

COVID-19 RESIDENCIA FISCAL FORZADA

Parte I – Sociedades Extranjeras

Mayo 8, 2020

El confinamiento obligatorio y las restricciones en los viajes internacionales impuestos por el Gobierno Colombiano para prevenir la propagación del Covid-19 en nuestro país, pueden tener consecuencias fiscales involuntarias para sociedades extranjeras y personas naturales nacionales y extranjeras que no son residentes fiscales en Colombia.



Debido a las medidas antes mencionadas, extranjeros y nacionales que no son residentes fiscales en Colombia pueden encontrarse forzados a permanecer en el país sin una expectativa de regresar a sus países de residencia en el corto plazo, teniendo que quedarse en el país más tiempo del inicialmente planeado y teniendo que trabajar desde Colombia, una situación que puede generar riesgos derivados de la normatividad local, así como las cláusulas aplicables de los Convenios para Evitar la Doble Imposición (“CDI”), sobre residencia fiscal, establecimientos permanentes y sede efectiva de administración. Esto puede potencialmente impactar la distribución de la potestad tributaria entre Colombia y otros países, y resultar en obligaciones fiscales formales y sustanciales en el país.

En materia de CDIs, la OCDE publicó una guía sobre cómo afrontar estos temas entre países con tratado, y ha hecho un llamado a las administraciones de impuestos de cada país a emitir guías locales sobre cómo enfrentar estos temas. A pesar de que Colombia recientemente fue admitido formalmente como el 37vo miembro de la OCDE, a la fecha la DIAN no se ha pronunciado sobre estos asuntos.

Este boletín se dividirá en dos entregas; esta es la **Primera Parte**, en la que nos enfocamos en los potenciales riesgos para sociedades extranjeras. En la **Segunda Parte**, trataremos los potenciales riesgos para personas naturales no residentes fiscales en Colombia.

El documento de la OCDE sobre las guías en materia de tratados de impuestos y el impacto de la crisis del Covid19 puede ser consultado en el siguiente [enlace](#).

1. Establecimientos Permanentes

La legislación colombiana contempla una definición de establecimiento permanente (“EP”) que comprende la existencia de un lugar fijo de negocios o de un agente dependiente, y no contempla una definición ni de EP de servicios ni de EP de construcción. En Colombia, los EPs de sociedades extranjeras se encuentran sometidos a impuesto sobre la renta sobre las rentas de fuente local y extranjera atribuibles a dicho EP. Bajo las circunstancias actuales la pregunta es si bajo la normatividad colombiana o bajo las cláusulas aplicables de un CDI, (i) un empleado de una sociedad extranjera, temporalmente forzado a permanecer en Colombia como consecuencia de las medidas para enfrentar la propagación del Covid-19, que le impiden regresar a su país de residencia, ó si el lugar en Colombia desde donde dicho empleado está actualmente trabajando, ó (ii) una obra o proyecto de construcción inactivo, pueden resultar en un EP en Colombia para la sociedad extranjera.

Desde nuestro punto de vista, el lugar en Colombia desde el que un empleado de una sociedad extranjera temporalmente forzado a estar en el país está llevando a cabo parte de los negocios a nombre de dicha sociedad no debería ser tenido como un lugar fijo de negocios. Un **lugar fijo de negocios** requiere *permanencia* y que dicho lugar esté a *disposición* de la sociedad extranjera; consideramos que es claro que **bajo la situación actual ni el requisito de permanencia ni el de disposición se encuentran presentes**. Desafortunadamente, debido a la ausencia de pronunciamientos de la DIAN sobre el

contexto actual y en general su escasa doctrina en materia de EPs, no es posible descartar que dicha entidad adopte una posición contraria.

En el caso de una persona temporalmente forzada a estar en el país que sea un **agente dependiente** de una sociedad extranjera, la normatividad colombiana claramente requiere que el ejercicio desde Colombia por esa persona de sus poderes para concluir actos o contratos vinculantes para la sociedad extranjera sea *habitual*, y desde nuestro punto de vista **bajo las circunstancias actuales es forzoso concluir que dicho ejercicio es temporal y no habitual**,

y que por lo tanto, en este caso no se crea un EP en Colombia. Es más, resulta claro que bajo estas circunstancias, esa persona solo está cumpliendo sus funciones o ejerciendo sus poderes desde Colombia por razones de *fuera mayor*; sin embargo, la aplicación de *fuera mayor* en este caso no tendría precedente doctrinario o jurisprudencial que la apoyara.

En el contexto de países con los que Colombia tenga un tratado de impuestos, la directiva de la OCDE arriba citada es clara y la respuesta debería ser la misma en ambos casos. Sin embargo, es aconsejable estar alerta a los hechos y circunstancias específicas de cada caso para tratar de mitigar cualquier riesgo.

