

OTT frente a los Impuestos

Mario A. Rosso Siverino

¿Que es una empresa o servicio OTT? [arriba] -

Se llaman Over-The-Top (OTT) a aquellos sitios de internet en los cuales los usuarios bajan/descargan contenido p.e. música o películas a distintos dispositivos, tales como Smart TV, Tablet, teléfonos celulares, consolas de juegos o reproductores de música utilizando las redes públicas de internet, de ahí surge el nombre “encima de las redes de internet”.

La forma de bajar los contenidos sin que estos se almacenen en ningún dispositivo pero que pueden ser reproducidos en cualquier momento, utilizando como medio de transmisión las redes públicas de internet es conocida como Streaming.

Los OTT pueden clasificarse en pagos (Fee) o gratis (free), los más reconocidos a nivel mundial son entre otros:

* YouTube sitio de descarga de videos

* Netflix, sitio de descarga de película

* Spotify sitio de descarga de música

* I Tunes, sitio de descarga de videos, músicas, libros de la empresa Apple.

* Whats App

¿Cuál es la diferencia entre IPTV y OTT? [arriba] -

Para entender un poco más la problemática impositiva de estos nuevos servicios, empezaremos por describirlos y subrayar las diferencias técnicas y de tributación.

El servicio de TV conocido como IPTV, es la forma de brindar el servicio de TV sobre una red con protocolo IP, en vez de una red de cable convencional (HFC tipo Cablevisión, Telecentro, etc) o vía Satelital (p.e. Directv).

IPTV es utilizada por diferentes operadores que ofrecen servicios Triple Play sobre redes telefónicas con tecnología ADSL a sus suscriptores (Telecom Argentina y Telefónica de Argentina por ejemplo).

Las señales IPTV son transmitidas en una red dedicada propiedad del operador y administrada por el mismo y que únicamente es utilizada para sus servicios. El operador tiene un control total sobre la red y puede configurarla con parámetros especiales como por ejemplo ancho de banda, consumo por suscriptor, etc. con el fin de asegurar un alto nivel en la calidad del servicio, pero con el gran inconveniente de tener que limitarse a cierta zona geográfica, de acuerdo a la cobertura de su red y a la licencia que la regule (telecomunicaciones o radiodifusión).

Los OTT TV es un modelo diferente de TV sobre redes IP, en este modelo las señales son transmitidas utilizando el tradicional protocolo de internet HTML, el mismo que ha sido usado durante muchos años para transmitir información de páginas web, mediante el protocolo TCP y actualmente y actualmente UDP para conexiones P2P y no se dispone de una calidad de servicio asegurada ya que como mencionamos los servicios OTT de una empresa van sobre los servicios de internet de otra que es quien pone los recursos de la red troncal y de distribución domiciliaria.

En el párrafo anterior se expresa la gran diferencia entre un tipo de empresa u otro. Mientras que los proveedores de internet, redes o TV por suscripción (IPTV) desarrollan sus servicios por áreas geográficas y bajo un marco regulatorio e impositivo correspondiente al lugar en que operan, las empresa OTT no tienen regionalidad, brindan sus servicios desde cualquier lugar del mundo y generalmente en el caso de los pagos la facturación y el hecho impositivo la realizan en su país de origen, no tributando necesariamente en las distintas localizaciones donde tienen sus clientes.

Consumidores [arriba] -

Los consumidores pueden acceder a los contenidos OTT a través de Internet con conexión a dispositivos como computadoras de escritorio y portátiles, consolas de juego como la PlayStation 4 , WiiU y Xbox One , set-top boxes , como dispositivos que usen Android , IOS y WINDOW PHONE, Smart TV, GOOGLE TV, APPLE TV, y tablets, IPAD, etc. Los consumidores pueden acceder a aplicaciones en la mayoría de las tiendas de aplicaciones, por ejemplo APP STORE y PLAY STORE

Algunos ejemplos de OTT se refiere al contenido por ejemplo Sling TV , YuppTV, Amazon Instant Video , Mobibase, dramatizar, Presto, DramaFever, Crackle, HBO, Hulu, myTV, NetD, Netflix, ahora TV, Qello, RPI TV, VIEWSTER, WhereverTV, Crunchyroll o WWE de red .

