

**EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE COMO CLÁUSULA DE
DERECHO INTERNO EN LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA
COLOMBIANA: EL CASO PARTICULAR DE LAS OFICINAS DE
REPRESENTACIÓN DE LAS REASEGURADORAS DEL EXTERIOR.**

PAOLA ANDREA MESA GALINDO

MONOGRAFÍA DE GRADO

DIRECTOR:

DR. MAURICIO A. PLAZAS VEGA

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Programa de Pregrado

Bogotá

2017

Resumen: Desde sus orígenes, el establecimiento permanente ha sido una de los elementos fundamentales en el contexto de la fiscalidad internacional y, en los últimos años, en la fiscalidad nacional. Este trabajo, tras ofrecer una visión de su evolución histórica, analizar los elementos principales de la cláusula y su adopción por las legislaciones internas, se refiere a la posibilidad de que en la legislación colombiana se considere que las oficinas de representación de reaseguradoras del exterior tengan un establecimiento permanente en Colombia por la celebración de operaciones de reaseguro respecto de riesgos localizados en el país.

Palabras Claves: Establecimiento Permanente, cláusula general, agente dependiente, agente independiente, reaseguros, oficinas de representación.

Key words: Permanent Establishment, general clause, dependent agent, independent agent, reinsurance, representative office.

Abstract: Since its inception, the permanent establishment has been one of the most fundamental features in the context of international taxation and, in recent years, in internal taxation. This paper, after giving an overview of its historical background, analyses the main elements of its general clause and its adoption by internal legislations. It also refers to the possibility that foreign reinsurance companies have a permanent establishment in Colombia for reinsuring localized risks in the country.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN:	2
PALABRAS CLAVE:	2
KEY WORDS:	2
ABSTRACT:	2
CAPÍTULO 1.....	6
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 2.....	8
ORIGEN DE LA CLÁUSULA DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE	8
CAPÍTULO 3.....	18
DEFINICIÓN Y ALCANCE DEL CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE, DE ACUERDO CON LOS MODELOS DE CDI.	18
CAPÍTULO 4.....	55
LA CLÁUSULA DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE COMO NORMA DE DERECHO INTERNO – ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO	55
CAPÍTULO 5.....	69
5.1. NOCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	69
5.2. TRIBUTACIÓN DE LAS PERSONAS NATURALES SIN RESIDENCIA Y DE LAS ENTIDADES EXTRANJERA EN COLOMBIA	74
5.3. TRIBUTACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN COLOMBIA	76

5.4.	DETERMINACIÓN DEL PATRIMONIO, LAS RENTAS Y GANANCIAS OCASIONALES ATRIBUIBLES AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE:.....	77
5.5.	CONTABILIDAD SEPARADA.....	80
5.6.	DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA EN CABEZA DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.....	81
5.7.	UTILIDADES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.....	84
5.8.	DECLARACIÓN DEL TRIBUTO.....	84
5.9.	RETENCIÓN EN LA FUENTE	85
5.10.	OTRAS OBLIGACIONES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.....	86
5.11.	LA SUJECCIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD – CREE:.....	87
	CAPÍTULO VI	89
	EL CONTRATO DE REASEGURO SU OBJETO, CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE SEGURO.....	89
6.1.	NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE REASEGURO	90
6.5.	CARACTERÍSTICAS DEL REASEGURO	109
6.5.1.	LA COMUNIDAD DE SUERTE.....	109
6.5.2.	LA MÁXIMA BUENA FE.....	110
6.5.3.	LA GESTIÓN DIRECTA DEL RIESGO POR PARTE DEL ASEGURADOR	
	112	
6.6.	EL CONTRATO DE REASEGURO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL ..	113

6.7. TRIBUTACIÓN DE LA ACTIVIDAD REASEGURADORA EN COLOMBIA	
.....	117
BIBLIOGRAFÍA	152

Capítulo 1

Introducción

En el derecho tributario internacional se ha consolidado la institución del *establecimiento permanente* como instrumento para evitar la *doble tributación económica*. Así, en los modelos de tratados, y en general en los tratados que suscriben los países para evitar la doble imposición, se utilizan cláusulas que regulan el *establecimiento permanente* con el objeto de condicionar el poder de recaudar el tributo en el país de la fuente de la renta al hecho de que los réditos o el enriquecimiento de que se trate se encuentren vinculados a un “*lugar fijo de negocios*”. Sin embargo, en los últimos años el *establecimiento permanente* también ha sido incorporado en la normativa interna de los Estados con el fin de establecer o fijar pautas para la imposición de las rentas según el criterio de la fuente, en particular, cuando la renta es percibida por no residentes ni domiciliados en el país.

Sobre esa base, la legislación colombiana mediante la ley 1607 de 2012 adoptó la comentada figura, lo cual ha suscitado discusiones en torno a la aplicación de las reglas para determinar su configuración y los beneficios que le son atribuibles, la ausencia de regulación expresa para actividades económicas especiales y su incompatibilidad con otras normas del ordenamiento, en particular, con el artículo 24 del Estatuto Tributario, que dispone la tributación de los extranjeros en Colombia sobre la totalidad de sus rentas de fuente nacional y no únicamente sobre las rentas vinculadas a un *establecimiento permanente*.

Todas las anteriores temáticas son de gran trascendencia pues no solo determinan el sujeto activo de la obligación tributaria, sino también la cuantía de la obligación en el país en el cual está ubicado el lugar fijo a través del cual se desarrollan los negocios.

En Colombia, los no residentes que tengan un *establecimiento permanente* en el país están llamados al cumplimiento de deberes y obligaciones tributarias. Por ejemplo, deberán presentar declaraciones del impuesto sobre la renta del *establecimiento permanente*, llevar contabilidad y pagar el impuesto sobre las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional atribuibles al emplazamiento fijo de negocios.

El presente trabajo tiene por objeto examinar la figura del *establecimiento permanente*, su origen en el sistema alemán, su desarrollo en el derecho internacional como instrumento para limitar la potestad tributaria de los Estados y su adopción por las legislaciones internas para ejercer poder de imposición, lo que permitirá tener criterios suficientes para analizar la incorporación de la figura en el derecho fiscal colombiano, sus principales efectos jurídicos y su armonización con las demás disposiciones del sistema tributario y, en particular, el régimen fiscal aplicable a las oficinas de representación de las reaseguradoras del exterior que operan en el territorio nacional respecto de las cuales había duda sobre la configuración de un *establecimiento permanente* en su cabeza por ejercer su actividad de reaseguro respecto de riesgos localizados en el país la cual sólo fue resuelta hasta la expedición de la ley 1819 de 2016 cuyo artículo 21 adicionó un párrafo al artículo 20-1 en el

que expresamente se señala que no hay lugar a la configuración de un establecimiento permanente en estos casos.

Capítulo 2

Origen de la cláusula de *establecimiento permanente*

2.1. Primer antecedente de la figura del *establecimiento permanente* en el derecho interno

La noción de *establecimiento permanente* se remonta a mediados del siglo XIX, en el seno del derecho alemán y, concretamente, en el legislación mercantil prusiana de la época. En sus comienzos, el *establecimiento permanente* no constituía un término con connotación tributaria sino eminentemente comercial, mediante el cual se hacía referencia al lugar, instalaciones, bodegas, sucursales u oficinas con las que contaba una empresa en determinado territorio para ejercer su actividad negocial.

Posteriormente y, según lo comenta MONTAÑO GALARZA, Prusia adoptó el concepto de *establecimiento permanente* en su legislación fiscal interna para establecer la sujeción sobre la utilidad derivada de las actividades comerciales e industriales realizadas por sujetos domiciliados en otros Municipios, razón por la cual el citado autor, quien a su vez comenta a GARCÍA PRATS, señala que es en los impuestos sobre los productos y no en el impuesto sobre la renta en donde el *establecimiento permanente* halla su primer uso en el derecho tributario. Una vez el concepto sirvió para determinar el poder de imposición de la actividad comercial a nivel territorial interno se extendió al ámbito internacional. En efecto, en el tratado internacional

suscrito entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia, en el año 1899, se incluyó la noción de lugar fijo de negocios para determinar la competencia tributaria estatal. No obstante, es solo hasta mediados del siglo XX que la noción de *establecimiento permanente* se incorpora, de forma medianamente generalizada, en los convenios para evitar la doble imposición (CDI)¹.

En el primer modelo de convenio para evitar la doble tributación de la Sociedad de Naciones, que data del año 1927, ya se preveía la figura del *establecimiento permanente*, pero restringida a unos supuestos en particular como los centros de dirección efectiva, las sociedades filiales, las sucursales, las fábricas, depósitos, oficinas y almacenes. Nótese que en este modelo de convenio la institución analizada no contemplaba la actuación por medio de un agente, no obstante en el modelo de 1928 sí se preveía como excepción al *establecimiento permanente* la actuación por medio de un agente independiente y se excluyó la filial como supuesto de su configuración, así como posteriormente también fue excluida la sede de dirección efectiva.

2.2. Los convenios para evitar la doble imposición (CDI) y la cláusula de establecimiento permanente

Es ampliamente conocido que los Estados, en ejercicio de su potestad impositiva, pueden adoptar en su legislación diferentes criterios para vincular a un sujeto con la

¹ Galarza Montaña, César, “*Derecho tributario internacional: el establecimiento permanente*”, Temis, Bogotá, 2004, p. 6.

obligación de tributar en esa jurisdicción por las rentas que obtengan. Tales criterios de conexión, según la doctrina, pueden clasificarse en *objetivos* o *subjetivos*.

De acuerdo con la vinculación *subjetiva*, un Estado tiene derecho a ejercer su poder tributario respecto de aquellos sujetos que tengan una relación personal con el ente estatal como la nacionalidad, el domicilio o la residencia; postulados que predica el sistema de tributación de *renta mundial*, en tanto que, la vinculación *objetiva* se fundamenta en la ocurrencia de hechos imponderables dentro del territorio que habilitan al Estado a gravar las rentas obtenidas en desarrollo de las transacciones llevadas a cabo en su jurisdicción, sin atender elementos personales de los intervinientes en la operación económica; criterio aplicado por el sistema de tributación según la *fuerce*.

Sobre el particular, ROSEMBUJ ERUJIMOVICH señala que “*El criterio de renta mundial, como es sabido, supone que el contribuyente residente sea gravado por la totalidad de sus rentas con independencia del lugar de producción o fuente. La referencia a la capacidad económica global del sujeto pasivo actúa, sobre todo, en el impuesto personal, en el cual la vinculación con el poder tributario se establece con rasgos o elementos propios de la persona*”, en tanto que “*el criterio de la fuente implica el gravamen en el origen de la riqueza y, ordinariamente, aparece connotado en el impuesto real, en el que la vinculación con el poder tributario atiende el carácter objetivo de la manifestación de capacidad económica, evitando la*

referencia al contribuyente y las circunstancias personales o familiares que le atañen”².

En la práctica, los Estados han adoptado el principio de tributación del país de la fuente o el de renta mundial, con diversas mixturas. Esta superposición de jurisdicciones fiscales, o la configuración legislativa distinta del mismo criterio de sujeción, ha ocasionado que se presente el fenómeno de la doble tributación jurídica³ internacional, el cual es definido por la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (en adelante OCDE) como el “*resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo*”⁴; concepto que, bueno es advertir, ha sido acogido por la Corte Constitucional en sentencia C- 577 de 2009.

De la definición de doble imposición se pueden extraer los siguientes elementos: i) Identidad en el gravamen, al cual se presenta cuando dos o más Estados exigen impuestos de naturaleza análoga que recaen sobre el mismo hecho imponible; ii) Identidad de periodo, es decir, simultaneidad en la temporalidad en que acaece el hecho imponible gravado por dos o más jurisdicciones; y iii) Identidad del sujeto pasivo, lo cual implica que es el mismo contribuyente o sujeto sobre el que recaen o inciden los gravámenes.

²Rosembuj, Tulio, *Derecho Fiscal Internacional*, IEFPA, Buenos Aires, 2003. pp. 25-26.

³ La doble imposición es aquella en la que se produce una múltiple tributación sobre una renta en cabeza del mismo sujeto pasivo, en tanto que, la llamada *doble tributación económica* se da cuando hay una múltiple imposición respecto de una misma renta pero en cabeza de sujetos pasivos distintos. Un ejemplo de doble imposición económica podría ser la imposición a una sociedad filial por la percepción de una renta que también tributa en cabeza de su matriz al momento de su recepción.

⁴ Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OCDE), *Modelo de convenio fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Paris, 2010, p. 7.

En los términos de SOL GIL el fenómeno de la doble tributación internacional “*se produce principalmente por la contraposición de los sistemas impositivos adoptados por los Estados y además se deriva de las distintas formas en que han sido formuladas las definiciones de rentas territoriales, o la forma como se define el domicilio o residencia fiscal, cuando el gravamen se basa en estos criterios, así como de establecimientos permanentes en diferentes soberanías fiscales del mundo, ya que cada uno de ellos tiene sus particularidades en cuanto a sus definiciones*”⁵.

La doble tributación afecta sensiblemente el comercio internacional y los principios de equidad y justicia e induce a la evasión y la elusión tributarias porque, tal como lo señala BENJAMÍN CUBIDES, un contribuyente “*paga un monto superior al que habría pagado en cada país de haber estado sujeto a imposición en solo uno de ellos*”⁶.

En relación con las implicaciones de la doble tributación en el comercio internacional UCKMAR (2003; p. 94) señala que “*tiene una profunda incidencia por el efecto de la doble carga fiscal que pesa sobre el contribuyente. Este deberá en determinadas circunstancias, renunciar a las transacciones internacionales alcanzadas por tal fenómeno prefiriendo las puramente internas que, soportando solamente la carga tributaria nacional, poseen un costo reducido respecto de las referidas transacciones internacionales*”⁷.

⁵ Sol Gil, Jesús, Alcance general, impuestos cubiertos y definiciones en los convenios de doble imposición. En: Estudios de derecho tributario internacional. Bogotá: LEGIS e ICDDT, 2006, p. 69.

⁶ Cubides Pinto, Benjamín, *Normas y convenios para evitar la doble imposición internacional en el impuesto de renta y en el impuesto al patrimonio en Colombia*. Medellín: CETA, 2010, p.17.

⁷ Uckmar, Victor, *Los tratados internacionales en materia tributaria*, en *Curso de derecho internacional tributario*, Tomo I, Temis, Bogotá, 2003, p. 94.

En atención a los efectos nocivos de la doble tributación, los países han adoptado dos tipos de medidas para mermar sus consecuencias: i) Medidas de carácter unilateral, consistentes en la incorporación, en su derecho interno, de mecanismos como el descuento de los impuestos pagados en el exterior (*tax credit*) o la exención de las rentas de fuente extranjera; y ii) Medidas de carácter bilateral o multilateral, consistentes en la suscripción de convenios para evitar la doble imposición (CDI), cuyo objeto es la distribución acordada entre los Estados de la potestad tributaria respecto de las rentas que guarden una relación económica con las jurisdicciones partes del Acuerdo.

En ese mismo sentido, LEWIN FIGUEROA ha sostenido que “*la finalidad jurídica de los Convenios de Doble Imposición es solucionar conflictos de aplicación del derecho interno de cada uno de los Estados parte del Convenio, mediante el reparto de sus competencias tributarias*”⁸.

Distintas organizaciones internacionales han desarrollado modelos de convenio, con fundamento en los cuales los Estados han suscrito los CDI. Así, la Liga de las Naciones fue la precursora al redactar los primeros modelos de acuerdos en materia de doble imposición de los impuestos directos, del impuesto a las sucesiones, de asistencia administrativa y asistencia judicial, los cuales fueron aprobados en 1928 por los representantes de 28 Estados. Posteriormente, en 1977, la OCDE publicó la primera versión del Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el

⁸ Lewin Figueroa, Alfredo, “*Los convenios para evitar la doble imposición: Los problemas de las fuentes*” en Memorias del Instituto Colombiano de Derecho Tributario XXXIII, ICDT, Cartagena, 2008, p. 45.

Patrimonio -en adelante MCOCDE- el cual ha venido evolucionando y enriquecido con sus comentarios y cuya última actualización es data del año 2014.

Así mismo, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) publicó, en 1980, su propio modelo de Acuerdo, con el criterio de procurar un equilibrio en las relaciones entre los países desarrollados y en vía de desarrollo, el cual ha atendido los parámetros generales establecidos en el MCOCDE con algunas diferencias.

Por su parte, la Comunidad Andina expidió la decisión 40, aprobada en 1971, la cual preveía dos modelos de CDI: i) El primero, para suscribir entre los Estados miembros⁹ caracterizado por guardar profundas diferencias respecto de los otros modelos de CDI al adoptar el principio de imposición del lugar de la fuente como criterio para el reparto de la potestad tributaria; y ii) Un modelo de CDI para la suscripción de tratados entre los Estados miembros y terceros Estados; normativa que fue reemplazada, posteriormente, por la decisión 578.

Finalmente, vale la pena resaltar que el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) aprobó un modelo multilateral de convenio para evitar la doble imposición para América Latina y ha venido trabajado en su actualización.

Si bien, los Estados pueden apartarse de los lineamientos señalados en los modelos, en la práctica, los países frecuentemente adoptan un modelo de tratado al que realizan las variaciones que acuerden para su suscripción.

Ahora bien, la noción del *Establecimiento permanente* en el derecho tributario internacional surge en atención a que las empresas o sujetos pueden efectuar

⁹ Los Estados miembros del Pacto Andino son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

operaciones y percibir ingresos en territorios distintos al de su residencia o domicilio, sin constituir una persona distinta que resida en esa jurisdicción y ejerza la actividad. Es debido a la comentada realidad económica que los Estados, al celebrar acuerdos para el reparto de la potestad tributaria, encuentran en el *Establecimiento permanente* un criterio para condicionar el poder de recaudar el impuesto en el país de la fuente de la renta al hecho de que los réditos estén vinculados a un lugar fijo de negocios. Al respecto, GONZÁLEZ BENDIKSEN ha puntualizado que el EP “*supone una limitante a la potestad tributaria del país fuente de ingresos, pues bajo este concepto, dicho país puede gravar las rentas de una empresa de otro país únicamente cuando ésta desarrolla sus actividades en el país fuente con un cierto grado de permanencia*”¹⁰.

En ese sentido, el MCOCDE, el MCONU y el MCILADT, al regular el derecho de imposición sobre los beneficios empresariales, parten del supuesto de que es el país de residencia del sujeto que produce la renta el llamado a recaudar el tributo y solo excepcionalmente, cuando las rentas se perciban a través de un *establecimiento permanente* ubicado en el estado de la fuente, éste tendrá derecho a gravar el enriquecimiento percibido en su territorio por medio de ese vehículo.

En efecto, el primer inciso del artículo 7° del MCOCDE, cuyo texto se reproduce en los demás acuerdos mencionados, dispone que “*Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser*

¹⁰ González Bendiksen, Jaime, *Estudio para la Adecuación del estatuto Tributario a las Tendencias Internacionales de Tributación en Materia del Impuesto sobre la Renta*, En: *XIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1995. p. 145.

*que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él*¹¹.

En términos de ALBERTO XAVIER “*El principio del establecimiento permanente surge, pues, como una derogación de la regla general, consagrando una competencia acumulativa del Estado de la fuente, pero solamente si en su territorio se encuentra instalado un establecimiento permanente y únicamente en la medida en que la utilidades sean imputables a ese establecimiento*”¹².

Ésta temática se abordará más adelante cuando se estudie la figura en el derecho interno, y en particular la normativa colombiana, en la cual nos detendremos a analizar que, a diferencia de los CDI en los que, por regla general, el poder de tributación corresponde al Estado de la residencia, las rentas de fuente nacional obtenidas por no residentes son objeto de imposición en Colombia, lo cual conduce a cuestionarse si la incorporación de la figura en la legislación doméstica condiciona la tributación de las rentas de los no residentes al hecho de que se obtengan por medio de un lugar fijo de negocios, ubicado en el territorio nacional. Discusión que finalmente se zanjó con la expedición del decreto reglamentario en el que se precisó que, en todo caso, los no residentes sin emplazamiento fijo de negocios en el país están sometidos a imposición respecto de sus rentas de fuente nacional.

Vale la pena mencionar otra perspectiva de la figura del *Establecimiento permanente* en la que se le considera a la vez como un instrumento para restringir el criterio de la

¹¹ Artículo 7, numeral 1 del MCOCDE.

¹² Xavier, Alberto, *Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales*, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005, p. 329.

residencia y como un condicionamiento para la aplicación del criterio de la fuente. Al respecto, ALEJANDRO ALTAMIRANO señala que “*esa función negativa del establecimiento permanente consiste en elaborar una forma de limitación de la competencia fiscal del Estado de residencia respecto a los rendimientos obtenidos por un residente en otro Estado pero que tiene una instalación fija en el de la fuente*”¹³; perspectiva que se ilustra en el primer inciso del artículo 6° de la decisión 578 del Pacto Andino, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 6.- Beneficios de las empresas: Los beneficios resultantes de las actividades empresariales sólo serán gravables por el País Miembro donde éstas se hubieren efectuado.

Se considerará, entre otros casos, que una empresa realiza actividades en el territorio de un País Miembro cuando tiene en éste (...)” (Negrillas fuera del texto).

Nótese que la disposición transcrita no se refiere explícitamente ni define el *establecimiento permanente*, sino que se limita a enlistar una serie de hipótesis, similares a las previstas en el MCOCDE y MCONU, con el objeto de someter a imposición en el país de la fuente a la empresa que realice actividades en el territorio de un Estado.

Con lo anterior, se ha dejado expuesto que la institución en estudio goza de una gran versatilidad en tanto que, dependiendo de la amplitud o restricción en la

¹³Altamirano C., Alejandro, *Aproximación al concepto de establecimiento permanente*, En: *Instituto Colombiano de Derecho Tributario Estudios de Derecho Internacional Tributario Tomo II*, Legis Colombia, 2006, pp. 115 -146.

configuración de sus elementos constitutivos, puede propender por la tributación según el criterio de la fuente o según el criterio de la residencia.

Capítulo 3

Definición y alcance del concepto de *Establecimiento permanente*, de acuerdo con los modelos de CDI.

El concepto de *establecimiento permanente* aún se continúa debatiendo en la doctrina. Sin embargo, a partir de la definición dada a la figura por diversos autores, así como por su noción en los modelos de CDI se ha llegado a cierto consenso respecto de algunos de sus elementos definitorios. Bien puntualiza FERNANDO SERRANO ANTÓN que ni el derecho español ni el MCOCDE contienen una definición de *establecimiento permanente*, sino una serie de situaciones y de aspectos parciales que más que precisar su noción pretenden realizar una descripción¹⁴. El comentario, por cierto, es aplicable a lo que ocurre en las legislaciones latinoamericanas, razón por la cual consideramos que no se llegará a una definición universal de la figura, en la medida en que es difícil, por no decir imposible, que los Estados lleguen a un acuerdo irrestricto del poder de imposición que tengan derecho a ejercer por la presencia de un *establecimiento permanente* en su territorio.

ANTONIO LOVISOLO, por su parte, señala que “*La noción de Establecimiento permanente ha ido delineándose y siendo precisada en sus contenidos sobre todo gracias a la obra de estudio y elaboración llevada a cabo por las organizaciones*

¹⁴ Serrano Antón, Fernando, *Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanente*, En: *Fiscalidad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007, p. 173.

internacionales”¹⁵ y ese hecho se debe a que, por lo general, las legislaciones internas de los países que han adoptado la institución en su ordenamiento y la jurisprudencia no se ocupan de conceptualizar esta figura porque temen atentar contra los intereses recaudatorios del Estado.

Nos encontramos de acuerdo con este comentario porque, como se ha anunciado y se verá más adelante, ha sido en el marco de los convenios para evitar la doble imposición que la figura ha tenido su mayor desarrollo y es a partir de los criterios adoptados en el derecho internacional que las legislaciones internas han regulado la institución si bien con algunas características específicas.

En Colombia, por ejemplo, desde el año 2012, se incorporó la cláusula de *establecimiento permanente* en la legislación doméstica. No obstante, como se evidenciará más adelante, el legislador se valió del desarrollo que ha tenido la institución en el derecho internacional, y en particular en el modelo de MCOCDE.

La gran adhesión al MCOCDE permite afirmar que, en la actualidad, hay una gran armonización en el concepto, aun cuando subsisten diferencias en ciertos aspectos definatorios e interpretativos.

3.1. Aspectos que comprende la figura del establecimiento permanente

La función primordial del *establecimiento permanente* no es otra que la de facilitar la sujeción tributaria de un no residente a un Estado por el hecho de detentar en su jurisdicción un lugar fijo de negocios en el que ejecute su actividad empresarial. El

¹⁵ Lovisoló, Antonio, *El establecimiento permanente*, en Uckmar, Victor, *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Tomo I, Temis, Bogotá, 2003, p. 275.

concepto de *establecimiento permanente* tiene un alcance disímil en cada uno de los Estados no solo, tal como se comentó, porque temen atentar contra su poder recaudatorio, sino porque dependiendo de su grado de desarrollo político y económico propenderán para que determinadas hipótesis configuren o no un *establecimiento permanente*. Por ejemplo, mientras que en los países desarrollados y exportadores de capital se desea proteger a los inversionistas y crear un clima propicio para su expansión, en los países menos favorecidos se busca atraer la inversión extranjera concediendo beneficios y tratamientos más favorables que a los nacionales.

TROYA JARAMILLO señala que en la práctica el *establecimiento permanente* se ha admitido como un instrumento para la solución de posiciones contrarias, con la salvedad de que, en todo caso, a mayor amplitud de la noción de la figura más se propenderá por la tributación en el estado de la fuente, en tanto que, la restricción de los supuestos que configuran la figura estudiada propende por el criterio de imposición según la residencia¹⁶.

Bien puede aducirse, tal como lo hace MONTAÑO GALARZA, que el *establecimiento permanente* fija una suerte de residencia de una sociedad o persona natural extranjera en un país a fin de someter a imposición las rentas percibidas en esa jurisdicción, lo cual evidentemente otorga prevalencia al principio de tributación según la residencia sobre el principio de tributación por la fuente, aun cuando los estados que acogen este

¹⁶ Troya Jaramillo, José Vicente, *Derecho internacional tributario*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1990, p.50.

último criterio se valgan de la figura para someter a imposición las rentas percibidas por no residentes -en el sentido convencional- en sus territorios¹⁷.

La figura del *establecimiento permanente* en los modelos de convenio para evitar la doble imposición tiene cuatro grandes aspectos que lo comprenden, a saber: i) La cláusula general de realización de una actividad por medio de un lugar fijo de negocios, denominado en la doctrina como *establecimiento permanente material*; ii) Una lista positiva de lo que puede constituir un *establecimiento permanente*; iii) Una lista negativa de los que no abarca o incluye la noción de *establecimiento permanente*; y iv) Algunas ficciones de *establecimiento permanente*, como lo son las actividades temporales, la cláusula del agente, conocida como *establecimiento permanente personal*, y las cláusulas de servicios de consultoría y actividades de compañías aseguradoras.

3.2.1. El Establecimiento permanente material

VOGEL enuncia las siguientes características para saber si nos encontramos o no frente a un *establecimiento permanente*: i) La existencia de una empresa; ii) El ejercicio de una actividad empresarial; y iii) Un lugar de negocios fijo en el que se desarrolle la actividad. En sentido similar, pero con una ligera variación¹⁸, KOLK señala que los tres elementos que integran la definición de *establecimiento permanente* son: i) Un lugar fijo de negocios; ii) El derecho a utilizar tal lugar; y iii)

¹⁷ Montaña Galarza, César, *Derecho tributario internacional: el establecimiento permanente*, Temis, Bogotá, 2004, p. 10.

