

OFICIO N° 005468

12-03-2016

DIAN

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Bogotá, D.C.

100208221- 000190

Señor

HELMAN ARAQUE BARBOSA

Carrera 7 No. 76 - 35, Oficina (sic) 1202

Bogotá D.C.

Ref: Radicado 047682 del 09/12/2015

Tema: Impuesto sobre la renta y complementario

Descriptorios: Inversión de capital del exterior /directa/portafolio

Fuentes Formales: Artículos 9, 18-1 y 20-1 del Estatuto Tributario, Decreto 4800 de 2010

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, es función de esta Subdirección absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias en lo de competencia de la Entidad, ámbito dentro del cual será atendida su petición.

En el escrito de la consulta, se refiere al Concepto No. 004554 de febrero 17 de 2015, en donde en la pregunta No. 3 se consideró que las rentas que distribuya un patrimonio autónomo, cuya actividad sea la prestación de servicios hoteleros, a una persona natural o jurídica residente en el exterior, le aplican las reglas del artículo 30 del Estatuto Tributario y en consecuencia sobre estas se aplica retención en la fuente por dividendos.

Afirma, que pareciera con esta interpretación, que se está concluyendo que cuando un extranjero realiza actividades en Colombia a través de un patrimonio autónomo, éste se asimila a un establecimiento permanente en Colombia; por ello pregunta:

¿El inversionista de capital del exterior de portafolio que en virtud del Decreto 4800 de 2010 invierte en Colombia a través de un patrimonio autónomo, tiene un establecimiento permanente en Colombia?



¿En caso afirmativo, como debe aplicarse en este evento, el artículo 18-1 del Estatuto Tributario, que regula el régimen tributario de la inversión extranjera?

RESPUESTA:

En primer lugar, debe señalarse que el artículo 20-1 del Estatuto Tributario, define los eventos en los cuales se entiende que una empresa o persona extranjera tiene establecimiento permanente -E.P.- en Colombia:

"ARTÍCULO 20-1. ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. <Artículo adicionado por el artículo 86 de la Ley 1607 de 2012.> Sin perjuicio de lo pactado en las convenciones de doble tributación suscritas por Colombia, se entiende por establecimiento permanente un lugar fijo de negocios ubicado en el país, a través del cual una empresa extranjera, ya sea sociedad o cualquier otra entidad extranjera, o persona natural sin residencia en Colombia, según el caso, realiza toda o parte de su actividad.

Este concepto comprende, entre otros, las sucursales de sociedades extranjeras, las agencias, oficinas, fábricas, talleres, minas, canteras, pozos de petróleo y gas, o cualquier otro lugar de extracción o explotación de recursos naturales.

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

Lo anterior permite observar que no es por el hecho de realizar una inversión de portafolio, por lo que un extranjero no residente tendrá un Establecimiento Permanente en Colombia; puesto que la figura de Establecimiento Permanente se presenta cuando se den los supuestos legales que dan lugar a la realización de ciertas actividades en todo o en parte, como en el caso de la realización de actividad de prestación de servicios hoteleros en el territorio nacional a través de un patrimonio autónomo; y es en ese sentido que la doctrina contenida en el Oficio 0004554 de 2015 se expresa respecto del régimen aplicable (dividendos) para este tipo de actividad en el país, realizados por una inversión directa

Aclarado lo anterior, se infiere que la Inversión de capital del exterior puede ser directa o de portafolio.

Los inversionistas de capital del exterior son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios según lo dispone el inciso segundo de artículo 12 del Estatuto Tributario.

Por su parte, el artículo 1 del Decreto 4800 de 2010, define lo que constituye cada tipo de inversión.

"ARTÍCULO 1o. El artículo 3o del Decreto 2080 de 2000, quedará así:

“Artículo 3o. Definiciones sobre inversiones de capital del exterior. Son inversiones de capital del exterior la inversión directa y la inversión de portafolio.