Problemática [arriba] -

Sin embargo, los operadores se enfrentan a una serie de riesgos, fruto precisamente de la evolución y convergencia de sus redes en torno a IP a través de tecnologías como 4G/LTE en las redes móviles y FTTH/GPON en las redes fijas. La proliferación de conexiones “todo IP” permite a los operadores el ahorro de costos y ampliar el catálogo de servicios; sin embargo, podría propiciar el que las operadoras sean relegadas a meros proveedores de capacidad (dump-pipes) y que pierdan la parte más atractiva a nivel de negocio y de fidelización de clientes, la de los servicios de comunicaciones (telefonía, videoconferencia, televisión, vídeo on demand, almacenamiento y sincronización de datos, etc.).

Las tarifas planas sobre las redes fijas (DSL, cable, etc.) y la irrupción de Skype hicieron que el servicio de telefonía de voz, el que generaba más ingresos para las operadoras, se convirtiera en una herramienta para atraer y retener a los clientes de banda ancha a Internet, decayendo abruptamente sus ingresos ante estas empresas que los brindan bajo un modelo de gratuidad.

Lo mismo está ocurriendo actualmente con las tarifas de banda ancha móvil sobre 3G (GPRS, HSDPA, etc.), donde la irrupción de Skype, iMessage, ChatON, Facebook Messenger, WhatsApp y otras muchas aplicaciones de Internet, están dañando seriamente los ingresos que se obtenían con los SMS y las llamadas de voz. El problema de fondo es que la conectividad de banda ancha no ofrece capacidad de diferenciación entre operadores, por lo que sufre una gran competencia en precios; es decir, se trata de una “commodity”.

De este modo, las redes “todo IP” y las tarifas planas, están permitiendo irrumpir con fuerza en el área de servicios de telecomunicaciones a las aplicaciones desarrolladas por “start-up” del mundo Internet, las conocidas como OTT (Over-The-Top).

Las empresas OTT son criticadas por los operadores, porque no necesitan realizar las elevadas inversiones que requieren las operadoras (infraestructura, espectro, etc.) y no están sujetas al mismo nivel regulatorio (servicio mayorista, servicio universal, números de emergencia, interceptación de llamadas, etc.). Según las operadoras, la capacidad inversora depende del retorno de la inversión y para ello es necesario un ecosistema equilibrado que no existe a día de hoy. Los operadores tienen que asumir reducciones de márgenes para hacer la banda ancha extensible a la población y, en cambio, los proveedores de terminales, servicios y contenidos, se están beneficiando de esta proliferación de la banda ancha, con un crecimiento del comercio online, publicidad online, etc. Además, las cargas fiscales que soportan las operadoras de telecomunicaciones son muy superiores a las de otros sectores estratégicos, entre impuestos nacionales y municipales, licencias, tasa de ocupación de espectro, conservación de datos, tasa para mantener las televisiones públicas, etc.

En cambio, las OTT suelen concentrar su mano de obra y sus cargas fiscales en aquellos países donde les es más atractivo, muchos están radicados en paraísos fiscales. Tampoco requieren licencia alguna operar.

Existen varias barreras que hacen que la legislación regulatoria en radiodifusión y telecomunicaciones de Argentina no tenga la facilidad de adaptarse a los nuevos desafíos

que plantea el mercado, y más atrás aun nos encontramos en la regulación impositiva de estos servicios.

Veamos como ejemplo el caso más famoso el de la empresa Netflix.

UN OTT exitoso: Empresa Netflix

La empresa Netflix nació como un servicio de alquiler de películas que se enviaban vía correo postal a sus suscriptores. Se la considera responsable de la muerte de los locales de alquiler de videos.

Debido a que esta empresa se originó en EEUU, donde la banda ancha es decir el servicio de internet es masivo y de bajo costo, Netflix evolucionó hacia un servicio online es decir un servicio que ofrece download (bajada) de películas vía internet.

¿Qué tipo de servicio es? Es un claro OTT, utiliza las redes de otros operadores para que sus clientes bajen el contenido de su plataforma.

Netflix cobra a sus usuarios por este servicio en Argentina en dólares, mediante la utilización de una tarjeta de crédito internacional del cliente.

Acá surge claramente un vacío legal e impositivo ya que tampoco el fisco argentino percibe impuesto alguno por esa venta concretada vía internet y en moneda extranjera.

El servicio de Netflix se presenta como una biblioteca de contenidos interesantes, disponibles desde cualquier dispositivo conectado a una red de internet de buena calidad y que pueden ser vistos en cualquier momento por el cliente. El contenido llega al dispositivo, utilizando la red de internet de otro prestador que no recibe un beneficio por esta transacción comercial y que además ve con gestionada su red por el consumo y ocupación de la red que estos servicios generan.