¹⁸ Vogel, Klaus, *Interpretación de la legislación fiscal y de los tratados sobre precios de transferencia en Japón y Alemania*, Kluwer law international, La Haya, Londres – Boston, 1998, p. 175.

La realización de actividades empresariales¹⁹. Por su parte, STORK fracciona la definición de *establecimiento permanente* en los siguientes elementos: i) Un lugar de negocios fijo; ii) La permanencia de la conexión entre el lugar de negocios y la realización de negocios de la empresa; iii) El derecho de utilización del lugar de negocios; y iv) La realización de una actividad empresarial de acuerdo con el derecho interno y los CDI²⁰.

Por su parte, el MCOCDE, en el apartado 1° del artículo 5°, define el *establecimiento permanente* como aquel *lugar fijo de negocios* por medio del cual una *empresa* realiza toda o parte de su actividad económica. En similar sentido, el canon 5° del MCONU puntualiza que se entiende por *Establecimiento permanente cualquier local fijo de negocios* en el que la *empresa* lleve a cabo, *total o parcialmente*, su actividad.

De las anteriores apreciaciones se infiere que la doctrina, al igual que los modelos de convenio, ha señalado con cierto consenso que el *establecimiento permanente* lo constituyen los siguientes elementos: i) La existencia de un *lugar de negocios*, ii) Que tenga el carácter de fijo o estable; y iii) Por medio del cual la *empresa* adelante sus actividades.

i) El lugar de negocios (*place of business*)

Para GARCÍA-OLÍAS, JIMÉNEZ el *lugar de negocios* comprende “*cualquier local o instalación*” en donde la *empresa* ejecute su objeto social, de manera que “*bastaría con que hubiese un espacio disponible para el desarrollo de la actividad*”,

¹⁹ Kolk, *El término de lugar de negocios en el derecho fiscal nacional e internacional*, Münster, 1975, p. 86.

²⁰ Stork, *Ley de Impuesto sobre Establecimiento de Ingresos y Bienes Extranjeros*, 1980, p. 203.

verbigracia una oficina o “*determinado espacio físico*”²¹ que, según lo precisa, SCHNEEBERGE CHRISTIAN comprende todos los elementos materiales empleados como maquinarias, locales, equipos o la disposición de un área para depósito aduanero o espacio comercial²².

Al respecto, es de destacar que basta con la existencia del lugar y su disponibilidad para la realización de la actividad por parte del no residente, para que se cumpla con el aludido requisito. En ese sentido, no interesa la propiedad del lugar o el título por el cual se detente su aprovechamiento económico, razón por la cual es perfectamente factible que ni siquiera haya un derecho legal o título legítimo de uso sobre el espacio utilizado. Bien puntualiza ALEJANDRO ALTAMIRANO que “*resulta indistinto si la empresa es propietaria o locataria; solo interesa que la utilización sea real; incluso, no es necesario que sea de uso privativo de la empresa, pudiendo compartir local con otra*”²³.

Así las cosas, puede afirmarse que el lugar fijo de negocios comprende desde las clásicas oficinas hasta un espacio cedido por una empresa a otra, a título gratuito y sin que medie contrato alguno. En relación con este punto, consideramos pertinente citar los comentarios al artículo 5º del MCONU, en los que se precisa que “*el mero hecho*

²¹ García-Olías Jiménez, Carlos, *El Concepto Tributario de Establecimiento permanente*, en Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2011, Núm. Especial Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, p. 230.

²² Schneeberger, Christian, *El Establecimiento permanente en el IRAE con Especial Consideración a la Normativa y Doctrina Internacional*, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Núm.15, 2011, p.2-5.

²³ Altamirano C., Alejandro, Aproximación al concepto de establecimiento permanente, En: Instituto Colombiano de Derecho Tributario Estudios de Derecho Internacional Tributario Tomo II, Legis Colombia, 2006, p. 119.

de que una empresa tenga a su disposición cierta cantidad de espacio que se utiliza para actividades comerciales es suficiente para que este constituya un local de negocios. Por consiguiente, no se necesita tener legalmente derecho a utilizar ese espacio. Así, por ejemplo, un establecimiento permanente podría existir si una empresa ocupara ilegalmente un lugar determinado en el que desarrollara su actividad”²⁴.

Así mismo, los comentarios al MCOCDE han interpretado en un sentido amplio y con gran versatilidad el concepto de lugar de negocios, lo que permite que la noción de *Establecimiento permanente* se adapte y aplique a las diversas formas en que las empresas efectúan su actividad. Veamos algunos apartes de los aludidos comentarios:

- *“La expresión «lugar de negocios» abarca cualquier local, instalaciones o medios materiales utilizados para la realización de las actividades de la empresa, sirvan o no exclusivamente a ese fin. Un lugar de negocios puede existir incluso cuando no se disponga ni se necesite local alguno para la realización de las actividades de la empresa, y esta simplemente disponga de cierto espacio”.*
- *“El lugar de negocios también puede encontrarse en las instalaciones de otra empresa. Este sería el caso, por ejemplo, de una empresa extranjera que tuviera permanentemente a su disposición determinados locales, o parte de ellos, pertenecientes a otra empresa”.*
- *“Puede tratarse del caso de “un empleado de una sociedad al que se autoriza,*

²⁴ Comentarios al artículo 5 del MCONU, 4.1., Pág. 100.

*durante un período largo de tiempo, a utilizar un despacho en las oficinas centrales de otra sociedad (por ejemplo, una subsidiaria) con el fin de que se asegure de que esta última cumple con las obligaciones contractuales contraídas con la primera (...)*²⁵.

- *“Puede existir un establecimiento permanente incluso si las actividades de la empresa se realizan principalmente mediante equipos automáticos, limitándose la actividad del personal a la instalación, manejo, control y mantenimiento de tales equipos. (...). Este criterio es igualmente aplicable si las máquinas las explota y mantiene un agente por cuenta de la empresa (agente dependiente)”*.

Es por tal razón que NÉSTOR CARMONA FERNÁNDEZ explica que el MCOCDE ha adoptado *“una pretensión de elasticidad conceptual que permite concebir como establecimiento permanente cualquier instalación o activo empresarial material «fijo», «a disposición» (en un sentido claramente lato) y con el concurso de quien actúa «por cuenta de la empresa», incluso ponderándose la fijeza y permanencia de la actividad no de una manera estricta, sino atendiendo a la casuística y, en cierta medida, a la «coherencia geográfica y comercial» del conjunto de las actividades desarrolladas”*²⁶.

Sin embargo, a pesar del aparente consenso doctrinal y la amplitud del concepto de lugar fijo de negocios, en sentir de CALVO BUEZAS la noción clásica de

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Carmona Fernández, Néstor. "La Noción de Establecimiento permanente en los Tribunales: Las Estructuras Operativas Mediante Filiales Comisionistas", en Revista Crónica Tributaria, Online, 2012, Núm. 145, en www.ief.es consulta del 3 febrero de 2017, p. 42.

establecimiento permanente conlleva dificultades tratándose de operaciones de comercio electrónico, así como la cuantificación de las rentas que cabe atribuirle, pues hay empresas que realizan su actividad a través de un sitio web en el que resulta difícil precisar el lugar en que ubica la sede de negocios. En efecto, en los últimos años se ha venido discutiendo la comentada situación en el seno de los organismos internacionales, habida cuenta que la venta de bienes se ha trasladado en grandes proporciones a la modalidad de comercio en la web, en atención a los menores costos que ello entraña y la posibilidad de romper las fronteras del mercado²⁷.

Según ANDRÉS RENGIFO *“El traslado de la actividad comercial a la Internet se justifica por razones económicamente atractivas. Dentro de las más comunes se mencionan: la supresión en gran medida de los costos de intermediación y la irrelevancia de la distancia. Esta última sí que representa un salto cualitativo en cuanto al modus operandi del comercio tradicional pues mientras que en él resulta de inmensa importancia una presencia física para llegar a los clientes, siendo la distancia un verdadero problema, la Internet permite dimensionar la actividad comercial de una empresa hacia cualquier lugar del mundo”*²⁸.

Dadas las anteriores circunstancias, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha venido liderando los estudios y consensos a nivel mundial de la regulación fiscal del

²⁷ Calvo Buezas, Jerónimo, *“El Concepto de Establecimiento permanente y el Comercio Electrónico”*, en Revista Cuadernos de Formación (Escuela de Hacienda Pública-Instituto de Estudios Fiscales), España, 2007, Vol. 3, en www.ief.es consulta del 14 de marzo de 2017, p. 45.

²⁸ Rengifo, Andrés Mauricio, *“El establecimiento permanente en un contexto virtual”*, en Revista Mercatoria, Bogotá, 2002, Vol. 1, Núm.1, en www.revistas.uexternado.edu.co consulta del 9 de septiembre de 2016, p. 3.

comercio electrónico y, por ende, sus implicaciones en el concepto de *Establecimiento permanente*. Fruto de tales estudios se publicó el documento denominado “*Clarification on the Application of the Permanent Establishment definition in E-Commerce*”, cuyas conclusiones fueron incorporadas a los comentarios del **MCOEDE** las cuales, si bien no agotan la temática en cuestión, dilucidan algunos aspectos fundamentales. Veamos:

- La definición de *Establecimiento permanente* prevista para el comercio tradicional es igualmente aplicable al comercio electrónico. Así, el trabajo adelantado por el Comité de Asuntos Fiscales se ha centrado en adaptar el concepto de *Establecimiento permanente* ya existente a las transacciones digitales, por lo cual se descartó la posibilidad de diseñar una nueva noción de esta figura para el entorno digital.
- Se definió los sitios web como una combinación de software y datos electrónicos no constitutivos, por sí mismos, de un bien tangible y, por tanto, no identificables como un lugar fijo de negocios.
- Respecto del servidor que almacena la página web y puede ligarse a un espacio físico, se consideró que, bajo algunas circunstancias, puede ser tenido como un lugar fijo de negocios al cual le serían atribuibles las rentas obtenidas por la enajenación de los bienes y servicios comercializados. Tales circunstancias atienden principalmente a que el servidor sea operado, ya sea en propiedad o arrendamiento, por la empresa que realiza las transacciones comerciales, pues de tratarse del pago a

otra empresa para el almacenamiento del sitio web en un servidor ajeno y respecto del cual no tiene autonomía operativa no podría hablarse propiamente de un lugar de negocios al no detentar la empresa la disposición exclusiva del servidor para sus operaciones.

- Finalmente, es de advertir que aun cuando la página web se encuentre almacenada en un servidor operado por la empresa y, por tanto, se constituya en un lugar negocios deberán cumplirse con los demás requisitos tales como la fijeza o estabilidad del servidor en la jurisdicción de que se trate y la realización de la actividad de la empresa con su intermediación.

Por su parte, la acción 1 de los informes finales del *proyecto de la OCDE y el G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS)*, publicado en 2015, señala la necesidad de abordar los retos de la economía digital para la imposición, para lo cual recomienda en relación con la figura del *establecimiento permanente* lo siguiente:

- Modificar la lista de excepciones a la definición de *establecimiento permanente* con el objeto de garantizar que todas, en efecto, tengan un carácter auxiliar o preparatorio. Así mismo, propone la introducción de un *criterio antifragmentación* que impida a las entidades de un mismo grupo acogerse a las excepciones a la configuración de un *emplazamiento fijo de negocios* mediante la fragmentación o división de sus actividades.

- Modificar la definición de *establecimiento permanente* para que aborde aquellos casos en que una empresa de un grupo multinacional se vale de estructuras o artificios para efectuar ventas de bienes o prestaciones de servicios en un país, por conducto de su grupo, sin que se entienda que tiene un *emplazamiento fijo de negocios* en tal Estado²⁹.

ii) El carácter fijo o estable del establecimiento permanente

En cuanto a la *fijeza* de la sede de los negocios, TULLIO ROSEMBUJ (2001; p.89) señala que “*El EP tiene proyección de durabilidad de la actuación económica y puede referirse a actos únicos que se prolongan a través de un cierto periodo de tiempo o como actividad mediante la reiteración o repetición de los mismo en serie*”. Lo anterior, es apenas lógico si se tiene en cuenta que el simple hecho de que un no residente efectúe una operación aislada y no repetitiva en una jurisdicción distinta, valiéndose para ello de un lugar determinado, no conlleva *per se* a que su actividad en ese territorio se haya realizado por medio de un *establecimiento permanente*, pues tal actuación carecería precisamente del atributo de permanencia o fijeza que le es intrínseco.

Sobre el particular, los comentarios al MCOCDE han enfatizado que la estabilidad del emplazamiento responde a dos elementos, a saber: i) La instauración del lugar fijo de negocios en una jurisdicción determinada, es decir, la vinculación entre el lugar de

²⁹ OCDE. Presenta los resultados del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20 para su discusión en la reunión de los Ministros de Finanzas del G20. 2015.

negocios y un punto geográfico determinado; y ii) El grado de permanencia en ese lugar.

Al respecto, manifiesta CESAR MONTAÑO GALARZA que la permanencia o fijeza temporal no debe limitarse a la fijeza física, puesto que los dos constituyen la estabilidad de la instalación que es uno de los tres elementos que deben reunirse y relacionarse entre sí para la configuración del *establecimiento permanente*³⁰. A su turno, ALEJANDRO ALTAMIRANO señala que, además de la ubicación del establecimiento en un lugar determinado y, por ende, el vínculo geográfico entre la actividad desarrollada y el lugar de negocios, se requiere un grado de permanencia que se caracteriza por su supletoriedad o complementariedad al carácter de fijeza, en la medida en que cuando este último se relativiza es posible que la temporalidad sirva de criterio para resolver casos complejos³¹.

En relación con la vinculación del establecimiento a un lugar específicamente determinado, hemos de advertir que, si bien en las primeras aproximaciones se consideró como la adhesión de la instalación a un territorio, lo cierto es que la evolución en las técnicas comerciales, industriales y tecnológicas ha repercutido en que, en muchas ocasiones, tal asentamiento no se dé. Cabe resaltar el criterio expresado por CESAR MONTAÑO GALARZA, quien cita los Comentarios del MCOCDE

³⁰ Galarza Montaña, César, *Derecho tributario internacional: el establecimiento permanente*, Temis, Bogotá, 2004, p.p. 34-35.

³¹ Altamirano C., Alejandro, “Aproximación al concepto de establecimiento permanente”, En: Instituto Colombiano de Derecho Tributario Estudios de Derecho Internacional Tributario Tomo II, Legis, Colombia, 2006, p. 120.

de 1977 y 1992 párr. 5.1.5., según los cuales la flexibilización que demandan las nuevas formas empresariales y su operación implica que por fijeza no se entienda que el utillaje que constituya la instalación de negocios tenga que estar materialmente fijado al suelo, por lo que bastaría que se mantenga en un lugar determinado³².

Como se ve, los comentarios al MCOEDE y la doctrina han enfatizado que, en la actualidad, la estabilidad de la instalación debe interpretarse de una manera flexible que no dependa de que la *empresa* cuente con un “*anclaje físico a un lugar concreto del territorio*”, sino de que detente “*cierto grado de permanencia en el tiempo en el territorio del Estado*”³³. En ese sentido, no sería necesaria la continuidad en la utilización de la instalación en el tiempo, sino que bastará con que se emplee con cierta regularidad, según lo comenta así ANTONIO LOVISOLO³⁴.

Así mismo ha de repararse en la durabilidad del lugar de negocios y la realización de la actividad. En efecto, si una empresa extranjera habilita un lugar de negocios con un

³² Galarza Montañó, César, *Derecho tributario internacional: el establecimiento permanente*, Temis, Bogotá, 2004, p. 36.

³³ Los comentarios al artículo 5° del MOCDE de 2010 señalan que “(...) *el lugar de negocios debe ser “fijo”. En consecuencia, normalmente existirá una vinculación entre el lugar de negocios y un punto geográfico determinado. Es irrelevante el período durante el cual una empresa de un Estado contratante opera en el otro Estado contratante si no lo hace en un lugar determinado, pero ello no significa que el equipo que constituye el lugar de negocios tenga que estar materialmente fijado al suelo. Basta con que el equipo permanezca en un lugar determinado. Si la naturaleza del negocio que desarrolla una empresa implica el traslado de las actividades de una ubicación a otras próximas, podría no ser fácil determinar si existe un “lugar de negocios” único (cuando ocupe dos lugares de negocios y se cumplan los demás requisitos del artículo 5, obviamente la empresa tendrá dos establecimientos permanentes). Según se establece en los párrafos 18 y 20 más adelante, se considerará por regla general que existe un lugar de negocios único si, en función de la naturaleza de las actividades, cabe determinar que una ubicación concreta dentro de la cual se desplazan dichas actividades constituye una unidad comercial y geográfica coherente, con respecto al negocio en cuestión*” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

³⁴ Lovisolo, Antonio, “*El establecimiento permanente*”, en Uckmar, Victor, “*Curso de Derecho Tributario Internacional*”, Tomo I, Temis, Bogotá, 2003, p. 281.

carácter eminente temporal no nos encontraremos ante un *establecimiento permanente*. Sin embargo, en este punto, es oportuno traer a colación el numeral 6.3 de los comentarios al MCOCDE (versión 2010) en el que se señala que cuando un lugar de negocios haya sido concebido para su utilización en un tiempo lo suficientemente corto como para no considerarse *establecimiento permanente*, pero por una situación de hecho se mantiene por un periodo de tiempo tal que no podría predicarse de este un carácter temporal pasará a convertirse en un lugar fijo de negocios y, por tanto, retrospectivamente un *establecimiento permanente*.

Tal como se verá más adelante, el criterio de la temporalidad es decisivo en algunas actividades, tal como es el caso de las obras de construcción, instalación y montaje que, dependiendo de su duración, pueden implicar la existencia de un *establecimiento permanente* en cabeza de la empresa que las desarrolla.

Por otra parte, puntualiza los citados comentarios que un lugar de negocios puede constituir un *establecimiento permanente* desde su inicio, aunque en la práctica haya operado durante un período de tiempo muy limitado, si su liquidación se debe a circunstancias especiales como la muerte de su constituyente o el fracaso de las inversiones.

iii) Por medio del cual se desarrolle la actividad de la empresa

Esta nota característica del *establecimiento permanente* exige que el lugar de negocios sea efectivamente utilizado, en todo o en parte, para el desarrollo de una actividad empresarial. Si bien es cierto que, por regla general, la realización de una

actividad suele en la práctica interpretarse de acuerdo con lo previsto en la legislación interna de los Estados,³⁵ los comentarios al MCOCDE han expresado algunos criterios a tener en cuenta. Así, por ejemplo, la actividad no tendría la necesidad de ser productiva ni ininterrumpida, pero sí regular en atención al carácter de permanencia implícito a la figura³⁶.

En relación con este punto, bien señala CARLOS GARCÍA OLÍAS JIMÉNEZ, que la actividad desarrollada por la *empresa* tiene que ser habitual y aunque no siempre sea *productiva*, debe llevarse a cabo a través de un lugar fijo. Además, el concepto de *actividad empresarial* incluye la relacionada con profesiones liberales “*u otras actividades de carácter independiente*”³⁷.

La alusión que hace el autor comentado a la productividad, nos lleva a precisar que los modelos de convenios, y en particular el MCOCDE, no consideran el carácter productivo como uno de los elementos definitorios del *establecimiento permanente*. Lo anterior se explica porque el ejercicio de una actividad empresarial insoslayablemente va aparejado a una finalidad de lucro o beneficio económico. Así las cosas, parecería que los organismos sin ánimo de lucro no tendrían la facultad de

³⁵ En Colombia, por ejemplo, el artículo 25 del Código de Comercio dispone que empresa es “*toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.*”

³⁶ Comentario 7 al artículo 5 del MOCDE – Versión abreviada 2010.

³⁷ García-Olías Jiménez, Carlos, *El Concepto Tributario de Establecimiento permanente*, en Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2011, Núm. Especial Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, p. 231.

constituir un *establecimiento permanente*, para efectos impositivos, en un estado diferente al de su residencia.

3.2.2. Lista positiva de supuestos de *establecimiento permanente*

Tanto el MCOCDE como el MCONU prevén en su cláusula sobre *establecimiento permanente* una lista positiva de casos en los cuales se configuraría su existencia.

Así, el apartado 2° del artículo 5° del MCOCDE trae un listado ilustrativo de probables *establecimientos permanentes*, a saber:

- a) las sedes de dirección;
- b) las sucursales;
- c) las oficinas;
- d) las fábricas;
- e) los talleres; y
- f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o “*cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales*”.

Por su parte, el MCONU se considera *establecimiento permanente*:

- a) los centros administrativos;
- b) las sucursales;
- c) las oficinas;
- d) las fábricas;
- e) los talleres; y

f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras u otros lugares de extracción de recursos naturales.

Es de advertir que, tanto los comentarios al MCOCDE como los comentarios al MCONU³⁸, señalan que el listado simplemente representa una serie de hipótesis que podrían constituir un *establecimiento permanente*, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos previstos en el párrafo 1º para su configuración.

Por su parte, ALFREDO GARCÍA PRATS considera que la lista positiva entraña una suerte de presunción en la configuración del *establecimiento permanente*, con la salvedad de que no está claro si tal presunción admite o no prueba en contrario. En todo caso, el Autor citado puntualiza que el entendimiento de los presupuestos del MCOCDE no debe efectuarse a priori, sino cuando se verifiquen las condiciones y requisitos que se desprenden de la cláusula general que consta en los modelos de convenio y en los CDI. En un sentido similar los comentarios al MCONU se han pronunciado³⁹.

Por tal razón, consideramos que el listado es simplemente ilustrativo y, por tanto, es factible que los Estados, en el marco de las negociaciones de un tratado para evitar la doble tributación o en su legislación interna, entiendan otras hipótesis como

³⁸ MODELO OCDE, comentarios al artículo 5, párrafo 2º. Modelo ONU, comentarios al artículo 5º, párrafo 2º.

³⁹ García Prats, *El establecimiento permanente: análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 90.

constitutivas de *establecimiento permanente* o excluyan algunas de los casos previstos en los modelos estudiados.

3.2.3. Lista negativa – Supuestos que no configuran un *establecimiento permanente*

Si bien es cierto que se requiere la conjunción de los tres requisitos señalados anteriormente para la configuración de la institución analizada, también lo es que su amplitud o generalidad conllevaría a que prácticamente cualquier actividad empresarial que se realice de forma permanente y en un lugar determinado constituya, a la luz de los convenios internacionales, un *establecimiento permanente*. En atención a lo anterior, los modelos de convenio prevén algunas hipótesis en las que no se conforma un *establecimiento permanente*, tal listado de casos se ha denominado por la doctrina como lista negativa del *establecimiento permanente*. Por ejemplo, El MCOUDE señala que no constituye *establecimiento permanente*:

“a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;

b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas;

c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa;

d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa;

e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio;
f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los sub apartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio”.

Como se ve, la disposición transcrita contiene una serie de actividades, todas las cuales tienen en común la característica de ser meramente auxiliares o preparatorias, razón por la cual no configuran un *establecimiento permanente*, aun cuando se lleven a cabo en un lugar fijo de negocios.

En lo que respecta a la razón de ser de la aludida lista, bien señala el numeral 21 de los comentarios al artículo 5° del MCOCDE que su objeto es el de restringir el poder de tributación del Estado de la fuente, cuando las actividades realizadas en su territorio tienen un carácter meramente preparatorio o auxiliar.

Si bien es cierto que los modelos de convenios no contemplan una definición expresa de lo que debe entenderse por actividad auxiliar o preparatoria, también lo es que la doctrina y, en particular, ALFREDO GARCÍA PRATS ha considerado que es con fundamento en las características comunes de los convenios y sus comentarios que puede hallarse un aproximación al concepto de auxiliariadad o preparatoriedad de las actividades, toda vez que las legislaciones internas de los Estados no se refieren a estos atributos en la definición de la actividad empresarial. Así las cosas, los

comentarios a los modelos han desarrollado una serie de criterios para identificar cuando nos encontramos ante una actividad que revista tales características. Veamos:

- La actividad preparatoria o auxiliar es aquella que se ejecuta en una sede fija de negocios a favor de la casa matriz o de otras unidades de negocio que tenga la casa matriz. En ese sentido, no podrá considerarse como actividad auxiliar o preparatoria aquella que se ejecute a favor terceras personas, de suerte que si el sitio de operaciones no presta exclusivamente sus servicios a la empresa de la que forma parte, no podrá ser tenido como excluido del concepto de *establecimiento permanente*.

- Así mismo, se ha asumido que si el sitio de negocios tiene un objeto idéntico al de su casa matriz o si administra una empresa, parte de una empresa o un grupo de la sociedad matriz, no podrá considerarse que la actividad que ejecuta es meramente auxiliar o preparatoria, pues la funciones administrativas que estaría a su cargo rebasarían tales criterios.

- No se considerará que los lugares de negocios estén separados en cuanto a su organización, cuando realicen funciones auxiliares en un Estado contratante en diversos puntos fijos. Una empresa no puede fragmentar un negocio en varias operaciones pequeñas con el fin de alegar que cada una de ellas sólo tiene carácter preparatorio o auxiliar. Este mismo punto, fue abordado por las acciones 1 y 7 de los informes finales del *proyecto de la OCDE y el G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS)*, en los cuales se propone incluir un

criterio *anti desfragmentación* que impida que las compañías de un grupo empresarial dividan las operaciones que llevan a cabo en un Estado, con el único objeto de que no se configure un *establecimiento permanente* en cabeza de todas o algunas de ellas, por considerarse de manera aislada actividades auxiliares o preparatorias.

Si bien, tal interpretación ya se encontraba en los *Comentarios* al MCOCDE, su inclusión en el informe sobre BEPS tiene como propósito que se prevea en las legislaciones internas de los Estados, en los CDI suscritos, mediante su modificación, o haga parte de la convención multilateral para modificar los convenios fiscales multilateral que la acción número 15 propone.

- Finalmente, los comentarios señalan que un lugar fijo de negocios que se emplee de manera simultánea para la realización de actividades que se tipifiquen como auxiliares o preparatorias y para otras actividades que sí se consideran como determinantes para la configuración de un *establecimiento permanente* se entenderá como un único *establecimiento permanente* y, por tanto, la imposición se predicará respecto de las rentas percibidas por la realización de ambos tipos de actividad.

A su turno, el numeral 23 de los comentarios al MCOCDE señala que el literal e) de la lista negativa contemplada en el apartado 4° del artículo 5°, el cual señala que un lugar fijo de negocios por medio del cual la empresa realiza únicamente una actividad de carácter preparatorio o auxiliar no constituye un *establecimiento permanente*, denota que, aunque en algunos casos una empresa utilice un lugar fijo de negocios en otro Estado para realizar una actividad que incluso puede contribuir efectivamente a

la productividad de la empresa, los servicios que presta son tan ajenos a la obtención de los beneficios que no se constituiría un *establecimiento permanente*. Cita, el aludido comentario, como ejemplo de tal situación los lugares fijos de negocios empleados exclusivamente para publicidad, el suministro de información, la realización de investigaciones científicas o la asistencia en la ejecución de contratos de patente o de cesión de conocimientos prácticos, siempre que tales actividades tengan carácter preparatorio o auxiliar.

De otra parte, se presume que una persona distinta a un *agente independiente*, que realice actividades por cuenta de la empresa y “*ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa*”, salvo si lleva a cabo acciones como las descritas en el apartado anterior.

El modelo de convenio en mención también establece que no se considera que una empresa detente un *establecimiento permanente* en otro Estado por el simple hecho de realizar sus actividades en esa jurisdicción por medio de un agente independiente, siempre y cuando éste último actúe en el giro ordinario de sus negocios o actividad.

Así mismo, el hecho de que una sociedad residente de un Estado controle o sea controlada por una empresa de otro Estado o realice actividades en ese otro Estado no implica, por sí solo, que tal empresa sea un *establecimiento permanente* de la otra.

