establecidos en los CDI (DIAN, 2020). Pues bien, en marzo de 2021 la Dirección de Gestión Jurídica consideró que las retenciones que se deben practicar son las señaladas en el artículo sobre imposición de rentas para dividendos previsto en el CDI (artículo 10), argumentando que, en caso de conflicto y en virtud del principio de lex specialis y pacta sunt servanda, el CDI prevalece sobre la norma tributaria interna.

También es importante mencionar que por la derogatoria que mediante el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006 se hizo de los artículos 318, 319, 320, 321, 321-1, 322, 328,417, del inciso segundo del artículo 418 y de la expresión "y de remesas" del inciso 2 del artículo 408 del Estatuto Tributario, se eliminó a partir del año gravable 2007 el impuesto complementario de remesas en Colombia.

Así entonces sobre la tributación en la distribución de dividendos de las filiales y las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia, se puede concluir:

Filiales.

La distribución de dividendos de las filiales, sociedades colombianas, a sus casa matrices o vinculados del exterior, tributan conforme a las tarifas de impuesto a los dividendos establecida en el artículo 245 del ET, y en concordancia con los artículos 48 y 49 del ET.

Sin embargo, se deben aplicar las disposiciones del CDI respectivo cuando exista con el país de residencia de la Casa Matriz un CDI firmado con Colombia

Sucursales.

La transferencia de utilidades de fuente nacional por parte de los EP o sucursales de sociedades extranjeras en Colombia a sus oficinas principales en el exterior están sometidas igualmente a imposición en Colombia conforme a las tarifas de impuesto a los dividendos establecida en el artículo 245 del ET, y en concordancia con los artículos 48 y 49 del ET. Dicha transferencia de utilidades, sin embargo, no estará sometida a tributación en Colombia, cuando con el país de destino Colombia haya suscrito un CDI, conforme a la aplicación del artículo 7 de los CDI.

De otra parte, tampoco estas transferencias de utilidades estarán gravadas con el impuesto a las remesas; de una parte, porque el impuesto a las remesas en Colombia fue derogado y de otra parte porque así lo establece la nota IV de los protocolos de los CDI [11]

Tabla 3.

Análisis de los artículos 7 y 10 en los cdi firmados por Colombia

Convenio entre Colombia y	Artículo 7	Artículo 10	Cláusula de no discriminación para EP
Emiratos Árabes	Plantea que si un estado ajusta las utilidades que han sido atribuidas, el otro estado hará el ajuste correspondiente a fin de evitar la doble imposición. La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 25% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 15% en los demás casos El apartado 4 establece que en la aplicación del artículo 10, el término “dividendos” aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la “sociedad” que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones.	✓ SI
Japón	El apartado 5 establece la posibilidad de Colombia de	Tarifa del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el	✓ SI

[11] En algunos de los CDI firmados suscritos por Colombia con otros estados, se ha agregado la nota IV del protocolo, en consonancia con la legislación interna colombiana en la cual no se gravan las remesas.

Convenio entre Colombia y	Artículo 7	Artículo 10	Cláusula de no discriminación para EP
	gravar la transferencia de utilidades de un EP como si se tratara de utilidades, con los siguientes límites: 15% si las utilidades no han estado sometidas a impuesto sobre la renta según la legislación colombiana, o 5% en los demás casos. La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	20% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 10% en los demás casos El apartado 4 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones.	
Francia	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 20% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 15% en los demás casos Sin embargo, el protocolo establece que la transferencia de utilidades que provienen de la atribución de un EP, pero esas utilidades no fueron gravadas en Colombia, serán gravadas en Colombia a una tarifa máxima del 15%.	✓ SI
Italia	Plantea que si un estado ajusta las utilidades que han sido atribuidas, el otro estado hará el ajuste correspondiente a fin de evitar la doble imposición	Tarifa del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 20% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa del 15% si el beneficiario efectivo es un fondo de pensiones Tarifa: 15% en los demás casos Sin embargo, el apartado 3 define que si las utilidades objeto de distribución no fueron gravadas con el impuesto sobre a la renta en Colombia la tarifa máxima aplicable será del 15% El apartado 4 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones.	✓ SI

