

Bogotá D.C., 17 de noviembre de 2016

Honorable Senador:
Óscar Mauricio Lizcano Arango
Presidente del Congreso de la República
Edificio Nuevo del Congreso Carrera 7 No. 8 - 68
E.S.D.

Referencia: Comentarios al Proyecto de Ley No. 178 de 2016 Cámara 163 de 2016 Senado *“Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”*

Respetado Doctor:

De manera atenta nos permitimos someter a su consideración, los comentarios y observaciones de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (en adelante, la CCCE), institución sin ánimo de lucro que agremia a más de trescientas (330) empresas colombianas de comercio electrónico e Internet, respecto del Proyecto de Reforma Tributaria (en adelante, “El Proyecto”).

En primera medida, nos permitimos reconocer el esfuerzo del Gobierno Nacional en la estructuración de esta iniciativa. La exposición de motivos y el desarrollo del articulado, demuestran el juicioso concurso realizado de tiempo atrás por el equipo de gobierno, el cual continúa en manos del legislativo, quien con estricto rigor vienen evaluando la iniciativa.

Ahora bien, como representantes de nuestras empresas afiliadas, de manera respetuosa queremos poner en su conocimiento que el desarrollo del comercio electrónico en general, se ve afectado por algunas disposiciones del Proyecto. Por lo tanto, es nuestra responsabilidad, darles a conocer cuáles son dichas disposiciones, así como la interpretación y el impacto que representan para el desarrollo del comercio electrónico y por qué no decirlo, de la economía en

general, en la medida en que las herramientas y tecnologías que fomentan la expansión del comercio electrónico y los negocios en Internet como una forma de interacción entre individuos, empresas y gobierno, no sólo redundan en la calidad de vida de todos los ciudadanos, sino que incrementan la productividad en aras de la consolidación de la economía del país.

En resumen, las disposiciones respecto de las cuales haremos mención, se refieren a los siguientes temas, cuya explicación respecto del impacto, se abordará a continuación: (i) Servicios de economía digital prestados desde el exterior; (ii) Encarecimiento de bienes y servicios digitales; y (iii) Reflexiones respecto del ICA.

1. Servicios de Economía Digital prestados desde el Exterior

Los artículos 173¹ y 178² del Proyecto, incluyen las reglas especiales para la tributación de servicios de economía digital prestados desde el exterior.

¹ ARTÍCULO 173. Modifíquese el artículo 420 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

ARTÍCULO 420. HECHOS SOBRE LOS QUE RECAE EL IMPUESTO. El impuesto a las ventas se aplicará sobre:

b) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, incluidas las cesiones de derechos, con excepción de los expresamente excluidos.

PARÁGRAFO 3°. Para efectos del impuesto sobre las ventas, los servicios prestados y los intangibles adquiridos o licenciados desde el exterior se entenderán prestados, licenciados o adquiridos en el territorio nacional y causarán el respectivo impuesto cuando el usuario directo o destinatario de los mismos tenga su residencia fiscal, domicilio, establecimiento permanente, o la sede de su actividad económica en el territorio nacional.

² ARTÍCULO 178. Adiciónese el numeral 8 y un parágrafo transitorio al artículo 437-2 del Estatuto Tributario, así:

[Art. 437-2. Agentes de retención en el impuesto sobre las ventas. Actuarán como agentes retenedores del impuesto sobre las ventas en la adquisición de bienes y servicios gravados:]

8. Las entidades emisoras de tarjetas crédito y débito, los vendedores de tarjetas prepago, los recaudadores de efectivo a cargo de terceros, y los demás que designe la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN- en el momento del correspondiente pago o abono en cuenta a los prestadores desde el exterior, de los siguientes servicios electrónicos o digitales:

- a. Suministro de páginas web, hosting, almacenamiento en la nube (cloud computing) y mantenimiento a distancia de programas y equipos.
- b. Suministro de software y sus actualizaciones.
- c. Suministro electrónico de imágenes, texto y otro tipo de información, así como la disponibilidad de acceso a bases de datos digitales.
- d. Suministro de servicios audiovisuales (entre otros, de música, videos, películas y juegos de cualquier tipo, así como la radiodifusión de cualquier tipo de evento).
- e. Suministro de enseñanza o entrenamiento a distancia.
- f. Suministro de otros servicios online (publicidad, plataformas participativas, plataformas de pagos, entre otros).
- g. Y los demás servicios que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determine mediante resolución.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El sistema de retención previsto en el numeral 8 del este artículo, empezará a regir dentro de los 6 meses siguientes a la entrada en Vigencia de esta Ley.

Según la exposición de motivos, la modificación del literal b) del artículo 420 del Estatuto Tributario, pretende introducir la “(...) **aplicación del principio de destino** (vigente hoy en día para las ventas de mercancía) en las prestaciones de servicios desde el exterior, entendiendo que estas se encuentran sujetas a imposición cuando el destinatario y el usuario del servicio se encuentre localizado en el territorio nacional.” (Negritas por fuera del texto original).