En relación con la realización de actividades simplemente auxiliares y preparatorias, como excepción a la configuración de un *establecimiento permanente* en cabeza de la empresa que las desarrolle, es de advertir que en los informes finales del *proyecto de la OCDE y el G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS)* se señala, tanto en la acción 1, relativa a los retos de la economía digital, como en la acción 7, relacionada con las fórmulas para impedir la elusión artificiosa del estatuto de *establecimiento permanente*, la necesidad de modificar el listado de las excepciones para que se acompañen realmente a tales criterios.

En efecto, el informe puntualiza que, con el desarrollo de la economía digital y la innovación en la manera de desarrollar una actividad empresarial, muchas de las actividades que de antaño se consideraban como auxiliares o preparatorias hoy en día ya no lo son.

3.2.4. Servicios de construcción, montaje e instalación de obras

El artículo 5 del MCOCDE establece que “*una obra o un proyecto de construcción o instalación sólo constituye establecimiento permanente si su duración excede de doce meses*”. Por su parte, el MCONU dispone que la figura jurídica analizada comprende “*Unas obras, una construcción o un proyecto de instalación o montaje o unas actividades de inspección relacionadas con ellos, pero solo cuando tales obras, proyecto o actividades continúen durante un periodo superior a seis meses*”. Es de advertir, que éste mismo criterio ha sido adoptado, en el MCILADT en su cláusula de establecimiento permanente.

Si bien los dos modelos prevén un elemento temporal en la definición de este tipo especial de *establecimiento permanente*, lo cierto es que el MCONU, además de la expresión “*proyecto de instalación*”, utilizada en MCOCDE emplea la expresión “*proyecto de montaje*”, así como la de “*actividades de inspección*” por lo que amplía la hipótesis de constitución de un *establecimiento permanente* por la realización de estas actividades. Otra diferencia es que, mientras el MCOCDE establece un período mínimo de doce meses para que se configure el *emplazamiento fijo de negocios*, el MCONU reduce el período a seis meses y, en casos especiales, puede llegar incluso a reducirse en negociaciones bilaterales a no menos de tres meses.

No obstante, en la práctica este último criterio se ha ido flexibilizando y en algunos casos los Estados han optado incluso por considerar que un obra de construcción constituye un *establecimiento permanente* independientemente de su duración, ejemplo de ello es el CDI suscrito entre Canadá y Camerún⁴⁰.

Del mismo modo esta regulación normativa contempla que también se entiende como *establecimiento permanente* “*La prestación de servicios por una empresa, incluidos los servicios de consultores, por intermedio de sus empleados o de otro personal contratado por la empresa para ese fin, pero solo en el caso de que las actividades de esa naturaleza prosigan (en relación con el mismo proyecto o con un proyecto*

⁴⁰ El literal g del numeral 2° del artículo 5 del CDI suscrito entre Canadá y Camerún señala que las obras de instalación y montaje se encuentran especialmente comprendidas en la definición de *establecimiento permanente* aplicable al tratado. Por su parte, el numeral 3° del artículo 5 del CDI suscrito entre Colombia y España establece un umbral de 6 meses para los proyectos de construcción o instalación, sin referirse a montaje.

conexo) en un Estado contratante durante un período o períodos que sumen o excedan en total más de 183 días en cualquier período de doce meses que empiece o termine durante el año fiscal considerado”.

3.2.5. El Establecimiento permanente personal

En el derecho internacional tributario ya es frecuente la referencia al denominado *establecimiento permanente aparente*, o de *agente*, para aludir a quienes cumplen funciones consistentes en comprometer al agenciado o representado mediante la celebración de contratos en los cuales se materialice la ejecución de su empresa u objeto social sin que sea necesaria la instalación de un lugar de negocios. Este punto, tal como lo precisa FERNANDO SERRANO ATÓN, tiene gran importancia en la actualidad, cuando la creación de oficinas de representación de diversa naturaleza y las crecientes y diversas modalidades de operaciones en el mercado electrónico, precisan distinguir la cláusula de la agencia de la de *establecimiento permanente material*⁴¹.

ALBERTO XAVIER por su parte advierte que es habitual que las empresas internacionales ejerzan su actividad fuera del lugar de su residencia mediante representantes sin que se pueda predicar la existencia de un lugar de negocios de la empresa en ese Estado. En ese sentido, el Autor opina que no es de sorprenderse que se pretenda otorgar el carácter de *establecimiento permanente* a tales agentes⁴².

⁴¹ Serrano Antón, Fernando, *Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanente*, En: *Fiscalidad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007, p. 209.

⁴² Xavier, Alberto, *Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales*, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005, p. 335.

En tal sentido, se alude a los llamados *agentes dependientes e independientes* para reparar en que solo los primeros, en cuanto están habilitados para celebrar ese tipo de contratos y ejercer de manera plena y directa el objeto o actividad empresarial de la entidad que representan, pueden considerarse como operadores de *establecimientos permanentes*. Lo anterior, halla sustento, además, en que los llamados agentes independientes se caracterizan por asumir el riesgo derivado del ejercicio de su actividad propia y gozar de independencia económica y jurídica. No obstante, si el riesgo empresarial no es soportado por la persona o la empresa que representa podríamos estar ante un agente dependiente, en particular, si no se limita a las actividades propias de su negocio sino que, además, actúa habitualmente respecto de la empresa como agente permanente con poderes para suscribir contratos.

En los comentarios al MCOUDE, se hace referencia a la figura del *agente dependiente* como aquella persona ubicada en el territorio de un Estado que actúa para la empresa extranjera sin que esta disponga de un lugar fijo de negocios, puede ser o no empleado de la empresa y puede contar o no con un poder de representación. Lo que realmente interesa, para efectos de que el Estado en el que se encuentra situado el agente pueda ejercer su potestad tributaria sobre las actividades realizadas con su mediación, es que el “agente” esté facultado para concluir contratos que comprometan a la empresa extranjera; vale decir, para desarrollar, en la jurisdicción de la cual se predica la existencia del *establecimiento*, la actividad profesional, la

empresa social, el objeto social de su representada, de manera continuada y con vocación de continuidad.

Al respecto bien puntualiza HERBERT BETTINGER BARRIOS que el mantenimiento de cualquier persona dependiente de la empresa en otro Estado no puede conducir, por sí mismo, a la configuración de un *establecimiento permanente*, sino que tal tratamiento debe limitarse a personas que, en vista de su autoridad o el alcance de sus funciones, involucran a la empresa en un grado particular de actividades mercantiles en el estado en cuestión. A juicio del citado autor “*la aplicación del párrafo quinto procede solamente sobre la base de considerar que las personas que tengan autoridad para celebrar contratos, pueden conducir a un establecimiento permanente para la empresa que los mantiene. En tal caso la persona cuenta con la autoridad suficiente para comprometer la participación de la empresa en la actividad mercantil dentro del Estado en cuestión. El uso del término <<establecimiento permanente>> en este contexto presupone por supuesto, que esa persona hace uso constante de su autoridad y no solamente en casos aislados*”⁴³.

Sobre este mismo punto, JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO Y NÉSTOR CARMONA FERNÁNDEZ opinan que para determinar la actuación de un agente dependiente como constitutiva de un *establecimiento permanente* es necesario que se valoren el conjunto de indicios fácticos sobre tal hecho. A juicio de los autores, el simple hecho de que una persona haya estado presente o haya participado en una negociación de un

43 Bettinger Barrios Herbert, *Efecto impositivo del establecimiento permanente: análisis del establecimiento permanente conforme a la legislación mexicana y los modelos para evitar la doble tributación*, Ediciones Fiscales ISEF, México, 1998, pp. 74-75.

Estado entre una empresa y un cliente no es suficiente para considerar que tal persona ejerció su autoridad para concluir contratos en nombre de la empresa⁴⁴.

El criterio expuesto por el doctrinante resulta totalmente racional si se tiene en cuenta que, en muchas ocasiones, tal como es el caso de la legislación colombiana, las normas imponen a ciertas empresas constituir oficinas de representación en su país; empresas que podrían realizar íntegramente su actividad desde el exterior y que usualmente, por efectos de mera practicidad, deciden otorgar al responsable de la oficina de representación un poder para suscribir actos o contratos, sin que tal persona tenga un poder de negociación o de decisión respecto de las cuáles y bajo qué condiciones se realizan las operaciones u actos que emprenda la compañía en ese Estado. En estos casos, creemos que nos encontraríamos ante la simple realización de una actividad preparatoria o auxiliar, en los términos del párrafo 4° de los comentados modelos.

Sobre este punto, bien puntualiza CESAR MONTAÑO GALARZA que el *establecimiento permanente personal* “*existe en la medida en que la persona actúe para la empresa, y no solo, en la medida en que esa persona ejerza autoridad para celebrar contratos a nombre de la sociedad que le autoriza y a la cual representa*”⁴⁵.

Por otra parte, muy en consonancia con lo anteriormente expuesto pero en un sentido inverso, enfatizan los comentarios al MCOCDE que la “*facultad para concluir*

⁴⁴ Calderón Carrero José Manuel, Carmona Fernández Néstor, Martín Jiménez Adolfo, Trapé Viladomat Montserrat, *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Bilbao, 2008, p.143.

⁴⁵ Galarza Montaña, César, “*Derecho tributario internacional: el establecimiento permanente*”, Temis, Bogotá, 2004, p. 34.

contratos en nombre de la empresa” no debe interpretarse de forma literal. Así, en el supuesto de que nos encontremos con una persona con capacidad de negociar un contrato, en principio podríamos considerar que estamos ante un agente dependiente, aunque finalmente el acuerdo sea firmado por otra persona distinta de la empresa.

Es de aclarar que, según los comentarios al MCOCCDE, no interesa que los contratos estén a nombre de la empresa agenciada, pues lo que realmente importa es que esta última quede vinculada al negocio, que actúe y ejerza su empresa por medio de su *representante*. Los contratos y las labores relevantes, para efectos de la imposición en el Estado en que se encuentra ubicado el agente, deben referirse a operaciones que constituyan la actividad principal de la empresa extranjera y no a simples actividades auxiliares, preparatorias o secundarias.

En el párrafo 33 de los comentarios al MCOCCDE, se hace referencia también a la potestad para suscribir contratos, que debe comprender los referidos a las operaciones que constituyan la actividad propia de la empresa. Es irrelevante que la persona tenga potestad, por ejemplo, para contratar personal.

El Comité Fiscal de la OCDE, del 12 de abril de 2004 señaló que si el agente se limita a iniciar contactos comerciales y negociaciones que deban ser supervisadas, aprobadas y firmadas por la empresa en otro país, se considera excluido del ámbito del artículo 5.5 y, por tanto, no habría lugar a la configuración de un *establecimiento permanente* en su cabeza.

Finalmente, es de advertir que el *establecimiento permanente* personal, en últimas, constituye una alternativa para identificar si una empresa foránea tiene un *establecimiento permanente* en el país, puesto que si está demostrado que la compañía tiene un *establecimiento permanente* material no se requerirá acreditar que la persona que se encuentra a cargo se enmarca dentro de las consideraciones del párrafo 5° de los aludidos convenios.

3.2.6. El agente independiente

La realización de actividades por intermedio de un *agente independiente*, tal como se comentó en el punto anterior, y a diferencia del agente dependiente, no da lugar a la configuración de un establecimiento permanente en cabeza de la empresa que se valga de su intermediación, siempre y cuando el agente actúe el marco ordinario de su actividad.

Tal previsión está contenida en el apartado 6° del artículo 5° del MCODE y tiene objeto clarificar el ámbito de aplicación de llamado *establecimiento personal* y descartar la extensión de sus efectos a situaciones en las que no se reúnen las circunstancias para su configuración. Así, una empresa de un Estado no residente que realice operaciones por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, no se puede someter a imposición en el otro Estado por razón de tales operaciones si el agente actúa en el giro ordinario de sus negocios. Es evidente que tal agente no puede constituir un establecimiento permanente de la empresa extranjera, ya que, por sí mismo, es una empresa distinta.

3.2.7. La cláusula alternativa de la tributación de los servicios

El MCONU agrega un supuesto de *establecimiento permanente* que hasta el año 2008 no figuraba en el MCODE. Se trata del *establecimiento permanente de servicios*, el cual consiste en la prestación de servicios, incluidos los de consultoría, por una empresa a través de sus empleados u otro personal que contrate para esos propósitos, pero solo cuando las actividades continúen en el país, para el proyecto en cuestión, por un periodo o periodos que sumen más de seis meses, continuos o discontinuos, en un lapso de 12 meses. En el MCOCDE, según se anotó, tal supuesto no estaba incluido hasta el 2008; año en el cual se empezó a contemplar la posibilidad de que los Estados lo pactaran.

En efecto, se consideró que algunos Estados no estaban conformes con que los servicios solo pudiesen ser gravados en el territorio donde se prestaban si eran atribuidos a un *establecimiento permanente* radicado en tal territorio. En ese sentido, varios de ellos propusieron que se modificara el artículo 5° del MCOCDE a fin de dar una mayor potestad tributaria a los países de la fuente en las prestaciones de servicios.

El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE decidió introducir, en sus comentarios al MCOCDE del año 2008, la posibilidad de que aquellos países que no estuviesen conformes con la redacción de la cláusula 5ª introdujeran una cláusula alternativa en los CDI que suscribiesen relativa a la prestación de servicios continuados.

El párrafo 42.23 del MCOCDE recoge esta cláusula alternativa que pretende gravar, como si fuera un *establecimiento permanente*, cierta presencia física de personas en un Estado en el que desarrollan un servicio, sin que haya un lugar fijo de negocios.

De tal manera, se permite gravar como *establecimiento permanente* el supuesto en el que una persona física esté presente en el otro Estado por un lapso o lapsos que excedan en su conjunto los 183 días en cualquier periodo de doce meses y que más del 50% de la actividad de esa empresa, durante ese periodo o periodos, se proyecte a servicios prestados en ese Estado a través de la persona física.

Nótese que se trata de un nuevo supuesto de *establecimiento permanente* vinculado a una cierta presencia física y a un determinado volumen de actividad. También se permite gravar como *establecimiento permanente* supuestos en los que una empresa preste servicios en otro Estado por un periodo o periodos que excedan de forma conjunta de 183 días en cualquier lapso de 12 meses, y estos servicios sean prestados en relación con el mismo proyecto o un proyecto vinculado a través de una o más personas físicas que estén presentes y presten sus servicios en el otro Estado.

El principal problema que plantea esta cláusula es de orden práctico, dado que no será sencillo acreditar si se producen las circunstancias que permitirían gravar esa actividad como un *Establecimiento permanente*, en especial en lo que atañe a, la justificación de la permanencia efectiva del personal, la determinación de la facturación imputada al servicio o la identificación del proyecto, entre otros.

3.2.8. Las actividades de seguros y de reaseguros a luz de la cláusula de *establecimiento permanente* incluida en los CDI

El MCONU, a diferencia del MCOCDE, prevé en su párrafo 6° una disposición especial que especifica en qué caso el obrar de un agente dependiente, aun cuando no suscriba los contratos o negocios, da lugar a un *establecimiento permanente* en el caso de las empresas de seguros. Dice la norma:

“6. No obstante las disposiciones anteriores del presente artículo, se considerará que una empresa aseguradora de un Estado contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado si recauda primas en el territorio de ese Estado o si asegura contra riesgos situados en él por medio de una persona que no sea un representante independiente al que se aplique el párrafo 7.” (Negritas y subrayas fuera del texto)

De acuerdo con la disposición transcrita, son elementos para determinar la existencia de un *establecimiento permanente* de una compañía de seguros el recaudo de primas en el territorio del otro Estado o el aseguramiento contra riesgos situados en él, por medio de una persona que no sea un representante independiente. Es de resaltar que la norma transcrita excluye de tal previsión al reaseguro, sin mencionar razón alguna. Los comentarios al modelo de la ONU señalan que la disposición estudiada es necesaria porque los agentes de seguros, en principio, no tienen autoridad para concertar contratos y, por tanto, no se reunirían los requisitos para la configuración del llamado *establecimiento permanente* personal o de agente. En todo caso, se

advierte que si un agente de seguros es independiente, los beneficios obtenidos por la empresa de seguros atribuibles a las actividades del agente no son gravables en el Estado de la fuente porque se cumplirían las disposiciones del párrafo 7 del artículo 5 y se consideraría que la empresa no tiene un *establecimiento permanente*.

Así mismo, se puntualiza que algunos países consideran que la disposición se debe ampliar para permitir el gravamen aun cuando la representación esté a cargo de un agente independiente por la naturaleza del negocio de los seguros, el hecho de que los riesgos se localizan en el país que reclama la jurisdicción impositiva y la facilidad con que algunas personas representan a las compañías de seguros “*a título independiente*”, lo que hace difícil distinguir entre agentes de seguros dependientes e independientes. Otros países, en cambio, consideran que no hay razón para tratar a las empresas de seguros de modo diferente a actividades como la venta de bienes tangibles. Habida cuenta de esa diferencia de criterios, los comentarios al MCONU advierten que el tratamiento de los agentes independientes se deja para su regulación en las negociaciones bilaterales de los Estados.

Nótese que según los comentarios al MCONU parece ser que la introducción de esta cláusula obedece a que una *bróker* o agente de seguros es usualmente independiente y, además, las empresas aseguradoras del exterior no cumplen por lo general con los requisitos para tener un *establecimiento permanente* material en los países, diferentes al de su residencia, en que recaudan primas o aseguran riesgos, razón por la cual la figura aquí analizada no les sería aplicable. En se sentido, se considera viable

flexibilizar sustancialmente el requisito de presencia en el país de la fuente para que el simple hecho de recaudar primas o asegurar riesgos ubicados en el país sea suficiente para la configuración de un *establecimiento permanente* en su cabeza. Si bien entendemos que la compañía aseguradora se estaría en cierta forma beneficiando del mercado de los seguros en un estado diferente al de su sede y esa circunstancia es la razón de que en el MCONU se incluya una cláusula de ese tenor, lo cierto es que no se repara en el hecho de que la actividad asegurada entraña un servicio que se presta íntegramente en el exterior, en particular, porque el patrimonio que se expone para soportar los riesgos asegurados no se encuentra en el país del asegurado sino en la sede de la aseguradora o en los Estados en que ésta tiene sus inversiones.

En consecuencia, si bien el párrafo 6° del artículo 5° del MCONU tiende a priorizar, o por los menos, a permitir la tributación de las empresas aseguradoras del exterior en el país de la fuente, a nuestro juicio el hecho de recaudar las primas o asegurar riesgos en determinado territorio no implica, per se, que la renta así obtenida sea de fuente de ese país. Repárese en que, a diferencia de la venta de bienes en dónde claramente operaría una suerte de estatuto real, el seguro y el reaseguro son servicios respecto de los cuales se deberá precisar dónde se entienden prestados.

En relación con este punto, la OCDE en su “*informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*”, publicado en el año 2012, admitió la discusión acerca de en dónde deben gravarse la rentas provenientes de la realización de tales actividades al señalar que “*se reconoce que los seguros (y los reaseguros) plantean*

cuestiones difíciles en cuanto a la pregunta de dónde deben gravarse fiscalmente los beneficios que representan la remuneración del riesgo”⁴⁶.

Por su parte, si bien es cierto que el MCOCDE no contiene una cláusula parecida a la del MCONU, también lo es que en sus comentarios se aborda la posibilidad de que los Estados, en sus acuerdos bilaterales, prevean una cláusula de similar naturaleza a la aquí analizada. Dice la Organización Internacional:

“Conforme a la definición de la expresión “establecimiento permanente”, una compañía de seguros de una Estado puede someterse a imposición en el otro Estado por sus operaciones de seguro si tiene un lugar fijo de negocios en el sentido del apartado 1 o si realiza actividades mediante una persona en las condiciones del apartado 5. En atención a que en ocasiones los agentes de las empresas de seguros extranjeras no satisfacen ninguno de los requisitos previstos en el comentario transcrito (presupuestos para la configuración de un establecimiento permanente material o de un establecimiento permanente personal) es concebible, a la luz de la MCOCDE, que tales empresas realicen operaciones comerciales a gran escala en un Estado sin que las ganancias provenientes del desarrollo de la actividad sean gravadas en ese Estado.

Para mermar esa posibilidad, algunas convenciones concertadas por países miembros de la OCDE incluyen una disposición que establece que se considera que las empresas de seguros de un Estado tienen un establecimiento permanente en el otro Estado si cobran primas en ese otro Estado por conducto de un agente

⁴⁶ OCDE, *informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, 2012.

establecido allí distinto de un agente que ya constituya un establecimiento permanente con arreglo al párrafo 5 o que por conducto de dicho agente asegure riesgos que se produzcan en ese territorio”⁴⁷.

En el caso de Colombia, los tratados para evitar la doble imposición que ha suscrito con México y Chile prevén, en el párrafo 6° del artículo 5°, tal tratamiento para el caso de los seguros y se excluye para el caso de los reaseguros⁴⁸; inclusión que se explica, tal como se verá más adelante, en que las legislaciones internas de esos Estados sí gravan en sus países las rentas obtenidas por sociedades aseguradoras del exterior, cuando recaudan primas o aseguran riesgos ubicados en su territorio.

Capítulo 4

La cláusula del *Establecimiento permanente* como norma de derecho interno –

Análisis de derecho comparado

Según quedó expuesto y, tal como lo manifiesta JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO la función del *establecimiento permanente* desde la óptica del derecho tributario internacional es la de asignar o atribuir al Estado de la fuente la jurisdicción tributaria para gravar la renta allí obtenida por una entidad no residente, por medio de la

⁴⁷ Un caso entre miembros de la OCDE que se puede citar es el tratado para evitar la doble tributación en el impuesto sobre la renta suscrito entre Canadá y México en cuyo numeral 6° del artículo 5° se lee lo siguiente: “*No obstante las disposiciones anteriores del presente Artículo, se considera que una empresa aseguradora residente de un Estado Contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante si recauda primas en el territorio de este otro Estado o si asegura riesgos situados en él por medio de un representante distinto de un agente independiente al que se aplique el párrafo 7.*”

⁴⁸ Tanto en el convenio con Chile como con México el texto del párrafo 6° del artículo 5° es el siguiente: “*No obstante las disposiciones anteriores de este artículo, se considera que una empresa aseguradora residente de un Estado Contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante si recauda primas en el territorio de este otro Estado o si asegura riesgos situados en él por medio de un representante distinto de un agente independiente al que se aplique el párrafo 7*”.

ampliación del ámbito de imposición societaria de naturaleza personal. Por su parte, en el derecho interno la figura determina la forma en que se va a gravar la renta obtenida en su territorio por medio de un *emplazamiento fijo de negocios* de una entidad no residente⁴⁹.

En ese sentido, y tal como lo expresa CÁCERES Y GUTIÉRREZ, los ordenamientos internos tienden a establecer un concepto más amplio de *establecimiento permanente* que el contenido en los CDI por su adhesión a la denominada teoría de la pertenencia económica⁵⁰.

A continuación se analizará la legislación interna de algunos de los países cercanos a nuestra tradición jurídica, en lo que atañe a la incorporación o no de la figura del *establecimiento permanente* y las normas especiales de imposición a la actividad de seguro y reaseguro. Veamos:

4.1. México:

Según el numeral II) del artículo 1º de la ley del impuesto sobre la renta, son obligados al pago del tributo los residentes en el extranjero que tengan un *establecimiento permanente* en el país respecto de los ingresos de fuente mexicana que le sean atribuibles al *establecimiento permanente*⁵¹.

⁴⁹ Calderón Carrero, José Manuel y Ruíz García, José Ramón, *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrie de la Maza, A Coruña, 2004, p. 274.

⁵⁰ Cáceres, Gabriel y Gutiérrez, Gabriela, “*El Concepto de Establecimiento Permanente en la Legislación Uruguaya Alcance y Aplicación*”, en *Cuadernos Tributarios*, Uruguay, 2012 en www.ifaperu.org consulta del 24 de abril de 2016, p. 167.

⁵¹ México, Congreso de la Unión, Ley del Impuesto sobre la Renta (Última reforma publicada DOF 30-11-2016).

A su turno, el artículo 2° de la aludida ley considera *establecimiento permanente* cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios personales independientes. Se entenderán como *establecimiento permanente*, entre otros, las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, canteras o cualquier lugar de exploración, extracción o explotación de recursos naturales. Así mismo, la disposición prevé otra serie de hipótesis en que se configura la existencia de un *establecimiento permanente* en el país. Veamos:

- **La realización de actividades empresariales en el país por un no residente, por medio de un fideicomiso:** En esta hipótesis, se considerará como lugar de negocios del no residente, el lugar en que el fiduciario realice las actividades y cumpla, por cuenta del no residente, con las obligaciones fiscales derivadas de su encargo.
 - **La actuación de un residente en el extranjero por medio de un agente dependiente o independiente:** La legislación mexicana considera que la actuación de un persona, distinta a un agente independiente, por cuenta de un no residente, puede dar lugar a un *establecimiento permanente* del no residente en el país aun cuando carezca de un lugar de negocios en el territorio nacional, si dicha persona ejerce poderes para celebrar contratos a nombre o por cuenta del no residente. Por su parte, la normativa considera que un residente en el extranjero tiene un *establecimiento*
-

permanente en el país, cuando actúe en el territorio nacional por medio de un agente independiente que no obre en el marco ordinario de su actividad⁵².

- En el caso de los servicios de construcción de obra, demolición, instalación, mantenimiento o montaje en bienes inmuebles, o por actividades de proyección, inspección o supervisión relacionadas con tales servicios, se presume que hay *establecimiento permanente* solamente cuando se duración excede de 183 días, consecutivos o no, en un periodo de doce meses. Si el residente en el extranjero subcontrata con otras empresas los servicios, los días empleados por los subcontratistas en el desarrollo de las actividades, se adicionan para el cómputo del plazo de los 183 días.

- Así mismo, la legislación prevé la configuración de un *establecimiento permanente* de las empresas aseguradoras residentes en el extranjero que perciban ingresos por el cobro de primas en territorio mexicano o por el otorgamiento de seguros contra riesgos situados en él, por medio de una persona física o moral, excepto en el caso del reaseguro.

Nótese que la legislación mexicana establece claramente una excepción a la configuración del *establecimiento permanente personal*, cuando se trata de la

⁵² Se considera que un agente independiente no actúa en el marco ordinario de sus actividades en cualquiera de los siguientes supuestos: i) Tenga existencias de bienes o mercancías, con las que efectúe entregas por cuenta del residente extranjero, ii) Asuma riesgos que correspondan al residente extranjero, iii) Actúe bajo las instrucciones detalladas o el control permanente del residente extranjero; iv) Ejercer actividades que le corresponden al residente extranjero y no a sus actividades propias, v) Perciba su remuneración con independencia del resultado de sus actividades; y vi) Realice las operaciones con el residente extranjero a un precio distinto al que hubieran pactado partes independientes en operaciones comparables.

actividad de reaseguro efectuada por un no residente en el país mediante un agente. No obstante, de acuerdo con el artículo 173 de la ley del impuesto sobre la renta, están gravados a una tarifa del 2%, y sin derecho a deducción, los ingresos de fuente nacional obtenidos por no residentes, por concepto de seguros, primas de fianzas, reaseguros, retrocesiones y reafianzamientos. Según la norma comentada se presume que las rentas pagadas o cedidas a reaseguradoras son de fuente nacional cuando quien efectúe el pago sea un residente en México o un no residente con *establecimiento permanente* en el país.

4.2. España

El artículo numeral 1) del artículo 13 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (por sus siglas en adelante TRLIRNR) perfila en la legislación española el concepto de *establecimiento permanente* en los siguientes términos:

“Artículo 13 Rentas obtenidas en territorio español

1. Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes:

a) Las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en territorio español.

