

NOTAS SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO, 2ª PARTE: ALGUNOS ASPECTOS TRIBUTARIOS

por JAVIER TAPIA CANALES*

Egresado de Derecho, Universidad de Chile

I. Introducción

Hoy en día, a diferencia de lo que estaba sucediendo durante la época de redacción de la primera parte de este trabajo¹, el comercio electrónico a nivel local es una realidad, no un mero proyecto. El “fenómeno” de Internet ha ido en creciente aumento y de un tiempo a esta parte ha invadido y revolucionado costumbres.

Es así como es posible observar, en Chile, un creciente aumento de páginas web y de empresas dedicadas a éste rubro (las comúnmente llamadas “punto.com”), con la consiguiente independencia de aquellas ubicadas en el extranjero; la diversificación de los servicios por ellas entregados; el aumento de la publicidad desplegada, por ejemplo en el transporte público o la televisión; la política gubernamental orientada a que los beneficios de la tecnología lleguen a toda la población (especial mención en esta parte merece el proyecto “Enlaces” del Ministerio de Educación), etc.

Todos estos aspectos inciden en un cambio de mentalidad en la manera de concebir el trabajo y la forma de realizar los negocios. Es preciso un rápido proceso de adaptación para no quedar rezagado en materias del más alto interés, dado que el comercio electrónico cruza todo el espectro de actividades que se puedan imaginar. De este modo, hoy encontramos el llamado *business to business* (B2B) o comercio dirigido a las relaciones interempresas, a juicio de muchos el verdadero motor y donde se encuentran las mayores expectativas de crecimiento de esta rama²; el *business to consumer* (B2C), o comercio dirigido a los particulares; el comercio minorista (*e-retailing*), principalmente vía e-mail; el *business to employees* (B2E), o comercio dirigido a los propios empleados de la firma, etc.

En el ámbito jurídico, el *e-commerce* abarca problemas de propiedad industrial, de formación de consentimiento, de seguridad, de prueba, de responsabilidad civil, etc. En nuestro país, muchos de ellos tienen solución, como ocurre con el primero de los mencionados al existir un Registro de los dominios de Internet, mientras otros la tendrán pronto, como el tema de la seguridad, gracias al próximo reconocimiento legal de la firma electrónica y los medios de encriptación.

* Especiales agradecimientos a la colaboración brindada por el profesor Francisco Selamé M., que realizó la nada de envidiable tarea de corregir estas notas y aportar valiosas ideas a ellas; y a Diego Valenzuela, sin cuya ayuda este trabajo no hubiera sido realidad. Justo es también subsanar la omisión cometida en la primera parte agradeciendo a Juan Pablo Schwencke S.-J y Daniel Jurisic C. por su ayuda en la elaboración de ese trabajo.

¹ Notas sobre comercio electrónico, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 7, año 1999, páginas 39 a 48.

² La expectativa de crecimiento en esta clase de comercio es de US\$300 billones en el año 2002, comparados con los US\$48 billones en 1998; el comercio electrónico dirigido al consumidor, en tanto, reportaba US\$7 billones en 1998 y se esperan US\$80 billones en el mismo año 2002. Véase Deborah Russel, “Electronic Commerce - The United Kingdom's Taxation Agenda”, en www.bnai.com/bnai2/tax/txt/e-com.txt

No obstante lo anterior, un aspecto poco desarrollado, salvo algunos casos que más adelante se detallan, es el de la tributación. Y esto no obedece a la falta de voluntad para abordar el tema, sino que proviene de un debate más de fondo a nivel de países, respecto a si se deben gravar o no las actividades desarrolladas por medios electrónicos. Es así como EE.UU., en una política de fomento al crecimiento de esta clase de comercio, sostiene una postura negativa al gravamen tributario de cualquier clase (postura que, sin embargo, está siendo sometida a revisión, a fin de dar lineamientos generales en la materia), mientras otros países, como España, han dado apoyo y desarrollado propuestas respecto a la tributación en esta materia. En la Unión Europea, en general, el tema se sigue analizando, pero existen algunas definiciones preliminares.

En el presente trabajo se analiza el tema del servidor de Internet como un establecimiento permanente y otros problemas algo menores; luego se desarrollan las propuestas de distintos países en la materia, para finalizar con una somera revisión al caso chileno y el estado actual de nuestra legislación. Si bien el tratamiento de las diferentes materias puede resultar un poco inconexo, ello obedece a que el principal objetivo de este trabajo es mostrar en términos amplios los diversos aspectos tributarios que se vinculan al *e-commerce*.

II. El servidor de Internet como un establecimiento permanente³

A. Aspectos preliminares

El primero y quizás más importante de los temas discutidos en cuanto a la tributación en Internet es el hecho de considerar al servidor como un establecimiento permanente.

Generalmente, la renta producida por un negocio se grava sólo en el país de residencia de la empresa, sea que él se lleve a cabo en el propio Estado o en el extranjero. Una excepción a este principio se da cuando la actividad es realizada en el país de la fuente de la renta (en el extranjero) por un ente independiente de la empresa, esto es, a través de un establecimiento permanente. En este caso, el país de la fuente posee el derecho de gravar la renta que dicho establecimiento produce, puesto que este tradicional concepto se basa en que la actividad llevada a cabo por él podría realizarse igualmente por un empresario individual local, de modo tal que el establecimiento tributa de la misma forma que lo haría un residente de este país.

En consecuencia, el problema del establecimiento permanente es un problema de sujeción pasiva a la obligación tributaria: quien posee un establecimiento de éste carácter se deberá sujetar al régimen tributario del Estado donde se encuentre. Consecuencialmente, se presentará el problema de la doble tributación internacional, dado que la renta del establecimiento tributará en el país de la fuente (es decir, donde se encuentra ubicado) y también en el país de la residencia de la empresa que constituye el establecimiento, producto de la dualidad de residencias como puntos de conexión.

³Véase Christian Chérut, "Tax aspect of electronic commerce transactions", en: *International business lawyer*, volumen 27, número 6, junio de 1999, páginas 258 a 263; y Rosemarie Portner, "The Internet server as a Permanent Establishment - some further thoughts", en: *Tax planning international, e-commerce*, volumen 1, número 9, septiembre de 1999, página 20 y siguientes.