Adicionalmente se señala que:

“(…) con la inclusión de este supuesto se pretenden abarcar estas nuevas formas de economía **que por el momento son ajenas a supuestos de tributación**, tales como “Suministro de páginas web, hosting, almacenamiento en la nube (cloud computing) y mantenimiento a distancia de programas y equipos, Suministro de software y sus actualizaciones, Suministro electrónico de imágenes, texto y otro tipo de información, así como la disponibilidad de acceso a bases de datos digitales, Suministro de servicios audiovisuales (entre otros, de música, videos, películas y juegos de cualquier tipo, así como la radiodifusión de cualquier tipo de evento, Suministro de enseñanza o entrenamiento a distancia Suministro de otros servicios online (publicidad, plataformas participativas, plataformas de pagos, entre otros).”

“Finalmente, y a efectos de determinar la territorialidad del impuesto cuando se trata de venta de bienes incorporeales o prestación de servicios desde el exterior se establecen una regla general en parágrafo 3 en donde se indica que **toda prestación de servicios o adquisición de incorporeales se entiende prestado o adquirido en Colombia cuando el usuario directo o el destinatario tenga su residencia fiscal, domicilio, establecimiento permanente, o la sede de su actividad económica en el territorio nacional.**” (El resaltado es nuestro)

Según se observa, el propósito de las normas antes transcritas es principalmente, “abarcar estas nuevas formas de economía **que por el momento son ajenas a supuestos de tributación**”, supuesto que entiende la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico, pero que no puede ser ajena al sinnúmero de impactos e inconveniencia de las disposiciones propuestas, por las consideraciones que se expondrán a continuación:

1.1. Imposibilidad material de efectuar una retención e impactos operativos para los agentes retenedores

El proyecto distingue entre tres (3) posibles agentes retenedores del impuesto a las ventas para los denominados servicios de “economía digital” y abre la puerta a la “indefinición jurídica” quedando al arbitrio de la DIAN la posibilidad de determinar otros posibles agentes retenedores.

En efecto, el proyecto incluye como agentes retenedores a las siguientes entidades:

(i) Las entidades **emisoras de tarjetas débito y crédito**, que corresponderían a los establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia habilitados para tal fin.

(ii) Los **vendedores de tarjetas prepago** de los servicios electrónicos y digitales prestados desde el exterior que defina la norma. En este evento se entendería por ejemplo que la norma abarcaría a comercios tales como grandes superficies y similares, que expenden tarjetas prepago inclusive a Pasarelas de Pago tales quien expende tarjetas prepago.

(iii) Los **recaudadores de efectivo a cargo de terceros**. En este evento, entenderíamos que la norma pretende aplicar a entidades quienes recaudan efectivo a nombre de prestadores del exterior.

Ahora bien, los desarrollos operativos, el impacto, así como la imposibilidad material de realizar la retención propuesta, pueden ser distintos según el agente retenedor que corresponda. Por lo anterior, realizaremos por separado, el análisis en cada uno de los eventos mencionados.

1.2. Implicaciones para los emisores de tarjetas débito y crédito

1.2.1. Imposibilidad material de los bancos locales para realizar la retención a un comercio internacional

En el esquema tradicional de autorización, liquidación y compensación de transacciones tanto a nivel local como internacional, son los “*bancos adquirentes*”³ del país en el que se encuentra establecido el comercio, los responsables de realizar las retenciones tributarias, en el entendido que los mismos han celebrado previamente un contrato con los establecimientos de comercio para recibir y compensar los saldos que reciban con ocasión de las ventas canceladas con medios de pago electrónicos.

Por su parte, los “*bancos emisores*” son los que emiten las tarjetas débito y crédito a los consumidores en nombre de las franquicias. No es de la naturaleza de un banco que actúa como emisor, realizar retenciones tributarias a los comercios, por cuanto los mismos **no tienen una relación contractual de adquirencia**, que según se explicó arriba, la establece el banco adquirente.

³ De acuerdo con el artículo 2.1.4.1.1 del Decreto Único del Sector Hacienda (Decreto 2555 de 2010), se entiende por “Establecimiento de crédito emisor” y “Establecimiento de crédito adquirente” lo siguiente:

a) Establecimientos de crédito emisores: son los establecimientos de crédito que, dentro de un sistema abierto de tarjetas, emiten tarjetas débito o crédito a favor de los tarjetahabientes;

b) Establecimientos de crédito adquirentes: son los establecimientos de crédito que, dentro de un sistema abierto de tarjetas, pagan, **a los propietarios de los establecimientos de comercio en los cuales los tarjetahabientes realizan adquisiciones con tarjetas débito o crédito, el valor de las utilidades efectuadas con tales tarjetas;**

Para explicarlo con un ejemplo, el Comercio “X” localizado en USA tiene en el Banco “A” en USA su cuenta de adquirencia, en donde recibe los recursos por concepto de ventas efectuadas con pagos electrónicos.