Convenio entre Colombia y	Artículo 7	Artículo 10	Cláusula de no discriminación para EP
Reino Unido	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa del 0% si el beneficiario es un fondo de pensiones Tarifa del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 20% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 15% en los demás casos El apartado 4 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones	✓ SI
España	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa del 0% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 20% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 5% en los demás casos	✓ SI
Canadá	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	✓ SI
Chile	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios. El protocolo del Convenio establece que las remesas efectuadas por EP en Colombia están sujetas a la aplicación del artículo 10.	Tarifa del 0% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 25% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 7% en los demás casos. El apartado 4 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones. El protocolo también establece que los dividendos provenientes de utilidades que no fueron gravadas en Colombia aplicarán la tarifa del art 245 del ET, pero se reducirá al 7% si dichas utilidades son reinvertidas en la actividad productora de renta por un término superior a 3 años.	NO

Convenio entre Colombia y	Artículo 7	Artículo 10	Cláusula de no discriminación para EP
Suiza	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa del 0% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 20% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 15% en los demás casos . El apartado 4 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones	✓ SI
México	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	No se aplica impuesto a los dividendos en el país de residencia de la sociedad que los distribuye, siempre y cuando los beneficios que dan origen a la distribución no hayan sido sometidos a impuesto sobre la renta en Colombia, caso en el cual la tarifa podrá ser del 33%. . El apartado 3 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones	✓ SI
Corea	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 20% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 10% en los demás casos El apartado 3 establece claramente que la en la transferencia de utilidades derivadas de un EP se debe dar aplicación al artículo 7. El apartado 4 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones	NO

Convenio entre Colombia y	Artículo 7	Artículo 10	Cláusula de no discriminación para EP
India	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa máxima del 5% en todos los casos El apartado 4 establece claramente que la en la transferencia de utilidades derivadas de un EP se debe dar aplicación al artículo 7 o 14 según proceda. El apartado 3 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones	✓ SI
Portugal	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa máxima del 10% en todos los casos El apartado 4 establece claramente que la en la transferencia de utilidades derivadas de un EP se debe dar aplicación al artículo 7 o 14 según proceda. El apartado 3 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones	✓ SI
República Checa	La redacción del artículo 7 hace referencia a la tributación de los EP basada en la atribución de beneficios.	Tarifa del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee por lo menos el 25% del capital de la sociedad que distribuye. Tarifa: 15% en los demás casos Trifa 25% cuando los dividendos provengan de utilidades que no fueron gravadas en Colombia. El apartado 5 establece claramente que la en la transferencia de utilidades derivadas de un EP se debe dar aplicación al artículo 7. El apartado 3 establece que en la aplicación del artículo 10, el término "dividendos" aplica a todas las rentas que la legislación del estado en que reside la "sociedad" que realiza la distribución, someta a la tributación como conceptos homologados como rentas acciones	✓ SI

Nota. Elaboración propia con base en los CDI que hay firmados, tomados de la página de la Dian

Conclusiones

Generalidad en la aplicación del ordenamiento tributario colombiano

La normatividad tributaria colombiana se ha reformado durante la última década en consonancia con las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia y de atribución de beneficios a los establecimientos permanentes. Así las cosas, en el contexto tributario, la normativa colombiana ha sido direccionada a fortalecer los mecanismos de control a las operaciones internacionales con el fin de evitar la erosión de la base fiscal local.

Si bien con estas reformas no han cambiado las reglas de juego para la inversión extranjera ni para los negocios internacionales, si hay un nuevo orden normativo que asigna importantes responsabilidades para aquellos contribuyentes que realizan operaciones con sus vinculados en el exterior, y en especial para las filiales en Colombia de empresas del exterior, y para las sucursales de sociedades extranjeras.

Esta normalización de la normativa colombiana con las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia y de atribución de beneficios a establecimientos permanentes ha permitido sincronizar los efectos de las operaciones internacionales de empresas colombianas con sus vinculados con el exterior, y especialmente de los establecimientos permanentes y sucursales de sociedades extranjeras con sus casas centrales, logrando en principio, una asimetría en los reportes sugeridos por la Acción 13 del Proyecto BEPS de la OCDE, esto es; informe maestro, informe local y el informe país por país (master file, local file, y country by country report.) (OCDE, 2015)

Determinación de la base impositiva

La estructura y esencia del régimen tributario colombiano define a las filiales de sociedades extranjeras en Colombia como contribuyentes que tributan en el impuesto sobre la renta conforme a las mismas leyes existentes para sociedades nacionales. Es decir, que para efectos del impuesto sobre la renta no hay distinción alguna entre una filial y una sociedad de capital colombiano, las dos se entienden como sociedades nacionales.