1. El concepto de establecimiento permanente

No es de extrañar que los conceptos de establecimiento permanente se basen en la existencia de "presencia física". Por ejemplo, el "Tratado Modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico" (en adelante OECD), que será tomado como base para el análisis, lo define en los siguientes términos: *para los fines de este convenio, el término establecimiento permanente significa un lugar fijo de negocios en el que una empresa efectúa toda o parte de su actividad*⁴. Los requisitos que la definición contiene son:

- Un lugar fijo de negocios: esto implica relaciones permanentes (se exige un cierto grado de permanencia) entre el lugar de los negocios y un punto específico de la tierra⁵. El establecimiento no puede dejar de ser utilizado sino en circunstancias extraordinarias y no se requiere de un título de propiedad sobre él (en Internet esto es importante, entre otros, por el tema de los web malls). En ciertos casos será necesario el uso de maquinaria o equipamiento.
- Que se lleve a cabo la actividad del negocio: es el denominado "criterio de servicio". El establecimiento debe estar destinado a servir a los propósitos del negocio.
- Usualmente el establecimiento permanente implica empleo de personal. Sin embargo, el tema es discutido, considerándose que a veces es suficiente el uso de maquinaria automatizada. Desde el punto de vista de Internet, y para efectos impositivos, en principio es conveniente combatir el hecho de que se considere establecimiento permanente aun sin el empleo de personal.

También se considera que existe un establecimiento permanente si la actividad se desarrolla por una persona que no sea agente independiente, que actúe en representación de la empresa y tenga (y ejerza) la autoridad para celebrar contratos en representación de ella. (artículo 5°, números 5 y 6 del Tratado modelo OECD).

Finalmente, muchos tratados enumeran una serie de actividades que si son realizadas no permiten considerar como permanente a un determinado establecimiento. La característica común de ellas es que se trata, en general, de actividades de carácter preparatorio o auxiliar. La OECD no es la excepción en la materia y en su artículo 5°, número 4, dispone: *No obstante las disposiciones anteriores de este artículo, el término "establecimiento permanente" se considerará que no comprende:*

- 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 almacenaje, exposición o entrega.
- 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.

⁴ Artículo 5°, número 1.

⁵ En el tratado, en general, se utiliza el domicilio o residencia como punto de conexión, al igual que como lo hace la Ley de la Renta en nuestro país (artículo 3°). En el Código Tributario, el artículo 8°, número 8, considera "residente" a toda persona natural o jurídica que permanezca en Chile por más de seis meses en un año calendario, o más de seis meses en total dentro de dos años tributarios consecutivos.

- e) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de desarrollar, para la empresa, toda actividad de naturaleza preparatoria o secundaria.
- f) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de desarrollar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subpárrafos a) y e), siempre que la actividad global del lugar fijo de negocios resultante de esta combinación sea de naturaleza preparatoria o secundaria.

2. *El Servidor y algunos conceptos relacionados a él*

El servidor (*server*) es un computador que proporciona recursos (por ejemplo, acceso a ficheros, servidores de nombres) a otros computadores conectados a una red, entendiéndose ésta como un sistema de comunicación de datos que conecta entre sí sistemas informáticos situados en diferentes lugares. En Internet (la “red de redes”) este término se utiliza muy a menudo para designar a aquellos sistemas que proporcionan información a los usuarios de ella. Microsoft lo ha definido como “una estación *host* de datos que proporciona servicios a otras estaciones”⁶.

El servidor es la máquina principal de una red, la que se encarga de administrar los recursos de ella y el flujo de la información. Muchos de los servidores realizan tareas específicas, como por ejemplo, un servidor de comunicaciones, uno que sólo controla el flujo de los datos, etc. A este servidor se conectan las estaciones de trabajo o terminales por algún tipo de medio de transmisión de datos, sea terrestre (o físico, como el cable coaxial o la fibra óptica) o aéreo (que son ilimitados, como la señal microondas o el rayo láser).

Para que una máquina sea un servidor requiere ser una computadora de alto rendimiento en cuanto a velocidad y procesamiento, y de gran capacidad en disco duro u otros medios de almacenamiento.

Existen diversos tipos de “geografía” de las redes, que corresponden a la distribución física del cableado, lo que se denomina “topología física de la red”. Entre las más importantes encontramos estrella, bus y anillo. En la primera, todos los terminales se conectan a un núcleo central (servidor), por lo que si uno de ellos no funciona los demás no se ven afectados, salvo que el servidor se “caiga”. En la topología bus no hay un equipo central, sino que existe una línea central compartida por todos los sistemas conectados a la red. En la topología anillo, todos los terminales se conectan a una cadena cerrada (en forma de anillo). Estos dos últimos tipos se asemejan en que cualquiera de los terminales puede ser el servidor.

B. *¿Puede un servidor ser considerado establecimiento permanente?*

Primero hay que dejar en claro que el debate central está dado por la división de los partidarios del derecho a sujetar las actividades que se desarrollan por medio del comercio electrónico a la legislación tributaria del país donde se encuentre el consumidor (país de la fuente, o sea, donde se encuentra el mercado, independiente de la presencia física), en el país de la residencia principal del vendedor electrónico, o en el país donde se encuentre el servidor o el *Website* (que puede ser cualquiera de los dos primeros u otro). Bajo cualquier discusión respecto a si se debe considerar o no al servidor o al sitio web como un establecimiento permanente se encuentra la división entre los seguidores de la tributación basada en la fuente o en la residencia. Lo que

⁶ Glosario de términos de Internet, en: <http://home.microsoft.com/intl/es/tutorial/glossary.htm>

ocurre es que los beneficios de gravar estas actividades podrían llegar a ser cuantiosos.

La solución parece ser la tributación en el lugar donde se encuentra el mercado consumidor (por ejemplo, a través de un impuesto general de retención⁷), independiente de la presencia física, dado que este nexo tributario tradicional falla en el caso del comercio electrónico. En abono de esta solución se encuentra el hecho de que con ella un mayor número de países participarían de las ventajas tributarias del comercio *on-line*, independiente de su grado de desarrollo en la materia, y que la disminución de establecimientos permanentes implicaría una caída en los costos asociados a la producción, con la consiguiente ventaja para los consumidores al caer los precios⁸.