A su turno el cliente del Comercio “X”, llamémoslo Cliente “Z” ubicado en Colombia y quien tiene una tarjeta de crédito emitida por un banco local “Banco D”. El Banco “D” sólo tiene la relación con el Cliente “Z” y no con el Comercio “X”. En su condición de emisor, autoriza el pago de la transacción y transfiere los recursos correspondientes al banco adquirente “A” una vez finalizado el proceso de “compensación y liquidación de operaciones”, obligándose a pagar la totalidad del valor autorizado, sin que pueda realizar ningún descuento o retención.

Por lo tanto quien está llamado a efectuar las retenciones tributarias del Comercio en el exterior, es en estricto sentido el Banco Adquirente del exterior, el Banco “Y” en nuestro ejemplo. En consecuencia, y dado que los montos a pagar no dependen de la entidad emisora local, sino de sistemas de compensación y liquidación internacionales, resulta materialmente imposible para un banco emisor local realizar la retención que prevé el Proyecto.

Por lo tanto, no podría hablarse en estricto sentido de una “retención” del Impuesto al Valor Agregado sobre las ventas debido a la imposibilidad material de realizarla un banco emisor local.

1.2.2. Los consumidores colombianos son quienes asumirían un “impuesto” o “cargo” adicional

Según mencionamos en el numeral precedente, dada la imposibilidad material de los bancos locales de realizar una retención a los comercios internacionales, son los consumidores o tarjetahabientes colombianos quienes asumirían la mal denominada “retención del IVA”, generando un sobre costo al valor de la transacción y un encarecimiento a las operaciones de comercio electrónico en general.

En efecto, reconociendo la imposibilidad material y contractual de realizar la retención al banco adquirente internacional por parte del emisor local, el Proyecto denomina “Retención” lo que entenderíamos un impuesto adicional o cargo adicional que estaría cubriendo directamente el tarjetahabiente.

En teoría el sujeto pasivo de una retención sería el proveedor de servicios desde el exterior. Sin embargo, por la imposibilidad explicado, quien termina siendo gravado es el consumidor quien en términos técnicos **no debería asumir la carga tributaria derivada del valor agregado de un bien o servicio proveído y adquirido desde el exterior**. En este sentido, la carga tributaria real

recae sobre el consumidor final para quien se encarece desproporcionadamente el acceso a estos servicios.

1.2.3. Dada la complejidad del nuevo “impuesto” o “cargo” adicional, el Proyecto implicaría que se realicen presunciones respecto de los elementos del tributo o cargo adicional y que se corran múltiples riesgos en perjuicio del consumidor

Teniendo en cuenta la imposibilidad material y contractual mencionada, el nuevo tributo o cargo adicional para el consumidor supone asumir o presumir un sinnúmero de eventos que nos llevan a cuestionar la factibilidad técnica de la iniciativa, en donde en últimas, reiteramos, se encarece el costo para el consumidor colombiano.

A continuación, enunciamos los elementos que deben presumirse para efectos de que los bancos emisores estimen el cálculo del gravamen propuesto, así como de los potenciales riesgos que deben asumir los emisores y que en últimas perjudican al consumidor:

a) Presunción de la base gravable: Dado que los bancos emisores no pueden materialmente diferenciar respecto de que parte del valor de la compra debe aplicarse el IVA, pues no tienen la información del comercio internacional, los mismos deberán asumir la base gravable. Veámoslo con un ejemplo:

Un tarjetahabiente colombiano “A” adquiere un servicio en el comercio del exterior “B” que vale US\$90. Al adquirirlo a través de una “Plataforma de Pagos” “C”, el costo total de la transacción es de US\$100 que incluye el costo de intermediación que le paga el Comercio “B” y que para el ejemplo sería US\$10.

Dada la imposibilidad material del emisor en Colombia de identificar con cada comercio internacional el valor del servicio gravado, el IVA termina siendo sobre US\$100.

b) Riesgo de efectuar una “retención” o “cobro” indebido: La denominada “retención” o lo que entendemos como un “pago adicional”, implica que los bancos emisores colombianos, identifiquen el tipo de comercio que desarrolla las actividades previstas en el artículo 178 del Proyecto.

En este sentido, existe un estándar utilizado por las franquicias, conocido como “*Merchant Category Code*”⁴ (MCC) el cual es asignado por el adquirente al comercio, y que entendemos sería la única posibilidad de identificar la actividad objeto de la medida. El MCC hace parte de

⁴ Según Wikipedia: “A merchant category code (MCC) is a four-digit number assigned to a business by credit card companies (for instance, American Express, MasterCard, VISA) when the business first starts accepting one of these cards as a form of payment. The code reflects the primary category in which the merchant does business and may be used by credit card companies to offer cash back rewards or reward points, for spending in specific categories. Additionally, the MCC is used to classify the business by the type of goods or services it provides”

los códigos numéricos que vienen en la solicitud de autorización de un pago con tarjeta de crédito.

Ahora, si se toma el MCC, es posible que se corran los siguientes riesgos, imposibles de mitigar por parte de los emisores colombianos, quienes deberían asumir una responsabilidad adicional producto de la norma en comento:

- Que el comercio internacional esté mal clasificado por el banco adquirente internacional en una categoría incorrecta. En este caso, supongamos que el consumidor colombiano adquiere un producto o servicio no incluido dentro del listado del 178 y el comercio internacional estuviere mal clasificado.