Se entenderá que una persona física o entidad opera mediante establecimiento permanente en territorio español cuando por cualquier título disponga en éste, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad, o actúe en él por medio de un

agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes. En particular, se entenderá que constituyen establecimiento permanente las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes, tiendas u otros establecimientos, las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras, las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de exploración o de extracción de recursos naturales, y las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de seis meses.

(...)⁵³

De acuerdo con la norma transcrita, se considera que una persona física o entidad no residente opera mediante un *establecimiento permanente* cuando disponga en territorio español, por cualquier título, de forma continuada o habitual, instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole en las que realice toda o parte de su actividad, o cuando actúe en España por medio de un agente autorizado para contratar en su nombre y por su cuenta, siempre que ejerza con habitualidad tales poderes.

Según la legislación española, los establecimientos permanentes ubicados territorio español deben tributar respecto de la totalidad de las rentas que les sean imputables, con independencia del lugar en el que se obtengan.

Por su parte, las rentas percibidas por no residentes, derivadas de operaciones de reaseguro en España, se encuentran gravadas a una tarifa del 1.5% y su base

⁵³ España, Real Decreto 5 del 5 de marzo de 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

imponible corresponde a los importes de las primas cedidas en reaseguro, al reasegurador no residente, según lo dispone así el numeral 3° del artículo 24 del TRIRNR en concordancia con el literal d) del artículo 25, ibídem.

4.3. Argentina

En Argentina, las personas residentes están gravadas con el impuesto a las ganancias respecto de la totalidad de sus ganancias, ya sea que las perciban en el país o en el exterior, en tanto que los no residentes solo están gravados por sus ganancias de fuente nacional. En otras palabras, la legislación argentina emplea el criterio de la renta mundial para los residentes y el de la territorialidad para los no residentes.

El literal b) del artículo 69 de la Ley del Impuesto a las Ganancias consagra la figura del *establecimiento permanente*, denominado por la legislación como establecimiento estable, al disponer que están sometidos al tributo, a una tarifa del 35%, “*Los establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios, mineros o de cualquier otro tipo, organizados en forma de empresa estable, pertenecientes a asociaciones, sociedades o empresas, cualquiera sea su naturaleza, constituidas en el extranjero o a personas físicas residentes en el exterior*”⁵⁴.

Por su parte, el último inciso del artículo 119, ibídem, dispone que se consideran residentes en el país los establecimientos estables de que trata el citado literal b) del artículo 69 y, en esa medida, están sometidos a tributación respecto de sus ganancias de fuente nacional y extranjera.

⁵⁴ Argentina, Ley de Impuesto a las Ganancias (Texto Ordenado de la Ley N° 20.628 aprobado por el Decreto 649 de 1997, última modificación Decreto 244 de 2013)

Nótese que, tal como lo precisan GABRIEL GOTLIB Y FERNANDO VAQUERO, Argentina adopta para el *establecimiento permanente* el principio de renta mundial, de manera que si una entidad no residente posee un *establecimiento permanente* en ese país, el emplazamiento fijo de negocios es considerado como residente y tributa tanto respecto de su renta de fuente argentina como de fuente extranjera, tal como sucede en la legislación española y a diferencia de la legislación mexicana y colombiana en la que está figura únicamente tributa respecto de sus rentas de fuente nacional⁵⁵.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, son ingresos de fuente argentina los provenientes de seguros o reaseguros que cubran riesgos en la República o que se refieran a personas que al tiempo de la celebración del contrato hubiese residido en el país. La norma citada dispone que en el caso de cesiones a compañías del extranjero (reaseguros y/o retrocesiones) se presume, sin posibilidad de prueba en contrario, que el 10% del importe de las primas cedidas, neto de anulaciones, constituye ganancia neta de fuente argentina.

Por su parte, el artículo 16 del decreto 1344 de 1998, por el cual se reglamenta el impuesto a las ganancias, establece que para efectos de calcular el impuesto de ganancia a cargo de las reaseguradoras del exterior se deberá computar el importe de las primas cedidas, neto de anulaciones, sin lugar a deducciones por otros conceptos. Así mismo, precisa la disposición aludida que en los casos de seguros marítimos se

⁵⁵ Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando, *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, Fondo Editorial de Derecho y Economía FEDYE, Buenos Aires, 2009, p.69.

considerará al buque situado en el país de matrícula y a las mercaderías en el de su embarque; criterio que deberá aplicarse al transporte por otras vías, en lo pertinente.

Vale la pena resaltar los conceptos de la Dirección General Impositiva, y en particular los siguientes pronunciamientos i) El dictamen 33 de 2004, en el que su Dirección de Asesoría Técnica (DAT) consideró: “*las actividades de las empresas de reaseguro establecidas fuera del territorio argentino se consideran actividades desarrolladas fuera del territorio del país*”⁵⁶; ii) El dictamen 34 de 1997, en el que sostuvo: “*en materia de seguros, (...) con arreglo a la estructura legal del gravamen la prestación se halla realizada en lugar donde está radicada la compañía aseguradora*”⁵⁷; y iii) Finalmente, el dictamen 63 de 2008 en cual concluyó que la actividad de las compañías reaseguradoras del exterior se encuentra localizada en tal ámbito, por lo que el servicio de intermediación de reaseguros que realiza un corredor independiente, se aplica a una actividad realizada en el exterior y, por ende, tiene, para efectos del impuesto al valor agregado I.V.A., el carácter de “*exportación de servicios*”⁵⁸.

4.4. Perú:

La figura del *establecimiento permanente* en la legislación peruana se encuentra definida en el artículo 3° del decreto reglamentario de la Ley del Impuesto de Renta,

⁵⁶ Argentina, Dirección de Asesoría Técnica (DAT), Dictamen número 26 de 2004.

⁵⁷ Argentina, Dirección de Asesoría Técnica (DAT), Dictamen número 34 de 1997.

⁵⁸ Argentina, Dirección de Asesoría Técnica (DAT), Dictamen número 63 de 2008.

en el cual se enumeran las circunstancias o actividades económicas que desencadenan su configuración desde una perspectiva fiscal. Veamos:

“Artículo 3º.- ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Son de aplicación las siguientes normas para la determinación de la existencia de establecimientos permanentes:

a) Constituye establecimiento permanente distinto a las sucursales y agencias:

1. Cualquier lugar fijo de negocios en el que se desarrolle total o parcialmente, la actividad de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior. En tanto se desarrolle la actividad con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, constituyen establecimientos permanentes los centros administrativos, las oficinas, las fábricas, los talleres, los lugares de extracción de recursos naturales y cualquier instalación o estructura, fija o móvil, utilizada para la exploración o explotación de recursos naturales.

2. Cuando una persona actúa en el país a nombre de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, si dicha persona tiene, y habitualmente ejerce en el país, poderes para concertar contratos en nombre de las mismas.

3. Cuando la persona que actúa a nombre de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, mantiene habitualmente en el país existencias de bienes o mercancías para ser negociadas en el país por cuenta de las mismas.

b) No constituye establecimiento permanente:

1. El uso de instalaciones destinadas exclusivamente a almacenar o exponer bienes o mercancías pertenecientes a la empresa.

2. El mantenimiento de existencias de bienes o mercancía pertenecientes a la empresa con fines exclusivos de almacenaje o exposición.

3. El mantenimiento de un lugar fijo dedicado exclusivamente a la compra de bienes o mercancías para abastecimiento de la empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, o la obtención de información para la misma.

4. El mantenimiento de un lugar fijo dedicado exclusivamente a realizar, por cuenta de empresas unipersonales, sociedades o entidades de cualquier naturaleza constituida en el exterior, cualquier otra actividad de carácter preparatorio o auxiliar.

5. Cuando una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, realiza en el país operaciones comerciales por Intermedio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro representante independiente, siempre que el corredor, comisionista general o representante independiente actúe como tal en el desempeño habitual de sus actividades. No obstante, cuando ese representante realice más del 80% de sus actividades en nombre de tal empresa, no será considerado como representante independiente en el sentido del presente numeral.

6. La sola obtención de rentas netas de fuente peruana a que se refiere el Artículo 48° de la Ley.

c) Establecimiento permanente en el caso de empresas vinculadas:

El hecho que una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, controle a una sociedad domiciliada o realice operaciones comerciales en el país, no bastará por sí solo para que se configure la existencia de un establecimiento permanente, debiendo juzgarse dicha situación con arreglo a lo establecido en los incisos a) y b) del presente artículo.

d) Establecimiento permanente en el caso de agencia:

Cuando media un contrato de agencia que implica la existencia de un establecimiento permanente calificado con arreglo a este artículo”⁵⁹.

Por su parte, el artículo 6° de la Ley del Impuesto a la Renta señala que los contribuyentes no domiciliados, sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes únicamente estarán gravados con el tributo respecto de sus rentas de fuente peruana.

En relación con la actividad de reaseguros realizada por no residentes, el artículo 12, en concordancia con el artículo 48, ibídem, dispone que se presume de pleno derecho que los contribuyentes no domiciliados en el país y las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, que

⁵⁹ Perú, Presidente de la República, Decreto Supremo número 122-94-EF.

desarrollen la actividad de seguro o reaseguro, obtienen rentas netas de fuente peruana iguales al 7% de la prima recaudada.

4.5. Chile:

El numeral 3° del artículo 59 de la ley del impuesto sobre la renta en Chile grava con el tributo las primas de seguros pagadas a compañías del exterior derivadas del aseguramiento de bienes situados en el país y mercaderías sujetas al régimen de admisión temporal o en tránsito en el territorio, así como las correspondientes a seguros de vida sobre personas domiciliadas o residentes en Chile. El impuesto exigido en las hipótesis descritas es del 22% sobre el monto de la prima, sin que haya lugar a deducción alguna. Así mismo, la norma prevé que, tratándose de contratos de reaseguro que se celebren con compañías del exterior, el tributo a pagar en los aludidos casos es del 2% sobre el total de la prima cedida, sin que haya lugar a deducción alguna⁶⁰.

A su turno, el literal c) del artículo 16 del decreto con fuerza de ley número 251 de 1931 exige que las compañías extranjeras de reaseguro que efectúen operaciones de reaseguro respecto de seguros otorgados en Chile designen un representante en el país, con amplias facultades, incluida la de comparecer en juicio. Así mismo, señala la norma que no es necesaria la designación del representante cuando tales compañías

⁶⁰ Chile, Junta de Gobierno, Decreto ley 824 de 31 de diciembre de 1974.

realicen su actividad por medio de un corredor de reaseguro el cual, en esos casos, se considera representante⁶¹.

Cabe comentar aquí el oficio número 1.745, del 19 de mayo de 2009, del Servicio de Impuestos Internos de Chile, en el cual se concluye que la rentas de fuente chilena por contratos de reaseguro, percibidas por entidades reaseguradoras residentes en Reino Unido, España, Irlanda, Francia y Suecia, países con los cuales Chile había suscrito a la fecha convenios para evitar la doble imposición en el impuesto sobre la renta, por aplicación del artículo 7° de los respectivos tratados, no estaban sujetas a impuesto en Chile.

Para llegar a tal conclusión, la Administración Tributaria chilena puntualizó que el hecho de que las compañías de reaseguros del exterior estuviesen obligadas por la legislación interna a tener un representante en Chile no significa que tengan un *establecimiento permanente*, en los términos del artículo 5° de los convenios para evitar la doble tributación.

Al respecto, señaló la Autoridad Fiscal que las actividades del representante no se enmarcan en las previstas en la definición de *establecimiento permanente* de los acuerdos, en atención a que la existencia del representante se debe a una exigencia impuesta por la ley para que la compañía extranjera pueda contratar directamente en el país.

Además, puntualiza la Autoridad Tributaria que, de acuerdo con la legislación chilena, el representante no puede desarrollar en el país el comercio de seguros o

⁶¹ Chile, Junta de Gobierno, Decreto con fuerza de ley 251 del 22 de mayo de 1931.

reaseguros, pues para ello debería cumplir con los requisitos que la ley exige a las compañías de seguros, caso en el cual ya no se trataría de una entidad reaseguradora extranjera que contrate directamente en Chile.

La representación de la entidad aseguradora o reaseguradora del exterior únicamente comprende aspectos de responsabilidad y comparecencia judicial y administrativa los cuales, por si solos, no configuran un *establecimiento permanente*⁶².

Capítulo 5

La cláusula del *Establecimiento permanente* como norma de derecho interna en la legislación colombiana - Aplicabilidad, efectos y armonización:

A partir de la expedición de vigencia y aplicación de la ley 1607 de 2012 se incorporó a la legislación la figura del *establecimiento permanente*. Si bien es cierto que la institución no era del todo ajena para Colombia, habida cuenta que en los tratados para evitar la doble tributación que ha suscrito se encontraba prevista, lo cierto es que se carecía de disposiciones que regularan la configuración de un *Establecimiento permanente* sin mediar un convenio para evitar la doble imposición fijaran reglas sobre lo atinente al procedimiento y establecieran obligaciones formales que permitieran el cumplimiento a los establecimientos permanentes de sus obligaciones fiscales sustanciales.

5.1. Noción del *Establecimiento permanente* en la legislación Colombiana

⁶²Chile, Servicio de Impuestos Internos, oficio número 1.745, del 19 de mayo de 2009.

La noción de *establecimiento permanente* está prevista en el artículo 85 de la aludida ley 1607 de 2012, que adicionó al Estatuto Tributario con el artículo 20-1. La norma define al *establecimiento permanente* como “*un lugar fijo de negocios ubicado en el país, por medio del cual una empresa extranjera o una persona natural sin residencia en Colombia realiza todo o parte de su actividad*”⁶³.

De acuerdo con la disposición, el concepto de *establecimiento permanente* comprende, entre otros, las sucursales de sociedades extranjeras, las agencias, oficinas, fábricas, talleres, minas, canteras, pozos de petróleo y gas, o cualquier otro lugar de extracción o explotación de recursos naturales.

Así mismo, según la norma también configura un *establecimiento permanente* la actuación por cuenta de una empresa extranjera realizada por una persona distinta a un agente independiente que ostente o ejerza habitualmente en el país poderes para concluir actos jurídicos vinculantes para su representada, siempre y cuando no correspondan exclusivamente a actividades meramente auxiliares o preparatorias.

A su turno, el decreto 3026 de 2013, mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 20-1 del Estatuto Tributario, delineó algunos aspectos importantes del *establecimiento permanente*, entre los cuales cabe señalar los siguientes:

- **Definición de empresa extranjera**

⁶³ Colombia, Congreso de la República, Ley 1607 de 2012.

Según su artículo 1º, se entiende que el término “*empresa extranjera*” se refiere al ejercicio, por parte una persona natural sin residencia en Colombia o de una sociedad o entidad extranjera, de cualquier negocio o actividad que comprende, tanto las profesiones liberales como la prestación de servicios personales y actividades de carácter independiente. Como se ve, la legislación colombiana desliga el *establecimiento permanente* del ámbito empresarial, en sentido estricto, de manera que una persona natural puede configurar, a efectos de la legislación tributaria, una empresa extranjera.

- **Lugar fijo de negocios**

El artículo 2º del decreto 3026 dispone que se entenderá que hay un lugar fijo de negocios en Colombia cuando una empresa extranjera tenga a su disposición, con cierto carácter de fijeza y permanencia, cualquier espacio en el territorio colombiano, sin importar si es de uso exclusivo o si cuenta con título legal formal para su ocupación, por medio del cual realice en todo o en parte su actividad. Como se ve, esta norma recoge los comentarios al MCOCDE.

Nótese que la norma colombiano no prevé un lapso específico para determinar la permanencia en el país del lugar de negocios. Así la cosas, se entendería que, a diferencia de los convenios de doble imposición suscritos por Colombia en los cuales se contempla un término de 6 meses para ciertas actividades de servicios, no habría un plazo de presencia mínima que permita calificar el desarrollo de un negocio o

actividad como *establecimiento permanente*, lo que muy probablemente conllevará a discusiones con la Autoridad Tributaria.

- **Actividades de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio**

De acuerdo con el artículo 3° del decreto 3026, no se configura un *establecimiento permanente* por el hecho de que una empresa extranjera tenga a su disposición un lugar fijo de negocios ubicado en Colombia con el único objeto de realizar actividades de carácter netamente auxiliar o preparatorio. La norma aludida, transcribe una serie de actividades que tienen tal condición. Veamos:

- a) Utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
- b) El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas;
- c) El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa;
- d) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa;
- e) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios para el desarrollo de actividades meramente promocionales o publicitarias, incluidas las desarrolladas por oficinas de representación de sociedades o entidades extranjeras, siempre que estas no estén habilitadas para comprometer contractualmente a sus representadas en los negocios o contrato cuya celebración promuevan;

f) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier actividad combinación de las actividades anteriormente mencionadas, a condición que tal combinación tenga, a su vez, carácter auxiliar o preparatorio.

En todo caso, la disposición establece que si las actividades anteriormente enunciadas constituyen parte esencial, significativa o principal de la actividad de la empresa extranjera, no se consideran auxiliares o preparatorias.

Del transcrito listado de actividades preparatorias llama la atención lo dispuesto en el numeral e) de la norma, conforme al cual el mantenimiento de un lugar fijo de negocios para el desarrollo de actividades meramente promocionales o publicitarias, incluidas las desarrolladas por oficinas de representación de sociedades o entidades extranjeras, siempre que no se encuentren habilitadas para comprometer contractualmente a sus representadas en los negocios o contratos cuya celebración promuevan, conlleva actividades de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio que, por tanto, no dan lugar a la configuración de un *establecimiento permanente* en los términos del artículo 20-1 del Estatuto Tributario.

Sobre el particular, la Administración Tributaria, en el concepto número 32161 de 2014, se pronunció respecto de las oficinas de representación de las entidades extranjeras sin ánimo de lucro en el sentido de admitir que si bien tales entidades ostentan la condición de contribuyentes del impuesto sobre la renta del régimen especial respecto de los ingresos de fuente nacional que perciban, dada su ausencia de ánimo de lucro no son compatibles con la figura del *establecimiento permanente*. Al

respecto, recordó que la noción de empresa extranjera, prevista en el artículo 1° del decreto 3026 de 2013, se refiere al ejercicio, por parte de una persona natural o sociedad no residente, de cualquier negocio o actividad entre los cuales se encuentran el ejercicio de profesiones liberales como la prestación de servicios personales y la realización de actividades de carácter independiente. Sobre las anteriores bases, la Autoridad Fiscal Colombiana, concluyó que, aun cuando las oficinas de representación de entidades sin ánimo de lucro ostenten y ejerzan poderes que comprometan a la organización, no por ello se configura el *establecimiento permanente* en Colombia.

5.2. Tributación de las personas naturales sin residencia y de las entidades extranjera en Colombia

Se ha dicho que la adopción del establecimiento permanente puede generar grandes discusiones y controversias en el caso de que los extranjeros obtengan renta de fuente colombiana sin mediar un establecimiento permanente. Acaso eso explica el contenido del artículo 4° del decreto reglamentario 3026 de 2013, sobre el establecimiento permanente en Colombia, conforme al cual es posible que un extranjero tribute en Colombia sobre rentas de fuente nacional obtenidas con la mediación de un establecimiento permanente o sin tal mediación. Para ese caso, dispone la norma que las rentas que no se obtengan por medio de establecimiento permanente igualmente están sometidos al impuesto sobre la renta en Colombia.

Si bien, la norma anterior zanjó las posibles discusiones que se hubiesen podido presentar en torno a la necesidad de la configuración de un *establecimiento permanente* en cabeza de las personas naturales no residentes y de las sociedades y demás entidades extranjeras para que estuviesen sujetas a tributación en Colombia respecto de sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional, lo cierto que en la doctrina se ha discutido la necesidad de adoptar la figura aquí estudiada en el derecho interno, en particular porque el artículo 20 del Estatuto Tributario ya preveía que estaban sujetas a tributación en Colombia las sociedades y entidades extranjeras respecto de sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional.

En efecto, los opositores a la incorporación al derecho interno de la noción de *establecimiento permanente* aducían que ya había una norma en el ordenamiento jurídico colombiano que obligaba a los extranjeros a tributar respecto de sus rentas de fuente nacional, ya sea que las percibieran por medio de un *establecimiento permanente* o no, y que su reconocimiento daría lugar a interpretaciones según las cuales únicamente estarían sometidos al tributo en Colombia los extranjeros que obtuviesen sus ingresos de fuente nacional por medio de un *establecimiento permanente* ubicado en la jurisdicción.

Pero más allá de los equívocos que esta temática genera para el derecho interno, evidenciados sin duda en la comentada norma reglamentaria, se ha dicho, en defensa de la institución para la normativa interna, que la afirmación de Colombia como país

sede de multinacionales, su aspiración a ser parte de la OCDE y la globalización, justificaban una medida como esa.

A diferencia de lo que ocurre en Argentina o España países en los cuales el establecimiento permanente cumple una función de extensión de la residencia, de manera que éste tributa tanto respecto de sus rentas de fuente nacional como extranjera, en Colombia el *emplazamiento fijo de negocios* únicamente está sometido a imposición respecto de la renta de fuente colombiana, razón por lo cual consideramos que la figura en Colombia no tiene un fin recaudatorio en sí mismo, toda vez que de antaño los no residentes estaban sometidos al impuesto respecto de sus rentas de fuente nacional. En ese sentido, su introducción a nuestro ordenamiento más que un impacto en el recaudo tributario parece dirigirse a la obtención de información que se deriva del cumplimiento de las obligaciones formales a cargo del establecimiento.

5.3. Tributación del *establecimiento permanente* en Colombia

El artículo 20-2 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 87 de la ley 1607 de 2012, es la norma que regula lo atinente a la tributación de los establecimientos permanentes y sucursales en el país. Señala, al efecto, que las personas naturales no residentes y las personas jurídicas y demás entidades extranjeras que tengan un *establecimiento permanente* o sucursal en el país son contribuyentes del impuesto sobre la renta en Colombia respecto de los ingresos y ganancias ocasionales de fuente nacional que le sean atribuibles al *establecimiento permanente* o a la sucursal;

ingresos y ganancias ocasionales que se determinan con fundamento en criterios de funciones, activos, riesgos, y personal involucrado en su obtención.

Nótese que los establecimientos permanentes únicamente han de atender sus obligaciones tributarias respecto de las rentas y ganancias ocasionales que cumplan con las siguientes condiciones: i) Que se trate de rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional, razón por la cual es necesario acudir, en todos los casos, para esclarecerlo, a lo dispuesto en los artículo 24 y 25 del Estatuto Tributario; y ii) Que las rentas y las ganancias ocasionales le sean atribuibles al *establecimiento permanente*, de manera que en cada caso deberán considerarse los hechos y demás circunstancias relevantes para su atribución en cabeza del *establecimiento permanente* o de la sociedad del exterior, tal como lo manifestó la Administración tributaria en concepto 48131 del 2 de agosto de 2013.

5.4. Determinación del patrimonio, las rentas y ganancias ocasionales atribuibles al *establecimiento permanente*:

El artículo 20-2 del Estatuto Tributario, en concordancia con el artículo 11 del decreto reglamentario 3026 de 2013, señala que las rentas y ganancias ocasionales atribuibles al *establecimiento permanente* o sucursal en Colombia son aquellas que habrían podido obtener, de acuerdo con el *principio de plena competencia*, como si fuera un empresa separada de aquella de la que forma parte, ya sea que las operaciones las efectúe con su sociedad matriz o propietaria o con terceros independientes. Para efectos de la atribución de rentas y ganancias ocasionales, se

deberán tener en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados, el personal involucrado y los riesgos asumidos por la empresa por medio del *establecimiento permanente* o sucursal, así como por otras partes de la empresa de la cual hace parte el *establecimiento permanente*.

Como se observa, la norma prevé lo contemplado en el artículo 7.2 del MCODE que dispone:

“A los efectos de este artículo, y del artículo (23 A) (23 B), los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.”

Como se ve, tanto la norma nacional como el MCODE, tratan al *establecimiento permanente*, para efectos de la determinación de rentas y de las ganancias ocasionales, como una empresa independiente que desarrolla sus operaciones a precios de mercado. Como herramienta para lograr tal determinación, se exige elaborar un estudio de funciones, activos, riesgos y personal que permita identificar la atribución de las rentas y ganancias ocasionales realizadas por el establecimiento con empresas independientes como con empresas vinculadas.

En artículo 12 del decreto 3026 de 2013 señala que, además de las funciones, activos, riesgos asumidos y personal involucrado en la operación del *establecimiento permanente*, deberán tenerse en cuenta los derechos y obligaciones que se deriven de sus operaciones con la empresa que es su propietaria y con partes independientes, la identificación de las funciones significativas realizadas por el personal que sean determinantes para la atribución de la propiedad económica de los activos, la identificación de las funciones relevantes desarrolladas por el personas que sean trascendentes en relación con la asunción del riesgo, la atribución del capital al *establecimiento permanente* o sucursal con fundamento en los activos y riesgos asignados y la naturaleza de las operaciones y demás funciones que efectúe el *establecimiento permanente* o sucursal.

De esta manera, es claro que el análisis de la determinación de las rentas implica efectuar el cálculo de los beneficios o pérdidas que se deriven de toda la actividad del *establecimiento permanente*, lo que incluiría las transacciones celebradas con sus vinculados, con partes independientes y con las otras partes de la empresa a la que pertenece.

En relación con la atribución de la propiedad, es oportuno advertir que la norma no especifica su ubicación. Por tanto, no solo se trata de los activos ubicados en Colombia sino, también, otros activos situados en el exterior de los que haga uso el *establecimiento permanente* o la sucursal para el desarrollo de las actividades a su cargo.

Si bien es cierto que la norma no señala textualmente que el estudio deba cumplir con la metodología de precios de transferencia, mientras las operaciones efectuadas con terceros independientes se consideran ajustadas al precio de mercado, las operaciones que la sucursal o el *establecimiento permanente* celebre con partes relacionadas sí deberán someterse al análisis de comparabilidad de que tratan los artículos 260-1 y siguientes del Estatuto Tributario, en particular, porque los numerales 2º y 4º del artículo citado disponen que hay vinculación en las operaciones que efectúen las sucursales respecto de sus oficinas principales y los establecimientos permanentes respecto de la empresa cuya actividad realizan en todo o en parte.

5.5. Contabilidad separada

El párrafo del artículo 20-2 del Estatuto Tributario señala que, para efectos de la atribución de rentas y ganancias ocasionales, se requiere que el *establecimiento permanente* lleve una contabilidad separada de la empresa que es su propietaria.

A su turno, el artículo 13 del decreto 3026 de 2013 dispone que la contabilidad separada que lleve el *establecimiento permanente* o la sucursal tendrá como soporte el estudio de activos, funciones y riesgos efectuado para efectos de la atribución de las rentas y ganancias ocasionales, así como los documentos internos y externos que se expidan con ocasión de la realización de las operaciones. La norma también señala que en la contabilidad del *establecimiento permanente* o la sucursal deberán obrar los ingresos, costos, gastos, activos, pasivos que le sean imputables. Así, respecto de los

activos cuya propiedad económica le es atribuida al *establecimiento permanente*, será necesario efectuar la correspondiente depreciación cuando a ello haya lugar.

Así mismo, el reglamento exige que para el registro en la contabilidad separada del *establecimiento permanente*, se deberán considerar las normas de realización de los ingresos, costos y deducciones contenidas en el Estatuto Tributario. Para el caso de las personas naturales, se exige la elaboración de un registro auxiliar en el que se consignen las operaciones atribuibles y, al final del periodo gravable, la elaboración de un documento auxiliar que hará las veces de estado de resultados en el que se registrará el total de las operaciones.