Sin embargo, lo anterior implicaría un debate acerca de si es o no apropiado reemplazar el criterio de "presencia física" por culpa de los adelantos tecnológicos y sólo a propósito de ellos (porque la presencia física seguiría siendo necesaria en los establecimientos tradicionales).

1. Caso del vendedor que hace uso de Internet

El problema aquí es determinar si el vendedor que utiliza un servidor, del cual puede o no ser dueño, posee un establecimiento permanente en el país de la fuente para efectos de tributar en él.

Un primer problema a considerar es que el servidor puede ser cambiado fácilmente de un lugar a otro, dependiendo de la conveniencia del negocio, por lo que el criterio de establecimiento "fijo" no funciona muy bien en este tipo de transacciones. Si en un país X se considera al servidor como establecimiento permanente, el vendedor moverá el servidor a un país que no lo considere de ese modo para evitar la tributación. Así, si una tienda de discos compactos opera en Chile deberá tributar como cualquier empresa; pero si ella decide operar por vía electrónica y dar sus órdenes de envío desde Brasil no pagará impuestos locales, dada su falta de residencia local, pese al gran volumen de transacciones que pueda realizar en nuestro país.

Respecto a lo mismo, se debe tomar en cuenta la utilización de computadores personales, puesto que el término fijo, si bien implica la conexión a un punto geográfico fijo, no significa que el equipamiento debe ser totalmente inmóvil. El término fijo debe ser considerado en forma razonable, interpretando que basta una presencia más o menos extensa del contribuyente en el país, de acuerdo a la naturaleza del negocio.

Es característica de Internet la dificultad de asociar la actividad *on-line* a una situación física definida. Ello genera dificultades para determinar el sistema tributario aplicable a una transacción o un negocio totalmente virtual, lo que facilita la utilización de los "paraísos fiscales" como sede virtual de empresas y ofertas comerciales que en definitiva tienen su origen en otro país cuyo sistema tributario se trata de eludir.

Por otro lado, muchas veces se mantienen los llamados "servidores espejo", softwares idénticos a un original. La utilización de uno u otro de estos servidores para el transporte de

⁷ La vía del impuesto general de retención se encuentra lejos de estar exenta de críticas. Las transacciones realizadas en forma directa entre empresas y clientes difícilmente pueden ser descubiertas por los organismos fiscalizadores, dado el ambiente de anonimato propio de Internet. Además, un impuesto de esta clase parece poco probable de ser aceptado por el sector privado; y en cuanto al sector público, el cálculo de la recaudación se vuelve extremadamente difícil, desde que depende del interés desplegado por los particulares en esta clase de negocios.

⁸ Se podría criticar que la tributación en el país del mercado consumidor implica un desplazamiento de la tributación de un país (el de residencia) a otro (el del mercado), lo que llevaría aparejados reclamos de compensación por parte de los países que se sintieran menoscabados en sus derechos. Sin embargo, con este último argumento de la disminución de costos resulta que no hay un traslado de impuestos, sino que esta parte de la renta imponible simplemente ya no existe.

información puede no ser una decisión de la empresa, y puede llegar a ser imposible saber cuál se usó, o seguir el rastro en un caso individual. Esto causa dificultades adicionales en la determinación del lugar donde la actividad del negocio es llevada a cabo (en qué particular servidor se realiza).

Un tercer problema es la utilización de personal. Una interpretación amplia del término “establecimiento permanente” implica no tomar en cuenta el empleo de personal, con la consecuencia de que se amplían las posibilidades de que el servidor sea considerado uno de ellos. La opinión que tiende a imponerse es que la presencia humana es irrelevante al momento de la calificación.

Ahora bien. Si se parte del supuesto que el servidor es un establecimiento permanente, resulta también importante tener en cuenta la demarcación entre el núcleo del negocio y las actividades auxiliares o preparatorias del mismo, lo cual es decisivo a la luz del Tratado modelo OECD y otros. Las funciones del servidor deberán ser examinadas en cada caso particular, puesto que él puede ser utilizado con distintos fines por el vendedor, tales como el mero almacenaje de información hasta la conclusión de contratos y “entrega de productos”, algunos de los cuales no calzan directamente en las descripciones dadas por el tratado. Los casos siguientes se desarrollan a modo de ejemplo:

- a) Cuando el servidor es utilizado para concluir contratos, su función podría ser asimilada a la de un agente dependiente, que trabaja bajo las órdenes determinadas del principal, contratando a nombre y en beneficio de los negocios que representa. Sin embargo, las decisiones finales de control son tomadas casi siempre por el proveedor de contenidos en su calidad de principal. Incluso si fuese el propio servidor quien tomara las decisiones en forma automática dentro de un rango predeterminado (los denominados *smart softwares*), de todos modos la ley⁹ y los tratados¹⁰ definen al agente dependiente o representante como una “persona”, carácter del que no participa el servidor. Por ello, si el objeto del negocio es contratar a través de él, podrá objetarse el hecho de considerarlo como un establecimiento permanente.
- b) Cuando el servidor es usado como herramienta de comunicación para el cambio de declaraciones de intención, cartas de interés, inicio de las tratativas de la parte preliminar de un contrato, etc., no hay base para suponer la existencia de una agencia. En este caso el servidor está siendo usado en una forma que corresponde a medios de comunicación tradicional, por lo que difícilmente podrá ser considerado un establecimiento permanente.
- c) El abastecimiento de productos a los clientes a través de la descarga (por ejemplo, el caso de la transacción de un software que se descarga directamente de la página que lo provee) excede el criterio de un mero transporte, porque pareciera que en este caso se comercializan productos como una actividad principal, pudiendo darse la presencia de un establecimiento permanente en este caso. Pero en realidad el vendedor está utilizando el servidor de la misma forma como utilizaría un almacén desde el cual se entregan los productos, actividad considerada como auxiliar¹¹. Esto también podría ser válido para servicios arrendados por un proveedor de acceso, donde el principal negocio es dar acceso al proveedor de contenidos y a sus clientes; sin embargo, este último caso requiere de un análisis particular.