Dada la parametrización que deberían efectuar los bancos, automáticamente se generaría un sobre costo del 19% para el consumidor, quien una vez revise su extracto bancario interpondrá las reclamaciones a que hubiere lugar, tanto al banco emisor, como a la autoridad tributaria para que anulen el cobro indebido.

En este caso debe revisarse cómo tiene previsto la DIAN resolver las solicitudes de este tipo y la carga operativa que este tema representa.

En paralelo, debe considerarse el impacto para el desarrollo del comercio electrónico y la confianza de los consumidores en los medios de pago electrónicos, en detrimento de su crecimiento y del potencial uso o preferencia del efectivo o de medios de pago adicionales que no permitirían ser objeto de una adecuada trazabilidad.

- Que el comercio internacional se dedique a varias actividades incluidas las relacionadas en el artículo 178 y otras no gravadas. En ese sentido, si el consumidor adquiere un servicio no gravado, a pesar de encontrarse bien clasificado el comercio, también sería objeto del cobro del 19% en la medida que no es posible realizar una depuración a ese nivel y es materialmente imposible para los emisores identificarlo.

En este evento también se asumen los riesgos arriba mencionados, perjudicando no solo al consumidor final y al desarrollo del comercio electrónico, sino que además los emisores, para darle cumplimiento al mandato de “retención” asumen una responsabilidad adicional, inclusive penal, al presumir el tipo de comercio objeto del importe y la generación de un probable “cobro de lo no debido”.

c) Presunción de territorialidad: Dada las complejidades expuestas en páginas precedentes, especialmente en el sentido de que quien realizaría el cobro sería un “emisor local” y no así un “banco adquirente”, los emisores colombianos tendrían que presumir que todos los consumos están ocurriendo en Colombia porque no tienen forma de diferenciar los

consumos realizados y/o disfrutados en el exterior, lo que representa inclusive la aplicación de extraterritorialidad de la norma, contrariando nuestros preceptos constitucionales.

A manera de ejemplo, un estudiante becado que adquiere un servicio provisto desde el exterior y lo adquiere pagando con su tarjeta emitida por un banco colombiano en la ciudad del exterior donde se encuentre estudiando, quedaría gravado. En esta medida, el emisor que realice el cobro del IVA sobre consumos realizados en el exterior estaría cometiendo un delito contra el consumidor por gravar un consumo en contra de la ley colombiana impositiva que no aplica extraterritorialmente.

d) Presunción del modelo de negocio: La norma como está planteada opera bajo un supuesto de que todos los servicios que se enumeran tienen un modelo de negocio y de cobro igual. Es decir, que servicios de plataformas colaborativas ejercen ventas directas sobre el usuario y no en ningún punto sobre los otros participantes de la prestación del servicio. Por ejemplo, no es igual el modelo de negocio de plataformas de intermediación tecnológica del transporte al de envíos o domicilios, prestación de servicios personales, provisión de audiovisuales, música, banco de imágenes, por mencionar algunos casos, adicionalmente implica que las Entidades Financieras, realicen múltiples presunciones: hecho generador, la base gravable, si se está prestando un servicio o comercializando un bien y el lugar en que se está prestando o consumiendo el servicio.

1.3. Impacto para los emisores colombianos

En las líneas precedentes ya hemos expuesto algunos de los impactos para los emisores colombianos. No se trata únicamente de los desarrollos operativos y tecnológicos que deberían implementar para identificar el tipo de transacciones objeto del nuevo “impuesto” o “cargo adicional”.

Adicionalmente, deben implementar un sistema de comunicación con la Autoridad Tributaria para gestionar el sistema de reportería y conciliación producto de la “retención” o “cargo adicional”.

Principalmente, frente a la complejidad de identificar si la transacción realmente corresponde a aquel objeto del gravamen, los emisores colombianos asumirían los riesgos por los cobros indebidos al consumidor y la omisión de las retenciones a la Autoridad Tributaria, asumiendo actividades que no están dentro del objeto social y que representan una carga adicional que requiere una remuneración del Estado en la medida que corresponde a un servicio público, a una función pública.

Estas cargas adicionales que impone la norma, pone a los emisores en constante riesgo de incumplimiento, pues como se explicó, es imposible que una entidad financiera controle el detalle de todas las transacciones de bienes y servicios que realizan los colombianos. Adicionalmente se desconoce que debido al desarrollo que tiene la economía digital a nivel global, para las Entidades Financieras, es imposible identificar el surgimiento de alguna plataforma de servicios electrónicos digitales definidos en el Artículo 178, de manera que se puedan gravar las transacciones recibidas de alguna de estas plataformas. El margen de error es altísimo, de modo que el riesgo de incumplimiento es altísimo también. Tal riesgo podría llevar a los agentes recaudadores a, simplemente, dejar de procesar transacciones con el exterior como sucedió en la provincia de Buenos Aires cuando desarrollaron una norma similar a ésta.