Tampoco Netflix posee una sede en Argentina no emplea personal en el país, todo lo resuelve mediante el pago online dejando los datos inicialmente en su web site y luego es un debito automático, la atención de reclamos técnicos y de facturación se resuelve en forma on line o con números de teléfonos que se derivan a algún país del mundo.

Esto resulta que es de suma urgencia la necesidad de legislar sobre los nuevos servicios convergentes que ofrece el mercado para evitar pérdidas económicas a los dueños de las redes, incentivar la construcción de nuevas redes y el desarrollo de nuevos servicios, acercar a los proveedores de contenidos a las redes con pautas claras, proteger a los propietarios de los derechos y al público/cliente y hacer respetar los derechos de cada uno. Equiparar las condiciones comerciales, e impositivas, como el caso nombrado donde pueden brindarse

servicios desde distintas parte del mundo sin dejar beneficio alguno en el país de procedencia de los clientes entre otras cuestiones.

Soluciones del Fisco [arriba] -

La problemática impositiva está siendo asumida en el contexto mundial de forma aislada ya que interfiere con un concepto que se encuentra actualmente en discusión en el mundo que es la “neutralidad de la red”.

Están apareciendo casos puntuales como el del impuesto a estos servicios en Chicago y más cercano es el que dispuso el año pasado el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ahora todos impuestos de índole provincial o municipal.

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante su organismo recaudador publico la Resolución A.G.I.P. RG 593/2014 sobre Ingresos Brutos. Régimen de retención. Contratación de servicios de suscripción online para acceder a películas, TV y otros tipos de entretenimiento audiovisual.

JURISDICCIÓN: Buenos Aires (Ciudad).

ORGANISMO: Adm. Gubernamental de Ingresos Públicos.

FECHA:27/08/2014

BOL. OFICIAL: 02/09/2014.

Art. 1 - Establécese un régimen de retención del impuesto sobre los ingresos brutos respecto de la contratación de servicios de suscripción online para acceder a películas, TV y otros tipos de entretenimiento audiovisual (“películas y series”) que se transmiten por internet a televisores, computadoras y otros dispositivos conectados a internet como así también por la suscripción para comprar y/o alquilar contenidos digitales relacionados con música, juegos, videos, o similares.

Art. 2 - Designanse como agentes de retención a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, débito y compra que intervengan en las operaciones detalladas en el artículo anterior, siempre que los pagos se efectúen a las empresas que brindan los servicios allí consignados.

Art. 3 - La alícuota aplicable para la liquidación de la retención será del 3% (tres por ciento), sobre el precio neto de la operación y se practicará en el momento de la rendición de los fondos para su transferencia al exterior.

Art. 4 - No resulta de aplicación al presente régimen el monto mínimo establecido en el artículo 11 del Anexo I de la resolución (AGIP) 939/2013 (BOCBA:4302).

Art. 5 - El monto retenido deberá ser declarado bajo la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) genérica del país de origen de la empresa prestadora del servicio, según corresponda, consignando la razón social del sujeto retenido.

Art. 6 - Se deberán considerar las retenciones dispuestas por la presente norma, como pago único y definitivo del impuesto sobre los ingresos brutos.

Art. 7 - Facúltase a la Dirección General de Rentas a dictar las normas de procedimiento operativas para la aplicación del presente régimen.

Art. 8 - La presente resolución tendrá vigencia a partir del 1 de noviembre de 2014.

Art. 9 - De forma.

Análisis de la Resolución [arriba] -

I.- TÉCNICA LEGISLATIVA - OBJETO DEL RÉGIMEN

a.- Carácter objetivo: el objeto del régimen puesto que en el Art. 1 se establece un régimen de retención aplicable a determinadas prestaciones de servicios por lo cual define en este momento el carácter objetivo del régimen

b.- El Carácter subjetivo lo define en el artículo 3 al determinar el elemento temporal del régimen, esto es, el momento en que se debe realizar la retención por medio de la transferencia al exterior de los fondos retenidos. Sin embargo, esta definición del carácter subjetivo es impropia toda vez que no está definiendo el carácter de la persona sino que lo hace, indirectamente, por medio de la ruta del dinero objeto de retención.

c.- El objeto perseguido por la norma no se puede decir que queda visualizado en el Art. 5.- del Régimen puesto que una empresa nacional, de capitales nacionales, puede disponer la transferencia de fondos al exterior con lo cual se encontraría sujeto al presente régimen.