⁹ Ver artículo 8°, número 6 del Código Tributario. La persona puede ser natural o jurídica.

¹⁰ Tratado modelo OECD, artículo 5°, número 5, en relación al artículo 3°, número 1 a), que incluye entre las personas a las físicas, las sociedades (que significa cualquier persona jurídica, de acuerdo a la letra b) y cualquier otra agrupación de personas.

¹¹ Ver artículo 8°, número 4 b) del Tratado.

2. El caso de los Internet Service Providers (ISP)

La conclusión general a la que necesariamente se debe llegar es que el servidor de Internet no debiera ser considerado un establecimiento permanente. Esto en razón de que a través de él normalmente se desarrollan actividades de tipo preparatorio o auxiliar. En esta línea, la administración alemana, por ejemplo, ha adoptado la tendencia a considerar que la mera mantención de un servidor de Internet, a través del cual se desarrolla el negocio, no es un establecimiento permanente¹².

Sin embargo, lo anterior cambia si el servidor ya no es un medio por el cual la empresa conduce sus negocios, sino que constituye más bien el aspecto principal del negocio empresarial. Este es el caso de los *Internet Service Provider* (ISP) o proveedores de acceso *on-line*¹³.

En este caso, para determinar si el ISP configura o no un establecimiento permanente es necesario analizar la instalación inicial del equipo:

- a) No existe establecimiento permanente si la empresa solamente mantiene o establece el equipamiento, el cual es arrendado a otras compañías;
- b) Puede haber establecimiento permanente si la empresa, además del arriendo, opera los equipos y los mantiene;
- c) También puede existir un establecimiento permanente si el ISP es operado por agentes dependientes de otro ubicado fuera del país de la fuente.

III. Otros aspectos tributarios de menor entidad relativos al *e-commerce*

A. La calificación de las transacciones electrónicas

Otro de los problemas que plantea la tributación del comercio por medios telemáticos es el saber si la transacción debe ser calificada como venta de bienes, como una transferencia de intangibles, o como un servicio. El problema se plantea porque no se conoce una forma única de digitalizar información y hacer negocios a través de Internet; por ejemplo, muchos productos que en un principio ofrecían un soporte material hoy ya no lo requieren (libros, canciones que se encuentran a disposición del usuario en formato MP3, diarios y revistas, programas computacionales, etc.).

La diversa calificación que se le otorgue a la actividad incide en el tratamiento tributario. Así, si se la considera venta de bienes, la renta proveniente de ella tributará en el país de la residencia, salvo el caso del establecimiento permanente; si se trata de licencia de intangibles, según el tratado modelo de la OECD las regalías tributan en el país beneficiario de ellas, léase aquel que las otorga (artículo 12)¹⁴. Respecto de esto último, cabe tener presente que si bien muchos productos transmitidos a través de Internet se encuentran protegidos por normas de propiedad intelectual, se considera que no generan renta calificable de royalty.

¹² Rosemarie Portner, *ob. cit.* [nota 4].

¹³ Para conectarse a Internet desde un computador personal sólo es necesario un módem, una línea telefónica y una cuenta de conexión; esta última es suministrada por los ISP.

¹⁴ Lo que en caso alguno constituye la única solución: en el Pacto Andino los royalties tributan en el país pagador.

Por lo demás, se acepta que sobre cierto exceso se pueda someter a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante (ver artículo 12 N° 4 del tratado modelo de la OECD).

Por otro lado, el artículo 2° de la Ley del IVA chilena (DL 825), considera “venta” a las convenciones que recaen sólo sobre bienes corporales (artículo 2° N° 1). De este modo bastantes transacciones quedarían excluidas de la aplicación de tan importante tributo, por esta vía. Sin embargo, muchas de ellas sí podrán encuadrarse dentro del concepto de “servicios” del artículo 2° N° 2.

También podría surgir responsabilidad por impuesto adicional, el cual se aplicaría con tasas diferenciadas según la diversa calificación que se otorgue a la actividad.

B. El comercio minorista (*E-retailing*)¹⁵

El *e-retailing*, en general, es el comercio minorista a través de Internet. Sin embargo, se le tiende a asociar a las ventas vía correo electrónico, denominadas más propiamente como *mail-order business*, más desarrollado que el comercio electrónico propiamente tal.

Dos son los factores que explican el crecimiento del comercio minorista en Internet: el crecimiento de la demanda de consumo y las ventajas que una empresa puede obtener al vender por esta vía, entre las cuales se pueden mencionar: la presencia mundial, desintermediación, reducción de barreras tradicionales de entrada a mercados (como los costos del staff de ventas, por ejemplo), etc.

Este comercio minorista opera a través de diversas vías, las cuales incluyen:

- a) venta directa;
- b) ventas vía un distribuidor o agente. Este último puede poner a la venta productos de uno o varios vendedores, de una o diferentes industrias.
- c) vía *web mall*: diversos vendedores ofrecen productos en un sitio, cuyo dueño cobra una renta o una comisión basada en un porcentaje de las ventas.

La elección depende de las características de la compañía: de su tamaño, del grado de conocimiento que el público consumidor tenga de ella, o bien de la cantidad de recursos que esté dispuesta a desembolsar.

Ahora bien, dependiendo del lugar donde se realiza la operación y desde donde los bienes son suministrados surgen diferentes posibilidades de tributación. La importación de bienes y servicios se encuentra afecta a IVA e impuestos aduaneros, por lo que desde este punto de vista, una adecuada política tributaria otorga posibilidades a una compañía de mejorar sus resultados. Además se debe considerar que si la compañía solamente promociona los productos a través del sitio web, no hay responsabilidad por el IVA, pero sí la habrá en caso de que se comercialicen productos. La regla básica, al igual que en el comercio tradicional, es que el IVA se recarga en el lugar donde los bienes son suministrados; no hay diferencias si se utilizan medios tradicionales de compra o medios digitales.