Los artículos 173 y 178, entonces, desconocen las implicaciones tecnológicas y administrativas de las obligaciones impuestas al agente retenedor. Puntualmente, pone en cabeza de éste una carga excesiva para poder identificar cada una de las transacciones en que se esté pagando por los servicios sujetos a retención.

Debe considerarse además, en términos de impacto para los consumidores, que los costos en materia de desarrollo y gestión de riesgos que asumirían los emisores, se trasladarían a los usuarios debido al encarecimiento de los servicios.

Otro riesgo a considerar y que dependería del desarrollo operativo que establezcan los emisores, existe un posible riesgo de incumplimiento, pues es posible en el caso del pago con tarjeta de crédito, es posible que se autorice el pago únicamente por el valor de la venta, pero el tarjetahabiente no tenga cupo disponible y se decline la transacción por el saldo restante, o se genere un sobregiro.

Finalmente, consideramos que los emisores también se verán impactados en el incremento potencial de peticiones, quejas y reclamos por parte de los consumidores, con ocasión de la desinformación de la “retención” o “cargo adicional”. En ese sentido, es de esperarse la presentación de múltiples reclamaciones bien sea por desconocimiento de la norma, por tributación indebida y demás posibilidades asociadas a la complejidad y falta de claridad de la norma.

1.3.1. Impacto para la Autoridad Tributaria

A fin de recibir la información correspondiente a los recursos recaudados por los “agentes retenedores” a que se refiere la norma, al igual que los emisores, la Autoridad Tributaria deberá contar con un proceso operativo y tecnológico que le permita llevar el control y realizar las

conciliaciones necesarias, compensar solicitudes de devoluciones por cobros indebidos, errados y/o por inconsistencias en la TRM del valor de la transacción finalmente liquidado.

Al respecto deben considerarse las complejidades operativas que llevaron al desmonte de la devolución de los puntos del IVA, la cual fue derogada por medio del artículo 77 de la Ley 1739 de 2014 y las dificultades para registrar Impuesto al Consumo en los pagos electrónicos a fin de identificar los hechos objeto de devolución.

La reforma propuesta plantearía dificultades operativas similares, dada la complejidad en establecer si la retención se realizó debidamente y considerando las múltiples presunciones que deben realizar los emisores, advertimos que la Autoridad Tributaria se vería obligada a efectuar las devoluciones a favor de los clientes por concepto de cobros de IVA indebidos. Lo anterior, en la medida que el Estado carece de facultades para recaudar impuestos que la Ley no establece (valor moto, por ej.), los cuales, bajo el supuesto del proyecto, estarían indefinidos, y aún peor, “presumidos”.

1.3.2. Doble Tributación

En línea con las implicaciones y riesgos para la Autoridad Tributaria, es importante destacar el riesgo potencia para el país, en el sentido de la posible vulneración del cumplimiento de Tratados sobre Doble Tributación.

Especialmente se vislumbran posibles incumplimientos de tratados de doble tributación donde se cobró el IVA sobre un valor total supuesto y no sobre únicamente el valor de la plataforma o del servicio digital gravado.

1.4. La norma es ambigua y de imposible interpretación, lo cual genera problemas estructurales de implementación y aplicación

Además de las consideraciones sobre la imposibilidad material de efectuar las retenciones, los impactos para los emisores, consumidores y la misma autoridad tributaria, el proyecto contiene referencias que dificultan aún más su aplicación y ponen en riesgo inclusive el crecimiento del comercio electrónico.

Particularmente los artículos 173 y 178 de la reforma contienen nociones que carecen de definición y frases cuya interpretación genera graves dudas de interpretación, de manera que se crean dificultades en la aplicación e implementación como las siguientes:

El artículo 178 establece los servicios objeto de retención, pero se trata de una disposición abierta que no admite un mínimo juicio de legalidad, pues le permite a la DIAN definir otros servicios sujetos a retención; además, no explica de manera clara la base gravable del tributo, y por tanto es contraria al principio de tipicidad y legalidad en materia tributaria.

Adicionalmente, no existe precisión respecto de los agentes retenedores y los servicios a los cuales se extendería, de forma tal que pudiera estar dentro de su alcance todos los servicios ofrecidos a través de comercio electrónico. Por ejemplo: ¿qué se entiende por vendedor de tarjeta prepago, recaudador de efectivo a nombre de terceros, publicidad, plataformas participativas, plataformas de pagos?

El párrafo 3 del Artículo 420 del ET, modificado por el artículo 173 de la reforma⁵, pretende aplicar a “Modos” de comercio transfronterizo de servicios que no tienen ningún punto de contacto con Colombia, como es el “Modo 2” definido por la Organización Mundial del comercio como el “**modo de suministro o comercio de servicios**”, en que los servicios se suministran en el territorio de un miembro de un acuerdo comercial a consumidores de otro miembro.