II.- OBJETO DEL IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

El objeto del impuesto sobre los ingresos brutos, en el CODIGO FISCAL de la C.A.B.A. está claramente redactado en el Art. 170 T.O. 2014 conforme DR 253/2014:

“Art. 170 - Por el ejercicio habitual y a Título oneroso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras y servicios o de cualquier otra actividad a Título oneroso, cualquiera sea el resultado obtenido y la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las cooperativas y todas las formas asociativas que no tienen personería jurídica, cualquiera fuera el tipo de contrato elegido por los partícipes y el lugar donde se realiza (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares del dominio público y privado, y todo otro de similar naturaleza), se paga un impuesto de acuerdo con las normas que se establecen en el presente Capítulo.”

Solo gravará el ejercicio de actividades a título oneroso siempre que sean realizadas en LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES. Reforzando este principio por: “cualquiera fuera el lugar donde se realiza (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares del dominio público y privado, y todo otro de similar naturaleza”

En cuanto a los servicios que pretende alcanzar es claro que el servicio es PRESTADO Y REALIZADO en el exterior. Podemos pensar en tres aspectos para analizar.

1. Ubicación Geográfica del Servidor donde está alojado el Contenido.
2. El lugar de incorporación de la sociedad que explota estos servicios,
3. La toma de decisiones.

Pero ya estaríamos entrando en el ámbito del Derecho Internacional Tributario.

A los efectos locales entiendo lo siguiente:

- a.- Se pretende instaurar un régimen de retención en el impuesto sobre los ingresos brutos por un tributo que, bajo la normativa actual, no se devenga en cabeza del sujeto del exterior.
- b.- De esta manera, la exacción que sufrirá el sujeto del exterior se encuentra huérfana de sustento legal por lo que los agentes de retención podrán reclamar la nulidad del régimen

c.- Si el tributo será trasladado a los consumidores finales terminará por ser un impuesto al consumo que, conforme veremos en punto siguiente, la imposición ha sido reservada a la Nación en estas cuestiones.

d.- Un impuesto establecido de esta manera atenta contra la soberanía tributaria de países del exterior, en este marco la Nación Argentina puede ser objeto de reclamos judiciales

III.- POTESTADES TRIBUTARIAS

La distribución de potestades tributarias se encuentra establecida en nuestra constitución nacional:

a.- Impuestos Indirectos. Nación y Provincias en manera concurrentes

b.- Impuestos Directos. Provincias salvo urgencia especial que habilita a la Nación.

En este marco debemos tener presente lo dispuesto por la Ley 23.548 (LEY DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL) en la cual las provincias acordaron con la Nación la conformación y tratamiento de una masa coparticipable de impuestos. Para lograr tal acuerdo las provincias asumieron una obligación ineludible dispuesta por el Art. 9 inc b).
Copia textual parte pertinente de la norma señalada:

ARTICULO 9° – La adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga:

b) Que se obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley.

Destacando los impuestos distribuidos por la norma encontramos los siguientes:

ARTICULO 2° – La masa de fondos a distribuir estará integrada por el producido de la recaudación de todos los impuestos nacionales existentes o a crearse

IV.- RESUMEN

1. El lugar de producción del hecho imponible, viola el principio de territorialidad defendido por la Corte Suprema de Justicia en recientes fallos; es decir, considerar que el servicio se

presta fuera del ámbito de la ciudad de Buenos Aires, ya que se trata de un tráfico internacional y puede ser alcanzado por el impuesto a las ganancias pero no por Ingresos Brutos. No tiene sustento legal por no encontrarse dentro de la definición del hecho imponible

Si fuera del caso que se pretendiera aplicar un criterio para la utilización de servicios similar al aplicado en el IVA en el caso de importación de servicios, sustentado en el lugar de utilización económica de los bienes, el mismo representaría, siendo que estamos hablando de servicios aplicados al consumo de los particulares, en un impuesto al consumo, de carácter indirecto y real, similar al sentido de los impuestos internos que pretenden alcanzar manifestaciones de riqueza para determinados consumos que podemos denominar de carácter suntuario.

Se entiende que reconociendo los efectos económicos de los impuestos, deberá regir el Art. 9 inc b) de la Ley 23.548 y atender a su prohibición.