Las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia tributan con base en el modelo de atribución de beneficios de la OCDE con los requisitos y limitaciones establecidas en el estatuto tributario para sociedades nacionales, esto tiene una relevancia importante ya que el modelo establece la necesidad y, por consiguiente la obligación, de establecer una atribución de beneficios, para lo cual se debe realizar un estudio sobre las funciones, activos, riesgos y personal involucrados en la obtención de las rentas y de las ganancias ocasionales atribuidas. Este análisis a la luz de la interpretación del apartado 2 del artículo 7 (Contreras, 2016) se realiza en dos fases: la primera consistente en determinar las actividades y las condiciones de una empresa hipotéticamente

distinta e independiente y una segunda consiste en la determinación de los beneficios de esa empresa hipotéticamente distinta e independiente a partir de un análisis de comparabilidad.

Ahora bien, una vez determinada la atribución de la renta al establecimiento permanente (sucursal) el sistema tributario colombiano no sugiere un tratamiento impositivo diferente al que fuere aplicable a una sociedad nacional, por lo que no se evidencia discriminación o desigualdad frente al sistema de tributación de una filial.

Determinación de la base gravable en filiales	
Fase 1: Depuración de la renta	Ingresos gravables [1] *(menos)* costos, gastos y deducciones [2] = Renta liquida *(menos)* compensaciones *(menos)* rentas exentas *(más)* otras rentas gravadas = Renta liquida gravable

Determinación de la base gravable en sucursales	
Fase 1: Atribución	Estudio sobre las funciones, activos, riesgos y personal involucrados en la obtención de las rentas y de las ganancias ocasionales atribuidas
Fase 2: Depuración de la renta	Ingresos gravables atribuibles [1] *(menos)* costos, gastos y deducciones atribuibles [2] = Renta liquida *(menos)* compensaciones *(menos)* rentas exentas *(más)* otras rentas gravadas = Renta liquida gravable

[1] Los ingresos provenientes de operaciones con vinculados económicos, previamente debieron someterse a un estudio de precios de transferencia para validar que los precios de hayan detemrinado con el principio de plena competencia

[2] *Los costos gastos y deducciones provenientes de operaciones con vinculados económicos, previamente debieron someterse a un estudio de precios de transferencia para validar que los precios de hayan detemrinado con el principio de plena competencia*

A pesar de lo anterior en la actualidad surge una ambigüedad originada en el estatuto tributario (artículo 20-2) toda vez que en este estatuto no se aclara si la atribución es producto de un cálculo basado en el estudio de atribución o si en realidad obedece a operaciones reales entre el establecimiento permanente o sucursal con su casa central. De otra parte, la duda se enfatiza con la posición de la administración tributaria que reconoce la atribución como una operación teórica producto de la ficción de aplicar el concepto de "entidad funcionalmente separada". (DIAN, 2015)

La premisa de que un establecimiento permanente o sucursal de sociedad extranjera pudieren aplicar la atribución mediante un cálculo basado en el estudio de atribuciones, y no con base en operaciones reales soportadas con transacciones, contratos, facturas y otros elementos

probatorios, dejaría en cierta desventaja a las filiales cuyo único camino para atribuir o repercutir los costos incurridos por sus controlantes para el desarrollo de sus operaciones en Colombia, se basa en la prueba documental (transacciones, contratos, facturas, etc.) con las implicaciones de tributación que ello conlleva para los no residentes (impuesto sobre la renta a través del mecanismo de retenciones en la fuente) y de impuestos asumidos por las filiales como el IVA. (numeral 3 artículo 437-2 del estatuto tributario)

El decreto 1625 de 2016 en reglamentación al artículo 20-2 del ET sobre llevar una contabilidad separada de los establecimientos permanentes con sus casas centrales, establece: "…las operaciones internas que le sean atribuidas al establecimiento permanente o sucursal deben estar igualmente soportadas en documentos, iguales o similares a los que usualmente habría en los casos de operaciones realizadas entre partes jurídicamente diferentes. Dichos documentos soporte deben, además, ser el reflejo del estudio al que se refiere el artículo anterior.". Así entonces, la justificación de operaciones con vinculados económicos por parte de los establecimientos permanentes se equipara con los requisitos para las filiales, eliminando cualquier trato diferencial.