Este **modo de suministro** requiere que el consumidor de servicios se traslade al extranjero. Ejemplos son los viajes al extranjero para recibir tratamiento médico o para matricularse en un programa educacional” (fuente OMC). En efecto, estos servicios son prestados desde el exterior y se consideran **prestación transfronteriza**, pero se trata de transacciones que NO ocurren en Colombia a pesar de que la tarjeta de crédito o medio de pago pueda ser expedido por bancos colombianos.

1.5. Asimetrías tributarias en perjuicio de la industria nacional

El artículo 178 del proyecto impone cargas tributarias asimétricas para proveedores colombianos y extranjeros. Lo anterior no solo crea ventajas competitivas para los extranjeros en detrimento del productor colombiano, sino que también atenta contra el principio de trato justo y equitativo y el de trato nacional, imperante en todos los tratados bilaterales de inversión, y el principio preponderante de equivalencia funcional entre el mundo offline y online (es el caso de la publicidad digital con IVA del 19%, frente a la publicidad en impresos con IVA del 5%).

De igual manera, para los tarjetahabientes se generaría un desestimulo al uso de medios de pago electrónicos emitidos por Entidades Financieras nacionales, en razón a que el gravamen sería

⁵ PARÁGRAFO 3°. Para efectos del impuesto sobre las ventas, los servicios prestados y los intangibles adquiridos o licenciados desde el exterior **se entenderán prestados**, licenciados o adquiridos **en el territorio nacional** y causarán el respectivo impuesto cuando el usuario directo o destinatario de los mismos tenga su residencia fiscal, domicilio, establecimiento permanente, o la sede de su actividad económica en el territorio nacional. (Destacamos)

aplicable tan sólo medios de pago nacionales, y se estaría estimulando otros medios de pago no regulados ni emitidos por entidades financiera nacionales vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o migrando al efectivo.

2. La reforma tributaria encarece los bienes y servicios digitales, afectando negativamente el desarrollo económico del país, desincentivando la bancarización y propiciando la reducción de la inversión extranjera

El Proyecto establece las siguientes modificaciones respecto del IVA para bienes y servicios digitales:

Régimen actual	Reforma propuesta
<p>Sin IVA</p> <ul style="list-style-type: none"> • PCs menores a 82 UVT • Tabletas menores a 43 UVT • Internet estratos 1 y 2 (exentos) • Internet estrato 3 (excluido) • Patentes, marcas y bases de datos • Mercadeo digital <p>IVA 16%</p> <ul style="list-style-type: none"> • Otros PCs y tabletas • Teléfonos móviles inteligentes • Celulares • Internet estratos 4, 5, 6 • Software • Datos móvil • Comercio electrónico • Voz móvil (mas sobretasa 4%) 	<p>Sin IVA</p> <ul style="list-style-type: none"> • PCs menores a 33 UVT • Tabletas menores a 22 UVT • Teléfonos móviles inteligentes menores a 22 UVT • Internet estratos 1 y 2 (excluidos) <p>IVA 5%</p> <ul style="list-style-type: none"> • Internet estrato 3 <p>IVA 19%</p> <ul style="list-style-type: none"> • Otros PCs, tabletas y teléfonos móviles inteligentes • Internet estratos 4, 5, 6 • Plataformas • Software • Datos y voz móvil (+ sobretasa 4%) • Patentes, marcas y bases de datos • Comercio electrónico • Mercadeo digital y otros servicios digitales en la red

2.1. Encarecimiento de la economía

En contravía del desarrollo del país y de las metas en cuanto a masificación del uso de internet, las medidas propuestas resultarán en un aumento transversal en los precios de la gran mayoría de herramientas IT actuando en desconocimiento de las necesidades de lo propuesto por el estudio del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (de aquí en adelante DANE) en 2015 en el que se evidenció que del total de los 14 millones de hogares colombianos, 8.199.000 no tienen conexión a internet, y que de estos 3.656.000 expresaron como su razón principal que es muy costoso⁶.

⁶ Indicadores básicos de tenencias y uso de Tecnologías de la Información y Comunicación - TIC en Hogares y Personas de 5 y más años de edad 2015. DANE

En otras palabras, los hogares Colombianos quedarán cada vez más rezagados, sobre todo teniendo en cuenta que lo que se afecta no es solo la conexión, si no todos los servicios que se proveen por internet.

Aún más preocupante es el perjuicio que le causaran a las microempresas en especial, sobre todo a las de menos de 3 empleados, las cuales son la que más baja penetración tienen en estos aspectos digitales y qué más apoyo necesitan⁷.

PCs; tabletas; smartphones; propiedad intelectual; mercadeo digital; acceso a internet fijo; voz móvil; acceso a internet / datos móviles; software; hosting de páginas; servicios de cloud computing; acceso a textos, imágenes, contenidos online; aprendizaje a distancia - todos estos bienes y servicios son fundamentales para aquellas personas que encuentran en la digitalización de servicios la mejor forma para acceder a nuevos mercados y a servicios que de otra manera no podrían demandar.

Encarecerlos (cuando no están gravados o tienen una tarifa actualmente más baja o gozan de beneficios dados unos umbrales establecidos) significa **afectar gravemente al ciudadano**, rezagándolo en temas de educación, emprendimiento, capacidad de trabajo.