Las normas no contemplan quién es el llamado a certificar y dictaminar la contabilidad. Finalmente, el reglamento advierte que los soportes de la contabilidad deben ser documentos iguales o similares a los que usualmente habría en los casos de operaciones realizadas entre partes jurídicas independientes, con lo cual parecería que los documentos internos y externos que se elaboren a efectos contables soportarían las operaciones con el objeto de atribuir las rentas y ganancias ocasionales a los establecimientos permanentes.

5.6. Determinación de la obligación tributaria en cabeza de los establecimientos permanentes

Para efectos de la determinación del impuesto a cargo del *establecimiento permanente*, el artículo 15 del reglamento dispone que deberán tenerse en cuenta las normas del Estatuto Tributario y sus reglamentarias. Entre ellas, la disposición

enuncia las relativas a deducciones y sus limitaciones, así como las de precios de transferencia aplicables, tanto a las operaciones internas realizadas entre el *establecimiento permanente* o sucursal y otras partes de la empresa de la que forma parte, como para las operaciones entre el *establecimiento permanente* o sucursal y otras empresas vinculadas.

Así las cosas, los establecimientos permanentes están obligados a determinar su base gravable del impuesto sobre la renta en Colombia de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia. En ese sentido, la deducibilidad de los gastos en que incurran está condicionada al cumplimiento de los requisitos generales de necesidad, proporcionalidad y relación de causalidad con la actividad productora de renta, de que trata el artículo 107 del Estatuto Tributario, así como las limitaciones a la deducibilidad de los pagos que se efectúen al exterior, prevista en el artículo 122 del Estatuto Tributario.

Así las cosas, no serían deducibles para el *establecimiento permanente* la totalidad de los pagos que efectúe al exterior, en virtud de la atribución de funciones, activos, riesgos y personal, lo cual parecería contrario a lo señalado en el artículo 120-2 del Estatuto tributario que únicamente exige la elaboración del estudio para la atribución de las rentas, activos, pasivos, costos y gastos.

Por otra parte, resulta importante señalar que la Administración Tributaria, en el concepto número 018719, del 26 de junio de 2015, señaló que los establecimientos permanentes se encuentran sometidos al régimen de renta presuntiva teniendo en

cuenta, para el efecto, el patrimonio que les sea atribuible de acuerdo con el artículo 20-2 del Estatuto Tributario. Dijo la DIAN:

“De otra parte, el artículo 188 del Estatuto Tributario contiene las bases y porcentaje de la renta presuntiva:

“Artículo 188. Bases y porcentajes de renta presuntiva. Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al tres por ciento (3%) de su patrimonio líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior. (...)”.

Como la base a tomar para el cálculo de la renta presuntiva es el patrimonio líquido, es menester remitirnos a las normas que lo regulan; así el artículo 261 del Estatuto Tributario consagra cuáles bienes integran el Patrimonio bruto:

“Artículo 261. Patrimonio bruto. El patrimonio bruto está constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable. (...)”

En cuanto al patrimonio líquido, se obtiene de restar al se obtiene de restar al patrimonio bruto poseído por el contribuyente en el último día del año o período gravable el monto de las deudas a cargo del mismo vigentes en esa fecha, en los términos del artículo 282 es este el que sirve de base para efectuar el cálculo de la renta presuntiva según el artículo 188 ibídem. Lo anterior, en concordancia con el artículo 8 del Decreto número 3026 de 2013:

“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”.

De lo expuesto puede concluirse que los Establecimientos Permanentes de sociedades extranjeras están en la obligación de determinar la renta presuntiva, pues como se vio, las normas anteriormente señaladas son concordantes en cuanto a los factores que deben integrar el patrimonio bruto y líquido que sirve de base para dicha determinación, a la cual, se reitera, se encuentran obligados”⁶⁴

5.7. Utilidades de los establecimientos permanentes

La determinación de la participación en las utilidades que distribuya el *establecimiento permanente* a su propietario en calidad de gravado o no gravado se realizará conforme a lo previsto en los artículos 48 y 49 del Estatuto Tributario y, en el evento en que se determine un dividendo gravable, la alícuota o tarifa a aplicar será del 33%.

Como regla general, la participación se entenderá efectuada cuando se transfieran al exterior las utilidades.

5.8. Declaración del tributo

⁶⁴ Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto 018719 del 26 de junio de 2015.

Prevé el artículo 7° del decreto 3026 de 2013, que la declaración del impuesto sobre la renta por parte de los establecimientos permanentes ubicados en Colombia de empresas extranjeras debe efectuarse de forma independiente, es decir, que si una empresa extranjera tiene más de un *establecimiento permanente* en Colombia, cada uno deberá presentar su propia declaración tributaria. Así mismo, la disposición comentada señala que, en el evento en que la empresa extranjera obtenga ingresos propios por los cuales esté obligada a declarar en Colombia, podrá escoger una de las sucursales o de los establecimientos permanentes que tenga en el país para que incluya tal concepto en su declaración tributaria.

5.9. Retención en la fuente

En relación con la retención en la fuente aplicable a los pagos a favor de establecimientos permanentes de empresas extranjeras, el artículo 6° del reglamento señala que será la misma retención aplicable a los pagos o abonos en cuenta que, por los conceptos correspondientes, se efectúen a los residentes y sociedades nacionales. Así mismo, dispone que los pagos que se efectúen a favor de una empresa extranjera que no sean imputables al *establecimiento permanente* seguirán sometidos a la retención en la fuente prevista en los artículos 406 y siguientes del Estatuto Tributario, incluidos los pagos o abonos en cuenta que el *establecimiento permanente* efectúe a su empresa extranjera propietaria y no le sean atribuibles al *establecimiento* (las denominadas “*transacciones internas*”).

Para efectos de lo señalado anteriormente, el párrafo de la disposición comentada señala que corresponde al *establecimiento permanente* demostrar su calidad de tal. Con ese fin, se deberá adjuntar el correspondiente registro único tributario (RUT), sin perjuicio de que el agente de retención pueda acercarse a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para comprobar que se trata de un *establecimiento permanente*. En todo caso, según el decreto reglamentario, se presume que todo pago o abono en cuenta que se efectúe a favor de una persona natural sin residencia en el país o de una sociedad o entidad extranjera que tenga un *establecimiento permanente* en el país, se entiende realizado directamente a favor de la persona natural o sociedad extranjera. La presunción, por supuesto, que puede ser desvirtuada.

5.10. Otras obligaciones de los establecimientos permanentes

El reglamento señala, además, otras obligaciones a las que se encuentran sujetos los *establecimientos permanentes* que se encuentren ubicados en Colombia. Veamos:

a) Determinar su domicilio fiscal: El artículo 5° del decreto señala que en el caso del llamado *establecimiento permanente* personal, su domicilio fiscal será el mismo de la persona que actúa por cuenta de la empresa extranjera y tiene o ejercer habitualmente en el territorio nacional poderes para concluir actos o negocios jurídicos que sean vinculantes para la empresa extranjera, en tanto que en los demás casos de *establecimiento permanente*, el domicilio fiscal corresponderá al lugar principal en el cual la empresa extranjera realiza todo o parte de su actividad.

b) Inscribirse en el registro único tributario (RUT): El artículo 10° del reglamento indica que los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras deberán formalizar su calidad de tales, mediante su inscripción en el RUT. Para su identificación se deberán utilizar las siglas EP al final del nombre o razón social, o EP 2, y así sucesivamente, si hubiese más de un *establecimiento permanente*. Para efectos del aludido trámite, la norma reglamentaria enlista una serie de documentos y una declaración que se entiende prestada bajo gravedad de juramento en la que consten las circunstancias que dan lugar a que se configure el *establecimiento permanente* en Colombia.

c) Conservar el estudio de atribución de rentas, activos, pasivos y capital de trabajo, así como la restante información relacionada con la atribución de las rentas y ganancias ocasionales: Según el artículo 16 del decreto reglamentario 3026 de 2013, las empresas extranjeras que tengan *establecimiento permanente* en Colombia deberán conservar el estudio y los demás documentos por un término mínimo de 5 años, contados a partir del 1° de enero del año siguiente gravable a aquel en el que se elaboró.

5.11. La sujeción de los establecimientos permanentes al impuesto sobre la renta para la equidad – CREE:

El artículo 20 de la ley 1607 de 2012, mediante el cual se creó el impuesto sobre la renta para la Equidad CREE, señaló como sujetos pasivos del tributo, entre otros, a las sociedades y entidades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre

la renta por sus ingresos de fuente nacional obtenidos mediante sucursales y establecimientos permanentes. Para lo cual, se consideran ingresos de fuente nacional los previstos en el artículo 24 del Estatuto Tributario. Nótese que la norma no se refiere a las personas naturales no residentes que tienen un *establecimiento permanente* en Colombia como contribuyentes del tributo, por lo que se ha entendido que tales sujetos no están gravados, como no lo están las personas naturales residentes en Colombia. Al respecto, la Administración Tributaria en concepto 08357 de 2014 se pronunció en los siguientes términos:

7. ¿Se considera como sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) el establecimiento permanente de personas naturales?

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1607 de 2012 y en el artículo 2o del Decreto número 2701 de 2013, los sujetos pasivos del CREE son:

a) Las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios;

b) Las sociedades y entidades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementario por sus ingresos de fuente nacional obtenidos mediante sucursales y establecimientos permanentes.

En esta medida, estima este Despacho que el establecimiento permanente de una persona natural no es contribuyente del impuesto sobre la renta para la Equidad

(CREE) pues el mismo no fue expresamente contemplado como sujeto pasivo del impuesto”⁶⁵. (Negrillas fuera del texto)

A su turno, el artículo 21 del decreto 3026 de 2013 señala que sus disposiciones abarcan tanto las obligaciones relacionadas con el impuesto sobre la renta y complementarios como las relacionadas con el impuesto sobre la renta para la equidad CREE.

Capítulo VI

El contrato de reaseguro su objeto, características principales y diferencias con el contrato de seguro.

6.1. Antecedentes históricos del contrato de reaseguro

Es indudable que la historia del contrato de reaseguro está estrechamente ligada con la del contrato de seguro. En efecto, el seguro guarda una innegable dependencia económica y funcional con el reaseguro.

De acuerdo con el doctrinante ANTONIO MINZONI CONSORTI el primer antecedente del contrato de reaseguro se remonta al año 1370, en Génova, en el marco del seguro marítimo por el transporte de mercancías⁶⁶. En ese sentido, no asombra, tal como da cuenta la profesora BLANCA ROMERO MATUTE, que en los diversos textos de la edad media se aluda al término reaseguro⁶⁷.

⁶⁵ Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto 357 del 28 de marzo de 2014.

⁶⁶ Minzoni Consorti, Antonio, *Reaseguro*, UNAM, Ciudad de México, 2009, p. 17.

⁶⁷ Romero Matute, Blanca, *El reaseguro*, Tomo 1, Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Bogotá, 2001, p. 23.

Pero no es sino hasta el siglo XIX que aparecen en el panorama comercial las primeras reaseguradoras profesionales y que las legislaciones regulen la materia. En Colombia, por ejemplo, la normativa sobre el reaseguro se incluyó en la del contrato de seguros en el año 1887.

6.2. Naturaleza jurídica del contrato de reaseguro

Han sido particularmente debatidas por la doctrina la naturaleza jurídica y la definición del contrato de reaseguro. Lo anterior, por cuanto su estrecho vínculo con otros contratos, en ocasiones hace difícil la identificación de sus características propias.

Al respecto, lo primero que se hace necesario precisar es que el reaseguro parte de la celebración previa de un contrato de seguro, por medio del cual el asegurado descarga en el asegurador las eventuales consecuencias económicas perjudiciales que pudieran derivarse de un riesgo a su cargo, a cambio del pago de una prima.

Nótese que, como resultado de la celebración del contrato de seguro, el patrimonio del asegurador estará afecto a cubrir el riesgo asegurado.

Sobre las anteriores bases, resulta apenas natural que la ocurrencia de un riesgo de gran magnitud o la suma de la realización de varios riesgos asegurados por una compañía, puedan ocasionar desequilibrios técnico-financieros en su patrimonio. Y es precisamente ese el riesgo que el asegurador traslada, en parte o en su totalidad, a un tercero, mediante la celebración de un contrato de reaseguro.

En relación con este punto, BLANCA ROMERO MATUTE, señala que “*El concepto de reaseguro viene dado por la finalidad que busca el reasegurado cuando concierta el contrato: busca protección contra el riesgo que representa para él el eventual pago de una indemnización*”⁶⁸.

En la actualidad, nadie pone en duda que tal contrato tiene naturaleza asegurativa, naturaleza que históricamente fue negada por algunos autores. Así, se llegó a sostener que se trataba de un contrato de fianza⁶⁹, un contrato de mandato⁷⁰ o que el reaseguro tenía naturaleza asociativa como el contrato de sociedad o de cuentas en participación⁷¹.

En el estado actual de la doctrina y las legislaciones, la naturaleza aseguradora del contrato de reaseguro es un tema pacífico. No obstante la identidad de criterios en

⁶⁸ Romero Matute, Blanca, *El reaseguro*, Tomo 1, Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Bogotá, 2001, p. 73.

⁶⁹ Ésta pretende que entre el asegurador y reasegurador haya un contrato de fianza, en el sentido de que el asegurador busca por medio del reaseguro un fiador de su deuda frente al asegurado en caso de siniestro. En el reforzamiento que el reaseguro proporciona al asegurador y que, en definitiva, favorece al asegurado, se ve el elemento común a ambas figuras. Pero no puede dejar de observarse que este reforzamiento es indirecto y extraño al asegurado.

⁷⁰ De acuerdo con el tratadista EMERIGÓN (1738; p.174) el asegurador reasegurado actuaría como mandatario del reasegurador. Tal tesis halla como sustento el hecho de que el asegurador actúa por cuenta del reasegurador en la fase de liquidación del daño.

Al actuar en interés del reasegurador administrando la gestión del riesgo y liquidación del siniestro, recaudación de primas, pago de la indemnización, etc., pudiera parecer que es un representante o agente de aquél. No obstante, esta actuación, nacida de la cooperación fruto de la relación contractual, no es más que una pequeña parte del contenido total del contrato de reaseguro, por lo que no se justifica la identificación o asimilación entre ambas figuras.

⁷¹ La comunidad de aleas entre el reasegurador y el reasegurado, la participación de ambos en los beneficios y la comunidad de fines e intereses fundamenta la tesis del reaseguro como forma asociativa. Sin embargo, en el reaseguro que no se da ninguno de los elementos constitutivos del contrato de sociedad como, por ejemplo, la *affectio societatis*, la puesta en común entendida como constitución de un patrimonio separado de la sociedad ni la identidad de fines y participación en los beneficios. En efecto, el reasegurado pretende desprenderse de parte del riesgo y el reasegurador beneficiarse con las primas si no hay siniestros. Y no hay reparto de beneficios, en el sentido estricto, por cuanto es una de las partes la que paga a la otra con sus propios fondos.

cuanto a la naturaleza asegurativa del contrato de reaseguro, no ha habido el mismo consenso en cuanto a la determinación del tipo al cual pertenece el reaseguro.

Esta determinación puede resultar de particular utilidad para desentrañar el régimen legal que le será aplicable, así sea por vía de analogía, dependiendo de las particularidades de cada legislación y, naturalmente, de las temáticas de que se trate. Basta señalar, al respecto, que a la luz de la legislación colombiana el reaseguro es un seguro contra daños y el riesgo reasegurado, tal como lo ha manifestado FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “*es el nacimiento de una deuda asumida en el patrimonio del asegurador - reasegurado como consecuencia del cumplimiento del contrato de seguro celebrado por él con su asegurado*”⁷²; es decir, de una deuda en su patrimonio como consecuencia de la obligación asumida por el asegurador reasegurado en un contrato de seguro.

El hecho de que se trate de un seguro de deudas o de pasivo, dentro del cual se ubica también el seguro de responsabilidad civil, ha llevado a algunos autores a sostener que la naturaleza jurídica del reaseguro corresponde a la de un seguro de responsabilidad civil. Tal es la opinión, por ejemplo, de ISAAC HALPERIN Y NICOLÁS BARBATO, para quien “*es una clase de los seguros de la responsabilidad civil: se cubre el interés del reasegurado a la conservación del patrimonio.*”⁷³

⁷² Sánchez Calero Fernando, Tirado Suárez Javier, Tapia Hermida Alberto Javier y Fernández Rozas José Carlos, *La ley del contrato de seguro*, 2ª edición, Aranzandi, Pamplona, 2001, p. 1482.

⁷³ Halperín, Isaac Y Barbato, Nicolás, *Seguros – Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 108.

En la citada obra se sostiene que la función del seguro de responsabilidad es la de “mantener la indemnidad del patrimonio del asegurado contra las reclamaciones de terceros. La responsabilidad contractual, aun por la ejecución de un contrato, no es ajena a esa función, siempre que reúna los recaudos necesarios para considerarla un riesgo asegurable.”⁷⁴ Y agrega, al respecto: “La circunstancia de que en el derecho de las obligaciones, estrictamente, se califique de responsabilidad a la violación de normas secundarias, no quita que en un concepto amplio la responsabilidad incluya toda afectación del patrimonio por el cumplimiento de obligaciones, de cualquier clase, que se asuman o por el incumplimiento de obligaciones contractuales o legales (delitos y cuasidelitos).”⁷⁵

La doctrina alemana, en general, sostiene que el reaseguro no es un seguro de responsabilidad, aun cuando tenga semejanzas con éste, sino que es una especie dentro del género de seguro de pasivo o de patrimonio, al igual que el seguro de responsabilidad civil. Tal tesis puede apreciarse en autores como FERNANDO SÁNCHEZ CALERO y JAVIER TIRADO.⁷⁶

El profesor JOAQUÍN GARRIGUES, por su parte, considera que en el reaseguro se cubre la responsabilidad del asegurador frente al asegurado, y que se acerca al de responsabilidad pero que no se le puede asimilar totalmente justamente por la

⁷⁴ Halperín, Isaac Y Barbato, Nicolás, *Seguros – Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 109.

⁷⁵ Halperín, Isaac Y Barbato, Nicolás, *Seguros – Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 109.

⁷⁶ Sánchez Calero Fernando, Tirado Suárez Javier, Tapia Hermida Alberto Javier y Fernández Rozas José Carlos, *La ley del contrato de seguro*, 2ª edición, Aranzandi, Pamplona, 2001, p. 1484.

distinción según la cual el origen de la obligación de pago es distinto: “*en el reaseguro es el contrato de seguro, en el seguro de responsabilidad civil es el hecho ilícito*”⁷⁷.

BLANCA ROMERO MATUTE, a su turno, considera que el reaseguro hace parte de los seguros de responsabilidad porque el pago por efectuar por el asegurador resulta de la posibilidad que le origina el seguro directo. Empero, a renglón seguido, aclara que no se trata de una subespecie de los seguros de responsabilidad civil, y que “*la distinta naturaleza de ambos seguros justifica la diversa regulación que reciben*”, “*que hace inadmisibles la asimilación de ambos contratos*”⁷⁸.

La acertada tesis según la cual el reaseguro no es una clase de seguro de responsabilidad civil, se sustenta en la sencilla razón de que el seguro de responsabilidad civil tiene como fin resarcir al tercero afectado con la deuda de responsabilidad en que incurrió el asegurado, nacida del incumplimiento de una obligación o de un hecho ilícito, al paso que el origen de la obligación a cargo del reasegurador surge del propio contrato de reaseguro, como consecuencia de que el asegurador reasegurado contraiga una obligación de pagar una indemnización en el seguro original. No tiene origen, en consecuencia, en el incumplimiento ni en una obligación resarcitoria de indemnizar perjuicios por haber incurrido el deudor en responsabilidad, sino en el simple hecho de ver disminuido su patrimonio debido a la

⁷⁷ Garrigues, Joaquín., *Contrato de seguro terrestre*, 20 edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, p. 466.

⁷⁸ Romero Matute, Blanca, *El reaseguro*, Tomo 1, Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Bogotá, 2001, pp. 145-146.

ocurrencia de un siniestro en el contrato de seguro original. En rigor, por ende, no se asegura la responsabilidad del asegurador reasegurado sino un hecho que para él proviene de cumplir un contrato, de verse obligado a cumplir.

Algunos autores señalan que es la especial naturaleza del riesgo lo que diferencia a ambas figuras. Así, en el seguro de responsabilidad civil el asegurado se cubre contra un riesgo que corre por sí mismo, no de riesgos que ha asumido para sí que pertenecen a la esfera de un tercero. Por otra parte, la finalidad de uno y otro seguro es bien distinta, pues al paso que el seguro de responsabilidad civil persigue la protección y favorecimiento de la víctima y en últimas del asegurado como causante del daño, pero especialmente de aquella, dados el fundamento y los orígenes de la institución, en el reaseguro no hay ese propósito de protección a favor de ninguna de las partes, lo que se traduce en un mayor campo de acción de la autonomía de la voluntad privada.

Por otra parte, en la legislación colombiana claramente se distingue el reaseguro del seguro de responsabilidad civil, no sólo por estar regulados en secciones distintas, las números V y IV, en su orden, ambas dentro del capítulo de los Seguros de Daños, sino porque aquel no es un seguro a favor de terceros al paso que el de responsabilidad civil sí lo es puesto que el tercero tiene acción directa contra el asegurador. Cabe recordar que EFRÉN OSSA, en opinión expuesta en vigencia del derogado Código de Comercio Terrestre, ya había considerado que el reaseguro “no

*es un seguro de responsabilidad civil”, “sino un seguro especial, un seguro de seguro”*⁷⁹.

Hoy, en vigencia el Código de Comercio de 1971, no cabe duda, por las razones expuestas, que se trata de un seguro de daños, perteneciente al género *seguro de pasivo o de patrimonio*.

6.3. Noción de la actividad reaseguradora

De acuerdo con el doctrinante CARLOS IGNACIO JARAMILLO el contrato de reaseguro puede ser entendido, en un sentido lato, como el acuerdo “*en virtud del cual un reasegurador, a cambio de una prima reconocida por el asegurador directo (cedente), se compromete a indemnizar, con arreglo a la modalidad convenida, las pérdidas exclusivamente del ejercicio de su objeto social: <<asunción de riesgos>>*”⁸⁰.

Por su parte, el autor Argentino ARIEL FERNÁNDEZ DIRUBE lo define como “*una forma aseguradora de segundo grado, a través de cuyas diversas modalidades las entidades aseguradoras procuran homogeneizar y limitar las responsabilidades a su cargo, para normalizar la cartera de riesgos asumidos, por medio de la cobertura de los desvíos o desequilibrios que afecten la frecuencia, la intensidad, la distribución temporal o la cuantía individual, de los siniestros que se produzcan en la misma*”⁸¹.

⁷⁹ Ossa, Efrén, *Tratado elemental de seguros*, 2ª edición, Ediciones Lerner, Bogotá, 1963, p. 549.

⁸⁰ Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, *Derecho de seguros (estudios y escritos jurídicos)*, Tomo 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2013, p. 297.

⁸¹ Fernández Dirube, Ariel, *Manual de reaseguros*, 2ª edición, General Re, Buenos Aires, 1993, p.28.

A su turno, MANUEL BROCETA PONT señala que el reaseguro “(...) *no es otra cosa que el seguro contra el nacimiento de una deuda que soporta el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro previamente estipulado por él*”⁸².

Algunas legislaciones también se han ocupado de definir el contrato de reaseguro. Por ejemplo, la legislación peruana, en el artículo 138 de la ley 29946, del 26 de noviembre de 2012, lo define en los siguientes términos:

*“Artículo 138. Definición. Por el contrato de reaseguro, el reasegurador se obliga al pago, dentro de los límites acordados, de la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación asumida por este en su carácter de asegurador en un contrato de seguro”*⁸³.

En el ordenamiento jurídico mexicano, el numeral XXV de la ley de instituciones de seguros y fianzas señala que el reaseguro es “*el contrato en virtud del cual una Institución de Seguros, una Reaseguradora Extranjera o una entidad reaseguradora del extranjero toma a su cargo total o parcialmente un riesgo ya cubierto por una Institución de Seguros o el remanente de daños que exceda de la cantidad asegurada por el asegurador directo*”⁸⁴.

En España, el artículo 77 de la ley 50, de 1980, define el contrato de reaseguró así:

⁸² Broceta Pont, Manuel, *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961, p. 44.

⁸³ Perú, Congreso de la República, Ley 29946 del 26 de noviembre de 2012.

⁸⁴ México, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de instituciones de seguros y de fianzas, del 4 de abril de 2013.

“Artículo 77. Por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro.

El pacto de reaseguro interno, efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno”⁸⁵.

Por su parte, el ordenamiento colombiano no contempla una definición del contrato de reaseguro, aun cuando el Código de Comercio sí lo regula. En efecto, el Título V del Libro Cuarto contiene, en el Capítulo II, Sección V, tres normas que versan sobre la temática, a saber: i) El artículo 1134, relacionado con la responsabilidad del reasegurador, el principio de la comunidad de suerte y los términos de prescripción; ii) El artículo 1135, conforme al cual el reaseguro no es un contrato a favor de terceros y el asegurado carece de acción directa contra el reasegurador; y iii) El artículo 1136, que señala la normativa aplicable al contrato de reaseguro⁸⁶.

A las anteriores normas, se debe añadir la mención que hace en el capítulo I, artículo 1080, para especificar que el reaseguro no varía el contrato de seguro y que la oportunidad para el pago de la indemnización en este último no puede diferirse so

⁸⁵ España, Ley 50 de 1980.

⁸⁶ Colombia, Presidente de la República, Decreto 410 de 1971, Código de Comercio.

pretexto del reaseguro. Como se ve, la normativa en Colombia sobre la materia es precaria.

Basta señalar, al respecto, que el reaseguro posee los elementos esenciales del contrato de seguro y que las normas que en Colombia lo regulan están ubicadas, tal como se indicó, dentro de la ley del contrato de seguro y, además, hacen parte de las disposiciones relativas a los seguros de daños. Repárese, en que la propia exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio de 1958 aludía ya al reaseguro como “*un legítimo contrato de seguro*”⁸⁷.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se puede decir que el reaseguro es un contrato por el cual el reasegurador acepta, a cambio de una prima, indemnizar total o parcialmente al reasegurado por sus responsabilidades adquiridas como consecuencia de la suscripción de una póliza de seguro.

En términos de ARTURO GÓMEZ DUQUE el contrato de reaseguro es “*aquel mediante el cual, un parte, llamada reasegurador, se obliga, mediante el pago de una prima, a mantener indemne al asegurador – reasegurado, en los términos convenidos, de los daños que pueda sufrir en su patrimonio como consecuencia de un riesgo que ha asumido al celebrar un contrato de seguro*”⁸⁸.

6.4. Características del contrato de reaseguro

Las características del contrato de reaseguro, en lo fundamental, son las siguientes:

6.4.1. Es bilateral

⁸⁷ Colombia, Congreso de la República, Gaceta número XXX de 1958.

⁸⁸ Gómez Duque, Arturo, *Régimen de seguros Tomo I: El contrato de seguro, parte general*, Dike, Medellín, 2014, p.682.

El contrato se suscribe entre dos partes: el asegurador y el reasegurador, que son entidades constituidas como personas jurídicas, autorizadas por la ley de sus países de origen para desarrollar el negocio de la asunción de riesgos.

Cada una de las partes contrae para con la otra, obligaciones que se estiman recíprocas. Por una parte, el asegurador se obliga a declarar con transparencia y exactitud el estado del riesgo y a pagar la prima convenida; el reasegurador, por su parte, se compromete a proteger el patrimonio del asegurador y a pagar la indemnización a que haya lugar.