Tributación de los dividendos

En materia de distribución de dividendos de filiales de sociedades extranjeras y de transferencia de utilidades de sucursales de sociedades extranjeras a sus vinculados en el exterior, se observa que la administración tributaria adopta una posición concordante con los modelos de convenio OCDE, es especial del contenido de los artículos 7 y 10 de dichos CDI.

Las utilidades de una filial luego de haber sido sometidas al impuesto sobre la renta en Colombia son gravadas al momento de su distribución con el impuesto sobre la renta por concepto de

dividendos, y aplicando, cuando haya lugar a ellos, los límites establecidos en el artículo 10 – Dividendos de los respectivos CDI (bajo el modelo OCDE).

Las utilidades atribuidas a una sucursal de sociedad extranjera en Colombia, luego de haber sido sometidas al impuesto sobre la renta, son gravadas al momento de su transferencia a la casa central con el impuesto sobre la renta por el concepto de dividendos. Sin embargo, si la distribución se realiza a una persona con residencia fiscal en un país con el cual Colombia ha suscrito un CDI, dicha distribución no se homologa como dividendos y por consiguiente no se da aplicación al artículo 10 del CDI (bajo el modelo OCDE), sino que en su defecto se aplica el artículo 7 – beneficios empresariales del respectivo convenio, en cuyo caso la transferencia de utilidades no estaría gravada por considerarse "remesas" las cuales no se encuentran sometidas a tributación ni en el modelo OCDE ni en la legislación Colombiana.

Lo anterior tiene dos excepciones, a saber:

- La primera excepción en el CDI suscrito entre Colombia y Japón que en el apartado 5 del artículo 7 establece la posibilidad para Colombia de gravar la transferencia de utilidades de un EP como si se tratara de utilidades, con los siguientes límites:

  15% si las utilidades no han estado sometidas a impuesto sobre la renta según la legislación colombiana, o

  5% en los demás casos.

  La segunda excepción en el CDI suscrito entre Colombia y Francia que en el apartado 4 establece claramente que la transferencia de utilidades derivadas de un EP se debe dar aplicación al artículo 7. Sin embargo, el protocolo establece que la transferencia de utilidades que provienen de la atribución de un EP, pero esas utilidades no fueron gravadas en Colombia, serán gravadas en Colombia a una tarifa máxima del 15%.

Aplicación del régimen de precios de transferencia

Tanto filiales como sucursales de sociedades extranjeras están sometidas al régimen de precios de transferencia bajo las directrices de la OCDE que han sido adoptadas en la legislación colombiana en el estatuto tributario y sus decretos reglamentarios.

Si bien las sucursales de sociedades extranjeras son una extensión de la casa central en territorio colombiano y jurídicamente no pueden ser indivisibles sus obligaciones y responsabilidades por sus actuaciones en Colombia, tal como está concebido en el ordenamiento legal colombiano (artículo 469 del Código de Comercio), a efectos de la aplicación del régimen de precios de transferencia, esta realidad no es aplicable, y por el contrario lo que se aplica es la situación hipotética de una entidad independiente y en ese sentido la casa central es tratada como una empresa vinculada de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del 260-4 del ET.

A diferencia de la aplicación del régimen de precios de trasferencia a las filiales donde en efecto, a pesar de que el capital con que se constituye la filial pertenece a su casa matriz, se trata de una entidad jurídica independiente y con autonomía para asumir obligaciones y adquirir derechos por lo que las para hacer un análisis de las operaciones con vinculados económicos no se requiere acudir a la situación hipotética de entidad independiente, pues lo es ya. De otra parte, para las sucursales de sociedades extranjeras resulta una situación más compleja, pues en el análisis de

las operaciones debe concebir que ella misma (su casa central) es una entidad vinculada y debe tratarla como lo define la OCDE entidad funcionalmente separada *(functionally separate entity)* (OCDE, 2010)

Así entonces las sucursales están en una situación de doble ficción, en la que de una parte la sucursal de la sociedad extranjera debe separarse funcionalmente de su sociedad origen, mal llamada controlante, pues no se puede ser controlador de sí mismo y entenderse como otra empresa separada, y de otra parte, debe asumir que una vez separada de sí misma debe tratarse como vinculada económica a finde poder aplicar la legislación vigente en materia de vinculación económica pare efectos de precios de transferencia.