Dadas las diferencias de tasas del IVA en el mundo (denominado VAT en Europa), el precio al cual se ofrecen los productos en Internet muchas veces no incluye impuestos de venta ni aduaneros, por supuesto. Por lo tanto, el consumidor corre el riesgo de tener que pagar más de lo previsto para obtener la entrega definitiva del bien. La mejor solución será evaluar todos los costos asociados a las compras en la red, como gastos de envío, impuestos, etc., y realizar una comparación con el gasto que implicaría adquirir dicho producto en nuestro país; si se opta de

¹⁵ Las ideas de esta parte han sido tomadas principalmente de Everett Gallagher, David Graham, Paul Heiselmann y Ian Somerville, “E-retailing: tax opportunities and pitfalls”. En: *Tax planning international. E-commerce*. Volumen 1, número 9, septiembre de 1999. Páginas 3 y siguientes.

todas maneras por adquirir el producto vía electrónica, es bastante conveniente tener presente que EE.UU., en su ya mencionada política de fomento y apoyo al *e-commerce*, devuelve los impuestos pagados en otros Estados por operaciones realizadas con firmas de ese país, previo envío del certificado correspondiente al proveedor y del reconocimiento del gravamen por parte de éste (respecto de este último punto es importante destacar que en dicho país no existe IVA, por lo que mal podría solicitarse devolución de este gravamen).

Los mayores “peligros” del comercio minorista virtual están relacionados con la posibilidad de que se configure un establecimiento permanente. También, aunque fuera del campo tributario, existe la posibilidad de un alejamiento de la clientela en caso de que ciertos distribuidores sean eliminados de la cadena de distribución, producto de la desintermediación que se genera al cambiar desde el comercio tradicional al electrónico.

IV. El desarrollo de los principales aspectos tributarios en el derecho comparado

A. *Las propuestas del gobierno norteamericano*

La política estadounidense se basa en el fomento de las actividades electrónicas por la vía de no permitir ningún gravamen de carácter tributario en ellas; menos impuestos, menos regulación, es considerado como la llave de la economía del siglo XXI.

En pro de esta política del “dejar ser”, se elaboraron una serie de propuestas que, en principio, tendrían una duración aproximada de tres años, a contar de 1998. Luego de este período se procedería a una revisión de ellas, a fin de dar los lineamientos generales del sistema en materia tributaria. Sin embargo, con fecha 10 de marzo del presente año se intentó, aunque sin obtener las mayorías necesarias en el Congreso, que la proscripción se extendiera por cinco años más, hasta el 2006¹⁶; por otro lado, con fecha 16 de mayo del presente año, la Cámara de Representantes aprobó un proyecto de ley que bloquea cualquier intento de la denominada Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) de establecer tarifas por el uso de Internet. Esto último, aunque fuera del ámbito estrictamente tributario, puede ser entendido como una señal de que la política de no perturbar de manera alguna el desarrollo del *e-commerce* sigue plenamente vigente¹⁷.

Las propuestas del gobierno norteamericano se pueden sintetizar de la siguiente forma¹⁸:

- *Duty free*: el ciberespacio debería ser declarado como una zona libre de aranceles, en la que los productos y servicios puedan circular libremente;
- *Impedir la creación de nuevos impuestos*: solamente los impuestos ya existentes podrían ser aplicados al comercio en Internet. Ningún impuesto nuevo debería crearse para gravar las transacciones electrónicas. La tributación del comercio electrónico debe ajustarse a los principios de la tributación internacional, impidiendo la existencia de sistemas contradictorios entre sí (esto es, compatibilizando los distintos sistemas nacionales) y evitando la doble imposición;
- *Sistemas sencillos y transparentes*: especialmente se deben minimizar la conservación de comprobantes para todas las partes implicadas;

¹⁶ Lawrence Reed, “Keep the Internet tax free”. Marzo 31 del año 2000.

¹⁷ Fuente: agencia Reuters.

¹⁸ Estas propuestas fueron tomadas de Javier Ribas Alejandro: *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, editorial Aranzadi. Pamplona, 1999. 294 p.

- *Evitar los impuestos discriminatorios* a fin de evitar la distorsión u obstaculización del comercio electrónico. Esto implica, por supuesto, evitar la creación de incentivos que puedan cambiar la naturaleza de las transacciones o su ubicación geográfica;
- *Debe impedirse la aplicación de barreras que tengan el mismo efecto que un arancel*, tales como restricciones de contenidos, exigencia de obtener licencias, etc.;
- *Anonimato*: debe tenerse en cuenta el interés o necesidad de los usuarios de hacer transacciones anónimas;
- *Micropagos*: existen una serie de productos y servicios cuyo suministro genera múltiples transacciones de escasa identidad. Los diversos sistemas tributarios nacionales deberán prever el tratamiento de los micropagos;
- Finalmente, debe tenerse en cuenta el problema de considerar como establecimiento permanente a las sedes virtuales, analizado anteriormente.

El gobierno norteamericano ha manifestado en diversas ocasiones que la OMC debería estudiar la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la no aplicación de aranceles a la información transmitida a través de Internet. Se señala que en la actualidad ningún Estado miembro considera importantes las transacciones electrónicas a efectos aduaneros, y que ninguno establece aranceles a este tipo de transferencias (situación que tiende a variar hoy en día), por lo que esta práctica puede ser contemplada por normas de la OMC. La idea de exención de gravámenes arancelarios en temas como software, libros en formato digital, asesoramiento financiero u otros, se limita a la entrega de estos bienes en formato digital a través de Internet y no alcanza a los bienes solicitados a través de éste mecanismo, pero entregados por medios convencionales (correo, DHL, mensajeros, etc.).

En fin. El debate en el país del norte continúa, y las voces que no desean la regulación parecen ser bastante numerosas. Se señala principalmente que el supuesto colocado bajo un impuesto es que se está pagando por un servicio que el gobierno provee (una retribución), una política de protección. Los vendedores ubicados fuera del respectivo Estado sin presencia física en él no reciben ninguno de dichos beneficios otorgados por los pagos que deberían realizar en los países en que no residen. Así, la Internet libre de impuestos mantiene las simetrías para todo tipo de comerciantes.