Es necesario analizar los efectos económicos de los impuestos, encontramos el fallo AEROLINEAS ARGENTINAS SA CSJN 1988 donde quedará claro que no interesa la definición de los regímenes ni los nombres, lo que interesa es el efecto económico que la introducción del impuesto genera en la economía.

Otro punto de constitucionalidad a trabajar es la calidad de “tributo aduanero” que tiene, en su carácter económico esta imposición y la restricción dispuesta por el Art. 9 de la CN:

Artículo 9º.- En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso.

2. La retención practicada tiene para las agencias del exterior el carácter de un pago único y definitivo. Si bien dicho instituto es un mecanismo válido de recaudación del Impuesto a las Ganancias de los beneficiarios del exterior, en el caso de Ingresos Brutos se desdibuja su carácter de pago a cuenta, asimilándose a un impuesto sui generis nacido de una resolución general, además que al establecerse que la retención funciona como un pago único y definitivo, se estaría creando un nuevo sujeto sin una ley.

Conclusiones [arriba] -

Esta claramente demostrado y es cotidiano para todos, ver como la tecnología cambia y se renueva constantemente, adecuándose a los constantes cambios y aun anticipándose a ellos.

Es por este motivo, que este trabajo se centra no en la convergencia tecnológica que ha sabido acompañar las nuevas tendencias, sino en la convergencia de servicios que, a mi entender, tiene aún un gran camino por recorrer en cuanto a la regulación de los servicios desde todos los abordajes posibles, como comercial, impositivo, de derechos de los

consumidores y de autor entre otras problemáticas. Es decir hoy no hay regulación que contemple la convergencia, esta debe ponerse a la altura de los avances tecnológicos y de los cambios culturales y sociales que traen aparejadas las nuevas tecnologías de las cuales surgen cada vez más servicios porque además estos servicios ya no son iguales para todos sino mediante la utilización de herramientas se customizan es decir se adecuan al sujeto que los utilizará, la aplicación de estas herramientas es por demás visible en los buscadores que correlacionan lo que leemos y nos ofrecen la publicidad de aquellos productos/servicios que han percibido mediante nuestras búsquedas que serán de nuestro interés.

También toda la legislación y normas de protección de derechos de autor en las nuevas plataformas, así como los contratos que regulen estas actividades siguen desarrollándose en el ámbito privado por los usos y costumbres y no hay normativa legal ni impositiva que la regule.

Si bien los modelos regulatorios van respondiendo a los retos que plantean el mercado y las innovaciones tecnológicas, lo hacen con un importante retraso, por lo cual es necesario formular modelos que permitan anticiparse a futuros desarrollos.

La clave para poder cobrar impuestos a Netflix, Spotify, y los juegos electrónicos, etc, es que se termine de definir que es la presencia digital significativa en un país, concepto que reemplazaría al concepto de ESTABLECIMIENTO PERMANENTE que hoy figura en todos los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

Terminología [arriba] -

En las distintas partes de este trabajo se ha utilizado la siguiente nomenclatura la cual detallamos a continuación.

- ISP: Internet Service Provider, a los efectos de este estudio son los licenciatarios del registro de Valor Agregado Acceso a Internet.

- IP: Internet Protocol (protocolo de internet).

- OTT: empresas o sitios de descarga de contenido.

- IPTV: servicio de TV por suscripción sobre redes IP.

- HFC: Hibrid Fiber Coaxial, tecnología de cable coaxial utilizadas por las redes de televisión por cable.

- 3PLAY: servicios empaquetados de TV+telefonía+internet.
- Operadores: empresas que poseen la licencia para brindar servicios de telecomunicaciones.
- ADSL: técnica de digitalización del par de cobre telefónico.
- 4G/LTE: tecnologías de datos de alta velocidad sobre redes móviles.
- FTTH: Fiber to the home, tecnología de acceso domiciliario por medio de cable de fibra óptica.
- GPON: norma de codificación que se utiliza en redes FTTH.

Referencias y material de consulta

Negroponte Nicholas “Ser Digital” - Editorial Atlántida

Tributación y Telecomunicaciones en Latinoamérica 2012 confeccionado por Deloitte para AHCJET.

Convergencia de Marcos Regulatorios, trabajo de consultoría para el Defensor del Pueblo de la Nación.

Boletín Oficial de GCBA.

www.cnc.gov.ar

www.afsca.gob.ar

www.secom.gov.ar

www.signalstelecom.com

www.convergencia.com

Publicación:

Número 11 - Septiembre 2015 Fecha:09-09-2015 Cita:IJ-XCI-937