Corrección de tratos preferenciales a sucursales o establecimientos permanentes:

El artículo 24 del estatuto tributario originalmente ha definido un trato diferencial a la tributación de los establecimientos permanentes y sucursales en razón a que solo son gravadas sus rentas de fuente nacional:

> ARTÍCULO 20-2. TRIBUTACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES Y SUCURSALES. Artículo adicionado por el artículo 87 de la Ley 1607 de 2012. 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, <u>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</u>, 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. *(el subrayado es mío)*

Indudablemente se trataba de una diferencia notable en comparación con la tributación de las sociedades residentes, pero dicho trato preferente de los beneficios sometidos a imposición en Colombia en razón a su fuente se equilibró con la definición incorporada en el artículo 58 de la Ley 1943 de 2018 (llamada ley de financiamiento) que definió que para efectos de lo establecido en los artículos 20, 20-1 20-2 del Estatuto Tributario que los establecimientos permanentes de individuos, sociedades o entidades extrajeras de cualquier naturaleza, ubicados en el país, serán gravados sobre las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional y extranjera que le sean atribuibles.

La Ley 1943 de 2018 fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en octubre de 2019, por lo que fue necesario que en el artículo 66 de la Ley 2010 de 2019 fuera ratificada nuevamente esta disposición, veamos:

> Artículo 66°. Para efectos de lo establecido en los artículos 20, 20-1 Y 20-2 del Estatuto Tributario, los establecimientos permanentes de individuos, sociedades o entidades extrajeras de cualquier naturaleza, ubicados en el país, serán gravados sobre las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional y extranjera que le sean atribuibles.

Finalmente, en materia de tributación sobre los dividendos, cualquier diferencia o trato preferente entre filiales y sucursales de sociedades extranjeras ha sido corregido en la legislación local, especialmente con la modificación del numeral 4 del artículo 30 del estatuto tributario (Ley 1607 de 2012) que homologa como dividendos la transferencia de utilidades a sus casas centrales en el exterior por parte de las sucursales de sociedades extranjeras. Sin esta homologación la

transferencia de utilidades de una sucursal a su casa central pudiera llegar a tener diferentes tratamientos tributarios que podrían llegar incluso a generar situaciones de doble imposición a nivel internacional.

A pesar de lo anterior, y tal como se evidencia en el contenido del artículo 66 de la Ley 2010 de 2019 el artículo 30 del ET quedó excluido de la aplicación de un posible gravamen de rentas de fuente extranjera, dejando así una ambigüedad sobre si la transferencia de utilidades del un EP producto de rentas de fuente extranjera deben tributar bajo el precepto del artículo 30 o no.

Bibliografía

Ángel, P. (2017). *Reglas de atribución de beneficios a establecimientos permanentes. ICDT IV Jornadas Internacionales de Derecho Tributario.*

Ángel, P. (s.f). *Análisis de alternativas del sistema de atribución de activos, pasivos, costos y gastos a sucursales. ICDT* .

Banco De La Republica. (2003). *Resolución Externa No.5 el artículo 1º.*

Bettinger, B. H. (2002). *Precios de transferencia, sus efectos fiscales. 12ª edición,* . México: Fiscales ISEF.

Cabrera, C. Ó. (noviembre de 2018). El concepto de establecimiento permanente en el sistema tributario colombiano. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* (79).

Castro, A. J. (2016). *El Concepto de dividendos en los conveios de boble imposición.* Bogotá: Universidad Externado.

Chaparro, C. (2016). Distribución de utilidades por parte de un establecimiento permanente en Colombia en el contexto de los CDI - LEGIS. *Revista impuestos*, 19-22.

Contreras, M. (2016). *Atribución de beneficios a establecimientos permanentes, Agencia Estatal de la Administración Tributaria.* España.

Corredor, A. J. (2004). *Principales retos a afrontar en los Precios de Transferencia en la legislación colombiana.* Bogotá.

