

Documento **TRIBUTAR-io**

Septiembre 2 de 2022

Número 816

LA TÉCNICA VERSUS LA LITERALIDAD: EL CONCEPTO DE PRESENCIA ECONÓMICA SIGNIFICATIVA (PES)

Si fuera por la literalidad de lo que se propone en el proyecto de ley que cursa en el Congreso tendríamos que admitir que el actual Gobierno desearía construir un concepto propio y diferente al que mundialmente se reconoce, completamente de espaldas a la academia, a los profesionales en la materia y a las directrices que emanan de la OCDE. Hacemos referencia al criterio de **presencia económica significativa** (PES o SEP en inglés) aplicable a los sujetos no residentes en el país, que según el proyecto se predicaría de todos aquellos sujetos no residentes que mantengan una interacción deliberada y sistemática con usuarios o clientes en Colombia. Según el proyecto, dentro de los supuestos para que se configure una PES de la persona no residente se tiene:

1. Obtenga ingresos brutos de treinta y un mil trescientas (31.300) UVT o más durante el año gravable por transacciones que involucren bienes o servicios con personas en Colombia; ●
2. Utilice un sitio web colombiano, un dominio colombiano (.co); ●
3. Mantenga una interacción o despliegue de mercadeo con trescientos mil (300.000) o más usuarios colombianos durante el año gravable, incluyendo la posibilidad de visualizar precios en pesos (COP) o permitir el pago en pesos (COP).

De manera que cualquier persona o entidad no residente en el país que encaje en alguno de los tres supuestos señalados, se consideraría de facto sujeto a impuesto en Colombia por tener PES, a no ser que ese sujeto esté localizado en un país con convenio de doble imposición.

Así, por ejemplo, un sujeto que desde el exterior realice ventas de bienes o prestaciones de servicios a clientes colombianos por valor equivalente a 31.300 UVT o superiores (\$1.200 millones apróx.) estaría sujeto a tributación en Colombia por entenderse que tiene presencia económica significativa en territorio nacional. El asunto delicado es que la PES se regularía dentro del mismo concepto de establecimiento permanente (EP) y sucursales en Colombia de manera que, con esa propuesta, la PES comportaría el nacimiento de un EP en el país, sujeto a las mismas reglas tributarias aplicables a estos, es decir, se hacen contribuyentes del impuesto de renta a la tarifa general del 35%, obligados a presentar declaración de renta, obligados a llevar una contabilidad separada y quedan en la obligación de elaborar un estudio de atribución de rentas. Y para agudizar más el universo de obligaciones de la PES en condición de figura asimilada a EP en Colombia, tendría la obligación de tener RUT y generar la actualización del mismo con el registro único de beneficiarios, añadiendo a ello el deber de presentar información exógena. O sea, toda una ingeniería tributaria para incomodar a los sujetos no residentes que hacen negocios con Colombia, que según queda señalado, aplicará



por mera disposición de hacer ventas a cliente colombianos por valor superior a \$1.200 millones, cifra verdaderamente pequeña para el universo que se quiere cubrir con esa regla literal.

Ahora bien, el proyecto se traga el gazapo de asimilación de la PES a un EP y propone establecer una retención en la fuente del 20% sobre los pagos o abonos en cuenta que se hagan a sujetos no residentes que tengan PES en Colombia. Actualmente, la retención en la fuente para un EP es el que se descuenta a cualquier entidad nacional porque los EP tributan como si fueren nacionales, aunque solamente sobre la renta atribuible al país según el estudio de atribución de rentas.

La anterior literalidad, entonces, nos ubica en un serio y difícil problema que con certeza generará inseguridad en los negocios y desmotivará la realización de operaciones con Colombia.

Pues bien, más allá de la literalidad es necesario considerar lo que justifica la exposición de motivos y la experiencia internacional en esta materia. El concepto de *Significant Economic Presence* (SEP) surge a propósito de la acción 1 del proyecto BEPS, relacionada con los desafíos fiscales de la digitalización de la economía. El reporte final de la acción 1 entre otras cosas analiza tres opciones: la SEP, retención en la fuente sobre transacciones digitales, y el gravamen de igualación (*equalization levy*). Sin embargo, el reporte no recomienda ninguna de estas medidas en particular, aunque deja abierta la puerta para que cualquier país adopte una o más de las tres opciones enunciadas. A pesar de ello, desde ese entonces se ha venido avanzando en una solución multilateral para abordar los desafíos tributarios de la digitalización de la economía, aunque algunos países han adoptado un "*digital services tax*" (impuesto a los servicios digitales) que no fue abordado en el reporte de la acción 1, y otros han introducido una o más de las opciones consideradas en el proyecto BEPS para generar una solución multilateral. La acción 1 del plan BEPS considera un nuevo nexo tributario basado en el concepto de presencia económica significativa para poder gravar las rentas de empresas no residentes que tenga una presencia económica relevante en ese país, sobre la base de factores que evidencien una interacción continuada y material con la economía de ese país. Esa es la orientación que motiva el proyecto de ley. Expresa la exposición de motivos:

"Los países importadores de capital como Colombia han sufrido una pérdida sustancial en sus derechos de gravar las actividades realizadas por los extranjeros en conexión con su territorio. Esta pérdida se debe a que las normas internacionales permiten gravar a las empresas extranjeras únicamente en presencia del llamado establecimiento permanente (EP), es decir, cuando la empresa tenga una presencia física fija y una duración de actividades de mínimo un (1) año en el país. En medio de la digitalización de la economía, la presencia física y la duración de 1 año no son necesarias para realizar actividades muy relevantes desde el punto de vista económico, con una expectativa de una mayor reducción en el ámbito físico de los negocios y en los tiempos de realización de las distintas actividades.