A su turno, el artículo 178 además de encarecer el comercio electrónico en general, como se mencionó en los numerales precedentes, también encarecería los procesos de aprendizaje de personas en Colombia que actualmente tienen acceso a cursos en línea con profesores de las mejores universidades y con contenidos novedosos y de última generación, limitando así el acceso al conocimiento y la educación virtual.

El encarecimiento de bienes mediante los cuales se accede a internet (computadores, celulares inteligentes, tabletas) y la reducción de los beneficios tributarios actuales para la compra de equipos, sólo permitirá a los colombianos de menores ingresos el acceso a equipos de baja gama que no son los apropiados para la educación del futuro (pues son de baja memoria, procesamiento, etc). Esto es peor, dado que los umbrales de UVTs que establecían qué equipos estaban exentos o no de IVA, en la práctica son actualmente muchas menores dada la fluctuación de la tasa de cambio. Reducir las UVTs a la tasa de cambio actual empeora la situación del colombiano. Esta situación puede llevar a un aumento en el contrabando de estos bienes.

En consecuencia, se generaría un freno al emprendimiento digital, pues los desarrolladores colombianos que plantearon modelos de negocio asociados a pagos en el exterior, y/o,

⁷ Encuesta de caracterización de las MIPYME colombianas y su relación con la tecnología http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-5328_cuantitativa.pdf

plataformas o sistemas de cloud ahora verán incrementados sus costos y, en tal sentido, se elevarán los costos para los consumidores de estos productos.

Es importante mencionar que no conocemos los soportes técnicos en los que se basó el Proyecto para sustentar el valor del incremento desproporcionado del IVA sobre servicios de internet para el estrato 3. Excluir los servicios de acceso a internet para este estrato de los beneficios tributarios significa perjudicar en generación de competencias y oportunidades de educación y trabajo a la mayoría de la población colombiana.

La reforma impone IVA a bienes que tradicionalmente no han estado gravados como, por ejemplo, los libros digitales. A pesar de constar en el Plan Nacional de Desarrollo el deber de fomentar la digitalización y producción de libros usando herramientas tecnológicas, la reforma termina por torpedear estos objetivos del gobierno.

2.2 Desincentivos a la bancarización

Por otra parte, con la reforma se está fomentando la desbancarización, la informalidad y el uso del efectivo en los pagos, contrario a las líneas de desarrollo del Gobierno, principalmente a las definidas en el Plan Nacional de Desarrollo relacionadas con la bancarización, el estímulo al uso de los medios de pago electrónicos.

Debido a los costos adicionales que impone a las transacciones electrónicas y al dificultar el uso de pagos electrónicos mediante tarjetas de crédito y débito, podrían incrementarse los riesgos asociados a los pagos electrónicos precisamente porque se fomenta que surjan nuevos sistemas de pago que eviten la aplicación de estos impuestos (por ejemplo, cuentas en el exterior). Esto además dificulta las labores de fiscalización de la DIAN.

Así mismo, se genera un desincentivo a pagos electrónicos, poniéndoles en una peor situación de la que estaban frente a sistemas de pago en efectivo. La reforma genera incentivos a la disminución de la capacidad de ejercer trazabilidad a las transacciones financieras, afectando así el proceso de legalización de sectores que venía adelantando el Gobierno Nacional a través del uso de plataformas electrónicas.

La medida también es contraria al Plan Nacional de Desarrollo en cuanto desincentiva los pagos virtuales, poniendo así en riesgo el objetivo de migrar “transacciones en efectivo a transacciones electrónicas”. Puede pensarse que se convierte la norma en un incentivo para hacer un bypass al sistema financiero colombiano. Una diferencia del 19% en precios provee incentivos suficientes a la definición de un mecanismo de uso masivo de procesamiento de pagos que no implique el

uso de servicios financieros colombianos, con lo cual se incentiva el pago de servicios digitales a través de tarjetas pre-pagadas y otro tipo de alternativas en el mercado gris.

Finalmente, advertimos que la norma se convierte en un desincentivo para la creación de nuevas plataformas de economía colaborativa, que eviten el paso por el sistema financiero.

2.3. Reducción de la inversión extranjera en el sector TIC

Las barreras tributarias mencionadas pueden significar una menor expectativa de ingresos en razón a que las mismas dejan a los potenciales demandantes de servicios online con menos posibilidades de acceder a planes de datos móviles con un 23% de impuesto efectivo al consumo y a los demandantes de servicios online, con un sobrecargo del 19%, el cual es asimétrico con el cargo cobrado por oferentes nacionales.

Lo anterior, tiene además el potencial de impactar negativamente el crecimiento, no sólo del sector TIC, sino de todos los sectores de la economía, pues virtualmente todos implementan y se sirven de desarrollos tecnológicos en sus operaciones.