Las dos partes interactúan en la relación contractual en pie de igualdad. Ello significa que ninguna de ellas puede considerarse como el extremo débil en la relación jurídica. En la práctica, el asegurador formula una oferta al reasegurador y éste la evalúa en el sentido de utilizar sus herramientas de tarificación, analizar el alcance de las coberturas y considerar las condiciones económicas propuestas. Concluido el análisis, el reasegurador libera sus términos y el asegurador los considera. Si la cedente los encuentra aceptables, otorga su conformidad y se consolida el contrato de reaseguro.

Es claro, en consecuencia, que ninguna de las partes está forzada a adherir a lo que la otra proponga, pues el proceso de contratación entraña una amplia gama de negociaciones. Sólo cuando las partes expresen su acuerdo sobre los diversos términos contractuales nacerá el contrato de reaseguro y si hubiere varios reaseguradores participando en el mismo riesgo, no existirá entre ellos solidaridad; o,

lo que es igual, cada reasegurador responderá sólo por la porción que hubiere aceptado del riesgo. En ese aspecto, el reaseguro se diferencia del seguro pues, según la ha dejado definido doctrina, éste es un contrato “por adhesión” ya que el asegurado debe aceptar las condiciones propuestas por el asegurador sin que haya espacio para su negociación.

6.4.2. Es oneroso

El reaseguro es también un contrato oneroso pues cada parte se obliga en beneficio de la otra. El reasegurador busca percibir la prima y el asegurador obtener la protección patrimonial derivada del contrato. Por tanto, las obligaciones de las partes tienen contenido económico. La del asegurador es simple y consiste en desembolsar el precio convenido. La del reasegurador es condicional pues sólo pagará la indemnización en el evento de que la relación directa del asegurador con su asegurado se vea afectada por un siniestro cubierto por la póliza de seguros materia del reaseguro.

6.4.3. Es aleatorio

Es claro que el contrato de reaseguro es aleatorio, pues la equivalencia de las prestaciones de las partes depende de una contingencia que consiste en la ocurrencia de una pérdida reasegurada, es decir, el advenimiento de un siniestro entendido como un hecho futuro e incierto.

No obstante lo anterior, la condición aleatoria de este contrato es bien diferente de la que se predica de las obligaciones que dependen del azar. A este respecto cabe anotar

que los principios técnicos del reaseguro y los procedimientos que modernamente se utilizan para evaluar el riesgo, apreciar su frecuencia y severidad y determinar el precio que se debe cobrar por su cubrimiento garantizan que, al ser correctamente calculados y adecuadamente aplicados, permitirán que el reasegurador disponga de los recursos requeridos para pagar todas las pérdidas y sus gastos y aun generar una utilidad.

6.4.4. Es consensual

El reaseguro es *consensual* porque el contrato sobre el cual versa se perfecciona una vez se cruzan el consentimiento del asegurador y del reasegurador sobre sus elementos esenciales. No obstante, se perfecciona y prueba por medio de un documento que debe estar suscrito por el reasegurador. Al respecto, las autoridades de vigilancia de la actividad aseguradora exigen que los textos contractuales se suscriban por el reasegurador en plazos perentorios a partir del momento en que el acuerdo de voluntades que da origen al contrato se formalice. Esta exigencia tiene una justificación en el hecho de que, en última instancia, la solvencia del asegurador dependerá de la efectividad de las coberturas de reaseguro que haya contratado.

Vale la pena poner de presente que el patrimonio del asegurador se encuentra económicamente expuesto como consecuencia de los contratos de seguro suscritos por la compañía para con su clientela. En este punto es procedente traer a colación que el reaseguro es un mecanismo que contribuye a la solvencia de la cedente, pues los dineros pagados por el reasegurador permitirán al asegurador sufragar las pérdidas

acontecidas en la relación directa sin tener que liquidar con premura, y eventualmente con pérdidas, las inversiones parte de su portafolio. El asegurador prudente define con claridad el monto económico que estará dispuesto a perder cuando ocurra un siniestro. El monto que exceda de la cantidad definida como máximo tolerable de pérdida será, justamente, el que se buscará transferir al reasegurador.

Es apenas lógico que las autoridades de vigilancia del sector asegurador estén interesadas en que las condiciones de la cesión estén claramente estipuladas y formalizadas a fin de que, cuando acontezca un siniestro, la indemnización sea pagada por el reasegurador oportunamente.

6.4.5. Es de ejecución sucesiva

El reaseguro es un contrato de ejecución sucesiva, porque las prestaciones recíprocas que de él emanan se ejecutan a lo largo del tiempo. En el contrato de reaseguros se debe estipular la fecha y hora de iniciación y expiración de la cobertura.

En la legislación colombiana, al contrato de reaseguros se le aplican, de manera supletoria, las normas del contrato de seguro. Por tal motivo, si nada se dice sobre la fecha de iniciación, se aplicará la regla del Código de Comercio según la cual el riesgo se entenderá transferido en la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.

El reasegurador, en consecuencia, estará obligado a indemnizar las pérdidas que ocurran dentro del intervalo temporal demarcado por la fecha de iniciación y la de

expiración del contrato, fechas que serán definidas por estipulación expresa de las partes o, supletoriamente, por lo establecido en el Código de Comercio.

Hay otra concepción de cobertura que se conoce como *Risk Attaching*, en virtud de la cual el contrato de reaseguro tendrá una vigencia definida, como se expresó anteriormente, pero podrá ser afectado por cualquier siniestro que se refiera a las pólizas directas emitidas dentro del periodo de vigencia del reaseguro, aun si los siniestros acontecen con posterioridad a la expiración de la vigencia de tal contrato. Esta modalidad es típica en el reaseguro de cumplimiento, ya que los siniestros se pueden materializar tiempo después de que la póliza directa hubiera sido emitida.

Ahora bien, por regla general, el contrato de reaseguro tiene una vigencia anual. No obstante, las partes pueden acordar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, períodos contractuales diferentes, mayores o menores de un año. A este respecto es usual que el reasegurador procure evitar las pólizas multianuales con condiciones fijas, toda vez que, después de transcurrido el primer año de vigencia contractual, pueden ocurrir circunstancias originalmente no previstas que bien podrían justificar la aplicación de modificaciones contractuales en el precio o las coberturas.

Tales circunstancias pueden provenir de la propia relación reasegurada, por ejemplo, por la ocurrencia de siniestros fuertemente desviados de los cálculos realizados por el reasegurador en el momento de la suscripción del negocio respectivo, o por hechos

ajenos a esa relación contractual concreta que estén afectando las tendencias internacionales.

6.4.6. Es de estirpe comercial

El reaseguro es un contrato de estirpe comercial dado que asegurador y reasegurador son comerciantes y persiguen móviles de contenido económico. El reasegurador pretende percibir una prima y generar un lucro para sus accionistas. Y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que las reaseguradoras constituidas como empresas son entidades jurídicas que poseen un capital aportado por accionistas que esperan un justo retorno sobre su inversión.

A su turno, el asegurador también persigue un fin económico que consiste en derivar una protección a su patrimonio y percibir, en caso de siniestro, una indemnización que le permita cumplir con las obligaciones contraídas para con sus clientes directos.

6.4.7. Es técnico

El reaseguro es un contrato de carácter técnico, pues la equivalencia de la cobertura con la prima se fundamenta en principios matemáticos y actuariales que son la base de la operación y permiten que, en gran escala, el reasegurador conserve su solvencia a pesar del acaecimiento de eventos de naturaleza catastrófica.

6.4.8. Es de vocación internacional

El contrato de reaseguro es típicamente internacional porque la redistribución equilibrada del riesgo, fin buscado con el contrato de reaseguro, se logra únicamente mediante la participación del mercado asegurador internacional. Al respecto, los

autores DOMINGO LÓPEZ Y HÉCTOR PERUCCHI han puntualizado que “*el contrato de reaseguro, por sus particularismo y por las exigencia técnicas que requiere, tiene un carácter eminentemente internacional, porque (...) la atomización del riesgo y su homogeneidad, necesariamente se obtienen a través de la progresiva cesión de riesgos, lo que se puede lograr a través de la participación de mercados internacionales de reaseguros*”⁸⁹.

En igual sentido, CARLOS IGNACIO JARAMILLO ha sostenido que el carácter internacional del contrato de reaseguro es consecuencia de la atomización del riesgo, característica que entraña que “*un solo riesgo, rectamente entendido, esté difuminado en numerosas reaseguradoras de distintas partes del mundo*”. Y agrega “*El funcionamiento cabal de la institución del reaseguro, en este orden de ideas, no supone entonces la imposición de fronteras a valladares que impidan la internacionalización en comento, al reaseguro característica, de antaño*”⁹⁰.

El motivo por el cual los riesgos nacionales son reasegurados usualmente por instituciones ubicadas en otras jurisdicciones, no es otro que el de proteger el sistema financiero de un país que podría verse afectado por la ocurrencia de siniestros respecto de los bienes o rentas localizadas en su territorio y cuyo respaldo económico se halle, exclusivamente, en el mismo lugar. En relación con este punto, MANUEL BROSETA PONT bien precisa que “*los cuantiosos riesgos a que están sometidos los*

⁸⁹ López Saavedra Domingo y Perucchi Héctor, *El contrato de Reaseguro y temas de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 7.

⁹⁰ Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, *Derecho de seguros (estudios y escritos jurídicos)*, Tomo 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2013, p. 308.

grandes complejos industriales o mercantiles, conclusión del fenómeno de la riqueza, aconsejan que sean reasegurados por compañías y soportados en parte por economías extranjeras para que en caso de producirse el siniestro no lo soporte directa y exclusivamente la economía nacional”⁹¹.

Por su parte, BLANCA ROMERO MATUTE observa que *“el reaseguro no cumpliría plenamente su función si se limitase al territorio de un país, además del enorme riesgo financiero que ello supondría para la economía nacional de dicho estado”⁹².*

Repárese, al respecto, en que una parte de los riesgos de una nación que no puedan ser cubiertos por compañías reaseguradoras ubicadas en su jurisdicción, deberá reasegurarse por compañías residentes en otros Estados.

Ahora bien, en lo que toca con las razones comerciales para que el reaseguro sea un contrato típicamente internacional, se tiene que las compañías profesionales en éste negocio requieren diversificar y distribuir geográficamente los riesgos objeto de reaseguro, con el fin de maximizar sus rendimientos, de manera que puedan compensar el mayor porcentaje de riesgo asumido en determinadas jurisdicciones con el menor porcentaje que se llegare a presentar en otros territorios, bajo distintas circunstancias.

Es sobre las anteriores premisas que se fundamenta la escasa regulación, tanto pública como privada, del contrato de reaseguro. Para atender las exigencias del

⁹¹ Broceta Pont, Manuel, *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961, p. 189.

⁹² Romero Matute, Blanca, *El reaseguro*, Tomo 1, Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Bogotá, 2001, p. 57.

mercado internacional en esta materia, se requiere la homologación de las transacciones y del contrato que las regula y, por tanto, una amplia flexibilización de la normativa. En tal sentido manifiesta CARLOS IGNACIO JARAMILLO que el carácter internacional del reaseguro es *“la razón preponderante que ha animado a los diversos legisladores, tanto de los siglos XIX y XX, como del presente, a no regular profusamente esa institución”*⁹³.

6.1.9. Es de interés social

El reaseguro es un contrato de interés social pues el patrimonio del reasegurador es, en el fondo, una fuente de solvencia para el asegurador. Esta circunstancia justifica que las entidades de vigilancia se preocupen, cada vez más, por establecer procedimientos tendentes a consagrar requisitos mínimos que las aseguradoras tendrán que respetar en el proceso de selección de sus reaseguradores. Es frecuente que tales requisitos se consagren en el régimen de registro de los reaseguradores del exterior, cuando establecen que las compañías locales no podrán concretar válidamente relaciones contractuales de reaseguro con entidades no registradas.

Los requisitos exigidos para el registro varían de país en país pero, en general, tienden a exigir al reasegurador la demostración de, cuando menos, las siguientes condiciones: i) Que se encuentre debidamente autorizado para operar como reasegurador de conformidad con las reglas del país de origen; ii) Que disponga de un patrimonio al menos equivalente al que las normas legales del país del asegurado

⁹³ Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, *Derecho de seguros (estudios y escritos jurídicos)*, Tomo 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2013, p. 308.

exijan como mínimo para desarrollar la operación; y iii) Que cuente con una calificación⁹⁴ proferida por alguna de las calificadoras reconocidas para el desarrollo de la actividad.

Es completamente razonable que las entidades de vigilancia deleguen el proceso de evaluación de la capacidad de pago de los reaseguradores a esas agencias pues, si no lo hicieran, estarían en condiciones de enorme dificultad para cumplir con esta tarea. La dificultad radica en las diversas nacionalidades de los reaseguradores, sus diferentes regímenes contables y jurídicos y la naturaleza internacional de la actividad de reaseguros.

6.5. Características del reaseguro

6.5.1. La comunidad de suerte

En virtud del contrato de reaseguro, el reasegurador contrae para con el asegurador las mismas obligaciones que éste ha asumido para con el asegurado directo, de tal forma que lo que le ocurra al asegurador en su relación con el asegurado permeará de idéntica manera al reasegurador. No obstante lo anterior, este principio puede limitarse introduciendo condiciones específicas en el contrato de reaseguro en materia de exclusiones, garantías y sub límites.

Si tales condiciones no estuvieren estipuladas en el contrato de seguros, el asegurador se vería expuesto a la tan temida situación conocida como “*diferencia de*

⁹⁴ La calificación en general se establece en un mínimo de “BBB-” y se orienta a medir la capacidad del reasegurador para atender oportunamente sus compromisos financieros para con las cedentes.

condiciones”, circunstancia en la cual el reasegurador no estará obligado al pago, en tanto que el asegurador sí estará sujeto a indemnizar al asegurado.

De allí que resulte extremadamente importante revisar las condiciones de las pólizas directas para cerciorarse de que ellas correspondan a las estipulaciones incorporadas en el contrato de reaseguro.

6.5.2. La máxima buena fe

No basta con que el asegurador se abstenga de formular declaraciones erróneas o inexactas al reasegurador. La obligación de buena fe trasciende este ámbito, pues obliga al asegurador a revelar, con absoluta transparencia, todos los hechos que tengan incidencia en la apreciación del riesgo. El alcance del deber de información depende del tipo de contrato de reaseguro. Así, en un contrato de reaseguro facultativo, que no es cosa distinta a una oferta de cesión sobre un negocio específico y determinado, la cedente deberá compartir con el reasegurador todo lo que conozca sobre el riesgo en materias tales como ubicación, descripción, medidas de protección, inspecciones, historia y causas de pérdidas, pagos efectivos, reservas de siniestros pendientes, análisis sobre la persona titular del interés asegurable, riesgo moral etc.

El reasegurador, con esta información, conducirá un proceso de suscripción absolutamente similar al que adelanta un asegurador cuando evalúa un negocio directo.

El deber de información no se limita al momento en el que la oferta de reaseguro se realiza, pues si con posterioridad ocurren circunstancias que modifiquen el riesgo, la cedente estará también obligada a reportarlas.

El reasegurador podrá, al efecto, decidir si continúa otorgando la protección en la misma forma que lo hacía antes o si opta por modificar la prima o las condiciones de cobertura pudiendo incluso decidir cancelar el amparo.

En materia de tratados o contratos, el reasegurador protege una cartera de riesgos del asegurador y su evaluación se fundamenta en la información suministrada por la cedente, la cual debe cubrir, al menos, los siguientes puntos: i) Estadísticas o resultados anuales de primas y siniestros que cubran el período más largo posible, ii) Perfiles de cartera que arrojen claridad sobre el número de riesgos existentes dentro de una banda numérica y su valor promedio, iii) Perfiles de siniestros que generen la misma información en materia de pérdidas, siniestros de mayor cuantía declarando sus causas y extensión, distribución de los valores asegurables en las zonas sísmicas (si se tratara de riesgos con exposición catastrófica), iv) Estimación de primas proyectadas o EPI , capacidades solicitadas, y en general, toda la información que, en concepto de la cedente, tenga relevancia para que el reasegurador se forme una idea clara, precisa y adecuada del negocio que se le ofrece.

En lo que se refiere a tratados o contratos, la confianza del reasegurador en el asegurador se evidencia en su máxima extensión pues, con base en esas informaciones recibidas, el cesionario accede a proteger la gestión del asegurador en

el ramo materia de cobertura y acepta asumir todos los riesgos que encuadren dentro de las condiciones acordadas. Es por eso que la reticencia o inexactitud del asegurador sobre hechos o circunstancias que, de haber sido conocidas por el reasegurador, lo hubiesen retraído de celebrar el contrato o lo hubieren inducido a pactar condiciones más onerosas, producirá la nulidad del contrato de reaseguro.

El reasegurador tiene el derecho de realizar visitas de auditoría o inspección a su cedente, para verificar la manera en la que la asegurador realiza actividades tales como las inherentes a procesos de suscripción, aplicación de manuales, evaluación de riesgos, inspecciones, aplicación de tarifas, creación oportuna y suficiente de reservas de siniestros, pago de saldos al reasegurador y, en fin, la evaluación de todos los aspectos de la gestión de la cedente que se relacionen con la cobertura del contrato de seguros. Es de advertir que la circunstancia de que el reasegurador se abstenga de realizar esas visitas, no exime a la cedente de su obligación de declaración exacta, periódica y de ubérrima buena fe.

Finalmente, la mala fe en la contratación del reaseguro, por parte de la cedente, genera la ineficacia del contrato y la pérdida del derecho a la indemnización para el asegurador.

6.5.3. La gestión directa del riesgo por parte del asegurador

Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de reaseguro y su directa conexión con el contrato de seguro, se entiende que es al asegurador directo a quien compete la

dirección y gestión del riesgo directo, pues es él quien está en capacidad de evaluarlo al estar próximo en la relación con el tercero asegurado.

El asegurador directo está facultado para determinar si un riesgo es asegurable y bajo qué condiciones. Con todo, este principio puede limitarse al establecer en el contrato de reaseguro cláusulas como la de cooperación o control de siniestros. Según la primera, la cedente estará obligada a informar al reasegurador sobre la ocurrencia de todo siniestro, lo que da la oportunidad para que emita sus opiniones; de acuerdo con la segunda, el total manejo del siniestro lo asume el reasegurador, lo cual implica, entre otras cosas, que será quien podrá seleccionar al ajustador y determinar si, en su concepto, el siniestro es indemnizable.

Si el asegurador paga la indemnización sin consentimiento expreso del reasegurador, éste no estará obligado a reembolsar el monto respectivo al cedente. Las anteriores, son tan solo algunas de las cláusulas que pueden establecer limitaciones al principio según el cual es el asegurador directo quien debe gerenciar el riesgo pues, como se ha mencionado, en el contrato de reaseguro las partes tienen una amplia autonomía para acordar cuáles serán las reglas que regirán entre las partes.

6.6. El contrato de reaseguro en la legislación nacional

En Colombia, tal como se mencionó, el contrato de reaseguro se encuentra regulado en el Libro Cuarto, Título V, Capítulo II, Sección V del Código de Comercio, cuyo artículo 1134 señala las partes intervinientes en su celebración (asegurador-reasegurador), así como la responsabilidad del reasegurador, al disponer:

*"En virtud del contrato de reaseguro el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe la mala fe del asegurador, en cuyo caso el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno. La responsabilidad del reasegurador no cesará, en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro"*⁹⁵.

A su vez, el artículo 1135 del mismo ordenamiento subraya la ausencia de vinculación entre el asegurado y el reasegurador al señalar:

*"El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél"*⁹⁶.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1080 del Código de Comercio establece:

*"(...) El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro"*⁹⁷.

De las normas transcritas, se infiere que el reaseguro presupone la existencia de un contrato de seguro. Por lo tanto, es un contrato celebrado entre dos partes que tienen en común su calidad de aseguradoras y, aun cuando deriva su existencia de un contrato de seguro, nace al mundo jurídico como un contrato nuevo e independiente.

⁹⁵ Colombia, Presidente de la República, Decreto 410 de 1971, Código de Comercio.

⁹⁶ Colombia, Presidente de la República, Decreto 410 de 1971, Código de Comercio.

⁹⁷ Colombia, Presidente de la República, Decreto 410 de 1971, Código de Comercio.

De ahí que la legislación prevea: "*(...) la imposibilidad de establecer un nexo jurídico entre el reasegurador y el asegurado original, toda vez que tanto el uno como el otro no se ubican bien en el reaseguro o en el seguro inicial, como partes contratantes, lo que nos lleva a la formulación del principio general consistente en la separación total de las relaciones contractuales entre asegurador y asegurado, de una parte, y reasegurador y asegurado, de la otra, principio éste reconocido por nuestro código de comercio en sus artículos 1080 y 1135 (...)*"⁹⁸.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

*"(...) cuando hay reaseguro, se presentan dos contratos diferentes aunque estrechamente vinculados entre sí: el uno es accesorio del otro, porque no se concibe un reaseguro sin un seguro previo o al menos concomitante (...)"*⁹⁹.

6.6.1. Restricciones en el ordenamiento jurídico colombiano para ejercer la actividad de reaseguro.

En Colombia, el numeral 2° del artículo 183 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que la cesión y aceptación de reaseguros es una de las operaciones autorizadas a las compañías de seguros, en armonía con lo previsto en el numeral 3° del artículo 38, ibídem, conforme al cual tales entidades "*(...) podrán efectuar*

⁹⁸ Colombia, Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) concepto 1994021058-2, del 26 de julio de 1994.

⁹⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 31 de marzo de 1981, magistrado ponente José María Esguerra Samper.

operaciones de reaseguro (...)" como una de las actividades propias de su objeto social¹⁰⁰.

De las normas comentadas, se colige que la contratación del reaseguro en Colombia se debe realizar por entidades especializadas; esto es, entre el asegurador y el reasegurador, como lo prescribe el artículo 1134 del Código de Comercio.

Nótese que, en virtud del artículo 94 del Estatuto Orgánico Financiero, reglamentado por el decreto 2558 del 6 de julio de 2007, las instituciones reaseguradoras del exterior que pretendan promocionar su actividad en el país se deberán inscribir en el registro de reaseguradores y corredores de reaseguro del exterior (REACOEX), ante la Superintendencia Financiera de Colombia, o establecer una oficina de representación en el país que, de igual forma, conlleva la inscripción de la entidad en el REACOEX.

Las oficinas de representación de reaseguradoras del exterior, según lo dispone el numeral 5° del aludido artículo 94 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en concordancia con el artículo 6° del decreto 2558 de 2007, únicamente pueden operar en la aceptación o cesión de responsabilidades en reaseguro en nombre y por cuenta de la reaseguradora representada y, por tanto, no les está permitido actuar, directa ni indirectamente, en la contratación de seguros.

Entre las actividades que pueden llevar a cabo las oficinas de representación, las normas comentadas prevén los actos de cobranza, pagos, compensación o

¹⁰⁰ Colombia, Presidente de la República, Decreto 663 del 2 de abril de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

conciliación de saldos, derivados de su actividad, realizados exclusivamente con sus cedentes, retrocesionarios e intermediarios de reaseguro, dentro del marco de los convenios celebrados con las instituciones aseguradoras nacionales.

Para la constitución de un *oficina de representación* de una reaseguradora del exterior en territorio colombiano, además de los documentos que se requieren para el establecimiento en general de oficinas de representación de cualquier clase de institución financiera (vgr. certificado de existencia del exterior, estatutos sociales, autorización del exterior para la constitución de una oficina de representación en el territorio nacional, aprobación por parte del órgano de dirección societario para el establecimiento de la oficina de representación, el plan general de funcionamiento, la designación y facultades del representante de la oficina de representación, los estados financieros de la entidad financiera del exterior, etc.), se deberá adjuntar el poder en el que consten la facultades del representante designado, con indicación de la máxima capacidad de aceptación por riesgo y del máximo cúmulo que se puede reasegurar con su intervención.

6.7. Tributación de la actividad reaseguradora en Colombia

6.7.1 Tributación del reaseguro respecto de los impuestos indirectos, y en particular, el *impuesto sobre el valor agregado IVA*:

El impuesto sobre el valor agregado IVA es un tributo indirecto al gasto que grava, por regla general, la enajenación de bienes y la prestación de servicios. El artículo 420 del Estatuto Tributario Colombiano dispone que los hechos sobre los cuales recae

el tributo son: i) Las ventas de bienes corporales muebles no excluidos, ii) La prestación de servicios en el territorio nacional; y iii) La importación de bienes corporales muebles no excluidos; y iv) La circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar diferentes de loterías.

En relación con la actividad reaseguradora, nos encontraríamos justamente en el segundo supuesto de los hechos que causan el IVA; esto es, la prestación de servicios.

En efecto, tal como lo señala SOFÍA REGUEROS DE LADRÓN GUEVARA, la actividad de seguro es una prestación de un servicio, habida cuenta que “*se trata de un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a indemnizar una clase de daño, una pérdida o la privación de un lucro esperado, a cambio del pago de una prima (remuneración)*”¹⁰¹. Por lo tanto, el reaseguro, por el cual reasegurador se obliga a compartir o aceptar, en la proporción acordada, las mismas obligaciones que el asegurador pactó con el asegurado, es también una especie de servicio.

Nótese que los servicios que dan lugar a la causación del IVA, conforme a lo señalado en el comentado artículo 420, ibídem, son aquellos que se prestan en el territorio nacional. A su turno, la citada norma señala que, por regla general, los servicios se entienden presados en la sede de su prestador.

No obstante, la legislación ha establecido ciertas ficciones de territorialidad para gravar algunos servicios prestados desde el exterior a favor de personas o entidades ubicadas en la jurisdicción colombiana. Así, el literal e) del numeral 3° del párrafo

¹⁰¹ Regueros de Ladrón de Guevara, Sofía, *Aspectos tributarios del contrato de seguro comentarios y normatividad colombiana*, U. del Rosario, Bogotá, 2008, pp. 172-173.

3°, ibídem, adicionado por el artículo 33 de la ley 383 de 1997, dispone que se entienden prestados en Colombia y, por ende, causan el impuesto sobre las ventas según las reglas generales los servicios de seguro, reaseguro y coaseguro, salvo los expresamente exceptuados.

A pesar de lo anterior es de advertir que, en la práctica, la regla de territorialidad en el impuesto sobre las ventas prevista para la actividad reaseguradora no tiene ninguna incidencia fiscal. Lo anterior, porque el artículo 427 del Estatuto Tributario dispone que no son objeto del IVA *“las pólizas de seguros de vida en los ramos de vida individual, colectivo, grupo, accidentes personales, de que trata la Sección II del Capítulo III del Título 5° del Libro 4° del Código de Comercio, las pólizas de seguros que cubran enfermedades catastróficas que corresponda contratar a las entidades promotoras de salud cuando ello sea necesario, las pólizas de seguros de educación, preescolar, primaria, media, o intermedia, superior y especial, nacionales o extranjeros. Tampoco lo son los contratos de reaseguro de que tratan los artículos 1134 a 1136 del Código de Comercio”*¹⁰². (Negrilla fuera del texto).

Según la norma transcrita, la legislación excluye del IVA la actividad reaseguradora, sea cual sea el riesgo reasegurado¹⁰³. Al respecto, MAURICIO A. PLAZAS VEGA puntualiza que el reaseguro, *“como bien lo establece el artículo 427 del Código*

¹⁰² Colombia, Presidente de la República, Decreto ley 624 del 30 de marzo de 1989, Estatuto Tributario.

¹⁰³ Sobre el particular, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el concepto unificado del impuesto sobre las ventas número 001, del 19 de junio de 2003, puntualizó: *“Es pertinente recordar que los contratos de reaseguro de que tratan los artículos 1134 a 1136 del Código de Comercio se encuentran expresamente excluidos del impuesto sobre las ventas por el artículo 427 del Estatuto Tributario. Sin embargo este tratamiento exceptivo difiere del que debe darse al servicio de corretaje de reaseguros”*.