Delgado, A. (2016). *Precios de Transferencia: Análisis de la validez empírica de los métodos propuestos por la OCDE para la evaluación del principio de plena competencia.* . Bogotá D.C: Universidad Externado.

DIAN. (2015). *Cartilla "Precios de Transferencia" Colombia.* Obtenido de https://globbal.co/wp-content/uploads/2018/11/Cartilla-Precios-de-Transferencia-Dian-17-Sep-2015.pdf

DIAN. (2015). *Concepto 036855.*

DIAN. (2015). *Subdirección de Gestión normativa, Concepto 036855.* Obtenido de https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2015/oficio-36855.html

DIAN. (18 de septirmbre de 2017). *Subdirección de Gestión normativa, Concepto 34105.* Obtenido de https://globbal.co/wp-content/uploads/2018/03/34-Con-DIAN-34105-2017-Regalias-CDI-Sucursal.pdf

DIAN. (2020). *Concepto 1313 de Octubre* .

DIAN. (2020). *Oficio 370 del 30 de marzo* .

DIAN. (2022). *Convenios Bilaterales.* Obtenido de https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/Paginas/ConveniosBilaterales.aspx

DIAN. (2022). *Oficio 599 del 13 de mayo* .

IASB . (2015). *International Accountant Standards Board, IFRS International Financial Report Standards.*

Martha, C. (2016). *Atribucion de beneficios a establecimientos permanentes: rentas nacionales.*

Navarro, I. A. (diciembre de 2016). La normatividad de atribución de rentas a establecimientos permanentes en Colombia. *Revista de derecho fiscal Universidad Externado*.

OCDE . (2017). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias.*

OCDE. (2008). *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes.*

OCDE. (2010). *Informe 2010 sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes: Parte I, B-3, (iii).*

OCDE. (2010). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio.*

OCDE. (2015). *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios.*

OCDE. (2017). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias.* Obtenido de https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2017_9788480083980-es

OCDE. (2018). *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes.*

RAE. (2022). *Diccionario de La Real Academia Española. Definiciones.* Obtenido de https://www.rae.es/

RAE. (2022). *Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed.* Obtenido de https://dle.rae.es

Sanín, G. J. (8 de abril de 2017). *Dividendos, establecimientos permanentes y doble tributación Periódico EL MUNDO* . Obtenido de https://isanin.com.co/wp-content/uploads/2017/04/Circular-Dividendos-establecimientos-permanentes-y-doble-tributaci%C3%B3n-EL-MUNDO.pdf

Serrano, F. (2015). *Fiscalidad Internacional* . España: Centro de Estudios Financieros.

Superintendencia de Sociedades. (1998). *Oficio 220-30783.* Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/SitesPages/Conceptos-Juridicos.aspx?Paged=TRUE&PagedPrev=TRUE&p_SortBehavior=0&p_Fecha=19980630+05:00:00&p_ID=815&PageFirstRow=1171&&View=%7BBB752A08-03DF-4BD9-BF8F-82202E1C8022%7D

Superintendencia de Sociedades. (1999). *Oficio 220-81138.* Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/SitesPages/Conceptos-Juridicos.aspx?Paged=TRUE&PagedPrev=TRUE&p_SortBehavior=0&p_Fecha=19990830+05:00:00&p_ID=6502&PageFirstRow=601&&View=%7BBB752A08-03DF-4BD9-BF8F-82202E1C8022%7D

Superintendencia de Sociedades. (1999). *Oficio 220-81138.*

Superintendencia de Sociedades. (2000). *Oficio 220-50335.* Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/SitesPages/Conceptos-Juridicos.aspx?Paged=TRUE&PagedPrev=TRUE&p_SortBehavior=0&p_Fecha=20000730+05:00:00&p_Title=OFICIO+220-44897&p_ID=3722&PageFirstRow=2071&&View=%7BBB752A08-03DF-4BD9-BF8F-

Superintendencia de Sociedades. (2013). *Oficio 220-086962.*

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Concepto 220-124869.*

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Oficio 220-124869.*

Superintendencia de Sociedades. (2016). *Oficio 220-157873.* Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-157873.pdf

Waltrich, A. (2016). *Cross- Border Taxation of Permanent Establishments. An.* Kluwer Law International.

Zhao, G. (2014). *Global Financial integrity, Transfer Pricing Lands Apple, Starbucks, and Fiat in Hot Water. SHARE.*