B. *El caso español y la Unión Europea*

En España existe la llamada “Comisión para la Tributación del Comercio Electrónico”. Esta comisión presentó los lineamientos básicos respecto al comercio electrónico y su régimen fiscal, los cuales son:

- Es preciso definir y dar a conocer las obligaciones y derechos de los comercios virtuales y de los compradores. Es especialmente importante para el consumidor saber qué información de tipo fiscal y tributaria debe facilitar el comercio; qué facturas son válidas y cuales no; qué medios de pago son aconsejables; y qué derechos amparan al contribuyente en caso de incumplimiento o rechazo de la transacción;
- Se considera necesario plantear una actividad o una figura legal que facilite la creación de negocios on-line cuando estos sólo tienen su actividad en la red;
- Debe potenciarse un marco que permita la uniformidad global en materia impositiva, para evitar que las empresas trasladen sus centros de actividad por intereses en materia impositiva;
- El fenómeno de la multiventa debe ser regulado desde el punto de vista de la fiscalidad,

pero debe ser, además, estrechamente tutelado, para evitar el uso de Internet en ventas piramidales de tipo fraudulento.

Se observa una postura favorable a la regulación, a diferencia de la postura de los EE.UU. La Unión Europea en general se muestra de acuerdo con ella, señalándose, en todo caso, que en el ámbito de la fiscalidad indirecta deben concentrarse todos los esfuerzos en la adaptación de los impuestos ya existentes (en concreto el IVA) al comercio electrónico, y que para efectos del IVA las transacciones sin soporte material por la red deben ser consideradas como una prestación de servicios.

Se destaca en Europa el hecho de que la facturación sin papel será una de las características del *e-commerce*; deberá autorizarse para estos efectos este tipo de facturación, estableciéndose medios de control para la prevención de abusos. Una importancia se da en materia de cooperación internacional para un tratamiento uniforme en esta área.

C. La OECD

En diversas reuniones realizadas durante 1997 y 1998, la OECD acordó la creación de un foro de debate respecto a los impuestos en Internet, ya que se trata de un tema que ningún país puede resolver solo y que, por el contrario, importa a toda la comunidad internacional (a modo de ejemplo, hay una serie de aspectos de doble tributación internacional subyacentes). Los criterios de inspiración del trabajo deben ser la neutralidad e imparcialidad, así como la necesidad de evitar un exceso de impuestos.

Los problemas y dificultades que se han detectado son¹⁹:

- Determinar las partes que intervienen en una transacción electrónica;
- Conocer la localización de las personas físicas y jurídicas que participan en un negocio en Internet;
- Obtener documentos probatorios;
- Aplicar retenciones de impuestos en operaciones financieras;
- Aplicar categorías de impuestos;
- Capacidad real de las administraciones tributarias para impedir la evasión fiscal, debido a la mayor accesibilidad a los “paraísos fiscales”.

D. La agenda tributaria del Reino Unido²⁰

La preocupación por el tema que está siendo analizado en estas notas es particularmente importante en el Reino Unido, ya que a la luz de los resultados de fines de 1998, ocupaba el segundo lugar –detrás de Alemania– en el nivel de transacciones en el mercado de Internet, con un 25% del mismo (contra un 30% de los germanos). Tal es la importancia que se asigna en la materia, que entre las iniciativas que se proponen se encuentra el mantenimiento de un “foro de consultas y opiniones” respecto a la aplicación de impuestos en la red y la posibilidad de designación de un “e-ministro” y un “e-embajador”.

En razón de esto, el 26 de noviembre de 1999 se publicó un documento gubernamental que da cuenta de las iniciativas que se proponen y los objetivos planteados en torno a la

¹⁹ J. Ribas, *ob. cit.* [nota 19], página 150.

²⁰ Deborah Russell, *ob. cit.* [nota 3].

tributación de los negocios *on-line*. Él tiene por finalidad “dar la bienvenida a los lectores” respecto al tratamiento del tema a nivel de gobierno.

El documento consta de ocho capítulos más su correspondiente introducción, en la cual se señala que la eventual aplicación de impuestos no debieran ser una barrera para el crecimiento del comercio electrónico, dado que las reglas de tributación y su acatamiento en esta área debe ser neutro, igualitario entre esta clase de comercio y otras formas más tradicionales. Con esto se quiere expresar lo ya señalado por otros países, en cuanto a que no deben crearse categorías especiales de impuestos para el *e-commerce*.

El contenido del documento, a grandes rasgos, es el siguiente²¹:

- Capítulo I: “Medidas de fomento al comercio electrónico”. Entre otras, se señalan: reducción de las tasas de impuesto a las empresas medianas y pequeñas; autorización para los aumentos de capital en el primer año y otros incentivos especiales a compañías que operen en la red; un nuevo replanteamiento y desarrollo del *tax credit*; reformas a la tributación de la propiedad intelectual, etc.
- Capítulo II: “Modelando el futuro”, referido a las propuestas y principios que configurarán la actividad en los próximos años. Se señala que los principios básicos en la aplicación de tributos al comercio electrónico deben ser la neutralidad, certeza y transparencia, efectividad y eficiencia. Esto no significa que deban introducirse necesariamente nuevos impuestos o realizar mayores cambios a la legislación o regulación ya existente, pero debe reconocerse –al menos– que existe un cambio en potencia.
- Capítulo III: “El escenario internacional”. Se destacan las participaciones a nivel mundial del Reino Unido en la OECD, las reuniones del G8, etc.
- Capítulo IV: “Aprovechamiento de la tecnología y modernización de la administración impositiva”.
- Capítulo V: “Los desafíos en cuanto al acatamiento a los impuestos y las medidas de la autoridad”. Hay 4 grandes áreas en que se desarrollan propuestas: la *identificación* de quién realiza los negocios; la *seguridad*, o sea, la verificación de los datos entregados y las diversas medidas tendientes a evitar el fraude; la posibilidad de aumento de *negocios de corto tiempo* y aumento potencial de capitales especulativos; y el *acceso* a los datos de empresas por parte de la autoridad fiscalizadora. Se mencionan también aspectos relativos a las “tarjetas inteligentes” y el “*e-cash*”, a la cooperación internacional, etc.
- Capítulo VI: “Modernización del IVA”. Se detectó que los principales problemas eran definir qué se entiende por lugar del consumo; identificar en qué momento las transacciones tienen lugar, y la forma de recaudar el impuesto. Se analizan también las posibles adaptaciones que este gravamen puede requerir.
- Capítulo VII: “Desafíos en materia de derechos de aduana e impuestos al consumo”.
- Capítulo VIII: “Impuestos directos: las reglas internacionales”. Se analiza el tema de la residencia, de la cuantificación de los beneficios del negocio (especialmente los precios de transferencia, el comercio con no residentes, los tratados de doble tributación, y la atribución de ciertas ganancias al establecimiento permanente), y los caracteres de la renta²².