Tributario, no causa el impuesto sobre las ventas en razón de que no implica un hecho económico imponible diferente del que envuelve el contrato de seguros, en relación con el cual se compromete la sociedad reaseguradora con la compañía asegurada”¹⁰⁴.

Así mismo, comenta el citado Autor que en el transcurso del trámite ante el Congreso de la ley 223 de 1995, el gobierno había propuesto eliminar la exoneración del IVA sobre el reaseguro que ha regido de manera tradicional en Colombia. Sin embargo, tal iniciativa no fue acogida por el Congreso de la República ni por el sector asegurador en general, pues implicaba “*desconocer la territorialidad de las leyes reales y originar cargas y compromisos administrativos e instrumentales que no cumplirían ningún objetivo desde el punto de vista de la eficiencia y la recaudación*”¹⁰⁵.

6.7.2 Tributación del reaseguro respecto de los impuestos directos y, en particular, el impuesto sobre la renta:

Como punto de partida hay que advertir que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9º del Estatuto Tributario, las personas naturales, nacionales o extranjeras, residentes en el país y las sucesiones ilíquidas de causantes con residencia en el país en el momento de su muerte, están sujetas al impuesto sobre la renta en lo concerniente a sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional y extranjera. En tanto que las personas naturales, nacionales o extranjeras, que no tengan residencia en el país y las sucesiones ilíquidas de causantes sin residencia en el país en el momento de su

¹⁰⁴ Plazas Vega, Mauricio, *El impuesto sobre el valor agregado IVA*, 3ª edición, TEMIS, 2015, p. 446.

¹⁰⁵ Plazas Vega, Mauricio, *El impuesto sobre el valor agregado IVA*, 3ª edición, TEMIS, 2015, p. 446.

muerte, solo están sometidas al tributo respecto de rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional. A su turno, el artículo 12, *ibídem*, establece que las sociedades y entidades nacionales son gravadas, tanto sobre sus rentas de fuente nacional como de fuente extranjera, mientras que las sociedades y entidades extranjeras son gravadas únicamente respecto de su renta de fuente nacional.

Según las normas comentadas, la legislación colombiana prevé, para los no residentes, el principio de tributación según la fuente, en tanto que para los residentes el criterio acogido es el de renta mundial.

En cuanto a lo que debe entenderse por rentas de fuente nacional, según la legislación tributaria, y en particular el artículo 24 del Estatuto Tributario, se consideran como tales las provenientes de la explotación de bienes materiales e inmateriales dentro del país y la prestación de servicios dentro del territorio nacional, de manera permanente o transitoria, con o sin establecimiento propio, así como las obtenidas en la enajenación de bienes materiales e inmateriales, a cualquier título, que se encuentren dentro del país al momento de su enajenación.

Si bien es cierto que la norma citada prevé que, en algunos casos, los servicios prestados desde el exterior comportan una renta de fuente nacional, como es el caso de los servicios técnicos y los servicios de asistencia técnica, lo cierto es que, por regla general, solo se consideran renta de fuente nacional aquellos que se presten en el país.

Ahora bien, conviene recordar que la Doctrina de la Administración Tributaria ha distinguido entre los servicios prestados *desde el exterior* y *en el exterior*, para hacer ver que únicamente los servicios prestados *desde el exterior* son sujetos a tributación en Colombia, cuando la normativa colombiana así lo establezca. En efecto, mediante concepto 066733, del 23 julio de 1999, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sostiene lo siguiente:

“Los servicios prestados desde el exterior, difieren de los servicios prestados en el país, en que aquellos se consideran servicios prestados en Colombia, dirigidos desde el exterior, mientras que los servicios prestados en el exterior corresponde a servicios realizados fuera del país.

La norma es clara al establecer que los servicios pueden ser prestados en el país o desde el exterior, sin referirse a la prestación de los mismos desde el exterior.

*(...) debe entenderse por servicios prestados en el exterior, aquellas actividades realizadas fuera del territorio nacional, mientras que los servicios prestados en el interior, corresponden a las actividades que se realizan dentro del territorio nacional, pero dirigidas desde fuera de él (...)*¹⁰⁶

En ese mismo sentido, ya se había pronunciado la Administración Tributaria en concepto 073171, del 16 de septiembre de 1998, al señalar:

“Los servicios prestados en el exterior por no domiciliados en Colombia, no están sometidos al impuesto de renta y complementarios (...)

¹⁰⁶ Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto 066733 del 23 julio de 1999.

Cuando se trate de servicios íntegramente prestados en el exterior, por no residentes ni domiciliados en Colombia, y en consecuencia la totalidad de sus ingresos que sean de fuente extranjera, no están sometidos a imposición en el país, como ocurriría en el caso de la reparación de un bien de un bien realizada totalmente en el exterior y que por lo mismo es objetiva respecto del usuario, en cuanto o requiere de informes técnicos diferentes a la culminación de la labor y por lo mismo el bien reparado está en condiciones de utilización, siempre y cuando se reitera, la labor se desarrolle totalmente en el exterior.

*No obstante, cuando se contraten servicios para ser prestados en el exterior, pero su realización requiera estudios, labores o servicios complementarios en el país, o se presten en el exterior de acuerdo con las condiciones específicas de un beneficiario en Colombia, en razón de lo cual una vez realizada la labor allí (exterior), se aplique o se acondicione a los requerimientos del usuario, se deben entender prestados desde el exterior (...)*¹⁰⁷

La opinión de la DIAN a la que se hizo referencia ha sido pasible de críticas. JESÚS CORREDOR ALEJO considera que la posición de la Administración Tributaria “es equivocada, al hacer una interpretación que no corresponde al querer del legislador.

¹⁰⁷ Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales concepto 073171, del 16 de septiembre de 1998.

Para el Autor “*la distinción semántica entre “desde” y “en” el exterior no encuentra un asidero legal interpretativo*”¹⁰⁸.

Pero más allá de las discusiones que se puedan dar respecto de la interpretación de servicios prestados “*desde*” o “*en*” el exterior, lo cierto es que en la legislación tributaria colombiana actual no hay una norma según la cual las rentas obtenidas por no residentes, derivadas de la prestación del servicio de reaseguro, puedan ser consideradas como de fuente nacional y, en tal virtud, queden sometidas a imposición en Colombia aunque se perciban por entidades reaseguradoras no residentes o no domiciliadas.

Repárese, al respecto, en que el Estado colombiano podría disponer que los ingresos del ejercicio de la actividad del reaseguro por no residentes respecto de riesgos ubicados en territorio nacional son de fuente nacional y, en tal virtud, someterlas a imposición, de forma similar a lo que han hecho otros países como España, Argentina, México y Chile, pero no lo ha hecho. En esas jurisdicciones, en todo caso, se establecen tarifas sustancialmente inferiores para esta clase de renta en comparación con la tarifa general y la aplicable a los seguros prestados desde o en el exterior.

Así las cosas, resulta claro que el ejercicio de la actividad de reaseguro, por parte de una entidad del exterior, aun cuando la sociedad aseguradora, el riesgo o la cesión de las primas se atribuyan al territorio colombiano, no está sujeta a tributación en el país,

¹⁰⁸ Corredor Alejo, Jesús Orlando, *El impuesto de renta en Colombia: parte general*, Bogotá, Centro Interamericano Jurídico Financiero, 2009, p. 169.

desde la óptica del artículo 24 del Estatuto Tributario, si se predica de una reaseguradora no residente ni domiciliada en Colombia.

6.8. Las oficinas de representación de las reaseguradoras del exterior: Análisis desde la perspectiva de la exclusión de las labores auxiliares, preparatorias o promocionales de la noción de *establecimiento permanente*.

Ahora bien, en cuanto a la configuración de un *establecimiento permanente* en cabeza de la entidad de reaseguros del exterior, por el hecho de constituir una *oficina de representación* en el país para realizar la actividad reaseguradora, respecto de riesgos situados en Colombia o relacionados con compañías aseguradoras colombianas, es necesario analizar si el representante está habilitado para actuar verdaderamente a nombre del representado y comprometerlo contractualmente, con verdaderas facultades de negociación.

Para tal fin, es necesario aludir al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), y al decreto 2555 de 2010 (Decreto Único para el Sector Financiero, Bursátil y del Mercado de Valores), normas que prevén las condiciones bajo las cuales las *oficinas de representación* de instituciones financieras, de reaseguros y del mercado de valores extranjeras pueden realizar la promoción y publicidad de productos y de servicios financieros del exterior en el territorio nacional. Veamos:

- De acuerdo con el artículo 94 del EOSF es la Superintendencia Bancaria quien autoriza el establecimiento en el país de oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguros del exterior y ejerce, al efecto, funciones de inspección,

vigilancia y control con facultades iguales a las que la habilitan para para supervisar las actividades del sector financiero y asegurador. La norma indica que las oficinas de reaseguradores del exterior únicamente podrán actuar en la aceptación o cesión de responsabilidad del reaseguro y, por tanto, no están habilitadas para actuar directa o indirectamente en la contratación de seguros.

- Por su parte, el artículo 4.1.1.1.1 del decreto 2555 de 2010 define a las *instituciones del exterior* como aquellas entidades constituidas fuera del territorio colombiano, incluyendo las agencias en el exterior de entidades financieras establecidas en Colombia, cuyo objeto social consista en el ofrecimiento de servicios financieros, de reaseguros o del mercado de valores, que se encuentren reguladas y supervisadas como tales, de conformidad con la ley del país en cuyo territorio estén localizadas. Así mismo, define las labores de promoción y publicidad como las inherentes a cualquier comunicación o mensaje, realizado personalmente o mediante cualquier medio de comunicación, que esté destinado o tenga por efecto iniciar, directa o indirectamente, actividades financieras, de reaseguros o del mercado de valores.

- El artículo 4.1.1.1.2, *ibídem*, modificado por el decreto 2031 de 2015, otorga a las instituciones reaseguradoras del exterior dos alternativas para promover o publicitar en el mercado colombiano o a los residentes de Colombia los productos y servicios que constituyen su objeto social. La primera, es inscribirse en el Registro de Reaseguradores y Corredores de Reaseguro del Exterior, REACOEX; y, la segunda,

establecer una oficina de representación, cuya autorización opera de manera automática para las reaseguradoras del exterior inscritas en el REACOEX, siempre y cuando expresen su intención de abrir mantener tal oficina y mantener vigente su inscripción.

- El artículo 4.1.1.1.6. del decreto 2555 de 2010 reitera que las oficinas de representación de reaseguradoras del exterior solo podrán operar en la cesión o aceptación en responsabilidades de reaseguro en nombre y por cuenta de la reaseguradora representada. Sobre esa base, se les autoriza a realizar actos de cobranza, pago, compensación, o conciliación de saldos derivados de su actividad, realizados exclusivamente con los cedentes, retrocesionarios e intermediarios de reaseguro, de acuerdo con las facultades otorgadas para tal efecto y dentro del marco de los convenios celebrados con las instituciones aseguradoras nacionales, en tanto que se les prohíbe su actuación directa o indirecta como compañías de seguros.

En relación con la configuración de un establecimiento permanente por el hecho de la constitución de oficinas de representación en el territorio colombiano, es de reiterar que, según el parágrafo 2° del artículo 20-1 del Estatuto Tributario, *“no se entiende que una empresa extranjera tiene un establecimiento permanente en el país cuando la actividad realizada por dicha empresa es de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio”*. La disposición ha sido reglamentada por el literal “e” del artículo 3° del decreto reglamentario 3026 de 2013 cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 3. Actividades de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio. Se considerará que no existe un establecimiento permanente en Colombia en virtud del artículo 20-1 del Estatuto Tributario cuando, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del mismo, una empresa extranjera mantenga un lugar fijo de negocios en Colombia con el único fin de realizar en el país una actividad de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio, tal como:

(...)

e) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios para el desarrollo de actividades meramente promocionales o publicitarias, incluidas las desarrolladas por oficinas de representación de sociedades o entidades extranjeras, siempre que estas no estén habilitadas para comprometer contractualmente a sus representadas en los negocios o contratos cuya celebración promuevan”.

Como permiten confirmarlo los textos de las disposiciones del EOSF y su decreto reglamentario, las oficinas de representación de las *reaseguradoras* del exterior que operen en Colombia no se pueden considerar *establecimientos permanentes*, a la luz de lo previsto por los artículos 20-1 del Estatuto Tributario y 3°, literal “e”, del decreto reglamentario 3026 de 2013. Lo anterior, habida cuenta que, sin duda alguna, las actividades que ejercen son ostensiblemente preparatorias, promocionales y de trámite y encuadran claramente en los presupuestos previstos por el transcrito literal “e” del artículo 3° del decreto 3026, citado.

Importa insistir, al efecto, en que los artículos 94 del EOSF y 4.1.1.1.6. del decreto 2555 de 2010 limitan enfáticamente la función de las oficinas de representación de reaseguradoras del exterior a “*operar en la cesión o aceptación en responsabilidades de reaseguro en nombre y por cuenta de la aseguradora representada*”. A la luz de esas normas, por tanto, su papel es de simple trámite y se encamina a hacer posible que su *representada* asuma la cobertura total o parcial del riesgo que se comprometió a cobijar la *aseguradora* que contrata con la *reaseguradora*.

Nada tienen que ver las comentadas *oficinas de representación*, por consiguiente, con las decisiones de *asumir el riesgo* o *pagar la indemnización* que sea del caso, sencillamente porque no les incumbe desarrollar en Colombia la empresa social, el objeto social, de sus representadas. Solo “operan” en la aceptación o cesión correspondiente; vale decir, obran como o instrumento para lo uno o lo otro, pero no tienen poder decisorio ni de negociación de ninguna naturaleza.

Esa función eminentemente auxiliar y preparatoria se confirma con las expresas referencias de los artículos 94 del EOSF y 4.1.1.1.6. del decreto 2555 acerca de lo que pueden y no pueden hacer las oficinas de representación de reaseguradoras del exterior. Veamos: i) Pueden cumplir labores de cobranzas, pagos o compensaciones de saldos, pero de acuerdo con las facultades que les hayan otorgado para tal efecto; y ii) No pueden actuar, directa ni indirectamente, como compañías de seguros.

Tan cierto es lo anterior, que ni la ley 1328 de 2009 ni el decreto 2838 de 2013 habilitaron a las reaseguradoras del exterior para establecer sucursales en Colombia,

por medio de las cuales puedan desarrollar sus actividades dentro de nuestra jurisdicción. Hecho por demás relevante, si se tiene en cuenta que el citado decreto dispone que los Bancos y las Aseguradoras del exterior que pretendan desarrollar actividades en Colombia deben constituir sucursales, en los términos del ordenamiento vigente.

De esta manera, resulta claro que las *reaseguradoras del exterior* no están autorizadas para operar en Colombia; y si ello es así, es igualmente claro e incontestable que mal puede predicarse de sus *oficinas de representación* en nuestro país el desarrollo de las actividades que les son propias.

Recuérdese que el *reaseguro* es, por así decirlo, un *seguro del seguro*, y entraña la celebración de un contrato entre la *aseguradora* y la *reaseguradora*, por el cual la primera le cede a la segunda parte o la totalidad de la cobertura del riesgo que ha asumido en virtud de la celebración de un *contrato de seguros*. Es un *contrato independiente*, respecto del *contrato de seguros* que le da origen, y vincula como partes a la *reaseguradora* y a la *aseguradora*; a tal punto que, como lo establece el artículo 1135 del Código de Comercio, no habilita al *asegurado* para promover acción directa contra la *reaseguradora*. De ahí que respecto del *contrato de reaseguro* la “operación en la cesión del riesgo”, por parte de la *oficina de representación* de la *reaseguradora*, sea indudablemente una labor auxiliar y de trámite, abstracción hecha de su indudable importancia, que en absoluto se puede confundir con el contrato mismo de *reaseguro*.

El *reaseguro* les facilita a las *compañías de seguros* reaseguradas asumir grandes niveles de riesgo, operar sólidamente en el ámbito de su actividad y aumentar su potencial de contratación. Entraña un verdadero respaldo para las aseguradoras y, por definición, opera en torno a la *cesión* de riesgos, de parte de estas últimas, a la *reaseguradora*. En tal sentido, bien puede decirse que la aludida *cesión* es una consecuencia, un efecto, y al mismo tiempo un presupuesto preparatorio del *contrato de reaseguro* que corresponde, sin la menor duda, a lo que en forma enfática dispone el parágrafo 2° del artículo 20-1 del Estatuto Tributario: “*No se entiende que una empresa extranjera tiene un establecimiento en el país cuando la actividad realizada por dicha empresa es de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio*”.

Es relevante, en esta materia, traer a colación la doctrina del Banco de la República, cuyo oficio número JDS-07457, del 13 de abril de 2015, precisó que las oficinas de representación de reaseguradoras del exterior ubicadas en el país, al no constituir personas jurídicas distintas de la entidad reaseguradora, y ejercer únicamente actividades de promoción y publicidad de sus servicios en el territorio colombiano, no son consideradas, a la luz del artículo 2 del decreto 1435 de 1993, como residentes cambiarios. Así mismo, puntualiza que los bienes o servicios que contraten los residentes con las reaseguradoras del exterior son celebrados precisamente con esa entidad y no con su oficina de representación en Colombia, a la cual sólo le están permitidas realizar las gestiones previstas en el EOSF. Dijo la Entidad:

“1. El artículo 2 del Decreto 1735 de 1993 define el concepto de "residente" y de "no residente" en los siguientes términos:

<<Artículo 2o. DEFINICION DE RESIDENTE. Sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales, para efectos del régimen cambiario se consideran residentes todas las personas naturales que habitan en el territorio nacional. Así mismo se consideran residentes las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras.

Se consideran como no residentes las personas naturales que no habitan dentro del territorio nacional, y las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro que no tengan domicilio dentro del territorio nacional. Tampoco se consideran residentes los extranjeros cuya permanencia en el territorio nacional no exceda de seis meses continuos o discontinuos en un período de doce meses. >>

El primer inciso del artículo 2 del Decreto 1735 de 2003 confiere la condición de residente a las personas naturales, sin distinción alguna, que habitan en el territorio nacional, es decir comprendería tanto a nacionales o extranjeros. Así mismo la norma atribuye el estatus de residente a las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras. Por su parte, el segundo inciso del mencionado artículo, al definir el concepto de no residente atribuye dicha calidad a las personas naturales que no habitan en el

territorio nacional, sin diferenciar si se tratan de nacionales o extranjeros. El mismo inciso consagra una regla especial para el extranjero quien tendrá la condición de no residente cuando su permanencia o estadía en el territorio nacional no excede de seis meses continuos o discontinuos dentro de un lapso de doce meses.

2. Respecto a las oficinas de representación, la regulación financiera señala que las instituciones financieras, del mercado de valores y de entidades reaseguradoras del exterior que pretendan promover o publicitar productos o servicios en el mercado colombiano o a sus residentes deberán establecer una oficina de representación en Colombia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 94 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010 (Artículos 4.1.1.1.1. y siguientes).

Las instituciones del exterior que no cumplan con los requisitos establecidos deberán abstenerse de realizar actos de promoción o de publicidad de sus servicios en territorio colombiano o a sus residentes, so pena de las sanciones que correspondan por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En términos generales, las oficinas de representación no tienen una personalidad jurídica propia independiente de su matriz. Carecen de órganos formales de administración y las actividades de promoción y publicidad autorizadas en el país las realiza la persona natural designada como representante legal para la oficina en Colombia, conforme a las facultades y prohibiciones que le sean otorgadas.

3. Atendiendo lo expuesto, dado que las oficinas de representación no corresponden a ninguna de las categorías mencionadas en el artículo 2 del Decreto 1535 de 1993,

no son consideradas como residentes para efectos cambiarios. Por su parte, la persona natural que actúa como representante legal de la oficina tendrá la condición de residente en la medida que cumpla con las condiciones previstas para el efecto en la norma mencionada.

4. Respecto a los negocios de las oficinas de representación en Colombia se advierte que sus facultades están limitadas al desarrollo de actividades de promoción y publicidad, por lo que los usuarios de los bienes y servicios ofrecidos que se contacten por su conducto son clientes de la institución del exterior y no de la oficina. Estas operaciones constituyen operaciones de cambio y se pagan en divisas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 de la Ley 9 de 1991 y en el artículo 79 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Tratándose de los contratos de adquisición de bienes y servicios requeridos para cubrir los gastos que genere la operatividad de la oficina en Colombia, a efectos de determinar la naturaleza cambiaria de estas operaciones, debe examinarse la configuración contractual del negocio y las facultades que hayan sido otorgadas al representante de la oficina.

En este orden, los contratos que se celebren directamente entre la entidad del exterior y residentes en el país proveedores de los bienes y servicios requeridos configuran operaciones de cambio. Por su parte, los contratos que realice el representante de la oficina con otros residentes son operaciones internas que deben ser pagadas en moneda legal colombiana. Finalmente los giros y reembolsos de

divisas que se verifiquen ente la entidad del exterior y su representante en Colombia son operaciones de cambio”¹⁰⁹.

En ese orden de ideas, resulta oportuno volver a traer a colación el pronunciamiento de la Subdirección Normativa de la Administración Tributaria de Chile en la cual, a propósito de las inquietudes que le fueron planteadas en su momento en torno a la configuración o no de *establecimientos permanentes* por la apertura de *oficinas de representación de reaseguradoras del exterior* concluyó que no, con argumentos que en mucho coinciden con lo que aquí se analiza desde la óptica de la normativa colombiana. Dijo la Subdirección:

“En relación con el representante en Chile de las compañías de seguros extranjeras (...), este Servicio es de parecer que no constituye un establecimiento permanente en los términos de los Convenios indicados (se refiere a los Convenios de Chile con Reino Unido, España, Irlanda, Francia y Suecia) debido a que sus actividades no se incluyen en alguna de las situaciones previstas en la definición de establecimiento permanente de dichos acuerdos.... Este representante no puede desarrollar en Chile el comercio de seguros y reaseguros, pues para ello debería cumplir con los requisitos que la ley exige a las compañías de seguros, caso en el cual ya no se trataría de una reaseguradora extranjera que contrate directamente en Chile”¹¹⁰.

6.9. Las oficinas de representación de las reaseguradoras del exterior: Análisis desde la perspectiva del agente dependiente como gestor de un establecimiento

¹⁰⁹ Colombia, Banco de la República, oficio JDS-07457, del 13 de abril de 2015.

¹¹⁰ Chile, Subdirección Normativa de la Administración Tributaria de Chile, Oficio número 1745 del 19 de mayo de 2009.

permanente con el poder de contratar y comprometer al *representado* dentro del marco de su actividad empresarial:

Sentadas esas premisas, corresponde tratar, a continuación, la temática de los *agentes dependientes e independientes* desde la perspectiva de las facultades que usualmente las reaseguradoras del exterior otorgan a sus representantes, Lo anterior, con el objeto de confirmar si, en efecto, las *oficinas de representación* de que aquí se trata constituyen o no *establecimientos permanentes*.

Las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del decreto 2555 de 2010, comentados anteriormente, evidencian que las *oficinas de representación*, y por supuesto quienes las operan, están expresamente inhabilitados para celebrar contratos de seguros en Colombia, con lo cual, a priori, se podría sostener que, según nuestro orden normativo, tales representantes no pueden constituir *establecimientos permanentes*.

Su función de “*operar en la cesión o aceptación de responsabilidades de reaseguro*”, como ya se dejó expuesto, es indudablemente preparatoria y consecencial respecto del *contrato de reaseguro* y no se puede confundir con el contrato mismo. Aún más, como lo puntualizan el artículo 94 del EOSF y el artículo 4.1.1.1.6 del decreto 2555 de 2010, no pueden celebrar contratos de seguros en Colombia.

En los comentarios al MCOCDE, se hace referencia a la figura del *agente dependiente* como aquella persona ubicada en el territorio de un Estado que actúa

para la empresa extranjera sin que esta disponga de un lugar fijo de negocios. Puede ser o no empleada de la empresa y puede contar o no con un poder de representación. Lo que realmente interesa, para efectos de que el Estado en el que se encuentra situado el agente pueda ejercer su potestad tributaria sobre las actividades realizadas con su mediación, es que esté facultado para concluir contratos que comprometan a la empresa extranjera; vale decir, para desarrollar, en la jurisdicción de la cual se predica la existencia del *establecimiento*, la actividad profesional, la empresa social, el objeto social de su representada, de manera continuada y con vocación de continuidad.

Es de aclarar que, según los *Comentarios* del MCOCDE, no interesa que los contratos estén a nombre de la empresa agenciada o no, pues lo que realmente importa es que esta última quede vinculada al negocio, que actúe y ejerza su empresa social en Colombia por medio de su *representante*. Los contratos y las labores que importan, para efectos de la imposición en el Estado en que se encuentra ubicado el agente, deben referirse a operaciones que constituyan la actividad principal de la empresa extranjera y no a simples actividades auxiliares, preparatorias o secundarias.

En cuanto al tema del *agente dependiente*, se remite al lector a los apartes pertinentes de los *Comentarios* al MOCDE, expuestos en el numeral 3.2.5 de este escrito.

La doctrina, ha incluido la figura de la *agente dependiente* como propia del llamado *establecimiento permanente personal*, para diferenciarlo del tradicional *establecimiento permanente material*, así:

“El establecimiento permanente representa el fundamento de la conexión territorial que justifica la imposición (también) a la fuente de las rentas derivadas de la actividad de la empresa y de las derivadas del trabajo autónomo; estas últimas, a partir de la modificación introducida al Modelo OCDE en el año 2000”¹¹¹.

En forma adicional al concepto de establecimiento permanente *material* (el definido en el artículo 5 del MCODE)¹¹², se incluyen hipótesis de *establecimiento permanente personal* que parten de la base de los mismos presupuestos: estabilidad, autonomía y ejercicio de una actividad productora de renta¹¹³, todo lo cual fue abordado ampliamente en el numeral 3.2. de este escrito pero bien se puede sintetizar así:

- El *establecimiento permanente* supone el ejercicio de una actividad mediante el uso de una serie de medios materiales organizados directamente por el operador económico (*establecimiento permanente material*) o la “*presencia*” en un mercado externo sin el ejercicio directo de una actividad, pero por medio de un representante (*establecimiento permanente personal*).
- Para que se configure el establecimiento permanente, es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos:
 - i) La existencia de una instalación de negocios: Vale decir, el espacio físico en el cual se lleva a cabo la actividad de la empresa (comprende maquinaria, depósitos

¹¹¹ Uckmar Victor, Corasaniti Giuseppe, De Capitani di Vimercate Paolo et al, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Temis, 2010, pág. 107.

¹¹² Antonio Lovisolo, *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá D.C, Temis, 2003, pp. 278-299.

¹¹³ En los comentarios de la OCDE de 2010 se afirma que la productividad del establecimiento permanente no es ya de tal importancia, como ya lo señalamos en párrafos anteriores en este concepto.

aduaneros o espacios comerciales) sin que interesen, al efecto, el título que habilita a la empresa para tal disponibilidad ni el hecho de que ese espacio se encuentre en los locales de otra empresa; lo que interesa es la *efectiva disponibilidad de la instalación*;

ii) La estabilidad de la instalación, que supone no solo su estable utilización (cierta “regularidad” temporal), sino también la existencia de un vínculo entre la instalación y un punto geográfico determinado; y

iii) La conexión con el ejercicio normal de la empresa; esto es, la conexión de esas instalaciones con el ejercicio de la actividad o empresa social, en forma permanente y dinámica.