Por otra parte, la definición de EP incluida en todos los CDIs suscritos por Colombia incluyen el **EP de construcción**. Sin embargo, a diferencia de lo sugerido en el Modelo de la OCDE, según lo cual sólo se debería considerar que hay un EP si el proyecto o las actividades que se lleven a cabo en el lugar de construcción tienen una duración superior a 12 meses, todos los CDIs suscritos por Colombia que actualmente se encuentran en vigor establecen que habrá EP si el proyecto tiene duración igual o superior a **6 meses** (este es el caso de los CDIs con España, Suiza, Chile, Canadá, México, Portugal, Corea del Sur, India, República Checa y Reino Unido); algunos de los CDIs que aún no han entrado en vigor incluyen un término de 183 días (Francia, Italia y Japón), y el CDI con Emiratos Árabes Unidos establece un término aún menor de 90 días.

De acuerdo con los lineamientos establecidos por la OCDE respecto de la aplicación e interpretación de los tratados tributarios en el contexto del Covid-19, la inactividad que pueden tener actualmente los lugares de construcción, al igual que cualquier otra interrupción temporal, no debe impedir la creación de un EP. **Por lo tanto, el tiempo de inactividad debe contarse como parte de la duración del lugar de construcción cuando se esté determinando la existencia o no de un EP.**

Aunque el Gobierno Colombiano recientemente autorizó que las compañías de construcción retomen sus actividades a partir del 27 de abril, las compañías extranjeras que estén involucradas en proyectos de construcción o en actividades de construcción o instalación en Colombia, que no estuvieran esperando tener un EP en Colombia basados en que, según sus proyecciones, la duración de sus actividades debería ser inferior a 6 meses, deben revisar su situación fiscal en el país, teniendo en cuenta que las 5 semanas de inactividad probablemente serán consideradas como parte de la duración del lugar de construcción.



2. Sede Efectiva de Administración

Las sociedades extranjeras que de acuerdo con la normatividad colombiana son efectivamente administradas desde Colombia son tratadas igual que las sociedades colombianas para efectos de impuestos, y por lo tanto sometidas a impuesto sobre la renta respecto de sus rentas de fuente nacional y extranjera.

Durante la situación actual la pregunta es si, bajo la normatividad colombiana, el cumplimiento de los deberes de un administrador o alto ejecutivo de una sociedad extranjera, forzado a estar en el país como consecuencia de las medidas para enfrentar la propagación del Covid-19 que le impiden regresar a su país de residencia, podría dar lugar a que se interprete que la sociedad extranjera tiene su sede efectiva de administración (“SEA”) en Colombia.

El estándar legal colombiano para determinar la sede efectiva de administración es subjetivo y, además del lugar desde el cual los administradores o altos ejecutivos *usualmente* y de manera *cotidiana* cumplen sus deberes, requiere un examen de los hechos y circunstancias específicas de cada caso. **Bajo la situación actual, la ubicación temporal forzada de los administradores y altos ejecutivos cumpliendo sus deberes desde Colombia, es claramente *extraordinaria y temporal*, por oposición a la *habitual y cotidiana* bajo circunstancias normales y, junto con las circunstancias inusuales de la situación actual, deberían conducir a la innegable conclusión que dicha sociedad extranjera no tiene su SEA en Colombia.** Es más, bajo las circunstancias actuales también resulta claro que los administradores o altos ejecutivos de una compañía extranjera solo estarían cumpliendo sus funciones desde Colombia por razones de *fuera mayor*; sin embargo, la aplicación de *fuera mayor* en este caso tampoco tendría precedente doctrinario o jurisprudencial que la apoyara.

No obstante lo anterior, la DIAN no se ha pronunciado sobre esta materia y el impacto del Covid-19, y por esta razón es aconsejable estar alerta a los hechos y circunstancias específicos de cada caso para tratar de mitigar cualquier riesgo.

En el contexto de países con los que Colombia tenga un tratado de impuestos, la directiva de la OCDE arriba citada es clara y la respuesta debería ser la misma, pero la OCDE también aconseja un cuidadoso examen de los hechos y circunstancias de cada caso para determinar si el cumplimiento de los deberes en Colombia por parte de administradores y altos ejecutivos de sociedades extranjeras es *usual y ordinario* o no, bajo las reglas de cada tratado.

Si tiene preguntas sobre estos temas contacte a su socio de confianza en Lewin & Wills, o directamente a:

Adrián Rodríguez (*Socio*) arodriguez@lewinwills.com

Cristina Stiefken (*Socia*) cstiefken@lewinwills.com