En efecto, el Banco Mundial demostró que un incremento del 10% en la penetración de servicios de internet puede generar un 1% de crecimiento del PIB. El incremento de los precios deja aún más lejos de la frontera del mercado a aquellos que aún no tienen acceso y saca a algunos que -por los bajos costos- acaban de entrar al mercado de servicios de datos fijos y móviles.

Finalmente, los cambios introducidos en la reforma constituyen una potencial violación a los términos establecidos en el Tratado de Libre Comercio suscrito, entre Colombia y EEUU.

3. Reflexiones respecto del ICA

Finalmente, los artículos 293 y 294⁸, sobre la territorialidad del Impuesto de Industria y Comercio, proponen una tarea que implicaría declarar este tributo en los 1122 municipios de Colombia, tarea titánica para el comercio electrónico, sector que en su gran mayoría está compuesto por Mipymes, por ejemplo en el caso de las empresas que conforman la Cámara Colombiana de Comercio de Electrónico, 70% son Mipymes y tan solo 30% son grandes empresas; de las cuales el 53% son tiendas online, estas empresas no tienen la capacidad para declarar en cada uno de los 1228.

En contra de la naturaleza del internet que no posee barreras territoriales, la propuesta del ICA aunque bien fundada, desincentiva la comercialización a nivel nacional, aun teniendo en cuenta el artículo 294, que crea el formulario único nacional y promueve convenios con entidades financieras que permitan el pago a nivel nacional; los comerciantes deberán limitar sus envíos a municipios donde en caso de ser requeridos puedan responder con mayor celeridad, limitando su distribución de forma tal que esta no genere excesivas cargas operativas incluyendo las contables y pueda controlar la cantidad de municipios a la cual es responsable tributariamente.

En consecuencia, es inoperable un ejercicio a nivel nacional con la imposición del ICA de la forma propuesta para el pago del ICA en cada municipio en el que se entregue la mercancía, lo que convertiría la propuesta en una barrera y un desincentivo a la expansión de estos servicios a nivel nacional.

8 ARTÍCULO 293. TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. El impuesto de industria y comercio se causa a favor del municipio en el cual se realice la actividad gravada.

Se mantienen las reglas especiales de causación para el sector financiero señaladas en el artículo 211 del Decreto Ley 1333 de 1986; de servicios públicos domiciliarios previstas en la Ley 383 de 1997; y de la actividad industrial prevista en el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, entendiéndose que el industrial tributa solamente en el municipio de la sede fabril y que la comercialización de sus productos es la culminación de su actividad industrial.

1. En el caso de actividad de servicios, el ingreso se entenderá percibido en el lugar donde se ejecute la prestación del mismo.
2. Las ventas directas al consumidor a través de correo, catálogos, compras en línea, televentas y ventas electrónicas se entenderán como una actividad comercial gravada en el municipio que corresponda al lugar de entrega de la mercancía
3. En el caso de actividades de transporte el ingreso se entenderá percibido en el municipio o distrito desde donde se despacha el bien, mercancía o persona.

ARTÍCULO 294. DECLARACIÓN Y PAGO NACIONAL. Los contribuyentes del impuesto de Industria y Comercio deberán declarar en el formulario único nacional diseñado por la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para efectos de la presentación de la declaración y el pago, los municipios y distritos deberán suscribir convenios con las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera, con cobertura nacional, de tal forma que los sujetos pasivos puedan cumplir con sus obligaciones tributarias desde cualquier lugar del país, sin perjuicio de remitir la constancia de declaración y pago al municipio sujeto activo del tributo, dentro del término que este señale.

Conclusiones y recomendaciones

- Frente a lo anterior y teniendo en cuenta la complejidad, ambigüedad y el impacto que representa para el desarrollo del comercio electrónico, además del hecho de que No existen jurisdicciones que tengan una medida similar implementada, sugerimos respetuosamente que no se aplique y sean eliminados de la reforma los artículos 173 y 178; nuestra propuesta al respecto sería la creación de un Comité Intersectorial que revise el análisis de la OCDE en cuanto a estos temas, para de esta forma ejecutar un plan que promueva la evolución de la economía en Colombia y el desarrollo de un ambiente propicio para los nuevos modelos emergentes, lo cual reduciría el riesgo de frenar el crecimiento del ecosistema digital.

- Con fundamento en las consideraciones expuestas, de manera atenta solicitamos se evalúe el impacto en el incremento del IVA y se establezca un porcentaje que genere un menor impacto en la economía digital.

- En relación con las nuevas normas que implicarían el pago de ICA en el lugar de entrega de cada bien, sugerimos eliminarlas o modificarlas de tal forma que se evite esta inmensa carga a las compañías que realizan comercio electrónico, que independientemente de dónde entregan sus productos, realizan actividades en su lugar de domicilio y es por tanto este lugar el que resulta más apropiado para el pago del tributo.

Esperamos que las anteriores consideraciones sean de utilidad para la labor que usted adelanta y quedamos a su disposición para aclarar, profundizar o sustentar cualquiera de los anteriores comentarios.

Cordialmente,

F.D.O.

VICTORIA EUGENIA VIRVIESCAS CALVETE

Directora Ejecutiva