Además de lo anterior suele predicarse del establecimiento permanente, ya sea personal o material, la idoneidad de producir una renta¹¹⁴. Por tanto, se excluyen de esta noción las instalaciones o agentes que no estén vinculados inmediatamente con la generación de una renta autónoma, sino que cumplen simplemente una función instrumental para actividades de carácter auxiliar y preparatorio. Muy ligado con este punto se alude a la posibilidad de atribuir utilidades o pérdidas al establecimiento

¹¹⁴Al respecto, la OCDE ha dicho: “Podría argumentarse que la definición general debiera mencionar la otra característica del establecimiento permanente que se han considerado importante en el pasado, a saber, el carácter productivo de su actividad, esto es, su contribución a los beneficios de la empresa. No se ha seguido este criterio en la presente definición. En el marco de una organización empresarial bien dirigida es ciertamente axiomático que cada parte contribuye a la productividad del conjunto. De ello no se infiere necesariamente, en todos los casos, que por el hecho de que un establecimiento particular tenga un “carácter productivo” en el marco general de la organización deba considerarse un establecimiento permanente al que puedan atribuirse propiamente los beneficios a efectos de la imposición en un territorio determinado”. “Para que un lugar de negocios constituya un establecimiento permanente, la empresa que lo utiliza debe realizar sus actividades, en todo o en parte, a través del mismo. Como se ha indicado en el párrafo anterior, no es necesario que las actividades tengan un carácter productivo (...)” (pág. 99).

permanente. Una característica propia de los *establecimientos permanentes*, sean *materiales* o *personales*, es que precisamente generen por sí mismos *rentas* o utilidades en la jurisdicción en la cual operan.

Como se observa, no hay sustento alguno para sostener que las *oficinas de representación* de las *reaseguradoras del exterior*, de que aquí se trata, tan limitadas como están en lo que concierne a sus facultades de operación según la normativa vigente, entrañan *establecimientos permanentes* en Colombia para los fines del artículo 20-1 del Estatuto Tributario y en los términos del literal “e” del artículo 3° de su decreto reglamentario 3026 de 2013. Los elementos enunciados al amparo de la doctrina internacional y los *Comentarios* al Modelo de la OCDE, a que aquí se ha aludido como determinantes del *establecimiento permanente*, se echan por completo de menos en las comentadas *oficinas de representación*.

6.10. Las *oficinas de representación en Colombia* no son contribuyentes independientes ni generan rentas de fuente colombiana, abstracción hecha de la remuneración que perciban los *representantes* o *agentes*, quienes tributarán en nuestro país sobre sus propias rentas – La doctrina y la jurisprudencia sobre esa materia:

Para hacer referencia al tratamiento de las *oficinas de representación* en la doctrina y en la jurisprudencia es de anotar, de manera preliminar, que las sociedades extranjeras, en Colombia, solo son gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios respecto de sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional,

sin importar el medio por el cual hayan sido obtenidas (sucursales, establecimientos permanentes, etcétera). Esto ha sido reiterado recientemente por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en el concepto número 018133 de 2013 en los siguientes términos:

“De las normas transcritas se observa que las sociedades y entidades, como principio general, son gravadas con respecto a sus rentas y ganancias ocasionales generadas dentro y fuera de Colombia, pero tratándose de sociedades y entidades extranjeras solamente se gravan las rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional, independientemente de la forma como perciban dichas rentas y ganancias ocasionales”¹¹⁵.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las *oficinas de representación* no son personas jurídicas y, por lo mismo, no tienen la capacidad jurídica necesaria para celebrar negocios. Tampoco tienen una suerte de personalidad ad hoc, para efectos tributarios, como *establecimientos permanentes*, por las razones que quedaron expuestas en detalle en los puntos anteriores.

Cabe recordar la finalidad con la que se han venido concibiendo y creando en el orden jurídico, la cual no es otra que generar acercamiento entre las partes contratantes, promocionar y ofrecer los servicios que estén comprendidos en el objeto social de la sociedad extranjera representada y cumplir labores auxiliares y preparatorias.

¹¹⁵ Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales concepto número 018133 de 2013.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de mayo de 2008, hizo referencia a la figura de las *oficinas de representación* de las instituciones financieras para concluir:

*“(...) las oficinas de representación son, en general, entes de carácter sui generis sin personería jurídica, que se encargan de generar un acercamiento entre la entidad financiera extranjera que representan y los potenciales usuarios en Colombia, mediante la **promoción y ofrecimiento de los servicios que constituyen el objeto social de ésta** . Así, las oficinas de representación no son sucursales de los bancos del exterior (artículo 471 del Código de Comercio), pues, no se dedican a cumplir el objeto social de dichas instituciones financieras, sino a promocionar los servicios que éstas prestan”¹¹⁶.*

Y en sentencia del 8 de mayo de 2008 (ponente el magistrado Héctor Romero, ref. 15297), relacionada con las *oficinas de representación de Bancos* pero indudablemente pertinente para los fines de este concepto porque las *oficinas de representación* de las *reaseguradoras del exterior* están inhabilitadas para prestar en Colombia servicios de aseguramiento y cumplen funciones auxiliares, preparatorias y promocionales respecto de la actividad de sus representadas, precisó lo siguiente:

“(...) Las oficinas de representación no son sucursales de los bancos del exterior (artículo 471 del Código de Comercio), pues no se dedican a cumplir el objeto social

¹¹⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 7 de mayo de 2008, magistrado ponente Héctor Romero, Expediente 15283.

de dichas instituciones financieras, sino a promocionar los servicios que éstas prestan”.

“Adicionalmente, el hecho de que por mandato de la Circular 14 de 1997, la oficina de representación deba llevar un registro contable sobre los ingresos recibidos en moneda nacional o extranjera, no significa que tales ingresos correspondan a la remuneración por los servicios financieros que dicha oficina presta, pues, se insiste, la misma circular prohíbe a las oficinas de representación realizar directa o indirectamente, en el territorio nacional, operaciones propias de los bancos y demás instituciones financieras”¹¹⁷.

En esta misma línea, la DIAN, en el concepto número 092096 de 1998 manifestó que, al no constituir una persona jurídica ni natural, ni ser susceptibles de asimilar a una u otra, las *oficinas de representación* no están obligadas a presentar declaración de renta. Dijo la Entidad:

“De conformidad con la Circular 7 de 1996, las oficinas de representación tienen como función la de promover y ofrecer los negocios y servicios que constituyen el objeto social del organismo representado, autorizados en Colombia; prestar asesoría a los organismos que representan; tramitar o realizar gestiones de cobranza por cuenta del organismo representado si están autorizados para ello. Están obligadas a presentar declaración de renta y complementarios las entidades o personas extranjeras con domicilio o residencia en el país y aquellas que sin tener domicilio o

¹¹⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 8 de mayo de 2008, magistrado ponente Héctor Romero, Expediente 15297.

residencia dentro del país reciban ingresos no sometidos a retención o que si lo están no corresponden a los contemplados entre los artículos 407 a 411 del E.T .De lo anterior se infiere que al no constituir persona jurídica ni natural, ni asimilada a una u otra, las oficinas de representación no están obligadas a presentar declaración de renta y complementarios. En consecuencia las declaraciones presentadas por ellas no producen efectos fiscales

(...)En este orden de ideas, las oficinas de representación en Colombia de empresas extranjeras, son agentes de retención y deben efectuar la retención en la fuente por todos los pagos o abonos en cuenta por conceptos sujetos a ella, y cumplir los deberes formales como son presentar las declaraciones correspondientes, consignar los valores retenidos, entre otros.

*Los gastos de operación en el país enviados del exterior por la principal a la oficina representación en el país, no constituyen ingreso fiscal para ésta, aspecto tratado en el **concepto 021737 de 1995** en los siguientes términos:*

[[(...).Así las cosas, en el evento en el que una sociedad extranjera con domicilio principal en el exterior, transfiera Divisas a su Oficina de Representación en Colombia con el fin de atender sus gastos de funcionamiento, no existe un ingreso en Divisas obtenido en el exterior susceptible de producir un incremento neto en el patrimonio de la representante (Oficina Representación). Lo anterior por cuanto dicha transferencia se hace con el fin de proveer los recursos necesarios para que su

oficina de representación pueda promover y ofrecer sus servicios y negocios en el país]]

Pero si por alguna circunstancia el representante efectúa pagos en el país, actuará como agente de retención cuando así lo contemple la ley, aplicando las tarifas pertinentes según el concepto del pago o abono en cuenta”¹¹⁸.

Y ya en lo que concierne específicamente a la noción de *establecimiento permanente* prevista en el artículo 20-1 del Estatuto Tributario resulta de singular importancia, para el análisis de que aquí se trata, la siguiente precisión que hizo la misma Entidad en su concepto número 038348, del 24 de junio de 2013, en el cual se lee:

“Es oportuno señalar que la actividad de la empresa, en general constituye establecimiento permanente cuando se realiza por medio de empleados con una relación laboral con la empresa u otras personas de las cuales la empresa se vale para el desempeño de su actividad, siendo indiferente que se tenga o no autorización para firmar contratos, siempre que los servicios se presten en el lugar fijo de negocios”¹¹⁹.

Conclusión a la cual arribó después de advertir que, para que se configure el *establecimiento permanente*, es indispensable que en el “*lugar fijo de negocios*” del cual se predica la existencia del *establecimiento* se realicen las actividades de la empresa correspondiente. Lo cual, como ya se explicó aquí, resulta imposible en el

¹¹⁸ Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales concepto número 092096 de 1998.

1. ¹¹⁹ Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales concepto número 038348, del 24 de junio de 2013.

caso de las *oficinas de representación* de las *reaseguradoras*, porque les está enfáticamente prohibido contratar directa o indirectamente seguros en Colombia; como resulta también para las *reaseguradoras*, propiamente dichas, porque su actividad de cobertura, según igualmente quedó expuesto, la desarrollan en su sede localizada en el exterior.

La Superintendencia Financiera, por su parte, en el concepto número 2012021372-001 del 18 de abril de 2012, reparó en la función eminentemente instrumental de las *oficinas de representación* en los siguientes términos:

“(..) Vale la pena resaltar que las oficinas de representación de entidades financieras, reaseguradoras y del mercado de valores solo están autorizadas para promover y publicitar en Colombia los productos y servicios de sus entidades representadas.

Así las cosas, en la medida en que las oficinas de representación no están facultadas para desarrollar en Colombia los productos y servicios de las entidades que representan sino sólo para adelantar las actividades de promoción y publicidad, las personas que se vinculan con la institución del exterior a través de la oficina de representación son clientes de aquellas, y no respecto de éstas últimas. En consecuencia, para la celebración y perfeccionamiento de las operaciones que pretendan realizar con la entidad financiera del exterior deberán acordar

*directamente con dichas entidades su realización en el exterior.”*¹²⁰ (Negritas fuera del texto).

Todo ello, sin la menor duda, y en lo que concierne al reaseguro en particular, constituye pleno sustento para la expresa precisión del literal “e” del artículo 3° del decreto reglamentario 3026 de 2013, según la cual las *oficinas de representación* no son *establecimientos permanentes* para fines tributarios en la medida en que quienes las operen no estén habilitados para desarrollar el objeto empresarial de las personas o entidades representadas ni para comprometerlas contractualmente en el ámbito de tal objeto. Sus actividades, como bien lo precisa el mismo artículo 3°, son eminentemente preparatorias; tienen que ver con los efectos o consecuencias, y si se quiere con los antecedentes, respecto de los contratos que instrumentan en desarrollo del objeto empresarial de las personas o entidades del exterior que representan. Pero no están en condiciones ni de comprometer contractualmente a sus representadas ni de ejercer la actividad que les atañe. Con mayor y evidente razón, en casos como los de las *oficinas de representación* de las *reaseguradoras* porque, por disposición expresa de la normativa vigente, no están autorizadas para ejercer en Colombia la actividad que es propia de sus representadas, según se dejó expuesto a lo largo del análisis.

CONCLUSIONES

1. Los regímenes que, no obstante la indudable localización de los réditos o primas en la sede de este tipo de compañías, prevén que las rentas de

¹²⁰ Colombia, Superintendencia Financiera, concepto número 2012021372-001 del 18 de abril de 2012.

reaseguradoras del exterior tributen en la jurisdicción en que se encuentra localizada la aseguradora correspondiente o se materializa el riesgo, a la luz de un criterio excepcionalmente extraterritorial, lo han dispuesto de manera expresa y clara y no de acuerdo con la tarifa general prevista para el impuesto sobre la renta, sino con tarifas especialmente bajas.

2. Las características y la reglamentación de las oficinas de representación de la reaseguradoras del exterior son de particular especialidad. Tan cierto es ello, que la OCDE, en su reporte de *“Atribución de utilidades a los establecimientos permanentes – 2010”*, observa que *“la industria aseguradora presenta un número de retos únicos para las autoridades tributarias”*¹²¹, lo cual obligó a que se hiciera un capítulo separado denominado *“Parte IV: Consideraciones especiales para la aplicación de la aproximación autorizada de la OCDE a los establecimientos permanentes de compañías de seguros”*.
3. El caso colombiano no es la excepción y, a la hora de determinar el tratamiento de las oficinas de representación de reaseguradoras foráneas para efectos fiscales, se debe tener en cuenta la reglamentación financiera que establece, de manera clara y contundente, que las oficinas de representación no pueden

¹²¹ Sección 2 de la *“Parte IV: Consideraciones especiales para la aplicación de la aproximación autorizada de la OCDE a los establecimientos permanentes de compañías de seguros”* del reporte *“Atribución de utilidades a los establecimientos permanentes – 2010”*.

realizar actividades de reaseguro y que la totalidad de sus actividades son de carácter auxiliar o preparatorio¹²².

4. La política internacional definida a nivel de los convenios para evitar la doble tributación suscritos por Colombia excluye al sector reasegurador de las obligaciones propias de los establecimientos permanentes. En efecto, los convenios suscritos con México, Canadá y Chile incluyen una cláusula especial según la cual *“No obstante las disposiciones anteriores de este artículo, se considera que una empresa aseguradora residente de un Estado Contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante si recauda primas en el territorio de este otro Estado o si asegura riesgos situados en él por medio de un representante distinto de un agente independiente al que se aplique el párrafo 7”*

¹²² La Ley 795 de 2003 y el Decreto 2555 de 2010 indican que las instituciones reaseguradoras del exterior pueden establecer una oficina de representación en el país con el propósito de promover sus productos y servicios en el mercado colombiano o a sus residentes. Es necesario advertir que estas oficinas de representación no son ni sucursales ni agencias ni mucho menos una persona jurídica independiente. Por el contrario, aquéllas son entidades sui generis que sirven como voceros autorizados o canales de comunicación de una compañía reaseguradora del exterior con sus clientes actuales o potenciales en Colombia, sin que esto signifique, de ninguna manera, que la actividad de reaseguro se realiza por la oficina de representación en Colombia, pues existe expresa prohibición legal para ello.

En efecto, de acuerdo con la parte cuarta del Decreto 2555 de 2010, las oficinas de representación se encuentran habilitadas para i) realizar actos de cobranza, pago, compensación o conciliación de saldos, ii) aceptar riesgos en nombre y por cuenta de su oficina principal, lo que implicaría su valoración, cotización y suscripción de contratos, iii) realizar, directa o indirectamente, actos de promoción o de publicidad en territorio colombiano o a sus residentes, y iv) recibir documentos de los clientes y prestar asistencia y asesoría a éstos. En cuanto a las prohibiciones se refiere, *“las oficinas de representación no podrán realizar cualquier acto que escape de las facultades conferidas por la ley y, en concreto, no podrán actuar directa o indirectamente como compañías de seguros, lo que implica que bajo ninguna circunstancia las oficinas de representación pueden intervenir directamente en la contratación de reaseguros en nombre propio”*.

5. Carece de sentido imponer las obligaciones propias de un establecimiento permanente a compañías de reaseguro que i) por una parte son de gran importancia para el Estado, dado que ejercen una función de supervisión y soporte del sector asegurador, la cual tiene como finalidad garantizar la solvencia del sector y la estabilización de la economía, y ii) por otra parte no reciben ingresos de fuente nacional en la medida en que la totalidad del servicio de reaseguro es prestado desde el exterior porque es desde allí que se ofrecen las coberturas.
6. Las actividades de las oficinas de representación de las compañías de reaseguro del exterior son consideradas como auxiliares por la metodología adoptada por la división de estadística de la ONU para clasificar las actividades económicas a través de los Códigos CIIU (Clasificación Industrial Internacional Uniforme), los cuales han sido adoptados de manera consistente por Colombia. En efecto, las actividades que ejecutan se encuentran comprendidas dentro de la clasificación “*Actividades de servicios auxiliares de los servicios de seguros y pensiones*”¹²³.
7. La ley 1819 de 2016, denominada reforma tributaria estructural, reconoció las especiales características de la actividad de reaseguro llevada a cabo por compañías foráneas en Colombia. Así, introdujo tres modificaciones respecto al tratamiento tributario en el impuesto sobre la renta de los servicios de reaseguro

¹²³ Esta categoría incluye i) servicios actuariales, ii) evaluación de reclamos de seguros, iii) tasación de solicitudes de indemnización, iv) liquidación de solicitudes de indemnización de seguros, v) evaluación de riesgos y daños, entre otros.

prestados por compañías del exterior: (i) La cesión de las primas por contratos de reaseguro se incorporó al artículo 24 del Estatuto Tributario y se catalogó como renta de fuente nacional gravada con el impuesto sobre la renta en Colombia; (ii) El establecimiento de una retención en la fuente del 1% por el impuesto generado, que debe ser practicada por la compañía aseguradora sobre el valor de las primas cedidas, de conformidad con el inciso 6° del artículo 408 del Estatuto Tributario, porcentaje que corresponde al tributo total a sufragar por parte de la reaseguradora del exterior en nuestro país; y (iii) La adición de un párrafo al artículo 20-1 de Estatuto Tributario en el que se señala que las oficinas de representación de las reaseguradoras del exterior no se considera un establecimiento permanente en Colombia de la Compañía.

8. Si bien es cierto que la la ley 1819 de 2016 otorgó a las primas cedidas en reaseguro por entidades del exterior el carácter de rentas de fuente nacional, bajo un criterio según el cual la jurisdicción en la cual se localiza el riesgo objeto de reaseguro tiene postestad tributaria aun cuando la actividad la realice una compañía que no tiene presencia en el país y cuyo patrimonio, que es el instrumento que respalda la eventual ocurrencia de los siniestros, esté por fuera del territorio, lo cierto es que la legislación local se acompasó con las legislaciones fiscales de otros estados y, al establecer una alícuota del tributo ostensiblemente menor a la general, reconoció la especial situación frente al impuesto sobre la renta en que se enrunetran estas compañías.

Bibliografía

Altamirano, Alejandro, “*Aproximación al concepto de establecimiento permanente*”,

En: *Instituto Colombiano de Derecho Tributario Estudios de Derecho Internacional*

Tributario, Tomo II, Legis Bogotá, 2006.

Argentina, Dirección de Asesoría Técnica (DAT), Dictamen número 26 de 2004.

Argentina, Dirección de Asesoría Técnica (DAT), Dictamen número 34 de 1997.

Argentina, Dirección de Asesoría Técnica (DAT), Dictamen número 63 de 2008.

Argentina, Ley de Impuesto a las Ganancias (Texto Ordenado de la Ley N° 20.628 aprobado por el Decreto 649 de 1997, última modificación Decreto 244 de 2013).

Bettinger Barrios, Herbert, *Efecto impositivo del establecimiento permanente: análisis del establecimiento permanente conforme a la legislación mexicana y los modelos para evitar la doble tributación*, Ediciones Fiscales ISEF, México, 1998.

Broceta Pont, Manuel, *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961.

CÁCERES, Gabriel y GUTIERREZ, Gabriela, “*El Concepto de Establecimiento Permanente en la Legislación Uruguaya Alcance y Aplicación*”, en *Cuadernos Tributarios*, Uruguay, 2012 en www.ifaperu.org consulta del 24 de abril de 2016.

Calderón Carrero José Manuel, Carmona Fernández Néstor, Martín Jiménez Adolfo, Trapé Viladomat Montserrat, *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Bilbao, 2008.

Calderón Carrero, José Manuel y Ruíz García, José Ramón, *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrie de la Maza, A Coruña, 2004.

Calvo Buezas, Jerónimo, “*El Concepto de Establecimiento permanente y el Comercio Electrónico*”, en *Revista Cuadernos de Formación (Escuela de Hacienda Pública-Instituto de Estudios Fiscales)*, España, 2007, 3, en www.ief.es consulta del 14 de marzo de 2017.

Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, *Derecho de seguros (estudios y escritos jurídicos)*, Tomo 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2013.

Carmona Fernández, Néstor. "La Noción de Establecimiento permanente en los Tribunales: Las Estructuras Operativas Mediante Filiales Comisionistas", en *Revista Crónica Tributaria*, España, 2012, 145, en www.ief.es consulta del 3 febrero de 2017, p.p. 39-57.

Castro Arango, José Manuel. "El Establecimiento Permanente. Primicias y Problemáticas en Colombia" en *Revista Derecho Fiscal*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011, en www.uexternado.edu.co, consulta del 17 de noviembre de 2017.

Chile, Junta de Gobierno, Decreto con fuerza de ley 251 del 22 de mayo de 1931.

Chile, Junta de Gobierno, Decreto ley 824 de 31 de diciembre de 1974.

Chile, Servicio de Impuestos Internos, oficio número 1.745 del 19 de mayo de 2009.

Colombia, Banco de la República, oficio JDS-07457 del 13 de abril de 2015.

Colombia, Congreso de la República, Gaceta número XXX de 1958.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1819 de 2016.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1607 de 2012.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 8 de mayo de 2008, magistrado ponente Héctor Romero, Expediente 15297.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 7 de mayo de 2008, magistrado ponente Héctor Romero, Expediente 15283.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 577 del 26 de agosto de 2009, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente LAT-341.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 31 de marzo de 1981, magistrado ponente José María Esguerra Samper.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales concepto 073171 del 16 de septiembre de 1998.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales concepto número 018133 de 2013.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales concepto número 092096 de 1998.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto número 38348 del 24 de junio de 2013.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto número 018719 del 26 de junio de 2015.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto número 066733 del 23 julio de 1999.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto número 357 del 28 de marzo de 2014.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, concepto número 48131 de 2 de agosto de 2013.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 3026 del 27 de diciembre de 2013.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 2555 del 15 de julio de 2010.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 2558 del 6 de julio de 2007.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 410 de 1971, Código de Comercio.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 663 del 2 de abril de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Colombia, Presidente de la República, Decreto ley 624 del 30 de marzo de 1989, Estatuto Tributario.

Colombia, Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) concepto 1994021058-2 del 26 de julio de 1994.

Colombia, Superintendencia Financiera, concepto número 2012021372-001 del 18 de abril de 2012.

Comunidad Andina de Naciones, decisión de la Comisión número 40 de 1971, en www.comunidadandina.org, consulta del 13 de mayo de 2017.

Corredor Alejo, Jesús Orlando, *El impuesto de renta en Colombia: parte general*, Bogotá, Centro Interamericano Jurídico Financiero, 2009.

Cubides Pinto, Benjamín, *Normas y convenios para evitar la doble imposición internacional en el impuesto de renta y en el impuesto al patrimonio en Colombia*, CETA, Medellín, 2010.

España, Real Decreto 5 del 5 de marzo de 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Fernández Dirube, Ariel, *Manual de reaseguros*, 2ª edición, General Re, Buenos Aires, 1993, p.28.

Galarza Montaña, *Derecho tributario internacional: el establecimiento permanente*, Temis, Bogotá, 2004.

Garrigues, Joaquín., *Contrato de seguro terrestre*, 20 edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, p. 466.

Gómez Duque, Arturo, *Régimen de seguros Tomo I : El contrato de seguro, parte general*, Dike, Medellín, 2014, p.682.

González Bendiksen, Jaime, *Estudio para la Adecuación del estatuto Tributario a las Tendencias Internacionales de Tributación en Materia del Impuesto sobre la Renta*, En: *XIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1995.

Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando, *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, Fondo Editorial de Derecho y Economía FEDYE, Buenos Aires, 2009.

Halperín, Isaac Y Barbato, Nicolás, *Seguros – Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2003.

Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, ILADT, *Modelo ILADT de Convenio para Evitar la Doble Imposición en América Latina*, Bogotá, Instituto

Latinoamericano de Derecho Tributario e Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2010.

Kolk, El término de lugar de negocios en el derecho fiscal nacional e internacional, Münster, 1975.

Lewin Figueroa, Alfredo, “*Los convenios para evitar la doble imposición: Los problemas de las fuentes*” en *Memorias del ICDT XXXIII*, ICDT, Cartagena, 2008.

Lovisoló, Antonio, “*El establecimiento permanente*”, En: Uckmar, Victor, *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Temis, Bogotá, 2003.

México, Congreso de la Unión, Ley del Impuesto sobre la Renta (Última reforma publicada DOF 30-11-2016).

México, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de instituciones de seguros y de fianzas, del 4 de abril de 2013.

Minzoni Consorti, Antonio, *Reaseguro*, UNAM, Ciudad de México, 2009.

Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica, OCDE, “*Proyecto de OCDE/G20 de erosión de la base imponible y traslado de beneficios*”, Cómo abordar los desafíos fiscales de la economía digital, 2014, en www.oecd.org, consultada el 4 de septiembre de 2017.

Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica, OCDE, Presenta los resultados del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20 para su discusión en la reunión de los Ministros de Finanzas del G20. 2015.

Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica, OCDE, *Modelo de convenio fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Paris, 2010.

Ossa, Efrén, *Tratado elemental de seguros*, 2ª edición, Ediciones Lerner, Bogotá, 1963, p. 549.

Perú, Congreso de la República, Ley 29946 del 26 de noviembre de 2012.

Perú, Presidente de la República, Decreto Supremo número 122-94-EF.

Plazas Vega, Mauricio, *El impuesto sobre el valor agregado IVA*, 3ª edición, TEMIS, 2015, p. 446.

Regueros de Ladrón de Guevara, Sofía, *Aspectos tributarios del contrato de seguro comentarios y normatividad colombiana*, U. del Rosario, Bogotá, 2008, pp. 172-173.

Rengifo, Andrés Mauricio, “*El establecimiento permanente en un contexto virtual*”, en *Revista Mercatoria*, Bogotá, 2002, 1, 1, en www.revistas.uexternado.edu.co consulta del 9 de septiembre de 2016.

Romero Matute, Blanca, *El reaseguro*, Tomo 1, Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Bogotá, 2001.

Romero, José Andrés y Hernández de León, Andrés, “*El Establecimiento Permanente en el Sistema Tributario Colombiano*”, en *Revista Derecho Orientación Tributaria*, Legis, 2013, 180, pp.16-21.

Rosembuj, Tulio, *Derecho Fiscal Internacional*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 2001.

Sánchez Calero Fernando, Tirado Suárez Javier, Tapia Hermida Alberto Javier y Fernández Rozas José Carlos, *La ley del contrato de seguro*, 2ª edición, Aranzandi, Pamplona, 2001.

Serrano Antón, Fernando, “*Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanente*” en *Fiscalidad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007.

Sol Gil, Jesús, “*Alcance general, impuestos cubiertos y definiciones en los convenios de doble imposición*”, en *Estudios de derecho tributario internacional*, LEGIS e ICDT, Bogotá, 2006.

Stork, *Ley de Impuesto sobre Establecimiento de Ingresos y Bienes Extranjeros*, 1980, p. 203.

Troya Jaramillo, José Vicente, *Derecho internacional tributario*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1990.

Uckmar Victor, Corasaniti Giuseppe, De Capitani di Vimercate Paolo et al, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Temis, 2010.

Uckmar, Victor, “*Los tratados internacionales en materia tributaria*”, en Uckmar, Victor, *Curso de derecho internacional tributario*, Tomo I, Temis, Bogotá, 2003.

Vogel, Klaus, *Interpretación de la legislación fiscal y de los tratados sobre precios de transferencia en Japón y Alemania*, Kluwer law international, La Haya, Londres – Boston, 1998.

Xavier, Alberto, *Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales*,
Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005.