²¹ En cada capítulo se desarrollan variadas propuestas concretas respecto al tema del capítulo.

²² Con relación al específico tema de los “Precios de Transferencia” en las ventas internacionales, se estima que el comercio electrónico no presenta por el momento nuevos problemas fundamentales (salvo quizás, el aumento en las dificultades de fiscalización), entendiéndose que es suficiente para su control el “principio del brazo extendido” (en forma más gráfica se ha preferido

En suma, el documento gubernamental establece que el progreso en la materia debe ser tratado conjuntamente a nivel internacional, y lo está siendo. Las nuevas propuestas relacionadas con la imposición a nivel internacional deben procurar mantener el ámbito de certeza que todos los negocios necesitan.

V. La experiencia chilena

Sabido es que en nuestro país no existe un tratamiento orgánico del comercio electrónico. Sectorialmente, eso sí, han sido introducidas algunas normas específicas que permiten la utilización de medios digitales y de las redes en general.

La vanguardia en la materia se encuentra en la administración tributaria y estatal en general. Respecto a esto, una importancia significativa la tiene el Decreto N° 81, publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de junio de 1999, que permite la generación de documentos electrónicos y firma digital en la emisión de documentos; se reconoce la igualdad de documentos en soporte magnético y soporte tradicional (papel).

En el caso del Servicio Nacional de Aduanas, los artículos 5° y 71° de la Ordenanza General de Aduanas permiten declaraciones aduaneras por sistema EDI (*Electronic Data Interchange*). Esto opera oficialmente desde el 13 de febrero de 1997 y en la actualidad cerca del 93% de las declaraciones se efectúan por dicho sistema (unas 3.500 declaraciones diarias).

Cabe decir que el principal aspecto relacionado con aranceles aduaneros y el comercio electrónico dice relación con el posible aumento de la importación de productos pequeños o de menor entidad, comprados a través de Internet por los consumidores, siendo los CDs, videos y libros el mejor ejemplo de ello. Por esta vía podría aumentar significativamente el número de productos exentos de pago de aranceles, o aumentar las maniobras fraudulentas de evasión. Además es importante dilucidar si se dejarán libres de aranceles a las transacciones netamente electrónicas (a la manera propuesta por los EE.UU.) o si ellas serán gravadas con estos tributos.

Respecto al Servicio de Impuestos Internos (SII), se deben destacar varios aspectos:

1. El artículo 30 del Código Tributario, modificado por la Ley 19.506 de 18 de julio de 1997 (publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de ese año), confiere valor probatorio a los documentos electrónicos del SII. Sus incisos 2° y 3° expresan:

La dirección podrá autorizar a los contribuyentes para que presenten los informes y declaraciones, en medios distintos al papel, cuya lectura pueda efectuarse mediante sistemas tecnológicos.

La impresión en papel que efectúe el servicio de los informes o declaraciones presentadas en los referidos medios, tendrá el valor probatorio de un instrumento privado emanado de la persona bajo cuya firma electrónica se presente.

2. Por su parte, el artículo 92 bis del mismo cuerpo legal, agregado por la Ley 19.578 (publicada en el Diario Oficial de 29 de julio de 1998), confiere valor probatorio a documentos electrónicos:

esta traducción del término inglés *arm's length principle*, cuyo significado más literal sería "principio de la prudente distancia"), bajo el cual se analizan comúnmente todos los precios de transferencia. Esta regla asume que la distribución de beneficios entre asociados es igual a la que resulta de la realizada por terceras partes respecto de los mismos bienes y bajo las mismas circunstancias. Si la transacción es definida y separada, la distribución del beneficio se medirá de acuerdo al precio de la transferencia, requiriéndose que ese precio refleje una cantidad razonable y prudente. Si la transacción es integrada, es decir, no se puede separar por cada jurisdicción, otro significado de distribución de beneficios debe ser buscado y utilizado.

La dirección podrá disponer que los documentos que mantenga bajo su esfera de resguardo, se archiven en medios distintos al papel, cuya lectura pueda efectuarse mediante sistemas tecnológicos. El director también podrá autorizar a los contribuyentes a mantener su documentación en medios distintos al papel. La impresión en papel de los documentos contenidos en los referidos medios, tendrá el valor probatorio de instrumento público o privado, según la naturaleza del original. En caso de disconformidad de la impresión de un documento archivado tecnológicamente con el original o una copia auténtica del mismo, prevalecerán estos últimos sin necesidad de otro cotejo.

Cabe decir que la Circular N° 67, de fecha 05 de noviembre de 1998, hace mención a este citado artículo, pero en forma meramente referencial, pues su texto está destinado a otros preceptos modificados por la misma ley.

3. Mención especial merece la página web del servicio (www.sii.cl) y la recepción de declaraciones de impuestos vía Internet. Cabe decir, en todo caso, que ésta no es la única función del sitio, pues posee secciones de alto interés informativo y académico, tales como estudios en materia tributaria, estadísticas, descripción de los principales impuestos, formularios, consultas, etc.

Considerado como la estrella de los sitios virtuales chilenos, el SII lidera por un amplio margen el número de abonados con clave de acceso electrónico a su sitio web (734.000, especialmente empresas). Ello ha permitido que de un total de 1.817.615 declaraciones de impuestos, 467.051 hayan ingresado por vía de las bases de datos del servicio; esta cifra representa un aumento de 523% en relación a la operación renta del año anterior (en el cual ingresaron por esta vía sólo 89.355 declaraciones de impuesto a la renta).