a) Se considera inversión directa:

i) La adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa o bonos obligatoriamente convertibles en acciones;

ii) La adquisición de derechos o participaciones en negocios fiduciarios celebrados con sociedades fiduciarias sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objeto no se constituya en lo señalado en el literal b) de este artículo;

iii) La adquisición de inmuebles, directamente o mediante la celebración de negocios fiduciarios, o como resultado de un proceso de titularización inmobiliaria de un inmueble o de proyectos de construcción;

iv) Los aportes que realice el inversionista mediante actos o contratos, tales como los de colaboración, concesión, servicios de administración, licencia o aquellos que impliquen transferencia de tecnología, cuando ello no represente una participación en una sociedad y las rentas que genere la inversión para su titular dependan de las utilidades de la empresa;

v) Inversiones suplementarias al capital asignado de las sucursales;

vi) Inversiones en fondos de capital privado de que trata el Título Catorce del Libro Primero de la Parte Tercera del Decreto 2555 de 2010 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

b) Se considera inversión de portafolio la realizada en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE, las participaciones en carteras colectivas, así como en valores listados en los sistemas de cotización de valores del extranjero. (...) resaltado fuera de texto".

De manera concordante el artículo 18-1 del Estatuto Tributario señala que "Los inversionistas de capital del exterior de portafolio son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios por las utilidades obtenidas en desarrollo de sus actividades".

En este contexto, la norma tributaria consagra el régimen aplicable a las inversiones de capital del exterior de portafolio; por lo que la norma debe considerarse exclusivamente para este tipo de inversiones, que no es inversión directa.

Sobre este aspecto, el Oficio No. 038112 de junio 25 de 2014, señaló:

"... I. Elementos esenciales del tributo y retención en la fuente

De manera previa, debe indicarse que el artículo 18-1 del Estatuto Tributario (en adelante ET), modificado por el artículo 125 de la Ley 1607 de 2012, no reguló la retención en la fuente como un mecanismo de recaudo anticipado del impuesto. En efecto, la norma citada fue enfática al referirse a la "determinación del impuesto" (Cfr. Inc. 1, Art. 18-1, ET)[1] a cargo de los inversionistas de capital del exterior. Dicho impuesto debe ser pagado íntegramente mediante la retención en la fuente que les sea practicada al final de cada mes por parte del administrador de la inversión de capital del exterior de portafolio (Cfr. Num. 2, Art. 18-1, ET) sobre los ingresos determinados conforme a los procedimientos establecidos en el numeral 4 del artículo 18-1 del ET. A más de lo anterior, el numeral 3 previó la única excepción a lo anterior al designar como agentes de retención para este tipo de inversiones a las sociedades que distribuyan dividendos gravados en cabeza de los accionistas (Cfr. Num. 3, Art. 18-1, ET).

En línea con lo anterior, el literal 'e' del numeral 4 del artículo 18-1 del ET determinó que la tarifa aplicable a los inversionistas de capital de portafolio del exterior era del 14% o del 25% si el inversionista de capital del exterior de portafolio se encuentra domiciliado en una jurisdicción calificada por el Gobierno Nacional como un paraíso fiscal (Cfr. Dec. 2193 de 2013). Se exceptúa de lo anterior, la tarifa aplicable a los dividendos gravados en cabeza de los inversionistas, los cuales están sujetos a una tarifa del 25% sin que ese mayor valor, respecto de los inversionistas de capital



de portafolio del exterior que no se encuentran domiciliados en un paraíso fiscal, configure una retención en exceso (Cfr. Num. 3, Art. 18-1, ET).

En consecuencia, el procedimiento prescrito en el artículo 18-1 del ET contiene todos los elementos esenciales del tributo a cargo de los inversionistas de capital del exterior de portafolio; siendo estos: el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable, la tarifa y el descuento (retenciones de períodos anteriores), sin que sea procedente calificar esta determinación legal del impuesto como un simple mecanismo de recaudo anticipado.

Es claro entonces que el valor a pagar a título de impuesto sobre la renta y complementarios definitivo para los inversionistas de capital del exterior de portafolio, es el determinado por el artículo 18-1 del Estatuto Tributario. (...)"

En consecuencia, una inversión del exterior de portafolio, regida por el artículo 18-1 del Estatuto Tributario, no configura Establecimiento Permanente en los términos del artículo 20-1 *ibídem*.

En los anteriores términos se absuelve su consulta.

Atentamente,

PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO

Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina (E)

[1] “Para la determinación del impuesto sobre la renta respecto de las utilidades obtenidas por las inversiones de capital del exterior de portafolio, independientemente de la modalidad o vehículo utilizado para efectuar la inversión por parte del inversionista, se aplicarán las siguientes reglas: (...)"
(Subayado (sic) fuera del texto).

Fecha: Sábado, Marzo 12, 2016