*Los países emergentes, como Colombia, resultan ser los más afectados por esta situación. Sin embargo, la solución que ofrece actualmente la comunidad internacional (el llamado Pilar 1) solamente cubre a cerca de 108 empresas (con facturación por encima de 20 billones de euros anuales), y solo transfiere el derecho de gravar la utilidad en un porcentaje mínimo que representa menos del 0,5% del recaudo actual según los cálculos de la DIAN y de expertos. Adicionalmente, los expertos actualmente le asignan una baja probabilidad a la ratificación de la Convención Multilateral (MLC) que implementaría la solución. Con ello, si Colombia no aprueba una solución alternativa, perdería la oportunidad de gravar los ingresos de la **economía digital**."(Subraya y negrilla intencionales)*

De manera que aplicar a rajatablas la literalidad que expresa el proyecto llevaría a encarecer todo tipo de importaciones de bienes (maquinaria, alimentos, carros, medicamentos, abonos, etc., etc.), lo que por supuesto rebasa el sentido técnico de lo que mundialmente se ha empezado a manejar con medidas que necesariamente se ubican en el universo de los convenios multilaterales, porque se requiere un gran consenso para gravar las empresas multinacionales y acordar fórmulas de reparto de esa base mundial derivada de los negocios que hoy fluyen por todo el mundo.

A nivel internacional, India quizá es el primer país en aprobar dentro de su legislación una medida interna asociada a la PES, lo que hizo en 2018 pero dejó sujeto a reglamentación, misma que emitió en mayo de 2021 acogiendo un nivel de ingresos por ventas de US\$280.000 o una clientela de 300.000 personas en la India. Lo curioso en este caso es que el proyecto de ley en Colombia acoge unos umbrales similares a los de la India (US\$280.000 resultan equivalentes a 31.300 UVT) como si el modelo a seguir estuviere allá localizado. Es decir, pareciera como si los redactores del proyecto hubieren tomado la norma de ese país como referente, emulación que evidentemente resulta inadecuada porque India es un país con 1.380 millones de habitantes al paso que Colombia sobrepasa los 50 millones y el PIB nacional es US\$271.3 mil millones no comparable con el de la India que se ubica en US\$2.623.

Al final, entonces, lo cierto es que el concepto de presencia económica significativa supone la inclusión de una regla que intenta empezar a gravar con impuesto de renta los negocios que se realizan con clientela nacional, regla que se coloca en el proyecto sin discusión de ninguna clase y con unas dificultades de aplicación que seguramente la harán inoperante. No más pensemos en el concepto de "usuario" que propone el proyecto al señalar una interacción con 300.000 o más de ellos. Si una familia cuenta con 4 computadores ¿cuántos usuarios hay? ¿Será uno o serán 4? ¿De qué forma la autoridad tributaria podrá controlar y fiscalizar la cantidad de usuarios o el monto de las operaciones para atribuir una PES a ese proveedor del exterior no residente en Colombia?

Desde nuestra perspectiva, no solo hay necesidad de mejorar la redacción de la propuesta, sino que se debe acompañar de una socialización seria y responsable que permita dar una aplicación efectiva, sin sobrepasar los límites de lo razonable en materia de capacidad económica.

Hay que empezar por generar sensatez en la medida y sobre todo, no lanzarse desbocadamente a proponer una regla interna para dar solución a un asunto, que pudiera resolverse con otras medidas de tránsito como el impuesto a los servicios digitales que se debería hacer efectivo por medio de una retención por pagos con tarjetas de crédito. Y hay que retomar el tema del IVA en esos servicios para ampliarlo a todo tipo de usuarios y no solamente a los que tienen la calidad de responsables, porque la regla actual limita la retención de IVA por servicios internacionales a los responsables del IVA, dejando por fuera del mundo del impuesto a los consumidores que no son responsables del IVA. ¿Aló?

TRIBUTAR ASESORES SAS, Empresa Colombiana líder en soluciones y servicios tributarios, autoriza reproducir, circular y/o publicar este documento excepto con fines comerciales. La autorización que se otorga, exige que se haga completa publicación tanto del contenido del documento como del logotipo, nombre y eslogan de la empresa que lo emite.

Lo que se escribe en este documento es de carácter eminentemente analítico e informativo. Por tanto, de manera alguna comporta un asesoramiento en casos particulares y concretos ni tampoco garantiza que las autoridades correspondientes compartan su contenido.