También las declaraciones juradas hoy son ingresadas primordialmente por vía electrónica. De un total de 713.281 declaraciones, 274.000 fueron entregadas en papel y 439.000 ingresaron por Internet en forma directa (un 88,7%, v/s el 73% del año 1999)²³.

Pero no son sólo numéricos o cuantitativos los beneficios del sistema electrónico. Cualitativamente se traduce en:

- menores costos para la administración, incluyendo el ahorro significativo de tiempo, por ejemplo, en la revisión de las declaraciones, y el ahorro en el recurso humano;
- una mejor y más fácil fiscalización, al posibilitarse una multiplicidad de cruces de la información almacenada;
- mayores facilidades y comodidad para el usuario, además de permitirle que la declaración sea correctamente llenada, al corregirse computacionalmente los datos. A la vez, el contribuyente evita quedar sujeto a horarios de oficina para entregar sus datos, puesto que se puede acceder al sitio web con la mayor amplitud de posibilidades horarias y de lugar que brinda Internet;
- una mayor transparencia del sistema; y
- acercamiento a los contribuyentes.

Próximamente las declaraciones serán presentadas por el SII en forma preconfeccionada a través de Internet, de modo tal que el contribuyente solamente deberá aprobarla o realizar las

²³ Los datos de éste párrafo y el anterior han sido proporcionados por "El Mercurio" de fecha 15 de mayo de 2000. Se señala, asimismo, que el ritmo de ingreso al sitio web fue de más de 5.000 declaraciones por hora. Las estadísticas pueden verse además en la página del servicio, en la sección "estudios".

rectificaciones que estime necesarias. El ahorro de tiempo será mucho mayor, se mejorará la recaudación y se contará con una fiscalización más expedita²⁴.

La circular N° 77, del 23 de noviembre de 1997, que refundió y actualizó instrucciones sobre emisión de certificados y declaraciones juradas que deben presentar los contribuyentes al servicio, se refiere expresamente a la presentación de medios electrónicos que contengan la declaración, utilizando la transmisión electrónica de datos vía Internet. Se mencionan los softwares certificados por el servicio, cuyo uso es obligatorio para la generación de dichos medios, ya que no se permiten declaraciones en diskettes, cintas magnéticas, cartridges u otros medios análogos no autorizados. Asimismo, se reconoce que *la información recibida a través de Internet será validada y le garantizará a Ud. la calidad de los antecedentes entregados*.

Sin embargo, la circular N° 25 del 19 de abril del año 2000, referida a los medios de comunicación oficial del SII, resta en parte valor a los medios electrónicos al establecer como únicas formas de comunicación entre dicho organismo y los contribuyentes a las circulares, oficios y resoluciones firmados por el Director, precisándose que *si bien el correo electrónico constituye una útil herramienta comunicacional y de apoyo a los contribuyentes, no es el medio adecuado para los fines mencionados*.

4. No obstante todo lo anterior, quedan aún muchos puntos por resolver en la materia. Como se ha podido observar, el SII no se ha pronunciado respecto de la mayor parte de los cambios “de fondo” que traerá aparejado el uso de nuevas tecnologías, quizás a la espera de las tendencias mundiales y de soluciones más definitivas en el tema. En el intertanto, los nuevos medios digitales han sido concebidos solamente como una forma de comunicación con el contribuyente y para darle mayores facilidades, pero no hay aún cambios respecto de aspectos sustantivos en materia tributaria.

Sin ánimo alguno de exhaustividad, los principales puntos que, de acuerdo a lo anteriormente visto, debieran analizarse son:

- Posibilidad de emitir facturas a través de módem/fax e Internet que se confeccionen materialmente en la sede del destinatario. Esto ya se aplica en el derecho comparado, en países como España o Argentina.
- Si la “importación” de productos informáticos específicos (sin soporte material) tiene la naturaleza de prestaciones de servicios intangibles, royalties o asistencia técnica, en consideración a dicho tipo de productos, para los efectos de quedar incorporados al régimen de IVA (artículo 5° DL 825) e impuesto adicional; este último, cabe recordar, posee tasas especiales respecto de las mencionadas categorías.
- Si la distribución a través de Internet de información con idéntico contenido al que pueda ser suministrado en formato papel debe o no considerarse “venta” (es decir, entrega de bienes). La negativa debiera imponerse, puesto que ella no tiene por objeto la transmisión de la facultad de disposición sobre bienes corporales (artículo 2° DL 825).
- Si en los servicios de publicidad prestados por un empresario establecido en territorio chileno mediante un web alojada en un servidor extranjero (generalmente de EE.UU. o Brasil), se debe tener en consideración o no esta última circunstancia para determinar la localización de dichos servicios, para efectos de la aplicación del IVA.

²⁴ Aunque parece ser extraño y difícil de implementar, este nuevo modo de declarar tal vez se basa en los datos tomados de las declaraciones juradas que las empresas deben presentar con anticipación a la declaración de la renta y la información cruzada de que dispone el SII.

- Respecto de la ubicación del servidor o de la página web, el tema del establecimiento permanente debe ser revisado. Junto a esto se debe dilucidar la posibilidad de aplicar el Impuesto a la Renta a cierta clase de ganancias provenientes de transacciones electrónicas (esto incluye, por supuesto, un análisis de qué ganancias o qué negocios deben tributar y otros aspectos relacionados a ello).
- Todo lo relativo a los deberes de información y atribuciones del Servicio en la materia. Asimismo, es posible que se plantee el problema de revisar los conceptos existentes en materia de Impuesto a la Renta e IVA, o derechamente adecuar dichos impuestos (u otros) a la nueva realidad.
- Posibilidad de aplicar aranceles al intercambio virtual de productos. Aquí se confronta la posibilidad de declarar la Internet como un *duty free* o aplicar este tipo de gravámenes; si esta última es la solución adoptada, se debe analizar si los aranceles se aplicarán a toda clase de productos o sólo a los bienes físicos solicitados por esta vía y no a los suministrados por ella.
- *Last but not least*, como uno de los puntos centrales del debate se debe estudiar el establecimiento de nuevos derechos de los contribuyentes o adecuación de los ya existentes.